

De afbakening van het ambtenaarschap ten opzichte van andere arbeidsverhoudingen

door mr. S. van Waegeningh¹

1. Inleiding

Of iemand als militair naar Afghanistan is uitgezonden dan wel als leerkracht op een openbare basisschool in Appelscha werkt, beiden zijn ambtenaar en hebben op die grond een wezenlijk andere rechtspositie dan de 'gewone' werknemer die deze status mist. Sinds lange tijd, waarvan de laatste jaren weer intensief, vindt discussie plaats over de vraag of dit onderscheid in rechtspositie nog wel in alle gevallen gerechtvaardigd is.² Aan die discussie wil ik mij hier niet wagen. Ik beperk mij in deze bijdrage tot het bespreken van de vraag hoe de ambtenaarrechtelijke rechtsverhouding is afgebakend van andere arbeidsverhoudingen zoals die welke voortvloeien uit de civielrechtelijke arbeidsovereenkomst (artikel 7:610 BW) en de overeenkomst van opdracht (artikel 7:400 BW). Daartoe ga ik eerst nader in op de definitie van het begrip ambtenaar en de uitleg die daaraan in de literatuur en rechtspraak wordt gegeven. Daarna zal ik stilstaan bij enkele afbakeningsvragen die deze definitie en de uitleg daarvan kunnen oproepen.

2. Definitie en uitleg van het begrip ambtenaar

2.1. Algemeen

De definitie van een ambtenaar is neergelegd in artikel 1 van de Ambtenarenwet (AW). Krachtens deze bepaling is een ambtenaar iemand die is aangesteld om in openbare dienst werkzaam te zijn. In deze definitie kunnen twee cumulatieve criteria worden onderscheiden, te weten 1. de aanstelling en 2. (oogmerk van werkzaamheid) in openbare dienst. Artikel 1 lid 2 AW omschrijft de openbare dienst als 'alle diensten en bedrijven door de Staat en openbare lichamen beheerd'. Het derde lid van artikel 1 sluit als ambtenaar uit degene met wie een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht is gesloten.

2.2. De aanstelling

De arbeidsverhouding van de ambtenaar berust juridisch op een eenzijdige aanstelling door de overheid. Deze aanstelling is de rechtshandeling waarmee het betrokken bestuursorgaan de dienstbetrekking met de ambtenaar tot stand brengt. De ambtenaar komt door zijn aanstelling formeel gezien in een rechtstoestand die hij zelf niet kan beïnvloeden. Dit vloeit voort uit het feit dat de bepalingen over de formele rechtspositie van de ambtenaar zijn vastgelegd in de Ambtenarenwet (artikel 125 AW), die zijn basis vindt in de Grondwet (artikel 19 lid 2 Gw en artikel 109 Gw).³ De eenzijdigheid van de ambtenarenstatus is overigens in de praktijk

1. Mr. S. van Waegeningh is advocaat arbeids- en ambtenarenrecht bij Leidsegracht Advocaten in Amsterdam.
2. Zie bijvoorbeeld het rapport 'Buitengewoon normaal' van de werkgroep Normalisatie rechtspositie overheidspersoneel, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 311, nr. 1, C.R. Niessen, 'Het einde van de normalisering van de ambtelijke dienstverhouding', *SR* 2001, p. 225 e.v., L.C.J. Sprengers, 'Ambtenarenrecht-arbeidsrecht: van inte-

gratie naar handhaving van statusaparte', *SR* 2001, p. 340 e.v., T. van Peijpe, 'AW of BW', *SMA* 2005, p. 403 e.v., P.J.J.M. van der Heijden en S.F.H. Jellinghaus, 'Kroniek Ambtenarenrecht 2005-2006', *AJ* 2006, nr. 4 en *Bestuurswetenschappen* 2008, nr. 1.
3. Zie E. Verhulp (red.), *Inleiding Nederlands ambtenarenrecht*, 2005, p. 26.

betrekkelijk. Het staat namelijk niet ter discussie dat een aanstelling geen rechten en verplichtingen doet ontstaan als de ambtenaar niet zelf met de aanstelling heeft ingestemd.⁴

Voor de totstandkoming van een ambtenaarsverhouding is in beginsel een schriftelijk aanstellingsbesluit vereist. Toch is het onder omstandigheden niet uitgesloten dat een ambtenaarsverhouding tot stand komt zonder dat een schriftelijk aanstellingsbesluit is aan te wijzen. Volgens de Centrale Raad van Beroep moet in dat geval 'wel duidelijk blijken van een aan de zijde van het betrokken bestuursorgaan levende bedoeling 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'.⁵ In deze formulering van de Centrale Raad van Beroep vallen twee alternatieve vereisten te onderscheiden, te weten (1) de bedoeling van het bevoegd gezag en (2) de feitelijke uitvoering van de arbeidsverhouding. Hier dringt zich vergelijking op met de vaststelling van de civielrechtelijke arbeidsovereenkomst. Het al dan niet aannemen van een arbeidsovereenkomst wordt bepaald door de bedoeling van partijen, alsmede de wijze waarop zij daaraan feitelijk uitvoering hebben gegeven.⁶ Maar anders dan bij de civielrechtelijke arbeidsovereenkomst, is voor het vaststellen van een ambtelijke aanstelling de bedoeling van de bij de overheid werkzame arbeidskracht in beginsel niet van wezenlijk belang.⁷ Dit past bij het eenzijdige karakter van de ambtelijke rechtsverhouding. In negatieve zin komt de bedoeling van de 'overheidswerkende' overigens in zoverre wel betekenis toe dat – als gezegd – geen rechtsgeldige ambtenaarsverhouding tot stand komt als de potentiële ambtenaar dat niet zelf heeft beoogd. Maar een ambtenaar die juist wel het ambtenaarschap heeft beoogd, zal bij gebreke van die bedoeling bij zijn beoogde werkgever met dit oogmerk niet ver komen.

2.3. (Oogmerk van werkzaamheid in) openbare dienst

Als gezegd, omschrijft artikel 1 lid 2 AW de openbare dienst als 'alle diensten en bedrijven door de Staat en openbare lichamen beheerd'. De wet geeft geen definitie van het begrip openbaar lichaam.⁸ In de literatuur wordt het begrip gedefinieerd als een lichaam waaraan een deel van de overheidstaak is opgedragen, waaraan krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is verleend en die rechtspersoonlijkheid bezit.⁹ Hieronder vallen de provincies, gemeenten, waterschappen, maar bijvoorbeeld ook de zogenaamde openbare lichamen voor beroep en bedrijf. Onder bepaalde voorwaarden worden ook privaatrechtelijke rechtspersonen (meestal stichtingen) tot de openbare dienst gerekend. In de literatuur¹⁰ worden aan de hand van een analyse van de rechtspraak¹¹ de volgende vier relevante voorwaarden onderscheiden:

4. Zie Verhulp e.a., a.w., p. 31, A.H. van Zutphen, *De rechtspositie van de Rijksambtenaar*, diss. 1991, p. 73-74, Ambtenarengerecht Amsterdam 13 september 1991, TAR 1991, 218.
5. CRvB 30 januari 1990, TAR 1990, 74, CRvB 3 maart 1994, TAR 1994, 103, CRvB 30 maart 2000, TAR 2000, 65 en Rb. 's-Hertogenbosch 10 januari 2005, TAR 2005, 43.
6. Zie o.a. HR 14 november 1997, NJ 1998, 149 (*Groen/Schoevers*), HR 10 december 2004, NJ 2005, 239 (*Diosynth/Groot*), HR 14 april 2006, NJ 2007, 447 (*Beurs-promovendi*), HR 15 december 2006, NJ 2007, 448 (*Van Houdts/BBO*) en HR 13 juli 2007, NJ 2007, 449 (*Thuiszorg Rotterdam/PGGM*).

7. Van Zutphen, a.w., p. 83 e.v.

8. Zie echter hoofdstuk 7 van de Grondwet, waarin gemeenten, provincies, waterschappen e.d. wel als zodanig worden aangeduid.

9. Verhulp, a.w., p. 31-32.

10. Zie J.A. Spee en L.J.M. Timmermans, 'Ambtenaarrechtelijk ontslagrecht niet 'Bokito-proof'', noot bij CRvB 6 september 2007, TAR 2007, 196 in TAR 2008, nr. 3, p. 133. Spee en Timmermans verwijzen op hun beurt naar A.H. van Zutphen en H.S.P. Stuiver.

11. Zie bijvoorbeeld CRvB 8 maart 1988, TAR 1988, 103, CRvB 25 juni 1991, TAR 1991, 167, CRvB 1 juli 1993, TAR 1993, 173 en CRvB 13 mei 1993, TAR 1993, 148.

1. Er moet sprake zijn van overwegende invloed van de overheid op de samenstelling van het bestuur en de benoeming van de bestuursleden;
2. De overheid moet een belangrijke invloed hebben op de financiën van de rechtspersoon;
3. De overheid moet een belangrijke rol spelen ten aanzien van het personeelsbeleid;
4. De goedkeuring van de overheid is vereist voor bepaalde belangrijke besluiten van de rechtspersoon.

2.4. Feitelijk werkzaam

Gedurende lange tijd heeft de Centrale Raad van Beroep het standpunt ingenomen dat het niet voldoende is dat een aanstelling is verleend met het *doel* om in openbare dienst werkzaam te zijn. Daarnaast werd de eis gesteld dat de ambtenaar ook feitelijk in openbare dienst werkzaam was. Een ambtenaar die duurzaam was gedetacheerd bij een privaatrechtelijke werkgever die niet tot de openbare dienst behoorde, werd geacht zijn ambtenarenstatus te hebben verloren.¹² Bekend, zo niet berucht, is in dit verband de uitspraak van mevrouw Assmann, die als directeur van een aanvankelijk gemeentelijk bejaardentehuis werd geconfronteerd met een privatisering van het bejaardenhuis.¹³ Zij bleef in dienst van de gemeente, maar werd wel permanent gedetacheerd bij het private bejaardenhuis. De Centrale Raad van Beroep maakte hier korte metten mee. Volgens de Raad had deze constructie te zeer de trekken van een ambtenaarschap naar schijn, wat tot verwarring en onduidelijkheid zou leiden over de bevoegdheid tot besluitvorming en de rechtsingang. In deze constructie werd niet langer voldaan aan het vereiste van werkzaam zijn in openbare dienst, welk vereiste, zo oordeelde de Raad, een feitelijke inslag had. Een zure uitkomst voor mevrouw Assmann want zij werd niet ontvankelijk verklaard in haar beroep tegen (onder meer) haar ontslag.

Deze uitkomst bracht vervolgens de Hoge Raad ertoe – in navolging van het Hof Amsterdam – de rechtsverhouding tussen de stichting en mevrouw Assmann als arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te kwalificeren, waardoor haar alsnog de door de Raad onthouden rechtsbescherming werd geboden.¹⁴ Vanuit het oogpunt van rechtsbescherming was deze uitkomst te billijken. Het verbaast dan ook niet dat de Hoge Raad zich expliciet op de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht beriep. Juridisch dogmatisch gezien was deze uitkomst echter weinig bevredigend. De vaststelling dat sprake was van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht, deed naar mijn oordeel namelijk onvoldoende recht aan de – onbetwiste – aanstelling van mevrouw Assmann als ambtenaar en de bijzondere rechtspositie die zij op grond daarvan had verkregen.

In zijn uitspraak van 22 februari 2001¹⁵ is de Centrale Raad expliciet op zijn eerdere rechtspraak teruggekomen. De Raad oordeelde in deze zaak dat vanwege het gesloten stelsel van ontslaggronden en de daarmee samenhangende rechtszekerheid en rechtsbescherming het ambtenaarschap alleen verloren kan gaan door ontslagverlening op één van de wettelijk vastgelegde ontslaggronden. Detachering, hoe lang ook, behoort daar niet toe. Met deze omslag in zijn rechtspraak heeft de Raad voor het aannemen van ambtenaarschap afstand genomen van de eis dat de ambtenaar ook feitelijk in de openbare dienst werkzaam moet zijn.¹⁶ Of toch niet

12. CRvB 21 december 1994, TAR 1995, 63, CRvB 21 december 1994, TAR 1995, 65 en CRvB 5 januari 1995, TAR 1995, 69.

13. CRvB 21 december 1994, TAR 1995, 63.

14. HR 20 juni 1997, JAR 1997/154 (Stichting Zaan-

horst/Assmann).

15. CRvB 22 februari 2001, TAR 2002, 77.

16. Zo ook G.J. Mulder in Verhuip e.a., a.w., p. 33, en J.A.F. Peters, 'De ambtenarenrechtelijke overheid', NTB 2007, p. 398 e.v.

helemaal? De recente uitspraak¹⁷ over de winkelbediende in Blijdorp, die volgens de Raad haar ambtenarenstatus had verloren omdat Blijdorp niet langer tot de openbare dienst kon worden gerekend, valt in ieder geval uit de toon bij de consistente rechtspraak over het gesloten stelsel van beëindiging van een ambtelijke aanstelling.¹⁸ Ik kom bij de bespreking van de afbakeningsvragen op deze uitspraak terug.

2.5. *Arbeidsovereenkomst (bij de openbare dienst)*

Werken in de openbare dienst is niet per definitie voorbehouden aan ambtenaren. Uit artikel 1 lid 3 AW volgt dat binnen de openbare dienst ook op basis van een arbeidsovereenkomst kan worden gewerkt. Voor de gevallen waarin en de voorwaarden waaronder dat kan, moeten op grond van artikel 134 AW wel voorschriften worden vastgesteld. Bovendien is voor het sluiten van een arbeidsovereenkomst binnen de openbare dienst een deugdelijke en draagkrachtige motivering vereist. Ontbreekt die, dan wordt een ambtelijke aanstelling aangenomen.¹⁹ Deze benadering doet denken aan het zogenaamde rechtsvermoeden dat ten aanzien van de civielrechtelijke arbeidsovereenkomst zowel voor wat betreft het bestaan (artikel 7:610a BW) als de omvang (artikel 7:610b BW) van de arbeidsovereenkomst in de wet is opgenomen. Als voldaan wordt aan nader aangeduide criteria wordt, behoudens tegenbewijs, het bestaan van een arbeidsovereenkomst aangenomen, respectievelijk daaraan een bepaalde omvang toegekend. Deze rechtsvermoedens zijn in 1999 in de wet gekomen²⁰ om onduidelijke en variabele invulling van arbeidsrelaties een halt toe te roepen.²¹ Zij bieden de werkne-mer een processueel voordeel in een discussie over de aard of omvang van de arbeidsrelatie.

Dit uitgangspunt van processuele bescherming lijkt ook gerechtvaardigd voor de medewerker in de overheidsdienst. Zonder een deugdelijke en draagkrachtige motivering van het tegen-deel, mag deze medewerker worden geacht als ambtenaar te zijn aangesteld.²² Van Zutphen is het hier niet mee eens. Volgens haar zou dit uitgangspunt niet te verenigen zijn met de vrijheid die het bevoegd gezag is toegekend zelf te bepalen wie wel en wie niet als ambtenaar wordt aangesteld.²³ Eerlijk gezegd vind ik dit standpunt van Van Zutphen in deze tijd niet meer goed te verdedigen. De eenzijdigheid van de ambtelijke rechtsverhouding lijkt steeds meer op de achtergrond te raken. Dit volgt naar mijn oordeel ook uit de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep, waarin volop ruimte wordt gegeven voor het sluiten van overeenkomsten binnen de ambtelijke rechtsverhouding. De Raad beschouwt een dergelijke overeenkomst als een nadere regeling van de aan het bevoegd gezag toekomende bevoegdheden (onder andere aanstellings- en ontslagbevoegdheid) met betrekking tot deze rechtsverhouding.²⁴

17. CRvB 6 september 2007, TAR 2007, 196.

18. Zie J.A. Spee en L.J.M. Timmermans, 'Ambtenaarrechtelijk ontslagrecht niet 'Bokito-proof'', noot bij CRvB 6 september 2007, TAR 2007, 196 in TAR 2008, nr. 3, p. 131-141.

19. CRvB 17 november 1994, TAR 1995, 11.

20. *Stb.* 1998, 300.

21. E. Verhulp 2006 (T&C Arbeidsrecht), artikel 7:610a BW, aant. 1.

22. Zie M.H. Kobussen, annotatie bij CRvB 5 januari 1988,

TAR 1989, p. 251.

23. Van Zutphen, a.w., p. 82.

24. CRvB 4 november 2004, TAR 2005, 8; CRvB 15 april 2004, TAR 2005, 15; CRvB 16 juli 1991, TAR 1991, 170; CRvB 24 december 1990, TAR 1991, 63; CRvB 9 maart 1989, TAR 1989, 97; CRvB 3 januari 1985, TAR 1985, 57. Zo ook Pres. Rb. Assen 22 november 1994, TAR 1995, 55. Zie ook over dit onderwerp S. van Waageningh, 'Een overeenkomst met de ambtenaar. Wat mag en wat mag niet?', TAR 2007, p. 63 e.v.

2.6. *Rechtspositie van de werknemer binnen de openbare dienst*

Ook in de toepasselijke rechtspositieregeling kan zijn voorzien in de mogelijkheid een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht te sluiten. Zo bepaalt artikel 2:5 van de gemeentelijke rechtspositieregeling (CAR/UWO) dat een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht kan worden gesloten, zij het alleen voor oproepwerkzaamheden. Artikel 1:1 CAR/UWO merkt de civielrechtelijke werknemer voor de toepasselijkheid van de regeling ook aan als ambtenaar. Hier wijkt het begrip ambtenaar dus nadrukkelijk af van het begrip ambtenaar in de Ambtenarenwet, waar nu juist het werkzaam zijn krachtens een arbeidsovereenkomst het ambtenaarschap uitsluit (lid 3 van artikel 1).

Het Rijk kende tot 1 januari 1995 ook de mogelijkheid mensen in dienst te nemen op basis van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht. Voor deze werknemers gold een eigen rechtspositieregeling, te weten het Arbeidsovereenkomstenbesluit (AOB). Dit besluit is ingetrokken omdat met de verruiming van de aanstellingsgronden voor een ambtenaar geen reden meer leek te zijn voor een tweedeling in rechtspositie binnen de rijksoverheid.²⁵ Voortaan zouden alle medewerkers een ambtelijke aanstelling verkrijgen. Voor de intrekking van het besluit werd een termijn van bijna twee jaar in acht genomen om voldoende tijd te hebben voor omzetting van de bestaande arbeidsovereenkomsten in een ambtelijke aanstelling. Gelijkijdig met het besluit tot intrekking van het AOB werd het tweede lid van artikel 1 ARAR ingetrokken, waarin was bepaald dat degene met wie een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht was gesloten, geen ambtenaar was in de zin van het ARAR.

Als al binnen de overheidsdienst een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht wordt aangenomen, dan sluit artikel 7: 615 BW de toepasselijkheid uit van het reguliere arbeidsrecht (Titel 7.10 BW) op deze arbeidsovereenkomst. Dit is alleen anders als deze bepalingen vóór of bij aanvang van de dienstbetrekking bij wet of bij verordening van toepassing zijn verklaard. Bij de totstandkoming van Titel 7.10 BW was schrapping van deze bepaling overwogen. Dit is uiteindelijk niet gebeurd omdat anders de preventieve ontslagtoets van het BBA ook op de overheid van toepassing zou worden, terwijl men juist voornemens was deze toets af te schaffen. Verder wees de wetgever erop dat meerdere projecten in gang waren gezet om de rechtspositie van de ambtenaar gelijk te maken aan die van de werknemer, waarbij ook de ambtelijke status ter discussie stond. Eventuele schrapping van artikel 7:615 BW zou beter in die discussie kunnen worden betrokken, aldus de wetgever. Tot slot was het volgens de wetgever de bedoeling het aantal arbeidscontractanten in overheidsdienst te verminderen en uiteindelijk te bereiken dat voor alle werknemers in de overheidsdienst hetzelfde regime zou gelden.²⁶

Alle voornemens en bedoelingen ten spijt, moet anno 2008 worden vastgesteld dat de preventieve ontslagtoets nog altijd bestaat, de ambtenarenstatus niet is opgeheven en discussies over de aard van de rechtsverhouding binnen de openbare dienst nog altijd voorkomen.²⁷ Daarbij blijft artikel 7:615 BW voor lastige vragen zorgen.

3. Afbakeningsvragen

3.1. *Eenmaal aangesteld, altijd aangesteld?*

De definitie van de ambtelijke aanstelling kan tot verschillende afbakeningsvragen leiden. Een

25. Besluit van 24 februari 1993, *Stb.* 1993, 143.

26. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 17.

27. Zie bijvoorbeeld CRvB 7 juli 2005, *TAR* 2005, 138 en HR 14 april 2006, *NJ* 2007, 447.

eerste vraag hangt samen met het vereiste van de aanstelling en kan worden omschreven als 'eenmaal aangesteld, altijd aangesteld?'

Hierboven heb ik aangegeven dat de Centrale Raad van Beroep sinds zijn uitspraak van 22 februari 2001 eenduidig heeft geoordeeld dat een ambtelijke aanstelling uitsluitend kan worden beëindigd op één van de in de rechtspositieregeling neergelegde ontslaggronden. Zonder een dergelijk ontslagbesluit komt de aanstelling in beginsel niet tot een einde. Als gezegd, lijkt de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 6 september 2007 hier niet mee te rijmen. Het ging hier om een winkelbediende die door Diergaarde Blijdorp in 2001 op basis van de ambtelijke rechtspositieregeling van de gemeente Rotterdam was aangesteld. Zij werd op basis van diezelfde regeling in 2004 disciplinair ontslagen. Al bij de Rechtbank Rotterdam stond de vraag centraal of het ontslagbesluit wel afkomstig was van een bestuursorgaan, zoals artikel 1:3 lid 1 Awb eist (zie voor het begrip bestuursorgaan artikel 1:1 Awb). Zou dit niet zo zijn, dan zou de rechtbank zich onbevoegd moeten verklaren. De rechtbank achtte zich bevoegd omdat zij de Stichting als bestuursorgaan – en daarmee als openbare dienst – aanmerkte. De Centrale Raad van Beroep hield dit oordeel niet in stand. Conform zijn eigen vaste rechtspraak stelde de Raad vast dat de statuten van de Stichting in 2004 zodanig waren gewijzigd dat niet langer sprake was van overwegende overheidsinvloed. Op die grond kon de Stichting volgens de Raad niet langer worden aangemerkt als openbare dienst. Daaraan verbond de Raad de conclusie dat de winkelbediende geen ambtenaar meer was.

Hier dringt zich de vergelijking op met de hierboven aangehaalde en door de latere rechtspraak achterhaalde zaak van mevrouw Assmann. Anders dan bij mevrouw Assmann volstond de Raad hier echter niet met de conclusie dat de winkelbediende geen ambtenaar meer was en zij op die grond dus geen toegang had tot de bestuursrechter. De Raad merkte de winkelbediende namelijk voor het geding wel aan als ambtenaar. Daartoe voerde de Raad aan dat beide partijen tot aan het hoger beroep van een ambtelijke rechtsverhouding waren uitgegaan en zich ook altijd zo jegens elkaar hadden gedragen. Bovendien achtte de Raad zich tot definitieve geschilbeslechting in staat. Vanuit het oogpunt van rechtsbescherming is deze benadering te begrijpen maar juridisch technisch lijkt het mij niet juist. Naar mijn oordeel had de Raad op grond van de verleende ambtelijke aanstelling uit moeten gaan van het ambtenaarschap en dan de zaak vol kunnen toetsen. Uit oogpunt van consistentie had de Raad zich in ieder geval na afwijzing van het ambtenaarschap onbevoegd moeten verklaren en de winkelbediende naar de burgerlijke rechter moeten verwijzen.²⁸

Dat de Centrale Raad van Beroep voor het aannemen van een ambtelijke status soms toch waarde hecht aan het feitelijk werkzaam zijn, komt ook tot uiting in een uitspraak over een ambtenaar die was aangesteld bij de Algemene Rekenkamer, maar voor de duur van een jaar werd gedetacheerd (IF; interim functievervulling) bij het ministerie van Binnenlandse Zaken.²⁹ De Raad oordeelde dat de ambtenaar gedurende de IF-periode naast haar ambtelijke rechtsverhouding met de Algemene Rekenkamer ook een tijdelijke ambtelijke rechtsverhouding met Binnenlandse Zaken heeft gekregen. Ook deze uitspraak is in het licht van de definitie van de ambtenaar opmerkelijk te noemen. De ambtenaar was immers niet door Binnenlandse Zaken aangesteld om daar werkzaam te zijn. Zoals ook in het civiele arbeidsrecht bij

28. Zo ook Spee en Timmermans, a.w., p. 136-137.

29. CRvB 17 april 2003, TAR 2003, 123, m.nt. T.A. Karssen, TAR 2004, p. 8.

een detachering wordt aangenomen, was de tijdelijke tewerkstelling bij Binnenlandse Zaken enkel feitelijk van aard. Om daaruit een ambtelijke rechtsverhouding te destilleren, gaat in mijn ogen te ver. Daarbij rijst de vraag wat zou gelden als de inlener niet tot de openbare dienst zou behoren. Als je de lijn van de Centrale Raad van Beroep volgt, zou je in dat geval tot een civielrechtelijke arbeidsovereenkomst met de inlener moeten concluderen. Dit is echter stellig niet in lijn met de civielrechtelijke benadering van detachering³⁰ en naar mijn oordeel rechtens ook niet juist. Bij detachering wordt weliswaar de instructiebevoegdheid aan de inlener overgedragen, maar dit gebeurt uitsluitend gedurende de detacheringsperiode en is bovendien beperkt tot de te verrichten arbeid. Dat is in beginsel onvoldoende voor het aannemen van een arbeidsrechtelijke rechtsverhouding tussen de inlener en de uitgeleende. Zou daar wel vanuit worden gegaan, dan zou naar mijn oordeel de rechtszekerheid ernstig onder druk worden gezet.

3.2. *Werkzaam in openbare dienst, maar op welke titel?*

Een andere voor de praktijk belangrijke vraag is hoe bij het ontbreken van heldere afspraken over de aard van de rechtsverhouding kan worden vastgesteld wat de rechtstitel is waarop de betrokken arbeidskracht binnen de openbare dienst werkzaam is. Zoals ik hierboven heb aangegeven, is het op grond van de Ambtenarenwet mogelijk om binnen de openbare dienst werkzaam te zijn zowel als ambtenaar (in de zin van de Ambtenarenwet) als op basis van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht. Wel moet de positie van werknemer (naar burgerlijk recht) nader zijn geregeld. Voor het Rijk is dat met de intrekking van het Arbeidsovereenkomstenbesluit per 1 januari 1995 niet meer het geval. Dan rijst meteen de vraag of dus binnen het Rijk ook geen arbeidsovereenkomst meer kan worden aangenomen. Hoewel strikt genomen op grond van artikel 7:615 BW ook de definitiebepaling van de arbeidsovereenkomst (artikel 7:610 BW) op overheidswerknemers toepassing mist, denk ik, mede in het licht van artikel 1 lid 3 Ambtenarenwet, dat het aannemen van een arbeidsovereenkomst in de openbare dienst niet op voorhand kan worden uitgesloten. Als wordt voldaan aan de criteria van artikel 7:610 BW volgt uit deze bepaling in beginsel het bestaan van een arbeidsovereenkomst, ongeacht of de invulling van deze overeenkomst nader is geregeld. Ik ben alleen van mening dat de essentialia van de arbeidsovereenkomst (arbeid, loon, ondergeschiktheid) zich niet wezenlijk onderscheiden van die van een ambtelijke rechtsverhouding. Ook voor het aannemen van een ambtelijke aanstelling moet sprake zijn van arbeid, loon en ondergeschiktheid.³¹

Tegen die achtergrond pleit ik ervoor dat als een rechtsverhouding tussen de openbare dienst en de daarbinnen werkzame arbeidskracht niet eenduidig is geregeld en er sprake is van een gezagsverhouding, van een ambtelijke aanstelling moet worden uitgegaan. Dit is naar mijn mening ook in lijn met het oordeel van de Centrale Raad van Beroep dat een ambtelijke aanstelling onder omstandigheden kan worden afgeleid uit de feitelijke situatie en dat bij gebreke van een deugdelijke motivering van het tegendeel, uitgegaan moet worden van een ambtenaarsverhouding. Bovendien voorkomt deze benadering de ongewenste confrontatie met artikel 7:615 BW, op grond waarvan in beginsel toepassing van het reguliere arbeidsrecht op de arbeidsovereenkomst is uitgesloten.

30. Zie artikel 7:690 BW en HR 5 april 2002, *JAR* 2002/100.

31. Zie CRvB 7 juli 2005, *TAR* 2005, 138 en Van Zutphen, a.w., p. 79 e.v.

Ik kan mij dan ook niet goed vinden in het arrest van de Hoge Raad waarin is geconcludeerd tot het bestaan van een civielrechtelijke arbeidsovereenkomst tussen beurspromovendi en de – tot de openbare dienst behorende – Universiteit van Amsterdam.³² In dit arrest wordt geen woord gewijd aan de mogelijkheid om ten aanzien van de beurspromovendi van een ambtelijke aanstelling uit te gaan, en evenmin wordt artikel 7:615 BW bij het debat betrokken. Tegelijkertijd wordt een beroep van de beurspromovendi op een gelijke behandeling als de bij de UvA werkzame aio's – die wel de ambtelijke status hebben – afgewezen, met als argument dat de arbeidsrechtelijke positie tussen deze groepen te zeer verschilt.³³ Als de beurspromovendi zich niet tot de civiele rechter hadden gewend, maar in plaats daarvan bij de bestuursrechter een ambtelijke aanstelling hadden geclaimd, dan had dit naar mijn oordeel in redelijkheid moeten worden gehonoreerd. Weliswaar ontbrak bij de UvA de bedoeling om met de beurspromovendi een ambtenaarsverhouding tot stand te brengen, maar hier hadden mijns inziens de beurspromovendi uit de feiten en omstandigheden mogen begrijpen dat een aanstelling tot ambtenaar feitelijk had plaatsgevonden. En in dat geval zou mijns inziens een beroep op gelijke behandeling ten opzichte van de aio's kansrijk zijn geweest.

Toch lijkt ook de Centrale Raad bij discussies over de aard van een arbeidsverhouding terughoudend in het aannemen van een ambtelijke aanstelling. Zo werd de status van gastmedewerker aan de UvA door de Centrale Raad van Beroep niet aangemerkt als ambtelijke rechtsverhouding, en dus ook het besluit om die status aan een gepensioneerde universitair docent te weigeren werd niet beschouwd als een besluit in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb.³⁴ Daarbij hechtte de Raad veel waarde aan het feit dat de toepasselijke rechtspositieregeling (CAO NU) niet voorziet in gastmedewerkschap. Volgens de Raad was het gastmedewerkschap op die grond geen in de CAO NU geregelde ambtenaarrechtelijke voorziening die bij het ontslag van de ambtenaar aan de orde kon komen. De ambtenaar van wie het verzoek als gastmedewerker te mogen blijven werken werd afgewezen, stond dus met lege handen. Ik vind deze uitkomst discutabel. Zoals door de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam naar mijn oordeel terecht werd overwogen, was het geheel van de gemaakte afspraken het gevolg van de ambtenaarrechtelijke rechtsverhouding tussen de universitair docent en de UvA.³⁵ Binnen de afdeling Psychologie van de UvA was ook voorzien in de mogelijkheid voor gepensioneerden om als gastmedewerker te blijven werken. De afspraken over de werkzaamheden na pensionering konden in mijn ogen hier dan ook, ongeacht hun civielrechtelijke betekenis, wel degelijk worden aangemerkt als een nadere regeling inzake de uitoefening van de aan de UvA toe-komende ontslag- en aanstellingsbevoegdheid. Blijkens de hierboven aangehaalde rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep³⁶ vertalen deze afspraken zich in publiekrechtelijke besluiten die voor bezwaar en beroep open staan. Dat de rechtspositieregeling de positie van gastmedewerkschap niet heeft geregeld, kan mijns inziens geen reden zijn om geen ambtelijke aanstelling aan te nemen. Naar mijn oordeel had de Raad hier moeten onderzoeken of voldaan was aan de wezenskenmerken arbeid, loon en ondergeschiktheid en bij een positief antwoord tot een ambtelijke aanstelling moeten concluderen. In plaats van dat onderzoek te verrichten, heeft de Raad volstaan met de overweging dat de afspraken als privaatrechtelijke overeenkomst zijn te beschouwen. Ik vind dit een te beperkte toetsing.

32. HR 14 april 2006, *NJ* 2007, 447, m.nt. E. Verhulp (onder *NJ* 2007, 449).

33. Zie ook hierover Verhulp in zijn noot onder *NJ* 2007, 449.

34. CRvB 7 juni 2007, *TAR* 2007, 178.

35. V.zr. Rb. Amsterdam 15 december 2005, *TAR* 2006, 31.

36. Zie noot 23.

Als het enkel duiden als privaatrechtelijke overeenkomst voldoende is om uit het ambtenaarschap weg te blijven, zijn dan alle mensen die binnen de openbare dienst worden verondersteld op basis van een overeenkomst van opdracht te werken, per definitie geen ambtenaar? Hierbij valt te denken aan enquêteurs, tolken en dergelijke. Als bij deze arbeidskrachten een gezagsverhouding kan worden aangenomen, zou op grond van artikel 7:610 BW tot het bestaan van een civielrechtelijke arbeidsovereenkomst worden geconcludeerd. Maar als de werkzaamheden worden verricht in openbare dienst en sprake is van een gezagsverhouding, zou naar mijn mening, mede in het licht van artikel 7:615 BW, niet van een arbeidsovereenkomst, maar van een ambtelijke aanstelling moeten worden uitgegaan. Dit geldt zeker voor het Rijk, waar niet meer is voorzien in de rechtspositie van civielrechtelijke werknemers. Of de twee hoogste rechtscolleges ook zo zouden oordelen, durf ik niet met zekerheid te zeggen. Vooral nog lijkt hierover in de rechtspraak geen consistente lijn te ontwaren.

4. Tot slot

De definitie van de ambtenaar is helder geformuleerd. Er moet sprake zijn van een aanstelling en van het oogmerk om in openbare dienst te gaan werken. Beide vereisten blijken echter in de praktijk minder helder dan de definitie doet vermoeden. De ambtelijke aanstelling kan verdacht dicht tegen andere arbeidsverhoudingen aan liggen, wat tot ingewikkelde afbakeningsvragen kan leiden. Dat geldt in het bijzonder voor de afbakening ten opzichte van de civielrechtelijke arbeidsovereenkomst. Naarmate de werkomgeving als gevolg van ontwikkelingen zoals detachering en privatisering minder statisch wordt, worden deze afbakeningsproblemen steeds prominenter. Vragen als 'is er sprake (geweest) van een aanstelling?' en 'hoe staat het met de openbare dienst?', komen volop voor. Mede omdat de positie van een civielrechtelijke werknemer binnen de openbare dienst veelal niet goed is geregeld, heb ik hierboven voor gevallen waarin onduidelijkheid over de arbeidsverhouding bestaat, gepleit voor de ambtelijke aanstelling als uitgangspunt. Het zou naar mijn oordeel de rechtsbescherming van overheidswerknemers nog meer ten goede komen – en dan meng ik mij ten slotte toch nog in de 'normaliseringsdiscussie' – als het onderscheid tussen de ambtenaarrechtelijke rechtsverhouding en de civielrechtelijke arbeidsovereenkomst wordt opgeheven. Wellicht voer voor onderweg naar het volgende jubileum.