

2 De ambtenaar

*Mr. dr. S.F.H. Jellinghaus & mr. drs. E.G.M. Huisman**

2.1 Inleiding

De positie van de medewerker binnen de overheid verschilt van die van de werknemer binnen het bedrijfsleven. Dat verschil is in de loop van de tijd steeds kleiner geworden. Zo is het reguliere, civiele arbeidsrecht lange tijd niet van toepassing geweest op de overheids werknemer en geldt dit pas sinds de inwerkingtreding van de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (Wnra) op 1 januari 2020 voor het merendeel van de ambtenaren.¹ Dit boek verschijnt in de loop van 2021. Dat betekent dat er nog niet zoveel rechtspraak is verschenen over de gevolgen van het toepassen van het civiele arbeidsrecht op de overheidssector. De uitspraken die er zijn, zullen zeker in dit hoofdstuk betrokken worden. In dit hoofdstuk zullen wij achtereenvolgend ingaan op de overheid als werkgever (par. 2.2), de Ambtenarenwet 2017 en overige gevolgen van de Wnra (par. 2.3), de publieke aanstelling (par. 2.4), collectief ambtenarenrecht (par. 2.5) en medezeggenschapsrecht (par. 2.6), waarna wij in de laatste paragraaf tot een afronding komen (par. 2.7).

2.2 De overheid als werkgever

In deze paragraaf zal eerst worden ingegaan op de historische ontwikkeling van het ambtenarenrecht (par. 2.2.1), waarna gekeken wordt naar de algemene trend (par. 2.2.2) en er wordt afgesloten met een cijfermatig overzicht van de overheidsorganisatie (par. 2.2.3).

* Mr. dr. S.F.H. Jellinghaus is advocaat en mediator bij De Voort Advocaten | Mediators te Tilburg en is daarnaast als universitair docent verbonden aan het departement Private, Business and Labour Law van Tilburg University. Mr. drs. E. Huisman is als advocaat verbonden aan De Voort Advocaten | Mediators te Tilburg en als promovenda aan de Universiteit Leiden.

1 Op 8 november 2016 heeft de Eerste Kamer het wetsvoorstel Normalisering rechtspositie ambtenaren (*Kamerstukken I* 2013-2014, 32550, A) aangenomen.

2.2.1 Historie van het ambtenarenrecht

Het werken voor de koning (en de overheid) is al vele duizenden jaren oud. Dit werd aanvankelijk op ad-hocbasis gedaan, bijvoorbeeld met het toekennen van rechten op belastinginning of gewoon door het betalen van geld (bijvoorbeeld soldij). Het ambtenarenrecht is als zelfstandig rechtsgebied pas rond de negentiende eeuw tot ontwikkeling gekomen, omdat er behoefte bestond de rechtspositie van de overheidsmedewerker op schrift te stellen.² De eerste vastlegging in Nederland kwam tot stand door de Grondwet 1814. Daarin was opgenomen dat ambtenaren werden betaald uit de staatskas onder auspiciën van de koning, als gevolg waarvan door overheden regelingen voor hun medewerkers werden opgesteld. In 1887 kwam de Nederlandse Juristenvereniging met een preadvies over de vraag of voor ambtenaren een speciale status moest worden ontwikkeld.³ Volgens rapporteur Fokker werd de ambtenarenstatus gelegitimeerd door het doel waarop de werkzaamheid van de overheidswerknemer is gericht. Krabbe zag de aard van de bijzondere rechtspositie met name gelegen in de taak die de ambtenaar uitoefent. Beide schrijvers zagen de legitimering van een aparte rechtspositie voor een persoon in dienst van de overheid gelegen in het feit dat deze persoon staatsgezag uitoefent. Tot een verdere algemene regeling kwam het niet, met dien verstande dat als gevolg van spoorstakingen en arbeidsconflicten in de Amsterdamse haven een wettelijk verbod op werkstaking voor ambtenaren en spoorwegpersoneel werd vastgesteld.⁴ Dit verbod werd pas in 1980 ingetrokken.

Regelmatig is vervolgens gesproken over een verdere uitwerking van de positie van ambtenaren, maar pas in 1917 kreeg een Staatscommissie-Dresselhuys de opdracht om tot een wettelijke regeling te komen voor ambtenaren. Dit leidde tot een wetsvoorstel in 1920, maar dat voorstel werd nimmer aangenomen vanwege grote politieke en financiële bezwaren. Pas in 1929 werd de Ambtenarenwet 1929 aangenomen. Opvallend is dat de eerdere insteek van Fokker en Krabbe daarin is verla-

2 Zie hieromtrent ook P.J.J.M. van der Heijden & S.F.H. Jellinghaus, *Ambtenaarschap, sollicitatie en aanstelling*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2008, p. 15-19; M. Stekelenburg, *200 jaar werken bij de overheid, deel 1 en 2*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999; B.B.B. Lanting, *Sociale zekerheid van ambtenaren en overheidswerknemers*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2009, p. 38-69 alsmede A.H.L. De Becker, *Verleden en toekomst van de ambtelijke status in Europees perspectief*, in: B. Barentsen, N. Hummel & S.F.H. Jellinghaus, *Van ambtenaar naar ambtenaar*, Weert: Celsus juridische uitgeverij 2018, p. 251-267.

3 E. Fokker, *Welke is de aard der rechtsverhouding van den Staat tot zijn ambtenaren; moet zij wettelijk worden geregeld; en zoo ja, hoe in hoofdzaak?*, 1897, alsmede het verslag van het verhandelde in de 28^e Juristen-Vergadering 1897. Zie hieromtrent ook A.H. van Zutphen, *De rechtspositie van de rijksambtenaar*, Den Haag: VUGA 1991, p. 36 e.v.

4 T. van Peijpe & J. Riphagen, *Schets van het Nederlands ambtenarenrecht*, Deventer: Kluwer 1998, p. 19-20; M.J.S. Korteweg-Wiers e.a., *Hoofdlijnen van het ambtenarenrecht*, Kluwer: Alphen aan den Rijn 2003, p. 25.

ten. Zij stelden nog dat alleen het uitoefenen van overheidsgezag een ambtelijke status rechtvaardigde, wat met zich bracht dat niet iedereen in overheidsdienst een ambtelijke aanstelling behoefde te hebben. Uit de memorie van toelichting bij de Ambtenarenwet 1929 blijkt echter dat slechts wordt gekeken naar het feit of men werkzaam is in de openbare dienst of niet. Alleen dit criterium was bepalend voor de vraag of sprake is van een ambtelijke aanstelling.⁵

Vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw is de tendens zichtbaar dat het ambtenaren- en arbeidsrecht steeds meer naar elkaar toe groeien. Denk aan het van toepassing laten zijn van de arbeidstijden- en arbeidsomstandighedenwetgeving op overheidspersoneel, de privatisering van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds (ABP), het toepasselijk worden van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) op de publieke sector en de OOW-operatie.⁶ Ook in de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep (CRvB) zien we deze ontwikkeling terugkeren. Een goed voorbeeld hiervan vormt de uitspraak van de CRvB uit 2000, waarbij aansluiting werd gezocht bij de aansprakelijkheidsnorm van artikel 7:658 BW.⁷ Deze ontwikkeling heeft uiteindelijk geleid tot de zogenoemde normalisering. In 2016 is de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren aangenomen waardoor het arbeidsrecht sinds 1 januari 2020 voor het merendeel van de ambtenaren geldt. Voor de Veiligheidsregio's geldt dat de inwerkingtreding van de Ambtenarenwet 2017 is uitgesteld.⁸ Aanvankelijk was dit de bedoeling voor een jaar. Deze ontwikkeling is het sluitstuk van het normaliseringsproces dat in zijn algemeenheid inhoudt dat het publiekrechtelijke, eenzijdige karakter van de ambtelijke aanstelling en de eenzijdige vaststelling van arbeidsvoorwaarden worden vervangen door de tweezijdige arbeidsovereenkomst met (in zijn algemeenheid) cao's.⁹

2.2.2 Algemene trends

De politieke wens om het aantal ambtenaren terug te brengen, is tot nu toe nog niet gerealiseerd. Zoals hierna zal blijken is het moeilijk en met name ook kostbaar om ambtenaren te laten afvloeien. Daarbij komt dat het werk doorgaans toch moet worden gedaan. Naast de wens tot het terugbrengen van het aantal ambtenaren, zien we de omvang van de werkzaamheden namelijk alleen maar toenemen. Te denken valt daarbij bijvoorbeeld aan de verschillende nieuwe samenwerkingsverbanden en zogenoemde autoriteiten (zoals de Nederlandse Zorgautoriteit, de Consumentenautoriteit, de Autoriteit Financiële Markten en de Autoriteit Consument & Markt) die zijn ontstaan. De praktijk leert dat de vele nieuwe samenwerkingsverbanden vaak leiden tot een (tijdelijke) toename van personeel. Hierbij valt onder meer te denken aan de vorming van gezamenlijke bedrijfsonder-

5 Handelingen der Staten-Generaal 1927-1928, Bijlage nr. 392, p. 3.

6 Wet overheidspersoneel onder de werknemersverzekering.

7 CRvB 22 juni 2000, *TAR* 2000, 112.

8 Art. 11.2 Aanpassingswet Wnra, *Stb.* 2019, 173.

9 *Kamerstukken II* 2010-2011, 32550, nr. 3, p. 1.

delen (zoals een ‘shared service center’). Een oplossing om snel tot een reductie van personeel te komen, vormt de ‘outsourcing’ of privatisering. Dit wordt echter vaak als te ingrijpend gezien en is ten aanzien van zogenoemde kerntaken van de overheid bovendien niet mogelijk.

Verder zien we dat sprake is van een grote bezuinigingsdruk. Er wordt daardoor voortdurend gekeken hoe werkzaamheden efficiënter kunnen worden uitgevoerd, of dat ze gewoon niet meer hoeven te worden gedaan (de zogenoemde ‘kerntakendiscussie’). Dit kan bijvoorbeeld door functies te laten vervallen en ambtenaren te ontslaan en/of vacatures niet op te vullen, maar ook door het vormen van samenwerkingsverbanden (bijvoorbeeld door gemeenschappelijke regelingen en de vorming van de al genoemde ‘shared service centra’). Daarbij dient men zich te realiseren dat het voor de politiek bij het uitvoeren van bezuinigingen beter te verkopen is dat wordt gesneden in het ambtenarenapparaat, dan dat bijvoorbeeld de subsidie voor de plaatselijke voetbalclub wordt gekort.

Een laatste tendens is dat de inhoud van steeds meer functies algemener wordt omschreven, waarbij het aantal functies binnen overheidsorganisaties wordt teruggebracht: het zogenoemde functiehuis.¹⁰ Een goed voorbeeld hiervoor vormt de sector politie, waar het aantal functies in 2010 door middel van een nieuw functiehuis is teruggebracht van 7.203 naar 90. Eenzelfde tendens vindt onder meer plaats binnen de sector Rijk en de sector Gemeenten.¹¹ Een alternatief van deze beweging betreft een ontwikkeling waarbij in plaats van functies binnen overheidswerkgevers (met name provincies) wordt gewerkt met een aanstelling in algemene dienst waarbij ‘rollen’ centraal staan. Medewerkers worden dan dus niet meer benoemd in een functie maar vervullen tijdelijke, wisselende rollen binnen de organisatie.

2.2.3 De overheidsorganisatie

De overheid manifesteert zich in het maatschappelijk leven doorgaans door middel van publieke rechtspersonen. Voorbeelden hiervan vormen de Staat der Nederlanden, gemeenten, provincies, de Nationale Politie, de Kamer van Koophandel en waterschappen. Daarnaast kennen we ook private rechtspersonen waar de overheid ‘eigenaar’ van is. Binnen de overheidssector werken veel mensen. In de recent verschenen uitgave ‘Trends en Cijfers 2019, werken in de overheid- en onderwijssectoren’¹² wordt een overzicht gegeven met concrete aantallen. Onderstaand overzicht geeft het aantal fte’s weer.

10 Zie hieromtrent nader W. van der Loon, P.J.J.M. van der Heijden, R.M.M. Paulssen, S.F.H. Jellinghaus & B. Vermaak, *Functiehuizen*, Antwerpen: Maklu 2013.

11 *Kamerstukken II* 2010-2011, 31490, nr. 60, p. 5.

12 *Trends & Cijfers 2019, Werken in de overheid- en onderwijssectoren van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties*.

Tabel 2.1 **Overzicht overheid en haar medewerkers**

Aantal fte	2014	2015	2016	2017	2018
Rijk	109.487	109.150	109.581	110.649	113.533
Gemeenten	131.256	129.571	128.817	129.902	131.949
Provincies	9.883	9.992	9.569	9.606	9.766
Rechterlijke Macht	3.267	3.210	3.136	3.308	3.316
Waterschappen	9.414	9.368	9.374	9.261	9.574
Openbaar Bestuur	263.307	261.291	260.477	262.726	268.138
Primair Onderwijs	127.846	124.099	125.675	124.632	128.083
Voortgezet Onderwijs	86.469	86.783	85.112	85.299	84.969
Middelbaar Beroepsonderwijs	42.080	43.007	44.830	45.604	46.165
Hoger Beroepsonderwijs	33.852	34.891	35.956	35.853	36.505
Wetenschappelijk Onderwijs	44.288	44.620	45.591	46.866	47.874
Onderzoekinstellingen	2.541	2.585	2.651	2.624	2.765
Universitair Medische Centra	56.373	56.315	57.596	59.171	60.032
Onderwijs en Wetenschappen	393.449	392.300	397.411	400.049	406.393
Defensie	58.240	56.687	55.937	55.890	56.587
Politie	60.061	61.995	62.217	61.528	61.642
Veiligheid	118.301	118.682	118.154	117.418	118.229
Overheid en Onderwijs	775.057	772.273	776.042	780.193	792.7560

Uit dit overzicht kan worden opgemaakt dat een groot deel van de Nederlandse beroepsbevolking binnen de overheid werkzaam is. Wanneer de zogenoemde semi-overheid (de vroegere 'trendvolgers') wordt meegenomen, is het aandeel in de Nederlandse beroepsbevolking zelfs heel groot.

Saillant detail is dat diverse regeringen door de jaren heen hebben geprobeerd om het aantal ambtenaren terug te brengen. Zo was in het regeerakkoord-Balkenende II opgenomen dat het aantal ambtenaren met 10% moest worden gereduceerd. Ook het kabinet-Rutte I had een vergelijkbare ambitie. Uit de hiervoor genoemde cijfers blijkt dat deze ambities niet zijn gehaald. Volgens een brief van de minister

van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 16 mei 2011 is men al aardig op koers.¹³ Ook in het regeerakkoord van het kabinet-Rutte II wordt uitgegaan van een vermindering van het aantal ambtenaren.¹⁴

2.3 De ambtenarenwet 2017 en overige gevolgen van de Wnra

In deze paragraaf zal eerst de Ambtenarenwet 2017 op hoofdlijnen worden geschetst (par. 2.3.1), waarna zal worden ingegaan op de vraag wanneer sprake is van een ambtenaar en de daaraan verbonden gevolgen (par. 2.3.2 en par. 2.3.3), alsook op integriteit (par. 2.3.4 en kroonbenoemingen (par. 2.3.5). Tevens zal worden ingegaan op het overgangsrecht ten aanzien van de Ambtenarenwet 2017 (par. 2.3.6) Tot slot zal nog kort zal worden stilgestaan bij de maximering van de bezoldiging en ontslagvergoeding van topfunctionarissen (par. 2.3.7) en de sociale zekerheid (par. 2.3.8).

2.3.1 Ambtenarenwet 2017 op hoofdlijnen

Per 1 januari 2020 is de Ambtenarenwet gewijzigd en heeft de wet de naam Ambtenarenwet 2017 gekregen. Met de normalisering van de positie van ambtenaren zijn veel artikelen uit deze wet geschrapt: slechts achttien artikelen zijn overgebleven. Deze artikelen in de Ambtenarenwet 2017 behandelen de volgende onderwerpen.

Verplichtingen van de overheidswerkgever:

- voeren integriteitsbeleid;
- integriteitsbeleid moet aan orde komen in functioneringsgesprekken en werkoverleg;
- scholing en vorming over integriteit;
- gedragscode ‘goed ambtelijk handelen’;
- jaarlijkse verantwoording over uitvoering integriteitsbeleid en gedragscode;
- laten afleggen eed of belofte;
- klokkenluidersregeling;
- registratie nevenwerkzaamheden;
- aanwijzen ambtenaren die werkzaamheden verrichten met bijzonder risico van financiële belangenverstremgeling of risico oneigenlijk gebruik koersgevoelige informatie.

Verplichtingen van de ambtenaar:

- goed ambtenaarschap;
- formele vereisten;
- in sommige gevallen onthouding nevenwerkzaamheden;
- geheimhouding;

13 *Kamerstukken II* 2010-2011, 31490, nr. 60, p. 1-2.

14 Regeerakkoord Bruggen Slaan, Regeerakkoord VVD-PvdA, 29 oktober 2012.

- zich onthouden van openbaren van gedachten en gevoelens indien hierdoor goede vervulling functie niet verzekerd is;
- verplicht meewerken aan onderzoek aan lichaam en/of kleding.

2.3.2 Ambtenaar in de zin van de Ambtenarenwet 2017

De grondslag voor het zijn van ambtenaar is terug te vinden in artikel 109 Grondwet (Gw),¹⁵ waarin staat:

‘De wet regelt de rechtspositie van ambtenaren. Zij stelt tevens regels omtrent hun bescherming bij de arbeid en omtrent medezeggenschap.’

Hieraan is uitvoering gegeven door de Ambtenarenwet. Sinds 1 januari 2020 geldt de Ambtenarenwet 2017. Artikel 1 lid 1 Ambtenarenwet 2017 bepaalt dat de ambtenaar degene is die krachtens een arbeidsovereenkomst naar Nederlands recht met een overheidswerkgever werkzaam is. Artikel 1 lid 2 Ambtenarenwet 2017 bepaalt vervolgens dat als ambtenaar tevens wordt aangemerkt degene die met een overheidswerkgever is overeengekomen zonder aanspraak op loon een functie te vervullen die is aangewezen bij algemene maatregel van bestuur.

Om als ambtenaar te worden aangemerkt, moet een persoon in beginsel dus een arbeidsovereenkomst hebben met een overheidswerkgever. Dit begrip heeft invulling gekregen in artikel 2 Ambtenarenwet 2017. Overheidswerkgever zijn (art. 2 lid 1 Ambtenarenwet 2017):

- de Staat, de provincies, de gemeenten, de waterschappen;
- openbare lichamen voor beroep en bedrijf, zoals de Nederlandse Orde van Advocaten;
- andere openbare lichamen waaraan krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is toegekend, zoals bepaalde gemeenschappelijke regelingen;
- Europese groeperingen voor territoriale samenwerking met een statutaire zetel in Nederland;
- overige krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen; en
- private rechtspersonen waarvan een orgaan bekleed is met openbaar gezag, waarbij de uitoefening van dat gezag de kernactiviteit van de rechtspersoon vormt.

Hierbij valt te denken aan de Nederlandsche Bank of de Autoriteit Financiële Markten. Per 1 januari 2020 zijn er dus nieuwe overheidswerkgevers ontstaan, want dit criterium (‘kernactiviteit openbaar gezag’) verschilt van het criterium zoals dat gold vóór 1 januari 2020 (‘overwegende overheidsinvloed’).

15 Zie hieromtrent nader E. Huisman & S.F.H. Jellinghaus, *Nederland Rechtsstaat, wetenschappelijk commentaar op artikel 109 Gw, rechtspositie Ambtenaren*, www.Nederlandrechtsstaat.nl.

Op deze overheidswerkgevers is de Ambtenarenwet 2017 van toepassing. Dat betekent onder meer dat een integriteitsbeleid moet worden gevoerd en nevenwerkzaamheden moeten worden geregistreerd. Tevens zijn alle medewerkers die in dienst zijn op basis van een arbeidsovereenkomst naar Nederlands recht, ambtenaren. Dit betekent bijvoorbeeld dat zij zich moeten gedragen als goed ambtenaar.

Volledigheidshalve wordt erop gewezen dat een goed onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds de publiekrechtelijke rechtspersoon, zoals het Rijk en de gemeente en het bestuursorgaan, zoals de minister binnen het Rijk en het college van burgemeester en wethouders bij een gemeente. Het bevoegde gezag kan eventueel bevoegdheden mandateren aan anderen door middel van een mandaatbesluit. Een procedure moet worden aangegaan tegen de rechtspersoon. Het besluit moet wel weer rechtsgeldig zijn genomen. Na de inwerkingtreding van de Wnra, is het de publiekrechtelijke persoon waarmee de arbeidsovereenkomst wordt gesloten. De publiekrechtelijke rechtspersoon moet dus wel rechtsgeldig worden vertegenwoordigd bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst.

Een aantal werkgevers, met name scholen, zijn géén overheidswerkgever (art. 2 lid 2 Ambtenarenwet 2017). Op hen is de Ambtenarenwet 2017 dus niet van toepassing en zij hebben dus geen ambtenaren in dienst. Door de wijziging van het begrip ambtenaar op 1 januari 2020 verloren sommige groepen ambtenaren dus het ambtenaarschap.

Wij achten het voor een goed begrip zinvol om nog even stil te staan bij de situatie voor 1 januari 2020. Toen gold dat als ambtenaar werd gekwalificeerd degene die in openbare dienst werkzaam was¹⁶ volgens artikel 1 AW.¹⁷ Dit begrip werd verder niet door de wetgever gedefinieerd. Blijkens de rechtspraak en literatuur moet worden gekeken naar de mate van overheidsinvloed die wordt uitgevoerd op een drietal terreinen, te weten (cumulatief):

1. doelstelling;
2. beheer (financieel en organisatorisch);
3. beleid.¹⁸

16 Zie art. 1 Ambtenarenwet 1929.

17 Na inwerkingtreding van de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren wijzigt dit dus. Ambtenaren zijn degenen die krachtens een arbeidsovereenkomst met een overheidswerkgever werkzaam zijn. De definitie van overheidswerkgever is vervolgens gegeven in art. 2 AW nieuw.

18 Zie onder andere P.J.J.M. van der Heijden & S.F.H. Jellinghaus, a.w. (noot 2), p. 1; A.H. van Zutphen, 'De ambtenaar', *ArbeidsRecht* 1998, nr. 46, p. 20 e.v.; H. Uhlenbroek, 'Ambtenaar of werknemer, is er nog verschil?', *ArbeidsRecht* 2001/4; A.H. van Zutphen, a.w. (noot 3), p. 2, en L.W.H. van den Berg e.a., *Ambtenarenrecht. Jurisprudentiereeks Arbeidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 14-16. Zie hieromtrent

De wijze waarop deze criteria in de praktijk moeten worden toegepast, blijkt uit de uitspraak van de CRvB in de zaak van Diergaarde Blijdorp.¹⁹ De medewerkers werkzaam bij de stichting Blijdorp werden allemaal aangemerkt als ambtenaar op wie de rechtspositieregeling van de gemeente Rotterdam van toepassing was. De structuur van de stichting was namelijk zodanig, dat het voltallige bestuur van de stichting werd benoemd door de gemeente Rotterdam. Ook was voor alle belangrijke (financiële) besluiten toestemming van het gemeentebestuur vereist. Op een zekere dag werd echter besloten tot een reorganisatie, waarbij de ‘governancestructuur’ werd aangepast. Daarbij werd de zeggenschapsstructuur binnen de stichting zodanig aangepast, dat alle zeggenschap bij het stichtingsbestuur/de directie kwam te liggen. De directie werd daarbij gecontroleerd door een raad van toezicht. Aan de CRvB werd vervolgens een arbeidsconflict voorgelegd dat was ontstaan in het kader van de ziekte van een medewerkster in de souvenirshop. De CRvB kwam daarop tot de conclusie dat ten gevolge van de wijzigingen binnen de zeggenschapsstructuur niet meer kon worden gesproken van ‘een overwegende overheidsinvloed op doelstelling, beheer en beleid’. Het gevolg daarvan was dat de medewerkers het ambtenaarschap hadden verloren.

Opvallend was dus dat om aangemerkt te worden als ambtenaar, niet was vereist dat de ambtenaar werkzaam is bij een publieke rechtspersoon. Het was dus ook mogelijk dat een ambtenaar werkzaam is voor een private rechtspersoon.²⁰ Dat zal op grond van de vorenstaande criteria doorgaans een stichting zijn. Evenmin is het betalen van bezoldiging vereist. Een ambtenaar kan dus ook onbezoldigd zijn. Dat zien we ook regelmatig gebeuren, denk bijvoorbeeld aan een buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand.

Onder de Ambtenarenwet 2017 vallen thans ook de nv en bv onder het overheids-werkgeversbegrip mits zij aan de criteria voldoen. Er moet dan sprake zijn van een zelfstandig bestuursorgaan (zbo). Volgens de wetsgeschiedenis wordt daarbij onder meer aangesloten bij de criteria van de Kaderwet zbo.²¹ Dit volgt echter niet rechtstreeks uit de Ambtenarenwet 2017.

Artikel 3 Ambtenarenwet 2017 sluit tot slot een aantal groepen ambtenaren uit waar de overheidswerkgever geen arbeidsovereenkomst mee mag sluiten en die – gelet op de definitie van ambtenaar uit de Ambtenarenwet 2017 – dus niet vallen

ook CRvB 31 januari 2002, *TAR* 2002, 89, en CRvB 22 februari 2001, *TAR* 2001, 203.

19 CRvB 6 september 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BB4033, *JIN* 2008, 141, m.nt. S.F.H. Jellinghaus; J.A. Spee & L.J.M. Timmermans, ‘Ambtenaarrechtelijk ontslagrecht niet “Bokito-proof”’, *TAR* 2008, 3, p. 131-141.

20 Dit blijft na inwerkingtreding van de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren hetzelfde.

21 *Kamerstukken II* 2018-2019, 35073, nr. 3 p. 5-6.

onder de Ambtenarenwet 2017. Het gaat daarbij onder meer om burgemeesters, rechterlijke ambtenaren, de militaire en burgerlijke ambtenaren, (waarnemend) notarissen en ambtenaren van de politiek. Veelal wordt de rechtspositie van deze personen op een andere wijze geregeld.

Voor zover sprake is van een militair, is hieraan uitwerking gegeven in de per 1 januari 2020 geldende Wet ambtenaren defensie (de opvolger van de Militaire Ambtenarenwet). Deze bepaalt dat als militair ambtenaar wordt aangemerkt:²²

(...) zij, die zijn aangesteld bij het beroepspersoneel van de krijgsmacht of bij het reservepersoneel van de krijgsmacht om in militaire openbare dienst werkzaam te zijn.'

Voor zover sprake is van de politie, wordt de definitie van de ambtenaren van de politie gegeven in artikel 2 Politiewet 2012. Dit zijn onder meer ambtenaren die zijn aangesteld voor de uitvoering van de politietaken maar ook ambtenaren die zijn aangesteld voor de uitvoering van de technische, administratieve en andere taken ten dienste van de politie. (Zie voorts par. 2.4 over de publieke aanstelling.)

2.3.3 De gevolgen van het zijn van ambtenaar

Het ambtenarenrecht valt sinds 1 januari 2020 voor het overgrote deel onder het arbeids- en dus het civiele recht. De materiële kant van de rechtspositie is sindsdien geregeld in de Ambtenarenwet 2017, Boek 7 titel 10 BW en in cao's. De Ambtenarenwet 2017 laat de regeling van inhoudelijke arbeidsvoorwaarden namelijk over aan de overheidswerkgever die deze vaststelt in collectieve arbeidsovereenkomsten. Voor het materiële recht moet daarom meestal worden gekeken in de toepasselijke cao.

In het verlengde hiervan blijven na 1 januari 2020 internationale verdragen een rol spelen (bijvoorbeeld in het kader van rechtsbescherming en van vrijheden zoals de vrijheid van meningsuiting). Voorts kan ook algemene regelgeving van toepassing zijn, zoals de arbeidsomstandighedenwetgeving, de arbeidstijdenwetgeving of de Wet op de ondernemingsraden (WOR). Maar ook de Wet openbaarheid van bestuur (WOB) kan in voorkomende gevallen een rol spelen.

Voor 1 januari 2020 vielen ambtenaren voorts volledig onder de werkingssfeer van het bestuursrecht, inclusief de werking van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Door de overheveling naar het civiele arbeidsrecht is dat veranderd. Dat betekent echter nog niet dat er dus geen ruimte meer bestaat voor de werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Blijkens artikel 3:1 lid 2 Awb zijn de alge-

22 Deze definitie is gelijk aan de definitie zoals die gold voor 1 januari 2020 op basis van de Militaire Ambtenarenwet.

mene beginselen van behoorlijk bestuur ook van toepassing binnen de civiele context.²³ Daarnaast volgt dit uit artikel 3:4 BW, waarin staat:

‘een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, [...] mag [niet] worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven rechts van publiekrecht.’

Het is de vraag in hoeverre dit nu ook een eigen zelfstandige rechtsbron binnen het arbeidsrecht gaat vormen. Te betogen valt dat dit reeds door de werking van het goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) wordt ondervangen.

Bij de toepassing van het ambtenarenrecht moet tevens rekening worden gehouden met de ‘politieke dimensie’ van de besluitvorming. Zo kan het politiek wenselijk worden geacht dat een ambtenaar ‘wordt geofferd’ of kan een bepaalde afvloeiingsregeling niet worden getroffen omdat dit politiek ‘niet is te verkopen’. In het verlengde hiervan moet vaak ook rekening worden gehouden met de publiciteit die besluiten met zich mee kunnen brengen.

2.3.4 Integriteit

Hoewel ten gevolge van de normalisering de normale regels voor bijvoorbeeld disfunctioneringsontslag e.d. zijn gaan gelden en deze zaken volgens de eerste uitspraken ook als ‘normale’ disfunctioneringszaken door de rechters lijken te worden behandeld,²⁴ valt inmiddels ook te ontdekken dat rechters op het gebied van integriteit genegen zijn de lat voor ambtenaren in dienst van overheidswerkgevers hoger te leggen. Alhoewel nog steeds wordt gekeken naar de vraag of er door de werkgever ook daadwerkelijk beleid is ontwikkeld en overeenkomstig daarvan wordt gehandeld, wordt toch ook het zijn van ambtenaar meegewogen.²⁵ Zo oordeelde de Nijmeegse kantonrechter dat van een goed ambtenaar een verhoogde zorgvuldigheid mag worden verwacht. In deze kwestie was een trouwambtenaar onder meer naar de krant gestapt met de mededeling ‘Bruiloft met dertig aanwezigen is uitlokking’, terwijl tijdens de coronacrisis dit aantal mensen was toegestaan.²⁶ De kantonrechter hield het vervolgens gegeven ontslag op staande voet in stand. Daarbij werd overwogen dat sprake was van ernstig plichtsverzuim en handelen in strijd met het goed ambtenaarschap.

Evenzo oordeelde de Rotterdamse rechtbank dat het voor handen hebben van 88 wietplantjes bij een gemeenteambtenaar in de functie van uitvoerend technisch

23 Het artikel luidt als volgt: ‘Op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten zijn de afdelingen 3.2 tot en met 3.4 van overeenkomstige toepassing, voor zover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet.’

24 Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 9 juni 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:5870 en Rb. Limburg 25 mei 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:3758.

25 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 11 augustus 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:7332.

26 Rb. Gelderland 17 juli 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:3599.