

# VU Research Portal

## Verenigbaar of onverenigbaar? That's the question!

de Greef, R.J.M.H.

### ***published in***

De Gemeentestem  
2018

### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

### ***document license***

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

de Greef, R. J. M. H. (2018). Verenigbaar of onverenigbaar? That's the question! Over gemeenteraadsleden die bij samenwerkingsverbanden werken. *De Gemeentestem*, 2018(7480), 798-805. [2018/155].

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Verenigbaar of onverenigbaar? That's the question!

## Over gemeenteraadsleden die bij samenwerkingsverbanden werken

Gst. 2018/155

**Begin dit jaar zijn in veel gemeenten weer nieuwe raadsleden beëdigd en begin volgend jaar zal dat door herindelingen weer in een heel aantal gemeenten het geval zijn. Om tot raadslid toegelaten te worden moeten raadsleden aan een aantal eisen voldoen. Zo mogen zij geen met het raadslidmaatschap onverenigbare betrekking hebben: in dat geval moeten zij of die betrekking laten vallen of zij moeten het raadslidmaatschap weigeren. Een van die onverenigbaarheden is dat een raadslid geen ambtenaar mag zijn die door of vanwege het gemeentebestuur is aangesteld of daaraan ondergeschikt is. Door de vele samenwerkingsverbanden waarin gemeentebesturen participeren komt weleens de vraag op of ambtenaren die bij een samenwerkingsverband werken ook onder dit criterium vallen. In beginsel mag dat, maar er is een belangrijke uitzondering die zich steeds vaker voordoet.**

### 1. Juridisch kader

Onverenigbare betrekkingen, ook wel incompatibiliteiten genoemd, kunnen aan iedere functie verbonden zijn. De Wet gemeenschappelijke regelingen kent geen eigen bepalingen met betrekking tot onverenigbare betrekkingen. Dat lijkt ook voor de hand te liggen omdat in het algemeen bestuur van een openbaar lichaam uitsluitend raadsleden, wethouders, burgemeesters en in voorkomend geval gemeentesecretarissen kunnen zitten (art. 13 Wgr). Wie er precies zitting kunnen hebben is afhankelijk van welke organen deelnemer zijn aan de gemeenschappelijke regeling.<sup>2</sup> Dat betekent dus dat de incompatibiliteiten die gelden voor het raadslid (art. 13 Gemeentewet), voor de wethouder (art. 36b Gemeentewet) respectievelijk voor de burgemeester (art. 68 Gemeentewet) automatisch doorwerken in het algemeen bestuur van een openbaar lichaam of het bestuur van een bedrijfsvoeringsorganisatie.<sup>3</sup>

Een ambtenaar door of vanwege een van de deelnemende gemeentebesturen aangesteld of daaraan ondergeschikt lijkt in beginsel dus geen lid van het algemeen bestuur te

kunnen zijn. Een dergelijke ambtenaar mag immers gemeenteraadslid (art. 13 lid 1 onder o Gemeentewet), wethouder (art. 36b lid 1 onder p Gemeentewet) noch burgemeester zijn (art. 68 lid 1 onder p Gemeentewet).<sup>4</sup> Hetzelfde geldt bij leden van een gemeenschappelijk orgaan (art. 15 Wgr) of van het bestuur van een bedrijfsvoeringsorganisatie, waarbij uitsluitend wethouders of de burgemeester zitting kunnen nemen (art. 14a Wgr).<sup>5</sup> Toch kan de situatie zich voordoen dat de ambtenaar van de ene deelnemende gemeente raadslid (of in theorie wethouder of burgemeester) is in een andere deelnemende gemeente en als zodanig vanuit die tweede gemeente wordt aangewezen als lid van het algemeen bestuur. De incompatibiliteiten van de Gemeentewet verzetten zich daar niet tegen.

De voorzitter van het openbaar lichaam wordt door en uit het algemeen bestuur aangewezen (art. 13 lid 9 Wgr). De voorzitter is dus altijd ook lid van het algemeen bestuur. Daarmee werken de incompatibiliteiten van het raadslid, de wethouder of de burgemeester door naar de voorzitter. Het dagelijks bestuur bestaat uit de voorzitter en de overige leden (art. 14 lid 1 Wgr). Deze overige leden worden, net als de voorzitter, door en uit het algemeen bestuur aangewezen (art. 14 lid 1 Wgr). Daarmee werken de incompatibiliteiten van het raadslid, de wethouder of de burgemeester ook door naar de leden van het dagelijks bestuur. Hierop bestaat echter wel een uitzondering: wanneer op grond van art. 14 lid 2 Wgr externe leden aan het dagelijks bestuur worden toegevoegd (met externe leden worden leden van buiten het algemeen bestuur bedoeld), dan gelden voor hen die incompatibiliteiten niet. Sterker nog: in de parlementaire geschiedenis wordt het voorbeeld van de gemeentesecretaris genoemd als lid van het dagelijks bestuur,<sup>6</sup> en die is een ambtenaar door het gemeentebestuur aangesteld.

Er is nergens expliciet geregeld dat een raadslid, wethouder of burgemeester niet als ambtenaar werkzaam mag zijn bij een bij gemeenschappelijke regeling ingesteld gemeenschappelijk openbaar lichaam of een bedrijfsvoeringsorganisatie. Noch de Gemeentewet noch de Wgr voorziet in een dergelijke incompatibiliteit. Voor gedeputeerden en de commissaris van de Koning is wel geregeld dat zij geen ambtenaar mogen zijn in dienst van een bij gemeenschappelijke regeling ingesteld lichaam waarvan een orgaan aan toezicht van gedeputeerde staten is onderworpen (art. 35c lid 1 onder q resp. art. 67 lid 1 onder r Provinciewet). Dit geldt

1 Rob de Greef is partner bij PROOF Adviseurs te Rotterdam en docent/onderzoeker staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam.  
2 Zie R.J.M.H. de Greef, 'De gemeenschappelijke regeling: onbegrepen, onbekend en onbemind!', *Gst.* 2008/107 en voor de wijzigingen uit 2015 R.J.M.H. de Greef, 'De Wet gemeenschappelijke regelingen en de dualisering van het gemeente- en het provinciebestuur', *Gst.* 2013/110.  
3 Om dezelfde reden waren voor wethouders geen incompatibiliteiten opgenomen in de Gemeentewet, nu zij al raadslid waren. Bij de dualisering in 2002 is dit verlaten (ontvlechting van raadslidmaatschap en wethouderschap), waardoor het noodzakelijk was voor het wethouderschap onverenigbaarheden op te nemen (*Kamerstukken II 2000/01, 27751, 3, p. 53-54*).

4 Hetzelfde geldt voor ambtenaren aangesteld door of vanwege een deelnemend provinciebestuur (art. 13 lid 1 onder k, art. 35c lid 1 onder n resp. art. 67 onder o Provinciewet) of waterschapsbestuur (art. 31 lid 2 onder o resp. art. 47 lid 1 onder p Waterschapswet).  
5 R.J.M.H. de Greef, 'De bedrijfsvoeringsorganisatie in de Wet gemeenschappelijke regelingen: een nieuwe vorm van samenwerking?', *Gst.* 2013/125.  
6 *Kamerstukken II 1983/84, 16538, 13, p. 17*.

zodoende voor alle vormen van intergemeentelijke samenwerking, waterschapssamenwerking of interbestuurlijke samenwerking van gemeente- en waterschapsbesturen. In al die gevallen oefenen gedeputeerde staten toezicht uit. Maar verder gelden ook voor statenleden, gedeputeerden of de commissaris van de Koning geen incompatibiliteiten. Formeel kunnen zij dus wel in dienst zijn interprovinciale samenwerkingsverbanden. Bij interbestuurlijke varianten mét provinciebesturen lijkt dit dan weer uitgesloten omdat gedeputeerde staten ook daar toezicht houden, voor zover het gaat om uitoefening van gemeentelijke of waterschapstaken binnen dat samenwerkingsverband. Ik beperk me hier verder tot de intergemeentelijke varianten van samenwerking.

Kan een ambtenaar van bijvoorbeeld een gemeenschappelijk openbaar lichaam of bedrijfsvoeringsorganisatie dan toch raadslid zijn bij een van de deelnemende gemeenten? Of kan een ambtenaar van een centrumgemeente raadslid zijn in een gastgemeente? En hoe zit het met het wethouderschap of burgemeesterschap?

## 2. Gemeentelijke ambtenaar

### 2.1 *Uitputtende karakter*

De lijst met onverenigbaarheden in art. 23 gemeentewet-1851, de voorloper van art. 13 Gemeentewet, is uitputtend bedoeld, zo viel al te lezen in de memorie van toelichting bij de gemeentewet-1851.<sup>7</sup> De Afdeling bestuursrechtspraak gaat daar bij het huidige art. 13 Gemeentewet nog steeds van uit.<sup>8</sup> Dit terwijl de regering in de memorie van toelichting bij de (huidige) Gemeentewet schreef:

“De opsomming in dit artikel betekent overigens niet dat er geen andere incompatibiliteiten op grond van andere wetten bestaan. Met de opsomming is dan ook niet naar volledigheid gestreefd. De opgesomde onverenigbare functies mogen echter in de nieuwe Gemeentewet niet ontbreken.”<sup>9</sup>

In de memorie van antwoord bij de Gemeentewet schreef de regering aanvullend:

“Evenals in de huidige gemeentewet is in dit wetsvoorstel gekozen voor een beperkte opzet. Alleen die functies worden genoemd die vanuit het oogpunt van zuiverheid in de gemeentelijke bestuurlijke verhoudingen met het raadslidmaatschap zonder meer onverenigbaar moeten worden geacht. Het kan zijn dat voor de uitoefening van andere ambten of functies de combinatie met het raadslidmaatschap niet wenselijk wordt geoordeeld, terwijl hiertegen vanuit de optiek van het raadslidmaatschap geen overwegend bezwaar behoeft te bestaan. Een der-

gelijke incompatibiliteit behoort naar onze mening thuis in regelingen, die op dergelijke ambten of functies betrekking hebben. Als alle onverenigbaarheden – dus ook die welke eerder vanuit een bijzonder ambt of functie dan vanuit het raadslidmaatschap – in de Gemeentewet worden opgenomen, zal er toch niet aan kunnen worden ontkomen dat de onverenigbaarheden ook in regelingen betreffende die bijzondere functies worden opgenomen. Dit leidt tot dubbele en mogelijk ook verwarrende wet- en regelgeving. Vanuit de optiek van sobere regelgeving moet dit in hoge mate ongewenst worden geacht.”<sup>10</sup>

De lijst met incompatibiliteiten was volgens de regering dus niet uitputtend. In elk geval konden ook in andere wetten nog incompatibiliteiten voorkomen.<sup>11</sup> De vraag rijst of ook andere (lagere) wetgevers nog incompatibiliteiten mogen toevoegen. Gelet op de eerder genoemde uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak, waarin de Afdeling de opsomming in art. 13 Gemeentewet als een limitatieve opsomming van de met het lidmaatschap van de gemeenteraad onverenigbare betrekkingen duidt, lijkt dit niet te kunnen. Ook de regering noemde deze mogelijkheid niet bij de invoering van de Gemeentewet. Verder schrijft de Grondwet voor dat de incompatibiliteiten bij wet bepaald moeten worden (art. 129 lid 5 Grondwet). Dat sluit delegatie door de wetgever uit,<sup>12</sup> maar ook een eigen (autonome) bevoegdheid van de gemeenteraad om dit te regelen.<sup>13</sup>

Het gevolg van het verrichten van een met het raadslidmaatschap onverenigbare betrekking is dat het raadslidmaatschap eindigt (art. X1 lid 1 Kieswet). Dat is een vergaande consequentie voor een gekozen volksvertegenwoordiger. Deze moet er zelf voor waken niet in deze positie te komen. Wanneer deze situatie zich toch voordoet, moet het raadslid dit melden (art. X5 lid 1 Kieswet). Ook de voorzitter van de raad kan constateren dat sprake is van een onverenigbare betrekking en dan een waarschuwing geven aan het raadslid (art. X1 lid 2 Kieswet). Daarbij zou het ook minder passen dat een gemeenteraad zelf extra incompatibiliteiten in het leven roept, omdat daarmee raadsleden gedwongen zouden kunnen worden tot opstappen.

Een gemeenteraad kan wél incompatibiliteiten creëren voor andere functies die hij instelt. Zo is bijvoorbeeld in art. 10 lid 1 aanhef en onder I Verordening op de gebiedscommissies 2014 van de gemeente Rotterdam bepaald dat een lid van de gebiedscommissie (een bestuurscommissie ex art. 83 Gemeentewet) niet tevens gemeenteraadslid mag zijn. In Amsterdam vloeit uit art. 3 Verordening op het lokaal bestuur in Amsterdam voort dat een lid van het da-

7 *Bijblad Stcrt.* 1850, 51 II, LXV, nr. 3, p. 391.

8 ABRvS 1 oktober 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AL3406; AB 2003/453; Gst. 2004/6 (*Bergh*).

9 *Kamerstukken II* 1985/86, 19403, 3, p. 75-76.

10 *Kamerstukken II* 1988/89, 19403, 10, p. 134.

11 Dit is overigens geen beperking van het passieve kiesrecht volgens de Afdeling, nu iemand nog steeds verkiesbaar kan zijn en gekozen kan worden, maar bij aanvaarding van het ambt zijn andere functie moet neerleggen (vgl. ABRvS 28 april 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT1506).

12 *Kamerstukken II* 1975/76, 13872, 3, p. 22. Zie ook *Kamerstukken II* 1978/79, 15575, 3, p. 5.

13 *Kamerstukken II* 1976/77, 13990, 6, p. 23.

gelijks bestuur (eveneens een bestuurscommissie ex art. 83 Gemeentewet) geen raadslid mag zijn. Ook een lid van de stadsdeelcommissie (een overige commissie als bedoeld in art. 84 Gemeentewet) mag geen gemeenteraadslid zijn (art. 26 Verordening op het lokaal bestuur in Amsterdam). Ook bij dorps- en wijkraden is het lidmaatschap vaak onverenigbaar met het (gemeente)raadslidmaatschap.<sup>14</sup> Hoewel deze incompatibiliteiten niet vormgegeven zijn als incompatibiliteit voor het raadslidmaatschap komen zij feitelijk natuurlijk wel hier op neer. De vraag is in hoeverre dit verenigbaar is met art. 129 lid 5 Grondwet.<sup>15</sup> Naar mijn oordeel is het toelaatbaar, mits uit de bepalingen duidelijk naar voren komt dat de andere betrekking, niet zijnde het raadslidmaatschap, van rechtswege eindigt bij gebleken dubbelfuncties of dat de persoon uit die andere betrekking gezet kan worden. De bepaling kan en mag geen gevolgen hebben voor het raadslidmaatschap, dat zou in strijd zijn met de Grondwet. Art. X1 Kieswet is dus niet van toepassing op deze 'aanvullende' incompatibiliteiten.

## 2.2 Art. 13 Gemeentewet

### 2.2.1 Voorlopers in gemeentewet 1851 en 1931

De enige onverenigbare betrekking die bij de beantwoording van de vraag of een raadslid ook als ambtenaar bij een gemeenschappelijk openbaar lichaam, bedrijfsvoeringsorganisatie of centrumgemeente kan werken, is die van art. 13 lid 1 aanhef en onder o Gemeentewet.<sup>16</sup>

“Een lid van de raad is niet tevens: [...] ambtenaar, door of vanwege het gemeentebestuur aangesteld of daaraan ondergeschikt.”

De beperking van art. 13 lid 1 aanhef en onder o Gemeentewet kwam al voor in art. 23, aanhef en onder f van de gemeentewet zoals deze in 1851 werd ingevoerd. Er werd niet verder gespecificeerd wat onder deze bepaling verstaan moest worden. In de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel spitste het debat zich vooral toe op de door het gemeentebestuur aan te wijzen armenartsen. Volgens de minister vielen deze onder de bepaling omdat het ging om aan het gemeentebestuur ondergeschikte ambtenaren, terwijl het Tweede Kamerlid Westerhoff een amendement

indiende om dit te schrappen, nu hij dit onwenselijk vond. In het debat zei de minister:

“Maar, heeft de geachte spreker gezegd, er is geene ondergeschiktheid. Ik kan dit niet toegeven. Er is ondergeschiktheid, in zoover eene instructie aan den armenarts is voorgeschreven, waarnaar hij zijne bediening behoort te vervullen. Hij is voor eene bepaalde gemeentedienst aangesteld.”<sup>17</sup>

De minister hanteerde dus als criterium voor ondergeschiktheid dat de betreffende armenarts instructies moet opvolgen en dat hij voor een gemeentelijke dienst is aangesteld. Voorts merkt de minister nog op dat het toezicht op deze taak door het gemeentebestuur zou worden uitgevoerd wanneer een armenarts zelf onderdeel uitmaakt van het gemeentebestuur als toezichhoudend orgaan. Het amendement-Westerhoff werd door de Tweede Kamer aangenomen waardoor aan art. 23 gemeentewet-1851 enkele uitzonderingen werden toegevoegd. Uit het afzonderlijk opnemen van deze uitzonderingen kan worden opgemaakt dat zij zonder expliciete uitzondering wel degelijk onder de reikwijdte van het verbod hadden gevallen. Het criterium dat de minister hanteerde heeft dus geenszins aan belang ingeboet.

Onder de werking van de gemeentewet-1851, en na de algehele herziening van 1931,<sup>18</sup> is wel enige Kroonjurisprudentie tot stand gekomen. Zo oordeelde de Kroon in 1958 over een raadslid dat tevens kringhoofd bescherming en bevolking was, en als zodanig in dienst was bij een zelfstandig rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam ingesteld bij gemeenschappelijke regeling ex art. 130 gemeentewet-1931<sup>19</sup> (de voorloper van wat wij thans een gemeenschappelijk openbaar lichaam noemen in de zin van art. 8 lid 1 Wgr):

“dat krachtens art. 7 dier gemeenschappelijke regeling aan het hoofd van dit lichaam de kringraad staat, die o.m. de bevoegdheid heeft het kringhoofd Bescherming Bevolking te benoemen, te schorsen en te ontslaan; dat G.G.J. van der Wielen, die als kringhoofd door de kringraad is benoemd, derhalve als zodanig in dienst is van een zelfstandig rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam, zodat het vervullen van deze functie geen beletsel vormt om hem als lid van de raad der gemeente Druten toe te laten;”<sup>20</sup>

De Kroon constateert dat het betreffende raadslid in dienst is van het openbaar lichaam en zodoende niet bij de gemeente en dat daarom geen sprake is van een onverenigbare betrekking. De organen van een dergelijk openbaar lichaam behoren daarmee evenmin tot het gemeentebestuur.

14 Zie bijv. art. 11 lid 3 Verordening op de Dorps- en Wijkraden gemeente Nuenen c.a., art. 2 lid 2 aanhef en onder c Verordening op de dorpsraden gemeente Eersel en art. 2.2 aanhef en onder e Verordening Wijk- en dorpsraden gemeente Hulst.

15 In de nota n.a.v. van het eindverslag schreef de regering nog: “Voorzover incompatibiliteiten met het raadslidmaatschap voortvloeien uit de eisen welke aan andere betrekkingen gesteld worden, blijven wij van oordeel dat die incompatibiliteiten in de desbetreffende wettelijke regelingen opgenomen moeten worden;” (*Kamerstukken II 1989/90, 19403, 16, p. 47*). Het wordt echter niet duidelijk of onder wettelijke regelingen ook andere dan wetten in formele zin worden verstaan.

16 Voor gemeenten die de VNG modelverordening gebruiken voor het instellen van raadscommissies geldt deze incompatibiliteit ook voor commissieleden, niet-zijnde raadslid, zie art. 4 lid 3 Modelverordening op de raadscommissies. Zie omtrent raadscommissies nader R.J.M.H. de Greef, ‘Betrokken burgers of burgers betrokken: raadscommissies onder de loep genomen’, *Gst.* 2012/71.

17 *Bijblad Stcrt.* 1850, 51 II, p. 766.

18 Art. 23 gemeentewet-1851 werd omgenummerd tot art. 25 gemeentewet-1931.

19 Al was het een verplichte GR in de zin van art. 14 Wet bescherming bevolking.

20 KB 28 november 1958, nr. 8, *AB* 1959/247; *Gst.* 1959-5515/6.

Dat de betreffende persoon niet in dienst was van de gemeente moge duidelijk zijn (de zgn. functionele of hiërarchische ondergeschiktheid), maar opvallend is dat de Kroon geheel niet toetst aan het andere criterium: de (materiële) ondergeschiktheid.

Dat criterium was nu juist doorslaggevend in een uitspraak van de Kroon omtrent de ondergeschiktheid van politieambtenaren. In 1971 kwam de Kroon tot het volgende oordeel:

“dat ingevolge art. 35 Politiewet de burgemeester ener gemeente voor de handhaving van de openbare orde optreedt als hoofd van de politie ter plaatse en dat voor die handhaving de in de gemeente dienstdoende politie onder zijn bevelen staat; [...] dat dan ook de appellant, voor het betreft dit onderdeel van zijn taak, aan de burgemeester dier gemeente ondergeschikt is; [...] dat evenwel aan de ondergeschiktheid, bedoeld in art. 25 eerste lid onder f niet vermag af te doen, dat de appellant bij de vervulling van het overige deel van zijn taak aan anderen of mede aan anderen ondergeschikt is; dat derhalve moet worden geoordeeld, dat de appellant voor de toepassing van art. 25 gemeentewet als ondergeschikt aan het gemeentebestuur moet worden aangemerkt;”<sup>21</sup>

In deze uitspraak oordeelde de Kroon eerst dat onder de term gemeentebestuur alle als gemeentebestuur aangeduide organen moesten worden gevat (vgl. thans art. 5 Gemeentewet), dus zowel gemeenteraad, college van burgemeester en wethouders als burgemeester.<sup>22</sup> Vervolgens wordt geconstateerd dat de politieambtenaar ondergeschikt is aan de burgemeester, nu de burgemeester bevelen kan geven die moeten worden opgevolgd. Voor dat onderdeel is de politieambtenaar dus ondergeschikt aan de burgemeester, en daarmee aan het gemeentebestuur, waardoor hij geen raadslid kan zijn. Dat de politieambtenaar maar voor een klein onderdeel van zijn taken ondergeschikt is aan de burgemeester doet daar niet aan af volgens de Kroon, net zo min als dat de burgemeester zijn bevelen normaliter afstemt met de andere ‘bovengeschikten’ van de politieambtenaar. Deze lijn van de Kroon is later door de Afdeling rechtspraak van de Raad van State overgenomen.<sup>23</sup> Het feit dat de wachtmeester aanwijzingen kan krijgen van de burgemeester maakt volgens de Afdeling dus dat er sprake is van ondergeschiktheid. Of er ook daadwerkelijk aanwijzingen zijn of worden gegeven is daarbij niet relevant.

## 2.2.2 Invoering gemeentewet 1992

Hoewel de lijn van de Kroon en de Afdeling rechtspraak omtrent politieambtenaren in de doctrine zeer kritisch werd

ontvangen,<sup>24</sup> heeft de regering deze jurisprudentie toch als uitgangspunt genomen bij de totstandkoming van de huidige Gemeentewet. Hierbij is in eerste instantie geen aandacht besteed aan dit vraagstuk, anders dan dat het nieuwe art. 13 Gemeentewet voortvloeide uit het oude art. 25 van de Gemeentewet.<sup>25</sup> Bij de Invoeringswet Gemeentewet is daarentegen wel degelijk gediscussieerd over deze bepaling in relatie tot de nieuw in te voeren Politiewet 1993. De regering in de nota naar aanleiding van het verslag:

“In het nieuwe politiebepel zal een regionaal politiekorps ingevolge artikel 35, eerste lid, van het voorstel voor de Politiewet uit territoriale en functionele onderdelen bestaan. De territoriale onderdelen van een regionaal politiekorps zullen een of meer gemeenten kunnen omvatten. Zij zullen ook delen van gemeenten kunnen beslaan [...]. Ik meen dat de ambtenaren, aangesteld voor de uitvoering van de politietaak (de zgn. executieve ambtenaren van politie), die van een territoriaal onderdeel deel uitmaken, geen lid kunnen worden van de raad van de gemeenten die binnen het territorium van dat onderdeel vallen. [...] Naar mijn oordeel verkeert een executieve ambtenaar van politie die straks bij een territoriaal onderdeel werkzaam is, in dezelfde positie als een executieve ambtenaar die thans bij een groep van de rijkspolitie werkzaam is. Dit impliceert dat hij geen lid kan worden van de raad van een gemeente die binnen de grenzen van het territoriale onderdeel valt. Wel kan hij, indien hij aan de eis van ingezetenschap voldoet, lid worden van de raad van een gemeente die in het gebied van andere territoriale onderdelen van het desbetreffende regionale politiekorps ligt. Executieve ambtenaren van politie die bij een functioneel onderdeel van een regionaal politiekorps werkzaam zullen zijn, zullen in geen van de gemeenten die in de desbetreffende regio liggen, lid van de gemeenteraad kunnen zijn. Dat is het gevolg van de omstandigheid dat de gehele regio hun werkgebied vormt en zij dus onder omstandigheden onder het gezag van iedere burgemeester in de regio vallen. [...] Voor ambtenaren van een regionaal politiekorps, aangesteld voor de uitvoering van technische, administratieve en andere taken ten dienste van de politie, zal geen belemmering bestaan om lid van de gemeenteraad te worden. Omdat zij niet onder gezag van de burgemeester staan, zijn zij niet ondergeschikt aan het gemeentebestuur.”<sup>26</sup>

De ondergeschiktheid wordt dus afgeleid uit het feit dat de burgemeester aanwijzingen (bevelen) kan geven, die opgevolgd moeten worden. Toen er vanuit de Tweede Kamer op werd gewezen dat dit een forse beperking zou inhouden

21 KB 14 januari 1971, nr. 16, AB 1971/111; Gst. 1971-6133/5.

22 Ook bestuurscommissies vallen onder de term gemeentebestuur (ARRvS 30 september 1992, AB 1993/518, m.nt. J.A.O. Eskes; Gst. 1993-6963/4, m.nt. E. Brederveld).

23 ARRvS 26 april 1990, Gst. 1990-6904/8, m.nt. E. Brederveld.

24 Zie o.a. de noot van Brederveld in Gst. 1990-6904/8 en H.Ph.J.A.M. Hennekens, ‘Het raadslidmaatschap van brandweer- en politiemans/vrouw’, Gst. 1990-6912/1. Zie ook C.J.N. Verstedden, ‘Politieambtenaren in de gemeenteraad onder de nieuwe Politiewet: een zeldzaam verschijnsel’, Gst. 2013/2.

25 Kamerstukken II 1985/86, 19403, 3, p. 75.

26 Kamerstukken II 1992/93, 22893, 6, p. 9.

van de mogelijkheid voor politieambtenaren om gemeenteraadslid te worden, heeft de staatssecretaris voorgaande stelling iets genuanceerd en aangegeven dat:

“alleen als het aannemelijk is dat het functionele onderdeel in een gemeente ook in betekenende mate voor de handhaving van de openbare orde kan worden ingezet, vloeit naar mijn oordeel uit artikel 13 van de gemeentewet voort dat de executieve ambtenaren bij dat onderdeel in die gemeente geen lid van de gemeenteraad kunnen worden.”<sup>27</sup>

Overigens is door de staatssecretaris niet verder verduidelijkt wanneer aannemelijk is dat sprake is van ‘inzet in betekenende mate voor de handhaving van de openbare orde’.

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft vervolgens deze passages in de parlementaire geschiedenis weer gebruikt om te bepalen dat executieve politieambtenaren bij een territoriaal onderdeel geen lid kunnen worden van de gemeenteraad van hun woonplaats indien deze woonplaats binnen het toegewezen werkgebied valt.<sup>28</sup> De enkele potentiële inzetbaarheid is voldoende om van een incompatibiliteit te spreken. Ditzelfde is het geval bij functionele onderdelen van de politie in het geval ten aanzien van dit betreffende onderdeel in betekenende mate sprake is van inzetbaarheid voor openbare orde en hulpverleningstaken. In dat geval kunnen de executieve ambtenaren van dit onderdeel in het desbetreffende gebied dus geen lid van een gemeenteraad zijn.

Uit de hiervoor weergegeven parlementaire geschiedenis en jurisprudentie vloeit dus voort dat van doorslaggevend belang is de vraag of een persoon in het kader van zijn of haar functie daadwerkelijk in de situatie *kan* komen dat het gemeentebestuur aanwijzingen of instructies kan geven ten aanzien van bepaalde (onderdelen van de) werkzaamheden van de betreffende persoon. Is dit aan de orde dan is aannemelijk dat er een ondergeschiktheidsrelatie is. Daarmee is ook voldaan aan het criterium van een incompatibiliteit in de zin van art. 13, eerste lid, aanhef en onder o van de Gemeentewet. Daaraan doet niet af dat in de praktijk deze ondergeschiktheidsrelatie niet of nauwelijks tot uitdrukking zou komen. Het enkele feit dat er (op onderdelen van de taakuitvoering) een vorm van ondergeschiktheid is, is genoeg.

Overigens merk ik voor de volledigheid nog op dat het wel om een ambtenaar moet gaan. Dat is dus iemand die is aangesteld om in openbare dienst werkzaam te zijn (art. 1 lid 1 Ambtenarenwet) of in dit geval ook iemand die op arbeids-overeenkomst naar burgerlijk recht werkzaam is (art. 4 Gemeentewet).

<sup>27</sup> Kamerstukken II 1992/93, 22893, 11, p. 7.

<sup>28</sup> ABRvS 20 februari 1997, AB 1997/200, m.nt. A.B. Blomberg; Gst. 1997-7057/3, m.nt. E. Brederveld en ABRvS 14 april 1998, Gst. 1998-7076/4, m.nt. E. Brederveld.

### 2.3 Ondergeschiktheid in het bestuursrecht

Dat de regering en bestuursrechter het criterium van aanwijzingsbevoegdheden gebruikt bij het bepalen van de vraag of er sprake is van ondergeschiktheid is niet zo vreemd. In de Algemene wet bestuursrecht komt de term ondergeschiktheid ook terug, bijvoorbeeld bij het verbod van delegatie aan ondergeschikten (art. 10:14 Awb). In andere gevallen wordt ‘werkzaam zijn onder verantwoordelijkheid van’ als criterium gebruikt, zoals bij de voorwaarden voor mandaat aan niet-ondergeschikten (art. 10:4 en art. 10:5 Awb) en bij attributie aan ondergeschikten (art. 10:21 Awb). In de memorie van toelichting bij de Derde tranche Awb merkte de regering op:

“Van een dergelijke ondergeschiktheid is volgens de gewone ambtelijke verhoudingen sprake indien de gemandateerde een ambtenaar is in dienst van het mandaatverlenende bestuursorgaan. Het is ook daarbuiten denkbaar dat een bestuursorgaan ondergeschikt is aan een ander bestuursorgaan. Hiervan is zeker sprake indien laatstgenoemd bestuursorgaan de bevoegdheid bezit zowel algemene als bijzonder aanwijzingen te geven.”<sup>29</sup>

Volgens de regering kan ondergeschiktheid dus op twee manieren bereikt worden: (1) door in dienst te zijn bij het bestuursorgaan (hiërarchische of functionele ondergeschiktheid); of (2) wanneer het bestuursorgaan over de bevoegdheid beschikt zowel algemene als bijzondere aanwijzingen te geven (taakgebonden of materiële ondergeschiktheid).<sup>30</sup>

## 3. Samenwerking

### 3.1 Algemeen

De Wgr kent vijf vormen van gemeenschappelijke regelingen: het gemeenschappelijk openbaar lichaam (art. 8 lid 1 Wgr), het gemeenschappelijk orgaan (art. 8 lid 2 Wgr), de bedrijfsvoeringsorganisatie (art. 8 lid 3 Wgr), de centrumregeling (art. 8 lid 3 Wgr) en de regeling zonder meer (art. 1 lid 1 Wgr).

Uitsluitend het gemeenschappelijk openbaar lichaam en de bedrijfsvoeringsorganisatie bezitten rechtspersoonlijkheid en kunnen zodoende ook arbeidsovereenkomsten sluiten (art. 7:610 lid 1 BW)<sup>31</sup> of ambtenaren in dienst nemen (art. 1 lid 1 Ambtenarenwet).<sup>32</sup> Ook bij een centrumregeling zijn vaak ambtenaren betrokken in de samenwerking die niet bij de gemeente werken, althans niet bij de gastgemeente (de gemeente die zijn taken uitbesteed aan de centrumgemeen-

<sup>29</sup> Kamerstukken II 1993/94, 23700, 3, p. 172.

<sup>30</sup> Zie uitgebreider R.J.M.H. de Greef, ‘Openbaarheid van bestuur en intergemeentelijke samenwerking: Hoe zit het nu eigenlijk?’, Gst. 2018/133.

<sup>31</sup> De bepalingen van titel 10 van Boek 7 BW zijn overigens in beginsel niet van toepassing (art. 7:615 BW). Zie bijv. Hof Amsterdam 21 november 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4837. De bevoegdheid bestaat alleen wanneer deze mogelijkheid expliciet gecreëerd is door het dagelijks bestuur (art. 33b lid 1 onder c Wgr jo. art. 134 lid 2 Ambtenarenwet; vgl. Kamerstukken II 2000/01, 27751, 3, p. 111-112).

<sup>32</sup> CRvB 26 november 1985, TAR 1985/128.

te). De centrumgemeente heeft vanzelfsprekend wel ambtenaren in dienst die ook ten behoeve van de samenwerking met de gastgemeente kunnen worden ingezet.

Bij het gemeenschappelijk orgaan kunnen geen ambtenaren worden aangesteld, nu het geen rechtspersoonlijkheid bezit. Indien daar ambtenaren moeten worden ingezet zal het gemeenschappelijk orgaan gecombineerd moeten worden met een centrumregeling. Regeling zonder meer zijn die gemeenschappelijke regelingen die niet in een van de modellen van art. 8 Wgr voorzien.<sup>33</sup> Het gaat dan vaak om afstemmingssamenwerking. Hoewel daar vanzelfsprekend ook ambtenaren bij zijn betrokken, werken zij in dit kader uitsluitend voor de gemeente waar ze ook werkzaam zijn. Zodra ze ook (in mandaat of opdracht) van een andere gemeente werken is immers sprake van een centrumregeling. Op het gemeenschappelijk orgaan en de regeling zonder meer wordt hieronder daarom niet meer ingegaan.

### 3.2 Openbaar lichaam en bedrijfsvoeringsorganisatie

Zoals zojuist beschreven is een gemeenschappelijk openbaar lichaam een rechtspersoon (art. 8 lid 1 Wgr). Dat geldt ook voor de bedrijfsvoeringsorganisatie (art. 8 lid 3 Wgr). Aan de gemeenschappelijke regeling waarbij het openbaar lichaam of de bedrijfsvoeringsorganisatie wordt ingesteld nemen bestuursorganen deel (art. 1 lid 1 Wgr).<sup>34</sup> Bij het openbaar lichaam, dat een onderdeel is van de openbare dienst (art. 1 lid 2 Ambtenarenwet), kunnen ambtenaren worden benoemd (art. 1 lid 1 Ambtenarenwet).<sup>35</sup> Het dagelijks bestuur is bevoegd ambtenaren te benoemen, te schorsen en te ontslaan (art. 33b Wgr). De ambtenaren zijn daarmee hiërarchisch ondergeschikt aan het dagelijks bestuur.

Ondanks het monistische stelsel van het gemeenschappelijk openbaar lichaam kan niet gesteld worden dat zij tevens ondergeschikt zijn aan het algemeen bestuur. Zo oordeelde de regering bij de totstandkoming van de (toen nog monistische) Gemeentewet over de relatie tussen ambtenaar en gemeenteraad dat hier geen rechtstreekse relatie bestond.<sup>36</sup> Om die reden was volgens de regering mandaatverlening door de gemeenteraad aan ambtenaren minder aangewezen. Maar de ambtenaren zijn in elk geval door of vanwege het bestuur van het openbaar lichaam aangesteld. Dat bestuur bestaat immers uit het algemeen bestuur, het dagelijks bestuur én de voorzitter (art. 12 lid 1 Wgr).

Bij een bedrijfsvoeringsorganisatie is het bestuur bevoegd ambtenaren te benoemen, te schorsen en te ontslaan. Het bestuur is immers het enige orgaan, en zodoende komen hem alle bevoegdheden toe. De ambtenaren zijn daarmee hiërarchisch ondergeschikt aan het bestuur en zijn dus door of vanwege het bestuur van de bedrijfsvoeringsorganisatie aangesteld.

Uit de eerder besproken Kroonuitspraak over het kringhoofd kwam naar voren dat daaruit moet worden afgeleid dat de betreffende ambtenaar *niet* door of vanwege het gemeentebestuur is aangesteld. Op grond van deze Kroonuitspraak oordeelt Elzinga dat ambtenaren in dienst van een bij gemeenschappelijke regeling ingesteld openbaar lichaam in beginsel wel raadslid kunnen zijn in één van de bij de gemeenschappelijke regeling betrokken gemeenten. Toch kunnen naar zijn oordeel wel andere redenen aanwezig zijn die tot een ondergeschiktheidsrelatie leiden, daarbij verwijzend naar de onverenigbaarheden bij politieambtenaren.<sup>37</sup> Hij concludeert:

“Met andere woorden: de onverenigbaarheid kan een grond vinden in de aanstellingsrelatie en in de mogelijkheid om aan de betrokken ambtenaar bijzondere en algemene aanwijzingen te geven”.

Vervolgens beschrijft hij dat de ambtenaar wel ondergeschikt is aan het bestuur van het openbaar lichaam, maar daarmee niet aan het gemeentebestuur, hoezeer dit ook vertegenwoordigd is in het bestuur van het openbaar lichaam.

Elzinga heeft mijns inziens met zijn conclusie de juiste nuancerings op de Kroonjurisprudentie te pakken. Het bestuur van het openbaar lichaam heeft eigen bevoegdheden via zowel attributie (de begrotingsbevoegdheid van het algemeen bestuur bijvoorbeeld, de bevoegdheid van het dagelijks bestuur om arbeidsvoorwaardenregelingen te stellen en de bevoegdheid van de voorzitter om het openbaar lichaam in en buiten rechte te vertegenwoordigen) als (vooral) via delegatie. Art. 30 lid 1 en art. 10 lid 2 Wgr gaan er immers van uit dat de deelnemende gemeentebesturen bevoegdheden van regeling en/of bestuur overdragen aan het bestuur van het openbaar lichaam of van de bedrijfsvoeringsorganisatie.<sup>38</sup> De gedelegeerde bevoegdheden komen dan wel van het deelnemende gemeentebestuur, maar de delegatie leidt er toe dat dit delegerende bestuursorgaan deze bevoegdheid niet langer zelf kan uitoefenen (art. 10:17 Awb), noch kan het bijzondere aanwijzingen geven. Het delegerende bestuursorgaan mag uitsluitend beleidsregels geven (art. 4:81 lid 1 Awb jo. art. 10:16 lid 1 Awb). Het bestuur van het openbaar lichaam of van de bedrijfsvoeringsorganisatie is dus geenszins ondergeschikt aan het gemeentebestuur, nu de bevoegdheid bijzondere aanwijzingen te geven ontbreekt. Daarmee zijn de aan het bestuur van het openbaar lichaam of van de bedrijfsvoeringsorganisatie ondergeschikte ambtenaren evenmin ondergeschikt aan het gemeentebestuur. Een deelnemend gemeentebestuur kan hen immers geen concrete aanwijzingen geven, dat kan alleen het dagelijks bestuur van het

33 Kamerstukken II 1980/81, 16538, 3, p. 34.

34 ABRvS 31 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL9633; JB 2010/125; Gst. 2010/53, m.nt. R.J.M.H. de Greef en ABRvS 31 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL9634.

35 CRvB 26 november 1985, TAR 1985/128.

36 Kamerstukken II 1985/86, 19403, 3, p. 57.

37 DJ. Elzinga, 'Ondergeschikt en toch raadslid', *Binnenlands Bestuur* 2009/5, p. 23.

38 Deze bevoegdheden komen bij het openbaar lichaam aan het algemeen bestuur toe, tenzij de gemeenschappelijke regeling anders bepaalt (art. 33 Wgr).

openbaar lichaam of het bestuur van de bedrijfsvoeringsorganisatie.<sup>39</sup>

### 3.3 Mandaat en ondergeschiktheid?

Bij de totstandkoming van de Gemeentewet werd nog aangenomen dat voor mandaat aan niet-ondergeschikten meestal een wettelijke grondslag vereist was.<sup>40</sup> Hieruit kon worden afgeleid dat gemeentebesturen hun bevoegdheden niet konden mandateren aan het bestuur of ambtenaren van een gemeenschappelijk openbaar lichaam. In dat geval was immers sprake van mandaat aan een niet-ondergeschikte. Maar toen kwam de Derde tranche Awb en daar koos de wetgever er voor om de vereiste wettelijke grondslag voor mandaat aan niet-ondergeschikten niet te codificeren. Voortaan zou ook mandaat aan niet-ondergeschikten zonder wettelijke grondslag mogelijk zijn, zonder dat daarvoor een bijzondere grondslag moest worden gevonden in een wettelijk voorschrift. De praktijk kon deze vorm van mandaat niet missen, al moest er wel terughoudend mee worden omgegaan.<sup>41</sup>

Dit soort mandaatverlening heeft bij gemeenschappelijke regelingen een vlucht genomen. Tegenwoordig zien we openbare lichamen waarbij geheel geen bevoegdheden worden overgedragen, zoals bijvoorbeeld de meeste omgevingsdiensten. Ook bij ambtelijke fusies is vaak uitsluitend sprake van mandaat. Die ambtelijke fusies brachten Elzinga tot een nieuwe column.<sup>42</sup> Hij concludeert nu:

“vooralnog moet de conclusie zijn dat strikt genomen in de nieuwe situatie er geen ondergeschiktheidsrelatie meer is tussen de drie colleges van burgemeester en wethouders en het ambtenarencorps dat naar de gemeenschappelijke regeling is overgegaan. En omdat die ondergeschiktheidsrelatie is verdwenen, kan op basis van de huidige regelgeving niet worden vastgesteld dat het hier gaat om een onverenigbaarheid.”

In mijn ogen ziet Elzinga hier echter iets heel belangrijks over het hoofd, iets waar hij in zijn eerdere column nog wel rekening mee leek te houden. Anders dan bij delegatie ontstaat bij mandaat een ondergeschiktheidsrelatie (voor zover die nog niet bestond).<sup>43</sup> De mandaatgever, ook bij mandaat aan niet-ondergeschikten, verkrijgt de bevoegdheid om zowel algemene als bijzondere instructies te geven (art. 10:6 lid 1 Awb; ook hier: voor zover deze bevoegdheid niet reeds bestond). Dat vloeit volgens de regering voort uit de aard van het mandaat.<sup>44</sup> Met het accepteren van het mandaat door de gemandateerde (of in casu vaak zijn leidinggevende door het tekenen van de gemeenschappelijke regeling) aanvaardt de gemandateerde dat hij deze instructies op moet

volgen.<sup>45</sup> Met die beide instructiemogelijkheden is de gemandateerde (in de praktijk vaak de directeur, soms ook het dagelijks bestuur) voor de uitoefening van de gemandateerde taken ondergeschikt aan de mandaatgever. En uit de eerder besproken jurisprudentie rond de onverenigbaarheden komt naar voren dat ook wanneer een persoon slechts voor een zeer beperkt deel van zijn taak ondergeschikt is aan het gemeentebestuur, dit voldoende is om de onverenigbaarheid aan te nemen.

Dat brengt mij tot de volgende conclusie: een ambtenaar werkzaam bij een openbaar lichaam of bedrijfsvoeringsorganisatie ingesteld bij gemeenschappelijke regeling is niet ondergeschikt aan een van de deelnemende gemeentebesturen voor zover het bestuur van het openbaar lichaam of de bedrijfsvoeringsorganisatie uitsluitend op basis van delegatie werkt, maar wanneer de ambtenaar in (onder)mandaat namens het betreffende gemeentebestuur (raad, college, burgemeester of een gemeentelijke bestuurscommissie of bijvoorbeeld namens een gemeentelijke heffingsambtenaar) taken uitvoert dan is wél sprake van ondergeschiktheid in de zin van art. 13 lid 1 aanhef en onder o Gemeentewet en dus van een onverenigbare functie. Deze geldt dan niet voor iedere ambtenaar werkzaam bij het gemeenschappelijk openbaar lichaam of de bedrijfsvoeringsorganisatie, maar uitsluitend voor die ambtenaren die ook daadwerkelijk krachtens (onder)mandaat (volmacht of machtiging) handelingen kunnen verrichten in opdracht van het gemeentebestuur. Het zijn immers die ambtenaren die de algemene én concrete aanwijzingen van het gemeentebestuur moeten opvolgen.

### 3.4 Centrumregeling

Bij centrumregelingen worden vaak taken opgedragen door het bestuur van de gastgemeente (meestal het college) aan het bestuur of ambtenaren van de centrumgemeente. Het gaat daarbij altijd om mandaat van bevoegdheden (art. 8 lid 4 Wgr), behoudens in het geval van (allo)delegatie van bevoegdheden van belastingambtenaren (o.a. art. 232 lid 5 Gemeentewet).

Ook hier geldt dan dat een ambtenaar van de centrumgemeente geen raadslid kan zijn in een van de gastgemeenten<sup>46</sup> voor zover die ambtenaar zelf in (onder)mandaat (volmacht of machtiging) handelingen kan verrichten in opdracht van het bestuur van die gastgemeente. Dit geldt zelfs wanneer de betreffende ambtenaar maar voor een beperkt deel van zijn tijd voor de gastgemeente werkt of wanneer de gastgemeente geen gebruik maakt van zijn instructiemogelijkheden.

39 Vgl. Rb. Dordrecht 22 januari 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BL1589.

40 Kamerstukken II 1985/86, 19403, 3, p. 55-56. Zie nog explicieter Kamerstukken II 1986/87, 19995, 3, p. 70-71.

41 Kamerstukken II 1993/94, 23700, 3, p. 167-168 en 172-173.

42 D.J. Elzinga, 'Ambtelijke fusie beperkt passief kiesrecht', *Binnenlands Bestuur* 2013, p. 12.

43 Vgl. H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 131-133 en 136.

44 Kamerstukken II 1993/94, 23700, 3, p. 167.

45 Kamerstukken II 1993/94, 23700, 3, p. 168 en 172-173. De regering gaat zelfs zo ver te stellen dat de gemandateerde aansprakelijk kan worden gesteld voor het niet opvolgen van de instructies (p. 167).

46 Dat de betreffende ambtenaar geen raadslid mag zijn in de centrumgemeente zelf moge duidelijk zijn: de ambtenaar is immers door of vanwege het gemeentebestuur van die centrumgemeente aangesteld. Art. 13 lid 1 aanhef en onder o Gemeentewet is dan onverkort van toepassing.



## 4. Conclusie

Ambtenaren bij een gemeenschappelijk openbaar lichaam of bedrijfsvoeringsorganisatie zijn uitsluitend door of vanwege het bestuur van het gemeenschappelijk openbaar lichaam onderscheidenlijk de bedrijfsvoeringsorganisatie aangesteld. Zij zijn niet door of vanwege het gemeentebestuur aangesteld. Anders gezegd: er is geen sprake van functionele of hiërarchische ondergeschiktheid aan het gemeentebestuur. Op basis van daarvan kan dan ook geen onverenigbaarheid worden aangenomen.

Hetzelfde geldt voor ambtenaren werkzaam bij een centrumgemeente. Zij zijn door of vanwege het gemeentebestuur van de centrumgemeente aangesteld. In die (centrum)gemeente kunnen ze dus ook geen raadslid zijn. Art. 13 lid 1 aanhef en onder o Gemeentewet verzet zich daar direct tegen. Zij zijn echter niet door of vanwege het gemeentebestuur van de gastgemeente aangesteld en zodoende kan dan ook geen onverenigbaarheid op grond van functionele of hiërarchische ondergeschiktheid worden aangenomen.

Blijft over het andere ondergeschiktheids criterium: wanneer het gemeentebestuur algemene én bijzondere aanwijzingen kan geven aan de betreffende ambtenaar (ook het zijn van ambtenaar is een vereiste, al mag het op grond van art. 4 Gemeentewet ook gaan om iemand die op arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht werkzaam is) dan is sprake van ondergeschiktheid én dus ook van onverenigbare betrekkingen. De betreffende ambtenaar moet zijn functie als ambtenaar neerleggen, of anders het raadslidmaatschap beëindigen.

De ambtenaren, betrokken bij een gemeenschappelijke regeling, waarvoor geldt dat zij een met het raadslidmaatschap onverenigbare betrekking hebben, hebben deze ook voor het vervullen van het wethouderschap (art. 36b lid 1 onder p Gemeentewet) of het burgemeesterschap (art. 68 lid 1 onder p Gemeentewet). Voor die functionarissen geldt immers dezelfde incompatibiliteit.

## 5. Tot slot nog dit

Hoewel het misschien vreemd is niet met de conclusie te eindigen, wil ik toch nog een enkele opmerking maken over toekomstige wetgeving op dit punt. De ambtelijke status wordt naar verwachting per 1 januari 2020 afgeschaft op grond van de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren.<sup>47</sup> Ten behoeve van de voorbereiding op die inwerkingtreding is reeds een concept-wetsvoorstel in consultatie gegaan voor de Aanpassingswet normalisering rechtspositie ambtenaren. Art. 2.4 van dat wetsvoorstel voorziet in wijziging van de Gemeentewet, waarbij ook de incompatibiliteiten van de art. 13, 36b en 68 Gemeentewet worden vervangen voor zover die zien op ambtenaren (de in-

compatibiliteiten waar dit artikel over gaat zodoende). Volgens de concept-memorie van toelichting<sup>48</sup> gaat het hierbij om terminologische aanpassingen aan de overgang van de publiekrechtelijke aanstellingen naar privaatrechtelijke arbeidsovereenkomsten. De tekst in de betreffende bepalingen komt echter te luiden: “ambtenaar, in dienst bij die gemeente”. Dat is inderdaad een terminologische aanpassing van het huidige onderdeel “ambtenaar, door of vanwege het gemeentebestuur aangesteld” (de hiërarchische ondergeschiktheid), maar het tweede criterium “of daaraan ondergeschikt” wordt ook geschrapt. En dat is toch gezinszins een terminologische aanpassing te noemen gelet op hetgeen in dit artikel besproken is. Hetzelfde geldt voor aanpassingen in de Provinciewet (art. 2.9 van het wetsvoorstel) en de Waterschapswet (art. 5.1 van het wetsvoorstel). De wetgever moet hier nog maar eens goed naar kijken! Daarvoor is alle tijd, nu het wetsvoorstel voor advies bij de Afdeling advisering van de Raad van State ligt.

Los van het huidige wettelijke stelsel zou de wetgever moeten bekijken of er geen nieuwe incompatibiliteit moet worden ingevoerd die ertoe leidt dat ambtenaren werkzaam bij of ondergeschikt aan één van de aan de gemeenschappelijke regeling deelnemende gemeentebesturen geen raadslid mogen zijn in één van die deelnemende gemeentebesturen. Ondanks dat thans strikt genomen geen sprake is van ondergeschiktheid (tenzij het om mandaat gaat), doet het toch vreemd aan dat een ambtenaar die bijvoorbeeld de wethouder of burgemeester in zijn rol als lid van het bestuur van een openbaar lichaam of bedrijfsvoeringsorganisatie adviseert vervolgens diezelfde wethouder of burgemeester kan controleren vanuit de gemeenteraad. Een lid van het bestuur van een samenwerkingsverband moet zich vrij voelen met zijn ambtenaren te kunnen overleggen, zonder dat de gemeenteraad direct op de hoogte is van de inhoud van die gesprekken. Dat hoort via de normale politieke verantwoordingslijnen te lopen. Met de toenemende samenwerking zou het voor de hand liggen het nu dicht te regelen en de Grondwet legt de plicht dit te regelen nu eenmaal bij de wetgever in formele zin. Dat kan niet aan de gemeentebesturen worden overgelaten die de gemeenschappelijke regeling treffen. Er kan dan direct ook geregeld worden dat een ambtenaar van de ene gemeente niet als bestuurder van de andere gemeente in het bestuur van het samenwerkingsverband kan participeren. Ook dat lijkt onwenselijk gelet op de ondergeschiktheid van die persoon aan de eerstgenoemde gemeente.

47 Wet van 9 maart 2017, *Stb.* 2017, 123.

48 Zie p. 24.