

RECHTSPRAAK

X/college van burgemeester en wethouders van de gemeente Heerlen

Kwalificatievraag in driehoeksverhouding. Nadat gemeente een payrollovereenkomst heeft gesloten en niet gebleken is van privaatrechtelijke dienstbetrekking met payrollonderneming of gemeente, maar de gemeente kennelijk wel heeft beoogd een dienstbetrekking aan te gaan, is een (tijdelijke) ambtenaarsverhouding ontstaan.

X ontving van 1 juni 2010 tot en met 3 december 2010 een uitkering op grond van de Wet werk en bijstand (Wwb). X heeft een diploma gehaald en werk aanvaard. Na afloop van het contract met Transfer Werkt heeft X op 26 september 2012 een arbeidsovereenkomst afgesloten met de Stichting Werkcorporatie Kerkrade, handelend onder de naam 'd'r Sjalter'. Op dezelfde datum heeft gemeente Heerlen met d'r Sjalter een detacheringsovereenkomst afgesloten met betrekking tot X. Uit beide overeenkomsten volgt dat het de bedoeling is dat X wordt gedetacheerd bij BaanBrekend Werk te Heerlen, alwaar hij de functie van Werkbegeleider Stadsinformanten zal uitvoeren. De overeenkomsten liepen van 3 oktober 2012 tot en met 2 oktober 2013. Nadien heeft X op 10 september 2013 opnieuw met d'r Sjalter een arbeidsovereenkomst afgesloten, voor de periode tot en met 14 mei 2014. In de periode van 4 oktober 2010 tot en met 14 mei 2014 heeft X feitelijk werkzaamheden bij de gemeente Heerlen verricht. Tot april 2011 heeft X praktijkervaring opgedaan bij Bureau Handhaving en Toezicht. Hierna is hij voor 20 uur per week geplaatst bij Baanbrekend Werk als Werkbegeleider Stadsinformanten. De overige 16 uur was X werkzaam als beveiliging publiekszaken Heerlerheide. Vanaf 3 oktober 2012 (de eerste overeenkomst met d'r Sjalter) is X louter werkzaam geweest als Werkbegeleider Stadsinformanten. Kern van het geschil is de vraag of X op basis van een ambtelijke aanstelling werkzaam is voor de gemeente Heerlen, zoals hij stelt en de gemeente betwist. Volgens de gemeente is er geen sprake van een payrollconstructie, maar van detachering.

De rechtbank oordeelt als volgt. De tussen X, d'r Sjalter en de gemeente aangegane rechtsverhouding dient geïdentificeerd te worden als een payrollovereenkomst. Van een uitzendovereenkomst als bedoeld in artikel 7:690 van het BW is geen sprake omdat onzeker is of d'r Sjalter zich bedrijfs- of beroepsmatig bezighoudt met de terbeschikkingstelling van werknemers aan opdrachtgevers, waardoor (potentieel) niet is voldaan aan de voorwaarden van voornoemd artikel, en, mocht daar wel aan voldaan zijn, er in ieder geval in het geval van

de voorliggende driehoeksverhouding niet is gebleken van enige allocatieve functie van d'r Sjalter, hetgeen een voorwaarde is die de parlementaire geschiedenis stelt. Evenmin kan d'r Sjalter gekwalificeerd worden als de werkgever van X in de zin van artikel 7:610 BW. De keuze van de gemeente om het juridische en administratieve werkgeverschap uit te besteden aan d'r Sjalter, met als enige doel een flexibele arbeidsverhouding met X te creëren, geeft de rol van d'r Sjalter een onvoldoende zelfstandige en inhoudelijke betekenis om aangemerkt te worden als werkgever in voormelde zin. Door de payrollconstructie is ook geen arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:610 BW tot stand gekomen tussen X en de gemeente. Immers, op grond van artikel 7:615 van het BW is titel 10 van Boek 7 van het BW niet van toepassing ten aanzien van personen in dienst van gemeenten, tenzij zij, hetzij vóór of bij de aanvang van de dienstbetrekking door of namens partijen, hetzij bij wet of verordening, van toepassing zijn verklaard. In het onderhavige geval bestaat een dergelijke opening enkel op basis van artikel 2:5 lid 1 van de CAR/UWO, op grond waarvan de gemeente slechts met één persoon een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht kan aangaan voor het bij oproep verrichten van werkzaamheden van een in aard en omvang wisselend karakter. Van dergelijke werkzaamheden op oproepbasis is in het geval van X geen sprake. Nu niet is gebleken van een privaatrechtelijke dienstbetrekking tussen X en d'r Sjalter, noch met de gemeente, maar de gemeente kennelijk wel heeft beoogd een dienstbetrekking met X aan te gaan, is de rechtbank van oordeel dat per 3 oktober 2012 tussen X en de gemeente een (tijdelijke) ambtenaarsverhouding is ontstaan. Dit maakt echter nog niet dat er een vaste aanstelling is ontstaan op grond van artikel 2:4 lid 2 van de CAR/UWO, zoals dit luidde ten tijde van belang. Immers, X is in de periode tussen 3 oktober 2012 en 14 mei 2014 minder dan 36 maanden in dienst geweest bij verweerder. Wel brengt het voorgaande met zich dat X valt aan te merken als 'gewezen ambtenaar' in de zin van artikel 8:4 lid 3 aanhef en onderdeel a Awb in samenhang met artikel 1 van de Ambtenarenwet, en dat hij op grond van voornoemde artikelen en artikel 8:1, in samenhang met artikel 7:1 van de Awb, in staat moet worden geacht bezwaar en beroep in te stellen tegen een besluit tot (weigering van) een (vaste) aanstelling, zoals hier aan de orde. De gemeente heeft het bezwaar van X dan ook ten onrechte niet-ontvankelijk verklaard. Het beroep is gegrond. De rechtbank ziet aanleiding zelf in de zaak te voorzien, in die zin dat het bezwaar tegen het primaire besluit gegrond wordt verklaard en dit primaire besluit wordt herroepen voor zover daarin het standpunt is ingenomen dat X nooit een aanstelling als ambtenaar is verleend. Met aanvulling van de motivering blijft het primaire besluit in stand voor zover daarin is geweigerd X per 14 mei 2014 of per 4 oktober 2010 een (vaste) ambtelijke aanstelling te verlenen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 02-08-2016

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2016:6699

Zaaknummer: AWB 15 / 199

Rechters: P.J.M. Bruijnzeels, N.J.J. Derks-Voncken en J. de Schreurs-van Langemheen

Advocaten: M.J. van Weersch en J. Devoi

Wetsartikelen: 7:610 BW, 7:615 BW, 7:690 BW en 8:4 Awb