

Slimmer werken

Vormen van flexibele arbeid bij gemeenten

Gemeenten werken in toenemende mate samen op allerlei terreinen. Door deze toenemende samenwerking ontstaat de behoefte op een innovatieve wijze arbeid flexibel in te zetten ten behoeve van gezamenlijke projecten en andere vormen van samenwerking.

Een organisatie heeft doorgaans behoefte aan verschillende soorten arbeid. Zo zal een organisatie met betrekking tot haar kerntaken personeel voor langere tijd aan zich willen binden, maar heeft de organisatie bij bepaalde pieken in het werk, of bij een incidentele behoefte aan bepaalde kennis en vaardigheden behoefte aan flexibele arbeid, die makkelijk kan worden “in- en uitgevloegen” zonder arbeidsrechtelijke of ambtenarenrechtelijke beperkingen. Hierna zullen wij de verschillende vormen van (flexibele) arbeid bespreken, die door een gemeente kunnen worden ingezet.

Ambtelijke aanstelling

De ambtelijke aanstelling kan zowel tijdelijk als vast worden verleend. Een tijdelijke aanstelling kan afhankelijk van de aanstellingsgrond voor maximaal 2 of 3 jaar worden verleend en niet meer dan 3 maal achter elkaar. Alleen bij projecten met een eenmalig en uniek karakter kan een tijdelijke aanstelling voor een langere periode worden verleend. Alle besluiten die ten aanzien van een ambtenaar

Stuiver & Weijling Advocaten is gespecialiseerd op het terrein van arbeidszaken: ambtenarenrecht, arbeidsrecht en sociaal zekerheidsrecht. Het kantoor treedt op voor werkgevers- en werknemers in de overheids- en non-profit-sector. Wij rekenen het tot onze taak onze werkgeverscliënten op de hoogte te houden van relevante ontwikkelingen op ons vakgebied. Wij worden dagelijks geconfronteerd met vragen van P&O-medewerkers. In onze nieuwsbrief geven wij onder andere antwoord op deze vragen en willen wij voorzien in een informatiebehoefte naar specifieke, sector-eigen, praktische kennis van dagelijkse problemen die leven op een afdeling P&O bij de overheid

In dit nummer

<i>Slimmer werken</i>	1-3
<i>Aspecten van Ambtenarenrecht</i>	1
<i>Rechtspositie klokkenluiders aanzienlijk verbeterd</i>	3-4
<i>Jurisprudentie</i>	4
<i>Wetgeving</i>	4

worden genomen zijn vatbaar voor bezwaar en beroep, ook het (impliciete) besluit om na het aflopen van een tijdelijke aanstelling geen nieuwe aanstelling te verlenen. De eisen die de bestuursrechter aan het bestuurlijk handelen stelt zijn hoog te noemen.

Tijdens arbeidsongeschiktheid als gevolg van ziekte behoudt de ambtenaar recht op bezoldiging, waarbij afhankelijk van de duur van de arbeidsongeschiktheid het loon beperkt kan worden tot uiteindelijk 70% van de bezoldiging. Op het loon van de ambtenaar wordt loonheffing ingehouden en over het loon worden sociale verzekeringspremies afgedragen. Indien een ambtenaar wordt ontslagen heeft hij recht op een WW-uitkering, voor zover niet sprake is van een ontslag op eigen verzoek of een dringende reden. Afhankelijk van de ontslaggrond en de duur van het dienstverband bestaat daarnaast recht op een bovenwettelijke aanvullende en nawettelijke uitkering.

Vervolg op pagina 2

Aspecten van Ambtenarenrecht, zesde druk

In juni 2011 verschijnt de zesde druk van het boek ‘Aspecten van Ambtenarenrecht’ van mr. H.S.P. Stuiver en mw. mr. B. van Linge.

Aspecten van Ambtenarenrecht biedt al een kleine 20 jaar concrete handreikingen om rechtspositionele problemen mee aan te pakken. De praktijkervaring van de auteurs staat garant voor tal van voorbeelden die het ambtenarenrecht voor u inzichtelijk maken.

Dit boek behandelt onder andere: het aangaan en beëindigen van een ambtelijke arbeidsrelatie, reorganisatie en privatisering, functioneren, ordemaatregelen en ambtenarentucht, het sociale zekerheidsrecht en het procesrecht. Deze zesde druk is geactualiseerd naar aanleiding van veranderingen in de wet- en regelgeving, jurisprudentie en nieuwe publicaties op het vakgebied. Uitgegaan is van wet- en regelgeving, jurisprudentie en literatuur naar de stand van voorjaar 2011. Er

wordt aandacht besteed aan de vernieuwde regeling “Melden vermoeden van een misstand” (klokkenluidersregelingen), de Wet bestuurlijke lus, de Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen, de “Europese boete” en de nog lang niet uitgekristalliseerde discussie over het ambtenaarschap in 2015.

Door de praktische benadering van het ambtenarenrecht is Aspecten van ambtenarenrecht bij uitstek geschikt voor praktijkjuristen, advocaten, medewerkers van vakbonden en van afdelingen rechtspositie en arbeidsvoorwaarden en P&O’ers. Maar de uitgave is ook bijzonder geschikt voor gebruik als studieboek in het hoger beroepsonderwijs, op de bestuursacademie’s en voor cursussen ambtenarenrecht.

Voor verdere informatie (en bestellen) verwijzen wij u naar de bijgevoegde flyer of onze website, waar u een link kunt vinden naar de uitgever.

Vervolg van pagina 1

De gemeente is eigenrisicodragers voor de WW en bovenwettelijke uitkering. Dat betekent dat de volledige kosten van de uitkering door de gemeente worden gedragen. Daar staat uiteraard tegenover dat over het loon van de ambtenaar weliswaar WW-premie wordt ingehouden, maar deze wordt door de overheidswerkgever niet afgedragen. De ambtenaar is deelnemer in de zin van het ABP-Pensioenreglement en bouwt dus ABP pensioen op.

Oproepkrachten

De gemeente kan op basis van de huidige rechtspositieregeling (CAR/UWO) alleen personen op basis van een arbeidsovereenkomst in dienst nemen voor het bij oproep verrichten van werkzaamheden van een in aard en omvang wisselend karakter (een zogenaamd contract met uitgestelde prestatieverplichting).

Tijdens arbeidsongeschiktheid als gevolg van ziekte behoudt de oproepkracht recht op loon, waarbij afhankelijk van de duur van de arbeidsongeschiktheid het loon beperkt kan worden tot uiteindelijk 70% van het gemiddelde salaris over het kalenderkwartaal voorafgaande aan de ziekmelding. Op het loon van de oproepkracht wordt loonheffing ingehouden en over het loon worden sociale verzekeringspremies afgedragen. Indien een oproepkracht werkloos wordt als gevolg van urenverlies in de zin van de WW (omdat hij niet of minder (min. 8 uur) wordt opgeroepen) kan hij onder bepaalde voorwaarden aanspraak maken op een WW-uitkering, voor zover niet sprake is van een ontslag op eigen verzoek of een dringende reden. De gemeente is zogenaamde eigenrisicodragers voor de WW. Dat betekent dat de volledige kosten van de WW-uitkering door de gemeente worden gedragen. De oproepkracht is deelnemer in de zin van het ABP-Pensioenreglement.

Uitzendkrachten, payroll en detachering

Deze constructies hebben gemeen dat de medewerker in dienst is bij een rechtspersoon (de uitlener) die tegen een vergoeding personeel uitleent aan de gemeente (de inlener). De medewerker heeft een arbeidsovereenkomst met de uitlener. De uitlener zorgt voor inhouding van loonheffing en afdracht van premies sociale verzekeringswetgeving en mogelijk ook voor pensioenopbouw en loondoorbetaling bij ziekte.

Op grond van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) dient de uitlener aan de werknemer loon en overige vergoedingen te betalen overeenkomende met het loon en de vergoedingen die worden toegekend aan werknemers werkzaam in gelijk of gelijkwaardige functies van de onderneming bij welke de ter beschikking stelling plaatsvindt, tenzij CAO-bepalingen anders voorschrijven.

Tussen de inlener en de uitlener is sprake van een overeenkomst van opdracht, zodat een dergelijke overeenkomst in beginsel eenvoudig kan worden beëindigd. Na de overeenkomst hoeven geen uitkeringsrechten betaald te worden. Ook met betrekking tot de loondoorbetalingverplichting bij ziekte en pensioen loopt de gemeente als inlener in beginsel geen risico's. Daar staat uiteraard tegenover dat de

uitlener voor zijn dienstverlening doorgaans een commercieel tarief in rekening brengt, waarin al deze risico's zijn verdisconteerd. De kosten per uur liggen dus hoger dan bij een aanstelling of arbeidsovereenkomst het geval is.

Het verschil tussen payroll en uitzendovereenkomsten en detachering is dat bij payroll de werving, selectie en soms ook opleiding en vorming door de inlener zelf geschiedt, waardoor de kosten die aan de uitlener betaald worden lager zijn.

ZZP-ers

Een zelfstandige zonder personeel (zzp-er) is een persoon die bij de Kamer van Koophandel en de Belastingdienst als ondernemer staat ingeschreven en die overeenkomsten sluit met opdrachtgevers waarbij hij zijn arbeid ter beschikking stelt. Een overeenkomst met een ZZP-er waarbij arbeid wordt "ingebruikt" is in beginsel een vorm van een overeenkomst van opdracht. Er wordt BTW in rekening gebracht en er is sprake van aanbesteding.

De Belastingdienst biedt de zzp-ers de mogelijkheid om een zogenaamde VAR-verklaring (verklaring arbeidsrelatie) aan te vragen. De zogenaamde VAR-WUO en de VARDGA bieden de opdrachtgever de zekerheid, dat hij geen loonheffing behoeft in te houden. De Belastingdienst vrijwaart de inhoudingsplichtige werkgever middels deze verklaring van fiscale aansprakelijkheid. Een VAR vrijwaart de opdrachtgever niet van eventuele arbeidsrechtelijke aansprakelijkheid en verplichtingen voortvloeiende uit de sociale verzekeringswetgeving.

De Belastingdienst kent ook het spiegelbeeld van de VAR-verklaring, waarbij een zogenaamde "Verklaring loonheffing opting in" wordt gevraagd. De persoon die de werkzaamheden verricht wordt dan niet als ondernemer beschouwd en er wordt loonheffing ingehouden, ook al is niet helemaal duidelijk of wel sprake is van een arbeidsovereenkomst. Het betreft hier vaak incidentele zogenaamde "freelancewerkzaamheden".

De voordelen van dit soort constructies zijn evident. Als inlener heb je maximale flexibiliteit, geen inhoudings- en afdrachtverplichtingen, geen loondoorbetaling bij ziekte, geen uitkerings- en pensioenverplichtingen en volledige vrijheid om de inhoud van de onderlinge rechtspositie te bepalen.

Uitbesteden

Een gemeente kan ook besluiten bepaalde werkzaamheden uit te besteden aan een onderneming met personeel, waarbij zonder meer duidelijk is dat sprake is van een overeenkomst van opdracht met een ondernemer. Denk aan adviesopdrachten aan adviesbureau's, het laten verrichten van onderzoeken, inhuur van specifieke expertise, maar ook bijvoorbeeld aan de aanbesteding van catering- of hovenierswerkzaamheden.

Ook hier is sprake van voordelen met betrekking tot flexibiliteit, inhoudings- en afdrachtverplichtingen, geen uit-

Vervolg van pagina 2

kerings- en pensioenverplichtingen en volledige vrijheid om de inhoud van de onderlinge rechtspositie te bepalen. Daar tegenover staat doorgaans een commercieel tarief. Zoals eerder gemeld is hier sprake van aanbestedingsplichtige diensten.

Samenwerkingsvormen met andere rechtspersonen

In het kader van intergemeentelijke samenwerking kan het aantrekkelijk zijn om personeel in dienst te nemen in een rechtspersoon, dat kan worden ingezet ten behoeve van gezamenlijke projecten en activiteiten. Gedacht kan worden aan de volgende vormen van samenwerking.

1. De samenwerking wordt vormgegeven door middel van een overeenkomst tussen de betrokken overheden, waarbij een van de overheden de werkgeversrol op zich neemt en de andere overheden door middel van een overeenkomst van opdracht en detachering dienstverlening afnemen tegen kostprijs.
2. De betrokken overheden treffen een gemeenschappelijke regeling op grond van de Wet op de gemeenschappelijke regeling (Wgr). Het personeel treedt in dienst van de gemeenschappelijke regeling en deze gemeenschappelijke regeling voert taken voor de gemeente uit of stelt personeel aan de gemeente ter beschikking door middel van een overeenkomst van opdracht en detachering van personeel.
3. De betrokken overheden richten een privaatrechtelijke rechtspersoon op (Stichting, NV of BV) die ten doel heeft het ter beschikking stellen van personeel door middel van detachering aan de betrokken overheden. Hierbij zijn ook nog tussenvormen te bedenken. Zo kan de gemeente op grond van de Wgr ook een samenwerking treffen in een gemeenschappelijk orgaan zonder rechtspersoonlijkheid of in een gemeenschappelijke regeling met de provincie, een waterschap of een privaatrechtelijke rechtspersoon.

Uit een oogpunt van flexibiliteit, mobiliteit, maar ook het behouden, of juist versterken van kennis en kwaliteit binnen de groep van deelnemende gemeenten, biedt intergemeentelijke samenwerking met betrekking tot de inzet van personeel veel voordelen. Een door een gemeente mede opgerichte privaatrechtelijke rechtspersoon, die zich ten doel heeft gesteld arbeid ter beschikking te stellen aan de deelnemende gemeenten, kan in beginsel een eigen arbeidsvoorwaardenbeleid voeren en biedt in die zin vanuit arbeidsrechtelijke oogpunt het meeste flexibiliteit en keuzemogelijkheden. Daarbij kan met verschillende categorieën worden gewerkt, dus een pool uitzendkrachten, een pool vaste detachingskrachten, een pool ZZP-ers en een pool van zogenaamde "preferred suppliers". Elk pool kan zijn eigen arbeidsvoorwaarden, c.q. algemene voorwaarden hebben.

Rechtspositie klokkenluiders aanzienlijk verbeterd

Enigszins onopgemerkt is gebleven dat vorig jaar de rechtspositie van klokkenluiders aanzienlijk is verbeterd in vergelijking met de regelingen uit 2001/2003 (Besluit melden vermoeden van mistand bij Rijk en Politie, Staatsblad 2009, 572 en Voorbeeldregeling Melding Vermoeden Misstanden, LOGA brief, 15 december 2010, Lbr. 10/115).

Dit is een direct gevolg van het in 2008 verschenen rapport "Evaluatie klokkenluidersregelingen publieke sector". Uit deze evaluatie bleek dat lang niet alle vermoedens van misstanden werden gemeld. Het rapport noemt verschillende verbeterpunten voor de meldingsprocedure en voor de bescherming van de melder. Dat was voor overheden aanleiding hun regelingen aan te passen.

Anno 2011 kan de klokkenluider kiezen tussen het openlijk melden in de organisatie, of een vertrouwelijke melding bij een vertrouwenspersoon. Rijks- en politieambtenaren kiezen daarnaast voor een (externe) melding bij de commissie integriteit overheid. Gemeente ambtenaren kunnen een (externe) melding doen bij het ingestelde gemeentelijke meldpunt en de Landelijke Klokkenluiders Commissie Gemeenten.

In de nieuwe regelingen wordt vergaand en verbeterd duidelijk gemaakt wat wordt verstaan onder (verboden) benadeling (vicimisatieverbod) als gevolg van een melding. Daaronder wordt onder andere verstaan:

- a. het verlenen van ontslag anders dan op verzoek;
- b. het tussentijds beëindigen of het niet verlengen van een tijdelijke aanstelling;
- c. het niet omzetten van een tijdelijke aanstelling voor een proeftijd in een aanstelling in vaste dienst;
- d. het ver- of overplaatsen of het weigeren van een verzoek daartoe;
- e. het treffen van een ordemaatregel;
- f. het treffen van een disciplinaire maatregel;
- g. het onthouden van salarisverhoging;
- h. het onthouden van promotiekansen en
- i. het afwijzen van verlof.

Ook kunnen klokkenluiders die tegen een vermeende benadeling willen procederen, vanaf nu, ondermeer aanspraak maken op een tegemoetkoming in de kosten. Op deze tegemoetkoming is het Besluit proceskosten bestuursrecht niet van toepassing is. Alle daadwerkelijk en in redelijkheid gemaakte kosten en kosten per procedure (eventueel inclusief een procedure bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens), in verband met door derden beroepsmatig verleende rechtsbijstand, komen voor vergoeding in aanmerking. De laatste vergoeding kan, bij een maximaal uurtarief van € 200,- per uur, oplopen tot € 5.000,- exclusief kantoorkosten en BTW.

De bescherming geldt voortaan ook bij een melding van kleinere zaken of een melding over andere organisaties.

Vervolg van pagina 3

Ex rijks- en politieambtenaren kunnen nog gedurende twee jaar na beëindiging van hun werk een melding doen. Onder bepaalde voorwaarden kan op grond van het besluit in de sector Rijk ook een melding worden gedaan over een andere overheidsorganisatie dan waar de ambtenaar werkzaam is, deze organisatie moet dan wel onder de werkingssfeer van het besluit vallen.

Voor de sector gemeenten vallen onder de kring van melde- ook andere medewerkers bij de gemeente dan secundaire ambtenaren. Denk aan uitzendkrachten of gedetacheerden. Ook in deze sector kan na afloop van de arbeidsrelatie nog worden gemeld en wel tot maximaal één jaar na beëindiging.

Naast deze nieuwe regeling wordt op korte termijn een advies- en verwijspunt klokkenluiders voor de markt en overheid opgericht. Op 15 april 2011 is de ministerraad akkoord gegaan met het aanhangig maken van een algemene maatregel van bestuur (amvb) tot instelling van de Commissie advies- en verwijspunt klokkenluiders. Er wordt naar gestreefd deze algemene maatregel van bestuur op 1 augustus 2011 in werking te laten treden. Deze Commissie gaat fungeren als "steunpunt" voor (potentiële) klokkenluiders.

Het is de ambitie om in de nabije toekomst de commissie integriteit overheid en de Landelijke Klokkenluiders Commissie Gemeenten te vervangen door één centraal meldpunt voor integriteitschendingen voor de overheid. Vooralsnog blijven beide commissies echter fungeren als extern meldpunt.

Voor een uitgebreide bespreking van dit onderwerp wordt verwezen naar Aspecten voor Ambtenarenrecht, zesde druk (ISBN 9789058506306) uitgegeven door Wolf Legal Publishers te Nijmegen.

Jurisprudentie

De Centrale Raad van Beroep heeft in een uitspraak van 19 mei 2011 (LJN: BQ6608) geoordeeld, dat het gedurende vele maanden, ook na waarschuwingen en dienststopdrachten, weigeren op het werk te komen, ernstig plichtsverzuim oplevert. Het strafontslag is door de Raad in stand gelaten.

Het gaat in deze uitspraak om een burgerambtenaar, die werkzaam was bij defensie, die zich een week na een functiewijziging ziekmeldde, omdat hij zich geestelijk niet in staat achtte de functie te vervullen en samenwerkingsproblemen voorzag. De bedrijfsarts oordeelt in eerste instantie dat betrokkene arbeidsongeschikt is. Op 21 augustus 2007 geeft de bedrijfsarts aan, dat betrokkene niet langer arbeidsongeschikt wordt bevonden. Betrokkene hervatte niet en meldde zich opnieuw ziek. Op 4 september 2007 zegt de bedrijfsarts dat betrokkene wel in staat is te werken, maar niet in zijn eigen functie. Op 27 september 2007 geeft de bedrijfsarts als zijn oordeel te kennen, dat betrokkene in staat is fulltime te werken, dat hij zich niet begrepen voelt door de organisatie en graag een oplossing

wil voor zijn probleem. Betrokkene blijft ondanks verschillende oproepen volhouden dat hij niet kan werken. Pogingen om betrokkene te plaatsen of tewerk te stellen in een andere functie of om hem te laten terugkeren op zijn oude werkplek zijn niet succesvol gebleken.

De Raad stelt vast dat betrokkene geen medische gegevens heeft overlegd, waaruit blijkt dat hij arbeidsongeschikt zou zijn. De Raad gaat er dan ook vanuit dat betrokkene vanaf 21 augustus 2007 arbeidsgeschikt was. De Raad leidt daaruit af dat betrokkene met opzet zijn verplichtingen niet is nagekomen. De stelling van betrokkene dat hij zich diverse malen schriftelijk bereid heeft verklaard tot werkhervatting, maar dat het hem niet duidelijk was waar hij zich moest melden, overtuigt de Raad niet. De Raad overweegt dat als betrokkene een foute keuze heeft gemaakt met het accepteren van zijn nieuwe functie, dat dan toch in eerste instantie voor zijn rekening komt en dat hij dan maar moet omzien naar een andere functie. Tot dat hij die functie heeft verkregen, dient hij zich te voegen naar de ontstane situatie en kan hij niet blijven weigeren werkzaamheden te verrichten. Zeker niet omdat van de zijde van de commandant inspanningen werden verricht om betrokkene zoveel mogelijk tegemoet te komen.

De uitspraak laat zien dat een ambtenaar, die zonder medische onderbouwing na een herstelmelding zijn werkzaamheden niet hervat een groot risico neemt. Opvallend is wel dat de Raad gewicht toekent aan het feit dat de commandant zich de nodige inspanningen heeft getroost om betrokkene zoveel mogelijk tegemoet te komen. Dat zou kunnen betekenen dat als de commandant dat niet zou hebben gedaan, een strafontslag wellicht een te zware maatregel was geweest. De Raad heeft in eerdere uitspraken steeds benadrukt dat een strafontslag een ultimatum remedium is, waartoe niet lichtvaardig mag worden besloten.

Wetgeving

Wijziging Ambtenarenwet wegens elektronisch verzenden berichten

Het wordt mogelijk om in de toekomst ambtenaren berichten, zoals bijvoorbeeld personeelsbesluiten en salarisstroken, elektronisch aan te bieden. Hiertoe wordt de Ambtenarenwet gewijzigd. In deze wet wordt een wettelijke grondslag opgenomen waardoor het elektronisch verzenden van berichten mogelijk wordt zonder dat voor het elektronisch verzenden van berichten steeds de individuele toestemming van de ambtenaar nodig is. Het wetsvoorstel tot Wijziging van de Ambtenarenwet in verband met het uitsluitend elektronisch verzenden van berichten die betrekking hebben op de rechtspositie is op 19 mei 2011 aangenomen door de Tweede Kamer (www.tweede-kamer.nl, Kamerstukken II 32 416).

Disclaimer

Stuiver & Weijling Advocaten heeft de inhoud van deze nieuwsbrief met de grootst mogelijke zorg samengesteld. De informatie in deze nieuwsbrief is bedoeld ter algemene informatie, om nieuwe ontwikkelingen te signaleren en geeft uitdrukkelijk geen volledig overzicht van de inhoud van de diverse regelingen en voorstellen. De informatie is niet bedoeld als vervanging van enig juridisch advies, raadgeving of juridische dienstverlening van welke aard ook. In concrete gevallen dient u altijd deskundig juridisch advies in te winnen. In geen geval aanvaardt Stuiver & Weijling Advocaten aansprakelijkheid voor eventuele schade ten gevolge van gebruik van de geboden informatie, ook indien dit onjuiste of onvolledige informatie betreft.