

Vergaderjaar 2010–2011

32 550

Voorstel van wet van de leden Koşer Kaya en Van Hijum tot wijziging van de Ambtenarenwet en enige andere wetten in verband met het in overeenstemming brengen van de rechtspositie van ambtenaren met die van werknemers met een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht (Wet normalisering rechtspositie ambtenaren)

Nr. 4

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE EN REACTIE VAN DE INDIENERS

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 3 februari 2011 en de reactie van indieners d.d. 11 april 2011, aangeboden aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Het advies van de Afdeling is cursief afgedrukt. De Afdeling maakt een aantal opmerkingen bij het initiatiefwetsvoorstel, waarop hierna zal worden ingegaan.

Bij brief van de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 5 november 2010 heeft de Tweede Kamer bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet van de leden Koşer Kaya en Van Hijum tot wijziging van de Ambtenarenwet en enige andere wetten in verband met het in overeenstemming brengen van de rechtspositie van ambtenaren met die van werknemers met een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht (Wet normalisering rechtspositie ambtenaren), met memorie van toelichting.

Het voorstel:

- *ziet op het bewerkstelligen van een zo groot mogelijke eenvormigheid tussen de rechtspositie van ambtenaren en die van werknemers in de particuliere sector;*
- *daartoe dient het publiekrechtelijke en eenzijdige karakter van de ambtelijke aanstelling en de eenzijdige vaststelling van de arbeidsvoorwaarden vervangen te worden door een tweezijdige overeenkomst naar burgerlijk recht;*
- *de rechtsbescherming van de ambtenaar dient privaatrechtelijk van karakter te worden;*
- *uitzonderingen op het voorstel gaan gelden voor diegenen waarvoor zwaarwegende argumenten gelden om de bestaande ambtelijke status te handhaven, zoals militaire ambtenaren, met rechtspraak belaste ambtenaren, leden van Hoge Colleges van Staat, benoemde politieke ambtsdragers, leden van zelfstandige bestuursorganen, notarissen en gerechtsdeurwaarders;*
- *de Ambtenarenwet blijft gehandhaafd ten behoeve van aspecten die van belang zijn voor het ambtelijk functioneren.*

Het voorstel wordt gemotiveerd als een principiële keus en als een laatste stap in het zogenaamde «normaliseringsproces» dat reeds een aantal jaren aan de gang is.¹

De Afdeling maakt in de punten 2 tot en met 5 van dit advies een aantal opmerkingen over de betekenis van het «normaliseringsproces» en over de bijzondere positie van de overheid en van ambtenaren als dienaren van het algemeen belang. Vanwege de samenhang tussen deze adviespunten worden deze opmerkingen, in afwijking van de gebruikelijke adviesstijl, niet afgesloten met afzonderlijke conclusies; de conclusie alsmede de aanbeveling van de Afdeling staan aan het eind van advies.

1. Samenvatting van het advies

Allereerst bespreekt het advies het proces van «normalisering» van de ambtelijke arbeidsverhoudingen en rechtspositie, omdat het voorstel als laatste stap in dit proces wordt geplaatst. Door dit proces is de verhouding tussen overheidswerkgever en ambtenaar gelijkwaardiger geworden en is deze verhouding meer gelijkkenis gaan vertonen met die in de particuliere sector. Het doel van dit proces is evenwel nooit geweest om de rechtspositie van de ambtenaar volledig te normaliseren: het uitgangspunt bleef gehandhaafd dat werkgevers en werknemers bij de overheid dienstbaar en daarmee ondergeschikt zijn aan het algemeen belang zoals daaraan door regering en Staten-Generaal telkens opnieuw inhoud wordt gegeven. Dit blijkt uit het feit dat het resultaat van het arbeidsvoorwaardenoverleg tussen de overheid als werkgever en de ambtenaren uiteindelijk eenzijdig wordt vastgelegd.² In die zin heeft het proces van «normalisering» tot nu toe de kenmerken van een zekere simulatie.

De Afdeling merkt op, dat de initiatiefnemers niet zozeer een vervolgstap in het proces van «normalisering» zetten, maar een andere weg lijken in te slaan. Dit roept de vraag op of met het introduceren van een tweezijdige arbeidsovereenkomst niet een noodzakelijke randvoorwaarde van dit proces – namelijk de dienstbaarheid en daarmee de ondergeschiktheid aan het algemeen belang – wordt losgelaten?

De Afdeling is van mening dat de positie van de overheid wezenlijk verschilt van die van een werkgever in de private sector. Dat heeft consequenties voor de taak van de overheid als werkgever. Het eigene van de overheid in een democratische rechtsstaat als de onze is, dat zij het algemeen belang nastreeft en dat al haar optreden democratisch gelegitimeerd dient te zijn. Zij beschikt als enige over de bevoegdheid geweld te gebruiken, de vrijheden van burgers te beperken en te beschermen, hen te verplichten belasting te betalen of dienstplicht te vervullen. Zij kan haar taak niet verzaken, zoals een bedrijf wel op enig moment zijn bedrijfsactiviteiten kan staken of andere markten kan zoeken. De overheid heeft ook geen klanten, cliënten of consumenten, maar staat in een democratisch-rechtsstatelijke verhouding tot burgers. De overheid kan niet kiezen voor een ander volk of voor andere kerntaken;³ dit komt tot uiting in het adagium «publiek recht is publieke plicht». Van zijn kant kan de burger zich niet onttrekken aan de overheid die over hem is gesteld.

Dat gegeven stelt bijzondere eisen aan de ambtelijke rechtspositie en aan het ambtelijk functioneren in de zin van democratisch en rechtsstatelijk bewustzijn en integriteit. Dat is de meest principiële reden geweest waarom in het verleden de ambtenaar een bijzondere rechtspositie heeft gekregen. De Afdeling merkt op dat de initiatiefnemers niet dragend motiveren, dat deze overwegingen thans geen opgeld meer doen. Een verwijzing naar «de huidige tijdgeest», waarvan de toelichting gewag maakt,⁴ volstaat in dit opzicht niet.

¹ Toelichting, hoofdstuk 1 (Doel en strekking van het wetsvoorstel); hoofdstuk 4 (Redenen om de rechtspositie...), onder «Algemeen».

² Het onderhandelingsresultaat wordt vastgelegd bij algemeen verbindend voorschrift, bij voorbeeld voor het Rijk bij algemene maatregel van bestuur, voor gemeenten bij gemeentelijke verordening.

³ Toespraak minister Donner verkiezing overheidsmanager 2010, 24 november 2010.

⁴ Toelichting, § 4 (Redenen om de rechtspositie...), onder «Algemeen».

De Afdeling adviseert nader te motiveren of een tweezijdige arbeidsovereenkomst zich verdraagt met het normatieve uitgangspunt dat werkgever en werknemer bij de overheid ondergeschikt zijn aan het algemeen belang, zoals daaraan door regering en Staten-Generaal telkens weer opnieuw concreet invulling wordt gegeven. Ervan uitgaande dat de initiatiefnemers, blijkens hun voorstel, daartoe mogelijkheden zien, rijst de vraag: kan er met wat wordt voorgesteld wel gesproken worden van een tweezijdige overeenkomst, wanneer één van de partijen de mogelijkheid heeft om eenzijdig daarop een inbreuk te maken? Wat is de meerwaarde van een dergelijke tweezijdige arbeidsovereenkomst waarop de wetgever eenzijdig inbreuk moet kunnen maken ten opzichte van de huidige situatie: materieel tweezijdig overleg dat, bij overeenstemming, formeel eenzijdig door de wetgever wordt vastgesteld?

Wat de reikwijdte van het voorstel betreft: de Afdeling merkt op, dat er niet mee kan worden volstaan om alleen rechterlijke en militaire ambtenaren, notarissen en gerechtsdeurwaarders de ambtelijke status te laten behouden.¹ In ieder geval zou ook gekeken moeten worden naar ambtenaren die in een politieke omgeving verkeren of een vertrouwensfunctie bekleden en naar ambtenaren die geweld mogen gebruiken of de vrijheid of bewegingsvrijheid van burgers mogen beperken. Ook zou nagegaan kunnen worden of werknemers die bij de overheid werken en de ambtelijke status nu niet hebben, deze wel zouden moeten krijgen. Aanleiding daarvoor kan zijn dat niet zozeer de functie van de werknemer doorslaggevend is, maar het feit dat werknemers die werken ter vervulling van een bepaalde overheidstaak, handelen in dienst van het algemeen belang en daarin herkenbaar dienen te zijn voor burgers en maatschappelijke organisaties.

De huidige verschillen in honorering van in het bijzonder de topfunctionarissen in de publieke en particuliere sector zullen vermoedelijk mede ten grondslag liggen aan de beperkte mobiliteit tussen beide sectoren. Een «normaliseren» van de ambtelijke honorering naar de «normale» niveaus in de particuliere sector zal mogelijk als een positieve impuls daarop uitwerken. Onduidelijk is of ook deze «normalisering» met het voorstel wordt beoogd. Beoogd of niet: de vraag is of een «normalisering» van de honorering van de ambtelijke (top)functionarissen tegengehouden kan worden in een proces dat nadrukkelijk is gesteld in de sleutel van het toegroeien naar een zo groot mogelijke eenvormigheid van rechtspositie van werknemers in de publieke en de particuliere sector.

Het desgewenst wijzigen van de ambtelijke rechtsbescherming is – zo meent de Afdeling – ook mogelijk zonder dat de eenzijdigheid van de aanstelling wordt afgeschaft. Het advies doet ter zake concrete suggesties. Daarbij worden ook kanttekeningen geplaatst bij de weergave in het voorstel van de kosten van een civielrechtelijke ontslagprocedure in vergelijking tot die in de publieke sector.

De Afdeling acht het aannemelijk, dat invoering van het voorstel tot hogere kosten zal leiden dan die waarvan het voorstel uitgaat.

Ten slotte stelt de Afdeling vast dat het voorstel in de tijd samenvalt met omvangrijke reorganisaties die zijn aangekondigd in de structuur van de rijksdienst en op gemeentelijk en provinciaal niveau. Gelet op deze samenhang adviseert de Afdeling in te gaan op de opportuniteit van het voorstel.

De Afdeling trekt in twijfel of het wetsvoorstel wel als een laatste stap in het proces van normalisering kan worden gezien. Zij ziet het veeleer als het inslaan van een andere weg.

¹ De Afdeling verstaat onder ambtelijke status: de status die een ambtenaar heeft doordat hij in openbare dienst is aangesteld (definitie artikel 1 Ambtenarenwet); de status wordt bij eenzijdig publiekrechtelijk besluit (de aanstelling) tot stand gebracht en houdt in dat de rechtspositie (inclusief het ontslagrecht en de rechtsbescherming) eenzijdig door de overheid is vastgesteld (namelijk bij en krachtens de Ambtenarenwet).

Wij wijzen erop, dat de vraag of de publiekrechtelijke rechtspositie van de ambtenaar moet worden gehandhaafd in ieder geval sinds 1994 deel uitmaakt van het proces. Het moge zo zijn, dat het resultaat van het arbeidsvoorwaardenoverleg op dit moment nog eenzijdig wordt vastgelegd, maar dat levert geen onderbouwing op voor de stelling dat het nooit het doel van het normaliseringsproces is geweest om de rechtspositie van de ambtenaar volledig te normaliseren en dat *simulatie* van tweezijdigheid een wezenlijk kenmerk van het proces zou zijn. Dat zou anders kunnen zijn, als het proces al was afgesloten. Dat is echter onmiskenbaar niet het geval. In 1998 ging de Raad van advies voor het Overheidspersoneelsbeleid ervan uit dat ooit «het natuurlijke moment» voor de normalisatie van de ambtelijke rechtspositie zou aanbreken.

De Afdeling legt een verband tussen enerzijds de bijzondere positie van de overheid en de eisen die in verband daarmee aan ambtenaren moeten worden gesteld en anderzijds de vormgeving van de rechtspositie van ambtenaren. Zij stelt de vraag of de tweezijdige arbeidsovereenkomst daarmee wel verenigbaar is. Wij beantwoorden die vraag bevestigend. Dat ambtenaren toegewijd, loyaal, integer, dienstbaar aan het algemeen belang en bewust zijn van de democratische legitimiteit van de bestuurders waaraan zij ondergeschikt zijn, komt niet doordat hun aanstelling en arbeidsvoorwaarden eenzijdig tot stand komen. Dat komt doordat zij door opvoeding, opleiding, bedrijfscultuur of rolmodellen de normen van het ambtenaarschap hebben verinnerlijkt. Daarom zal het gedrag van ambtenaren niet veranderen als hun rechtspositie grotendeels bepaald wordt door civielrechtelijke arbeidsovereenkomsten.

Wij zien geen dwingend verband tussen de bijzondere positie van de overheid en de juridische vormgeving van de arbeidsrelatie tussen overheidswerkgevers en ambtenaren. Over de vraag of die publiek- dan wel privaatrechtelijk van aard dient te zijn, kan zeer wel na verloop van ruim tachtig jaar sinds de inwerkingtreding van de Ambtenarenwet 1929 anders worden gedacht dan destijds, terwijl toch consensus blijft bestaan over het eigene van de overheid als dienaar van het algemeen belang en drager van gezag.

Daarbij is de tijdgeest wel degelijk van belang. Eenzijdige vastlegging van arbeidsvoorwaarden, en de gedachte dat de overheid vrij gemakkelijk, met een beroep op het algemeen belang, een inbreuk moet kunnen maken op overeengekomen arbeidsvoorwaarden, past niet in de huidige tijdgeest. Zo'n inbreuk zou beperkt moeten blijven tot bijzondere situaties, zoals voorzien in de Wet op de loonvorming. De mogelijkheid van toepassing van deze wet geeft echter geen grond om te betwijfelen of de arbeidsverhoudingen waarin met deze wet kan worden ingegrepen wel tweezijdige overeenkomsten zijn. In de private sector staat dat niet ter discussie. Daar is dus ook bij de overheid geen aanleiding toe.

De meerwaarde van de tweezijdige arbeidsovereenkomst is, dat zij meer harmonieuze arbeidsverhoudingen bevordert. Het is ook normaal en doelmatiger.

Wij zien geen aanleiding om in het wetsvoorstel een onderscheid te maken tussen ambtenaren die in meerdere of mindere mate betrokken zijn bij politieke processen of het uitoefenen van overheidsgezag. Dat lijkt ook praktisch niet uitvoerbaar.

Wel hebben wij in het wetsvoorstel erin voorzien, dat werknemers die bij de overheid werken en de ambtelijke status nog niet hebben, deze zullen krijgen. Daarbij maken wij onderscheid tussen de ambtelijke status en het publiekrechtelijk regelen van de rechtspositie. De hier bedoelde werknemers gaan onder de Ambtenarenwet vallen en krijgen daarmee de

status van ambtenaar. Hun rechtspositie blijft evenwel privaatrechtelijk van aard. Zoals na inwerkingtreding van het wetsvoorstel ook voor alle ambtenaren zal gelden, dat hun arbeidsvoorwaarden worden afgesproken in een (collectieve) arbeidsovereenkomst.

Ons wetsvoorstel gaat niet over de inhoud van de arbeidsvoorwaarden van ambtenaren – dat is voorbehouden aan het overleg tussen werkgevers en werknemers – en dus ook niet over wat de Afdeling noemt «de normalisering van de honorering van ambtelijke (top)functionarissen». Wij zien niet in waarom dat een onderdeel van het proces van normalisering van de rechtspositie van ambtenaren zou moeten worden. Wij achten het ook uiterst onaannemelijk, dat als gevolg van ons wetsvoorstel binnen afzienbare tijd een traject zal worden gestart, dat gericht is op het wegnemen van de verschillen tussen de honorering van topfunctionarissen bij de overheid en het bedrijfsleven.

De suggestie die de Afdeling doet met betrekking tot wijziging van de publiekrechtelijke rechtsbescherming van ambtenaren biedt naar ons inzicht onvoldoende soelaas, omdat daarmee de mogelijkheid blijft bestaan, dat ambtenaren – anders dan werknemers in de private sector – tegen alle ten aanzien van hen genomen besluiten in bezwaar, beroep en hoger beroep kunnen gaan. Daarmee zou de juridisering van de arbeidsrelaties binnen de overheid blijven bestaan.

Met betrekking tot de kosten menen wij, dat die door SEO/Regioplan onaannemelijk hoog zijn begroot. Met SEO/Regioplan zijn wij van mening dat ons voorstel in ieder geval structureel besparingen op zal leveren.

Wij zien geen samenhang tussen ons voorstel en de aangekondigde reorganisaties van het openbaar bestuur. Het zou goed zou zijn als beide trajecten zo veel mogelijk gescheiden blijven; en wij denken dat dat ook best kan. De omstandigheid dat het hier een initiatiefwetsvoorstel betreft kan daaraan bijdragen.

2. Het proces van «normalisering»

a. Wat is normaal?

Het uitgangspunt van het voorstel is de arbeidsverhoudingen bij de overheid uiteindelijk gelijk te doen zijn aan die van werknemers in de particuliere sector. Op deze hoofdregel worden vervolgens enige uitzonderingen gemaakt, namelijk voor die categorieën werknemers bij de overheid, voor wie zwaarwegende overwegingen gelden om deze gelijkschakeling niet van toepassing te laten zijn. Bij deze hoofdregel maken de initiatiefnemers gewag van de vorderingen in dit proces van «normalisering» waarin, aldus de toelichting, nu met het voorstel een laatste stap gezet kan worden.

De term «normalisering» is niet waarde vrij: de term suggereert, dat de verhoudingen in de particuliere sector de norm zijn. Daarmee blijft er weinig ruimte over voor de mogelijkheid dat er onder omstandigheden ook daarvan afwijkende arbeidsverhoudingen denkbaar zijn, die beter aansluiten op andere omstandigheden dan die in de particuliere sector gelden, en in die situaties evenzeer normaal en volwaardig zijn voor de betrokken werkgevers en werknemers. Dat kan in het onderhavige voorstel het geval zijn, indien de overheid als werkgever en de ambtenaar als werknemer op wezenlijke punten niet vergelijkbaar zijn met een werkgever en werknemer in de particuliere sector. In dit advies wordt hier uitvoerig op ingegaan, omdat de vraag naar het bijzondere, het eigene van de overheid in vergelijking tot het bijzondere van de particuliere

sector van betekenis is voor de afweging om al dan niet een vervolgstap te zetten in het proces van «normalisering».

De Afdeling stelt met de initiatiefnemers vast, dat het proces van «normalisering» inmiddels is voortgeschreden, in het bijzonder vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw. In de toelichting worden als belangrijke stappen van normalisering genoemd:

- *de invoering in het arbeidsvoorwaardenoverleg van het vereiste van overeenstemming (1989) en van het sectorenmodel (1993);*
- *de in het midden van de jaren «90 gestarte «OOW-operatie»: het gefaseerd brengen van het overheidspersoneel onder de werking van de wettelijke werknemersverzekeringen (WW, ZW, WAO, enz.);*
- *het brengen van overheidsdiensten onder de werking van de Wet op de ondernemingsraden (1995) en de Arbeidstijdenwet (1996);*
- *de privatisering van het Algemeen burgerlijk pensioenfonds (1996).*

De Afdeling constateert dat deze stappen elk afzonderlijk en ook als totaliteit van grote betekenis zijn geweest voor de arbeidsverhoudingen bij de overheid: werkgever en werknemer bij de overheid zijn in een meer gelijkwaardige positie komen te verkeren. Die positie is op onderdelen meer verwantschap gaan vertonen met de positie van en verhouding tussen werkgevers en werknemers in de particuliere sector.

De opmerkingen van de Afdeling met betrekking tot de term «normalisering» geven ons aanleiding om allereerst op te merken, dat niet wij, maar anderen deze benaming hebben toegekend aan het proces dat zich de afgelopen drie decennia heeft ontwikkeld. Een proces, waarvan wij tot ons genoeg vaststellen, dat ook de Afdeling het positief waardeert. De Afdeling constateert, dat het van grote betekenis is geweest voor de arbeidsverhoudingen bij de overheid: werkgever en werknemer bij de overheid zijn in een meer gelijkwaardige positie komen te verkeren. De Afdeling noemt de term wel «niet waarde vrij». Dat is juist. De Afdeling vermeldt dat de positie van werkgever en werknemer bij de overheid op onderdelen meer verwantschap is gaan vertonen met de positie van en de verhouding tussen werkgevers en werknemers in de particuliere sector. Kennelijk is die verhouding – die ook in kwantitatief opzicht in de samenleving verreweg de overheersende is – het normatieve ijkpunt. Anders gezegd: het «normale».

In juridisch opzicht is ons uitgangspunt – en niet alleen dat van ons – dat het «gemene recht», het burgerlijke arbeidsovereenkomstenrecht, het «normale» is. Uitzonderingen daarop zijn mogelijk, maar daar moeten dan wel gegronde redenen voor bestaan. In de twintiger jaren van de vorige eeuw werd daarover anders gedacht dan nu. Toen werden alle ambtenaren uitgezonderd van het normale. Wij denken dat die redenen er nu nog slechts zijn voor een veel kleinere groep. In grote trekken: bestuurders, rechters en militairen.

b. Simulatie van de «normalisering»

Tegelijkertijd stelt de Afdeling vast, dat de term «normalisering» een eenzijdig en onevenwichtig beeld oproept, omdat er bij alle «normalisering» een belangrijk uitgangspunt van toepassing bleef: de premisse, dat werkgever en werknemer dienstbaar en daarmee ondergeschikt zijn aan het algemeen belang, zoals dat door regering en Staten-Generaal in gemeen overleg steeds opnieuw wordt vastgesteld. Dat was in normaliseringsdossiers tot nu toe de reden om het resultaat van het overleg tussen werkgever en werknemer in de publieke dienst eenzijdig vast te leggen.¹ Daarin schuilt in de kern het verschil met de overeenkomst die werkgevers en werknemers in de particuliere sfeer afsluiten; zij zijn namelijk binnen het verband van hun onderneming of instelling in laatste instantie wél zelf volledig bevoegd om afspraken te maken.

¹ Voor regelingen op het terrein van, onder meer, pensioenen en sociale zekerheid was dit niet aan de orde.

Bij wijze van illustratie kan worden gewezen op de volgende bijzondere kenmerken van het arbeidsvoorwaardenoverleg en het medezeggenschapsregime bij de overheid.

Arbeidsvoorwaardenoverleg

Uitgangspunt van het arbeidsvoorwaardenoverleg bij de overheid is dat over «aangelegenheden van algemeen belang voor de rechtstoestand van de ambtenaren» niet wordt beslist dan nadat daarover door of namens de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties overleg is gepleegd met de Sectorcommissie overleg rijkspersoneel. In de Sectorcommissie zijn de vakcentrales vertegenwoordigd. Als het overleg niet tot overeenstemming leidt, kan de onafhankelijke Advies- en Arbitragecommissie worden ingeschakeld. Elk van de onderhandelingspartijen kan de Advies- en Arbitragecommissie vragen een niet bindend advies uit te brengen; alleen de partijen samen kunnen de commissie een bindende uitspraak in arbitrage vragen.¹

Bij het ontwerpen van deze procedure is gezocht naar een werkwijze waarbij het bereiken van overeenstemming maximaal wordt bevorderd; de formele adviesprocedure van de commissie zal leiden tot een advies waaraan partijen zich niet gemakkelijk kunnen onttrekken. Echter, als het er echt op aan komt, kan de minister, als hoeder van het algemeen belang, zich aan een formele binding onttrekken. Hij kan instemmen met arbitrage, maar hoeft dat niet te doen. Formeel behoudt hij de bevoegdheid de arbeidsvoorwaarden eenzijdig vast te stellen; die bevoegdheid zal hij ook daadwerkelijk moeten kunnen inzetten onder bijzondere omstandigheden.

Overigens hebben de ambtenaren – met uitzondering van militairen² – het recht om te staken als het arbeidsvoorwaardenoverleg niet tot resultaten leidt.³ Met dit grondrecht wordt voldaan aan de eisen die voortvloeien uit het Europees Sociaal Handvest.⁴ De rechter toetst of de staking rechtmatig is.⁵ Hij kan een staking verbieden indien dat in een democratische samenleving noodzakelijk is voor de bescherming van onder meer de openbare orde.⁶ Bij de goedkeuring van het Europees Sociaal Handvest was de regering van oordeel dat het stakingsrecht van ambtenaren te combineren is met eenzijdige vaststelling van arbeidsvoorwaarden, omdat het stelsel van georganiseerd overleg voor het overheidspersoneel zoals wij dat in Nederland kennen, een reële vorm van participatie in het opstellen van de desbetreffende regelingen biedt; dat de arbeidsvoorwaarden uiteindelijk eenzijdig worden vastgesteld, doet daar niet aan af.⁷

De Afdeling constateert dat de overheid, hoezeer zij er ook op uit is de arbeidsvoorwaarden na overleg en in overeenstemming met de werknemersorganisaties vorm te geven, in laatste instantie de mogelijkheid heeft behouden om de arbeidsvoorwaarden eenzijdig vast te stellen.

Medezeggenschap

De Wet op de ondernemingsraden is bij de overheid ingevoerd, omdat de medezeggenschap daar achterliep bij die in de marktsector. De wet geldt niet onverkort: de ondernemingsraad dient het politieke primaat te respecteren en heeft alleen advies- of instemmingsbevoegdheid ten aanzien van de gevolgen van besluiten die zijn genomen door politieke of rechterlijke organen.⁸

De regering benadrukte, dat «de uitvoering van de publiekrechtelijke taak geen onderwerp van overleg [is]. Het primaat van de politiek geldt absoluut bij de uitvoering van de publiekrechtelijke taak. De uitvoering van de publiekrechtelijke taak kan dus niet worden gefrustreerd door uitoefening van medezeggenschapsrechten.»⁹

In het advies van de Raad van State over dit wetsvoorstel in 1993 werd gesteld, dat de publiekrechtelijke status van de overheid met de daarbij

¹ Artikelen 105, 106, 110e, 110g ARAR.

² Artikel 12i van de Militaire Ambtenarenwet 1931.

³ Het strafrechtelijk stakingsverbod voor ambtenaren werd in 1980 ingetrokken (Stb. 1979, 693). Daarmee was staking echter nog niet rechtmatig. Pogingen om het stakingsrecht wettelijk te regelen – voor werknemers en in het verlengde daarvan voor ambtenaren – hadden geen resultaat. In de jurisprudentie werd het stakingsrecht voor beide categorieën zodanig uitgewerkt dat de behoefte aan een wettelijke regeling afnam.

⁴ Het betreft artikel 6, vierde lid, van het Europees Sociaal Handvest (dat inmiddels is herzien), waarvan de Hoge Raad in 1986 bepaalde dat het rechtstreekse werking heeft (HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688, LJN: AC9402).

⁵ Bij voorbeeld HR 21 maart 1997, NJ 1997, 437 (VSN); HR 28 januari 2000, NJ 2000, 292 (Douwe Egberts).

⁶ Artikel 31 van het Europees Sociaal Handvest.

⁷ Kamerstukken I 1977/78 8 606 (R 533), nr. 71b, blz. 2–3.

⁸ Artikel 46d, aanhef en onderdelen b en c, van de Wet op de ondernemingsraden.

⁹ Kamerstukken I 1994/95, 23 551, nr. 48b, blz. 2.

behorende besluitvorming, grenzen stelt aan de reikwijdte van de medezeggenschap. De overheid – zo stelde de Raad – is niet slechts ondernemer, doch primair belast met de behartiging van het algemeen belang.¹

Ook in de ontwikkeling van de medezeggenschap bij de overheid zijn aspecten van de «normalisering» herkenbaar, maar wel nadrukkelijk binnen de randvoorwaarde dat de bevoegdheden van de wetgever worden gerespecteerd.

De Afdeling stelt, dat de premisse, dat werkgever en werknemer dienstbaar en daarmee ondergeschikt zijn aan het algemeen belang, in normaliseringsdossiers tot nu toe reden is geweest om het resultaat van het overleg tussen werkgever en werknemer in de publieke dienst eenzijdig vast te leggen.

Wij bestrijden dat. Het komt niet overeen met ons beeld van het proces, zoals dat zich de afgelopen drie decennia heeft ontwikkeld. De vraag of de publiekrechtelijke rechtspositie van de ambtenaar moest worden gehandhaafd, maakt daarvan in ieder geval sinds 1994 deel uit. In dat jaar liet de minister van Binnenlandse Zaken aan de Tweede Kamer weten, dat hij ook «de statuskwestie» in de normaliseringsoperatie wilde betrekken. Dat kon zeer wel samengaan met de voren genoemde premisse. Er zijn in ieder geval geen aanwijzingen dat de toenmalige minister van Binnenlandse Zaken óók de dienstbaarheid van de overheid en haar werknemers aan het algemeen belang ter discussie wilde stellen.

Overigens ging het ook in het rapport van de interdepartementale werkgroep «Normalisatie rechtspositie overheidspersoneel» in 2005 uitdrukkelijk om de vraag of de wettelijke «status aparte» van ambtenaren gehandhaafd moest worden.

Ook wij gaan van de vorenbedoelde premisse uit: overheidswerkgevers en -werknemers zijn dienstbaar, en daarmee ondergeschikt, aan het algemeen belang, zoals dat steeds opnieuw wordt vastgesteld, niet alleen door regering en Staten-Generaal, maar ook door de besturen van gemeentes en provincies tezamen met gemeenteraden en Provinciale Staten.

Wij zien echter geen dwingend verband tussen de vorenbedoelde dienstbaarheid en het eenzijdig vastleggen van arbeidsvoorwaarden. Althans niet voor het overgrote deel van die arbeidsvoorwaarden. Wij zien dat verband slechts bij een beperkt aantal onderwerpen: het afleggen van de eed of belofte, integriteit in de meest brede zin, het vervullen van vertrouwensfuncties en uitoefening en beperking van grondrechten. Het gaat daarbij om een beperkt aantal, maar inhoudelijk wel zeer belangrijke artikelen in de Ambtenarenwet. Dat zijn geen arbeidsvoorwaarden in eigenlijke zin, maar de publiekrechtelijke randvoorwaarden voor het ambtelijk functioneren, die niet tot het domein van het arbeidsvoorwaardenoverleg behoren, maar tot dat van de politiek. Regels daaromtrent moeten in onze visie dan ook publiekrechtelijk – eenzijdig, maar democratisch gelegitimeerd – vastgelegd blijven worden. Het resultaat van het op ambtenaren van toepassing blijven van deze bepalingen in de Ambtenarenwet zullen wij hierna aanduiden als «de ambtelijke status»; wel te onderscheiden van de volledig publiekrechtelijke rechtspositie van ambtenaren, zoals thans.

Voor wat betreft de eigenlijke arbeidsvoorwaarden van ambtenaren staat hun ondergeschiktheid aan het algemeen belang er niet aan in de weg om deze in privaatrechtelijke arbeidsovereenkomsten af te spreken.

De Afdeling waardeert het normaliseringsproces op zich positief. Die waardering lijkt echter mede gegrond op het feit dat dit proces met betrekking tot een aantal aspecten tot op heden niet verder is gegaan dan

¹ Advies van 13 juli 1993, Kamerstukken II 1993/94, 23 551, A, punt 1.1.

een zekere *simulatie* van de normalisering. In dat verband wijst de Afdeling in de eerste plaats op het arbeidsvoorwaardenoverleg.

Arbeidsvoorwaardenoverleg

Bij de vastlegging van de arbeidsvoorwaarden van ambtenaren wordt inderdaad de gang van zaken in de private sector zo veel mogelijk nagebootst. Het is zelfs normaal geworden om te spreken over «cao's» voor het overheidspersoneel. Maar anders dan in de private sector worden ze, nadat er tussen overheid en centrales van verenigingen van ambtenaren overeenstemming over is bereikt, vervolgens door de overheid eenzijdig vastgesteld in de vorm van publiekrechtelijke voorschriften.

De Afdeling meent dat de overheid formeel altijd de bevoegdheid behoudt om de arbeidsvoorwaarden eenzijdig vast te stellen. Dat is ons inziens – afgezien van een uitzonderlijke mogelijkheid, die wij hierna onder *c* zullen behandelen – niet zo.

Wanneer een voorstel strekt tot het invoeren of wijzigen van een regeling met rechten of verplichtingen van ambtenaren – en dat is de harde kern van de arbeidsvoorwaarden – wordt het voorstel niet ten uitvoer gebracht indien daarover geen overeenstemming bestaat met de betrokken sectorcommissie of de ambtenarenvertegenwoordiging in de Raad voor het overheidspersoneelsbeleid. Dit zogenaamde «overeenstemmingsvereiste» is zó uitgewerkt, dat drie van de vier centrales gezamenlijk een vetorecht hebben met betrekking tot het invoeren of wijzigen van de vorenbedoelde rechtspositionele regelingen. De overheid kan dergelijke regelingen dan niet eenzijdig vaststellen (zie besluit van 13 januari 1997, *Stb.* 31).

De Samenwerkende Centrales van Overheidspersoneel (SCO) menen zelfs, dat deze regeling ook van toepassing is op het onderhavige wetsvoorstel (en op andere wijzigingen van de Ambtenarenwet). Wij menen dat dit tot onaanvaardbare consequenties zou leiden. En dat ook een andere interpretatie van het desbetreffende besluit mogelijk is. Om iedere onzekerheid hierover weg te nemen hebben wij in artikel X van het wetsvoorstel een bepaling opgenomen die de werking van dit besluit op het onderhavige wetsvoorstel uitsluit.

In onze visie zijn werkgevers en werknemers bij de overheid in wezen al te vóór gegaan met het overeenstemmingsvereiste. Wij willen dat met ons wetsvoorstel tot normale proporties terugbrengen. Overeenstemming tussen partijen over de inhoud van een (collectieve) arbeidsovereenkomst is volstrekt normaal, maar het kunnen eisen van overeenstemming waar het de publiekrechtelijke randvoorwaarden betreft, is dat niet. Dat geldt voor het Burgerlijk Wetboek, en dat hoort ook te gelden voor de Ambtenarenwet. Belanghebbende organisaties kunnen erover worden gehoord, maar hen komt geen recht op overeenstemming toe.

In ons wetsvoorstel komt dan ook niet langer een delegatiebepaling voor, op basis waarvan een overeenstemmingsvereiste tot stand gebracht kan worden, dat uitgelegd kan worden als mede betrekking hebbend op bij of krachtens de Ambtenarenwet gestelde of te stellen regelen. De Ambtenarenwet dient het domein te zijn van de politiek. Daar staat tegenover dat alles wat betrekking heeft op de rechtspositie van ambtenaren, en niet bij of krachtens die wet geregeld hoeft te worden, zonder enig bezwaar kan worden afgesproken in tweezijdige arbeidsovereenkomsten.

De Afdeling wijst erop, dat reeds in de zeventiger jaren van de vorige eeuw, bij de goedkeuring van het Europees Sociaal Handvest, de wijze

waarop reeds toen in het georganiseerd overleg van het overheidspersoneel voorzien werd in «een reële vorm van participatie» voldoende werd geacht om te voldoen aan het recht op collectief onderhandelen in dat Handvest, hoewel de arbeidsvoorwaarden uiteindelijk eenzijdig vastgesteld bleven worden. De regering meende destijds, dat dat zeer wel te combineren was met het – eveneens in het Handvest vastgelegde – stakingsrecht.

Gelet op de – door ons onderschreven – premisse van de Afdeling, dat de overheid het algemeen belang dient en dat zij haar taak niet kan verzaken, moet het op zijn minst opmerkelijk worden genoemd dat ambtenaren sinds 1980 wél mogen staken (totdat de rechter het onrechtmatig oordeelt). Wie de dienstbaarheid van ambtenaren zo goed mogelijk wilde borgen, vond in een stakingsverbod voor ambtenaren toch een effectiever middel dan in eenzijdige vaststelling van arbeidsvoorwaarden.

Nu het stakingsrecht ook voor ambtenaren erkend is, is reeds daarin een argument gelegen om verder te gaan dan «een reële vorm van participatie». Wie stakingen wil voorkomen – en dat zal iedereen zijn die meent dat de overheid haar taak niet mag verzaken en dat werknemers bij de overheid ondergeschikt zijn aan het algemeen belang – doet er goed aan om arbeidsvoorwaarden niet eenzijdig, maar tweezijdig vast te stellen. Niet voor niets heeft het normalisatieproces een aanvang genomen na 1980, in welk jaar het stakingsverbod voor ambtenaren werd opgeheven. Tweezijdigheid past ook beter bij het in het Europees Sociaal Handvest erkende recht op collectief onderhandelen.

Medezeggenschap

De Afdeling wijst ook op artikel 46d van de Wet op de ondernemingsraden, als gevolg waarvan ondernemingsraden het primaat van de politiek hebben te respecteren. Wij zijn het met die beperking eens. Daarom willen wij er ook niets aan veranderen.

Bij de arbeidsvoorwaarden van ambtenaren is het in wezen niet anders. Daar krijgt het primaat van de politiek in ons voorstel vorm door het in de Ambtenarenwet handhaven van de regeling van een aantal onderwerpen, dat niet overgelaten kan worden aan de uitkomsten van het overleg tussen werkgevers en werknemers.

c. Conclusie

Samenvattend kan worden geconcludeerd dat het proces van «normalisering» bij de overheid een ontwikkeling in gang heeft gezet waardoor arbeidsvoorwaarden en aspecten van de rechtspositie gelijkenis zijn gaan vertonen met hetgeen in de particuliere sector gemeengoed is geworden. In de vormgeving van dit proces is evenwel steeds acht geslagen op wezenlijke verschillen tussen een publieke en particuliere werkgever, waardoor er in die zin ook sprake is geweest van een zekere simulatie van de «normalisering».

De Afdeling constateert, dat een dergelijk «normaliseringsproces» bij de overheid allerm minst bezwaarlijk is, gelet op de bijzondere positie van de overheid en haar werknemers. Ondanks deze publieke begrenzing heeft het «normaliseringsproces» onmiskenbaar bijgedragen aan evenwichtiger arbeidsverhoudingen bij de overheid. Uit de opstelling van ambtenarenorganisaties, maar ook uit het ambtenarencorps zelf komen geen signalen die erop duiden, dat deze bijzondere randvoorwaarden waarbinnen het proces van «normalisering» zich de afgelopen jaren heeft ontwikkeld, op bezwaren zouden stuiten.

Deze hoofdlijn in het «normaliseringsproces» tot nu toe wordt met het wetsvoorstel doorbroken: de eenzijdige aanstelling voor ambtenaren wordt opgeheven en daarvoor in de plaats komt een tweezijdige arbeids-

overeenkomst naar burgerlijk recht. Daarmee wordt de randvoorwaarde losgelaten waarbinnen het proces van «normaliseren» tot nu toe was ingebed, namelijk dat de wetgever in het algemeen belang eenzijdig arbeidsvoorwaarden moet kunnen opleggen.

De Afdeling adviseert de vraag te beantwoorden of een tweezijdige arbeidsovereenkomst zich verdraagt met het uitgangspunt dat bij de overheid werkgever en werknemer dienstbaar en daarmee ondergeschikt zijn aan het algemeen belang, zoals daaraan door regering en Staten-Generaal telkens weer opnieuw concreet invulling wordt gegeven. Ervan uitgaande dat de initiatiefnemers daartoe mogelijkheden zien, is de volgende vraag: kan er met wat wordt voorgesteld wel gesproken worden van een tweezijdige overeenkomst, wanneer één van de partijen de mogelijkheid moet hebben om eenzijdig daarop een inbreuk te maken, indien het algemeen belang daartoe dwingt? En ten slotte is de vraag: wat is de meerwaarde van een dergelijke tweezijdige arbeidsovereenkomst waarop de wetgever eenzijdig inbreuk kan maken, ten opzichte van de huidige situatie van materieel tweezijdig overleg dat, bij overeenstemming, formeel eenzijdig door de wetgever wordt vastgesteld?

Deze vragen klemmen temeer, nu niet duidelijk is wat het voorstel feitelijk kan toevoegen aan de tot nu toe bereikte resultaten van de «normalisering». Het gaat, zoals gesteld, om een principiële uitgangspunt van de initiatiefnemers: de arbeidsverhoudingen van de ambtenaar moeten gelijk worden aan die van de werknemers in de particuliere sector. De Afdeling zal in de volgende paragraaf hierop nader ingaan.

De Afdeling merkt op, dat het normaliseringsproces onmiskenbaar heeft bijgedragen aan evenwichtiger arbeidsverhoudingen bij de overheid. Zij stelt het echter voor alsof de hoofdlijn van dat proces was, dat (uiteindelijk) niet ècht werd genormaliseerd, maar de normale situatie werd *gesimuleerd*. Verder gaan dan dat zou zelfs betekenen, dat een randvoorwaarde van het proces zou worden losgelaten. De hoofdlijn zou worden doorbroken.

Zoals eerder gezegd, herkennen wij hierin niet het historische beeld dat wij van het proces hebben. De vraag of de publiekrechtelijke rechtspositie van de ambtenaar moest worden gehandhaafd maakte al vroeg deel uit van het proces.

Wij achten het logisch dat de beantwoording van deze vraag als laatste stap in het proces aan de orde is gekomen. Simuleren, doen alsof, kan lange tijd niet zo bezwaarlijk gevonden worden. Maar uiteindelijk is «doen alsof» niet normaal. Dan moet een keer de stap gezet worden naar werkelijke normalisatie. Eenzijdigheid in de relatie tussen werkgever en werknemer past niet meer in de huidige tijdgeest.

De Afdeling stelt de vraag, of de tweezijdige arbeidsovereenkomst zich verdraagt met het uitgangspunt dat bij de overheid werkgever en werknemer dienstbaar en daarmee ondergeschikt zijn aan het algemeen belang. Wij beantwoorden die vraag met een volmondig «ja».

Wij menen zelfs dat beide zaken niets met elkaar te maken hebben. Niet valt in te zien waarom een werknemer een beter besef van dienstbaarheid zou hebben als zijn arbeidsvoorwaarden eenzijdig door zijn werkgever worden vastgesteld.

Zo belangrijk als deze dienstbaarheid is voor de overheid, zo belangrijk is ook in het bedrijfsleven, dat werknemers dienstbaar zijn aan het belang van de onderneming. Toch is daar nooit de gedachte opgekomen, dat deze dienstbaarheid het beste bereikt kan worden door de arbeidsvoorwaarden eenzijdig vast te stellen. Daar is een eenvoudige verklaring voor: ondergeschiktheid van de werknemer jegens de werkgever is de kern van de arbeidsovereenkomst.

Overigens zijn wij het in beperkte mate met de Afdeling eens, dat de overheid, althans de wetgever, eenzijdig de rechtspositie van ambtenaren moet kunnen vaststellen. Dat geldt in onze visie voor het wettelijk vaststellen van regels met betrekking tot integriteit, vertrouwensfuncties en de uitoefening en beperking van grondrechten, zoals thans opgenomen in de Ambtenarenwet. Wij willen die handhaven.

Als de Afdeling doelt op het eenzijdig inbreuk maken op een onderhandelingsresultaat tussen werkgevers en werknemers, dan is het in theorie misschien wel denkbaar dat de overheid daartoe over moet gaan, maar dan zal het toch moeten gaan om een zéér bijzondere situatie. Het zal dan niet gaan om het borgen van de dienstbaarheid van ambtenaren, maar om heel andere overwegingen van algemeen belang, zoals die waarop de Wet op de loonvorming ziet. Daarom stellen wij in ons wetsvoorstel voor deze wet ook van toepassing te laten zijn op arbeidsovereenkomsten tussen overheidswerkgevers en ambtenaren.

De Afdeling stelt als tweede vraag of, als één van de partijen de mogelijkheid heeft om eenzijdig inbreuk op een tweezijdige overeenkomst kan maken, nog wel gesproken kan worden van een tweezijdige overeenkomst. Ook op die vraag is ons antwoord «ja».

Niet valt in te zien waarom de mogelijkheid van overheidsingrijpen in zeer uitzonderlijke gevallen als hiervoor bedoeld een reden zou zijn om het principieel tweezijdige karakter van de arbeidsovereenkomst in twijfel te trekken. In de private sector is dat, voor zover ons bekend, nooit gebeurd. Daar zal dus ook bij de overheid geen aanleiding toe zijn.

Ten slotte stelt de Afdeling de vraag, wat de meerwaarde is van een tweezijdige arbeidsovereenkomst (waarop de wetgever – in de visie van de Afdeling – eenzijdig inbreuk kan maken) ten opzichte van de huidige situatie van materieel tweezijdig overleg dat, bij overeenstemming, formeel eenzijdig door de wetgever wordt vastgelegd.

De meerwaarde van de tweezijdige arbeidsovereenkomst is, dat zij meer harmonieuze arbeidsverhoudingen bevordert. Het is ook normaal en doelmatiger. Doen alsof een collectieve arbeidsovereenkomst wordt gesloten is niet normaal. Publiekrechtelijke vastlegging van een onderhandelingsresultaat is een overbodige herhaling van zetten. Dat leidt bijvoorbeeld in het geval van gemeenten – die iedere afzonderlijke wijziging d.m.v. een besluit van B&W in hun eigen rechtspositieregeling moeten incorporeren – tot veel coördinatieproblemen. En daarmee is het een administratieve last die gemist kan worden.

3. Het algemeen belang en de positie van de wetgever: de eenzijdige aanstelling

a. De overheid als een bijzondere werkgever

Het voorstel is gebaseerd op arbeidsrechtelijke overwegingen: er behoort principieel gelijkheid te bestaan tussen de positie van een werknemer van de overheid en die van een werknemer in de particuliere sector. De overwegingen die in het verleden tot een aparte ambtelijke status aanleiding hebben gegeven,¹ worden niet meer relevant gevonden, omdat deze niet meer passen bij de «huidige tijdgeest». Zoals gezegd, is het voorstel de uitdrukking van een principiële keuze voor een gelijkheid in rechtspositie.

De toelichting op deze principiële keuze ziet vooral op de gelijkschakeling tussen de overheidswerknemer en de werknemer in de particuliere sector. In feite is echter de vraag aan de orde of de werkgever aan publieke zijde in een vergelijkbare positie verkeert als de werkgever in de particuliere

¹ Zie Historische ontwikkeling in bijlage I.

sector, op grond waarvan een gelijkschakeling van rechtspositie van de werknemer in beide situaties gerechtvaardigd en verantwoord zou kunnen zijn.

In de toelichting wordt onderkend dat de positie van de overheid wezenlijk verschilt van die van een werkgever in de particuliere sector. De overheid is de hoeder van het algemeen belang en zij waakt ervoor dat burgers gelijk behandeld worden. Volgens de toelichting betekent het initiatiefvoorstel dan ook niet dat de overheid zich kan gaan gedragen als een willekeurige marktpartij. Evenmin zal het normaliseren van de ambtelijke rechtspositie tot gevolg hebben dat de overheid als marktpartij de normen en waarden van de markt overneemt; ook in die situatie zal de integriteit van de overheid gewaarborgd dienen te blijven, aldus de toelichting.¹

De Afdeling deelt de mening van de initiatiefnemers dat de positie van de overheid wezenlijk verschilt van die van een werkgever in de private sector. Dat heeft consequenties voor de taak van de overheid als werkgever. Het eigene van de overheid in een democratische rechtsstaat als de onze is, dat zij het algemeen belang nastreeft en dat al haar optreden democratisch gelegitimeerd dient te zijn.

Zij beschikt als enige over de bevoegdheid geweld te gebruiken, de vrijheden van burgers te beperken en te beschermen, hen te verplichten belasting te betalen of dienstplicht te vervullen. Zij kan haar taak niet verzaken, zoals een bedrijf wel op enig moment zijn bedrijfsactiviteiten kan staken of andere markten kan zoeken. De overheid heeft ook geen klanten, cliënten of consumenten, maar staat in een democratisch-rechtsstatelijke verhouding tot burgers. De overheid kan niet kiezen voor een ander volk of voor andere kerntaken;² dit komt tot uiting in het adagium «publiek recht is publieke plicht». Van zijn kant kan de burger zich niet onttrekken aan de overheid die over hem is gesteld.

In dit verband is het van grote betekenis, dat burgers ervan mogen uitgaan, dat de overheid handelt vanuit het algemeen belang. Daarin onderscheidt de overheid zich van de particuliere sector, waarin het eigen belang van de onderneming of de instelling domineert. Dit wezenlijke onderscheid is ook daarom van belang, omdat het ongewis is hoe de overheid in de toekomst zal moeten optreden, gelet op onzekere gebeurtenissen en ontwikkelingen. Ervaringen met de recente financiële crisis tonen aan dat de overheid op een wijze heeft moeten optreden die tot voor kort niet voor mogelijk werd gehouden. Bij zoveel ongewisheid over de toekomst en over de handelingen waartoe de overheid mogelijk gedwongen wordt, acht de Afdeling het van groot belang dat burgers er op kunnen vertrouwen dat de overheid en haar ambtenaren bij de maatregelen die dan nodig kunnen zijn, zich laten leiden door overwegingen van algemeen belang.

De Afdeling deelt de mening van de initiatiefnemers dat de positie van de overheid wezenlijk verschilt van die van de overheid in de private sector. Wij zijn het dan ook met vrijwel alles wat de Afdeling hierover opmerkt eens. De overheid is een bijzondere werkgever. En de ambtenaar is een bijzondere werknemer. De vraag is, of zij zó bijzonder zijn, dat de regels van het private arbeidsrecht niet van toepassing kunnen zijn op arbeidsrelaties bij de overheid. Die vraag beantwoorden wij ontkennend.

Ondergeschiktheid is de kern van de arbeidsovereenkomst. Ook binnen een arbeidsovereenkomst geldt, dat de werknemer verplicht is zich als een goed werknemer te gedragen. Is zijn werkgever de overheid – die het algemeen belang dient – dan zal de werknemer ook dat algemeen belang moeten dienen, in ondergeschiktheid aan zijn werkgever; en in overeenstemming met de concrete invulling die zijn werkgever aan het algemeen

¹ Toelichting, hoofdstuk 3 (Bestaande en beoogde situatie), onder «Beoogde situatie».

² Toespraak minister Donner verkiezing overheidsmanager 2010, 24 november 2010.

belang geeft. Zich als een goed werknemer gedragen betekent voor de overheidswerknemer: zich gedragen zoals een goed ambtenaar betaamt. Het advies van de Afdeling brengt ons ertoe een nieuw artikel 4 voor te stellen, dat deze norm uitdrukkelijk vastlegt en ook buiten twijfel stelt, dat het door een ambtenaar niet voldoen aan deze norm kan leiden tot een boete, voor zover de arbeidsovereenkomst daarin voorziet, of, indien sprake is van grove veronachtzaming van zijn plichten, ontslag.

De Afdeling merkt op, dat de overheid haar taak niet kan verzaken. Ook daar zijn wij het mee eens. Maar opnieuw wijzen wij erop, dat ambtenaren toch al zózeer als normale werknemers worden beschouwd, dat ook aan hen het stakingsrecht is toegekend. Staken is een eenzijdige actie van werknemers. Die kan geprovoceerd worden door eenzijdig ingrijpen van werkgevers. Reeds daarom is het, sinds de afschaffing van het stakingsverbod voor ambtenaren in 1980, van belang om alle eenzijdige elementen in de verhouding tussen werkgevers en werknemers bij de overheid kritisch te bezien. Niet voor niets is na 1980 het normaliseringsproces ingezet.

b. De ambtenaar als bijzondere werknemer

Al het overheidshandelen vindt plaats onder de verantwoordelijkheid van politieke ambtsdragers, die op hun beurt verantwoording afleggen aan gekozen volksvertegenwoordigers. Op papier is de democratische legitimatie sluitend geregeld. Feit is echter dat het overgrote deel van het overheidsoptreden dagelijks plaatsvindt door ambtenaren, en dat de politieke controle op hun handelen in individuele gevallen – alleen al om praktische redenen – veelal beperkt blijft tot incidenten.¹ De staatsmacht, de behartiging van het algemeen belang, is dus voor een groot deel feitelijk in handen van ambtenaren.²

Vertrouwen in het ambtelijk handelen en symbolen van dat vertrouwen³ (de ambtseed en belofte⁴ bijvoorbeeld) zijn in dit verband belangrijk om de ambtenaar bewust te doen zijn van diens eigen verantwoordelijkheid. De naleving van de daarin vervatte rechtsstatelijke uitgangspunten voor zijn handelen is een belangrijke voorwaarde voor vertrouwen in zijn handelen. Burgers laten het aan de overheid over «de gezamenlijkheid» te regelen, opdat het «samenleven» van individuen mogelijk wordt. Een samenleven van individuen die erop mogen vertrouwen dat deze «gezamenlijkheid» wordt vormgegeven op een wijze die de individuele belangen overstijgt, omdat dat nu juist het bijzondere van het overheids-optreden is. De ambtseed en de belofte zijn de uitdrukking ervan dat de ambtenaar vanuit dit besef van algemeen belang optreedt. Daarmee wordt kenbaar gemaakt dat de ambtenaar daarop aangesproken kan worden. Hij is, net zoals de overheid als zijn werkgever, dienstbaar aan het algemeen belang, dat hij niet zelf bepaalt. Regering en Staten-Generaal bepalen wat het algemeen belang naar tijd en plaats inhoudt. Ontdaan van alle franje is dit steeds de ratio geweest van de eenzijdige aanstelling.⁵ De ambtenaar is dan ook niet in dienst van een minister of burgemeester; hij is dienaar van het algemeen belang, net zoals de minister of de burgemeester dienaar van het algemeen belang is. Met de ambtseed zweert of belooft de ambtenaar niet trouw aan een persoon of functionaris, maar aan het recht («de Grondwet en de wetten des Rijks») of aan de Koning als symbool van de Staat.⁶

Het functioneren in het algemeen belang houdt in, dat de ambtenaar in een democratische rechtsstaat niet alleen een goede vakman of vakvrouw moet zijn in technisch opzicht; hij moet ook ambtelijk verantwoordelijkheidsbesef hebben, dat wil zeggen: democratisch besef – het besef te functioneren onder politieke verantwoordelijkheid en in een stelsel van democratische controle –, rechtsstatelijk besef – het vermogen om

¹ Uiteraard verschaft de bestuursrechter of de burgerlijke rechter, als correctiemechanisme in laatste instantie, rechtsbescherming tegen onrechtmatig handelen van de overheid; aanvullende rechtsbescherming kan worden geboden door de Nationale ombudsman, en bij een aantal gemeenten door de gemeentelijke ombudsman of ombudscommissie.

² «Er is weleens beweerd, dat in het Nederland van vandaag alle beslissingsmacht feitelijk in handen van het ambtenarenkorps is komen te liggen. Naar mijn overtuiging gaat deze bewering niet geheel op, doch niemand die de administratie van nabij in actie heeft gezien, zal kunnen ontkennen, dat daarin een zeer beduidende macht verscholen gaat.» (R. Crinice le Roy, *De vierde macht*, openbare les, 1969, blz. 15). Ook Mark Rutgers, «Met en met twee maten: over de morele dimensie van het normalisatiedebat», in *Bestuurswetenschappen* 2008, blz. 77–78.

³ M.R. Rutgers, «Het torentje van de overheid», in N.Ph. Geelkerken, *Het eigene van de overheid*, CAOP januari 2011, blz. 138–146.

⁴ Bij het wetsvoorstel tot invoering van de aanstellingseed of -belofte voor alle ambtenaren stelde de Raad: «Het wetsvoorstel gaat uit van het besef dat aan het functioneren van de democratische rechtsstaat specifieke eisen worden gesteld. Behalve effectiviteit en efficiency zijn bij het overheidshandelen rechtsgelijkheid en rechtszekerheid, democratische legitimiteit en publieke verantwoording randvoorwaarden. Overheidsfunctionarissen hebben tot taak er voor te zorgen dat als de overheid optreedt aan die randvoorwaarden wordt voldaan. Dat betekent dat zij zelf van die randvoorwaarden weet moeten hebben en moeten beseffen wat dat voor hun eigen functioneren betekent. Het integriteitsbeleid moet aan dit besef bijdragen. De Raad onderschrijft het belang van het bevorderen en handhaven van het besef van het «bijzondere karakter van de openbare dienst en de normen en waarden die daaruit voor ambtenaren voortvloeien». Hij acht het een goede zaak dat daaraan binnen de overheid permanent en systematisch aandacht wordt geschonken.» (Advies van 15 september 2003, Kamerstukken II 2003/04, 29 436, nr. 4).

⁵ Bij aanvaarding van de ambtenaar van zijn aanstelling ontstaat in zekere zin materieel een tweezijdige overeenkomst.

⁶ Mark Rutgers, «Met en met twee maten: over de morele dimensie van het normalisatiedebat», in *Bestuurswetenschappen* 2008, blz. 78.

volgens de wet en de beginselen van behoorlijk bestuur te handelen – en integriteit – het vermogen om objectief en onpartijdig belangen af te wegen en zich te onthouden van handelingen in de privésfeer waardoor zijn functioneren als ambtenaar in het gedrang kan komen.¹

De bijzondere verantwoordelijkheid van de ambtenaar die samenhangt met de macht die hij feitelijk kan uitoefenen, blijkt voorts uit het feit dat de vrijheid van meningsuiting, de vrijheid tot vereniging, de vrijheid tot vergadering en betoging, en de onaantastbaarheid van het lichaam bij ambtenaren verder kunnen worden beperkt dan bij andere personen,² uit het feit dat bepaalde delicten alleen kunnen worden gepleegd door ambtenaren (zogenaamde ambtsdelicten)³ en het feit dat burgers bepaalde corruptiedelicten alleen kunnen plegen als zij ambtenaren tot iets proberen te bewegen.⁴

In de toelichting wordt het beeld opgeroepen dat de ondergeschiktheid van de ambtenaar in deze zin niet meer past bij de huidige «tijdgeest». Het valt te betwijfelen of daarmee recht wordt gedaan aan de grondhouding waarmee veel ambtenaren hun werk doen. In dit verband wijst de Afdeling op het belang van toegewijde ambtenaren die, ongeacht de politieke constellatie, loyaal en integer uitvoering geeft aan hetgeen democratisch gelegitimeerd wordt besloten. Een korps van ambtenaren die ook politieke opdrachten deskundig en professioneel toetsen, zo nodig een tegengeluid laten horen, en zich daarin niet geremd voelen door de vrees van ontslag op willekeurige politieke gronden. Dit was al in 1929 de meest principiële reden om de rechtspositie van de ambtenaar wettelijk te regelen (zie bijlage I bij dit advies over de historische ontwikkeling).⁵

¹ Jaarverslag Raad van State 2002, Algemene beschouwingen, blz. 21.

² Artikelen 125a en 125d van de Ambtenarenwet.

³ In titel XXVIII van het Wetboek van Strafrecht staan de zuivere ambtsmisdrijven; misdrijven die alleen een ambtenaar kan plegen. Voorbeelden daarvan zijn het verduisteren van geld (artikel 359), het wegmaken van bewijsstukken (artikel 261), het aannemen van steekpenningen (artikel 362), en dwang door ambtenaren (artikel 365). Voorts is het schenden van een bijzondere ambtsplicht of het misbruik maken van «macht, gelegenheid of middel hem door zijn ambt geschonken» een strafverzuwende omstandigheid: artikel 44 van het Wetboek van Strafrecht.

⁴ Artikelen 177, 177a en 179 van het Wetboek van Strafrecht.

⁵ Zo stelde de staatscommissie-Dresselhuys in 1919: «Het is een ernstig gemeenschapsbelang, dat er een zelfstandig en zoveel mogelijk onafhankelijk ambtenaarspersoneel bestaat, omdat van dit personeel de handhaving der rechtsorde afhankelijk is. Moge bij den parlementairen regeeringsvorm de richting van het regeeringsbeleid telkens wisselen, de ambtenaar vormt het blijvende element, dat zelfstandig de wetten en verordeningen handhaaft.» (Verslag van de staatscommissie ter voorbereiding van algemeene wettelijke regelen betreffende den rechtstoestand van ambtenaren, 's-Gravenhage, Algemeene Landsdrukkerij, 1919, proeve van een wetsvoorstel, memorie van toelichting, blz. 6). Het rapport van de staatscommissie leidde tot de vaststelling van de Ambtenarenwet 1929, de eerste algemene regeling voor de rechtspositie van ambtenaren.

De Afdeling merkt op, dat het overgrote deel van het overheidsoptreden dagelijks plaats vindt door ambtenaren. Dat is inderdaad het geval: krachtens mandaat, volmacht en machtiging. Daarbij suggereert de Afdeling dat de politieke controle in die gevallen ontoereikend functioneert. Als dat zo is, zal daar in de eerste plaats in die sfeer een oplossing voor moeten worden gezocht. Op zich kan dat echter geen argument opleveren tegen de civielrechtelijke arbeidsovereenkomst. Ook in de private sector treden werknemers in ruime mate namens hun werkgevers op, zonder dat hun arbeidsovereenkomst daaraan in de weg staat. De ondergeschiktheid, die de kern van de arbeidsovereenkomst uitmaakt, brengt uiteraard ook met zich mee, dat de werknemer zich bij zijn optreden naar buiten houdt aan de normen die daaromtrent binnen zijn organisatie gelden; zowel bij de overheid als in de private sector.

Dat neemt niet weg, dat het van belang is en blijft om eisen aan ambtenaren te stellen, die verband houden met hun bijzondere werk. Met wat de Afdeling daarover opmerkt zijn wij het eens. Wij zien echter niet, waarom het handhaven daarvan in gevaar zou komen indien de eenzijdige aanstelling zou worden afgeschaft en de rechtsverhouding tussen overheidswerkgevers en ambtenaren die van de arbeidsovereenkomst zou worden.

In dit verband wijst de Afdeling ook op het belang van de ambtseed of belofte en op het belang van integriteit. De Afdeling vermeldt het niet, maar het kan haar niet zijn ontgaan dat wij de daarop betrekking hebbende bepalingen in de Ambtenarenwet willen handhaven. Sterker nog, wij zien de ambtseed of belofte als het hart van de ambtelijke status. Wij willen ook verzekeren dat de daarop betrekking hebbende bepalingen zo nodig eenzijdig door de wetgever kunnen worden bijgesteld of nader geregeld, zonder verplichte overeenstemming met verengingen van ambtenaren.

Zoals wij bij de bespreking van de totstandkoming van de arbeidsovereenkomsten van ambtenaren hebben vastgesteld, dat sprake is van een simulatie van de tweezijdigheid, die kenmerkend is voor de arbeidsovereenkomst, zo is dat ook het geval bij de formeel eenzijdige aanstelling. Formeel zou aan de sollicitant die als de beste uit de bus is gekomen een aanstellingsbesluit gestuurd kunnen worden, waarin zijn inschaling wordt vastgelegd. Is hij het daar niet mee eens, dan zou hij tegen dat besluit in bezwaar kunnen gaan.

Zó abnormaal is de werkelijkheid gelukkig niet. Aan ieder aanstellingsbesluit gaat een gesprek, soms onderhandelingen, vooraf. En het besluit wordt niet genomen dan nadat er op zijn minst mondeling overeenstemming bestaat tussen werkgever en werknemer. Vaak zal ook uit schriftelijke stukken van die overeenstemming blijken. Net zoals in het burgerlijk recht: voor een overeenkomst is mondelinge wilsovereenstemming voldoende, maar schriftelijke vastlegging ervan wel belangrijk voor het bewijs.

Wij zien dan ook niet, wat de meerwaarde van de eenzijdige aanstelling nog is. Zoals ook de Afdeling opmerkt: met de ambtseed of belofte wordt tot uitdrukking gebracht dat de ambtenaar optreedt vanuit het besef van dienstbaarheid van het algemeen belang, en daarop kan worden aangesproken. Dáár gaat het om. De eenzijdige aanstelling voegt daar niets wezenlijks aan toe.

De Afdeling meent dat de bijzondere verantwoordelijkheid van de ambtenaar, die samenhangt met de macht die hij feitelijk kan uitoefenen, ook blijkt uit het feit dat de beperking van een aantal grondrechten bij ambtenaren verder kan gaan dan bij andere personen.

Wij wagen het dit te betwijfelen. Dat de Ambtenarenwet bepalingen bevat over de beperking van een aantal grondrechten heeft niet te maken met de macht die ambtenaren kunnen uitoefenen, maar met de opvatting dat de Grondwet daartoe verplicht. De klassieke grondrechten zien op de relatie tussen de overheid en burgers. In die sleutel wordt ook de relatie tussen de overheid en haar werknemers gezien. En omdat de Grondwet voor beperking van grondrechten vaak een formele wet vereist, vergt dus ook beperking van de grondrechten van ambtenaren een formele wet. De wijze waarop de wetgever daaraan in de Ambtenarenwet inhoud heeft gegeven, kan in het algemeen bepaald niet streng genoemd worden. Private werkgevers kunnen daarin verder gaan. Voor hen geldt bijvoorbeeld niet het verbod van voorafgaand verlof bij meningsuitingen, zoals opgenomen in artikel 7 van de Grondwet. Daardoor kunnen zij zo nodig aan hun werknemers een spreekverbod opleggen. Een overheidswerkgever kan dat niet.

Overigens stellen wij in het wetsvoorstel de wijze van en de mate van beperking van grondrechten van ambtenaren niet ter discussie. De desbetreffende artikelen in de Ambtenarenwet willen wij handhaven.

De Afdeling zegt dat de toelichting op het wetsvoorstel bij haar het beeld heeft opgeroepen dat de ondergeschiktheid van de ambtenaar niet meer past bij de huidige tijdgeest. Daarmee zouden wij onvoldoende recht hebben gedaan aan de grondhouding waarmee veel ambtenaren hun werk doen. Wij begrijpen dit niet en werpen het met een zekere verontwaardiging verre van ons.

Wij hebben slechts opgemerkt dat een principiële gelijkheid tussen de overheidswerknemer en de overheidswerkgever meer past bij de huidige tijdgeest. Het ging dus over tweezijdigheid versus eenzijdigheid. Niet over ondergeschiktheid. Dat zou ook niet kunnen, want ondergeschiktheid is de kern van de arbeidsovereenkomst.

Dat is altijd zo geweest, niet alleen bij de arbeidsovereenkomst, maar ook in de verhouding tussen overheid en ambtenaar. Maar er is wel voort-

schrijdend inzicht geweest met betrekking tot de vraag of deze verhouding – mede in aanmerking genomen de eigenheid van de overheid – noodzakelijk met zich mee brengt dat zowel de aanstelling van de ambtenaar als de vaststelling van zijn arbeidsvoorwaarden een formeel eenzijdig karakter heeft.

De Afdeling vermeldt in haar historisch overzicht ook, dat bij de totstandkoming van de Ambtenarenwet 1929 ervan uit werd gegaan, dat overheid en ambtenaar geen arbeidsovereenkomst konden sluiten en er ook geen collectieve onderhandelingen plaats vonden, omdat de overheid het algemeen belang dient. Wat daar ook van zij, inmiddels wordt ervan uitgegaan dat de overheid wel degelijk arbeidsovereenkomsten kan sluiten. Zij doet dat ook regelmatig; en op vrij grote schaal. Op rijksniveau heeft zelfs jarenlang naast het Algemeen Rijksambtenarenreglement een Arbeidsovereenkomstenbesluit gegolden.

Reeds hierom valt niet in te zien, waarom eenzijdigheid op het gebied van de aanstelling van ambtenaren en de vaststelling van hun arbeidsvoorwaarden een voorwaarde zou zijn voor integriteit, loyaliteit, dienstbaarheid en de ondergeschiktheid aan het algemeen belang. Ambtenaren en arbeidscontractanten bij de overheid zijn toegewijd, loyaal, integer, dienstbaar aan het algemeen belang en bewust van de democratische legitimiteit van de bestuurders waaraan zij ondergeschikt zijn. Zij zijn dat niet omdat hun aanstelling en arbeidsvoorwaarden eenzijdig tot stand komen. Zij zijn dat omdat zij door opvoeding, opleiding, bedrijfscultuur of rolmodellen de normen van het ambtenaarschap hebben verinnerlijkt. De juridische vormgeving van relaties is niet de enige factor die het gedrag van mensen bepaalt. Sterker nog, misschien wel de onbelangrijkste. Daarom zal het gedrag van ambtenaren niet veranderen als hun rechtspositie grotendeels wordt geregeld in civielrechtelijke arbeidsovereenkomsten. Wij verwerpen dan ook de impliciete suggestie van de Afdeling, dat ambtenaren zich onder genormaliseerde arbeidsverhoudingen niet meer zouden laten leiden door overwegingen van algemeen belang.

De Afdeling wijst ook op het belang van het bij ambtenaren wegnemen van de vrees voor ontslag op politieke gronden, die in 1929 één van de redenen vormde om de rechtspositie van de ambtenaar wettelijk te regelen. De loop van de geschiedenis heeft laten zien, dat voor die vrees niet veel grond bestaat. Ontslag op politieke gronden is uiterst zeldzaam. Niettemin onderschrijven wij het belang van een goede rechtsbescherming daartegen. Wij zijn er echter van overtuigd dat de civiele rechter daartoe even goed in staat is als de bestuursrechter.

c. De actualiteit van de bijzondere verhouding

Overheidsverantwoordelijkheden en -taken zijn niet onveranderd gebleven door de jaren heen. In zekere zin is er een voortdurende heroriëntatie gaande over kernverantwoordelijkheden en -taken van de overheid ten opzichte van die van maatschappelijke organisaties en burgers persoonlijk. Zo is in de afgelopen jaren een reeks van privatiseringen doorgevoerd en zijn onderdelen van het publieke bestel op afstand van de overheid geplaatst. Deze heroriëntatie en de ervaringen daarmee leiden echter niet tot een eenduidige richting in de zin van meer dan wel minder overheidsverantwoordelijkheid. Zo is ten aanzien van de financiële instellingen in ons land nadrukkelijk een aanscherping van de publieke randvoorwaarden aan de orde, gelet op de maatschappelijke effecten van het optreden van deze instellingen, in het bijzonder wanneer het mis gaat. Anderzijds zijn op de terreinen van de verzorgingsstaat trends waarneembaar die eerder de private verantwoordelijkheid accentueren, zoals op het terrein van volkshuisvesting en sociale zekerheid. Op het terrein van de

zorg wordt al jaren gezocht naar manieren om marktprikkels te introduceren binnen publieke randvoorwaarden van toegankelijkheid, kwaliteit en kostenbeheersing. Bij privatisering van openbare nutsvoorzieningen (openbaar vervoer, drinkwater, elektriciteit, post) zal de overheid zich blijvend verantwoordelijk moeten weten voor de gelijke toegankelijkheid van die voorzieningen voor alle burgers en voor de robuustheid van de voorzieningen; dat stelt hoge eisen aan het concessiebeleid en het toezicht.

Deze ontwikkelingen zijn relevant, omdat daaruit afgeleid kan worden dat er een behoefte is aan het versterken van het publieke gezag en de publieke verantwoordelijkheid op een aantal terreinen en aan het op andere terreinen nauwkeuriger afbakenen van het publieke domein in onderscheiding met het private. Steeds opnieuw blijkt er een grote behoefte te bestaan aan een krachtig overheidsoptreden op de daarvoor in aanmerking komende terreinen, omdat het optreden in het algemeen belang zich nadrukkelijk onderscheidt van de oogmerken van particuliere spelers op deze terreinen.

Tegen deze achtergrond kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de ratio van het voorstel dat het geboden is de ambtelijke rechtspositie aan te passen aan «de huidige tijdgeest». Hoezeer materieel het proces van «normalisering» ook is voortgeschreden, de dienstbaarheid en daarmee de ondergeschiktheid van de ambtenaar aan het algemeen belang en aan het vereiste van democratische legitimatie zijn niet veranderd. Onverlet het feit dat de «normalisering» is voortgeschreden, blijven dit wezenlijke verschillen tussen een publieke en een private werkgever. Moet dit verschil in positie geen gevolgen hebben voor de wijze waarop deze onderscheiden werkgevers vorm geven aan hun verhouding tot hun werknemers?

De Afdeling maakt enkele opmerkingen over de voortdurende heroriëntatie met betrekking tot overheidsverantwoordelijkheden en -taken. Daarbij wijst zij op de behoefte aan het versterken van het publieke gezag en een krachtig overheidsoptreden op daarvoor in aanmerking komende terreinen. Ook daarbij legt zij een verband met wat wij opgemerkt hebben over de huidige tijdgeest. Wij zien dat verband niet. Opnieuw wijzen wij erop, dat het ons ging over tweezijdigheid versus eenzijdigheid; en om de beleving van de werknemer daarbij.

Het lijkt ons aannemelijk, dat de overheidswerknemer anno 1929 een zekere maatschappelijke status ontleende aan een eenzijdige aanstelling door de overheid. Men mocht dat toen graag met een hoofdletter schrijven, en het woord «Overheid» vooraf laten gaan door het bijvoeglijk naamwoord «Hooge». Een aanstelling bij koninklijk besluit – toen ook nog met hoofdletters geschreven – zal een gevoelswaarde gehad hebben die nu nog slechts beleefd wordt bij het ontvangen van een koninklijke onderscheiding. Ook de invloed van Romeinen XIII zal in die tijd niet gering geweest zijn.

Nog in 1958 overwoog de meerderheid van de Staatscommissie-Kranenburg, dat indien ambtenarenorganisaties ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden een «mede-vaststellende bevoegdheid» zouden hebben, de overheid de behartiging van het «openbaar belang» voor een te groot deel uit handen zou geven. Dankzij de mate waarin het «normaliseringsproces» reeds is voortgeschreden en in het bijzonder het eerder genoemde «overeenstemmingsvereiste», is dit al door de feiten achterhaald. Zonder schade voor het algemeen belang.

Werken bij de overheid blijft wel bijzonder, en vergt – naast vele andere competenties – vaak ook flexibiliteit als gevolg van de voortdurende heroriëntatie, waarover de Afdeling spreekt. Maar de overheid wordt inmiddels niet alleen als drager van gezag en dienaar van het algemeen belang gezien, maar is óók één van de vele actoren op de arbeidsmarkt, die met andere werkgevers concurreert bij het aantrekken van goede en gemotiveerde werknemers. Als werkgever heeft de overheid zich niet voor niets gedwongen gevoeld om in het arbeidsvoorwaardenoverleg met verenigingen van ambtenaren een zo groot mogelijke gelijkwaardigheid te simuleren. De invloed van de ambtenarenbonden op het arbeidsvoorwaardenoverleg heeft zich sinds 1929 ontwikkeld van een *hoorplicht van de minister* – waarbij de bonden «van hun gevoelens blij konden geven» – via de *overlegplicht* – waarbij sprake moest zijn van «open en reëel overleg» (Rechtbank Den Haag 16 mei 1980, NJ 1980, 533 – tot het huidige *overeenstemmingsvereiste*. Al deze veranderingen reflecteren, voorzover het de arbeidsverhouding tussen overheid en ambtenaren betreft, veranderingen in de tijdgeest sedert 1929. Maar de dienstbaarheid en daarmee de ondergeschiktheid van de ambtenaar aan het algemeen belang en aan het vereiste van democratische legitimatie, staan daar los van. Die zijn inderdaad, zoals de Afdeling terecht opmerkt, niet veranderd. Dat staat echter aan een andere vormgeving van de arbeidsverhouding tussen overheidswerkgevers en -werknemers niet in de weg.

d. Uitzonderingen op eenzijdige aanstelling

Het voorstel neemt de privaatrechtelijke tweezijdige arbeidsovereenkomst als uitgangspunt en voorziet in uitzonderingen voor die groepen waarvoor zwaarwegende argumenten bestaan om de huidige ambtelijke status te handhaven: militaire ambtenaren, leden van Hoge Colleges van Staat, benoemde politieke ambtsdragers, zittende magistratuur, leden zelfstandige bestuursorganen, notarissen en gerechtsdeurwaarders. Deze groep wordt in het voorstel geschat op 5% van het totaal aantal ambtenaren dat nu een bijzondere ambtelijke status heeft.

De Afdeling betwijfelt of de schatting van de initiatiefnemers van 5% in lijn is met de categorieën ambtenaren die in het voorstel de ambtelijke status zouden moeten behouden.¹ Voorts is van belang of er niet nog andere categorieën zijn die de bestaande ambtelijke status zouden moeten behouden, gelet op de eerder in dit advies uiteengezette overwegingen. De Afdeling wijst in ieder geval op:

- beleidsambtenaren van wie in een politieke omgeving wordt verwacht dat zij op een professionele wijze hun vak uitoefenen en in staat zijn tegenwicht te bieden tegen «de waan van de dag»,*
- ambtenaren die een vertrouwensfunctie uitoefenen,²*
- ambtenaren die onder bepaalde voorwaarden geweld mogen gebruiken tegen burgers,*
- ambtenaren die onder bepaalde voorwaarden de vrijheid of de bewegingsvrijheid van burgers mogen beperken,*
- ambtenaren die, al dan niet geattribueerd of in mandaat, beslissingen nemen die: (a) rechtstreeks gevolgen kunnen hebben voor de inkomsten van burgers, (b) burgers kunnen bestraffen, (c) gevolgen kunnen hebben voor de veiligheid van burgers (bijvoorbeeld bij de uitgifte van milieuvergunningen).*

Deze benadering gaat uit van de bijzondere functies die de genoemde ambtenaren hebben en die in directe zin in verband gebracht kunnen worden met het bijzondere karakter van het overheidsoptreden: het algemeen belang en het democratisch gelegitimeerd zijn van al haar optreden.

¹ Volgens cijfers in de toelichting vormt alleen de groep van militaire ambtenaren al 7,5% van het totaal (toelichting, § 3 (Bestaande en beoogde situatie, onder «Beoogde situatie»).

² Artikel 3 van de Wet veiligheidsonderzoeken.

Een andere benadering, die meer aansluit bij de overwegingen zoals hiervoor uiteengezet, is de ambtelijke status toe te kennen aan alle personen die – als werknemer of ambtenaar – werken ter vervulling van een bepaalde overheidstaak, in die hoedanigheid optreden en als zodanig door burgers ervaren worden. Voor deze benadering pleit, dat het voor burgers en maatschappelijke organisaties dan duidelijk is dat dit overheidsoptreden geschiedt door ambtenaren aan wie bijzondere eisen gesteld mogen worden, ongeacht hun taak of plaats in de organisatie. Bovendien zal het, gezien vanuit overwegingen van interne bedrijfsvoering van deze uitvoeringsorganisaties, eenduidiger zijn, wanneer alle werknemers de ambtelijke status hebben en er niet met onderscheiden rechtsposities rekening behoeft te worden gehouden.

De Afdeling betwijfelt of de categorieën ambtenaren waarvan wij de publiekrechtelijke rechtspositie willen handhaven, overeenkomt met 5% van het huidige totaal ambtenaren.

Wij zijn bij deze berekening uitgaan van een totaal aantal ambtenaren van 900 000. Dat is onjuist gebleken. Het zijn er ongeveer 600 000. Dat impliceert dat het hier aan de orde zijnde percentage zal liggen tussen 7,5 en 8.

Daarnaast stelt de Afdeling aan de orde, of niet nog andere categorieën ambtenaren de ambtelijke status zouden moeten behouden.

De Afdeling noemt een aantal categorieën ambtenaren, die kennelijk meer dan andere geacht worden in directe zin in verband gebracht te kunnen worden met het bijzondere karakter van het overheidsoptreden. Deze categorieën zijn, zeker tezamen genomen, betrekkelijk omvangrijk. Wij achten het ook niet wel doenlijk ze goed van andere te onderscheiden. Bovendien zou het maken van onderscheid afbreuk doen aan het algemene uitgangspunt, dat alle ambtenaren dienstbaar zijn aan het algemeen belang.

Wij wijzen deze benadering dan ook om principiële redenen af. Ook onderschrijven wij de praktische overweging van de Afdeling, dat het voor de bedrijfsvoering van overheidsorganisaties eenduidiger is, wanneer alle werknemers dezelfde status hebben. Tenzij – zo voegen wij eraan toe – het gaat om grote groepen helder van elkaar te onderscheiden werknemers, zoals de zittende en de staande magistratuur en militairen en burgerlijk defensiepersoneel.

Wij hebben in het wetsvoorstel gekozen voor een andere aanpak, die meer aansluit bij de andere door de Afdeling beschreven benadering. Wij willen de ambtelijke status toekennen aan alle personen die in dienst zijn van een werkgever die tot de overheid behoort.

Daarbij tekenen wij wel aan, dat wij onderscheid maken tussen de ambtelijke status en een publiekrechtelijke rechtspositie. In onze visie houden of krijgen alle ambtenaren, die onder de met ons wetsvoorstel te wijzigen Ambtenarenwet blijven of gaan vallen, de ambtelijke status. Ze zullen ambtenaar zijn en genoemd worden, als zodanig door burgers worden ervaren en de bepalingen in de Ambtenarenwet inzake integriteit, vertrouwensfuncties en de uitoefening van grondrechten zullen op hen van toepassing zijn. Voor het overige zal hun rechtspositie geregeld zijn in (collectieve) arbeidsovereenkomsten.

De door ons uitgezonderde categorieën houden een publiekrechtelijke rechtspositie. Hun arbeidsvoorwaarden zullen uitputtend in publiekrechtelijke voorschriften geregeld blijven worden.

4. Meer specifieke overwegingen van de initiatiefnemers

In hoofdstuk vier van de toelichting worden, naast de principiële keuze, de volgende argumenten c.q. voordelen genoemd van het voorstel.

- 1. De vermenging van de taak van de overheid als wetgever en de rol van werkgever, wordt met het voorstel voorkomen. Onderhandelingen leiden daardoor – in potentie – tot stabielere arbeidsverhoudingen.*
- 2. Het voorstel zal de mobiliteit op de arbeidsmarkt ten goede komen en zal de concurrentiepositie van overheidswerkgevers vergroten.*
- 3. Door contractvrijheid als leidend beginsel te adopteren in het proces van arbeidsvoorwaardenvorming, wordt meer in overeenstemming gehandeld met de principes die door de Internationale Arbeidsorganisatie worden gehanteerd.*
- 4. Het «stoffige» imago van de ambtenaar kan door het voorstel veranderen.*
- 5. Het bestaan van twee rechtssystemen is kostbaar en inefficiënt. Met het initiatiefvoorstel zal bij nieuwe wetgeving meestal geen vertaalslag meer nodig zijn naar de verschillende ambtelijke rechtspositiegelingen. Ook zal geen extra vertaalslag van arbeidsvoorwaarden meer nodig zijn als voor de overheid CAO's worden gesloten, aangezien deze algemeen verbindend kunnen worden verklaard.¹*

De Afdeling merkt hierover het volgende op.

Ad 1) Vermenging rol wetgever en werkgever

In de toelichting wordt aangegeven dat een voordeel van de «normalisering» is dat vermenging van de beide rollen van de overheid wordt voorkomen. Daardoor moet de overheid als wetgever zich houden aan afspraken die zij in haar rol van werkgever heeft gemaakt. De arbeidsvoorwaarden van ambtenaren worden dan geregeld in CAO's, die de handtekening vergen van overheidswerkgevers en verenigingen van overheidswerknemers.²

De vraag is echter of de overheid zonder meer gebonden kan zijn aan een (meerjarige) CAO met de ambtenarenbonden, ook als kabinet en Tweede Kamer op een later moment, op basis van nieuwe ontwikkelingen of een andere politieke samenstelling, van oordeel zijn dat de CAO een te groot beslag legt op de overheidsfinanciën of het overheidsoptreden te zeer belemmert. Moeilijk kan worden bepleit dat de werkgeversrol min of meer zelfstandig ten opzichte van de wetgevende taak – waaronder de budgettaire taak – ingevuld zou moeten kunnen worden; de democratische legitimatie van het overheidsoptreden beperkt en kleurt immers de vrije beleidsruimte van de overheid als werkgever.

Overigens merkt de Afdeling op dat het zijn van «wetgever» niet een rol van de overheid is, naast andere rollen zoals die van werkgever; de medewetgevende taak van de overheid behoort tot de kern van de overheidstaak.

De initiatiefnemers betogen voorts, dat met hun voorstel er uitzicht is op meer stabiele arbeidsverhoudingen; deze stellingname wordt echter niet aannemelijk gemaakt, nog afgezien van het feit, dat de arbeidsverhoudingen bij de overheid – collectief en individueel – reeds in hoge mate stabiel zijn.

De Afdeling stelt de vraag of de overheid zonder meer gebonden kan zijn aan een (meerjarige) CAO. Ons antwoord daarop is «ja», tenzij zich bijzondere situaties voordoen als bedoeld in de Wet op de loonvorming. «Een andere politieke samenstelling» van een kabinet of het bestuur van een provincie of gemeente levert op zich nog niet zo'n situatie op.

¹ Toelichting, hoofdstuk 4 (Redenen om de rechtspositie van ambtenaren onder de werking van het private arbeidsrecht te brengen).

² Toelichting, § 8 (Reacties op het wetsvoorstel, SCO).

Wij bepleiten inderdaad dat de overheid haar werkgeversrol min of meer zelfstandig invult. Er bestaat wel een verband tussen die rol en de taak van de wetgever op het gebied van het vaststellen van de begroting. Overheidswerkgevers zullen in het algemeen bij het sluiten van cao's de grenzen van begrotingen en meerjarenramingen in acht nemen. Onvermijdelijk is echter, dat overheden ook meerjarige verplichtingen aangaan, tot zeer grote bedragen. Sedert het De Bourbon-arrest (HR 5-1-1849, W. 1058) staat vast, dat wie met de Staat heeft gecontracteerd, aanspraak heeft op de bedongen betaling, ongeacht de vraag of daar op de begroting wel ruimte voor is. Dat geldt niet alleen voor bijvoorbeeld de aanschaf van defensiematerieel en infrastructurele werken, maar ook voor cao's. Het nakomen van dergelijke verplichtingen rekenen wij tot de kernwaarden van onze rechtsstaat. Juist de overheid dient hierin betrouwbaar te zijn. Ook als werkgever.

Door het betoog van de Afdeling voelen wij ons gesterkt in onze overtuiging, dat een zo groot mogelijke scheiding tussen de rollen van de overheid als wetgever en als werkgever een goede zaak is, en bij kan dragen aan stabiele arbeidsverhoudingen. Zeker als de overheid in zijn rol van werkgever als gelijkwaardige contractspartner onderhandelt met verenigingen van overheidswerknemers en het resultaat daarvan de vorm krijgt van een overeenkomst, waaraan beide partijen zijn gebonden en waarop niet dan in uitzonderlijke situaties inbreuk kan worden gemaakt.

Ad 2) Mobiliteit tussen publieke sector en marktsector

Volgens de toelichting kan met het voorstel de mobiliteit van werknemers in de publieke en de particuliere sector worden vergroot. Niet wordt echter onderbouwd of en in welke mate thans de mobiliteit tussen marktsector en publieke sector door het bestaan van de onderscheiden rechtsposities wordt beperkt. Volgens het rapport van Van der Meer e.a. van november 2010 is het mobiliteitsprobleem niet op te lossen met het afschaffen van de publiekrechtelijke status, maar moeten de oorzaken voor eventuele mobiliteitsproblemen gezocht worden in de grootte en de eigenheid van de arbeidsmarkt en de verrichte werkzaamheden. Ook speelt het verschil in beloning tussen de publieke en private sector een rol in het mobiliteitsvraagstuk.¹

Een «normalisering» van de honorering van (top)functionarissen in de publieke sector richting de «normale» niveaus van (top)functionarissen in de particuliere sector zou hieraan tegemoet kunnen komen. Beogen de initiatiefnemers een dergelijke ontwikkeling? Indien dat niet wordt beoogd, is het dan aannemelijk, dat een verdere «normalisering» van de rechtspositie van ambtenaren beperkt kan blijven tot de wijze van aanstelling, terwijl dat overigens aanzienlijke verschillen met de honorering in het bedrijfsleven, in het bijzonder voor topfunctionarissen, in stand zullen kunnen blijven? Welke zijn de overwegingen daarvoor, nu de initiatiefnemers het voorstel zo nadrukkelijk plaatsen in de sleutel van het uitgangspunt te komen tot een zo groot mogelijke eenvormigheid in rechtspositie en arbeidsverhoudingen van ambtenaren met die van werknemers in de particuliere sector?

Wij zijn ons ervan bewust, dat bij het bevorderen van arbeidsmobiliteit tussen overheid en marktsector meer factoren een rol spelen dan de onderscheiden rechtsposities. In de memorie van toelichting hebben wij dan ook niet méér gezegd dan dat het wetsvoorstel een «vergrote kans» op toename van die arbeidsmobiliteit biedt.

Eén van die factoren is inderdaad de honorering. De Afdeling introduceert in haar advies het begrip «normalisering van de honorering van (top)functionarissen»; en vraagt of wij een dergelijke ontwikkeling beogen.

¹ Van der Meer, F.M., Van den Berg, C. Dijkstra, G.S.A., *Naar een overheid en ambtenarenstatus nieuwe stijl, Het eigene van de overheid en haar personeel in een systeem van multi-level governance vanuit internationaal perspectief bezien*, CAOP 2011, blz. 34–35.

Wij begrijpen niet hoe de Afdeling in ons wetsvoorstel aanleiding kan zien om dit ter sprake te brengen. Duidelijk kan toch zijn, dat het wetsvoorstel in het geheel niet gaat over de inhoud van de arbeidsvoorwaarden, maar slechts over de wijze waarop wij die tot stand willen laten komen: door onderhandelingen van gelijkwaardige partijen en vastlegging van het resultaat daarvan in een cao die doorwerkt in de individuele arbeidsovereenkomst.

Nu de Afdeling daarnaar vraagt, willen wij wel opmerken dat wij geen dwingend verband zien tussen het in overeenstemming brengen van de rechtspositie van ambtenaren met die van werknemers met een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht, zoals door ons beoogd, en een op de honorering gericht «normaliseringsproces» zoals door de Afdeling ter sprake gebracht. Net zo min als voor de lagere schalen zien wij dat verband bij de ambtelijke topfunctionarissen. Hun honorering staat overigens ook in verband met de honorering van politieke ambtsdragers en voorts is het wetsvoorstel voor een Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (Kamerstukken 32 600) hier van belang. Een traject dat gericht zou zijn op het wegnemen van de verschillen tussen de honorering van ambtelijke topfunctionarissen en de honorering in het bedrijfsleven achten wij dan ook uiterst onaannemelijk.

Ad 3) Spanningen tussen nationale en internationale regelgeving
Volgens de toelichting roept het huidige onderscheid tussen de rechtspositie van de ambtenaar en die van de werknemer in de marktsector spanningen op in de sfeer van de regelgeving en internationale verdragen. Gesteld wordt slechts dat er geen enkel internationaal verdrag is dat een staat dwingt aan de rechtspositie van ambtenaren op een bijzondere wijze vorm te geven;¹ een argument voor afschaffing van de ambtelijke status is daarin niet gelegen.

Overigens verdient het aanbeveling in de toelichting een vergelijking op te nemen van de Nederlandse wijze van regelen van de positie van ambtenaren met die in andere Europese landen.²

Anders dan de Afdeling kennelijk heeft begrepen, strekt paragraaf 6 van de memorie van toelichting niet tot het leveren van argumenten voor de normalisatie van de rechtspositie van ambtenaren. De strekking ervan is vooral, dat ons voorstel blijft binnen de randvoorwaarden die internationale verdragen stellen.

Daarnaast staat, dat door contractvrijheid als leidend beginsel in het proces van arbeidsvoorwaardenvorming te adopteren meer in overeenstemming wordt gehandeld met de principes van de Internationale Arbeidsorganisatie (ILO). Ook wordt door het private arbeidsrecht van toepassing te verklaren op het overgrote deel van de ambtenaren de onduidelijkheid opgeheven die thans bestaat met betrekking tot de toepasselijkheid van arbeidsrechtelijke Europese richtlijnen die naar het nationale werknemersbegrip verwijzen. Voorts wordt de implementatie van arbeidsrechtelijke EU-richtlijnen eenvoudiger. Dubbele implementatie, zoals nu regelmatig voorkomt, zal vaak niet meer nodig zijn.

Nederland zou, indien ons wetsvoorstel wet zou worden, bepaald niet het eerste land in Europa zijn dat – geheel of gedeeltelijk – deze weg opgaat. Een vergelijking van de huidige en door ons voorgestelde wijze van regelen van de positie van ambtenaren met die in andere Europese landen hebben wij echter in de memorie van toelichting niet opgenomen. Wie daarin is geïnteresseerd kan voldoende informatie vinden in de beschikbare literatuur, bijvoorbeeld de door de Afdeling vermelde publicatie. Wij wagen ons liever niet aan een vergelijking met andere landen. Die zou al snel onrecht doen aan de specifieke nationale context,

¹ Toelichting, hoofdstuk 6 (Verhouding met internationale verdragen).

² Zie bijvoorbeeld C.F. van den Berg, F. van der Meer & N.Ph. Geelkerken, »Het eigene van de overheid en haar personeel in een systeem van 'Multi-level governance'» in *Het eigene van de overheid*, CAOP januari 2011, blz. 158–166.

waarin de verschillende stelsels in andere landen moeten worden gezien. Daarenboven achten wij een dergelijke vergelijking ook niet bijzonder relevant voor de beoordeling van het wetsvoorstel. Het zal op zijn eigen merites moeten worden gezien.

Ad 4) Imagoprobleem

Een andere overweging die de initiatiefnemers ten grondslag leggen aan hun voorstel, is het imagoprobleem van de ambtenaar. Uit internationaal onderzoek¹ blijkt echter dat in landen zonder een eigen ambtelijke status ook imagoproblemen bestaan. Oorzaken voor het imagoprobleem kunnen gelegen zijn in het inherente gegeven dat de overheid, ook indien vertegenwoordigd door haar ambtenaren, formeel en feitelijk de vrijheid van burgers kan inperken; het afschaffen van de ambtelijke status zal daarin geen verandering brengen.

De Afdeling wijst erop, imagoproblemen ook in landen zonder eigen ambtelijke status bestaan. Oorzaken daarvan zouden volgens de Afdeling gelegen kunnen zijn in het inherente gegeven, dat de overheid nu eenmaal de vrijheid van burgers kan inperken. Dat vergt nader onderzoek. Ondertussen willen wij liever niet berusten in een negatief imago van Nederlandse ambtenaren. Wij denken dat het afschaffen van de huidige ambtelijke rechtspositie en de daarmee verbonden juridisering bij kan dragen aan een verbetering van dat imago. Maar wij erkennen, dat daar ook andere verbeteringen voor nodig zijn. Te denken valt aan deregulering, vermindering van administratieve lasten, tijdigheid van besluitvorming en meer elektronische dienstverlening.

Ad 5) Kosten en efficiëntie

De toelichting verwijst naar het rapport van SEO Economisch Onderzoek en Regioplan «Kosten en baten van harmonisatie van de rechtspositie van overheidspersoneel» uit 2006 en kiest vervolgens zonder inhoudelijke motivering voor het gunstigste scenario: structurele baten (voor zover berekenbaar) van € 7,6 miljoen per jaar en eenmalige kosten van € 76 miljoen² – cijfers die inhouden dat de kosten van de operatie in tien jaar worden terugverdiend.

Geen aandacht wordt echter besteed aan de (zeer ruime) marges in het rapport: SEO schat de eenmalige kosten van «normalisering» tussen de € 76 miljoen en de € 245 miljoen, terwijl de baten op jaarbasis tussen de € 5,0 en de € 7,6 miljoen bedragen. In het scenario dat de onderzoekers zelf het meest waarschijnlijk noemen, worden de kosten geschat op € 146 miljoen en de baten op € 6,4 miljoen; deze veronderstelling resulteert in een terugverdientijd van 23 jaar.³

De toelichting stelt voorts dat het bestaan van twee rechtssystemen kostbaar en inefficiënt is; gewezen wordt op de kosten, verbonden aan het vertalen van nieuwe wetgeving – zoals bij implementatie van Europese richtlijnen⁴ – naar de verschillende ambtelijke rechtspositieregelingen. Deze kosten worden niet begroot. In het rapport van Seo en Regioplan wordt hiervoor een bedrag berekend tussen € 11 000 en € 19 000 euro per jaar.⁵ In dat rapport zijn deze bedragen al inbegrepen bij de totale berekening van de kosten en baten van «normalisering», zoals hierboven aangegeven.

De verwijzing door de Afdeling naar het rapport van SEO/Regioplan heeft ons aanleiding gegeven onze bezwaren tegen het rapport uitvoeriger in de memorie van toelichting op te nemen. Hier volstaan wij met een verwijzing daarnaar.

¹ Van der Meer, Van den Berg & Dijkstra, blz. 34.

² Toelichting, hoofdstuk 8 (voetnoot 43).

³ C. van Rij, H. ter Beek & C. Koopmans, *Kosten en baten van harmonisatie van de rechtspositie van overheidspersoneel*, Regioplan en SEO, september 2006, blz. 42.

⁴ Toelichting, hoofdstuk 6 (Verhouding met internationale verdragen).

⁵ C. van Rij, H. ter Beek & C. Koopmans, *Kosten en baten van harmonisatie van de rechtspositie van overheidspersoneel*, Regioplan en SEO, september 2006, blz. 31–33.

Overigens zijn wij met SEO van mening dat ons voorstel structureel besparingen op zal leveren, maar waarschijnlijk méér dan de door SEO begrote € 5 à 7,6 miljoen per jaar.

Aan de Tweede Kamer zullen wij voorstellen het advies van de Raad voor de Rechtspraak in te winnen over de gevolgen van het wetsvoorstel in termen van kosten en besparingen in de rechtspraak.

5. De publiekrechtelijke rechtsbescherming

Er schuilt een zekere ambiguïteit in het voorstel omdat volgens de toelichting «niet in de eerste plaats de eenzijdige aanstelling» noopt tot verdergaande «normalisering» van de ambtelijke rechtspositie; «het grootste probleem is de publiekrechtelijke conditionering van het personeelsbeleid bij overheidswerkgevers».¹ Daarmee doelen de initiatiefnemers op de huidige publiekrechtelijke ontslagbescherming van ambtenaren, die – zo stellen zij – tot langdurige procedures leidt en tot hogere kosten dan in de private sector. Kennelijk zit het probleem dat met het voorstel wordt geadresseerd, niet zozeer in de eenzijdige aanstelling, maar in de publiekrechtelijke rechtsbescherming, en dan met name in het ontslagrecht.

De toelichting meldt hierover:

«De publiekrechtelijke rechtsbescherming werkt complicerend. Zo kunnen ambtenaren bezwaar en beroep aantekenen tegen de afwijzingen van een sollicitatie; doen ambtenaren er verstandig aan tegen alle maatregelen in het kader van een reorganisatie bedenkingen te uiten; kunnen ambtenaren tegen een onwelgevallige beoordeling bezwaar en beroep aantekenen; zijn de uitkomsten van procedures onzeker omdat er een uitgebreide motiveringsplicht rust op de overheidswerkgever en kan een procedurefout al tot vernietiging van een besluit leiden. Het initiatiefvoorstel biedt hiervoor een oplossing.»²

De ambiguïteit waarop de Afdeling doelt, herkennen wij niet. Voorop staat voor ons

de principiële overweging, dat waar de arbeidsverhouding tussen werkgever en werknemer, zowel in de private sector als bij de overheid, dezelfde kenmerken heeft – ondergeschiktheid en loonafhankelijkheid – de rechtsverhouding tussen hen in beide sectoren gebaseerd dient te zijn op een (tweezijdige) arbeidsovereenkomst.

Dat kan zeer wel samen gaan met de zienswijze, dat vanuit een ander perspectief, dat van het personeelsmanagement, de publiekrechtelijke conditionering van het personeelsbeleid bij de overheidswerkgevers het grootste probleem is. Daarbij gaat het inderdaad vooral om de publiekrechtelijke rechtsbescherming.

Anders dan de Afdeling veronderstelt, gaat het ons niet in de eerste plaats om het ontslagrecht. De aandacht die wij in de memorie van toelichting daaraan hebben gegeven vindt zijn oorzaak vooral in onze wens om uiteen te zetten hoezeer het ambtelijke en het civiele ontslagrecht in de loop der jaren reeds naar elkaar zijn toegegroeid. De noodzaak van een goede rechtsbescherming bij ontslag is volstrekt onomstreden. Zij zal er ook zijn als de rechtspositie van ambtenaren op civielrechtelijke leest wordt geschoeid.

Over de verschillende aspecten die de initiatiefnemers noemen, merkt de Afdeling het volgende op.

Complicaties in de ambtelijke rechtsbescherming

Het ontslagrecht van ambtenaren kan, indien gewenst, worden gewijzigd, ook zonder dat de ambtelijke status wordt opgeheven. Wijzigingen kunnen veelal ook binnen het bestuursrecht tot stand komen:

¹ Toelichting, § 4 (Redenen om de rechtspositie van ambtenaren onder de werking van het private arbeidsrecht te brengen, Juridisering en procesrecht).

² Toelichting, hoofdstuk 4 (Redenen om de rechtspositie van ambtenaren onder de werking van het private arbeidsrecht te brengen).

- ambtenaren kunnen, zoals de initiatiefnemers terecht stellen, bezwaar en beroep instellen tegen het besluit naar aanleiding van een sollicitatie (zij kunnen dat overigens alleen als zij vanuit een ambtelijke functie worden afgewezen voor een andere functie) of tegen een beoordeling en, meer in het algemeen, tegen alle feitelijke handelingen waarbij de ambtenaar als zodanig rechthebbende is.¹ Dat laatste is binnen het bestuursrecht een uitzondering: in het algemeen staat – voor belanghebbenden – slechts bestuurlijke rechtsbescherming open tegen besluiten. Het systeem van het bestuursrecht verzet zich er als zodanig echter niet tegen de rechtsbescherming voor ambtenaren tot besluiten te beperken;
- volgens de toelichting kunnen ambtenaren wel in bezwaar en beroep komen tegen een ontslagbesluit, terwijl werknemers niet in beroep kunnen komen tegen een ontbinding of opzegging (met inachtneming van de regels van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945), met uitzondering van een beroep op een kennelijk onredelijke opzegging op grond van artikel 7:681 BW. Het bestuursrechtelijk stelsel laat echter toe dat de wet zo wordt aangepast dat de ambtenaar tegen een ontslagbesluit geen hoger beroep kan instellen. Overigens is de vraag of dat leidt tot wezenlijke besparing van kosten: het komt maar zelden voor dat een ambtenaar tot in hoger beroep doorprocedeert.²

De Afdeling spreekt hier over het opheffen van de ambtelijke status. Wij wijzen erop, dat wij niet beogen de ambtelijke status op te heffen. In ons voorstel blijft voor een deel de publiekrechtelijke rechtspositie van ambtenaren bestaan; namelijk voor zover die geregeld is bij of krachtens de Ambtenarenwet. Dat blijven wij de ambtelijke status noemen. Voor het overige – en dus voor het overgrote deel – zal die rechtspositie zijn regeling gaan vinden in privaatrechtelijke (collectieve) arbeidsovereenkomsten.

De Afdeling wijst erop, dat wijzigingen van de rechtsbescherming van ambtenaren, indien gewenst, ook binnen het bestuursrecht plaats kunnen vinden. Daarbij doet zij de suggestie een einde te maken aan de mogelijkheid beroep en bezwaar in te stellen tegen feitelijke handelingen waarbij de ambtenaar als zodanig belanghebbende is. Een dergelijke beperkte wijziging zal echter onvoldoende soelaas bieden. Daarmee blijft de situatie bestaan, dat de ambtenaar tegen werkelijk ieder besluit dat ten aanzien van hem wordt genomen, variërend van een beloningsbeslissing tot besluiten in het kader van een reorganisatie – en dat kunnen er met betrekking tot één reorganisatie gemakkelijk 2 of 3 zijn – in bezwaar kan gaan en vervolgens in beroep en hoger beroep. Dat juridiseert de arbeidsverhoudingen méér dan goed is voor een moderne arbeidsorganisatie. Daarin zou niet rechtsbescherming centraal moeten staan, maar het oplossen van problemen. Het bestuursrecht is daarvoor niet geschikt. Veeleer zou gedacht moeten worden aan vormen van *mediation*. Voorzieningen daarvoor kunnen zeer wel in cao's opgenomen worden.

De Afdeling wijst er ook op, dat de wet zó zou kunnen worden aangepast, dat de ambtenaar tegen een ontslagbesluit geen hoger beroep kan instellen. Ook in die richting willen wij het niet zoeken. Wij hebben op zich geen enkel probleem met rechtsbescherming in geval van ontslag; ook niet in meerdere instanties. Wel zijn wij van mening dat de civiele rechter die rechtsbescherming even goed kan bieden als de bestuursrechter. Overigens wijzen wij erop, dat de door de Afdeling aangehaalde publicatie geen onderbouwing bevat voor de stelling dat ambtenaren maar zelden tot in hoger beroep doorprocederen. De schrijvers geven aan, dat het hun aan exacte gegevens daarover ontbreekt.

¹ Artikel 8:1, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht.

² Van der Meer, blz. 29.

Procedurefouten

Op zichzelf is juist dat de bestuursrechter een besluit kan vernietigen op procedurele gronden. Het bestuursorgaan is dan verplicht een nieuw besluit te nemen met inachtneming van de uitspraak, maar dat hoeft op zichzelf niet te betekenen dat de ambtenaar die het betreft, opnieuw in dienst moet worden genomen. In de toelichting wordt echter ook geconstateerd dat de kans dat een ontslagbesluit door de bestuursrechter in beroep wordt vernietigd, is verkleind, omdat het thans mogelijk is om ontslag te verlenen op een primaire en subsidiaire grond. Daar komt bij dat de bestuursrechter bevoegd is om de rechtsgevolgen van een besluit dat op onjuiste gronden is genomen, bij aanwezigheid van een andere, maar niet aangevoerde ontslaggrond in stand te laten.¹

Voorts is van belang dat ook de burgerlijke rechter in ontslagzaken vrij strikt omgaat met procedurele toetsing, gelet op het dwingende karakter van het arbeidsrecht, dat bedoeld is om de zwakkere partij (de werknemer) te beschermen.

Ook wat de Afdeling opmerkt over procedurefouten is beperkt tot ontslagzaken. Zoals eerder gezegd, daar ligt niet ons belangrijkste probleem. Wij gaan er ook bepaald niet vanuit, dat in het huidige bestuursrechtelijke bestel de vernietiging van een ontslagbesluit in de regel leidt tot een wederindienstneming van de betrokken ambtenaar. Ons probleem ligt veeleer bij de omstandigheid dat de arbeidsverhouding tussen werkgever en werknemer in het algemeen bij de overheid – dankzij de bezwaar- en beroepsprocedures die mogelijk zijn tegen ieder denkbaar besluit – veel meer gejuridiseerd is dan in de private sector. Dat willen wij gelijk trekken.

Motivering van het ontslag

De motiveringsplicht in het bestuursrecht, die in de toelichting als een onzeker element wordt genoemd, zal op zichzelf niet veranderen als ambtenaren alleen nog op arbeidsovereenkomst werkzaam zijn. Al het overheidshandelen, ook als dat wordt beheerst door het burgerlijk recht, dient immers ook in overeenstemming te zijn met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur;² niet alleen de bestuursrechter toetst daaraan, ook de burgerlijke rechter rekent dit tot zijn taak.³

Het zou ook niet wenselijk zijn als het voorstel ertoe zou leiden dat de motiveringsplicht van een ontslagbesluit in die situatie minder zwaar zou zijn: dan zou het immers mogelijk zijn dat ambtenaren op willekeurige gronden worden ontslagen zonder dat daartegen effectieve rechtsbescherming open staat. Juist gelet op hun positie als dienaren van het algemeen belang, die tegenwicht moeten kunnen bieden aan politieke wensen als daartoe op professionele gronden aanleiding bestaat, is bescherming tegen willekeurig ontslag van wezenlijk belang.

De veelgehoorde opvatting dat een slecht functionerende ambtenaar niet of alleen met veel moeite is te ontslaan, is overigens juridisch niet juist. Het ambtenarenrecht kent diverse gronden voor ontslag van ambtenaren in vaste dienst; ontslag wegens «onbekwaamheid of ongeschiktheid voor het door hem beklede ambt, anders dan op grond van ziels- of lichaamsgebreken»,⁴ dat wil zeggen wegens slecht functioneren, is mogelijk, mits de werkgever de ontslaggrond met feiten kan onderbouwen. Dat leidinggevendend dossiervorming tegen een disfunctionerende ambtenaar vaak achterwege laten, laat onverlet dat zij de juridische mogelijkheden daartoe wel hebben; de periodieke beoordelings- en functioneringsgesprekken bieden daarvoor de gelegenheid. Overigens is ontslag van een ambtenaar zonder dossier altijd nog mogelijk op de grond «onverenigbaarheid van karakters», maar dan tegen betaling van een ontslag-

¹ Toelichting, § 3 (Bestaande en beoogde situatie), onder «Bestaande situatie».

² Artikel 3:1, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht, en de spiegelbepaling artikel 14 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek.

³ HR 18 maart 2005, NJ 2005, 163; LJN: AT0971 (Gemeente Lichtenvoorde/Dusseldorp).

⁴ Artikel 98, eerste lid, aanhef en onderdeel g, van het Algemeen rijksambtenarenreglement (ARAR). Het stelsel van ontslaggronden in het ARAR heeft model gestaan voor vrijwel alle andere rechtspositieregelingen.

vergoeding.¹

Deze ontslagbescherming is voorts van belang als tegenwicht tegen de onvermijdelijke eenzijdigheid in de positie van de ambtenaar die, zoals hiervoor omschreven, voortkomt uit het feit dat de overheid het algemeen belang dient te behartigen. Dat zal niet anders zijn als ambtenaren alleen nog op arbeidsovereenkomst in dienst zijn.

Met hetgeen de Afdeling opmerkt over de mogelijkheden voor en de motivering van ontslag zijn wij het eens. De veelgehoorde opvatting waartegen de Afdeling zich verzet, is niet door ons geuit. Sterker nog, in de toelichting (par. 3) wordt door ons uitvoerig betoogd dat de praktijk van het private en het ambtenarenontslagrecht in de afgelopen decennia naar elkaar toe zijn gegroeid. Een van de gevolgen daarvan is, dat de rechtsbescherming van werknemers en ambtenaren elkaar in de praktijk niet veel meer ontloopt.

Wel wijzen wij erop, dat het beeld dat een ambtenaar niet snel wordt ontslagen mede zijn oorzaak kan vinden in omstandigheden die buiten het eigenlijke ontslagrecht liggen. Wij noemen de wachttijd voor het ontslag van overtoollige ambtenaren, gedurende welke zij de status van herplaatsingskandidaat hebben. Die bedraagt bijvoorbeeld in het ARAR achttien maanden. Ook de omstandigheid dat het Rijk eigenrisicodragend is voor de Werkeloosheidswet kan eraan bijdragen dat haar ambtenaren niet snel worden ontslagen. Daardoor blijven de uitkeringslasten van ontslagen ambtenaren – zowel WW als bovenwettelijke uitkeringen – nadrukkelijk bij hun oude werkgever in beeld en leidt een ontslag niet tot financiële besparingen op de korte termijn.

Oneens zijn wij het met de Afdeling, waar zij een verband legt tussen de noodzaak van ontslagbescherming en de omstandigheid dat de overheid het algemeen belang dient te behartigen. Ook werknemers van werkgevers die alleen private belangen nastreven verdienen voldoende rechtsbescherming tegen ontslag. Daarin wordt zo nodig door de civiele rechter voorzien. Als ambtenaren alleen nog op arbeidsovereenkomst in dienst zijn, kunnen ook zij daar terecht. In tegenstelling tot werknemers in de private sector kunnen ambtenaren zich daarbij blijvend beroepen op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, die door de overheidsworkgever altijd in acht genomen dienen te worden. Indien de procedure dan betrekking heeft op een kennelijk onredelijk ontslag als bedoeld in artikel 7:681 BW, kan daarover ook in hoger beroep worden geprocedeerd bij het Hof, en kan uiteindelijk ook cassatie worden ingesteld.

De kosten van de ontslagprocedure

De initiatiefnemers verwijzen naar een vergelijkend onderzoek van het Hugo Sinzheimer Instituut uit 2007, waaruit zou blijken dat het bestuursrechtelijke ontslagregime bijna twee keer zo duur is als het privaatrechtelijke.² In de literatuur wordt opgemerkt dat het bij onvrijwillig ontslag in de sectoren overheid en onderwijs om een zeer laag percentage gevallen gaat in vergelijking tot de overige sectoren.³ In het rapport van het Hugo Sinzheimer Instituut wordt er overigens op gewezen dat het bij ontslagen in de sectoren overheid en onderwijs gaat om personen met een bovengemiddelde dienstduur en een relatief hoog salarisniveau. Dat levert een ontslagvergoeding op met gemiddeld een langere duur en een hoger bedrag per maand.⁴ Deze verschillen met de marktsector veranderen niet als de bestaande ambtelijke status wordt afgeschaft.

Wij hebben de verwijzing naar het rapport van het Hugo Sinzheimer Instituut uit de memorie van toelichting verwijderd, omdat de conclusie, dat het bestuursrechtelijke ontslagregime bijna twee keer zo duur is als het privaatrechtelijke, mede gestoeld bleek te zijn op inproductiviteits-

¹ Artikel 99 ARAR. A.H. van Zutphen, *De rechtspositie van de rijksambtenaar*, Den Haag 1991, blz. 274–278, 426–430. T.W.J. Phaff, *Naar een nieuw ontslagrecht*, Arnhem 1986, blz. 232–234.

² Toelichting, hoofdstuk 7 (Kosten en baten).

³ Kennelijk komen arbeidsconflicten bij de overheid minder voor of worden ze vaker op informele wijze (of via bezwaarschriftenprocedures) opgelost (Van der Meer e.a. blz. 38).

⁴ R. Knegt en F.H. Tros, *Ontslagkosten van werkgevers*, Hugo Sinzheimer Instituut, Universiteit van Amsterdam, juli 2007, blz. 31, 35 en 36.

kosten tijdens de ontslagprocedure en vergoedingen bij het beëindigen van de arbeidsverhouding. Inderdaad is het niet zuiver die in de vergelijking te betrekken, nu het wetsvoorstel geen betrekking heeft op de inhoud van de arbeidsvoorwaarden, zoals de herplaatsingsperiode en afvloeiingsregelingen. Desalniettemin blijft wel van belang, dat de kosten, verbonden aan het doorlopen van een ontslagprocedure in het bestuursrecht 1,75 keer zo hoog zijn als de UWV-procedure. Daar staat tegenover dat de ontbindingsprocedure bij de kantonrechter iets duurder is, maar dit komt waarschijnlijk door de kosten voor het inhuren van advocaten. Aangenomen mag worden dat overheidswerkgevers die kosten kunnen vermijden door deze procedures te laten voeren door eigen juristen.

6. Opportuniteit van het voorstel; noodzaak

Het voorstel is aanhangig gemaakt op een moment dat het kabinet een ingrijpende herziening heeft aangekondigd van het openbaar bestuur, zowel wat betreft de structuur als de taken. Departementen worden samengevoegd en geherstructureerd. Het provinciaal bestuur in de Randstad wordt «opgeschaald». Het aantal ambtenaren bij alle bestuurslagen wordt verminderd. Het beleid is, zo vat het regeerakkoord het samen, gericht op «een krachtige, kleine en dienstverlenende overheid ... met minder belastinggeld, minder ambtenaren, minder regels en minder bestuurders».¹

In de toelichting op het voorstel wordt niet ingegaan op deze actuele politieke context, die van betekenis is voor de vraag naar de opportuniteit van het voorstel, dat in de kern is gericht op het beëindigen van de ambtelijke status voor grote groepen van de huidige ambtenaren, inclusief de daaraan verbonden publiekrechtelijke rechtsbescherming. Het openbaar bestuur zal de komende jaren in al zijn geledingen onder druk staan. Het kan niet worden uitgesloten, dat het onderhavige voorstel een extra belasting zal betekenen voor deze operatie. Het voorstel moet in 2015 in werking treden. In de jaren daarvoor zal het voorstel evenwel volop in discussie zijn en betrokken worden bij de doorvoering van de beoogde aanpassingen van het openbaar bestuur.

De Afdeling onderkent dat er ondanks een mogelijk belastend effect op de voorgenomen reorganisaties toch aanleiding kan zijn voor de voorgestelde veranderingen. Dat is het geval indien het voorstel de uitdrukking is van een dringende noodzaak tot het beëindigen van de ambtelijke status. Daarmee rijst de vraag welk urgent probleem met het voorstel wordt aangepakt.

Over deze vraag is de toelichting niet duidelijk. Het voorstel wordt enerzijds gepresenteerd als «een laatste stap in het normaliseringsproces»² van de rechtspositie en arbeidsvoorwaarden van ambtenaren naar die van werknemers in de private sector – een proces dat sinds in het bijzonder de jaren tachtig van de vorige eeuw aan de gang is. Maar de urgentie en klemmendheid worden daarmee niet aangegeven. Anderzijds wordt het voorstel vooral gemotiveerd als een «principiële keuze» omdat «de arbeidsverhoudingen bij de overheid uiteindelijk gelijk zouden moeten zijn aan de verhoudingen in het private bedrijfsleven, met uitzondering van die gevallen waarin er zwaarwegende argumenten zijn om dit niet te doen».² Ook hieruit laten de noodzaak en urgentie zich niet afleiden.

Tegen de achtergrond van de omvangrijke reorganisaties die in de rijksdienst en op gemeentelijk en provinciaal niveau zijn aangekondigd, adviseert de Afdeling dragend te motiveren dat met het voorstel om thans de ambtelijke status voor grote groepen ambtenaren op te heffen, een urgent probleem wordt aangepakt.

¹ Regeerakkoord, 30 september 2010, Kamerstukken II 2010/11, 32 417, nr. 15, blz. 6.

² Toelichting, § 1 (Doel en strekking van het wetsvoorstel).

De Afdeling voorziet, met een verwijzing naar de actuele voornemens van het kabinet met betrekking tot een herziening van het openbaar bestuur, dat het wetsvoorstel de komende jaren volop in discussie zal zijn en betrokken zal worden bij de doorvoering van de beoogde aanpassingen van het openbaar bestuur. Daarbij zou het een belastend effect op de voorgenomen reorganisaties kunnen hebben.

Net als de Afdeling kunnen wij hierover slechts vermoedens hebben. Daarom volstaan wij ermee op te merken, dat het goed zou zijn als beide trajecten zo veel mogelijk gescheiden blijven; en dat dat ook best kan. Zo het niet lukt in de discussies, dan toch in ieder geval in de besluitvorming. Reeds door het feit dat het hier een initiatiefwetsvoorstel betreft, wordt een belangrijke voorwaarde daarvoor geschapen. Ook de regeling van de wijze van inwerkingtreding van het wetsvoorstel is daarbij van belang. Daarop komen wij terug onder punt 13.

Zoals ook de Afdeling dat doet, is zeer wel mogelijk dat tegenstanders van het wetsvoorstel, nadat de inhoudelijke merites van het voorstel aan de orde zijn geweest, de urgentie ervan in het geding brengen. Er zou wel een goede grond kunnen zijn voor de voorgestelde veranderingen, maar hoe urgent of klemmend is het om die nu door te voeren?

Wij wijzen erop, dat het hier gaat om een voorstel dat primair van principiële aard is, maar daarnaast ook belangrijke praktische en financiële voordelen heeft. Voorts is het realiseren ervan een groot, bewerkelijk project. Dergelijke projecten kosten tijd. In het wetsvoorstel is voorzien in inwerkingtreding per 1 januari 2015. Reeds daardoor is onontkoombaar dat het wetgevingstraject in niets zal lijken op de aanpak van een urgent probleem, zoals bijvoorbeeld het geval was bij de Crisis- en herstelwet. Dat neemt niet weg, dat wij het voorstel wel urgent achten. In bepaalde opzichten komt het al veel te laat.

De motie-Zijlstra, waarin de regering werd verzocht om na te gaan onder welke voorwaarden de ambtelijke status afgeschaft kan worden, dateert van 3 november 1997. Naar aanleiding van deze motie vroeg de minister van Binnenlandse Zaken de Raad voor het Overheidspersoneelsbeleid (ROP) om advies. In dat advies komt de Raad, eind 1998, tot de conclusie dat «het «natuurlijke» moment voor de afschaffing van de ambtelijke status nog niet is aangebroken.» De ROP voegde daar echter aan toe er wel voorstander van te zijn «het proces van geleidelijke normalisering met de daaraan eigen dynamiek voort te zetten.»

Sindsdien hebben wij kunnen vaststellen dat de «eigen dynamiek» van het althans de laatste fase van het proces van geleidelijke normalisering bijzonder gering is. Wij vrezen dat voor sommigen het «natuurlijke moment» voor het afschaffen van de ambtelijke status nooit aan zal breken.

Dat achten wij niet acceptabel. Er is geen reden om het zo veel mogelijk gelijk trekken van de rechtspositie van werknemers bij de overheid en in de private sector nog langer te laten duren dan de toch al ruime periode, die voor het tot stand brengen ervan noodzakelijk is.

Bezuinigen op de uitgaven van de overheid is nu urgent. De besparingen die met dit wetsvoorstel kunnen worden bereikt, kunnen echter pas op termijn worden gerealiseerd. Maar dat is geen reden om er dan maar vanaf te zien.

Als het wetsvoorstel nu al in werking zou zijn getreden, zouden reorganisaties binnen de overheid sneller kunnen worden doorgevoerd; met waarschijnlijk minder overlegverplichtingen en in ieder geval minder juridische procedures. Voor de thans actuele reorganisaties komt dit wetsvoorstel dus te laat. Maar ook dat is geen reden om het wetsvoorstel als minder urgent te zien.

Onverminderd het voorgaande maakt de Afdeling de volgende opmerkingen.

7. Uitzondering voor de zittende magistratuur

Zoals hiervoor is besproken, zullen rechterlijke ambtenaren behorend tot de zittende magistratuur de ambtelijke status behouden. De Afdeling onderschrijft deze uitzondering, maar heeft in de toelichting bij de redengeving een verwijzing naar de Grondwet gemist.

Artikel 117, eerste lid, van de Grondwet bepaalt dat de leden van de rechterlijke macht met rechtspraak belast en de procureur-generaal bij de Hoge Raad bij koninklijk besluit voor het leven worden benoemd. Het derde lid bepaalt dat zij door een bij de wet aangewezen, tot de rechterlijke macht behorend gerecht kunnen worden geschorst of ontslagen. Artikel 118, eerste lid, geeft een specifieke procedure voor benoeming van leden van de Hoge Raad.

Deze bijzondere vereisten, bedoeld om de onafhankelijkheid van rechters te waarborgen, zijn niet te combineren met het sluiten van een arbeids-overeenkomst of met de ontslagregels in het arbeidsrecht. Alleen al om die reden dient de zittende magistratuur de ambtelijke status te behouden. De Afdeling adviseert de toelichting aan te vullen. Voorts dienen de procureur-generaal bij de Hoge Raad, evenals de plaatsvervangend procureur-generaal en de advocaten-generaal bij de Hoge Raad, aan de uitzondering te worden toegevoegd.¹

De Afdeling mist in de toelichting bij de uitzondering voor de zittende magistratuur een verwijzing naar de Grondwet. Een dergelijke verwijzing is toegevoegd.

Overigens zijn, anders dan de Afdeling kennelijk meent, door opname van artikel 1, onderdeel b, sub 4°, van de Wet op de rechterlijke organisatie in de opsomming van artikel 1, derde lid, onderdeel b, van het voorstel van wet, de procureur-generaal bij de Hoge Raad, de plaatsvervangend procureur-generaal en de advocaten-generaal bij de Hoge Raad, reeds onder de uitzondering gebracht.

8. Begrip overheidswerkgever

Het voorstel hanteert niet langer het begrip «ambtenaar» («degene, die is aangesteld om in openbare dienst werkzaam te zijn») om de reikwijdte van de Ambtenarenwet af te bakenen; in plaats daarvan wordt het nieuwe begrip «overheidswerkgever» centraal gesteld.

a. Overheidswerkgevers zijn onder meer de staat, provincies en gemeenten. Uit oogpunt van wetssystematiek acht de Afdeling het juister in het wetsvoorstel naast deze drie ook de waterschappen te vermelden, nu dat ook het geval is in artikel 1 van Boek 2 BW.

Het advies van de Afdeling om tevens de waterschappen te vermelden is opgevolgd.

b. Voorts zijn «overige openbare lichamen» overheidswerkgevers. Deze term is veelomvattend. Het verdient aanbeveling deze grondwettelijke term te expliciteren, zodat duidelijk is dat de term betrekking heeft op:

- de openbare lichamen voor beroep en bedrijf, omschreven in artikel 134 van de Grondwet,*
- de «andere openbare lichamen», bedoeld in hetzelfde artikel, waaronder openbare lichamen ingesteld krachtens de Wet gemeenschappelijke regelingen en*
- de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba.*

De Afdeling adviseert het artikel aan te vullen.

¹ Artikel 111 van de Wet op de rechterlijke organisatie.

Het advies om de «overige openbare lichamen» grondwettelijk nader te specificeren, is opgevolgd, met dien verstande dat de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba niet zijn opgenomen, nu de Ambtenarenwet niet op de eilanden van Caribisch Nederland van toepassing is. In een later stadium kan het op de BES-eilanden geldende ambtenarenrecht worden aangepast aan de uitkomsten van de beraadslaging over het onderhavige voorstel van wet. In de opsomming is de categorie overige openbare lichamen beperkt tot die waaraan verordenende bevoegdheid is verleend, nu de andere openbare lichamen, gelet op artikel 1 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, geen rechtspersoonlijkheid hebben en daarmee geen arbeidsovereenkomsten kunnen sluiten.

c. Van het begrip «overheidswerkgever» zijn uitgezonderd «andere dan krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen, waarvan een orgaan is bekleed met openbaar gezag, waarbij de uitoefening van dat gezag de kernactiviteit van de rechtspersoon vormt». Met het begrip «kernactiviteit» wordt, blijkens de toelichting op het artikel, beoogd de zogenaamde deeltijd-zelfstandige bestuursorganen uit te sluiten. Het begrip «kernactiviteit» is als wettelijk begrip onbekend. Het verdient aanbeveling, aan de hand van het zbo-register,¹ te bezien of het als onderscheidend criterium nauwkeurig werkt.

De Afdeling adviseert om aan de hand van het zbo-register te bezien of het begrip «kernactiviteit» voldoende onderscheidend is om de zogenoemde deeltijd-zelfstandige bestuursorganen uit te sluiten. Aan de hand van genoemd register is geconstateerd dat naast de in de toelichting genoemde Stichting Autoriteit Financiële Markten, De Nederlandsche Bank N.V., de Stichting Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen, en de fondsen, bedoeld in artikel 1 van de Wet op het specifiek cultuurbeleid onder de definitie vallen: de Stichting Vervangingsfonds, bedoeld in de artikelen 183, eerste lid, van de Wet op het primair onderwijs, en 169, eerste lid, van de Wet op de expertisecentra; en de Stichting Participatiefonds, bedoeld in de artikel 184, eerste lid, van de Wet op het primair onderwijs, en 170, eerste lid, van de Wet op de expertisecentra. De definitie komt overigens overeen met artikel 1.3, eerste lid, onderdeel a, van het voorstel van wet houdende regels inzake de normering van bezoldigingen van topfunctionarissen in de publieke en semipublieke sector (Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector; Kamerstukken 32 600).

d. Eveneens overheidswerkgevers zijn Europese groeperingen voor territoriale samenwerking met een statutaire zetel in Nederland. Het afzonderlijk vermelden van deze lichamen is naar het oordeel van de Afdeling niet nodig, nu deze groeperingen in de Uitvoeringswet EGTS-verordening worden aangemerkt als bestuursorganen in de zin van de Algemene wet bestuursrecht.² Voor zover zij rechtspersoonlijkheid hebben, vallen zij dus al onder het wetsvoorstel.³ Ook al omdat deze rechtspersonen in de Nederlandse praktijk nog niet zijn voorgekomen, verdient het uit oogpunt van eenvoud aanbeveling de afzonderlijke vermelding van deze groeperingen achterweg te laten. De Afdeling adviseert dit onderdeel te schrappen.

De Afdeling adviseert om de Europese groeperingen voor territoriale samenwerking (EGTS) met een statutaire zetel in Nederland niet apart op te nemen nu deze groeperingen in de Uitvoeringswet EGTS-verordening reeds zijn aangemerkt als bestuursorgaan. Het advies van de Afdeling kan echter niet worden gevolgd.

De opsomming van overheidswerkgevers in het wetsvoorstel wet dient te bestaan uit rechtspersonen die arbeidsovereenkomsten kunnen sluiten. Een bestuursorgaan is geen rechtspersoon maar een orgaan van een

¹ Het zbo-register is ingesteld krachtens artikel 40 van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen en is te vinden op <http://almanak.zboregister.overheid.nl>.

² Artikel 8, eerste lid, onderdeel a, van de Uitvoeringswet EGTS-verordening.

³ Artikel 1, tweede lid, onderdelen f en g, omvat alle bestuursorganen met eigen rechtspersoonlijkheid.

rechtspersoon en kan geen overeenkomsten sluiten, tenzij krachtens wet of volmacht als vertegenwoordiger van de rechtspersoon waarvan het deel uitmaakt. Een EGTS ontleent zijn rechtspersoonlijkheid aan het Europees recht en dient, voor zover statutair in Nederland gevestigd, in de opsomming te worden genoemd, nu een EGTS niet valt onder de overige in artikel 1 genoemde overheidswerkgevers.

Het wetsvoorstel is overigens in overeenstemming met artikel 1, tweede lid, Handelsregisterwet 2007, artikel 2, onderdeel h, van de Wet openbaarmaking uit publieke middelen gefinancierde topinkomens en artikel 1.2 van het voorstel van wet houdende regels inzake de normering van bezoldigingen van topfunctionarissen in de publieke en semipublieke sector (Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector; Kamerstukken 32 600). In deze wetten en wetsvoorstel is de EGTS opgenomen in de opsomming van publiekrechtelijke rechtspersonen, teneinde de wet of het wetsvoorstel van toepassing te doen zijn op een EGTS.

9. Regels voor de uitgezonderde groepen

Het voorstel bepaalt dat een overheidswerkgever geen arbeidsovereenkomst sluit met – kort gezegd – leden van een onafhankelijk bestuursorgaan of college, rechterlijke ambtenaren, militaire ambtenaren, dienstplichtigen, notarissen en gerechtsdeurwaarders.¹ Niet bepaald wordt hoe de rechtsverhouding wél zal zijn. Dat is van belang, omdat in de Ambtenarenwet de regels voor de ambtelijke aanstelling en de grondslagbepaling voor rechtspositieregelingen komen te vervallen.² Voor een aantal uitgezonderde functionarissen vormt dit geen probleem, omdat de wijze van aanstelling en de rechtspositie meestal worden geregeld bij of krachtens bijzondere wet.³ Is echter de bijzondere wet op dit punt onvolledig, dan kan niet meer worden teruggevallen op de vangnetbepalingen van de Ambtenarenwet.

Om onbedoelde en ongewenste lacunes te voorkomen, verdient het aanbeveling de vangnetbepalingen in de Ambtenarenwet te handhaven.

De Afdeling adviseert om een vangnetbepaling te handhaven voor die uitzonderingen die thans onder de Ambtenarenwet vallen en na inwerkingtreding van het voorstel niet meer. Wij hebben dit advies niet overgenomen.

Een voorziening als door de Afdeling voorgesteld past niet in de Ambtenarenwet zoals wij die willen wijzigen. Hij zou dan immers betrekking hebben op ambtsdragers die geen ambtenaar meer zijn in de nieuwe betekenis van het woord.

Bij de aanpassingswetgeving zal zorgvuldig kunnen worden gezien welke wetten moeten worden gewijzigd om lacunes als door de Afdeling bedoeld te voorkomen. In de memorie van toelichting is de door de Afdeling gemaakte opmerking reeds onderkend ten aanzien van de leden van zelfstandige bestuursorganen op wie thans Titel III van de Ambtenarenwet van toepassing is. Voorgesteld is te bezien of de gevolgen van het niet langer van toepassing zijn van Titel III moet worden gerepareerd in de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen. Denkbaar is dat er publiekrechtelijke rechtspersonen zijn, waarvan de organen niet zijn bekleed met openbaar gezag (zoals TNO of Staatsbosbeheer), maar waarop thans toch Titel III van de Ambtenarenwet van toepassing is. De voorziening uit de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen kan dan als model dienen voor of van toepassing worden verklaard op deze publiekrechtelijke rechtspersonen.

10. Honoraire consuls

Onbezoldigde ambtenaren, behorende tot het personeel van de buitenlandse dienst (met name honoraire consulaire ambtenaren)⁴, hebben nu de status van ambtenaar, zij het dat op hen de materiële bepalingen van

¹ Voorgesteld artikel 1, derde lid.

² Dat ambtenaren in openbare dienst worden aangesteld is geregeld in artikel 1, eerste lid, van de Ambtenarenwet. Artikel 125 geeft een algemene grondslag voor het regelen van de rechtspositie bij of krachtens algemene maatregel van bestuur.

³ Of omdat de materiële bepalingen van de Ambtenarenwet voor hen niet gelden (artikel 2 Ambtenarenwet). Dit betreft met name politieke ambtsdragers, die een andere positie hebben dan ambtenaren, en gerechtsdeurwaarders en notarissen, die wel bij koninklijk besluit worden benoemd om in openbare dienst werkzaam te zijn, maar werkzaam zijn als zelfstandige.

⁴ Kamerstukken II 1981, 16 955, nrs. 1–4, blz. 8.

de Ambtenarenwet niet van toepassing zijn.¹ In het voorstel komt deze uitzondering te vervallen.² In het systeem van het voorstel betekent het dat deze onbezoldigde ambtenaren hun ambtelijke status verliezen. Volgens de toelichting op het artikel kan met hen nog wel een arbeids-overeenkomst worden gesloten. Dat is naar het oordeel van de Afdeling niet juist, omdat een van de wezenskenmerken van de arbeidsovereenkomst recht op loon is. Dat betekent dat de rechtsverhouding met de onbezoldigde ambtenaren van de buitenlandse dienst op een andere manier vorm zal moeten worden gegeven. De ambtelijke aanstelling lijkt daarvoor de meest aangewezen weg. De Afdeling adviseert het voorstel zo aan te passen dat de onbezoldigde ambtenaren van de buitenlandse dienst een ambtelijke aanstelling behouden.

De Afdeling wijst erop dat met onbezoldigde ambtenaren geen arbeids-overeenkomst kan worden gesloten. Zij acht het echter wenselijk dat de onbezoldigde ambtenaren, behorende tot het personeel van de buitenlandse dienst, de status van ambtenaar behouden.

De indieners onderschrijven de zienswijze van de Afdeling, voor zover de hiërarchische aansturing van deze ambtenaren in stand moet blijven. De bepalingen over geheimhouding en integriteit dienen op deze ambtenaren van toepassing te blijven. Zij dienen zoals thans de eed of belofte af te leggen. Een ambtelijke aanstelling is in de ogen van de indieners echter niet goed mogelijk, nu dat begrip niet meer bestaat (behoudens bij de rechterlijke en militaire ambtenaren, maar die zijn niet langer ambtenaar in de zin van de Ambtenarenwet). In plaats daarvan stellen de indieners voor om in de Ambtenarenwet te bepalen dat bij algemene maatregel van bestuur op voordracht van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties functies kunnen worden aangewezen die door een ambtenaar onbezoldigd kunnen worden vervuld. Die vervulling geschiedt op basis van een overeenkomst die, door het ontbreken van loon, geen arbeidsovereenkomst is. Hiertoe is aan artikel 1 een nieuw tweede lid toegevoegd.

11. Artikelnummers van de Ambtenarenwet

In de Ambtenarenwet is in de loop der jaren een groot aantal artikelen vervallen. Het voorstel gaat op deze lijn voort; de Ambtenarenwet zal na totstandkoming van deze wet nog slechts uit de volgende artikelen bestaan: 1, 125quater, 125quinquies, 125a, 125d, 125e, 125f, 133, 133a, 137. Van deze tien artikelen worden er vijf opnieuw vastgesteld. Nu bovendien het gebruik van Latijnse rangtelwoorden in artikelnummers geen aanbeveling verdient,³ adviseert de Afdeling de artikelen van de Ambtenarenwet te hernummeren.

Het voorstel van de Afdeling om de artikelen in de Ambtenarenwet te hernummeren is opgevolgd. Daarbij hebben wij ook de onderverdeling in titels en paragrafen laten vervallen. Ook hebben wij voorzien in een aanpassing van de citeertitel van de Ambtenarenwet, nu het hier gaat om een ingrijpende wijziging van die wet.

12. Overgangsrecht

Aanstellingen die bestaan op het tijdstip waarop de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren in werking treedt, worden van rechtswege omgezet in een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht. De arbeidsovereenkomst bevat de rechten en plichten van de ambtenaar zoals die golden voorafgaand aan het tijdstip van inwerkingtreding van die wet.⁴ Deze keus voor de nieuwe vorm (arbeidsovereenkomst) en de oude inhoud (ambtelijke rechtspositie) is niet zonder problemen. De regels voor de arbeidsovereenkomst zijn immers voor een groot deel dwingend recht; bepalingen van de overeenkomst die – althans ten nadele van de

¹ Artikel 2, eerste lid, van de Ambtenarenwet.

² Artikel I, onderdeel B.

³ Aanwijzing 236 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, toelichting.

⁴ Voorgesteld artikel 133 Ambtenarenwet.

werknemer – afwijken van dwingende wettelijke regels zijn doorgaans nietig. Dit kan bij de verschillende bestaande rechtspositieregelingen tot problemen leiden. De Afdeling heeft dit niet volledig in kaart gebracht, maar wijst in ieder geval op de volgende problemen met betrekking tot de Ambtenarenwet en het Algemeen rijksambtenarenreglement:

- de ambtenaar is verplicht tijdens het verblijf op zijn werk zich te onderwerpen aan een onderzoek aan zijn lichaam of kleding of van zijn daar aanwezige goederen. Daarbij geldt het algemeen geformuleerde doelcriterium «het belang van de dienst».¹ Deze bepaling blijft gelden. Bij werknemers is deze beperking van het recht op onaantastbaarheid van het lichaam niet in het algemeen mogelijk; alleen in zeer bijzondere gevallen zal bij CAO zijn overeengekomen dat de werknemer zich moet laten fouilleren;*
- aan rijksambtenaren kunnen disciplinaire straffen worden opgelegd die bij werknemers niet zijn toegestaan: buitengewone dienst zonder beloning voor ten hoogste 6 uren, vermindering van het recht op jaarlijkse vakantie met ten hoogste 1/3.² Voorts kan bij de rijksambtenaar, bij wijze van boete, het salaris voor ten hoogste een halve maand worden ingehouden, terwijl dat bij een werknemer ten hoogste een halve dag loon kan zijn;³*
- de rijksambtenaar kan worden verplicht tot gehele of gedeeltelijke vergoeding van door de dienst geleden schade, voor zover die aan hem is te wijten; de werknemer die bij de uitvoering van de overeenkomst schade toebrengt aan de werkgever of aan een derde jegens wie de werkgever tot vergoeding van die schade is gehouden, is jegens de werkgever niet aansprakelijk, tenzij de schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid.⁴*

De Afdeling is van oordeel dat het karakter van het dwingende arbeidsrecht niet toelaat dat daarvan wordt afgeweken. Het verdient dan ook aanbeveling de regels inzake de arbeidsovereenkomst bij inwerkingtreding van het voorstel onmiddellijk en onverkort van toepassing te verklaren.

De Afdeling adviseert de overgangsregeling aan te passen.

Uit het advies van de Afdeling maken wij op, dat het in het voorgestelde artikel 133, eerste lid, van de Ambtenarenwet neergelegde overgangsrecht onze bedoelingen kennelijk onduidelijk weergeeft. Die bedoeling was om, zoals ook de Afdeling adviseert, bij inwerkingtreding van het onderhavige voorstel de regels inzake de arbeidsovereenkomst van toepassing te laten zijn en de regels die krachtens de Ambtenarenwet gelden, op dat moment te laten vervallen.

Wij gingen ervan uit dat met het schrappen van artikel 125 van de Ambtenarenwet tevens het ARAR en andere gedelegeerde regelgeving komen te vervallen. Bij nader inzien blijkt dat dit wel het geval zou zijn als de Ambtenarenwet zou worden ingetrokken, maar niet als alleen artikel 125 wordt geschrapt. Daarom stellen zij voor in een nieuw artikel 14 te bepalen dat alle op titel III van de Ambtenarenwet gebaseerde algemeen verbindende voorschriften vervallen met de inwerkingtreding van het onderhavige voorstel van wet (met een uitzondering voor wachtgeldbepalingen die betrekking hebben op gewezen ambtenaren).

Met artikel 133, eerste lid, (vernummerd tot artikel 12) was beoogd te regelen dat bestaande rechten en plichten van een ambtenaar onderdeel uitmaken van de nieuwe arbeidsovereenkomst. Het gaat daarbij om de geldende bezoldiging van een individuele ambtenaar, diens werktijden of rooster. Nu de Afdeling de term «rechten en plichten» breder opvat, hebben wij deze vervangen door een opsomming van de rechten en plichten die zonder nadere afspraken ongewijzigd blijven.

¹ Artikel 125d Ambtenarenwet.

² Artikel 81, eerste lid, onderdelen b en c, ARAR; vergelijk de artikelen 631 lid 1 en 638 lid 1 van Boek 7 BW.

³ Artikel 81, eerste lid, onderdeel e, ARAR; artikel 650 lid 5 van Boek 7 BW.

⁴ Artikel 66, eerste lid, ARAR; artikel 661 lid 1 van Boek 7 BW.

Met artikel 133, eerste lid, was niet beoogd elementen uit bestaande algemeen verbindende voorschriften in stand te houden. Wij gaan ervan uit, dat in het algemeen de regels van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot de arbeidsovereenkomst zonder bezwaar van toepassing kunnen worden op overheidswerkgevers en ambtenaren. Tenzij, in een beperkt aantal gevallen, het eigene van de overheid zich daartegen verzet. Dan kan in de Ambtenarenwet een voorziening worden getroffen of gehandhaafd. Het wetsvoorstel bevat enkele van dergelijke bepalingen, die samenhangen met de bijzondere aspecten van het werken voor de overheid.

Met betrekking tot de voorbeelden die de Afdeling noemt merken wij het volgende op.

- Het eerste betreft een geval waarin artikel 125d van de Ambtenarenwet moet blijven gelden. Het wetsvoorstel voorziet daarin, waarbij het artikel is vernummerd tot artikel 12.
- Met betrekking tot disciplinaire sancties zijn wij van mening dat de bijzondere aspecten van het werken voor de overheid niet in de weg staan aan het van toepassing worden van de randvoorwaarden die daarvoor in het Burgerlijk Wetboek zijn opgenomen. Bij cao kunnen de nodige voorzieningen voor het opleggen van boetes worden getroffen. Voor een disciplinair ontslag bevat het Burgerlijk Wetboek in art. 7:678 adequate voorzieningen.
- Ook bij de plicht tot vergoeding van door de ambtenaar veroorzaakte schade bestaat er naar onze mening geen bezwaar tegen het van toepassing worden van de voor alle werknemers geldende regeling van art. 7:661 BW.

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is bij ons wel de vraag gerezen wat rechtens is ingeval van bijvoorbeeld een reeds door de werkgever ingevorderde vergoeding van door de ambtenaar veroorzaakte schade. Als daartoe voorafgaand aan de inwerkingtreding van onderhavig voorstel van wet een besluit is genomen, is die invordering rechtsgeldig. In artikel 133a was al geregeld dat in dat geval ook na inwerkingtreding van onderhavig voorstel bezwaar en beroep kan worden ingesteld. Wij stellen voor om in dat artikel, vernummerd tot artikel 14, in het eerste lid tevens buiten twijfel te stellen dat besluiten die zijn genomen voorafgaand aan het tijdstip van inwerkingtreding van het onderhavige voorstel van wet hun rechtsgeldigheid behouden.

13. Tijdstip van inwerkingtreding

Het voorstel voorziet in inwerkingtreding met ingang van 1 januari 2015. Deze termijn geeft, zo wordt in de toelichting gesteld, aan de Staten-Generaal voldoende tijd om het onderhavige wetsvoorstel te behandelen en aan de regering om de nodige aanpassingswetgeving tot stand te brengen. Daarnaast hebben de overheidswerkgevers en de organisaties voor overheidspersoneel hierdoor voldoende gelegenheid om CAO's te sluiten die met ingang van 1 januari 2015 in werking kunnen treden. Indien de behandeling van dit voorstel in de Tweede Kamer onverhoopt vertraging oploopt, kan bij nota van wijziging een latere datum van inwerkingtreding worden vastgesteld, aldus de initiatiefnemers.¹

De Afdeling merkt op dat het tijdstip van inwerkingtreding inderdaad gewijzigd kan worden bij nota van wijziging, of – als het wetsvoorstel in de Tweede Kamer is aanvaard – in de aanpassingswet. Is ook de aanpassingswet in de Tweede Kamer aanvaard, dan kan uitstel van inwerkingtreding desnoods bij novelle tot stand worden gebracht. Dat neemt niet weg dat, met het fixeren van het tijdstip van inwerkingtreding, het risico ontstaat dat een noodzakelijke aanpassing van de inwerkingtredingsbepaling niet op tijd tot stand komt.

De Afdeling adviseert te voorzien in inwerkingtreding op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip.

¹ Artikel XI; toelichting op dat artikel.

Het advies van de Afdeling om te voorzien in inwerkingtreding op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip, hebben wij niet gevolgd. In paragraaf 6 hebben wij reeds aangegeven het van belang te achten, dat de besluitvorming over het onderhavige wetsvoorstel los wordt gezien van actuele discussies over reorganisaties van het openbaar bestuur. Met name hoort het wetsvoorstel of het inwerkingtreden ervan geen voorwerp van onderhandelingen te worden tussen verenigingen van ambtenaren en de overheid in zijn rol van werkgever. De politiek gaat over het onderhavige wetsvoorstel.

Inwerkingtreding bij koninklijk besluit houdt het risico in, dat ook nadat de politiek gesproken heeft en het wetsvoorstel is aanvaard, de inwerkingtreding ervan toch voorwerp wordt van onderhandelingen met verenigingen van ambtenaren. Daarom achten wij het beter om de datum van inwerkingtreding in de wet zelf op te nemen.

Ook los van het voorgaande is van belang, dat alle betrokkenen zich kunnen richten op een betrekkelijk lang van tevoren vastliggende datum voor de wijzigingen die het wetsvoorstel brengt.

14. Conclusie

In dit advies merkt de Afdeling op dat

- het begrip «normalisering» niet waardevrij is en ten onrechte lijkt uit te sluiten dat er onder omstandigheden ook andere arbeidsverhoudingen mogelijk zijn dan die welke gelden in de particuliere sector;*
- het proces van «normalisering» heeft geleid tot meer evenwichtige arbeidsverhoudingen bij de overheid, die daardoor meer gelijkenis zijn gaan vertonen met die in de particuliere sector, maar steeds begrensd zijn gebleven door het eenzijdig vaststellen van hetgeen tussen werkgevers en werknemers bij de overheid was overeengekomen;*
- deze inbedding tot nu toe steeds is gemotiveerd met verwijzing naar de bijzondere positie van de overheid als dienaar van het algemeen belang, waaraan steeds opnieuw door regering en Staten-Generaal concreet vorm en inhoud wordt gegeven;*
- het voorstel onvoldoende motiveert, waarom deze overwegingen thans geen opgeld meer doen;*
- het voorstel in ieder geval onduidelijk is over de vraag in hoeverre een tweezijdige arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht verenigbaar is met het zo nodig eenzijdig kunnen ingrijpen van de wetgever, wanneer overwegingen van algemeen belang daartoe dwingen;*
- niet duidelijk is wat het tweezijdige karakter van een arbeidsrelatie is wanneer de overheid eenzijdig kan blijven ingrijpen, alsmede wat dan nog de meerwaarde van het voorstel is ten opzichte van de huidige situatie;*
- de reikwijdte van het voorstel niet voldoende duidelijk is: zijn de uitzonderingen in het voorstel niet te beperkt, gelet op bijzondere functies van bepaalde categorieën die nu een eenzijdige aanstelling hebben dan wel gelet op de bijzondere positie van organisaties die belast zijn met de vervulling van een overheidstaak?*

Als indieners hebben wij in reactie op het advies van de Afdeling opgemerkt dat:

- het normaliseringsproces niet uitsluit dat op goede gronden uitzonderingen voor bepaalde groepen ambtenaren worden gemaakt, maar wij als principieel uitgangspunt kiezen dat waar de arbeidsverhouding tussen werkgever en werknemer, zowel in de private sector als bij de overheid, dezelfde kenmerken heeft – ondergeschiktheid en loonafhankelijkheid – de rechtsverhouding tussen hen in beide sectoren gebaseerd dient te zijn op een (tweezijdige) arbeidsovereenkomst;
- de vraag of de rechtspositie van ambtenaren publiekrechtelijk dient te blijven in ieder geval sinds 1994 onderdeel heeft uitgemaakt van het normaliseringsproces;

- de bijzondere positie van de overheid als dienaar van het algemeen belang zich uitstekend verdraagt met tweezijdigheid op het gebied van de aanstelling en de totstandkoming van de arbeidsvoorwaarden van ambtenaren;
- tweezijdigheid ook passend is, gelet op ILO-verdragen en het in het Europees Sociaal Handvest erkende stakingsrecht en het recht op collectief onderhandelen; en voorts ook beter past bij de huidige tijdgeest;
- eenzijdig ingrijpen van de wetgever in de arbeidsvoorwaarden van ambtenaren om redenen van algemeen belang niet dan in zeer uitzonderlijke situaties plaats zou moeten vinden, ongeacht of die arbeidsvoorwaarden publiekrechtelijk zijn vastgelegd dan wel zijn overeengekomen in (collectieve) arbeidsovereenkomsten; de Wet op de loonvorming is daarvoor het aangewezen kader;
- de meerwaarde van het tweezijdige karakter van een arbeidsrelatie voorts is, dat die de stabiliteit van de arbeidsrelatie bevordert, waardoor werknemers minder snel tot eenzijdige acties als werkstakingen over zullen gaan, en veel ambtenaren zich meer als mondig werknemers – passend bij de huidige tijdgeest – gerespecteerd zullen voelen;
- de reikwijdte van het voorstel voldoende duidelijk is, mede gelet op de positie die daarin wordt gegeven aan alle organisaties die belast zijn met de vervulling van een overheidstaak, en dat er geen aanleiding is in het wetsvoorstel een onderscheid te maken tussen ambtenaren die in meerdere of mindere mate betrokken zijn bij politieke processen of het uitoefenen van overheidsgezag.

De Afdeling heeft voorts aandacht gevraagd voor de overige overwegingen die aan het voorstel ten grondslag zijn gelegd:

- *een verminderen van de vermenging van de overheidsrol als werkgever en de taak van de overheid als wetgever acht de Afdeling problematisch, omdat deze spanning niet te vermijden is;*
- *het advies betwijfelt voorts of het aannemelijk is dat het normaliseren van de honorering van (top)functionarissen bij de overheid buiten het proces van «normalisering» gehouden kan worden;*
- *wat betreft de kosten van invoering van het voorstel is het aannemelijk dat deze hoger zullen uitvallen dan waarvan het voorstel uitgaat;*
- *de mogelijkheid van het, desgewenst, wijzigen van de publiekrechtelijke rechtsbescherming zonder dat de ambtelijke status wordt afgeschaft. In dit advies worden daartoe concrete suggesties gedaan;*
- *enige meer juridische aspecten van het voorstel inzake de uitzondering voor de zittende magistratuur, het begrip overheidswerkgever, regels voor de uitgezonderde groepen, honoraire consuls, enkele artikelnummers in de Ambtenarenwet, het overgangsrecht en het tijdstip van inwerkingtreding.*

Verder wordt de vraag opgeworpen naar de opportuniteit van het voorstel, gelet op de samenhang met de ingrijpende herziening van het openbaar bestuur die in het regeerakkoord van september 2010 is aangekondigd.

Wij hebben voorts erop gewezen dat:

- de rol van de overheid als werkgever en de taak van de overheid als wetgever in belangrijke mate zijn te scheiden, en dat dat ook een goede zaak is;
- de huidige praktijk van het «overeenstemmingsvereiste» aanpassing behoeft, omdat het zich nu ook lijkt uit te strekken tot de wettelijk vastgelegde publiekrechtelijke randvoorwaarden met betrekking tot de integriteit van ambtenaren en hun uitoefening van grondrechten;

- niet valt in te zien waarom de honorering van topfunctionarissen onderdeel van het proces van «normalisering» zou moeten worden;
- dat ons voorstel in ieder geval op termijn besparingen op zal leveren;
- de door de Afdeling gesuggereerde wijziging van de publiekrechtelijke rechtsbescherming onvoldoende soelaas biedt, omdat daarmee de mogelijk blijft bestaan dat ambtenaren tegen alle ten aanzien van hen genomen besluiten in bezwaar, beroep en hoger beroep kunnen gaan;
- wij het merendeel van de adviezen van de Afdeling met betrekking tot de juridische aspecten van het voorstel hebben overgenomen.

Met betrekking tot de opportuniteit van het voorstel hebben wij opgemerkt, dat wij het voorstel urgent achten, maar dat het als gevolg van de bewerkelijkheid van het project niet voor 1 januari 2015 geëffectueerd zal kunnen worden. Voorts hebben wij erop gewezen dat er geen dwingende samenhang bestaat tussen het voorstel en de herziening van het openbaar bestuur die in het regeerakkoord is aangekondigd, dat het goed zou zijn als beide trajecten zo veel mogelijk gescheiden blijven, en dat dat ook best kan.

De Afdeling adviseert in te gaan op hetgeen in dit advies in onderlinge samenhang is uiteengezet en het voorstel in dat licht nader te bezien.

15. Voor een historisch overzicht verwijst de Afdeling naar de bij het advies behorende bijlage I. Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Afdeling naar de bij het advies behorende bijlage II.

Het historisch overzicht in bijlage I voegt niet zo veel toe aan het historisch overzicht dat al in de memorie van toelichting was opgenomen. Wel maakt het duidelijker dat het afschaffen van het stakingsverbod voor ambtenaren als het startpunt van het normaliseringsproces moet worden gezien. De memorie van toelichting is in die zin aangepast. Ook is daarin een verwijzing naar het regeringsstandpunt uit 2008 opgenomen. De in bijlage II opgenomen redactionele kanttekeningen zijn overeenkomstig verwerkt.

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om nog enkele wijzigingen in het wetsvoorstel aan te brengen, die geen verband houden met het advies van de Afdeling. Zij zijn in de memorie van toelichting toegelicht.

*De waarnemend vice-president van de Raad van State,
P. van Dijk*

De indieners,
Koşer Kaya
Van Hijum

De onderscheiden rechtspositie van ambtenaren ten opzichte van werknemers in de private sector kent een lange historie. De ambtelijke rechtspositie is in de loop van de negentiende eeuw heel geleidelijk tot ontwikkeling gekomen. Een Staatscommissie-Repelaar van Driel constateerde in 1822 dat de bezoldigingen van ambtenaren incidenteel en dikwijls in verband met bepaalde bewezen diensten werden vastgesteld («een stelsel van gratificaties»). Het rapport van deze commissie leidde in 1823 tot een eerste regeling, waarin rangen en maximumbezoldigingen per rang werden voorzien.¹

In de loop van de negentiende eeuw, waarin grote delen van de bevolking arm waren, deed de gedachte opgeld dat de overheid de ambtenaar een zodanige bezoldiging moet toekennen dat hij niet door andere werkzaamheden in zijn levensonderhoud hoeft te voorzien en zich volledig aan zijn taak kan wijden (de theorie van de onderhoudsrente).² Vanuit deze gedachte kwamen regels tot stand voor pensioen, wachtgeld bij werkloosheid, doorbetaling van bezoldiging bij ziekte of ongeval en toelagen voor kinderen.³ Rond 1900 begon een aantal gemeenteraden de rechtspositie van hun personeel te regelen.⁴ Het eerste wat landelijk uniform werd geregeld, was een strafrechtelijk stakingsverbod voor ambtenaren. Bij die gelegenheid erkende de regering echter wel de noodzaak van een wettelijke regeling van de rechtspositie.⁵

Die wettelijke regeling, de Ambtenarenwet 1929, leidde tot regelingen voor zaken als aanstelling, bezoldiging en ontslag, en afzonderlijke regelingen voor loondoorbetaling bij ziekte, wachtgeld en pensioen. Voor het treffen van een afzonderlijke regeling golden drie redenen:

- 1. in een tijd van grote armoede was het van belang dat de ambtenaar bestaanszekerheid had, zodat hij zich ten volle aan zijn taak kon wijden, en de overheid goed personeel kon aantrekken;*
- 2. overheid en ambtenaar kunnen geen arbeidsovereenkomst sluiten, en er kunnen ook geen collectieve onderhandelingen plaatsvinden, omdat de overheid het algemeen belang dient;*
- 3. het is in het algemeen belang dat er een zelfstandig en zoveel mogelijk onafhankelijk ambtenarenkorps is, omdat van dat korps de handhaving van de rechtsorde afhankelijk is: omdat de ambtenaren het blijvend element vormen, is stabiliteit in de toepassing van het recht van hun afhankelijk.*

De staatscommissie-Kranenburg (1952) constateerde dat de rechtspositie aanvankelijk eenzijdig werd vastgesteld, maar dat allengs advies werd ingewonnen van ambtenarenorganisaties; dat advies ontwikkelde zich daarna tot overleg dat op overeenstemming was gericht. De commissie meende dat de uitkomsten van dit overleg niet juridisch bindend gemaakt zouden kunnen worden, omdat de formele gelijkheid tussen werkgever en werknemer, met aan beide kanten machtsmiddelen (staking en uitsluiting), bij de ambtenaren ontbreekt: de werkzaamheden van de overheid kunnen immers in de regel niet worden onderbroken. Bovendien zal de wetgever altijd de grenzen van het overleg stellen; de overheid dient een breder doel – het algemeen belang – dan dat van werkgeverschap.⁶

In de jaren daarna werd de discussie over de rechtspositie van de ambtenaar voortgezet; dat leidde niet tot een keus voor afschaffing. Wel groeide de ambtelijke rechtspositie na 1980 op bepaalde onderdelen toe naar die van de werknemers («normalisering»). Met name:

- het stakingsverbod voor ambtenaren werd geschrapt (1980);⁷*
- er werd een arbeidsvoorwaardenoverleg voor het overheidspersoneel ingesteld, dat geënt was op het model van de marktsector (1988). In 1993 werd dit overleg gedecentraliseerd;*
- de Wet op de ondernemingsraden en de Arbeidstijdenwet werden van toepassing op de overheid (1995 en 1996);*

¹ Staatscommissie-Kranenburg, blz. 3.

² Staatscommissie-Kranenburg, blz. 15.

³ Staatscommissie-Kranenburg, blz. 21–33.

⁴ Staatscommissie-Kranenburg, blz. 51–52.

⁵ Artikelen 358bis, 358ter en 358quater van het Wetboek van Strafrecht. Staatscommissie-Kranenburg, blz. 36–39, 65–66.

⁶ Staatscommissie-Kranenburg, blz. 86–95.

⁷ Het strafrechtelijke stakingsverbod voor ambtenaren werd in 1980 geschrapt. Bij de ratificatie van het Europees Sociaal Handvest in 1980 werd een voorbehoud gemaakt bij het bepaalde in artikel 6, ten vierde, met betrekking tot het stakingsrecht voor ambtenaren, waarbij de regering echter uitsprak dat het stakingsrecht van ambtenaren te combineren is met eenzijdige vaststelling van arbeidsvoorwaarden. In de herfst van 1983 werd het stakingsrecht ten principale erkend. In cassatie oordeelde de Hoge Raad in 1986 (30 mei 1986, NJ 1986, 688) dat artikel 6, ten vierde van het EHS directe werking heeft.

- het Algemeen burgerlijk pensioenfonds werd geprivatiseerd (1996);
- het overheidspersoneel werd in stappen onder de werknemersverzekeringen gebracht (1998–2001).

In de jaren »80 veranderde ook het zelfbeeld van de overheid. Overheidsactiviteiten die niet tot de typische overheidstaak werden gerekend, werden geprivatiseerd of ondergebracht bij zelfstandige bestuursorganen. Dat leidde echter niet tot een herbezinning op het eigene van de overheid, nu zij werd ontdaan van taken die niet goed bij dat eigene pasten: het marktdenken en de bedrijfsmatige manier van werken werden ook ten voorbeeld gesteld aan de overheid zelf («run government like a business», de «BV Nederland»).

¹ Deze trend was overigens niet onomstreden. Zo zette Minister van Binnenlandse Zaken Dales in 1992 het onderwerp «integriteit van de ambtenaar» op de politieke en maatschappelijke agenda. Dat leidde onder meer tot de herinvoering van de aanstellingseed of -belofte voor rijksambtenaren in 1998 en voor alle ambtenaren in 2006.² Inmiddels is de laatste jaren, mede onder invloed van de budgettaire problemen, een herbezinning waarneembaar op de eigenlijke overheidsverantwoordelijkheden, ter onderscheiding van die van burgers van private organisaties.

In 2008 nam de regering het standpunt in dat de bijzondere status van de ambtenaar behouden dient te blijven. Zij stelde dat de openbare dienst een aantal essentiële kenmerken heeft die haar fundamenteel doet verschillen van een werkgever in de sector bedrijven, namelijk:

«de gerichtheid op het algemeen belang, het karakter van het hoogst erkende gezag met een daaraan verbonden geweldsmonopolie, het beschikken over publieke middelen en publieke monopolies en de plicht over haar handelen verantwoording af te leggen aan de volksvertegenwoordiging. [...] Het feit dat het personeel van de overheid uit publieke middelen wordt gefinancierd, leidt er verder toe dat onder politieke controle aansturing in de regel via het budgetmechanisme plaatsvindt, en financiering niet plaats vindt op grond van het prijsmechanisme zoals in de sector bedrijven.

[...]

*Het werkzaam zijn binnen deze context brengt een bijzondere verantwoordelijkheid met zich mee, die specifieke eisen stelt aan de overheidswerknemer en de kaders waarbinnen deze zijn werkzaamheden moet verrichten. Voor deze werknemer moeten daarom loyaliteit, integriteit, onpartijdigheid, deskundigheid en betrokkenheid bij de publieke zaak een vanzelfsprekendheid zijn. Ambtenaren zijn aangesteld door een democratisch gelegitimeerd bestuursorgaan. In opdracht van dit bevoegd gezag zorgen zij voor het functioneren en voortbestaan van de democratische rechtsstaat en oefenen daartoe, al dan niet rechtstreeks, overheidsgezag uit. De overheid ontleent haar legitimiteit niet alleen aan een goede werking van de politieke instituties, maar ook aan het vertrouwen van de burger in de ambtenaren die in opdracht van die instituties handelen. [...] Daarnaast is de ambtenaar werkzaam binnen een politieke context die een voortdurend spanningsveld met zich meebrengt. Het bevoegd gezag van de ambtenaar is immers inhoudelijk politiek verantwoordelijk voor het werk dat wordt verricht. Wisselende politieke prioriteiten en inzichten vergen een grote mate van flexibiliteit, maar soms ook van vasthoudendheid, van de ambtenaar. Persoonlijke voorkeuren kunnen en mogen daarbij nooit bepalend zijn voor het handelen van de ambtenaar in deze hoedanigheid. Daartegenover staat dan dat de ambtenaar die te goeder trouw en binnen zijn professionele ruimte handelt, bescherming moet hebben tegen een rechtspositioneel besluit dat op politieke gronden genomen wordt.»*³

¹ Van der Meer, F.M., Van den Berg, C. Dijkstra, G.S.A., *Naar een overheid en ambtenarenstatus nieuwe stijl, Het eigene van de overheid en haar personeel in een systeem van multi-level governance vanuit internationaal perspectief* gezien, CAOP 2011, blz. 7–8.

² Thans artikel 125quinquies van de Ambtenarenwet.

³ Kamerstukken II 2008/09, 31 701, nr. 5, blz. 2–3.

In het regeerakkoord 2010 staat vermeld: «Ambtenarenrecht wordt gelijkgetrokken met het arbeidsrecht. Voor de overgang van werk naar werk voor ambtenaren moeten dezelfde voorwaarden gelden als voor werknemers in de private sector.» Uit deze passage blijkt niet of de regering het ambtenarenrecht alleen materieel gelijk wil trekken met het arbeidsrecht, of dat ook de formele ambtelijke status zal worden beëindigd.¹ Ook tijdens de begrotingsbehandeling heeft de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties zich niet duidelijk uitgesproken over de vraag of de formele ambtelijke status zal worden opgeheven. De Minister stelt: «De arbeidsvoorwaarden voor ambtenaren zullen moeten worden gestandaardiseerd en de rechtsverhouding zal moeten worden aangepast aan die van werknemers in de private sector, teneinde de overstap van publieke naar private sector te vereenvoudigen.»²

¹ Kamerstukken II 2010/11, 32 417, nr. 15, blz. 43.

² Stenografisch Verslag Plenaire vergadering 2 december 2010.

**bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State
betreffende no. W04.10 0513/I met redactionele kanttekeningen
die de Afdeling in overweging geeft**

- In artikel 1, onderdeel e van de Ambtenarenwet (artikel I, onderdeel A, van het wetsvoorstel), verwijzen naar artikel 2 van de Wet op het notarisambt respectievelijk artikel 2 van de Gerechtsdeurwaarderswet.
- In artikel I, onderdeel K, het toevoegen van de woorden «of gewezen ambtenaren» in artikel 125f, eerste lid, van de Ambtenarenwet achterwege laten, nu de uitbreiding van het artikel tot gewezen ambtenaren wordt geregeld in het nieuwe tweede lid van artikel 125f.
- In artikel VIII, onderdeel B (artikel 8:1, tweede lid, Awb) tevens «hun nagelaten betrekkingen of hun rechtverkrijgenden belanghebbende zijn» wijzigen in: zijn nagelaten betrekkingen of zijn rechtverkrijgenden belanghebbende zijn. Dienovereenkomstig handelen bij artikel VIII, onderdelen B en C, en artikel IX, onderdeel A.
- In de toelichting op de artikelen V en VI het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 niet aanduiden als wet maar als wetsbesluit. Wetsbesluiten zijn regelingen, vastgesteld bij koninklijk besluit tijdens de Duitse bezetting (of in dit geval: na de bezetting maar voordat de Staten-Generaal weer bij elkaar waren gekomen), die op grond van objectief noodrecht de status van wet hebben en alleen bij wet kunnen worden gewijzigd.