

File ID	uvapub:79905
Filename	Inleiding_Nederlands_ambtenarenrecht.pdf
Version	final

SOURCE (OR PART OF THE FOLLOWING SOURCE):

Type	book chapter
Title	Inleiding
Author(s)	E. Verhulp
Faculty	FdR: Hugo Sinzheimer Instituut (HSI)
Year	2010

FULL BIBLIOGRAPHIC DETAILS:

<http://hdl.handle.net/11245/1.325737>

Copyright

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content licence (like Creative Commons).

1 Inleiding

Prof. mr. E. Verhulp

1.1 Arbeidsverhoudingen bij de overheid

Van de onafhankelijke beroepsbevolking in Nederland werkt bijna een miljoen mensen in dienst van de overheid. Enkele duizenden van hen worden juridisch niet als ambtenaar beschouwd, omdat ze op basis van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht in dienst zijn genomen. Dit zijn de zogeheten arbeidscontractanten, die bij de lagere overheden nog voorkomen maar in de rijksdienst niet meer. De positie van de arbeidscontractanten zal kort aan de orde komen in paragraaf 2.8.3.

Naast het personeel dat werkzaam is in dienst van de overheid, is er het personeel in dienst van instellingen dat wordt gefinancierd uit bijdragen van de overheid of uit sociale verzekeringspremies, zoals bejaardentehuizen, ziekenhuizen en welzijnsinstellingen. Tezamen worden deze instellingen wel aangeduid als de gesubsidieerde en gepremieerde sector of de 'g + g'-sector. In de hele 'g + g'-sector zijn bijna 1,2 miljoen mensen werkzaam. In deze sector wordt de arbeid normaliter verricht krachtens een arbeidsovereenkomst: de rechtspositie van deze werknemers valt buiten het bestek van dit boek. Bij elkaar genomen vormen de 'g + g'-sector en de overheidsdienst de collectieve sector, waarin dus meer dan twee miljoen mensen werken, die allen op de een of andere wijze uit de collectieve middelen worden betaald. In de marktsector zijn ruim vijf miljoen mensen werkzaam.¹

De globale verdeling van overheidspersoneel over verschillende sectoren van de overheidsdienst is als volgt:

1. Kamerstukken II 2008/09, 31 701, nr. 2, p. 67, Trendnota Arbeidszaken Overheid 2009.

Tabel 1.1 Arbeidsvolume per overheidssector in fte's (2009)*²

Rijk	125.000
Onderwijs en wetenschappen**	428.000
Waarvan	
Hbo	34.000
Universiteiten	54.000
Onderzoeksinstituten	3.000
Academische ziekenhuizen	56.000
Defensie	73.000
Politie	58.000
Rechterlijke macht	3.000
Gemeenten	192.000
Provincies	14.000
Waterschappen	10.000
Gemeenschappelijke Regelingen	16.000
Totaal	975.000

* afgerond op duizendtallen

** voor het grootste deel geen ambtenaren daar zij werkzaam zijn in het bijzonder onderwijs

Het is niet juist de 'overheid' als één werkgever te beschouwen. Het begrip 'de overheid' als werkgever is altijd een abstract begrip geweest, dat geen reëel beeld van de werkelijke verhoudingen geeft. Als werkgever treedt immers niet 'de overheid' op, maar bijvoorbeeld een minister, het college van burgemeester en wethouders van een gemeente, of het college van bestuur van een universiteit. In feite zijn er dus vele overheidswerkgevers, die elk deel uitmaken van één van de verschillende sectoren binnen de overheid, zoals het Rijk, de gemeenten, het onderwijs of de politie. Welke rechtspositieregels voor een ambtenaar gelden, is mede afhankelijk van de sector waarin hij of zij is aangesteld. De regels van het ambtenarenontslagrecht bijvoorbeeld zijn niet helemaal gelijk voor een departementsambtenaar, een leraar in het openbaar onderwijs en een politiefunctaris. Binnen de sectoren kunnen soms ook nog verschillen optreden, bijvoorbeeld in de rechtspositieregelingen van verschillende gemeenten. Met betrekking tot bepaalde rechtspositionele aspecten, zoals het salaris, het pensioen, de hoofdlijnen van de regels voor aanstelling en ontslag, en de sociale zekerheid, bestaat binnen de overheidsdienst een zekere gelijkvormigheid. Die gelijkvormigheid is echter aan het verminderen onder invloed van de decentralisatie van het arbeidsvoorwaardenoverleg.

2. Kamerstukken II 2008/09, 31 701, nr. 2, p. 67, Trendnota Arbeidszaken Overheid 2009.

Omdat de overheid verschillende werkgevers omvat met een betrekkelijke zelfstandigheid, zou men misschien beter kunnen spreken van de overheid als 'bedrijfstak' dan als werkgever. Binnen de bedrijfstak overheid kunnen de afzonderlijke sectoren worden onderscheiden (o.m. departementen, politie, onderwijs) die enigszins verschillende rechtspositie- en arbeidsvoorwaardenregelingen kennen, zoals ook het particuliere bedrijfsleven verschillende cao's kent. Men zou de overheidsdienst met zijn verschillende sectoren en afzonderlijke instellingen daarbinnen kunnen vergelijken met bijvoorbeeld de vervoersector, waarbinnen deelsectoren kunnen worden onderscheiden als het streekvervoer, het havenbedrijf en het goederenvervoer over de weg, elk met hun zelfstandige ondernemingen. Bij een dergelijke vergelijking valt een tweetal bijzondere kenmerken van de overheidsdienst op, die beide van grote betekenis zijn voor de positie van het personeel. In de eerste plaats ontbreekt in de overheidsdienst vrijwel geheel het element van de economische concurrentie. De wetten van de markt dicteren in belangrijke mate de arbeidsverhoudingen in ons systeem van ondernemingsgewijze productie. De noodzaak om winst te maken en het marktaandeel te behouden of te vergroten geeft richting aan het personeelsbeleid en aan de opstelling van de werkgever in arbeidsvoorwaardenonderhandelingen. Voor de overheid speelt de concurrentie in deze zin echter in de regel geen rol. Wel heeft de overheid te maken met concurrentie op de arbeidsmarkt: ook de overheid dient het personeel op die markt te werven en daarom een 'aantrekkelijke werkgever' te zijn. Mede met het oog op de verbetering van de overheid als concurrent op de arbeidsmarkt is de commissie-Van Rijn geïnstalleerd. Deze commissie concludeerde dat de 'wervingskracht van de collectieve sector en het vermogen om gekwalificeerd personeel te behouden, moeten en kunnen worden verbeterd'.³ Daartoe heeft deze commissie verschillende voorstellen gedaan, zoals het verbeteren van het loopbaanperspectief, verbetering van de mogelijkheid om arbeid en zorg te combineren en een verbetering van de arbeidsmarktcommunicatie en werving. De gedeeltelijke implementatie van deze voorstellen, maar vooral de afnemende economische groei en de 'baanzekerheid' die de overheid in grotere mate dan het bedrijfsleven biedt, hebben de arbeidsmarktpositie van de overheid aanzienlijk verbeterd.⁴ Overigens bepalen de politieke en staatsrechtelijke verhoudingen veeleer het werkgeversgedrag. In de tweede plaats vormt de overheid een 'bedrijfstak' waarin de werkgevers in vrij sterke mate een eenheid vormen. Zowel het ontbreken van onderlinge concurrentie als de gecentraliseerde opzet van het staatsapparaat met een ingebouwd stelsel van toezicht en coördinatiemechanismen draagt daartoe bij. Een belangrijke factor in dit verband is ook het feit dat de ambtenaren uit belastingopbrengsten worden betaald. De politieke controle op de wijze waarop de algemene middelen worden besteed, draagt bij aan een zekere uniformering in de arbeidsvoorwaarden en rechtspositie van de ambtenaren in dienst van verschillende overheidswerkgevers.

3. Rapport van de Werkgroep Arbeidsmarktknelpunten Collectieve Sector, 23 februari 2001, p. 3.

4. Hoewel de Trendnota Arbeidszaken Overheid 2009, p. 35, nog uitgaat van krapte op de arbeidsmarkt.

Inmiddels is in het begin van de jaren tachtig van de vorige eeuw een ontwikkeling in gang gezet, die noopt tot enige relativering van het bovenstaande. In het kader van bezuinigingen en het terugdringen van de rol van de overheid werd het regeringsbeleid onder meer gericht op vermindering van het aantal ambtenaren en op decentralisatie van het bestuur. Decentralisatie betekent vermindering van de invloed van de centrale overheid, bijvoorbeeld door het vervangen van stringent toezicht door meer globale beïnvloeding of door veranderingen in het belastingstelsel. In het stelsel van georganiseerd overleg in ambtenarenzaken vertoont zich een tendens naar decentralisatie, dit zal in hoofdstuk 7 worden besproken. Te verwachten is dat de uniformiteit in de arbeidsvoorwaarden verder zal afkalven, hetgeen de discussie over het al dan niet handhaven van een afzonderlijk ambtenarenrecht stimuleert. Die discussie wordt verder aangewakkerd door het streven naar vermindering van het aantal ambtenaren. De in 1983 gestarte afslankingsoperatie leidde ertoe dat het aandeel van het overheids-personeel in de totale beroepsbevolking, dat van 1960-1987 was opgelopen van 12% naar 15%, vanaf 1987 tot 2005 verminderde. Een groot aantal arbeidsplaatsen (sinds 1983 ongeveer 120.000) is vanuit de overheidsdienst overgeheveld naar de particuliere sector in het kader van de zogeheten privatisering.⁵ De grootste privatiseringsoperatie was die van de PTT in 1989 (ongeveer 90.000 arbeidsplaatsen), thans TNT. De laatste jaren is het aantal ambtenaren weer iets toegenomen. In 2009 is ongeveer 14,5% van de werkzame personen in Nederland in dienst van de overheid.

Samengevat kan over de arbeidsverhoudingen bij de overheid wat de werkgeverskant betreft worden opgemerkt dat de overheid nog steeds als 'de grootste werkgever' in Nederland kan worden beschouwd, maar dat de kenmerkende eenheid onder de diverse overheidswerkgevers sterk is afgenomen.

Aan werknemerskant zijn eveneens duidelijke onderlinge verschillen zichtbaar. Traditioneel moge het begrip ambtenaar slechts associaties oproepen met bureaus, loketten en saaie werkplekken, in werkelijkheid oefent het overheidspersoneel een grote verscheidenheid aan functies uit, waarvan men er heel wat ook in de particuliere sector aantreft. Een ambtenaar kan chauffeur zijn, docent, keukenhulp, secretaresse of technisch onderhoudsmonteur. Net als in het bedrijfsleven verschillen de werknemers bij de overheid wat betreft hun functie, opleiding, salarisoniveau en natuurlijk ook wat betreft politieke en levensbeschouwelijke opvattingen. Bijgevolg is ook het vakverenigingswezen van het overheidspersoneel rijk geschakeerd.

1.2 De rechtspositie van de ambtenaar

Artikel 109 Gw bepaalt dat de rechtspositie van de ambtenaren bij wet wordt geregeld. Onder wet wordt verstaan een wet in formele zin, in dit geval de Ambtenarenwet. Artikel 125 lid 1 AW bepaalt dat voor ambtenaren, voorzover die onderwerpen niet bij of krachtens de wet geregeld zijn, bij of krachtens algemene maatregel van bestuur

5. Zie over privatisering in deze periode, Bijker 1992; zie over de juridische aspecten, hoofdstuk 3.

voorschriften worden vastgesteld met betrekking tot een belangrijk aantal onderwerpen. Bij wet is onder meer het sociaalverzekeringsrecht voor ambtenaren geregeld (zie hoofdstuk 5). De opsomming van artikel 125 lid 1 AW is vrijwel uitputtend, en biedt een wettelijke grondslag voor het bij besluit regelen van de rechtspositie van de ambtenaar. Voor de rijksambtenaar is de materiële rechtspositie nader uitgewerkt in het Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR). In het ARAR komen veel bepalingen voor die een nadere regelopdracht inhouden. Een voorbeeld daarvan is artikel 4a ARAR dat luidt: 'Onze Minister van Binnenlandse Zaken stelt regels ten aanzien van de werving en selectie van ambtenaren.' Ter uitvoering van dit artikel zijn bij beschikking van 14 oktober 1985, AB85/U1833 voorschriften vastgesteld inzake de werving en selectie van ambtenaren. Een ander voorbeeld biedt artikel 125 lid 1 onder c AW dat verplicht tot vaststelling, bij of krachtens algemene maatregel van bestuur, van voorschriften betreffende de bezoldiging van ambtenaren die door of vanwege het Rijk zijn aangesteld. Deze bezoldiging van het personeel aangesteld in burgerlijke rijksdienst is geregeld in het Bezoldigingsbesluit Burgerlijke Rijksambtenaren 1984 (BBRA), behalve voor die categorieën van personeel waarvoor de bezoldiging bij wet (bijvoorbeeld de bezoldiging van de leden van de rechterlijke macht) of bij afzonderlijke algemene maatregel van bestuur is geregeld (zoals de bezoldiging van de politie). Daarnaast komen in het ambtenarenrecht nog circulaire voor die van belang zijn voor de rechtspositie van de ambtenaar. Het verschil tussen beschikkingen/besluiten en circulaire is dat de eerste groep dient te berusten op een wettelijke grondslag, terwijl dat voor de circulaire niet geldt. De circulaire hebben geen ander doel dan het bekendmaken van beleid en/of het verstrekken van informatie. Voorbeelden van dergelijke circulaire zijn de mededeling op welke wijze binnen de rijksdienst wordt omgegaan met het faciliteren van vakbondsactiviteiten, en de wijze waarop keuringen van sollicitanten plaatsvinden, de implementatie van de levenslooptregeling⁶ en het doorwerken na 65 jaar.

Voor andere dan rijksambtenaren geldt dat op een soortgelijke wijze in de rechtspositie is voorzien. Voor gemeentambtenaren geldt dat de wettelijke verplichting van artikel 125 AW nader is uitgewerkt in een Collectieve arbeidsvoorwaardenregeling (CAR), en die is weer nader uitgewerkt in een Uitwerkingsovereenkomst (UWO). Ook de CAR verstrekt het bevoegd gezag (burgemeester en wethouders) soms de opdracht tot het vaststellen van nadere regels, zoals artikel 4:2 lid 1, dat opdraagt in een nadere regeling algemene regels omtrent de werktijden vast te stellen. Zie verder paragraaf 7.5.

Ten slotte wijs ik er hier op dat in de Ambtenarenwet een aantal specifieke zaken is geregeld met betrekking tot de beperking van het recht op uitoefening van grondrechten door ambtenaren. Nu de grondrechten in beginsel slechts bij wet beperkt kunnen worden, dient deze beperking niet in een besluit maar in de wet te zijn opgenomen.

6. Circulaire van 21 juni 1982, nr. AB82/U1164 (Faciliteiten t.b.v. vakbondswerk), Circulaire van 26 juni 1997, nr. AD97/U520 (Aanstellingskeuringen en risicowering), Circulaire van 12 februari 2008, nr. 2008-0000059482 (Levenslooptregeling) en de Circulaire van 14 februari 2008, nr. 2008-0000063614 (Doorwerken na bereiken leeftijd van 65 jaar).

De wetgever heeft zich dat gerealiseerd, en in artikel 125a-f AW een regeling terzake geboden. Zie hierover verder paragraaf 4.4.2.

1.3 De werkgevers in de overheidssector

Uit hetgeen in paragraaf 1.1 is geschreven, volgt al dat het onjuist is te denken dat de overheid één werkgever is. Deze constatering is vooral van belang voor de totstandkoming van de arbeidsvoorwaarden. In het civiele arbeidsrecht is iedere werkgever – binnen de grenzen van de wet – vrij om over de arbeidsvoorwaarden met zijn werknemers te onderhandelen. Meestal laten de werknemers deze onderhandelingen over aan een vakbond. Veel werkgevers zijn lid van een werkgeversorganisatie waaraan ze de onderhandelingen over arbeidsvoorwaarden en het maken van afspraken terzake overlaten. Een aantal werkgevers, met name indien die een bepaalde omvang hebben, houdt de onderhandelingen met de vakbonden liever zelf in de hand en sluit een ondernemingscao. Voor veel andere werkgevers sluit de werkgeversorganisatie met de bonden een collectieve arbeidsovereenkomst, waar de leden van de overeenkomstsluitende partijen krachtens de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (Wet CAO) direct (art. 9, 12 en 13) of, voorzover het een ongebonden werknemer in dienst van een gebonden werkgever betreft, indirect (art. 14 Wet CAO), aan gebonden zijn. In het ambtenarenrecht gold als uitgangspunt dat de werkgever de arbeidsvoorwaarden zelf en eenzijdig bepaalt, en deze in een algemeen verbindend voorschrift aan de ambtenaren oplegt. De overheidswerkgevers hebben afgezien van de eenzijdigheid bij de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden, zoals wordt besproken in hoofdstuk 7. Dit betekent dat ook de overheidswerkgevers pas na overeenstemming met de in aanmerking komende vakorganisaties tot vaststelling van de arbeidsvoorwaarden in een rechtspositiereglement kunnen komen. Ook voor de overheidswerkgevers bestaat daarom de noodzaak om zich te organiseren in werkgeversorganisaties. Deze ‘overheidswerkgeversorganisaties’ zijn sectoraal ingericht. Er zijn thans dertien sectoren. Onderstaand daarvan een overzicht, met daarachter de werkgever of werkgeversorganisatie die voor de verschillende werkgevers het overleg voert:

- a. het sectoroverleg Rijk; de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties;
- b. het sectoroverleg Defensie; de minister van Defensie;
- c. het sectoroverleg Onderwijspersoneel; de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen;
- d. het sectoroverleg Wetenschappelijk Onderwijs; de Vereniging van Samenwerkende Nederlandse Universiteiten (VSNU);
- e. het sectoroverleg Onderzoek en Wetenschapsbeleid; de Werkgeversvereniging Onderzoekinstellingen (WVOI);
- f. het sectoroverleg Hoger Beroepsonderwijs; de HBO-raad;
- g. het sectoroverleg Beroepsonderwijs en Volwasseneneducatie; de Bve-raad
- h. het sectoroverleg Academische Ziekenhuizen; de Vereniging Academische Ziekenhuizen (VAZ);

- i. het sectoroverleg Politie; de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties;
- j. het sectoroverleg Rechterlijke Macht; de minister van Justitie;
- k. het sectoroverleg Gemeenten; de Vereniging van Nederlandse Gemeenten;
- l. het sectoroverleg Provincies; het Samenwerkingsverband Interprovinciaal Overleg;
- m. het sectoroverleg Waterschappen; de Unie van Waterschappen.

De door de werkgevers(organisaties) met de bonden bereikte overeenstemming (overeenkomst) moet vervolgens worden omgezet in regelgeving. Met het overeenstemmingsvereiste is niet de systematiek van de eenzijdige vaststelling van de arbeidsvoorwaarden door de werkgever verlaten: die systematiek geldt nog steeds. Daarmee is duidelijk dat het resultaat van de onderhandelingen niet de vorm van een cao heeft. In het dagelijks spraakgebruik wordt dat niet duidelijk onderscheiden en spreekt men wel van de ambtenaren-cao. Onderhandelingspartijen dragen aan deze onduidelijkheid bij door zelf de arbeidsvoorwaardenregeling soms een cao te noemen. Voor de gemeenten geldt dat de afspraken worden neergelegd in de CAR (Collectieve arbeidsvoorwaardenregeling). De CAR geldt voor alle gemeenten, met een bijzondere positie voor de grote vier (Amsterdam, Rotterdam, Den Haag en Utrecht). Daarnaast worden de afspraken veelal nader uitgewerkt in de UWO (Uitwerkingsovereenkomst). De UWO geeft een uitwerking van de hoofdlijnen zoals die in de CAR worden vastgelegd, en regelt een aantal secundaire arbeidsvoorwaarden. De UWO is alleen bindend voor de gemeenten die zich daarvoor hebben aangemeld. Het overleg wordt namens de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) door het College van Arbeidszaken (CvA) gevoerd met de vakbonden. Dit overleg vindt plaats in het Landelijk Overleg Gemeentelijke Arbeidsvoorwaarden (LOGA). Nogmaals, dit onderwerp komt uitvoeriger aan de orde in hoofdstuk 7.

1.4 De vakorganisaties in de overheidssector

Ongeveer 40% van de ambtenaren is lid van een vakbond. In de marktsector is ongeveer 20% van de werknemers aangesloten bij een vakvereniging. Binnen de ‘overheidssector’ is een groot aantal vakorganisaties werkzaam. Deze vakbonden zijn niet alleen lid van een vakcentrale, maar zijn ieder voor zich ook weer aangesloten bij een ambtenarencentrale. Het algemeen overleg met betrekking tot de rechtspositie van de rijksambtenaren, dat sectoroverstijgend is, vindt plaats binnen de Raad voor het Overheidspersoneel (ROP). Dit overleg wordt gevoerd door de ambtenarencentrales, omdat het niet doenlijk zou zijn alle ambtenarenbonden die in de departementen vertegenwoordigd zijn, tot dat overleg toe te laten.

Er zijn vier ambtenarencentrales die zijn toegelaten tot de ROP. Dit zijn de Algemene Centrale van Overheidspersoneel (ACOP), de Christelijke Centrale van Overheids- en Onderwijspersoneel (CCOOP), de Centrale van Middelbare en Hogere Functionarissen bij overheid, onderwijs, bedrijven en instellingen (CMHF) en het Ambtenarencentrum. Daarnaast is per ministerie een Departementaal Georganiseerd Overleg

(DGO) ingericht. Binnen elke ambtenarencentrale is een aantal bonden opgenomen die per beroep of onderdeel van de overheid zijn georganiseerd. Zo is bij de ACOP niet alleen de AbvaKabo FNV aangesloten, maar ook onder andere de Algemene Onderwijsbond en de Nederlandse Politiebond. De andere centrales kennen een vergelijkbare structuur. Het grootste aantal aangesloten bonden kent de CMHF (hoewel het de kleinste centrale is), het gaat om tientallen vakbonden van hoger opgeleide ambtenaren. Uiteraard zou het ondoenlijk zijn al deze bonden in de ROP te laten participeren. Op departementaal niveau worden de onderhandelingen wel zo veel mogelijk gevoerd door de verschillende vakbonden. Zie over de structuur van het overleg veel uitgebreider hoofdstuk 7.

De tendens binnen de vakbeweging naar schaalvergroting (zoals de vorming van FNV Bondgenoten) laat ook de ambtenarenvakbonden niet onberoerd. Verreweg de grootste vakbond in de overheidssector is AbvaKabo FNV, met ongeveer 360.000 leden, waarvan er ongeveer 24.000 in de rijkssector werkzaam zijn, en ongeveer 60.000 in de gemeentelijke sectoren. AbvaKabo FNV is aangesloten bij de vakcentrale FNV, maar ook lid van de ACOP. Lid van ACOP is ook de Algemene Onderwijsbond. Een andere vakbond in de overheidssector is CNV Publieke Zaken (voorheen CFO) met ongeveer 120.000 leden. Deze vakbond is aangesloten bij het CNV, maar daarnaast lid van de CCOOP. Daarnaast zijn er nog overheidsbonden voor hoger opgeleiden, zoals de VAWO (Vereniging van Academici bij het Wetenschappelijk Onderwijs). Deze vakbond is aangesloten bij de CMHF, welke centrale weer is toegelaten tot de ROP. Ten slotte is er nog een aantal kleinere vakbonden die samen het Ambtenarencentrum hebben opgericht. Het Ambtenarencentrum richtte in 1990 samen met enkele kleine bonden uit het bedrijfsleven de Algemene Vakcentrale (AVC) op.

Bij de organisatie van de bonden van het overheidspersoneel past nog een belangrijke kanttekening. Bij de grotere vakbonden van overheidspersoneel is niet alleen overheidspersoneel (ambtenaren en arbeidscontractanten) georganiseerd, maar ook personeel dat in dienst is van particuliere instellingen die uit de collectieve middelen gefinancierd worden, zoals ziekenhuizen en scholen in het bijzonder onderwijs. Eigenlijk zijn het dus geen 'ambtenarenbonden' maar eerder 'collectieve sectorbonden'. De samenhang in de rechtspositieregelingen en arbeidsvoorwaarden in de hele collectieve sector wordt hierdoor versterkt, omdat de centrales daarop immers een grote invloed uitoefenen.

1.5 De status van ambtenaren

De status van ambtenaren heeft een formeel en een materieel aspect. Formeel betekent de status niets anders dan dat de ambtenaar door zijn aanstelling in een rechtstoestand geraakt die hij zelf niet kan beïnvloeden. Dit komt omdat de bepalingen over de formele rechtspositie van de ambtenaar zijn vastgelegd in de Ambtenarenwet. De Ambtenarenwet vindt zijn basis in de Grondwet. In artikel 109 Gw is vastgelegd dat de wet regels stelt met betrekking tot de rechtspositie van de ambtenaar. Deze bepaling

is te beschouwen als een specialis van artikel 19 lid 2 Gw, waarin is bepaald dat de wet regels stelt met betrekking tot de rechtspositie van hen die arbeid verrichten. In tegenstelling tot de werknemer die partij is bij een arbeidsovereenkomst en die – althans in theorie – samen met de werkgever de inhoud van de overeenkomst kan vaststellen en wijzigen, geldt als uitgangspunt voor de formele positie van de ambtelijke aanstelling dat die door de ambtenaar niet kan worden beïnvloed. De materiële zijde van de statuskwestie betreft de inhoud van de rechtspositie, dus de regels met betrekking tot bezoldiging, ontslag, pensioen, enzovoort. Deze materiële rechtspositie is voor ambtenaren geregeld in algemeen verbindende voorschriften.

Het vroeger verdedigde standpunt dat staatsrechtelijke of andere juridische argumenten, ontleend aan het karakter van de openbare dienst of aan het algemeen belang, zouden dwingen tot een bijzondere status voor ambtenaren, is in de juridische literatuur al geruime tijd verlaten. Vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw gaat de discussie nog over de vraag of er wel voldoende redenen zijn om de bestaande verschillen tussen ambtenaren en andere werknemers te handhaven.⁷ Die vraag wordt door verschillende schrijvers op uiteenlopende wijze beantwoord. Als grondtoon in de discussies klinkt door dat de verschillen maar beter kunnen verdwijnen.⁸ In zijn in 1998 verschenen proefschrift heeft Sprengers uiteengezet dat het opheffen van de ambtenarenstatus zonder al te veel moeilijkheden mogelijk, maar vooral ook wenselijk is.⁹

Het kabinetsbeleid tenderde lange tijd naar afschaffing van de rechtspositionele verschillen tussen overheidsdienst en particuliere sector, een tendens die wordt aangeduid met 'normalisatie'. In een brief aan de Tweede Kamer heeft de minister van Binnenlandse Zaken in het voorjaar van 1994 aangekondigd ook de statuskwestie in de normaliseringsoperatie te willen betrekken.¹⁰ Overwogen werd uitzonderingen te laten bestaan voor enkele categorieën, zoals leden van de rechterlijke macht en de krijgsmacht. Een nieuwe impuls is aan de discussie gegeven door een in november 1997 door de Tweede Kamer aangenomen motie, waarin de regering verzocht werd na te gaan onder welke voorwaarden de ambtelijke status kan worden afgeschaft. Ondertussen lijkt enige stagnatie van de gelijkschakeling te zijn opgetreden. In de Trendnota 2001/2002 meldt de regering dat de gelijkschakeling ook haar grenzen heeft. 'Een aantal grondbeginselen die specifiek samenhangen met het bijzondere

7. Op de vergadering van de Nederlandse Juristenvereniging van 1982 was de overgrote meerderheid van mening dat de divergentie in de rechtspositie van de ambtenaar en de werknemer verworpen moest worden en overeenstemming bevorderd. Ook in de recentere discussies wordt steeds meer gepleit voor het doen verdwijnen – zo spoedig mogelijk dan wel op de lange duur – van de verschillen. In deze zin ook Niessen 1982, p. 150.

8. In deze zin, met onbegrip voor de vertraging, Van der Heijden 2002, p. 1093. Zie al eerder Uhlenbroek 2001. Van der Heijden 2008, en het overzicht van P. du Bois, 'Ambtenaar 3.0', te vinden www.jur.uva.nl/hsi, onder publicaties.

9. Sprengers 1998.

10. Kamerstukken II 1993/94, 23 400 VII, nr. 31.

karakter van de overheid, lenen zich beslist niet voor marktconformiteit.¹¹ De regering doelt – zo blijkt uit de Trendnota – met deze grenzen onder meer op de aan de ambtenaar te stellen eisen in verband met integriteit (zie hierover par. 4.4.3). Nader onderzoek werd aangekondigd om te bepalen of het normalisatieproces verder moet worden doorgetrokken of dat een grens op dit punt is bereikt.¹² Dit onderzoek is uitgevoerd door een interdepartementale werkgroep,¹³ en daarna voorgelegd aan de ROP, die in 2006 een verdeeld advies terzake gaf. De werknemersverenigingen blijken tegen verdere normalisatie, terwijl de werkgevers in een verdergaande normalisatie grote voordelen zien. Mede naar aanleiding van dat onderzoek is de regering van mening dat een afschaffing van de ambtelijke status onwenselijk is. In een brief van 30 oktober 2008¹⁴ wordt onder meer gewezen op de bijzondere positie van de overheid als werkgever ten opzichte van de werkgevers in het bedrijfsleven. Zo worden de overheidswerkgevers niet toegelaten tot de SER. Ook zou het afschaffen van de ambtenarenstatus gevolgen kunnen hebben voor het eigenrisicodragerschap van de werkloosheidsuitkering, hetgeen een kostenverhoging met zich zou brengen. Belangrijker ter rechtvaardiging van een aparte status lijkt de regering te vinden dat de ambtenaar dient te zorgen voor het functioneren en voortbestaan van een democratische rechtsstaat en daartoe overheidsgezag moet uitoefenen. Daarbij sluit de regering niet uit dat in bepaalde sectoren op grond van specifieke overwegingen een andere keuze zal worden gemaakt.

Een andere ontwikkeling die hier moet worden genoemd, is die waarbij het overheidsorgaan bewust geen aanstelling tot ambtenaar verleent, maar wel werkzaamheden laat verrichten die ook op grond van een aanstelling hadden kunnen worden verricht. Zoals ook werkgevers in het bedrijfsleven soms proberen de arbeid op basis van een zo ‘makkelijk’ mogelijke contractuele basis te laten uitvoeren, hebben ook overheidswerkgevers soms die neiging. Een voorbeeld hiervan zijn verschillende universiteiten die lange tijd niet alleen promotieonderzoek door daartoe aangestelde AIO's laten verrichten, maar ook door beurspromovendi. Deze promovendi onderscheidden zich nauwelijks van AIO's, maar waren niet aangesteld en ontvingen een beurs, die aanzienlijk lager was dan het salaris voor een AIO. Deze beurspromovendi stelden zich op het standpunt dat ze moeten worden geacht een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht te hebben gesloten, hetgeen de Hoge Raad honoreerde.¹⁵ Naar mijn mening ten onrechte, nu op grond van artikel 7:615 BW ook de definitie van de arbeidsovereenkomst als verwoord in artikel 7:610 BW niet op de rechtsbetrekking tussen een publiekrechtelijk lichaam en iemand die daar werkzaam is, van toepassing is, zodat zelfs als de rechtsrelatie aan alle voorwaarden voor het aannemen van een arbeidsover-

eenkomst voldoet, er toch geen arbeidsovereenkomst kan worden aangenomen.¹⁶ Naar mijn mening kan evenmin een aanstelling in een geval als dat van de beurspromovendi worden aangenomen.¹⁷ Voor het aannemen van een aanstelling zonder een daartoe strekkend schriftelijk besluit moet volgens de Centrale Raad ‘duidelijk blijken van een aan de zijde van het betrokken bestuursorgaan levende bedoeling om een dergelijke verhouding tot stand te brengen dan wel van feiten en omstandigheden op grond waarvan de betrokken werknemer heeft mogen begrijpen dat een aanstelling tot ambtenaar feitelijk heeft plaatsgevonden’.¹⁸ Uit de gekozen constructie blijkt dat het overheidsorgaan nu juist geen aanstelling wilde, zodat die ook niet kan worden aangenomen. Daarbij komt dat, in tegenstelling tot het arbeidsrecht, de bedoeling van partijen bij het duiden van de rechtsrelatie van minder belang is, hetgeen samenhangt met de eenzijdigheid van de aanstelling. Dat dit leidt tot een onwenselijke lacune in de rechtsbescherming is evident. Dat kan mijns inziens slechts worden opgelost door een verandering van de wettelijke regelingen. Zie over dit onderwerp verder paragraaf 2.1.1 en over flexibele arbeidsrelaties paragraaf 2.6-2.9.

1.6 Ambtenarenrecht als deel van het arbeidsrecht

Het ambtenarenrecht, zoals in het voorwoord reeds uiteengezet, is deel van het arbeidsrecht. De verschillen tussen de rechtspositie van werknemers en ambtenaren is in de loop der jaren aanzienlijk verminderd. Veel recente arbeidswetgeving geldt zowel voor werknemers als voor ambtenaren. Dit geldt voor bijvoorbeeld de Wet aanpassing arbeidsduur (WAA) en de Wet arbeid en zorg (Waz). Het verschil in materiële rechtspositie tussen werknemer en ambtenaar neemt daardoor af. Toch is er nog steeds een aantal verschillen aan te wijzen. Onderstaand een overzicht van de belangrijkste verschillen.¹⁹

Aanstelling en ontslag

De arbeidsverhouding van de ambtenaar berust juridisch op een eenzijdige aanstelling door de overheid. Dat brengt mee dat bij de uitleg en toepassing van zijn rechtspositie het burgerlijk overeenkomstenrecht niet toepasselijk is, en dat geschillen over zijn rechten en plichten niet door de burgerlijke rechter worden beslecht, maar door de bestuursrechter.

De ontslagbescherming van ambtenaren is gedetailleerder geregeld dan het gewone ontslagrecht, onder meer door een in beginsel uitputtende opsomming van de gronden voor ontslag. In vele gevallen kan men zeggen dat de ambtenaar beter beschermd is dan de particuliere werknemer. Voor het ontslag van een ambtenaar is echter geen

11. Kamerstukken II 2001/02, 28 002, nr. 1-2, p. 32.

12. Trendnota Arbeidszaken Overheid 2004, p. 21, Kamerstukken II 2003/04, 29 204, nr. 1-2.

13. Buitengewoon normaal, Rapport van de werkgroep ‘Normalisatie rechtspositie overheidspersoneel’, 2005-04, Kamerstukken II 2005/06, 30 311, nr. 1.

14. Trendnota Arbeidszaken Overheidspersoneel, Kamerstukken II 2008/09, 31 701, nr. 5.

15. HR 14 april 2006, NJ 2007, 447, m.nt. E. Verhulp.

16. Anders: Ktr. Groningen 17 juni 2009, JAR 2009/224.

17. Anders: Van Waegeningh 2008, p. 686.

18. CRvB 30 januari 1990, TAR 1990, 74 en Rb. 's Hertogenbosch 10 januari 2005, TAR 2005, 43.

19. Zie ook Trendnota Arbeidszaken Overheidspersoneel 2009, Kamerstukken II 2008/09, 31 701, nr. 5, voor een overzicht van de belangrijkste verschillen.

vooraangaande toestemming van de CWI vereist en voor werknemers wel. Voorts kent het ambtenarenrecht in tegenstelling tot het civiele ontslagrecht niet de figuur van rechterlijke ontbinding. Zie voor aanstelling en ontslag verder hoofdstuk 2.

Overige individuele rechten en plichten

Voor de meeste werknemers zijn de belangrijkste rechten en plichten (beloning, werktijden, vakantie, overwerk, enzovoort) geregeld in cao's. Een aantal aspecten van de arbeidsovereenkomst heeft de wetgever zo belangrijk gevonden dat hij daaromtrent een regeling heeft getroffen in het Burgerlijk Wetboek. Voor ambtenaren staan al die zaken in rechtspositiereglementen, zoals voor rijksambtenaren in het ARAR en voor gemeenteammbtenaren in de CAR/UWO. Deze reglementen zijn door de overheid eenzijdig vastgesteld, zij het dat dat pas geschiedt nadat over de inhoud overeenstemming is bereikt in de ROP. Een uiteenzetting van de materiële rechtspositie van ambtenaren is te vinden in hoofdstuk 4.

Sociale zekerheid

Voor de volksverzekeringen, zoals AOW en Anw, maakt het geen verschil of iemand al dan niet in dienst van de overheid is of is geweest. Hetzelfde geldt voor de Algemene Bijstandswet. De werknemersverzekeringen, zoals de Ziektewet en de WIA, waren echter tot 1998 niet op ambtenaren van toepassing. Voor hen golden aparte regels, ten dele neergelegd in het ARAR en ten dele in andere bijzondere regelingen.

Sedert 1 januari 1998 vallen de ambtenaren voor hun arbeidsongeschiktheidsuitkering onder de WAO/WIA, net als andere werknemers. Met ingang van 1 januari 2001 zijn de Werkloosheidswet en de Ziektewet ook op de ambtenaren van toepassing. Het Rijkswachtgeldbesluit en de Uitkeringsregeling blijven nog van toepassing op 'oude' gevallen.

Verschillen met de particuliere sector zijn blijven bestaan doordat bovenwettelijke voorzieningen worden getroffen, als aanvulling op de wettelijke uitkeringen. Bovenwettelijke voorzieningen (meestal vastgelegd in cao's) zijn overigens in de particuliere sector reeds lang gebruikelijk, zodat hier niet gesproken kan worden van een uitzonderingspositie voor de ambtenaren. Het socialezekerheidsrecht voor ambtenaren wordt uitvoerig behandeld in hoofdstuk 5.

Collectief onderhandelen en collectieve actie

Het arbeidsvoorwaardenoverleg voor ambtenaren mondt niet uit in collectieve arbeidsovereenkomsten in de zin van de Wet CAO, maar in een onderhandelingsresultaat dat pas rechten en plichten voor individuele ambtenaren oplevert nadat het door de overheid is omgezet in algemeen verbindende regelgeving.

Ambtenaren mogen hun onderhandelingen kracht bijzetten door middel van collectieve acties, maar er gelden voor hen in dat opzicht wat meer beperkingen dan voor andere werknemers. Voor een deel vloeit dat voort uit de bijzondere taken van bepaalde categorieën van ambtenaren. Voor een ander deel hangen de beperkingen samen met het feit dat collectieve acties in de publieke sector vaker dan in de private sector leiden

tot hinder van en schade aan algemene belangen. De rechter ziet daarin nogal eens aanleiding dergelijke acties geheel of gedeeltelijk te verbieden. Dit onderwerp komt verder aan de orde in hoofdstuk 7.

Medezeggenschap

De tot 1995 overal in de rijksdienst voorkomende dienstcommissies voor ambtenaren hadden over het algemeen minder te vertellen dan de ondernemingsraden in het bedrijfsleven. Dat kwam vooral doordat hun medezeggenschap gekoppeld was aan de bevoegdheden van het hoofd van de diensteenheid, terwijl de werkelijk belangrijke beslissingen op een hoger niveau werden genomen. Bovendien kon een dienstcommissie, anders dan een ondernemingsraad, niet in beroep komen bij een onafhankelijke rechter wanneer haar adviezen niet werden opgevolgd door de dienstleiding. Op grond van een wetswijziging uit 1995 is deze achterstand in medezeggenschap bij de overheid nu ingelopen door de invoering van ondernemingsraden. Evenwel is de medezeggenschap van ambtenaren niet geheel gelijk aan die van werknemers, doordat in de overheidssector sommige onderwerpen behoren tot het primaat van de politiek, en geen onderwerp van medezeggenschap kunnen zijn.²⁰ Zie over dit onderwerp verder hoofdstuk 8.

Rechtsbescherming

De individuele rechtsbescherming van ambtenaren is opgedragen aan een administratieve rechter (sector bestuursrecht van de rechtbank en Centrale Raad van Beroep) in plaats van de burgerlijke rechter (kantonrechter, gerechtshof, Hoge Raad). De administratieve rechter heeft een wat actievere rol toebedeeld gekregen dan de meer lijdelijke civiele rechter. Een nadeel voor de rechtzoekende ambtenaar kan echter zijn dat hij slechts bij de rechter kan klagen als er een besluit (of weigering dan wel een handeling) van zijn werkgever is, terwijl de civiele werknemer zonder meer handhaving van zijn rechten kan vorderen. Dit brengt mee dat de ambtenarenrechter slechts uitspraak kan doen over het bestreden besluit en niet over andere zaken die er misschien toch mee te maken hebben. Dat kan ook leiden tot een ongewenste stapeling van beroepen, omdat de ambtenaar tegen ieder hem onwelgevallig besluit bezwaar zal moeten maken of beroep zal moeten indienen. Vaak zal een ambtenaar dat niet kunnen overzien. Een voorbeeld: een ambtenaar van wie het functioneren gedurende een paar jaar als onvoldoende wordt beoordeeld, en deswege wordt ontslagen, zal tegen de besluiten tot vaststelling van de beoordeling geen bezwaar/beroep hebben ingediend, zodat die besluiten in rechte vaststaan. Daarmee wordt het onderbouwen van een beroep tegen het ontslagbesluit moeilijk, omdat de ambtenaar niet alsnog de juistheid van de beoordelingen in het geding kan betrekken. In dit verband wordt wel gesproken van een 'onderdelenfuik'.²¹ Verder spelen in de bestuursrechtelijke ambtenarenprocedures vaak allerlei ingewikkelde bevoegdheids- en ontvankelijkheidsvragen die in het civiele arbeidsrecht niet voorkomen. Zo is het soms niet duidelijk

20. HR 26 januari 2000, JAR 2000/30 (Grenscorrectie Den Haag).

21. Zie voor de term en toelichting Alt 2009, p. 272 .e.v.

of een besluit waar de ambtenaar tegen opkomt, een besluit van algemene strekking is of niet. Als het besluit van algemene strekking is, is een beroep tegen dat besluit in beginsel niet ontvankelijk. Hoewel men zou kunnen volhouden dat hierdoor de positie van de ambtenaar tegenover de machtige overheid sterker beschermd is dan de positie van een werknemer tegenover zijn particuliere werkgever, ben ik geneigd het effect van de bedoelde bestuursprocesrechtelijke complicaties overwegend negatief te waarderen, omdat er vaak veel kostbare tijd en energie mee gemoeid is zonder dat dit leidt tot een betere materiële uitkomst. Zie voor de ambtenarenrechtspraak verder hoofdstuk 6.

Zoals uit het overzicht blijkt, kent het ambtenarenrecht een aantal eigen regels die van het algemene arbeidsrecht afwijken. Meestal gaat het om verschillende juridische technieken (bestuursrechtelijk versus privaatrechtelijk). Soms ook om verschillen in materiële rechtspositie, zoals ontslagbescherming of aanspraken bij werkloosheid. Men bedenke echter dat ook binnen de particuliere sector rechtspositionele verschillen bestaan op basis van verschillende cao's en personeelsregelingen. Wie goed kijkt en zich niet blind staart op rechtspositionele en juridisch-technische details, ziet onder de bijzonderheden van het ambtenarenrecht de algemene arbeidsrechtelijke grondpatronen. Een reden te meer om een studie van het ambtenarenrecht in een arbeidsrechtelijk kader te plaatsen vormt het feit dat de verschillen de laatste jaren aanzienlijk zijn verminderd, en het ambtenarenrecht steeds meer naar het arbeidsrecht tendert.