



## Reactie op consultatie:

# Aanpassingswetgeving normalisering rechtspositie ambtenaren

## Inleiding

Als auteur van *Het nieuwe Ambtenarenrecht* (Deventer 2017, Wolters-Kluwer, isbn: 978 90 13402 5) en als professional gespecialiseerd op dit rechtsgebied, heb ik met bijzondere belangstelling kennis genomen van de Aanpassingswetgeving normalisering rechtspositie ambtenaren. Niet beschikkend over de tools van de wetgevingsjurist kan ik die niet tot in alle diepte doorgronden. Het geheel maakt evenwel een volledige indruk en uit mijn netwerk krijg ik terug dat de gemaakte keuzes zijn terug te voeren op weloverwogen beleidskeuzes.

Desalniettemin is er m.i. noodzaak en (juridische) ruimte voor verbetering, waarvoor ik hier een pleidooi wil voeren. Ik beperk mij daarbij in deze reactie tot enige majeure onderwerpen die in dit verband spelen en waarvan herstel respectievelijk het alsnog opnemen daarvan in de aanpassingswetgeving naar mijn inzicht geen uitstel kan dulden.

Vanuit dat perspectief signaleer ik fundamentele juridische gebreken met betrekking tot de wijze waarop in de aanpassingswetgeving krachtens publiekrecht ingestelde zelfstandige bestuursorganen (zbo's) worden ingebed in de normalisering. Ik mis verder een voorstel met betrekking tot aanpassingswetgeving inzake het ambtenarentuchtrecht. Beide punten zijn te herleiden naar de algemene uitgangspunten die bij de totstandkoming van deze aanpassingswetgeving zijn gehanteerd.

Achtereenvolgens ga ik dan ook in op:

1. algemene uitgangspunten van de voorgestelde aanpassingswetgeving
2. positie van krachtens publiekrecht ingestelde zbo's na de normalisering
3. ontbreken van aanpassingswetgeving op het onderwerp ambtenarentuchtrecht
4. verwijzing

## 1. Algemene uitgangspunten van de voorgestelde aanpassingswetgeving

Als een orde draad loopt door de memorie van toelichting dat als belangrijkste uitgangspunt van de voorgestelde aanpassingswetgeving heeft te gelden dat deze technisch van aard is.

Dit wordt zo vertaald dat de uitgangspunten die de initiatiefnemers ten grondslag legden aan de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (Wnra) zoveel mogelijk worden geëerbiedigd. Er worden slechts inhoudelijke wijzigingen aangebracht wanneer dat:

- ten behoeve van een zorgvuldige implementatie en werkbaarheid in de uitvoering nodig is
- of om ongewenste en onbedoelde neveneffecten te voorkomen.

Voor het overige vormt een beleidsarme implementatie van de Wnra het uitgangspunt van de aanpassingswetgeving.

Voor wat betreft de in deze bijdrage door mij aan de orde gestelde ‘positionering van zbo’s’ betekent dit volgens de memorie van toelichting met zoveel woorden ‘*dat de zeggenschap over het personeel behouden moet blijven door het orgaan dat ook nu die zeggenschap heeft*’ en dat ‘*ook ten aanzien van de zeggenschap over de collectieve arbeidsvoorwaarden als uitgangspunt geldt dat de bestaande feitelijke situatie wordt gehandhaafd*’.

Voor wat betreft het door mij in deze bijdrage aan de orde ‘ambtenarentuchtrecht’ betekent dit dat geen aanpassingswetgeving wordt voorgesteld.

## **2. Positie van krachtens publiek recht ingestelde zbo’s na de normalisering**

Die uitgangspunten doen m.i. niet alleen geen recht aan de positie van zbo’s na de normalisering, maar zijn zelfs te beschouwen als *fundamentele juridische gebreken* in de aanpassingswetgeving.

### Het vigerend wettelijk stelsel:

Ik licht dat ten algemene toe vanuit het perspectief dat de overheid als wetgever in elk geval zijn eigen wetgeving serieus dient te nemen en dat in dezen naar mijn inzicht niet doet.

Laten we allereerst nog maar eens kijken naar de definitie waarmee de krachtens publiekrecht ingestelde zbo’s in de Wnra als *overheidswerkgever* zijn opgenomen. Die luidt in artikel 2 Ambtenarenwet 2017 (AW2017) onder h.: ‘*de overige krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen*’. Met andere woorden, als we kijken naar wat de initiatiefnemers met betrekking tot de zbo’s voor ogen stond en door het parlement ook als wetgeving is aangenomen, dan blijkt hieruit zonneklaar dat de ‘krachtens publiekrecht ingestelde *zelfstandige bestuurorganen*’ na de normalisering als ‘krachtens publiekrecht ingestelde *rechtspersonen*’ verder gaan.

Dat kan ook niet anders want – hier kort samengevat – de overgang van een publiekrechtelijk naar een privaatrechtelijk ambtenarenrecht betekent onontkoombaar de arbeidsrechtelijke overgang van het bestuursrechtelijke begrip ‘bestuursorganen’ naar het civielrechtelijke begrip ‘rechtspersonen’. Ik licht dat hier niet nader toe omdat de memorie van toelichting tot uitdrukking brengt die overgang te begrijpen (§ 4.2). De krachtens publiekrecht ingestelde zbo’s zijn voor het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid afhankelijk van artikel 2:1 lid 2 BW: ‘*Andere lichamen, waaraan een deel van de overheidstaak is opgedragen, bezitten slechts rechtspersoonlijkheid, indien dit uit het bij of krachtens de wet bepaalde volgt*’. De memorie van toelichting brengt evenzo tot uitdrukking te begrijpen dat aan de hier bedoelde zbo’s op grond van artikel 2:1 lid 2 BW rechtspersoonlijkheid *dient te worden toegekend* (wederom § 4.2).

Voorts dient in dit kader aandacht te worden besteed aan artikel 1 lid 1 van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (Wet CAO): ‘*Onder collectieve arbeidsovereenkomst wordt verstaan de overeenkomst, aangegaan door een of meer werkgevers of een of meer verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid van werkgevers en een of meer verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid van werknemers, waarbij voornamelijk of uitsluitend worden geregeld arbeidsvoorwaarden, bij arbeidsovereenkomsten in acht te nemen.*’

Kortom, een aanpassingswetgever die zijn eigen wettelijk stelsel serieus neemt ontkomt er bij een consequente doorvoering van de hiervoor beschreven componenten in hun onderlinge juridische samenhang niet aan om:

- de krachtens publiekrecht ingestelde zbo's als *rechtspersonen* verder te laten gaan (Wnra)
- bestaande wetgeving aan te passen aan de situatie dat deze zbo's ook daadwerkelijk *in het bezit van* (per definitie: privaatrechtelijke) rechtspersoonlijkheid worden gesteld (BW).
- bestaande wetgeving aan te passen aan de situatie dat krachtens publiekrecht ingestelde zbo's (desgewenst) *als overheidswerkgever eigen cao's* kunnen afsluiten (Wet CAO).

#### De voorstellen van de aanpassingswetgever:

Die juridische slag maakt de aanpassingswetgever met betrekking tot de krachtens publiekrecht ingestelde zbo's evenwel niet.

Meer concreet kijkt de aanpassingswetgever op de navolgende twee onderdelen fundamenteel af van het hiervoor beschreven vigerend wettelijk stelsel:

- de rechtspersoonlijkheid van krachtens publiekrecht ingestelde zbo's die deel uitmaken van de Staat blijft in handen van de minister onder wie de betreffende zbo thans ressorteert (§ 4.2.1 en § 4.2.5)
- alle krachtens publiekrecht ingestelde zbo's – ook die met eigen rechtspersoonlijkheid – die thans niet de bevoegdheid hebben de collectieve arbeidsvoorwaarden voor de eigen organisatie vast te stellen, zullen ook in het kader van de normalisering niet de bevoegdheid krijgen eigen cao's af te sluiten (§ 4.5).

De enige juridische motivering waarmee de memorie van toelichting die afwijkingen van het hiervoor omschreven vigerend wettelijk stelsel toelicht, betreft het hiervoor reeds beschreven beleidsarme karakter van de aanpassingswetgeving, welke zou meebrengen – ik citeer wederom - *'dat de zeggenschap over het personeel behouden moet blijven door het orgaan dat ook nu die zeggenschap heeft'* en dat *'ook ten aanzien van de zeggenschap over de collectieve arbeidsvoorwaarden als uitgangspunt geldt dat de bestaande feitelijke situatie wordt gehandhaafd'*.

#### Beschouwing vanuit andere perspectieven:

Ook het bezien vanuit andere perspectieven leidt eenduidig tot de hiervoor ingenomen stelling dat de aanpassingswetgever er zorg voor moet dragen dat de krachtens publiekrecht ingestelde zbo's tot volwaardige zelfstandige rechtspersonen worden omgebouwd.

1. Ten eerste verdient in dat verband opmerking, dat de overheid (lees: zowel de centrale overheid als alle decentrale overheden) als *werkgever* groot voorstander was van de 'normalisering'. Het kernpunt van de 'normalisering' wordt gevormd door de onverkorte implementatie in de publieke sector (behoudens voor de uitgezonderde sectoren) van het voor de marktsector geldende BW-arbeidsrecht. De enige uitzondering die daarop gaat gelden betreft de in dit verband niet terzake doende AW2017.

Thans is het in de onderhavige aanpassingswetgeving diezelfde overheid die als *wetgever* met speciale wetgeving wil bewerkstelligen dat deze onverkorte Wnra-implementatie niet gaat gelden voor de krachtens publiekrecht ingestelde zbo's voor wat betreft de hiervoor beschreven essentiële aspecten van arbeidsrecht: zeggenschap over het eigen personeel en/of collectieve arbeidsvoorwaarden. In dit verband weliswaar niet met het in het leven roepen van nieuwe daartoe strekkende wetgeving, maar door het bewust handhaven van bestaande wetgeving die aan de onverkorte arbeidsrechtelijke overgang van zbo's naar het genormaliseerde stelsel in de weg staat.

Het enige doel dat de overheid daarmee voor ogen staat is het handhaven van de huidige ministeriële (lees: juridisch vorm gegeven politieke) grip op de krachtens publiekrecht ingestelde zbo's zoals die naar thans geldende wetgeving mogelijk is en wordt toegepast. Een beroep op de eerbiediging van de uitgangspunten van de initiatiefnemers komt de aanpassingswetgever in dit verband niet toe. De initiatiefnemers hebben zich nimmer bezig gehouden met de onderlinge politieke en juridische verhouding tussen de rijksoverheid en de krachtens publiekrecht ingestelde zbo's. De initiatiefnemers hebben zich louter gebogen over de vraag wie in het genormaliseerde stelsel als overheidswerkgevers respectievelijk ambtenaren hebben te gelden en waarom.

Geen nader betoog behoeft dat de overheid als *werkgever* niet de bevoegdheid toekomt om de (ambtenaren van) krachtens publiekrecht ingestelde zbo's aldus juridisch buiten spel te plaatsen. Een dergelijke gang van zaken waarin de overheid als *wetgever* dingen doet die diezelfde overheid als *werkgever* niet in staat is te doen, is in de kern niet anders te beschouwen dan als politieke willekeur.

2. Verder geldt in dit verband in het arbeidsovereenkomstenrecht als wettelijk uitgangspunt dat de elementen van artikel 7:610 BW (arbeid, loon en ondergeschiktheid) steeds gelden in de relatie tussen de betreffende werkgever en de betreffende werknemer.

In elk geval de juridisch koninklijke weg leidt er dan onontkoombaar toe dat de arbeidsovereenkomst wordt gesloten tussen degenen die daadwerkelijk als werkgever respectievelijk werknemer zijn aan te merken. Een overheid die zijn eigen juridisch stelsel serieus neemt zal ook op dit aspect alleen de juridisch koninklijke weg kunnen (en willen) bewandelen.

In artikel 16 van de Kaderwet zbo's is bepaald – kort samengevat – dat het element ondergeschiktheid louter speelt in de relatie tussen de zbo en de betreffende werknemer.

Ook vanuit die overwegingen dient de aanpassingswetgever zich te onthouden van wetgeving waarmee in de genormaliseerde situatie de zeggenschap over het personeel van zbo's in handen van een minister blijft in de zin als voorgesteld.

Advies aan aanpassingswetgever:

Een advies aan de aanpassingswetgever kan dan ook niet anders luiden dan:

- signaleer dat de gekozen route met betrekking tot krachtens publiekrecht ingestelde zelfstandige bestuursorganen een juridisch onbegaanbaar pad is
- verlaat de in de aanpassingswetgeving thans ingenomen uitgangspunten op dit onderdeel en ontwikkel het hier besproken deel van de aanpassingswetgeving redenerend vanuit het hiervoor geschetste vigerend juridisch kader en stelsel

- ken aan alle krachtens publiekrecht ingestelde zbo's rechtspersoonlijkheid toe in de betreffende instellingswetten
- pas bestaande wetgeving zo aan dat krachtens publiekrecht ingestelde zbo's als overheidswerkgever eigen cao's kunnen afsluiten.

### 3. Het ontbreken van aanpassingswetgeving op het aspect ambtenarentuchtrecht

Hetzelfde beleidsarme karakter van de onderhavige aanpassingswetgeving staat er aan in de weg dat voorstellen zijn gedaan in het kader van het *ambtenarentuchtrecht*.

Daar is op zichzelf genomen ook van alles voor te zeggen. In het kader van de totstandkoming van de Wnra is het huidige ambtenarentuchtrecht als gevolg van bewuste en weloverwogen uitgangspunten genormaliseerd. Dat wil in dit verband zeggen dat het parlement een bewuste keuze heeft gemaakt om na de normalisering het thans in de marktsector geldende *BW-arbeidstuchtrecht* ook voor de publieke sector onverkort en niet aangepast aan de publieke sector van toepassing te verklaren.

De navolgende redenen geven mij aanleiding dit onderwerp hier toch aan de orde te stellen:

- het is zeer de vraag of het parlementaire Wnra-debat op dit onderwerp vanuit voldoende deskundigheid is gevoerd
- er pleit veel voor om het huidige publiekrechtelijke ambtenarentuchtrecht onverkort in de AW2017 op te nemen
- zoveel zelfs, dat op goede gronden pleitbaar is dat het als gevolg van de normalisering afschaffen van het huidige ambtenarentuchtrecht van de publieke sectoren als een ongewenst neveneffect is te beschouwen dat met aanpassingswetgeving alsnog inhoudelijke bijstelling behoeft
- de staatsrechtelijke positie van de minister van BZK staat er niet aan in de weg in het kader van aanpassingswetgeving een voorstel daarvoor te doen, niet tegenstaande het feit dat het ambtenarentuchtrecht op de hiervoor beschreven wijze 'bewust genormaliseerd' is
- op congressen, seminars en dergelijke blijkt het na de normalisering vervallen van het huidige publiekrechtelijke ambtenarentuchtrecht een bron van zorg voor veel ambtenaren.

In mijn boek *Het nieuwe ambtenarenrecht* heb ik tot in detail zichtbaar gemaakt welke evidente tekortkomingen en onjuistheden aan de orde zijn geweest in het parlementaire debat bij de totstandkoming van de Wnra over het ambtenarentuchtrecht en tot welke juridische consequenties dat leidt. Het gaat te ver die gehele opsomming hier te herhalen.

Ik volsta dan ook met de navolgende korte samenvatting:

- het huidige ambtenarentuchtrecht is inhoudelijk geheel geïncorporeerd in de *ambtelijke rechtspositiereglementen* van de diverse publieke sectoren
- in het parlementaire Wnra-debat is het ambtenarentuchtrecht alleen aan de orde geweest op het niveau van de *formele wetten* Ambtenarenwet en Burgerlijk Wetboek
- hetgeen betekent dat er geen inhoudelijk diepgaande vergelijking tussen het huidige publiekrechtelijke ambtenarentuchtrecht en het arbeidstuchtrecht van de marktsector in het parlementaire Wnra-debat heeft plaatsgevonden

- en dat de publieke sector het na de normalisering zal moeten doen met een veel minder uitgekristalliseerd stelsel van ambtenarentuchtrecht dan thans het geval is.

In mijn boek *Het nieuwe ambtenarenrecht* heb ik eveneens tot in detail zichtbaar gemaakt welke argumenten er zijn te duiden om alsnog het huidige in de ambtelijke rechtspositiereglementen geïncorporeerde ambtenarentuchtrecht met aanpassingswetgeving in de AW2017 op te nemen.

Daarom ook hierover een slechts korte samenvatting op essentiële onderdelen:

- in de AW2017 zijn alle vanwege de bijzondere positie van de overheid specifiek met de ambtelijke (rechts)positie verbonden verplichtingen, verband houdend met de rechtstatelijkheid en integriteitsbesef van de ambtelijke dienstbetrekking, ook na de normalisering bewust *publiekrechtelijk* verankerd
- met de Wnra is ook de norm van ‘goed ambtenaarschap’ vanuit de rechtspositiereglementen van de publieke sectoren naar het niveau van de AW2017 getild
- het alsnog opnemen in (§ 3 van) de AW2017 van het gehele vanouds met die specifieke verplichtingen en normen verbonden uitgekristalliseerde publiekrechtelijke stelsel van ambtenarentuchtrecht / disciplinaire straffen, brengt het thans vorm gegeven nieuwe publiekrechtelijke stelsel weer in evenwicht en is reeds daarom onmisbaar
- waardoor buiten discussie komt dat ook de – juridisch lastig met het civielrechtelijke ontslag op staande voet te verenigen, doch voor de specifiek ambtelijke verhoudingen onmisbare - disciplinaire straf van ‘voorwaardelijk strafontslag’ na de normalisering kan blijven worden opgelegd als gevolg van de inbedding van die straf in de formele wet AW2017 (*lex specialis*)
- het arbeidstuchtrecht in de marktsector daarmee geenszins tekort wordt gedaan omdat dit dan alleen voor ambtenaren geldende tuchtrecht specifiek toeziet op de positie van de overheid als hoeder van het algemeen belang en de bijzondere verplichtingen die daar voor (genormaliseerde) *ambtenaren en hun overheidswerkgevers* bijhoren
- het om diverse redenen zeer aan te bevelen is gelijktijdig ook alsnog de norm van ‘goed overheidswerkgeverschap’ in de AW2017 te verankeren.

#### Advies aan aanpassingswetgever:

Een advies aan de aanpassingswetgever kan dan ook niet anders luiden dan het alsnog serieus in overweging nemen om in de onderhavige aanpassingswetgeving een voorstel op te nemen dat ertoe leidt dat het huidige publiekrechtelijke ambtenarentuchtrecht, in het bijzonder het huidige daarin vastliggende uitgekristalliseerde stelsel van disciplinaire straffen, alsnog in de AW2017 wordt opgenomen.

#### **4. Verwijzing**

Het hiervoor gestelde is door mij in veel uitgebreidere beschouwingen al opgenomen in mijn boek *Het nieuwe ambtenarenrecht*.

Voor wat betreft de positie van zbo’s verwijs ik naar hoofdstuk 3 van mijn boek, in het bijzonder de (sub)paragrafen 3.1, 3.3.1, 3.3.6 t/m 3.3.6.7 (m.u.v. § 3.3.6.4.), 3.5 en 3.5.2.

Voor wat betreft cao-overleg in de publieke sector naar hoofdstuk 4 van mijn boek, in het bijzonder de paragrafen 4.1 t/m 4.3.

Voor wat betreft het ambtenarentuchtrecht: hoofdstuk 7 van mijn boek.

Nieuwerkerk aan den IJssel, 8 maart 2018

mr. A.J.M. (Ed) van Meer