

Vijf jaar Ambtenaar & Recht in vogelvlucht

Redactie: mr. J. Blanken, mr. B. Damen,
mr. N. Hummel, mr.dr. B.B.B. Lanting



Vereniging Ambtenaar & Recht

Vijf jaar Ambtenaar & Recht in vogelvlucht

Vijf jaar
Ambtenaar & Recht
in vogelvlucht

Redactie:

Mr. J. Blanken

Mr. B. Damen

Mr. N. Hummel

Mr. dr. B.B.B. Lanting



Vereniging Ambtenaar & Recht



Vijf jaar Ambtenaar & Recht in vogelvlucht

Redactie:

Mr. J. Blanken

Mr. B. Damen

Mr. N. Hummel

Mr. dr. B.B.B. Lanting

Reeks Vereniging Ambtenaar & Recht

1. Wetsvoorstel normalisering rechtspostie ambtenaren (september 2012)
2. Vijf jaar Ambtenaar & Recht in vogelvlucht (november 2014)

Dit boek is een uitgave van
Celsus juridische uitgeverij | Amersfoort
www.celsusboeken.nl
info@celsusboeken.nl

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden vermenigvuldigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar worden gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteurs. Hoewel aan deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur noch Celsus juridische uitgeverij aansprakelijkheid voor de aanwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolkomenheden. *No part of this book may be reproduced in any form, by print, photo print, microfilm or any other means without written permission of the publisher.*

ISBN 978-90-8863-148-1

NUR 825

© 2014 Teksten: mr. R. van Arkel, prof. mr. B. Barentsen, mr. H.N. Brouwer, prof. mr. M.J. Cohen, mr. E.J.M. Hofhuis, mr. N. Hummel, mr. dr. S.F.H. Jellinghaus, mr. dr. B.B.B. Lanting, mr. dr. C.R. Niessen, mr. drs. C.M. Sjerps, mr. dr. C.F. Sparrius, mr. L.C.J. Sprengers, mr. M.B. de Witte-van den Haak en mr. dr. J.P.H. Zwemmer.

© 2014 Vormgeving: Celsus juridische uitgeverij
Lay out: Bureau Lopend Vuur

Inhoudsopgave

Voorwoord	VII
Mr. M.B. de Witte-van den Haak	
Inleiding	1
Mr. N. Hummel en mr. dr. B.B.B. Lanting	
1 Borrelpraat en feiten over de rechtspositie van ambtenaren	7
<i>Waarom initiatiefontwerp 32550 tot verdere normalisering van de ambtelijke rechtspositie geen wet moet worden, en wat te doen als dit toch gebeurt</i>	
Mr. dr. C.R. Niessen	
2 Buitengewoon bijzonder	19
<i>Enkele persoonlijke observaties over de discussie betreffende de ‘normalisering’ van de ambtelijke rechtspositie</i>	
Drs. mr. C.M. Sjerps	
3 Wetgevende macht of onmacht: de wetgever als integriteitsbevorderaar	25
Mr. H.N. Brouwer	
4 Het gras is niet altijd groener aan de overkant	41
Prof. mr. B. Barentsen	

5	De ene ziekte is de andere niet Mr. R. van Arkel	59
6	Reorganisaties binnen de overheid in de 21^e eeuw Mr. dr. S.F.H. Jellinghaus	71
7	Collectief overleg bij reorganisaties: enkele actuele ontwikkelingen Mr. L.C.J. Sprengers	83
8	Vrijheid van meningsuiting van ambtenaren: ruime maar niet onbeperkte mogelijkheden Mr. dr. C.F. Sparrius en prof. mr. M.J. Cohen	99
9	Payrollwerknemers bij de overheid <i>Rechtbank Den Haag kraakt payrollconstructie bij Agentschap NL: is de bij de overheid werkzame payrollwerknemer ambtenaar?</i> Mr. dr. J.P.H. Zwemmer	109
10	De ambtenaar en het recht op gelijke behandeling Mr. E.J.M. Hofhuis	127
	Over de auteurs en redactieleden	141
	Overzicht van de themabijeenkomsten	143

Voorwoord

Wat is een minister of burgemeester zonder zijn ambtenaren? Betrekkelijk weinig. Een tandeloze tijger of roepende in de woestijn! De samenleving heeft mensen nodig die bereid zijn zich in te zetten voor de publieke zaak ofwel het algemene belang: ambtenaren. En dat geldt niet alleen de uitvoerende macht. Alle drie de staatsmachten hebben ambtenaren nodig om het vele werk dat nodig is in het belang van de samenleving te verrichten. Door de jaren en misschien wel eeuwen heen veranderen de opvattingen over wat er precies nodig is in het algemeen belang en wat er tot het publieke domein behoort en wat niet. Hoe je daartegen aankijkt hangt ook af van je visie op de overheid.

Op 8 december 2009 is de Vereniging voor Ambtenaar & Recht opgericht door middel van het verlijden van een notariële akte. Een notaris is met het oog op zijn wettelijke taken, zoals het verlijden van een oprichtingsakte van een stichting, ambtenaar. Hij wordt genoemd in de Ambtenarenwet als een van de ambtenaren op wie titel III van die wet, de bepalingen van materieel recht, niet van toepassing is. De notaris wordt benoemd bij Koninklijk Besluit. De notaris is de door de wet aangewezen onpartijdige juridische deskundige aan wie bij uitsluiting de bevoegdheid tot het opmaken en verlijden van authentieke akten is toegekend. Die akten hebben specifieke rechtsgevolgen. Met de benoeming bij Koninklijk Besluit heeft de wetgever tot uitdrukking gebracht dat de notaris een bijzondere plaats inneemt in de burgerrechtelijke rechtsbedeling. Onze vereniging heeft dat aan den lijve ervaren: zonder de notariële akte zouden we niet de vereniging zijn, die we zijn. De overheid heeft met de benoeming

van notarissen bemoeienis in het belang van de rechtszekerheid en de handhaving van de maatschappelijke orde op belangrijke terreinen van burgerlijk recht. De notaris is in de uitoefening van dezelfde functie zowel ambtenaar als ondernemer.

De redengeving van zijn ambtenaarschap is interessant. Deze kent drie elementen: onpartijdigheid, deskundigheid en de aard van zijn bevoegdheid. Er is dus iets bijzonders met ambtenaren! Iets wat hen onderscheidt van alle andere werknemers.

De Code of conduct van *civil servants* in the United Kingdom luidt:

‘As a civil servant, you are appointed on merit on the basis of fair and open competition and are expected to carry out your role with dedication and a commitment to the Civil Service and its core values: integrity, honesty, objectivity and impartiality.’

De Nederlandse Ambtenarenwet schrijft onder meer een ambtseed en een integriteitsbeleid voor. De vrijheid van meningsuiting van een ambtenaar kent specifieke beperkingen.

Dat de ambtenaar bijzonder is, onderkennen ook de oprichters van onze vereniging. Zij wilden een platform bieden voor kennisuitwisseling, dialoog en debat voor eenieder met specifieke interesse in arbeidsverhoudingen bij de overheid. Het snel groeiende ledental van de vereniging, de grote opkomst bij de bijeenkomsten en de actieve dialoog die daar plaatsvindt, heeft laten zien dat de Vereniging kennelijk inderdaad in een behoefte voorziet.

De komende ‘normalisering’ zal dat niet anders maken. Het is een behoorlijk ingreep die, behoudens alsnog opkomende andere inzichten in de Eerste Kamer, gaat plaatsvinden. De transitie zal tal van vragen gaan oproepen. De combinatie van de normalisering met de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid maakt een en ander nog interessanter. Geen van beide stelsels, noch het arbeidsrecht, noch het ambtenarenrecht is dan meer vertrouwd. In deze bundel wordt geconstateerd dat met de WWZ het arbeidsrecht meer gaat lijken op wat thans het ambtenarenrecht is. Op papier is dat, gelet op het stelsel van ontslaggronden in de WWZ waaraan zowel UWV als de rechter moet toetsen, zeker zo. Hoe dat in de praktijk zal uitpakken zal echter enorm afhangen van de wijze waarop de werkgevers en werknemers en UWV het gaan toepassen maar misschien meer nog, van de wijze waarop rechters zullen gaan toetsen. Er gaapt een wereld van verschil tussen de aanpak van de kantonrechter en die van de Centrale Raad van Beroep. En wat zal een kantonrechter doen met een beroep op algemene beginselen van behoorlijk bestuur, die

in de verhouding tussen ambtenaar en ambtelijk werkgever hun gelding behouden? Meer dan genoeg stof voor gesprek de komende jaren.

Ik heb het voorrecht gehad de bundel die voor u ligt op voorhand te mogen lezen. Het is een dwarsdoorsnede van alles waarover wij de afgelopen vijf jaar met elkaar hebben gesproken. Hij biedt meer dan voldoende aanknopingspunten om het gesprek binnen onze vereniging voort te zetten. Ik ben de auteurs en de redactie zeer erkentelijk voor het vele werk dat zij voor de totstandkoming van deze bundel en in het algemeen belang hebben gedaan. Ik beveel u de bundel van harte ter lezing aan. Het is zowel voor de theorie als voor de praktijk eigenlijk verplicht huiswerk.

Monique de Witte-van den Haak
Voorzitter Vereniging Ambtenaar & Recht

Inleiding

Mr. dr. B.B.B. Lanting en mr. N. Hummel¹

Het thema voor het lustrumcongres van 13 november 2014 is ‘Ambtenaren en recht in internationaal perspectief’. Als ‘rode draad’ geldt daarbij de vraag:

De (juridische) grens tussen de ambtenaar en werknemer: zin of onzin?

Reeds decennialang is in Nederland een debat gaande rond normalisering van de rechtspositie van ambtenaren. Wellicht komt het nog dit najaar tot een apotheose, aangezien de Eerste Kamer zich op dit moment buigt over het initiatiefwetsvoorstel ‘Wet normalisering rechtspositie ambtenaren’, dat beoogt de eenzijdige aanstelling van ambtenaren definitief te vervangen door een tweezijdige arbeidsovereenkomst. Dit wetsvoorstel stond centraal tijdens de themabijeenkomst van 26 maart 2012, resulterend in de eerste uitgave van de Vereniging Ambtenaar & Recht: de bundel *Wetsvoorstel normalisering rechtspositie ambtenaren*.

Opvallend is dat in het normaliseringsdebat nauwelijks aandacht wordt besteed aan de rechtspositie van ambtenaren in de ons omringende landen. De memorie van toelichting vermeldt slechts:

Er zijn ook al Europese landen – Zweden, Denemarken, Italië – die Nederland voor zijn gegaan op de weg naar het van toepassing verklaren van het burgerlijke

¹ Mr. dr. B.B.B. Lanting is universitair docent aan de Universiteit van Amsterdam en Tilburg University. Mr. N. Hummel is als docent-onderzoeker verbonden aan de Vrije Universiteit.

arbeidsovereenkomstenrecht op (een deel van hun) ambtenaren.²

Vervolgens wordt gerefereerd aan internationale verdragen, zoals Conventie nr. 151 van de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO), in welk verdrag het recht op collectief onderhandelen bij de overheid is opgenomen. Dit vinden we eveneens terug in artikel 6 van het Europees Sociaal Handvest (ESH). Beide verdragen laten de aangesloten landen evenwel de ruimte om de arbeidsvoorwaarden van werknemers bij de overheid eenzijdig vast te stellen, zolang de ambtenarenorganisaties maar reëel kunnen participeren in de totstandkoming daarvan. Hiermee wordt recht gedaan aan het verschil in de wijze waarop de arbeidsverhoudingen bij de overheid in de diverse landen zijn vormgegeven; bewust spreken de internationale verdragen zich niet uit over het karakter hiervan, eenzijdig of tweezijdig.

Het is dan ook niet verbazingwekkend dat de discussie rond de rechtspositie van ambtenaren ook speelt in andere landen in Europa, temeer daar de herkomst van de (publiekrechtelijke) ambtelijke status in verschillende landen te herleiden is naar dezelfde opvatting van Duitse en Franse rechtsgeleerden uit de achttiende eeuw, namelijk dat uit het overheidsgezag voortvloeit dat de overheid niet kan contracteren met degenen die zij inschakelt om haar gezag uit te oefenen.³ Inmiddels is in sommige landen, waaronder Zweden, Denemarken en Italië, de rechtspositie van ambtenaren in meer of mindere mate gelijk getrokken met die van werknemers in de marktsector, zoals hiervoor ook in stelling gebracht door de initiatiefnemers van het wetsvoorstel.⁴ In deze landen is een arbeidsovereenkomst voor (een groot deel van de) ambtenaren gebruikelijk. In Zweden bijvoorbeeld werd deze ontwikkeling ingezet in de jaren zestig van de vorige eeuw. Destijds bleven evenwel nog steeds specifieke wetten bestaan voor het overheidsperoneel; deze werden in 1994 verder ‘genormaliseerd’. Desondanks bestaan nog steeds afwijkende regelingen. Overigens is in Zweden een aantal categorieën ambtenaren buiten de normalisering gehouden, namelijk ambtenaren in hoge leiding-

2 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 550, nr. 6, p. 15.

3 Bij het schrijven van deze inleiding is gebruik gemaakt van A.H.L. de Becker en K. Deckers, ‘Normalisering van de ambtelijke status: een rechtsvergelijkende kijk op de Nederlandse situatie’, *TAR* 2013/33; F.M. van der Meer, C.F. van den Berg en G.S.A. Dijkstra, *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*, Leiden: Centrum voor Publieke Sectorhervormingen Bestuurskunde Universiteit 2011; T. van Peijpe, ‘Ambtenaren onder het Europees arbeidsrecht’, *TAR* 2007/3.

4 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 550, nr. 6, p. 15; zie ook *Handelingen II* 2013/14, 23 januari 2014, nr. 45, p. 5.

gevende functies en leden van de rechterlijke macht. Typisch aan het genormaliseerde stelsel is de belangrijke plaats die het sociaal overleg met de vakbonden inneemt – het zogenoemde Zweedse model. Juist de mogelijkheid om bindende cao's te sluiten, vormde een belangrijke randvoorwaarde om te kunnen over gaan tot normalisering.

In Italië heeft de normalisering in de jaren negentig van de vorige eeuw plaatsgevonden nadat de regering werd gemachtigd om de publiekrechtelijke status van ambtenaren via decreten op te heffen, maar met uitzondering van bepaalde categorieën, zoals rechters, militairen, politie en hoogerleraren. Niettemin werd deze ontwikkeling in 2002 deels teruggedraaid met het besluit om topambtenaren (op het niveau van secretaris-generaal) toch weer eenzijdig te benoemen. Wel werd (en wordt) de duur, taakstelling en beloning vastgelegd in een overeenkomst.

In andere landen, waaronder het Verenigd Koninkrijk, is juist een tegen-gestelde ontwikkeling waar te nemen. In het Verenigd Koninkrijk hebben ambtenaren, zelfs politieagenten, weliswaar een arbeidsovereenkomst – dit vanwege het daar geldende rechtssysteem zonder (uitdrukkelijk) onderscheid tussen privaat- en publiekrecht (*common law*) –, maar recent is juist via nieuwe wetgeving het eigene van het werken bij de overheid benadrukt. Door het aannemen van de *Civil Service Act* in 2010 heeft het Verenigd Koninkrijk zijn ambtenaren in weerwil van de eigen traditie een wettelijke basis toebedeeld. In deze wet vinden we onder meer de kernwaarden van de *civil service*, namelijk onpartijdigheid, integriteit, eerlijkheid en objectiviteit.

Deze beknopte blik over de grenzen leert dat de discussie rond het karakter van de arbeidsverhouding van ambtenaren in Nederland niet op zichzelf staat. Terecht werd door de leden van D66-fractie in de Eerste Kamer dan ook de vraag gesteld of er 'leerpunten' zijn te trekken uit de overgang naar het private arbeidsrecht die bijvoorbeeld in Zweden en Italië heeft plaatsgevonden, voor zover de situatie aldaar is te vergelijken met de uitgangspositie van de werknemersstatus van ambtenaren ons land.⁵ Opvallend genoeg werd door de initiatiefnemers van het wetsvoorstel in antwoord hierop slechts gewezen op de loonstijgingen die (bij wijze van compensatie) gepaard gingen met deze normalisering; dit hoort volgens hen thuis in het cao-overleg.⁶

Het is echter moeilijk voorstelbaar dat dit het enige punt is dat de ontwikkelingen in andere landen ons kan leren. Mocht het wetsvoorstel wet

5 *Kamerstukken I 2013/14*, 32 550, nr. B, p. 7.

6 *Kamerstukken I 2013/14*, 32 550, nr. C, p. 14.

worden, dan roept dit allerlei vragen op, zoals hoe we moeten aankijken tegen de ambtenaar in genormaliseerde vorm, welke praktische problemen normalisering met zich brengt en hoe deze kunnen worden opgelost. En mocht de opmars van het wetsvoorstel onverhoopt worden gestuit door de Eerste Kamer – of, zij het niet waarschijnlijk, door de regering – dan is te voorzien dat de discussie ooit – op korte of lange termijn – als een boemerang zal terugkeren. Vandaar dat tijdens het lustrumcongres de vogelvlucht door vijf jaar Ambtenaar & Recht in een internationaal perspectief wordt geplaatst.

In tegenstelling tot het onderwerp van het congres ter gelegenheid van het eerste lustrum van de Vereniging Ambtenaar & Recht hebben de thema's die in deze bundel aan de orde komen betrekking op het nationale perspectief. De opzet van deze bundel is dat aan de lezer een terugblik wordt geboden op de uiteenlopende vraagstukken waarover de vereniging de afgelopen vijf jaar themabijeenkomsten heeft georganiseerd. De onderwerpen die in deze bundel centraal staan, komen dan ook overeen met de thema's van de tweejaarlijkse bijeenkomsten. Een uitzondering geldt voor de themabijeenkomst van 26 maart 2012, omdat daarover – zoals vermeld – al een afzonderlijke publicatie van de vereniging is verschenen. De bijdragen in deze bundel zijn in beginsel van de hand van degenen die eerder als spreker voor de vereniging zijn opgetreden. Aan hen is niet alleen gevraagd om een terugblik, maar zo mogelijk ook een vooruitblik op het onderwerp van de eerder gehouden lezing. Het resultaat valt te zien als Vijf jaar Ambtenaar & Recht in vogelvlucht.

De artikelen in deze bundel zijn gerangschikt per themabijeenkomst.⁷ Op de bijeenkomst van 9 november 2010 spraken Niessen en Sjerps over het onderwerp 'Ambtenarenrecht in de knel?' In zijn bijdrage voor deze bundel betoogt Niessen nog eens waarom het eerder genoemde initiatiefwetsvoorstel volgens hem niet tot wet dient te worden verheven. Sjerps daarentegen is van mening dat de argumenten voor verdere normalisering juist zwaarder wegen dan de argumenten daartegen. Wel stelt zij vast dat het onderhavige wetsvoorstel niet alle problemen zal oplossen en vraagt zij aandacht voor de kwetsbare positie van topambtenaren bij decentrale overheden.

Het thema 'Integriteit' vormde het onderwerp van de bijeenkomst van 15 maart 2011. Brouwer bespreekt twee wetsvoorstellen op het gebied van integriteit en vraagt zich daarbij af in hoeverre deze beide initiatieven van de wetgever bijdragen aan de bevordering van de ambtelijke en/of bestuurlijke integriteit. In zijn artikel geeft hij daarnaast een meer

7 Zie p. 129

abstracte bespiegeling over de vraag of het onderwerp ‘integriteit’ zich überhaupt leent om in wetgeving te worden gevangen.

Op 8 november 2011 hield de vereniging een bijeenkomst over ‘Werkgeversaansprakelijkheid’ en een jaar later op 12 november 2012 over ‘Ziekte en arbeidsongeschiktheid.’ Dat beide thema’s de nodige raakvlakken vertonen blijkt uit de artikelen van Barentsen en Van Arkel. Barentsen vraagt zich af of de ambtenaar dan wel de werknemer beter af is, wanneer het gaat om de vergoeding van werkgerelateerde gezondheidsschade. Hij bepleit op dit terrein normalisering in omgekeerde richting. De voorzieningen bij dienstongevallen en beroepsziekten zoals deze zijn geregeld voor ambtenaren, zouden volgens hem in beginsel ook voor werknemers dienen te gelden. Van Arkel vraagt zich af waarom ambtenaren met psychische klachten anders worden behandeld dan ambtenaren met lichamelijke klachten. Hij bespreekt daartoe de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep over het zogenoemde buitensporigheidsvereiste en vraagt zich af of dit vereiste, mits beter onderbouwd, niet ook bij vergoeding van werkgerelateerde schade in het arbeidsrecht zou kunnen gelden.

Het thema ‘Reorganisatie’ stond centraal tijdens de bijeenkomst van 12 maart 2013. Aan dit thema zijn tal van vraagstukken op het vlak van het collectieve ambtenarenrecht verbonden die door Sprengers worden belicht. Wat de positie is van individuele ambtenaren bij uiteenlopende vormen van reorganisatie zoals (her)plaatsing, (de)privatisering en out- en insourcing wordt besproken door Jellinghaus.

De bijeenkomst van 12 november 2013 was gewijd aan het thema ‘Ambtenaar en grondrechten.’ De lezing voor deze bijeenkomst van Cohen, de voorzitter van de Adviescommissie Grondrechten en Functie-uitoefening Ambtenaren (AGFA), is voor deze bundel tot een artikel bewerkt door Sparrius. In dit artikel wordt besproken op welke wijze de AGFA aan haar voorgelegde adviesaanvragen over de vrijheid van meningsuiting van ambtenaren toetst.

Flexibilisering vormde het thema van de voorjaarsbijeenkomst van dit jaar op 8 april 2014. Op deze bijeenkomst hield Zwemmer een lezing over payrolling. In zijn artikel vraagt Zwemmer zich af of de payrollwerknemers bij Agentschap NL ambtenaar zijn en bespreekt hij de meest recente jurisprudentie over payrollwerknemers in dienst van overheidsorganisaties.

VIJF JAAR AMBTENAAR & RECHT IN VOGELVLUCHT

1

Borrelpraat en feiten over de rechtspositie van ambtenaren

Waarom initiatiefontwerp 32550 tot verdere normalisering van de ambtelijke rechtspositie geen wet moet worden, en wat te doen als dit toch gebeurt.

Mr. dr. C.R. Niessen⁸

Strekking van het initiatiefontwerp 32 550 is het volledig gelijktrekken van de ambtelijke rechtspositie met die van gewone werknemers. Het zou beschamend zijn als dit wetsvoorstel het *Staatsblad* bereikt op basis van borrelpraat en misleidende redeneringen en zonder dat parlementariërs ten volle hebben beseft welke risico's het voorstel meebrengt. Ik ga daar hieronder op in. Ik zal zelfplagiaat daarbij niet schuwen, want ik vind zelfplagiaat niet verwijtbaar, ook zonder bronvermelding.⁹

Het voorstel ligt op het moment dat ik deze bijdrage moet afsluiten (half augustus 2014) nog in de Eerste Kamer. Het voorlopig verslag van de senatoren is erg kritisch. Ook fracties waarvan de geestverwanten in de Tweede Kamer het initiatief hebben gesteund, hebben vragen. Vragen die niet zozeer te maken hebben met de coalitie- of oppositierol waarin men zit, als wel met wat volgens sommigen de *core business* van de Eerste Kamer is en waartoe zij volgens hen zich zou moeten beperken: de kwaliteit van de wetgeving.¹⁰

Met andere woorden: *'It ain't over yet!'* Dat geeft me de kans om nog wat na te dieselen. Maar als desondanks het initiatiefontwerp het haalt,

8 Mr. dr. C.R. Niessen was in de periode 2000-2010 bijzonder hoogleraar op de Ien Dales-leerstoel aan de Universiteit van Amsterdam, met als leeropdracht: de overheid als arbeidsorganisatie.

9 Meer argumenten tegen het initiatiefontwerp vindt men in mijn afscheidsrede van 8 oktober 2010 aan de UvA, getiteld: *'Mythen en legenden van onder de Haagse kaasstolp, deel zoveel'*; zie www.caop.nl/leerstoelen.

10 Ik zal in het navolgende niet alle kritiek van de senatoren vermelden, maar op interessante punten zal ik daaraan refereren.

wat moet er dan gebeuren? Ook dáár ga ik hieronder op in; zie met name punt 4 hierna, onder het kopje *Risico's*.

A. Borrelpraat en misleiding

‘Het kost jaren, voordat je een disfunctionerende ambtenaar hebt ontslagen. En al die tijd moet hij worden doorbetaald.’

Niet dus! Het ontslaan van een disfunctionerende ambtenaar kost niet meer dan de halve minuut, benodigd om een handtekening onder het ontslagbesluit te zetten. Vervolgens kan de salarisbetaling worden gestopt, ook al gaat betrokkene in bezwaar en beroep.

Maar dan moet de overheidswerkgever wél een dossier over het disfunctioneren van betrokkene hebben opgebouwd. Durft of wil de werkgever dat niet, dan kost het wél veel tijd om van een disfunctionerende ambtenaar af te komen.

Maar in het bedrijfsleven is het niet anders: als een gewone werkgever geen dossier heeft opgebouwd over het disfunctioneren van de betrokken werknemer, dan kost het ook hem tijd en geld om van die werknemer af te komen. Met andere woorden: ook als een ambtenaar een ‘gewone’ rechtspositie krijgt, kan het voorkomen dat het jaren kost om van hem af te komen.

Ik kom later terug op de kwestie of onder het nieuwe ontslagrecht de zaken anders komen te liggen. Ik zeg nu al: niet dus!

‘Gelijktrekking van de rechtspositie van ambtenaren met die van gewone werknemers bevordert de arbeidsmobiliteit tussen overheid en bedrijfsleven.’

Onbewezen! Arbeidsmobiliteit is afhankelijk van persoonlijke voorkeuren. Wie het overheidsbestuur stroperig vindt, zal liever in het bedrijfsleven (blijven) werken. Wie het publieke belang wil dienen, zal die stroperigheid voor lief nemen, omdat die samenhangt met de democratische en rechterlijke controle op het openbaar bestuur.

Verder zal men het bij arbeidsmobiliteit vooral zoeken in kwesties als: is er voldoende balans tussen werk en privé? Zijn er voldoende ontwikkelkansen en opleidingsmogelijkheden? Is de sfeer binnen de organisatie goed? Etc.

Geld hoeft geen doorslaggevende factor te zijn. Maar zeker voor de toplaag in de ambtenarij geldt: wie overheidspersoneel marktconform wil behandelen, moet hen ook marktconform belonen. En in een marktcon-

forme beloning zit een (gedeeltelijke) compensatie voor het ontslagrisico. (Over dat ontslagrisico zal ik het hieronder, sub B, hebben.) Maar de politiek wil geen marktconforme beloning voor ambtenaren, want zij wil een maximering van het topinkomen in de publieke sector en een maximering van vertrekregelingen. En als marktconform belonen niet mag, dan moet men ambtenaren ook niet marktconform willen behandelen.

Een van de oorspronkelijke initiatiefnemers, mevrouw Koşer Kaya, zei in een reactie op een door mij ingezonden stuk in *NRC Handelsblad* van 28 maart 2012: ‘Wie is er nou tegen marktconform belonen?’ Moest zij nodig zeggen als politica! Terwijl ze weet dat er een parlementaire meerderheid is (waaronder als ik het goed heb, ook háár partij) voor aftopping van ambtelijke salarissen. En terwijl ze ook weet dat in de lagere echelons marktconformiteit in beloning wel eens slecht kan uitpakken voor betrokkenen. Ik aarzel niet om hier te spreken van pure misleiding door bedoelde politica.

Overigens: het uitgangspunt van het initiatiefontwerp is te komen tot tweezijdigheid in de rechtsverhouding tussen overheidswerknemer en -werkgever. Wat is er nou tweezijdigs aan wettelijke maximering van topinkomens en vertrekregelingen? Ik kom daarop terug.

‘Gelijktrekking bevordert het imago van de ambtenaar.’

Onzin! Het imago van de ambtenaar is – ten onrechte overigens – slecht en blijft slecht. Met geen spons en zemen lap is dat weg te poetsen. Vergelijk het maar met het imago van bankiers: dat is ook slecht, en verbetering daarvan is in de verste verte nog niet gerealiseerd, ondanks terugdringing van bonussen en de invoering van de bankierseed. Als verbetering van het imago van bankiers überhaupt al mogelijk zou zijn

Waar het uit een oogpunt van verbetering van het imago van ambtenaren op aan komt, is dat politici niet of minder aan *bureaucrat bashing* moeten doen. En het helpt ook als in een goed bekeken tv-programma als *De slimste mens* (op 11 augustus 2014) door de zogeheten Nationale Knorrepot Maarten van Rossem de Nederlandse ambtenaren worden opgemeld, als zijnde zeer efficiënt. Waarbij hij ook vermeldt dat Nederland per honderd inwoners minder ambtenaren telt dan andere beschaafde landen, waaronder zelfs de Verenigde Staten.¹¹

11 Zie ook het staatje in de bijdrage van F.M. van der Meer en C. van den Berg in *Staat van de ambtelijke dienst 2011*, p. 21. In 2009 was 2,66 procent van de Nederlandse bevolking werkzaam als overheidspersoneel (excl. gezondheidszorg- en onderwijspersoneel). In Groot-Brittannië was dat 4,66 %; in Frankrijk 4,62 %; in Duitsland 3,68 % en in de Verenigde Staten 3,31 %. Voor 2017 maakten F.M. van der Meer en G.S.A. Dijkstra in *Staat van de ambtelijke dienst 2013*, p. 17, de schatting dat het Nederlandse

De norm van goed werkgeverschap brengt mee dat overheidswerkgevers aan wat Van Rossem zei een voorbeeld zouden moeten nemen. Misschien dat daardoor het imago van de ambtenaar verbetert.

‘Met normalisering van de arbeidsvoorwaardenoverleg voor het overheidspersoneel voldoet Nederland dan eindelijk aan de eisen van ILO-verdrag nr. 151.’

Ook dit is regelrechte misleiding! Ik mag dat zeggen, want ik heb zelf in 1978 en 1979 (ILO-verdragen worden in twee lezingen tot stand gebracht) samen met een collega als werkgeversvertegenwoordiger dat verdrag mee helpen maken. ILO-verdrag nr. 151 over de procedures van totstandkoming van arbeidsvoorwaarden in de publieke sector vereist helemaal niet dat overal op de wereld het arbeidsvoorwaardenoverleg voor overheidspersoneel net zo moet verlopen als het cao-overleg in het bedrijfsleven. Het verdrag vereist alleen dat als dat laatste niet kan, de ambtenarenbonden zoveel mogelijk betrokken zijn in het arbeidsvoorwaardenoverleg.

‘Het huidige ambtenarenrecht leidt ertoe dat iemand in beroep kan gaan tegen het feit dat hij niet benoemd is in een bepaalde functie.’

Vernomen uit de mond van een van de oorspronkelijke initiatiefnemers. Ronduit misleiding! Zo’n bezwaar is alleen goed denkbaar als je een interne kandidaat was. Wat is er nou voor raars aan als je in een bepaalde organisatie werkzaam bent en bezwaar maakt tegen de benoeming van een collega in een functie die jij graag had willen hebben, waarnaar je hebt gesolliciteerd en waarvoor je jezelf (beter) gekwalificeerd acht? Deze mogelijkheid van bezwaar maken komt men ook tegen in het bedrijfsleven, en verder in het ambtelijk apparaat van de Europese Commissie.¹²

‘De ambtelijke status is niet meer van deze tijd.’

Als men in een discussie werkelijk geen zinnig argument meer heeft, komt men met de motivering: ‘niet meer van deze tijd’. Als men met ‘ambtelijke status’ een geprivilegieerde positie bedoelt (en daar lijkt het

percentage was teruggelopen naar 2,5. Vergelijkingsmateriaal met bovengenoemde landen voor 2017 was kennelijk niet beschikbaar.

12 Waarbij door de bezwaarde, naast zijn eigen kwalificaties, ook zal worden aangevoerd dat een bepaalde nationaliteit niet mag worden voorgetrokken, en een andere – de zijne uiteraard – niet mag worden achtergesteld.

op), dan bestaat die allang niet meer en dus is dit sinds jaar en dag geen valide argument meer.

B. Risico's

1. Het opheffen van de ambtelijke ontslagbescherming zet de deur wijd open voor ontslag op basis van (politieke) willekeur, het hebben van een dubbele nationaliteit, het dragen van een hoofddoekje of op andere dubieuze gronden.

Misschien dat de rechter zo'n ontslag kennelijk onredelijk zal vinden. Maar:

- a. Dan zijn we al in het stadium van ontslag. Ver vóór die tijd zijn de betrokken ambtenaren – ik geef straks enkele voorbeelden – allang geïntimideerd.
- b. Er komt in het 'gewone' ontslagrecht niet altijd een rechter aan te pas. Een voorgenomen ontslag kan ook via het UWV lopen. In het nieuwe ontslagrecht wordt dat anders, als het om ontslag gaat op gronden in de persoon van de werknemer gelegen. Dan is ook hoger beroep en cassatie mogelijk. Dus ook dan weer het risico van langlopende procedures – zie bij de borrelpraak. Al zal de overheidswerknemer het voor de civiele rechter procederen financieel minder lang kunnen volhouden dan het procederen voor de ambtenarenrechter. Hoed u daarom voor het argument dat een proces voor de ambtenarenrechter meer kost dan een civiel proces! Een civiel proces kent verplichte procesvertegenwoordiging en de mogelijkheid van tussenvonnissen. Tegenover een tegenpartij die tijd en geld zat heeft om tot in lengte van jaren dóór te blijven procederen, legt de ambtenaar het met zijn bescheiden middelen qua uithoudingsvermogen altijd af. En daardoor lijkt een civiel proces goedkoper, maar dat is maar schijn.

À propos: was het ambtenarenprocesrecht – überhaupt het bestuursprocesrecht – oorspronkelijk niet bedoeld om de individu ongelijkheidscompensatie te bieden tegenover een machtiger overheid?

Intussen zal bij opheffing van de ambtelijke ontslagbescherming het verlangen bij sommige politici om ambtenaren op bovengenoemde gronden te ontslaan, toenemen. Menig politicus immers schiet nu al in de ontslagreflex als hem iets niet zint. Wat een tijdje geleden is gebeurd bij een voorgestelde benoeming in de Hoge Raad (de voorgedragen persoon werd door bepaalde Tweede Kamerleden niet aanvaard als raadsheer

omdat zijn opvattingen hun niet aanstonden), kan zich straks voordoen bij een ontslag in het ambtelijk apparaat.

Dan heb ik liever de preventieve werking van de bestaande bescherming tegen ontslag. Die schrikt de overheidswerkgever af van onterecht of disproportioneel ontslag, en bevordert dat ambtenaren niet geïntimideerd raken of risicomijdend gedrag gaan vertonen. Dat brengt mij meteen op mijn volgende stelling:

2. De ambtelijke ontslagbescherming is ook nodig, om ambtenaren de gelegenheid te geven hun politieke bestuurder openhartig tegenspel te leveren, en desnoods tegen te spreken.

Politieke bestuurders zijn in het algemeen amateurs op het aan hen toegevoerde beleidsterrein. *‘Government by amateurs’* werd vroeger misschien als ideaal gezien, maar is in elk geval een feitelijkheid.¹³ Bestuurders zijn in het algemeen afhankelijk van de deskundigheid van hun ambtenaren. Die moeten niet met meel in hun mond hoeven te praten omdat ze bang zouden zijn voor hun baan. Bestuurders hebben die tegenspraak ook nodig, want: ‘Hoe hoger je stijgt, hoe minder tegenspraak je krijgt.’

Bekend is het verhaal van de minister die iets wilde, maar van een van haar ambtenaren te horen kreeg dat dat in strijd was met – naar ik meen – het Europees Vluchtelingenverdrag. Zij meende dat toch moest gebeuren wat zij wilde, en dat anders naar ‘s mans verdere carrière zou worden gekeken.

En had minister Plasterk van BZK niet meer tegenspraak moeten krijgen voordat hij op televisie verscheen met speculaties over afluisteren door de NSA? Of heeft hij wel tegenspraak gekregen, maar er niet naar geluisterd?

Ik ken een voormalig topfunctionaris uit de rijksdienst die zijn kwetsbaarheid uit hoofde van het leveren van tegenspel aan de politieke bestuurder poogde te verminderen. Hij deed dat door zich aan een nieuw aangetreden bewindspersoon als volgt voor te stellen: ‘Mijn naam is [Hup-pelepup] en mijn functie is, u tegen te spreken.’ Dan kon dat naderhand voor de politieke bestuurder geen verrassing meer zijn.

13 Ook in de eerdere bundel ter gelegenheid van het afscheid van Roel Bekker van de Albeda Leerstoel, en van Roel Nieuwenkamp van de Ien Dales-leerstoel ga ik hierop in.

3. Het gaat niet alleen om hogere ambtenaren of de zogenoemde beleidsadviseurs. Ook de lagere ambtenaren en die in de uitvoering verdienen bescherming.

Te denken valt aan de secretaresse die moslima is, en van de nieuwe gedeputeerde te horen krijgt dat op het provinciehuis hoofddoekjes niet worden geduld. Of aan de medewerker op de postkamer, die Nederlander is van Marokkaanse afkomst, die jarenlang tot volle tevredenheid heeft gefunctioneerd, maar aan wiens loyaliteit ten opzichte van Nederland op een gegeven moment zó wordt getwijfeld (niet op basis van de uitkomst van een veiligheidsonderzoek, maar simpelweg op grond van zijn dubbele nationaliteit) dat hij de post van de betrokken overheidsorganisatie niet meer onder ogen mag krijgen.

4. Gelet op de punten 1, 2 en 3 kan ik niet anders concluderen dan dat, mocht het initiatiefontwerp wet worden, de ambtenarenbonden moeten afdwingen dat het (min of meer) gesloten stelsel van ontslaggronden uit het huidige ambtenarenrecht in de ambtenaren-cao's wordt opgenomen.

En als ze toch bezig zijn, ware af te dwingen dat er een stelsel komt van bedenkingencommissies tegen voorgenomen ontslagen. In het bedrijfsleven en bij het bijzonder onderwijs komt dat volop voor, dus waarom niet volop bij de 'genormaliseerde' overheid?

Wat óók kan (naast of in plaats van het stelsel van ontslaggronden in de cao's) is een *pool* in het leven te roepen voor functionarissen die 'het dichtst bij het vuur zitten'. Daarin worden deze opgevangen als zij door tegenspel te leveren ten opzichte van hun politieke bestuurder, in moeilijkheden zijn geraakt. De vergelijking met het vangnet dat de Top Management Groep (TMG) aan SG's en DG's biedt, dringt zich op. Dat functioneerde immers als vangnet, toen een nieuw aangetreden minister zei dat een van zijn DG's weg moest omdat hij de man niet zag zitten (kun je nagaan: je hoeft nauwelijks méér argumenten te hebben om een ambtenaar weg te krijgen, dan dit!).

Maar ik dacht aan een ruimere kring dan de functionarissen die in de TMG zitten. En het vangnet zou natuurlijk ook moeten dienen voor functionarissen bij de medeoverheden. Te denken valt aan de mensen vanaf schaal 13 of vanaf een bepaalde hoogte van het salaris. In deze *pool* wordt gestreefd naar herplaatsing van betrokkene. Met daarbovenop een toetsingscommissie die erop toeziet of betrokkene wel in aanmerking

komt voor opvang in de *pool*. En of er wel voldoende herplaatsingsinspanningen zijn verricht. In het licht van de kosten van het eigenrisicodragerschap van de overheid in het kader van de WW¹⁴ en het risico dat er een vertrekpremie zou moeten worden betaald, lijkt het goed te investeren in speciale herplaatsingsmanagers en een toetsingscommissie.

5. Als ik het goed heb begrepen, zijn de medewerkers van de AIVD niet (zoals militair en politiepersoneel) uitgesloten van de reikwijdte van het wetsvoorstel. Dat betekent dat iemand jou kan ‘volgen’ als jij wordt verdacht van iets staatsgevaarlijks. Willen we dat zo iemand eenvoudigweg op contractbasis werkt?

Dat doet mij sterk denken aan de private firma Blackwater die hand- en spandiensten verleende aan de regering van de VS op het terrein van inlichtingen en veiligheid in Irak en daarbij regelmatig buiten de wettelijke kaders handelde (om van ergere dingen maar te zwijgen). Loyaliteit aan de normen en waarden waar hun opdrachtgever voor stond, was bij de medewerkers van die firma ver te zoeken. Dan gaat voor deze activiteiten mijn voorkeur uit naar functionarissen die zijn aangesteld door de overheid; die democratisch besef hebben (= weten dat zij functioneren onder iemand die onder democratische controle staat); die rechtsstatelijk besef hebben (= weten dat het overheidsbestuur rechtmatig moet zijn en in overeenstemming met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur); die integriteitsbewust zijn; kortom: die sterk verbonden zijn met de normen en waarden waar de overheid voor staat, en bovendien niet onder het regime van contractvoorwaarden, maar onder ambtelijk tuchtrecht staan.

Overigens is het wel raar dat de medewerkers van de MIVD wel onder de uitzonderingen van het wetsvoorstel vallen, als behorende tot het burger- en militair personeel van Defensie.¹⁵

14 Even aangenomen dat normalisering van de ambtelijke rechtspositie niet betekent dat het eigenrisicodragerschap van de overheid wordt afgeschaft. Dat is misschien wel zo praktisch en goedkoop, omdat de sociale fondsen niet meteen door de overheidswerkgevers behoeven te worden gespekt. Maar het is wél inconsequent, als we het hebben over normalisering!

15 In het voorlopig verslag van de Eerste Kamer over het initiatiefvoorstel komt men een hele lijst tegen van functionarissen, ten aanzien van wie de vraag wordt gesteld, waarom zij niet uitgezonderd zijn van de normalisering: toezichhouders; inspecteurs van diverse Inspecties; douanepersoneel; geëmitteerden bij examens; vertrouwensfunctionarissen; ambtenaren werkzaam in een politieke omgeving; ambtenaren die besluiten nemen, zoals bij een vergunning of een uitkering; griffiers (deze hebben zichzelf aangemeld); belastingdeurwaarders (waarom gerechtsdeurwaarders wel, en

6. **In de toekomst zal de overheidswerkgever een arbeidsvoorwaardenakkoord kunnen sluiten met één bond, desnoods een van de kleinere, waarop de minister van BZK (of is het in het nieuwe stelsel de minister van SZW?) dat akkoord algemeen verbindend kan verklaren voor de gehele sector, en zelfs voor alle sectoren.**

Het initiatiefvoorstel strekt immers ook tot afschaffing van het vereiste dat een ambtenaren-cao pas tot stand komt als met een meerderheid van de bonden overeenstemming is bereikt.

Door de afschaffing wordt de kat op het spek gebonden, en zij roept de volgende indringende vragen op:

- Als we het hebben over het algemeen verbindend verklaren, wat is dan nog het bestaansrecht van het sectorsgewijze (= plm. het bedrijfstakgewijze) onderhandelen?
- Leidt het nieuwe systeem niet tot belangenvermenging in de verschillende rollen van de betrokken minister, nl. enerzijds betrokken als onderhandelaar voor de werkgevers en anderzijds bevoegd tot het algemeen verbindend verklaren van het onderhandelingsresultaat (ook al zou dat slechts met één bond tot stand zijn gekomen) voor anderen die niet bij de onderhandelingen betrokken waren? En dan hebben we ook nog de derde rol van de betrokken minister, nl. onderdeel zijn van de begrotingswetgever (ik kom daarop hierna terug). En er is altijd nog de vierde rol: (mede-)verantwoordelijk zijn voor wetgeving die de positie van werknemers, inclusief overheidsmedewerkers, raakt en/of die desnoods zonder onderhandelingen met de vakbonden tot stand kan worden gebracht (ook dáárop kom ik hieronder terug).

7. **In feite is ‘normalisering’ een onzinterm. De ambtenaar mag dan een gewone werknemer worden, de overheid blijft als overheid ook in de toekomst een bijzondere werkgever.**

Dat bijzonder werkgeverschap van de overheid brengt mee dat zij als

deze niet? Een aanvullende vraag van mijn kant: waarom gerechtsdeurwaarders wel, ook als zij een incassobureau leiden, en het personeel van het Centrale Incassobureau van Justitie niet?); bijzondere opsporingsambtenaren (waarom politiepersoneel wel, en deze niet?); brandweerpersoneel (waarom een HRM-medewerker bij de politie wel, maar een brandweerman niet?); alle overheidsdienaren die met de uitoefening van het geweldsmonopolie van de overheid kunnen worden belast; degenen aan wie de bevoegdheid is toegekend om de vrijheden van burgers in te perken; etc. Het initiatiefvoorstel maakt ook in dit opzicht een weinig doordachte indruk.

overheid het begrotingsrecht van de volksvertegenwoordiging moet respecteren, als het gaat om de financiële arbeidsvoorwaarden van het overheidspersoneel. De overheid als werkgever zit daarom ook in haar kwaliteit van de overheid als overheid aan de onderhandelingstafel.¹⁶ Dat betekent ook dat de begrotingswet dwars door eventuele meerjarenafspraken van de overheid als werkgever heen kan fietsen.

Verder moet de overheid als werkgever ook in het nieuwe stelsel de grondrechten van het overheidspersoneel respecteren, want zij blijft gebonden aan verdragen, Grondwet en wet.¹⁷ Zij moet ook haar personeel conform de algemene beginselen van behoorlijk bestuur behandelen. In de toekomst zal de civiele rechter, als die eraan te pas komt, daarin zijn weg moeten vinden, en dat terwijl de Algemene wet bestuursrecht niet meer op de 'genormaliseerde' rechtsverhouding tussen overheidswerkgever en -werknemer van toepassing is.

En verder brengt het feit dat de overheidswerkgever ook overheid is en blijft, mee dat aan de overheidswerknemer speciale eisen mogen worden gesteld. Zie hetgeen ik hierboven onder 5. Heb gezegd naar aanleiding van het ontbreken van de AIVD als uitzondering in het wetsvoorstel. In feite zit hierin misschien wel het grootste manco van het initiatiefontwerp: de focus van het voorstel is zozeer gericht op het behandelen van de ambtenaar als een gewone werknemer, dat de initiatiefnemers geen uitdrukkelijke visie hebben op het speciale van het ambtenaarschap. Terecht stellen senatoren van verschillende pluimage in het voorlopig verslag over het voorstel hierover een indringende vraag.

Verder: consequent doorgaan op het pad van normalisering is onmogelijk en wordt in bepaalde gevallen ook door de politiek niet gewenst. Neem bij voorbeeld de maximering van de topinkomens in de publieke sector, waar ik het hierboven over had. Ondanks het initiatiefontwerp blijft het voor de overheid in haar rol van wetgever mogelijk om dat

16 Dit is anders dan P. de Bois meent in *NRC Handelsblad* van 3 april 2012. Hij is van opvatting dat door de normalisering de overheid alleen in haar rol als werkgever aan de onderhandelingstafel komt te zitten. Hij is kennelijk vergeten dat er nog zoiets bestaat als het budgetrecht van het parlement. Net als nu zal de minister/het ministerie van Financiën mee aan de onderhandelingstafel zitten.

17 Dit mag wel eens vaker hardop worden gezegd, vooral omdat er politici zijn die voor zichzelf de grootst mogelijke vrijheid van meningsuiting opeisen, en onmiddellijk in de ontslagreflex schieten als een ambtenaar zich uit in een ideologische zin die deze politici niet bevalt. Enig nader onderzoek aan de hand van de vraag of door de uiting – kort gezegd – het individuele functioneren van de betrokken ambtenaar in het gedrang kwam, is kennelijk in hun ogen onnodig. Zie over de rol van de Adviescommissie Grondrechten en Functioneren Ambtenaren (AGFA) de bijdrage in deze bundel van C.F. Sparrius en M.J. Cohen.

eenzijdig te doen.¹⁸

Een ander voorbeeld is de medezeggenschap van overheidspersoneel: de WOR zal voor het overheidspersoneel altijd op de grens stuiten die door het politieke primaat is getrokken. Men kan zich immers moeilijk voorstellen dat er tijdens een kabinetsformatie of tijdens het constituerend beraad¹⁹ tijd moet worden ingeruimd voor medezeggenschap van het betrokken personeel ten aanzien van de voorgenomen hervorkavelingen van ministeries en ten aanzien van reorganisaties die worden afgesproken door de coalitiepartners.

Als dit alles zo is en zo blijft, waarom zou je dan streven naar normalisering van de ambtelijke rechtspositie?²⁰

C. Kortom

Het vertrouwen van de burger in de politiek is er niet mee gediend als parlementariërs door kulargumenten en misleiding meewerken aan de totstandkoming van ‘*non evidence based policy*’. Bovendien – om met sommige senatoren van diverse signatuur in het voorlopig verslag te spreken – voor welk probleem is het initiatiefvoorstel een oplossing?

18 Ook dit is anders dan P. de Bois in zijn aangehaalde bijdrage meent.

19 Dat is de oprichtingsvergadering van het kabinet, vóórdat de bewindspersonen zijn beëdigd. Ook in die vergadering kunnen coups worden gepleegd! Vriendelijker gezegd: ook in die vergadering kunnen afspraken worden gemaakt over de taakverdeling tussen bewindspersonen.

20 Ik ga in deze bijdrage maar niet diep in op de mogelijke kosten en opbrengsten van de exercitie. De parlementariërs worden met grote cijfers en enorme bandbreedtes van de schattingen van gerenommeerde instituten geconfronteerd. Laten we het erop houden dat de conversie veel kost (onder meer aan wetgevingswerk en een reorganisatie van de rechterlijke macht) en pas na een tijdje wat opbrengt, als van opbrengst al sprake is. Ik kan dat gemakkelijk zeggen, want niemand weet zeker wat de omvorming allemaal kost en opbrengt.

VIJF JAAR AMBTENAAR & RECHT IN VOGELVLUCHT

2

Buitengewoon bijzonder

Enkele persoonlijke observaties over de discussie betreffende de ‘normalisering’ van de ambtelijke rechtspositie²¹

Drs. mr. C.M. Sjerps²²

Vooraf

Voor de goede orde: in mijn ogen is de Nederlandse overheid een van de best functionerende ter wereld, en dat is voor een niet onaanzienlijk deel te danken aan de inzet, loyaliteit en kwaliteit van de Nederlandse ambtenaren. Dat neemt niet weg dat er nog verbeteringen in het functioneren van overheidsorganisaties mogelijk zijn. In mijn ogen zou hervorming van de ambtelijke rechtspositie daar aan kunnen bijdragen. Er is immers niets op tegen om te streven naar de onbetwiste nummer 1 positie!

1. Inleiding

Zou het er dan toch van komen? Na decennialange discussie, een aanpassing van de juridische rechtspositie van een groot deel van de ambtenaren? Het initiatiefvoorstel van Van Weyenberg en Van Hijum²³ is inmiddels

21 Met dank aan mr. Colette van de Heg voor het verzamelen van bij het schrijven van dit artikel gebruikte literatuur.

22 Drs. mr. Ina Sjerps was in de periode 2000-2008 secretaris van het College voor Arbeidszaken van de VNG en in de periode 2001-2008 tevens voorzitter van de overheidswerkgevers (VSO) en, in de oneven jaren, van de Raad voor het Overheidspersoneelsbeleid (ROP). Zij was betrokken bij de opstelling van *Buitengewoon normaal*, het advies van de Raad voor het Overheidspersoneelsbeleid over de normalisatie van de rechtspositie van overheidspersoneel. ROP advies nummer 27, 's-Gravenhage, 26 juni 2006. Tegenwoordig is zij secretaris van de gemeente Apeldoorn. In dit artikel vertolkt zij haar persoonlijke mening.

23 Kamerstuk 32 550.

in behandeling in de Eerste Kamer en lijkt op weg naar de eindstreep.

Het is een onderwerp waarover auteurs sinds jaar en dag sterk verdeeld zijn. Men is voor, of men is tegen ‘normalisering’. En die posities veranderen niet wezenlijk, in de tijd.

Voor de indieners van het wetsvoorstel wegen de argumenten voor afschaffing van de bestuursrechtelijk georganiseerde positie van ambtenaren, ook wel ‘normalisering’ genoemd, duidelijk zwaarder dan de argumenten daartegen. Om direct klare wijn te schenken: ik ben dit met hen eens. Al zal de uitkomst, door de samenloop met andere wetgeving, anders worden dan verwacht.

2. Voor of tegen

Er zijn in de loop der jaren veel argumenten voor en tegen ‘normalisering’ gewisseld. Grosso modo komt het er op neer dat de voorstanders van mening zijn dat het bestuursrecht zich niet leent voor de relatie werkgever-werknemer. Dat recht is immers ontworpen voor de relatie overheid-burger en de rechtswaarborgen die de burger heeft tegen het handelen van de ‘almachtige’ overheid zouden niet passen bij de arbeidsrelatie. De sturing in overheidsorganisaties wordt er niet eenvoudiger op wanneer de medewerker tegen elk op rechtsgevolg gericht besluit van zijn werkgever vormvrij en bijna gratis in bezwaar en beroep kan gaan. Juist de vele mogelijkheden om je als ambtenaar tegen besluiten van de werkgever te verzetten in mogelijk langdurige procedures (zelfs onder het besluit tot het toekennen van een gratificatie staat nog dat de ambtenaar in bezwaar kan gaan!) dragen bij aan de cultuur in veel ambtelijke organisaties waarbij niet goed functionerende medewerkers onvoldoende worden aangesproken, de energie van een ontslagen ambtenaar vaak wordt gericht op procederen in plaats van het zoeken naar een andere baan, en waarbij reorganisaties of functiewaarderingstrajecten procedurele mijnenvelden worden.

Daarbij wijzen voorstanders op de rechtsongelijkheid tussen ambtenaren en ‘gewone’ werknemers. En op de inconsistentie in het systeem: zo valt een deel van het onderwijzend personeel onder het private arbeidsrecht, een ander deel onder het publieke ambtenarenrecht. Een en ander afhankelijk van de vraag of ze bij een openbare onderwijsinstelling werken of in het bijzonder onderwijs.²⁴

De tegenstanders daarentegen vinden dat de ambtenaar niet dezelfde is als een gewone werknemer. De ambtenaar vervult een bijzondere

²⁴ Zie bijv. prof. mr. P.F. van der Heijden, ‘Ambtelijke status: nuttig, noodzakelijk of overbodig?’, *Bestuurswetenschappen* nr. 1, 2008.

rol in de maatschappij, is essentieel voor de stabiliteit in ons politieke bestel, op hem zijn bijzondere verplichtingen van toepassing (denk aan integriteitsvereisten). Er moeten waarborgen zijn voor zijn grondrechten. In de ogen van de tegenstanders is er in feite geen probleem dat moet worden opgelost. Er zouden in de praktijk nauwelijks problemen zijn met de toepassing van het bestuursrecht in de relatie tussen werknemer en werkgever. En, het hoofdargument van de tegenstanders: de ambtenaar dient te worden beschermd tegen politieke willekeur.²⁵

3. Gevolgen van het initiatiefvoorstel in combinatie met andere wetgeving

Als de Eerste Kamer instemt met het initiatiefvoorstel gaat de ‘normalisatie’ er komen voor al het onderwijspersoneel, en voor de ambtenaren van het rijk, de gemeenten, provincies en de waterschappen. Er blijft overigens een aanzienlijk aantal ambtenaren uitgezonderd van deze hervorming.²⁶ Aan een aantal wensen van de voorstanders van ‘normalisatie’ wordt hiermee tegemoet gekomen.

Zo zal het bestuursrecht in het vervolg in nog grotere mate van toepassing zijn op datgene waar het voor is ontworpen: de relatie tussen overheid en burger. Wanneer de overheid optreedt als werkgever zal in de meeste gevallen het privaatrecht van toepassing zijn. De meeste ambtenaren gaan een contract sluiten met hun werkgever, en kunnen niet meer zo gemakkelijk tegen ieder besluit in rechte ageren.

Werknemers in de publieke en private sector worden hierdoor in meer gevallen op gelijke voet behandeld. En het verschil tussen onderwijzend personeel in publieke en private onderwijsorganisaties verdwijnt.

Diverse auteurs hebben er echter al op gewezen dat niet alle wensen van de voorstanders worden verwezenlijkt: de samenloop met de nieuwe Wet Werk en Zekerheid²⁷ leidt er toe dat het nieuwe arbeidsrecht zich juist sterk in de richting van het huidige ambtenarenrecht ontwikkelt.²⁸ Zo zal het in de toekomst niet alleen voor ambtenaren, maar ook voor werknemers mogelijk worden om in beroep te gaan. Daarmee worden

25 Zie bijv. prof. mr. C.R. Niessen, *Mythen en legenden van onder de Haagse kaasstolp, deel zoveel*, Den Haag, 8 oktober 2010. Afscheidsrede, gepubliceerd door het CAOP, Den Haag.

26 Het initiatiefvoorstel kent in artikel 3 een flink aantal uitzonderingen, onder meer voor de leden van de rechterlijke macht, militairen, politie en notarissen.

27 Kamerstuk 33 818; *Stb.* 2014, 216 en 274.

28 Prof.mr. B. Barentsen, ‘De ambtenarenstatus’, in: *Staat van de ambtelijke dienst*, p. 181 e.v. Gepubliceerd op www.deleerstoelen.nl, 2013.

langere procedures en onzekerheid over de uitkomst ook onderdeel van de werkelijkheid in de private sector.

Of dit in de praktijk tot veel problemen gaat leiden is nu nog niet helemaal te voorzien. Voordeel is wel dat wanneer er straks knelpunten worden geconstateerd en er reparatiewetgeving tot stand komt, aanpassingen direct ook van toepassing zijn op de ambtenaren.

De tegenstanders van de ‘normalisatie’ zullen tevreden zijn dat de Ambtenarenwet blijft bestaan en dat daarin ook aandacht wordt geschonken aan integriteitsbeleid en de grondrechten van de ambtenaar.²⁹ Ook zullen de tegenstanders tevreden zijn over het feit dat de overheidswerkgever de algemene beginselen van behoorlijk bestuur moet blijven toepassen op zijn handelen als werkgever.³⁰ Dat zou in veel gevallen voldoende waarborg moeten bieden tegen politieke willekeur.

Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (WNT)

Er is echter nog een ontwikkeling die hier relevant is, en die tegengesteld is aan de normeringsdiscussie. Ook hier hebben diverse auteurs al op gewezen: de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (WNT)³¹ maakt juist duidelijk dat sommige ambtenaren *niet* normaal worden gevonden, en ook niet normaal worden behandeld.³² Voor topambtenaren geldt dat hun inkomen op grond van de WNT wordt gemaximeerd en jaarlijks moet worden gepubliceerd. Meer en meer komen topambtenaren hierdoor in het publieke domein, iets wat hun kwetsbaarheid voor de (politieke) waan van de dag vergroot.

Hét argument van de tegenstanders van ‘normalisatie’, de kwetsbaarheid voor politieke willekeur, heeft immers in de praktijk zelden of nooit voor de gewone ambtenaar of onderwijzer gegolden, maar wel degelijk voor topambtenaren. Een onverenigbaarheid van karakter met één of meerdere bestuurders kan al voldoende aanleiding zijn voor een snel, gedwongen vertrek.

De WNT heeft een begrenzing geïntroduceerd van de mogelijkheid om bij een gedwongen vertrek in financiële zin rekening te houden met de omstandigheden, een begrenzing die met vrij drastische middelen wordt

29 Zie paragraaf 2 en 3 van het initiatiefvoorstel.

30 Zie Memorie van Toelichting zoals gewijzigd naar aanleiding van het advies van de Raad van State. *Kamerstukken II*, 32 550, nr. 6, p. 9.

31 *Stb.* 2014, 235

32 Zie bijv. prof.mr. R. Bekker, ‘Topinkomens in de publieke sector’, in: *De Staat van de ambtelijke dienst*, p. 182 e.v. Gepubliceerd op www.deleerstoelen.nl, 2013. Zie ook Barentsen, noot 9.

afgedwongen.³³ De wet beperkt ook de mogelijkheid om iemand nog enige tijd in dienst te houden met het oogmerk om (elders) de loopbaan te kunnen vervolgen.³⁴ Dit terwijl van-werk-naar-werk bepalingen in cao's³⁵ steeds belangrijker worden gevonden om langdurige werkloosheid te voorkomen. Het lijkt er op dat de wetgever dit voor topambtenaren niet acceptabel acht. Het risico van een vlucht in ziekteverzuim lijkt dan niet ondenkbeeldig.

Voor de topambtenaren van het rijk is hier overigens een keurige voorziening voor ontwikkeld in de vorm van de Algemene Bestuursdienst (ABD). De ABD draagt er zorg voor dat topambtenaren die om welke reden dan ook hun functie moeten (of willen) opgeven, worden opgevangen met tijdelijk werk en begeleiding naar een andere functie. Dit maakt dat conflicten tussen bestuurder en topambtenaar doorgaans zonder al te veel schade voor partijen kunnen worden opgelost. De ABD lijkt ook voor de top van ZBO's een dergelijke rol te kunnen vervullen.³⁶

Voor topambtenaren van de decentrale overheden bestaat dit systeem echter niet. Zij zullen nog meer dan nu al het geval is onderwerp kunnen worden van publiek debat, en risico lopen, verdiend of onverdiend, op schade aan hun loopbaan.

Hét argument van de tegenstanders van de 'normalisatie' is, dat er een sterke rechtsbescherming van ambtenaren nodig is omdat ze anders geen tegenspraak durven leveren aan politici, omdat ze anders niet het stabiele tegenwicht kunnen vormen tegen de waan van de dag. Duidelijk is dat met name de WNT er toe leidt dat op dit punt de risico's groter worden. Diegenen die het eerst tegenspel moeten bieden, de topambtenaren (in ieder geval die bij decentrale overheden werken), worden nog kwetsbaarder.

Helaas, van de tegenstanders van normalisatie hebben zij geen steun te verwachten. De voorzitter van de AbvaKabo, Corrie van Brenk, is een groot voorstander van de WNT.³⁷ Bekende tegenstanders van 'normalisatie' in wetenschappelijke kring, de auteurs Van der Meer, Van den Berg en Dijkstra, gaan nog verder: zij zien de overheidsmanager als iemand

33 Zie bijv. art. 1.6 WNT.

34 Zie art. 2.10 lid 3 WNT.

35 Zie bijv. hoofdstuk 10d van de CAR-UWO, de gemeentelijke rechtspositieregeling.

36 Zie de brief van de minister van VWS aan de Tweede Kamer van 17 juni 2014, waarin zij meedeelt dat de bestuurders van de NZa terugtreden uit hun functie, waarbij één van hen als waarnemer aanblijft en de ander voor een jaar wordt ondergebracht bij de ABD.

37 Corrie van Brenk: 'Wij zijn heel blij met de Wet Normering Topinkomens, daardoor komt er eindelijk een rem op die topsalarissen'. In: *Tweede Staat van de ambtelijke dienst*, p. 140. Gepubliceerd op www.deleerstoelen.nl. 5 februari 2014.

waar ‘de ambtenaar’ juist tegen moet worden beschermd, op één lijn staand met de politiek.³⁸

Kennelijk is de topambtenaar in hun ogen geen ambtenaar, of in ieder geval het beschermen niet waard.

Buitengewoon bijzonder, dus.

4. Conclusie

‘Normalisatie’ van de ambtelijke rechtspositie is nog nooit zo dicht bij geweest. Tegelijkertijd lost dit, zoals alle wetgeving, niet alle problemen op. Er blijven aanzienlijke uitzonderingen en daarmee twee rechtssystemen bestaan. De cultuur in overheidsorganisaties zal niet op stel en sprong veranderen wanneer de wetgeving verandert. Daar zal tijd over heen gaan. Wat mogelijk wel snel effect kan gaan hebben, is de vergrote kwetsbaarheid van topambtenaren bij decentrale overheden. Als hun omloopsnelheid nog hoger wordt en als loopbanen van topambtenaren nog duidelijker hierdoor worden beschadigd, zal het navenant moeilijker worden om juist die ambtelijke toppers te vinden die de overheid internationaal naar de onbetwiste nummer 1 positie kunnen brengen.

38 De auteurs betogen dat: ‘... er een noodzaak bestaat voor een ambtenarenstatus nieuwe stijl, waarbij meer aandacht wordt besteed aan een publiekrechtelijke regeling van vraagstukken op het terrein van integriteit, moraliteit, politieke neutraliteit en de bescherming van de ambtelijke professionaliteit tegen willekeur van politiek en management.’ In: Frits M. van der Meer, Caspar van den Berg, Gerrit Dijkstra, *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*. Gepubliceerd door Centrum voor Publieke Sectorhervormingen, Bestuurskunde, Universiteit Leiden, 2011. Zie ook prof. dr. Frits M. van der Meer, *Voorwaarden, waarborgen en ambtenaren. De consequenties van de opkomst van de voorwaardenscheppende staat voor de publieke dienst bezien vanuit historisch en internationaal vergelijkend perspectief*. Oratie uitgesproken op 24 februari 2012 bij de aanvaarding van het ambt van bijzonder hoogleraar op het gebied van Comparative Public Sector and Civil Service Reform aan de Universiteit Leiden (p. 17).

3

Wetgevende macht of onmacht: de wetgever als integriteitsbevorderaar

*Mr. H.N. Brouwer*³⁹

1. Inleiding

In een van zijn columns over wetgeving behandelt de Belgische jurist Gert Van der biesen het onderwerp ‘bondig en beknopt’. Hij stelt vast dat art. 37 van de Gecoördineerde wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging 4.433 woorden telt.⁴⁰ Met heimwee verlangt Van der biesen terug naar de wetgeving uit tijd van Napoleon. Hij schrijft:

‘De Corsicaan, 165 cm expansiedrift, was inderdaad een man van weinig woorden. In het hart van onze oeverloos uitdijende wetteksten overleeft zijn Code civil des Français – ons burgerlijk wetboek – als een soort reservaat voor korte artikelen. Een museum gewijd aan de gebalde formulering. Lees en geniet. Artikel 1266: ‘Boedelafstand geschiedt vrijwillig of gerechtelijk’. Vijf woorden. Weer-ga-loos. Artikel 2058: ‘Een rekenfout, bij een dading gemaakt, moet verbeterd worden.’ Kort, kordaat, compromisloos. De Oscar gaat echter naar artikel 516 – niet ‘s lands

39 Mr. H.N. Brouwer is voorzitter van de Onderzoeksraad Integriteit Overheid. De auteur spreekt zijn dank uit aan mr. drs. J. Simonis voor diens inhoudelijke ondersteuning bij de totstandkoming van deze bijdrage.

40 4.433 woorden die zich niet laten lezen als een roman. Het artikel opent met de zin: ‘Voor de in artikel 34, eerste lid 1°, 7°bis, 7°ter en 7°quater, bedoelde hulp wordt de verzekeringstegemoetkoming vastgesteld op 75 pct. van de overeenkomstenhonoraria zoals ze zijn vastgesteld in artikel 44, §§ 1 en 2, van de honoraria die zijn bepaald in de in artikel 50 bedoelde akkoorden of van de honoraria die door de Koning zijn bepaald ter uitvoering van artikel 52 van de wet van 14 februari 1961 voor economische expansie, sociale vooruitgang en financieel herstel of ter uitvoering van artikel 49, § 5, tweede lid, of van artikel 50, § 11, eerste lid.’

kortste artikel, maar wat een stilistische tour de force:

‘Alle goederen zijn roerend of onroerend.’

Hier past stil ontzag. Dit is de taal van een wereldveroveraar. Het aardse universum gevangen in zes woorden. En het is nog poëzie ook. Let op het ritme, op de klankexpressie. Hoor hoe die ‘oe’ eechoot doorheen het artikel.⁴¹

In deze bijdrage passeren twee wetsvoorstellen op het gebied van integriteit de revue. De vraag die daarbij centraal staat is in hoeverre de betreffende initiatieven van de wetgever bijdragen aan de bevordering van ambtelijke en/of bestuurlijke integriteit. Dat is dus eerst en vooral een vraag van praktische aard. Het is echter interessant bij de behandeling van die vraag het wetgevingstechnische thema van Van der biesen in gedachten te houden. Is de wetgeving te breedspakig, te bondig of precies goed? En als logisch uitgangspunt voor die vraag: leent het onderwerp ‘integriteit’ zich er überhaupt voor om zich in wetgeving te laten vangen?

Die laatste, meer abstracte bespiegeling, komt aan het einde van deze bijdrage aan de orde. Daarvoor wordt aandacht geschonken aan twee concrete proeven van wetgevingsarbeid, namelijk het wetsvoorstel ‘Institutionele bepalingen van het decentraal bestuur’ (en dan meer in het bijzonder de in dat voorstel opgenomen wijziging van art. 170 Gemeentewet) en aan het initiatiefwetsvoorstel ‘Huis voor klokkenluiders’.⁴²

2. Het voorgestelde art. 170, tweede lid, Gemeentewet

Napoleon deed het met vijf woorden, Plasterk met negen. Volgens het ook wel als ‘verzamelwet’ aangeduide wetsvoorstel ‘Institutionele bepalingen van het decentraal bestuur’ komt artikel 170, tweede lid, Gemeentewet als volgt te luiden: ‘De burgemeester bevordert de bestuurlijke integriteit van de gemeente.’⁴³ Dit gedeelte van het wetsvoorstel, dat op dit moment door de Eerste Kamer wordt behandeld, vloeit voort uit een motie waarin was gevraagd de commissarissen van de (toen nog) Koningin en de burgemeesters een rol te geven bij de integriteitshandhaving.⁴⁴

In dat verband schreef de toenmalige minister van BZK Donner:

‘Bij (vermoedens) van integriteitsschendingen wordt in de regel optreden van

41 G. Van der biesen, *De wet van A tot Zbis*, Mechelen: Kluwer 2013, p. 14.

42 *Kamerstukken I* 2013/14, 33 691, nr. A; *Kamerstukken I* 2013/14, 33 258, nr. A.

43 *Kamerstukken I* 2013/14, 33 691, A, artikel I U.

44 Zie hierover *Kamerstukken II* 2010/11, 32 500 VII, nr. 99, p. 2.

de burgemeester verwacht. Zeker ingeval vragen zijn gerezen over de integriteit van wethouders of raadsleden kan de burgemeester in een kwetsbare positie geraken. In de vervulling van deze niet eenvoudige taak dient de burgemeester zich gesteund te weten. Hij moet eigenstandig en zelfverzekerd kunnen optreden. Het waarborgen en mogelijk versterken van deze rol zou kunnen geschieden door helder te stellen dat hier voor de burgemeester een verantwoordelijkheid en een opdracht ligt. Dat zou ook wettelijk verankerd kunnen worden in de Gemeentewet.⁴⁵

Met het voorgestelde nieuwe tweede lid van art. 170 Gemeentewet geeft minister Plasterk⁴⁶ uitvoering aan deze gedachte van zijn ambtsvoorganger. De bepaling is opgenomen in een artikel van de Gemeentewet, waarin ook reeds andere zorgplichten van de burgemeester zijn geformuleerd, zoals dat de burgemeester toeziet op 'een tijdige voorbereiding, vaststelling en uitvoering van het gemeentelijk beleid en van de daaruit voortvloeiende besluiten, alsmede op een goede afstemming tussen degenen die bij die voorbereiding, vaststelling en uitvoering zijn betrokken'.⁴⁷

Het wetsvoorstel geeft behalve aan de burgemeesters en de commissarissen van de Koning, ook de gezaghebbers van Bonaire, Sint Eustatius en Saba en de voorzitters van de waterschappen een soortgelijke verantwoordelijkheid voor de integriteit.⁴⁸ De nadruk hieronder ligt echter op de zorgplicht van de burgemeester.

In de memorie van toelichting bij de wet Institutionele bepalingen van het decentraal bestuur keren de hierboven aangehaalde woorden van Donner uit 2011 onverkort terug. Daaraan wordt nog toegevoegd: 'Om het bijzondere karakter van deze verantwoordelijkheid in relatie tot de zorgplichten uit het eerste lid van artikel 170 te benadrukken, is gekozen voor een afzonderlijke bepaling in een nieuw tweede lid'.⁴⁹ Over de relatie tussen de verantwoordelijkheid van de burgemeester en die van de commissaris van de Koning schrijven de bewindslieden:

'Omdat burgemeesters een rol hebben bij de gemeentelijke integriteit, is het passend dat de commissaris hier een adviserende en ondersteunende rol kan vervullen. Dat kan ook een meerwaarde hebben als een probleem zich bij meerdere gemeenten voordoet. Een rol voor de commissaris kan ook aangewezen zijn als bij een integriteitskwestie wethouders of raadsleden betrokken zijn. Het lokale

45 Idem.

46 Samen met zijn ambtsgenoot van Infrastructuur en Milieu.

47 Art. 170, eerste lid, onder a, Gemeentewet.

48 Respectievelijk art. II S, III T en IV F van het wetsvoorstel.

49 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 691, nr. 3, p. 10.

krachtenveld kan er dan aan in de weg staan dat de burgemeester onbelemmerd optreedt. In dit soort gevallen kan bemoeienis van de commissaris uitkomst bieden. Daarom wordt voorgesteld om in de Provinciewet te bepalen dat de commissaris als rijksorgaan is belast met het adviseren en bemiddelen als de bestuurlijke integriteit in het geding is (artikel 182).⁵⁰

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer maakten de negen woorden van het voorgestelde tweede lid van art. 170 weinig los. De D66-fractie stelde vast dat deze zorgplicht voor de bestuurlijke integriteit de burgemeester voor problemen kon stellen. Zij vroeg de regering of deze ook vond dat ‘de reeds kwetsbare positie van de burgemeester bij (vermoedens van) integriteitsschendingen verder onder druk komt wanneer de burgemeester afhankelijk is van de raad voor zijn benoeming.’⁵¹ Het antwoord van de minister van BZK kan moeilijk als volledig geruststellend worden beschouwd:

‘Integriteit is een gevoelig en moeilijk te hanteren vraagstuk voor de burgemeester, of nu sprake is van herbenoeming of niet. De positie die de burgemeester in het gemeentelijk bestel bekleedt als onafhankelijk en onpartijdig bestuursorgaan, maakt hem bij uitstek geschikt om dergelijke kwesties te adresseren, vandaar de in artikel 170, tweede lid, Gemeentewet voorgestelde zorgplicht die de rol van de burgemeester in de praktijk reeds vervult codificeert. Daarmee wordt buiten twijfel gesteld dat de burgemeester hier een rol heeft; dit kan hem door de raad niet worden tegengeworpen, ook niet in het kader van de herbenoeming.’⁵²

Tweede Kamerlid Litjens (VVD) sprong voor de burgemeesters in de bres. Hij zei het belangrijk te vinden dat in art. 170 Gemeentewet de burgemeester wettelijk bevoegd wordt gemaakt voor integriteitskwesties, maar achtte enige richtinggeving gewenst voor de burgemeester ‘in situaties, die alle zonder uitzondering zeer gevoelig en complex zijn.’ Hij vroeg daarom de minister of deze voornemens was om de burgemeesters in samenspraak met bijvoorbeeld de VNG ‘een soort handelingsperspectief mee te geven en dit bijvoorbeeld te vatten in een richtlijn.’⁵³

50 *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 691, nr. 3, p. 10. Overigens lijkt het er vooralsnog op dat deze ondersteunende rol van de commissarissen van de Koning met betrekking tot de integriteit bij het lokaal bestuur, meer tot de verbeelding spreekt van de commissarissen dan hun eigen, met art. 170, tweede lid, Gemeentewet, vergelijkbare zorgplicht ten aanzien van gedeputeerden en statenleden op grond van het voorgestelde art. 175, tweede lid, Provinciewet .

51 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 691, nr. 7, p. 5.

52 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 691, nr. 8, p. 7-8.

53 Stenogram plenair debat 4 juni 2014 nr. 2014D20529, gepubliceerd op 5 juni 2014

De minister ging daar toen niet op in. Wel zei hij toe in de ambtsinstructie van de commissaris van de Koning aandacht te willen schenken aan diens rol als adviseur en bemiddelaar wanneer de bestuurlijke integriteit in een gemeente in het geding is. Het wetsvoorstel werd vervolgens aangenomen en ligt nu bij de Eerste Kamer.

Onlangs heeft de minister van BZK in een brief aan de Kamer toch nog een poging gedaan een handelingsperspectief te schetsen voor de burgemeester (en de commissaris van de Koning) bij de zorg voor de integriteit.⁵⁴ Dat perspectief bestaat volgens de brief allereerst uit de oprichting van een landelijk Steunpunt Integriteitsonderzoek. Dat is een bij het Bureau Integriteitsbevordering Openbare Sector (BIOS) onder te brengen 'laagdrempelig expertisepunt waar bestuursorganen in alle bestuurslagen terecht kunnen bij vragen over te maken keuzes en te nemen beslissingen gedurende het proces van afhandeling van een vermoeden van een integriteitsschending door een politieke ambtsdrager of de ambtelijke top'.⁵⁵ Waar het de toepasselijke normen betreft bestaat het handelingsperspectief volgens de brief uit de diverse reeds door BIOS ontwikkelde – en eventueel te evalueren instrumenten, zoals de Integriteitswijzer voor politiek ambtsdragers en de DVD 'portretten van raadsleden'. Ook stelt de minister een nieuwe versie van de zogenoemde Burgemeestersgame in het vooruitzicht. Helaas wekt de opsomming in de brief eerder de indruk van een grabbelton aan instrumenten dan van een kader dat werkelijk de benaming 'handelingsperspectief' verdient.

Als de beoogde wijziging van art. 170, tweede lid, Gemeentewet ongeschonden het *Staatsblad* haalt – en er is vooralsnog niets dat er op wijst dat dat niet het geval zal zijn – dan rijst de vraag wat dit betekent voor de bevordering van de bestuurlijke integriteit in de gemeente.

Een fundamentele verandering ten goede zal de nieuwe zorgplicht in ieder geval niet opleveren. Het gaat immers om een verantwoordelijkheid zonder bevoegdheden, zonder tanden dus. Net als voor de reeds bestaande zorgplichten geldt dan dat het vooral afhangt van de bestuurlijke ervaring en het persoonlijke gezag van de burgemeester in hoeverre hij de verantwoordelijkheid waar kan maken.⁵⁶ Daar verandert de nieuwe

en beschikbaar op www.tweedekamer.nl.

54 Brief van 26 augustus 2014 van de minister van BZK, kenmerk 2014-0000292885, met als onderwerp 'Acties n.a.v. verkenning knelpunten integriteitsonderzoeken bij vermoedens van schendingen'.

55 Supra 16, p. 3.

56 Zie in dit verband de brief van de minister van BZK aan de Tweede Kamer d.d. 28 december 2009 over de zorgplicht van de burgemeester.

bepaling niets aan. Wellicht biedt de nieuwe bepaling de burgemeester wel enig soelaas omdat hij aldus een expliciete wetsbepaling kan aanwijzen als grondslag voor het geval hij de commissaris van de Koning wil inschakelen.

Ondertussen is het vooral de vraag of het nieuwe art. 170, tweede lid, onder omstandigheden niet ook nadelig kan uitpakken voor de burgemeester. In de Kamer werd reeds gewezen op de benarde positie van de burgemeester die voor zijn positie en ook voor zijn herbenoeming tegenwoordig afhankelijk is van de gemeenteraad.⁵⁷ Die afhankelijke positie kan ertoe leiden dat de burgemeester óf te passief blijft bij een integriteitstekstie óf dat hij juist uit politieke overwegingen ertoe wordt gedwongen maatregelen te treffen, terwijl dat eigenlijk (nog) niet aan de orde is. We moeten niet vergeten dat juist bij kwesties van bestuurlijke integriteit de toepasselijke normen veelal onscherp zijn, waardoor bijvoorbeeld pas achteraf – wanneer de rechter heeft geoordeeld duidelijk wordt of een maatregel gerechtvaardigd is geweest.⁵⁸ Zo bevindt de burgemeester die wordt geconfronteerd met vermoedens van een integriteitsschending zich tussen twee vuren. Het op te richten landelijk Steunpunt Integriteitsonderzoek zal de aldus gemangelde burgemeester op dat punt weinig soelaas kunnen bieden. Daar komt nog bij dat de zorgplicht van art. 170, tweede lid, Gemeentewet dan wel niet met een op de verantwoordelijkheid toegesneden instrumentarium komt, maar wel met een verantwoordingsplicht.⁵⁹

Een alleenheerser als Napoleon had misschien aan vijf woorden genoeg om de wereld zijn wil op te leggen, voor een Nederlandse burgemeester anno 2014 volstaan negen woorden hoogstwaarschijnlijk niet.

3. Het initiatiefwetsvoorstel Huis voor klokkenluiders

Een voorstel dat aanmerkelijk meer ambitie heeft waar het om het waarborgen van de integriteit gaat, is het initiatiefwetsvoorstel ‘Huis voor klokkenluiders’. Dit voorstel, dat naar de eerste ondertekenaar ook wel bekend staat als het initiatiefwetsvoorstel-Van Raak, heeft veel lof gekregen, maar ook veel kritiek. Het bijzondere dat is deze lof en kritiek veelal hand in

57 Dit punt is verder uitgewerkt door C.J.N. Versteden in diens ‘De nieuwe bepalingen in Gemeentewet en Provinciewet inzake de zorg voor bestuurlijke integriteit: een zorgplicht tevens zorgelijke plicht’, *De Gemeentestem*, 2014/40.

58 Zie G.H. Addink, ‘De toetsing van integriteitsschendingen getoets’, p. 22, gepubliceerd op www.rechten.vu.nl/staatsrechtconferentie.

59 Zie *Tekst & Commentaar Gemeentewet*, aant. 4 bij art. 170 Gemeentewet, bijgewerkt door De Jong tot 1 maart 2013.

hand gaan. De lof richt zich op het feit dat de initiatiefnemers met hun voorstel de positie van de klokkenluider op de politieke agenda hebben gezet en gehouden; de kritiek heeft betrekking op de concrete vertaling van hun op zich prijzenswaardige intenties in wetgeving.

Het wetsvoorstel omvat grosso modo de volgende componenten.⁶⁰ Klokkenluiders krijgen in het civiele recht en het ambtenarenrecht rechtspositionele bescherming.⁶¹ Er wordt een Huis voor klokkenluiders opgericht dat wordt ondergebracht bij de Nationale Ombudsman.⁶² Dit Huis heeft twee hoofdtaken. Het adviseert allereerst werknemers over de te nemen stappen wanneer deze het vermoeden hebben van een misstand bij een organisatie.⁶³ Wanneer de werknemer de misstand binnen zijn organisatie heeft gemeld en dat niet tot actie heeft geleid, of wanneer van de werknemer niet kan worden gevergd dat hij de misstand intern aankaart, kan hij het Huis voor de klokkenluider verzoeken een onderzoek in te stellen.⁶⁴ Het moet dan gaan om het vermoeden van een misstand waarbij het maatschappelijk belang ernstig in het geding is.⁶⁵ Naar aanleiding van de uitkomst van het onderzoek kan het Huis voor klokkenluiders de organisatie waarop het onderzoek betrekking had aanbevelingen doen.⁶⁶ Het wetsvoorstel maakt geen onderscheid tussen misstanden bij de overheid en misstanden in de private sector.

Enkele van de belangrijkste punten van kritiek op het wetsvoorstel⁶⁷ waren dat er geen duidelijke scheiding wordt aangebracht tussen de onderzoeken en de adviseringstaak, dat onvoldoende is stilgestaan bij de samenloop met de taakopdracht en bevoegdheden van andere overheidsorganen – diensten en inspecties die een rol hebben bij het onderzoek naar mogelijke integriteitsschendingen –, dat de rechtspositionele bescherming van de melder weinig precies is neergelegd en dat het wetsvoorstel in die zin prematuur is omdat de evaluatie van de reeds bestaande voorzieningen, het Adviespunt Klokkenluiders en de Onderzoeksraad Integriteit Over-

60 Hierbij wordt uitgegaan van het gewijzigd voorstel van wet van 17 december 2013, *Kamerstukken I* 2013/14, 33258, A.

61 Hoofdstuk 3 van het wetsvoorstel.

62 Art. 1, onder a, wetsvoorstel.

63 Art. 3, eerste lid, onder a, wetsvoorstel.

64 Art. 4, eerste lid, wetsvoorstel jo. art. 6, eerste lid, wetsvoorstel.

65 Art. 6, eerste lid, wetsvoorstel.

66 Art. 15, tweede lid, wetsvoorstel.

67 De bijdrage van Eerste Kamerlid Van Bijsterveld tijdens de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel biedt een goed overzicht van de belangrijkste kritiekpunten (*Handelingen I*, 20 mei 2014, 30-3, p. 1-2).

heid, nog niet was afgerond.⁶⁸

Deze bijdrage beperkt zich echter omwille van de focus op twee andere, sterk met elkaar verweven, bezwaren tegen het wetsvoorstel.⁶⁹ Kortweg komt dit deel van de kritiek er op neer dat het onjuist is dat het wetsvoorstel zich niet beperkt tot mogelijke misstanden bij de overheid, maar ook de private sector tot onderzoeksgebied voor het Huis voor klokkenluiders rekent. Daar komt dan bij dat juist vanwege die niet tot de overheid beperkte taak onderbrenging van het Huis voor Klokkenluiders bij de Nationale ombudsman ongewenst wordt geacht.

Initiatiefnemer Van Raak legt tijdens de plenaire behandeling in de Tweede Kamer de keuze om geen onderscheid te maken tussen het publieke en het private waar het om mogelijke misstanden gaat, als volgt uit.

‘Daarmee [met een amendement] wil de heer Litjens een scheiding aanbrengen tussen het Huis voor klokkenluiders, en een instituut voor de private sector, bijvoorbeeld door VNO-NCW en de Sociaal-Economische Raad, om te bekijken of er een onderzoeksinstituut kan komen voor de private sector. Ik vind de poging goed, maar eigenlijk laat dit amendement precies zien waarom de uiteinden van deze brug elkaar niet kunnen raken. Het gaat hier om een ernstige maatschappelijke misstand. Het betreft de volksgezondheid, de veiligheid, het milieu, de integriteit van het bestuur en de rechtsstaat. Het gaat uiteindelijk om een publiek belang. Er is in dit geval geen sprake van ernstige misstanden van de overheid of van bedrijven of ondernemers. Er is één publiek belang, waar wij als parlement voor moeten staan.’⁷⁰

Hij redeneert dus vanuit de ernst en de maatschappelijke impact van de misstanden. Of het nu gaat om een bedrijf dat gif loost of een overheidsdienst die corrupt is, uiteindelijk is steeds het publiek belang in het geding. Vandaar dat hij er vervolgens op wijst dat de Onderzoeksraad voor Veiligheid ook geen onderscheid maakt tussen rampen bij de overheid en rampen in de commerciële sector.

Tegenover die puur op het maatschappelijk effect van de misstand gerichte benadering, staat een meer juridische insteek waarbij de te kiezen

68 Inmiddels is die evaluatie wel voltooid. Zie het rapport van F. Maas et.al, *Veilig misstanden melden op het werk*, Berenschot, 22 juli 2014.

69 Deze bezwaren werden geuit door verschillende fracties in de Eerste en de Tweede Kamer en door de minister van BZK, in diens rol van adviseur aan de Staten-Generaal.

70 *Handelingen II* 11 december 2013, 35-3, p. 12.

structuur beoordeeld wordt vanuit het relevante normenkader en het stelsel van bevoegdheden.

Senator Van Bijleveld zegt in dat verband:

‘Het over één kam scheren van de publieke en private sector. Naar het oordeel van mijn fractie is dit onwenselijk. De publieke en private sector verschillen op relevante punten van elkaar. Denk aan de toepasselijkheid van grondrechten, de toepasselijkheid van de AWB en de Wet Nationale Ombudsman, maar ook aan kwesties als openbaarheidsregimes, concurrentiepositie en de gevolgen van onterechte reputatieschade. Het wetsvoorstel gaat met het over één kam scheren van beide sectoren en het beleggen van de onderzoeksfunctie bij één instantie hier te grofmazig mee om.’⁷¹

Inderdaad zijn er op belangrijke punten grote verschillen tussen beide sectoren. Neem alleen al een voorschrift als dat van art. 2:4 Algemene wet bestuursrecht:

1. Het bestuursorgaan vervult zijn taak zonder vooringenomenheid.
2. Het bestuursorgaan waakt ertegen dat tot het bestuursorgaan behorende of daarvoor werkzame personen die een persoonlijk belang bij een besluit hebben, de besluitvorming beïnvloeden.

Waar het gaat om ambtelijke en bestuurlijke integriteit, is dit een belangrijk, aan het algemeen belang ontleend beginsel dat op verschillende wijzen en niveaus tot uitdrukking is gebracht in wetgeving en gedragscodes. Voor de toetsing van het handelen van bedrijven en hun bestuurders is het echter als leidend kader ten enenmale ongeschikt. De essentie van de op kapitalistische leest geschoeide vrije markteconomie is juist dat ondernemers zich door hun ‘eigenbelang’ laten leiden.

Ook kan men van bedrijven niet verwachten dat zij dezelfde transparantie aan de dag leggen die tegenwoordig als wezenlijke voorwaarde voor overheidshandelen wordt gezien. Bedrijven hebben nu eenmaal concurrenten en kunnen beursgenoteerd zijn en zijn geen verantwoording schuldig aan volksvertegenwoordigers en (langs die weg) aan de belastingbetaler.⁷²

Tijdens de debatten over het wetsvoorstel werd door de initiatiefnemers verwezen naar de bouwfraude als argument waarom het goed zou

71 *Handelingen I* 20 mei 2014, 30-3, p. 2.

72 In de woorden van de minister van BZK: ‘Jegens de overheid en overheidsinstanties hoeft onderzoek minder scrupules te kennen dan jegens private partijen die een beroep kunnen en ook mogen doen op de bescherming van hun fundamentele rechten tegen diezelfde overheid’, *Handelingen I* 20 mei 2014, 30-3, p. 15.

zijn onderzoek naar misstanden bij de overheid en de private sector in één hand te leggen.⁷³ Daar kan men echter tegen inbrengen dat juist die bouwfraude, waarbij zowel overheidsdiensten en -dienaren als bedrijven een rol speelden, een voorbeeld is waarom men onderzoek naar beide sectoren zou moeten scheiden. Verwarring over de toepasselijke bevoegdheden en het normenkader ligt immers op de loer en daar komt bij dat de verwachtingen van de buitenwereld met betrekking tot een dergelijke zaak geen ruimte bieden voor al te veel juridische en functionele nuance. Een misstand is immers een misstand, zo is de redenering. Een redenering die mijns inziens onzorgvuldigheid in de hand werkt en als men iets niet kan gebruiken bij de aanpak van integriteitskwesaties dan is het wel onzorgvuldigheid.

Dat de initiatiefnemers zich uiteindelijk genoodzaakt voelden de behandeling van het wetsvoorstel te laten schorsen, had echter vooral te maken met kritiek op het voorstel van constitutionele aard. Over de beslissing het Huis voor klokkenluiders bij de Nationale Ombudsman onder te brengen schrijven de indieners het volgende.

‘De reden om het Huis organisatorisch onder te brengen bij de Nationale ombudsman heeft vooral praktische redenen. Het Huis is een nieuwe organisatie, die bij aanvang voor mensen nog onbekend is. De Nationale ombudsman is een bekende organisatie, waar mensen ook veel vertrouwen in hebben. Nu al krijgt de Nationale ombudsman veel zaken van klokkenluiders voorgelegd, waar zij echter niet voldoende mee uit de voeten kan.

Door het Huis onder te brengen bij de Nationale ombudsman beperken we ook de kosten. Dit voorstel is relatief goedkoop, het inrichten van een Huis voor klokkenluiders los van de Nationale ombudsman zou veel duurder uitpakken.^{74,75}

Deze op zich te billijken, door praktische overwegingen ingegeven keuze, zorgde echter voor complicaties van constitutionele aard door de combinatie met de keuze om het Huis voor klokkenluiders ook vermeende misstanden in de private sector te laten zoeken.

73 Zie bijvoorbeeld Kamerlid Ulenbelt (SP): ‘Het zou bijzonder ongelukkig geweest zijn als aan de ene kant een private organisatie en aan de andere kant een publieke organisatie indertijd de zaak van de bouwfraude had moeten oppakken’, *Handelingen II* 11 december 2013, 35-3, p. 4.

74 *Kamerstukken II* 33 258, nr. 5, p. 11.

75 In de Memorie van Toelichting (zoals gewijzigd naar aanleiding van het advies van de Raad van State) wordt de ratio voor de keuze voor de Ombudsman niet verder uitgewerkt. Zie *Kamerstukken II* 33 258, nr. 7.

Het eerste lid van art. 78a Grondwet bepaalt immers: *De Nationale ombudsman verricht op verzoek of uit eigen beweging onderzoek naar gedragingen van bestuursorganen van het Rijk en van andere bij of krachtens de wet aangewezen bestuursorganen.*

Bij die op de publieke sector gerichte taakstelling past geen Huis voor klokkenluiders dat ook het bedrijfsleven op de korrel kan nemen. De Raad van State had daarom in zijn advies over het wetsvoorstel de vraag opgeworpen of het wenselijk was de taken van het Huis ook wat betreft de private sector op te dragen aan de Nationale ombudsman.⁷⁶

De initiatiefnemers verdedigden hun keuze door erop te wijzen dat het vierde lid van art. 78a Grondwet bepaalt dat ‘bij of krachtens de wet (...) aan de Nationale ombudsman ook andere taken [kunnen] worden opgedragen’. Bovendien was eerder van die uitzondering gebruik gemaakt door de eveneens bij de Nationale Ombudsman ondergebrachte Kinderombudsman de mogelijkheid te geven klachten over particuliere organisaties te onderzoeken.

In de woorden van Van Raak:

‘Wij zijn de Rubicon al over als het gaat om de private sector. Met de Kinderombudsman hebben wij ook gezegd: vanuit het publieke belang van de bescherming van kinderen zal de substituut-ombudsman, de Kinderombudsman, zich ook bezighouden met private ondernemingen. Dat is wettelijk vastgelegd met het oog op een publiek belang. Wij doen eigenlijk niets anders. Met het oog op het publieke belang, wettelijk vastgelegd, verbreden wij de reikwijdte voor het Huis voor klokkenluiders.’⁷⁷

Opnieuw lijkt de leidende gedachte hier te zijn dat, omdat ernstige misstanden in de private sector ook het publieke belang raken, het onderscheid tussen overheid en bedrijfsleven uiteindelijk niet ter zake doet.

De minister van BZK liet zich door deze argumenten niet overtuigen. De minister verwoordde zijn bezwaar aldus:

‘Nog kort om het helder samen te vatten: artikel 78a, lid 1 beperkt niet de functie van de Ombudsman of het publieke belang van de terreinen waarmee hij zich bezig mag houden, maar de gedragingen van de bestuursorganen. Zijn activiteitengebied is dus: bestuursorganen. Bij de Kinderombudsman is destijds overwogen dat diens taken zich voor het overgrote deel richten op het terrein dat onder de Ombudsman valt, en dat ze zich voor het overige richten op instanties

⁷⁶ *Kamerstukken II* 33 258, nr. 5, p. 11.

⁷⁷ *Handelingen II* 11 december 2013, 35-3, p. 13.

die taken uitoefenen die van groot publiek belang zijn. Daarvoor is nu typisch de uitzondering in lid 4 bedoeld, om die uitweg mogelijk te maken. Maar als je zegt de Ombudsman mag zich op het terrein van het klokkenluiden gewoon met de hele private sector bezighouden, dan zet je in feite artikel 78a, lid 1, volledig buiten werking, dan stap je daaroverheen. Dat is voor mij de reden om deze Kamer te adviseren, het niet op die manier te doen.⁷⁸

Deze bezwaren van de minister bleken bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer door een meerderheid van de senatoren te worden gedeeld. Dit gegeven maakte – in combinatie met de overige kritiekpunten – dat de initiatiefnemers besloten de Eerste Kamer te vragen de behandeling van het wetsvoorstel te schorsen.⁷⁹ Zij zijn vervolgens, zoals Van Raak het verwoordde, op pad gegaan met het nodige huiswerk.

4. Leent het onderwerp ‘integriteit’ zich wel voor wetgeving?

Hiervoor werden twee initiatieven besproken om aspecten van de aanpak van integriteitsschendingen bij wet te regelen; in beide gevallen is de gekozen oplossing onbevredigend.

In het geval van het voorgestelde tweede lid van art. 170 Gemeentewet, is dat omdat de betreffende zorgplicht geen handen en voeten heeft gekregen. Voor het initiatiefwetsvoorstel Van Raak geldt juist dat het te veel hooi op de vork neemt.

Dat roept de vraag op of het überhaupt wel mogelijk is het onderwerp ‘ambtelijke en bestuurlijke integriteit’ adequaat bij wet te regelen. Is dit terrein niet te complex om de precisie te kunnen verlangen die wetgeving zou moeten bieden? Er wordt veelal met open normen gewerkt, politieke en juridische verantwoording lopen door elkaar heen, er kan een kloof zitten tussen het morele oordeel van de samenleving en het veel engere juridische toetsingskader en zeker waar het om bestuurders gaat, is het gevaar voor reputatieschade immens.⁸⁰

Men zou kunnen redeneren dat nu er de afgelopen jaren reeds het nodige is ondernomen op integriteitsgebied bij de overheid en het openbaar bestuur – er is een keur aan instrumenten ontwikkeld die ook daadwerkelijk worden toegepast en er zijn nu tal van functionarissen

78 *Handelingen II* 11 december 2013, 35-3, p. 26.

79 *Handelingen I* 20 mei 2014, 30-10, p. 1.

80 Zie over de bijzondere aard en dynamiek van integriteitsonderzoek S. Zouridis en B. van der Vorm, *Omwille van geloofwaardigheid: een verkennend onderzoek naar knelpunten en oplossingen bij integriteitsonderzoek in Nederland*, Tilburg University, 6 november 2013, p. 13-14.

en diensten die het als hun taak zien om integriteit te bevorderen en op vermeende misstanden te reageren – nieuwe wetgeving en structuren niet meer nodig zijn.⁸¹

Maar tegenover dat positieve beeld, kan men met evenveel gezag een somberder boodschap stellen. Uit een recent onderzoek van de VU blijkt bijvoorbeeld dat het aantal integriteitsschendingen bij de overheid al-lerminst verwaarloosbaar klein is.⁸² Een eerder onderzoek van dezelfde universiteit liet zien dat personen die kennis hebben van misstanden deze vaak niet melden door onbekendheid met de daarvoor geldende procedures of door gebrek aan vertrouwen in de afwikkeling van hun melding.⁸³

Wat hier echter moet worden benadrukt is dat, zelfs als in ons land de integriteit in de publieke sector hoog is, dat nog niet betekent dat men het zonder deugdelijk juridisch systeem kan stellen om op vermeende misstanden te reageren. Uiteindelijk moeten bij een goed integriteitsbeleid alle componenten in elkaar grijpen. Een klokkenluidersregeling heeft bijvoorbeeld pas echt zin als deze is ingebed in helder integriteitsbeleid. En integriteitsbeleid kan dan weer alleen functioneren als er een duidelijke visie bestaat op wat ‘goed ambtenaarschap’ en ‘goed bestuur’ inhoudt. Die visie bepaalt op haar beurt hoe men tegen een klokkenluider aankijkt. Als transparantie als wezenlijk kenmerk van behoorlijk bestuur wordt beschouwd, is het vanzelfsprekend dat een klokkenluider een ruime mate van rechtspositionele bescherming dient te genieten. Zo staan alle aspecten van het integriteitsvraagstuk met elkaar in verbinding.

Dat geldt net zo goed voor de juridische component: een wezenlijke voorwaarde voor de juridische reactie op integriteitsschendingen is dat er ook duidelijke materiële normen moeten zijn waaraan men het gedrag van betrokkenen toetst. Vervolgens horen daar – zoals dat in een rechtsstaat nu eenmaal is vereist – ook duidelijke procedurele normen bij: een helder omlijnende afbakening van bevoegdheden voor het onderzoek naar en de beoordeling van vermeende integriteitsschendingen en rechtsstatelijke waarborgen voor alle betrokkenen (inclusief de melders én

81 Zie in dit verband bijvoorbeeld het rapport *Beleidsdoorlichting Integriteits(beleid) van het ministerie van BZK* of de uitgave *Integriteit van het lokaal bestuur*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2010, waarin Huberts et al. concluderen dat hun onderzoek onder raadsgriffiers en gemeentesecretarissen ‘geen aanleiding geven ons in het koor van de somberaars, doemdenkers en criticasters te mengen. De integriteit en het integriteitsbeleid in gemeenten staan er *grosso modo* goed voor’, p. 99.

82 G. de Graaf en T. Strüwer, *Aard en Omvang van integriteitsschendingen binnen de Nederlandse overheid*, BIOS/VU, 2014.

83 G. de Graaf et al., ‘Een luisterend oor: onderzoek naar het interne meldsysteem integriteit binnen de Nederlandse overheid’, *Justitiële Verkenningen*, 2013, p. 59-71.

beklaagden).⁸⁴ Op dat juridische vlak is wel degelijk verbetering mogelijk en ook noodzakelijk.

Ik zal mij hier beperken tot twee aspecten die nadere zorg behoeven, zeker ook van de wetgever.

Het eerste heeft betrekking op de bestaande structuur van organisaties die een rol hebben op het gebied van onderzoek naar integriteitsschendingen. Zouridis en Van der Vorm schrijven daarover ‘dat integriteitsonderzoek wordt uitgevoerd door een groot (ten minste tientallen) aantal externe, interne en ad hoc-instanties’.⁸⁵ Dat over de afbakening van taken en bevoegdheden tussen deze instanties niet gestructureerd is nagedacht, blijkt wel uit de recente Berenschot-evaluatie van mijn eigen Onderzoeksraad Integriteit Overheid:

‘Het voort laten duren van de situatie waarin de taakuitvoering door de Onderzoeksraad Integriteit Overheid voor een belangrijk deel niet strookt met haar formele taakopdracht is om verschillende redenen onwenselijk. In de huidige situatie leven er vele totaal verschillende verwachtingen ten aanzien van de Onderzoeksraad Integriteit Overheid. Sommigen vinden dat de Raad het centrale meldpunt integriteitsschendingen overheid moet zijn, anderen zien het als een last resort voor complexe gevallen. Het Besluit geeft hier geen helderheid over. Juist bij een gevoelig onderwerp als het melden van een misstand, kunnen duidelijke formele kaders houvast bieden. Melders, organisaties die onderwerp van onderzoek zijn en de Onderzoeksraad Integriteit Overheid zelf verdienen hierover eindelijk duidelijkheid. Bovendien is het voor de Onderzoeksraad Integriteit Overheid schier onmogelijk om succesvol te zijn in een veld dat zo complex is en waarin zoveel organisaties zijn, die dicht aanzitten tegen wat de Onderzoeksraad Integriteit Overheid beoogt, zónder heldere taakopdracht en bijbehorende positie, inclusief bevoegdheden.’⁸⁶

Daarbij moet men beseffen dat de onderzoekers voor het trekken van deze conclusie nog niet eens rekening hoefden te houden met de komst van een Huis voor klokkenluiders dat ook de bevoegdheid zou moeten krijgen vermeende misstanden, inclusief integriteitsinbreuken te onderzoeken. *I rest my case.*

Het andere aspect dat juridische zorg behoeft is de kwaliteit en de over-

84 Zie hierover Schlössels en Timmermans, *Integriteit, bestuur en recht*, 2013, beschikbaar op www.rechten.vu.nl/staatsrechtconferentie.

85 S. Zouridis & B. van der Vorm, *Omwillen van geloofwaardigheid*, 6 november 2013, Tilburg University, p. 62.

86 F. Maas et al., a.w., p. 9.

zichtelijkheid van de normen waaraan mogelijke integriteitsschendingen worden getoetst. De Tweede Kamer verzocht eerder dit jaar de minister van BZK een overzicht te geven van ‘de wet- en regelgeving op het gebied van integriteit van het bestuur’. Zoals het een minister betaamt gaf hij keurig gehoor aan dat verzoek, waarbij hij overigens het begrip bestuur in ruime zin opvatte, zodat het niet alleen ging om bestuurders, maar ook om ambtenaren.⁸⁷ Dit verzoek zegt het nodige over de onoverzichtelijkheid van de betreffende regelgeving.⁸⁸ Men kan zich niet zo makkelijk voorstellen dat de Kamer de betreffende minister zou vragen nog eens op te schrijven wat ook alweer de geldende wet- en regelgeving is op het gebied van kamerverhuur of van de leerplicht.

Nu moet worden gezegd dat de onduidelijkheid vooral zit bij de op bestuurders van toepassing zijnde normen. Voor ambtenaren geldt dat de combinatie van de bepalingen in art. 125 e.v. Ambtenarenwet met de voor hun organisatie van toepassing zijnde gedragscode in het algemeen voor voldoende precisie lijkt te zorgen. Daar komt bij dat de Centrale Raad van Beroep als hoogste ambtenarenrechter voor uniformiteit zorgt bij de uitleg van de relevante normen.

Voor bestuurders en ook voor raadsleden zijn de normen veel minder duidelijk. Doornhof en Munneke hebben tamelijk overtuigend betoogd dat de modelgedragscode voor raadsleden, wethouders en burgemeesters niet voldoet. Zij stellen vast:

‘De gedragscode die beoogt duidelijkheid omtrent integriteit te bieden aan politieke ambtsdragers, levert bij nadere bestudering vooral onduidelijkheid, schijnzekerheid en juridische problemen op. Er is geen eenduidigheid in de functie die de gedragscode heeft te vervullen, de verhouding tot de wet is niet doordacht en de juridische binding ontbreekt. Van het waarborgen van breed gedragen opvattingen over integriteit is daarom geen sprake.’⁸⁹

In de praktijk van de integriteitsonderzoeken ziet men dan ook dat on-

87 Brief van de minister van BZK van 25 maart 2014, *Kamerstukken II* 2013/14, 33 845, nr. 2.

88 Opmerkelijk ook was dat vorig jaar de Kamer de minister van Veiligheid en Justitie bij motie heeft verzocht zorg te dragen voor een richtlijn waarin ambtenaren die werkzaam in het domein veiligheid en justitie duidelijk wordt gemaakt dat zij geen lid mogen zijn van een club van ‘outlawbikers’. Zie *Kamerstukken II* 29 628, nr. 375. Men mag toch aannemen dat de bestaande wetgeving en gedragscodes hier voldoende duidelijkheid bieden.

89 H. Doornhof en S.A.J. Munneke, ‘De gedragscode voor raadsleden gewogen... en te licht bevonden’, *De Gemeentestem*, 2013/118.

derzoekers hun eigen normkaders gaan hanteren. Addink concludeert dat 'zelfs bij BING [= Bureau Integriteit Nederlandse Gemeenten] dat veel van dit soort onderzoeken verricht, is er geen vast bestuurlijk-juridisch toetsingskader zichtbaar. De gehanteerde kaders lijken in belangrijke mate afhankelijk te zijn van het voorliggende geval waarover wordt gerapporteerd.⁹⁰ Hij haalt ook een onderzoek aan waarin wel werd getoetst aan de hand van de relevante gedragscode, maar waarbij de betreffende wettelijke bepalingen buiten beschouwing werden gelaten.⁹¹

5. Conclusie

Deze bijdrage begon met twee goed bedoelde, maar minder geslaagde voorbeelden van wetgeving op het gebied van ambtelijke en bestuurlijke integriteit. Het eerste voorbeeld, art. 170, tweede lid, Gemeentewet, heeft de praktijk op zijn best niets nieuws te bieden. Het andere voorbeeld, het voorstel Huis voor klokkenluiders, is op belangrijke punten ondoordacht. De belangstelling voor integriteit van de afgelopen jaren is op zich een gunstige ontwikkeling, maar deze lijkt ook te zorgen voor een juridische wildgroei. Het zou een goede zaak zijn wanneer de wetgever (en daar hoort ook de Tweede Kamer bij) in plaats van weer met nieuwe voorstellen te komen, de tijd en de rust nam om vanuit een breder perspectief na te denken over de vraag welke organisatievormen en welke materiële en procedurele normen passen bij een effectieve en zorgvuldige aanpak van vermeende integriteitsschendingen in bestuurlijk en ambtelijk Nederland.

90 Addink, a.w., p. 17.

91 Idem, p. 21.

4

Het gras is niet altijd groener aan de overkant

*Prof. mr. B. Barentsen*⁹²

1. Inleiding

Verschillen ambtenaren nu écht van werknemers? En hun arbeidsvoorwaarden en rechtpositie? Over de eerste vraag doen veel flauwe grappen de ronde, over de andere twee bestaan veel misverstanden. Ontslagrechtelijk zouden ambtenaren veel beter af zijn dan hun civiele collega's, terwijl er in de marktsector hogere salarissen worden betaald. Bij nadere beschouwing blijkt dat toch allemaal wat genuanceerder te liggen. De overeenkomsten, en niet de verschillen, vallen op. De vorm (aanstelling in plaats van contract, rechtspositieregeling in plaats van een cao) is anders, de inhoud nagenoeg hetzelfde. Uiteraard heeft een gemeenteambtenaar andere arbeidsvoorwaarden dan een horecamedewerker. Dat geldt echter ook voor een bankier en een bakker (arbeidsovereenkomst) of een militair en een rechterlijk ambtenaar (aanstelling). Het naar de arbeidsovereenkomst toegroeien van ambtelijke rechtpositie wordt doorgaans met de term 'normalisering' aangeduid.

Op het gebied van werkgerelateerde gezondheidsschade valt er eveneens normalisering te bespeuren, soms expliciet, soms stilzwijgend. Soms zelfs in omgekeerde richting: de positie van de civiele werknemer wordt juist meer in lijn gebracht met die van de ambtenaar.⁹³ Die tendens valt ook te zien in het nieuwe ontslagrecht. Het nieuwe civiele ontslagrecht dat op 1

92 Prof. mr. B. Barentsen is hoogleraar Sociaal Recht en bijzonder hoogleraar Arbeidsverhoudingen bij de Overheid (Albeda Leerstoel), Universiteit Leiden.

93 Zie over (omgekeerde) normalisering mijn oratie *The wounded soldiers of bureaucracy*, Den Haag: CAOP 2012, p. 11-17.

juli 2015 van kracht wordt vertoont met de introductie van een gesloten stelsel van ontslaggronden veel overeenkomsten met het systeem zoals dat thans al voor ambtenaren geldt.⁹⁴

In deze bijdrage wil ik een aantal belangrijke overeenkomsten tussen werknemers en ambtenaren ten aanzien van vergoeding van werkgerelateerde gezondheidsschade bespreken. Ik ga in op de invulling van de zorgplicht, de specifieke regelingen voor dienstongevallen en beroepsziekten en op de bewijslast van werkgever en van het slachtoffer. Uit de schets van de overeenkomsten volgt ook welke belangrijke verschillen er nog resteren. Die zet ik aan het slot van deze bijdrage op een rij, om vervolgens af te ronden met de vraag of die verschillen kunnen worden gerechtvaardigd of zouden moeten worden weggenomen.

2. Zorgplicht en aansprakelijkheid

Voordat ik inga op de zorgplicht van de (overheids)werkgever voor veilige arbeidsomstandigheden, is het goed om het stelsel dat geldt voor vergoeding van werkgerelateerde schade in overheidsdienst kort te schetsen. Loopt de ambtenaar gezondheidsschade op door zijn werk, dan is er sprake van een dienstongeval of beroepsziekte. De toepasselijke rechtspositieregeling geeft dan aanspraak op aanvulling op de bezoldiging bij ziekte en de uitkering bij langdurige arbeidsongeschiktheid. Voor het recht op die aanvullingen is niet vereist dat de overheidswerkgever tekort is geschoten in zijn zorg voor veilige arbeidsomstandigheden, een oorzakelijk verband tussen werk en schade is voldoende. Van deze rechtspositionele aanvullingen moet worden onderscheiden werkgeversaansprakelijkheid voor onveilige arbeidsomstandigheden. Voor die aansprakelijkheid is wel een zorgplichtschending vereist. Zoals ik hierna onder 3. zal bespreken, is het al of niet geschonden hebben van enige zorgplicht wel een relevant gezichtspunt bij het beantwoorden van de vraag of de gezondheidsschade werkgerelateerd is en dus een dienstongeval.

2.1 Een nieuwe norm

In 2000 introduceerde de CRvB de zogeheten ‘nieuwe norm’ voor overheidswerkgeversaansprakelijkheid.⁹⁵ Het komt erop neer dat voor overheidswerkgevers dezelfde zorgplicht en aansprakelijkheid gingen gelden

94 Vgl. D.M.A. Bij de Vaate & N. Hummel, ‘De Wet werk en zekerheid: omgekeerde normalisering’, *TRA* 2014/64.

95 Zie H.A.A.G. Vermeulen, ‘De Centrale Raad van Beroep en de ontwikkeling van het materiële ambtenarenrecht’ *TAR* 2003, nr. 6/7.

als voor private werkgevers. In zijn uitspraak van 22 juni 2000 overweegt de Raad het volgende:⁹⁶

‘Omdat de formulering van deze tot nu toe aangelegde toetsingsmaatstaven in de praktijk tot onduidelijkheden blijkt te leiden, ziet de Raad aanleiding tot het herformuleren van de norm die hij bij toetsing van gevallen als het onderhavige zal hanteren. Hij formuleert deze norm, die hij ook tot uitdrukking gebracht ziet in het thans in artikel 7:658 van het BW bepaalde, als volgt:

Voorzover zulks niet reeds voortvloeit uit de op de ambtenaar van toepassing zijnde rechtspositionele voorschriften heeft de ambtenaar recht op vergoeding van de schade die hij lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden, tenzij het betrokken bestuursorgaan aantoont dat het zijn verplichtingen is nagekomen de werkzaamheden van de ambtenaar op zodanige wijze in te richten, alsmede voor het verrichten van die werkzaamheden zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de ambtenaar in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt, of aantoont dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de ambtenaar.’

De in 2000 geformuleerde norm komt nagenoeg letterlijk overeen met het bepaalde in art. 7:658 BW. De werkgever heeft een zorgplicht en als zijn ondergeschikte schade lijdt, dan moet de werkgever aantonen dat hij aan die zorgplicht heeft voldaan of dat de schade opzettelijk of bewust roekeloos is veroorzaakt door de ondergeschikte zelf. Slaagt de werkgever er niet in om dat aan te tonen, is hij aansprakelijk. Feitelijk is de in art. 7:658 BW vervatte norm op ambtenaren van toepassing verklaard.

2.2 *De oude norm*

Voordien gold een wat andere norm, die door de Raad in zijn uitspraak van juni 2000 als volgt wordt omschreven:

‘Onder verwijzing naar de uit het bepaalde bij en krachtens de Arbeidsomstandighedenwet voortvloeiende verplichtingen voor de werkgever te zorgen voor de veiligheid in verband met de arbeid, heeft de Raad – ter nuancering van zijn destijds gehanteerde minder ver gaande norm – geoordeeld dat voor gevallen waarbij (letsel)schade ontstaat als gevolg van een ongeval tijdens werkzaamheden van bedrijfsmatige aard waarbij gebruik gemaakt wordt van gereedschap en machines, een zekere vorm van risicoaanvaarding door het bestuursorgaan

96 CRvB 22 juni 2000, TAR 2000/112, USZ 2000/231.

aangenomen moet worden (zie CRvB 9 december 1993, *TAR* 1994/34). In zijn op evenvermelde uitspraak gevolgte rechtspraak wordt vervolgens, mede in reactie op de in de praktijk gebruikte begrippen, wel gesproken van (een zekere vorm van) risico- en van schuldaansprakelijkheid (zie bijvoorbeeld CRvB 13 februari 1997, *TAR* 1997/59 en CRvB 11 november 1999, *JB* 1999, 306).⁹⁷

Bij werkzaamheden van bedrijfsmatige aard waarbij machines of gereedschappen werden gebruikt gold er dus een vorm van risicoaansprakelijkheid. Van dat systeem werd in 2000 afscheid genomen. Het is immers niet altijd duidelijk wanneer er nu van werkzaamheden van bedrijfsmatige aard kon worden gesproken. Het zou moeten gaan om werk dat ook in het bedrijfsleven, met behulp van werktuigen, wordt verricht. Te denken valt aan schoonmaken met een hogedrukreiniger, boren bij kleine verbouwingswerkzaamheden aan het gemeentehuis of de bediening van een papiersnijmachine bij het vervaardigen van Postbus 51-folders. Een voorbeeld uit de jurisprudentie is een bode bij een rechtbank die ten val kwam bij het vervangen van een gloeilamp.⁹⁷ Een ongeluk bij mijnenruimen, waarbij een dag eerder met gereedschap was gewerkt maar op de noodlottige dag niet, leidde evenwel niet tot werkgeversaansprakelijkheid.⁹⁸ Het is bij explosievenruiming bovendien de vraag of dat wel ‘bedrijfsmatige’ werkzaamheden zijn, zelfs als er daarbij apparatuur gebruikt wordt. Er is ook twijfel mogelijk over het schoonmaken van een pantservoertuig of de Gouden Koets, schoonmaakwerk dat in het bedrijfsleven niet voorkomt. En is een politieauto op surveillance aan te merken als een machine die voor bedrijfsmatig werk wordt ingezet?

Die oude norm riep vragen op, en daarom is er in 2000 expliciet afstand van genomen. Het is een verstandige keuze geweest om een meer algemene zorgplicht aan te nemen en aansprakelijkheid voor schending ervan, los van de vraag of er nu bedrijfsmatig wordt gewerkt of niet. De Arbeidsomstandighedenwet maakt ook geen onderscheid tussen bedrijfsmatige en niet-bedrijfsmatige werkzaamheden. Die moeten simpelweg zo veilig als redelijkerwijs mogelijk is worden ingericht. Een ambtenaar en een werknemer hebben er even veel belang bij dat zij na hun werk heelhuids en in goede gezondheid naar huis kunnen terugkeren. Daar staat de aard van hun werkzaamheden, of de juridische status van hun werkgever, verder los van.

97 CRvB 18 januari 1996, *TAR* 1996/66.

98 Rb. 's-Gravenhage 30 november 1999, *TAR* 2000/20.

2.3 *De oude norm leeft voort...*

Er lijkt hier sprake te zijn van normalisering in de traditionele richting: normen uit het civiele recht worden van toepassing op ambtenaren, omdat hun belangen en positie in essentie niet verschillen met die van werknemers. Wel is de door de ambtenarenrechter ontwikkelde risicoaansprakelijkheid voor ‘machinale ongelukken’ in feite behouden onder de vigeur van art. 7:658 BW. Ten dele is de ambtelijke rechtspositie met de hiervoor geschetste nieuwe norm dus juist niet veranderd. Het is wat anders geformuleerd, maar de risicoaansprakelijkheid voor machinale ongelukken is in feite blijven gelden, ook al omvat art. 7:658 in het algemeen een schuldaansprakelijkheid. Of de werkgever heeft voldaan aan zijn zorgplicht ex art. 7:658 BW is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, onder meer de kans op en ernst van de schade, de kosten van veiligheidsmaatregelen en hun effect op de bedrijfsvoering. Het gaat hier om een schuldaansprakelijkheid. Wanneer er bij het werk echter gebruik wordt gemaakt van machines, is het nagenoeg onmogelijk voor werkgevers om aan aansprakelijkheid te ontsnappen. De werkgever dient in te staan voor de deugdelijkheid van de gebruikte machines en gereedschappen. Dit blijkt onder meer uit het geval van de defecte cementpomp.⁹⁹ Hier was het slachtoffer als voorman verantwoordelijk voor het huren van het apparaat. Deze werknemer was voldoende ervaren en opgeleid en moest namens de werkgever in de gaten houden of de pomp veilig was. Toch was de werkgever aansprakelijk, toen er onverhoopt iets misging. In heel veel meer akelige gevallen van door machines veroorzaakt letsel wordt de werkgever aansprakelijk geacht. Kennelijk rechtvaardigt gevaarstelling, bestaande in het aan mechanische krachten blootstellen van werknemers, een quasi-risicoaansprakelijkheid.¹⁰⁰ In zoverre is de nieuwe norm die voor ambtenaren ging gelden vanaf 2000 eigenlijk niet zo nieuw.

2.4 *Invulling van de zorgplicht*

Zowel de rechtspraak van de CRvB als de Hoge Raad leveren sindsdien voorbeelden op van gevallen waarin de werkgever erin slaagt te bewijzen dat aan de zorgplicht is voldaan, en waarin dat niet lukt en aansprakelijkheid wordt aangenomen. Ook in gevallen waarin de werknemer door zijn werk aan zeer ernstige risico's is blootgesteld, is niet uitgesloten dat de

⁹⁹ HR 20 januari 2006, JAR 2006/50.

¹⁰⁰ B. Barentsen, ‘Werkgeversaansprakelijkheid: het is niet goed of het deugt niet’, TRA 2013, 2, p. 5-6.

rechter tot de conclusie komt dat de werkgever voldoende heeft gedaan. Weliswaar zijn de gevolgen van het intreden van dat risico soms zeer groot, maar is de kans daarop zo gering of zijn de kosten van preventie zo hoog, dat van de werkgever geen verdergaande maatregelen kunnen worden gevegd.¹⁰¹ Soms heeft de werknemer, zoals het Hof 's-Hertogenbosch onlangs overwoog, gewoon pech.¹⁰²

Festen-Hoff vraagt zich af of de CRvB net als de Hoge Raad extra strenge eisen aan overheidswerkgevers stelt. Zij bespreekt in haar artikel uit 2012 onder meer een aantal casusposities waarin de ambtenaar het slachtoffer werd van geweld. Daarin werd geen zorgplichtschending aangenomen.¹⁰³ Het is echter de vraag in hoeverre de Hoge Raad, zoals Festen-Hoff lijkt te veronderstellen, daadwerkelijk over de hele linie extra strenge eisen aan werkgevers stelt.¹⁰⁴ De uitkomsten in civiele werkgeversaansprakelijkheidszaken bij geweldsincidenten (overvallen e.d.) zijn bijvoorbeeld wisselend.¹⁰⁵

Het is maar de vraag of de civiele rechter in deze ambtelijke casus een andere uitkomst zou hebben bereikt. Het is zeker niet gezegd dat de civiele rechter bijvoorbeeld wel tot de conclusie zou zijn gekomen dat de werkgever van de door een gedetineerde vergiftigde piw'er tekort was geschoten. De zorgplicht van de werkgever beoogt geen absolute waarborg tegen schade te bieden. Of bepaalde veiligheidsmaatregelen moeten worden getroffen hangt ook af van hun effect op de goede vervulling van de werkzaamheden. De overweging dat bepaalde, op zichzelf denkbare, veiligheidsmaatregelen te zeer in strijd zouden zijn het halfopen karakter van de inrichting, is ook buiten de bestuursrechtelijke context valide.¹⁰⁶ Een bijzonderheid voor de overheidssector is mogelijk wel dat de werkgever meer beoordelingsvrijheid wordt gegund bij de vraag of en hoe bepaalde werkzaamheden moeten worden ondernomen. De rechter pleegt niet te treden in de afweging of – en onder welke voorwaarden

101 Bijv. CRvB 5 juni 2003, *TAR* 2003/160 (*Ontplofte mijn*) en HR 24 juni 2011, *JAR* 2011/192 (*Dombrowski*).

102 Hof 's-Hertogenbosch 12 augustus 2014, *JAR* 2104/229 (*Val met fiets na botsing met konijn*). Zie daarover mijn blog 'Je weet nooit hoe een konijn een haas vangt', op: <http://www.wezengaatvoorschijn.nl/2014/10/je-weet-nooit-hoe-een-konijn-een-haas-vangt/>.

103 K. Festen-Hoff, 'Vergoeding van letselschade in risicovolle beroepen', *TRA* 2012, 7/8, onder 3.2.

104 Barentsen 2013, p. 6-7. Zie o.m. HR 24 februari 2012, *JAR* 2012/95 en HR 14 juni 2013, *JAR* 2013/179.

105 Zie bijvoorbeeld Gerechtshof 's-Gravenhage 23 december 2005, *JAR* 2006/47 (*Overval geldautomaat*) en Ktr. Maastricht 29 januari 2014, *JAR* 2014/60 (*Overval nachtapotheek*).

106 CRvB 5 januari 2006, *LJN* AU9654.

– militairen worden ingezet, of in de vraag of een demonstratie door ‘gewone’ agenten of ME moet worden begeleid.¹⁰⁷

Toegegeven: ten aanzien van geweldsincidenten suggereert de Hoge Raad in het *Rooyse Wissel*-arrest dat er op de werkgever wél een vergaande, meer dan normale stelplicht rust.¹⁰⁸ Niet alleen de concrete veiligheidsmaatregelen, maar ook het algemene veiligheidsbeleid moeten door de werkgever worden uiteengezet, wil hij aan zijn stelplicht voldoen en aan aansprakelijkheid ontkomen. In die zin is de civiele rechter mogelijk strenger voor werkgevers dan de bestuursrechter. Aan de andere kant moet hier wel bij worden bedacht dat de Hoge Raad de zorgplicht en de stelplicht in de *Rooyse Wissel*-casus juist zo streng invulde mede omdat ambtenaren in een vergelijkbare situatie volledige schadevergoeding zouden hebben ontvangen op grond van art. 35 ARAR (beroepsincident; zie hierna onder 3.1). Als werknemer van een private TBS-kliniek kon het slachtoffer daar geen beroep op doen, terwijl hij wel aan vergelijkbare risico's is blootgesteld als ambtenaren in rijksinrichtingen.

Het is mogelijk dat de cassatierechter tot omgekeerde normalisering heeft willen overgaan, en daarom de zorgplicht tegen schade door geweld heeft opgerekt.¹⁰⁹ In het algemeen wordt er vanuit gegaan dat dit niet de (doorslaggevende) ratio was van deze uitspraak. Volgens de meeste auteurs gaat het hier inderdaad om een strenge(re) zorgplicht, en stelplicht, bij werkzaamheden waar blootstelling aan agressie een inherent risico is.¹¹⁰ Het Hof Amsterdam heeft inmiddels de aan de *Rooyse Wissel* ontleende criteria toegepast op een casus waarin er geen ambtelijke equivalenten vielen aan te wijzen en de betrokken zorginstelling aansprakelijk geacht voor schade als gevolg van mishandeling door een patiënt.¹¹¹ Het is goed denkbaar dat zich voor werknemers die moeten omgaan met onberekenbare en soms agressieve patiënten inderdaad een verhoogde zorgvuldigheidsnorm aan het ontwikkelen is. Dat is dan, net als machinaal gevaar, een bijzonder risico waar bijzondere regels voor gelden. In dat geval moet niet worden uitgesloten dat ook de bestuursrechter de zorgplicht bij dergelijke risico's strenger gaat invullen.¹¹²

107 Zie Festen-Hoff 2012, onder 3.3 en CRvB 25 maart 2013, *TAR* 2013/64 (*Srebrenica*).

108 HR 11 november 2011, *JAR* 2011/315.

109 Zie, zij het met voorbehouden, mijn noot onder de het arrest *Rooyse Wissel* in *JAR* 2011/315.

110 Zie, met verdere verwijzingen, de conclusie van A-G Spier voor HR 7 december 2012, *JAR* 2013/16 onder 4.4.4.

111 Gerechtshof Amsterdam 15 januari 2013, *JAR* 2013/68.

112 Festen-Hoff 2012, onder 3.2., betoogt dat de CRvB wel wat makkelijk meegaat met de door de overheidswerkgever aangevoerde verweren.

3. Dienstongevallen en beroepsziekten

3.1 *Dienstongevallen: algemeen*

Uit het *Rooyse Wissel*-arrest komt wel een nog steeds bestaande bijzonderheid van ambtenaren naar voren, die ook is vermeld in de hier voor geciteerde rechtsoverweging waarin de CRvB de nieuwe norm formuleert. Uit de ambtelijke rechtspositieregelingen vloeit in geval van een dienstongeval of beroepsziekte een recht op gedeeltelijke schadeloosstelling voort.¹¹³ Die schadeloosstelling komt doorgaans neer op een aanvulling op de loondoorbetaling bij ziekte en op arbeidsongeschiktheidsuitkeringen. In de sector Rijk bestaat zelfs recht op volledige schadevergoeding als het ongeval of de ziekte het gevolg is van een beroepsincident, dat is een bijzonder risico dat inherent is aan de uitgeoefende werkzaamheden waaraan de ambtenaar zich niet kan onttrekken. Voorbeelden hiervan zijn een medewerker van Rijkswaterstaat die wordt aangereden als hij op de snelweg werkzaam is of een door een gedetineerde mishandelde cipier.¹¹⁴

Juist nu de zorgplicht geen absolute waarborg biedt, is in een aantal gevallen wel sprake van schade, maar niet van aansprakelijkheid. De rechtspositionele regelingen dichten dat gat gedeeltelijk. Aan bepaalde gevaarlijke werkzaamheden is de kans op ernstig letsel inherent, terwijl de werkgever niet of nauwelijks bij machte is afdoende preventieve maatregelen te treffen. Ondanks de schadekans moet het werk toch doorgaan. Met de regelingen voor dienstongevallen en beroepsziekten wordt voorkomen dat dit risico volledig op de ambtenaar wordt afgewenteld.

3.2 *Naar een regeling voor bedrijfsongevallen?*

Ook in de private sector bestaat dit probleem: het werk leidt onvermijdelijk tot schade, terwijl de werkgever niet aansprakelijk is op grond van art. 7:658 BW. Dit wordt voor een deel ondervangen met behulp van cao-regelingen die voorzieningen voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten

113 Overigens komen dergelijke regelingen ook wel in de marktsector voor, en is de werkgever op grond van de cao verplicht een ongevallenpolis af te sluiten en/of de uitkering bij werkgerelateerde arbeidsongeschiktheid aan te vullen. In de bouwsector geldt bijvoorbeeld de collectieve ongevallenverzekering bouw, zie W. Eshuis, *Werknemerscompensatie in de steigers* (diss. Amsterdam UvA), Utrecht: BigBusinessPublishers 2013, p. 184 e.v.

114 B. Barentsen. *The wounded soldiers of bureaucracy* (oratie Leiden), Den Haag: CAOP 2012, p. 31. De voorbeelden zijn ontleend aan de NvT bij de betreffende wijzigingen in het ARAR, *Stb.* 2005, 591. De CRvB heeft in zijn jurisprudentie tot dusver nog geen beroepsincident aangenomen.

omvatten. Daarnaast tekende zich in de civiele rechtspraak een tendens af om een schadevergoedingsplicht op grond van het goedwerkgeverschap aan te nemen. De Hoge Raad introduceerde een verzekeringsplicht voor schade tijdens werkgerelateerde verkeersdeelname. De ratio hiervoor is tweeledig. Aan de ene kant kan, omdat de werknemer zich op afstand van de werkgever bevindt, de zorgplicht slechts beperkt bescherming bieden. Het ontbreekt de werkgever simpelweg aan mogelijkheden om, door middel van aanwijzingen en toezicht, zaken ‘bij te sturen’. Aan de andere kant gaat de Hoge Raad ervan uit dat werkgevers dergelijke verzekeringen voor een redelijke prijs op de verzekeringsmarkt kunnen verkrijgen.

Deze verplichte verzekering hoeft niet de volledige schade te dekken. De Hoge Raad eist ‘slechts’ een adequate verzekering. Wat dat exact inhoudt is niet duidelijk.¹¹⁵ Het moet om een substantiële dekking gaan, een uitkering van enkele duizenden euro’s bij volledige invaliditeit op grond van een ongevalpolis werd onvoldoende geacht.¹¹⁶ Het is echter goed voorstelbaar dat langdurige aanvullingen op het loon bij ziekte en de WIA-uitkering, zoals ambtenaren die kennen, wél voldoende zijn. Vermogensschade, bestaande in ziektekosten en verlies aan verdienvermogen, moet gedeeltelijk worden vergoed. Immateriële schade is niet gedekt. Overigens is voor de politie wel een smartengeldregeling van kracht.¹¹⁷ Met Hartliet en Lindenbergh ben ik echter van mening dat het niet voor de hand ligt dat de behoorlijke verzekering ook immateriële schade zou moeten omvatten. De rechtspositieregelingen komen aldus een heel eind in de richting van de voor werknemers vereiste adequate verzekering.

Het probleem van inherente, onvermijdelijke schade doet zich ook buiten het verkeer voor. Vandaar dat in de civiele rechtspraak onder meer voor schade als gevolg van geweld (overvallen, agressieve patiënten) een verzekeringsplicht is aangenomen. Die rechtsontwikkeling is echter gestopt met het *Rooyse Wissel*-arrest.¹¹⁸ Daarin is bepaald dat de verzekeringsplicht alleen in het verkeer geldt, en niet voor andere risico’s. Het ligt niet op de weg van de rechter om het wettelijk stelsel – dat in art. 7:658 uitgaat van een schuldaansprakelijkheid voor werkgerelateerde schade – te doorkruisen met de introductie van een algemene risicoaansprakelijkheid voor werkgerelateerde schade. De Hoge Raad geeft toe dat de beperking

115 S.D. Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Deventer: Kluwer 2009, p. 109/110.

116 HR 1 februari 2008, *NJ* 2009, 331 (*Kooyker/Taxicentrale Nijverdal*).

117 Art. 54a Barp en Regeling smartengeld dienstongevallen politie (*Stcrt.* 2007, 211 en 218).

118 HR 11 november 2011, *JAR* 2011/315.

tot verkeersschade arbitrair is, maar dat de grenzen zijn bereikt van wat de rechter vermag te doen. Al enige jaren voor de Rooyse Wissel-uitspraak had de CRvB ook al overwogen dat er naast de schuldaansprakelijkheid voor onveilige arbeidsomstandigheden geen ruimte is voor een algemene schadevergoedingsplicht voor werkgerelateerde schade.¹¹⁹

Ambtenaren hebben ten opzichte van de meeste werknemers het voordeel dat werkgerelateerde schade rechtspositioneel is gedekt met de aanspraken bij dienstongevallen en beroepsziekten. Toch moet worden opgemerkt dat die dekking ook weer niet zo veel ruimer is dan die van werknemers als vaak wordt verondersteld.

3.3 *Wat is een dienstongeval?*

De verschillende ambtelijke rechtspositieregelingen kennen een bijzonder regime voor dienstongevallen (bijv. art. 35 ARAR). De exacte bewoordingen verschillen per regeling, maar op grond van vaste rechtspraak is er sprake van een dienstongeval als het in overwegende mate zijn oorzaak vindt in de aard van de aan de ambtenaar opgedragen werkzaamheden of in de bijzondere omstandigheden, waaronder deze moeten worden verricht, en niet aan zijn schuld of onvoorzichtigheid is te wijten.¹²⁰

Daaruit volgt dat niet alle ongelukken die tijdens werktijd op de werkplek gebeuren dienstongevallen zijn.¹²¹ Het werk moet gevaarzettend zijn. Als de werkgever een zorgplicht heeft geschonden, kan dat worden aangenomen. Als de werkgever de ambtenaar onder normale, veilige omstandigheden laat werken, kan dat tot de conclusie leiden dat het werk de kans op schade niet in rechtens relevante mate heeft verhoogd.

Een voorbeeld is dat van de politieagent die ten val komt bij het achteruit rijden met de bureaustoel op kantoor.¹²² Er wordt geen dienstongeval aangenomen, omdat zowel de stoel als de vloer aan de veiligheidseisen voldoen. Er is daarom van gevaarzetting geen sprake.¹²³ In het bijzonder bij valpartijen, struikelen of uitglijden kan het ontbreken van een zorgplichtschending tot de conclusie leiden dat er van een dienstongeval

119 CRvB 9 december 2004, *TAR* 2005/33 en zie ook CRvB 6 januari 2011, *TAR* 2011/110.

120 Zie o.m. CRvB 4 juli 2002, *LJN* AE5831, *TAR* 2002/145, *TAR* 2002/145, *JB* 2002/282, m.nt. Van Maanen (*JB* 2002/283).

121 Bijv. CRvB 12 april 1990, *TAR* 1990/133: geen verhoogd risico en dus geen dienstongeval bij ambtenaar die op dienstreis uitglijdt in plasje olie op een benzinstation.

122 CRvB 29 juli 2010, *TAR* 2010/159.

123 Zie ook CRvB 3 juni 2010, *LJN* BM7044, *TAR* 2010/133, waarin de werkgever uitglijden in een plasje koffie bij een kopieerapparaat niet als dienstongeval kwalificeerde. De uitspraak van de CRvB betreft overigens de (al of niet) zorgplichtschending en volledige werkgeversaansprakelijkheid.

geen sprake is. Ook hier valt weer een parallel te trekken met de civiele sector. ‘Simpele’ valpartijen leveren daar vaak geen werkgeversaansprakelijkheid op.

3.4 Zoek de verschillen (of overeenkomsten)

Dankzij de rechtspositionele regelingen is de bescherming van ambtenaren op onderdelen ruimer dan die van werknemers. Dat blijkt het meest duidelijk bij geweldsincidenten die niet aan de werkgever zijn te verwijten. Dit zijn wel dienstongevallen, maar geen gevallen waarin zorgplichtschending en aansprakelijkheid wordt aangenomen.

Wel hebben overheidswerkgevers en private werkgevers bij niet te voorkomen geweld een nazorgplicht. Ze moeten stappen ondernemen om te voorkomen dat geweldsincidenten tot PTSS of ander geestelijk letsel leiden. Voor ambtenaren is dat aangenomen bij uitzending van militairen naar gevaarlijke gebieden,¹²⁴ voor werknemers in verschillende zaken over NS-personeel dat met (pogingen tot) zelfmoord werd geconfronteerd.¹²⁵ In zoverre rust er op beiden toch weer een vergelijkbare zorgplicht én aansprakelijkheid.

Een ander gebied waar misschien meer bescherming voor ambtenaren geldt, is dat van de zogeheten huis-tuin-en-keukenongevallen. De werknemster Laudy die zich bij het smeren van broodjes in de hand sneed met een vlijmscherp mes, zag haar beroep op art. 7:658 BW worden afgewezen.¹²⁶ Mogelijk zou er bij een ambtenaar in een vergelijkbaar geval sprake zijn van een dienstongeval. Het is echter niet uitgesloten dat in dit soort alledaagse situaties geen gevaarstelling en daarmee geen verband met de werkzaamheden wordt aangenomen. De rechtspraak over struikelen e.d. gaat wel in die richting: bij gebrek aan zorgplichtschending is er ook geen dienstongeval. De ambtenaar hoeft niet altijd een zorgplichtschending aan te tonen, voordat er sprake kan zijn van een dienstongeval. In een aantal gevallen blijkt dat echter toch nodig te zijn om de stelling dat de schade door het werk is veroorzaakt voldoende te onderbouwen. In de causaliteitsvraag zit soms een schuldvraag ingebakken. Het werk heeft de kans op schade niet in relevante mate verhoogd als de overheidswerkgever zijn zorgplicht heeft nageleefd.

Bij verkeersongevallen speelt de discussie over de zorgplichtschending niet. Ongevallen bij werkgerelateerde verkeersongevallen worden als

124 CRvB 9 oktober 2003, *JB* 2003/328, m.nt. Van Maanen en *TAR* 2004/9, m.nt. Coolen en CRvB 25 maart 2013, *TAR* 2013/64 (*Srebrenica*).

125 Ktr. Utrecht 4 september 2002, *JAR* 2002/220; Ktr. Utrecht 2 mei 2007, *JAR* 2007/136.

126 HR 4 oktober 2002, *NJ* 2004, 175 (*Broodmes*).

dienstongeval gezien, omdat ervan wordt uitgegaan dat de verkeersdeelname gevaarzettend is.

In mijn oratie wees ik erop dat de bestuursrechter en de civiele rechter het erover eens zijn dat verkeersdeelname gevaarlijk is.¹²⁷ Daarom geldt voor werknemers de verzekeringsplicht.¹²⁸ De CRvB gaat ervan uit dat ongevallen in het (gemotoriseerde) verkeer in overwegende mate hun oorzaak vinden in de aan de ambtenaar opgedragen werkzaamheden. De vraag of het specifieke ongeval onder gevaarzettende omstandigheden gebeurde wordt ‘standaard’ bevestigend beantwoord. Een belangrijk verschil is wel dat eigen schuld van de ambtenaar tot verval van die aanspraken kan leiden.¹²⁹ Bij werknemers is daar gekwalificeerde eigen schuld (opzet of bewuste roekeloosheid) voor nodig.¹³⁰

Bewust of onbewust is de vergoeding voor werkgerelateerde verkeersongevallen in de rechtspraak genormaliseerd. Zowel bij ambtenaren als bij werknemers geldt voor verkeersongevallen een bijzonder regime. Kennelijk is het, zowel volgens de bestuursrechter als de civiele rechter, heel gevaarlijk om aan het verkeer op de openbare weg te worden blootgesteld.¹³¹ Dat verhoogde risico mag niet voor rekening van de werknemer of ambtenaar blijven. In feite is de Hoge Raad een jaar of tien later uitgekomen op de positie die de CRvB al eerder innam. Gelet op de rechtspositionele aanspraken van ambtenaren bij verkeersongelukken valt goed te verdedigen dat voor hen niet ook nog een algemene schadevergoedingsplicht op grond van het goed werkgeverschap is aangenomen. Dat zou wellicht tot ‘overnormalisering’ hebben geleid. Het goedwerkgeverschapsgras lijkt alleen maar groener dan dat van de rechtspositieregelingen.

4. Stellen en bewijzen

4.1 Ook de bewijslast is een kwestie van nuances

In de nieuwe norm – de overheidswerkgever moet aantonen dat aan de zorgplicht is voldaan – ligt een bewijslastverdeling besloten. Nu is het civiele bewijsrecht niet van toepassing in bestuursrechtelijke procedures,

127 Barentsen 2012, p. 33-35.

128 O.a. HR 1 februari 2008, NJ 2009, 331 (*Kooyker/Taxicentrale Nijverdal*).

129 CRvB 3 maart 2011, TAR 2011/143 (*Onvoorzichtig uitparkeren*).

130 Lindenberg 2009, p. 58.

131 Terzijde: uit TNO-onderzoek blijkt dat verkeersongevallen niet in de ‘top 20’ van ernstige arbeidsongevalsrisico’s voorkomen zie *Arbobaalans 2011*, TNO 2012, p. 154 en 157. Zie Barentsen 2014, p. 8.

maar deze bewijslastverdeling leidt er feitelijk wel toe dat voor ambtenaren en werknemers toch een vergelijkbaar regime geldt. De werkgever moet aantonen dat hij voldoende veiligheidsmaatregelen heeft getroffen. Net als de zorgplicht, verschilt de invulling van de stelplicht en bewijslast van geval tot geval. In de besproken gevallen van uitglijden en struikelen zal een werkgever vaak kunnen volstaan met de stelling dat de werkplek regelmatig wordt gereinigd en dat er, indien er toch sprake is van een verhoogd valgevaar, goed schoeisel ter beschikking is gesteld. Die stellingen moet de werkgever zo nodig ook bewijzen. Feitelijk zal het hier op de weg van de werknemer liggen om aan te tonen dat er bijzondere omstandigheden waren die de werkgever tot het treffen van extra veiligheidsmaatregelen aanleiding hadden moeten geven.

Het *Broodmes*-arrest vormt daar een goede illustratie van.¹³² De werkgever betoogde in wezen dat de schade alleen kon worden voorkomen door oplettendheid van de werknemer, nu het werk onder normale omstandigheden – geen extreme tijdsdruk of lawaai – gebeurde. De werknemer kon dit betoog niet weerleggen. De door de werknemer nog opgeworpen mogelijkheid van een broodjeshouder om veilig snijden mogelijk te maken kon door de werkgever als te onpraktisch worden afgeserveerd. In deze zaak valt dus te zien dat de werknemer ook omstandigheden en mogelijke veiligheidsmaatregelen die de werkgever achterwege heeft gelaten moet aandragen, wil de schadeclaim slagen. En dan nog lukt dat dus niet altijd. Uit het arrest van 10 juni 2011 blijkt dat de werkgever deugdelijk gemotiveerd moet stellen dat hij voldoende heeft gedaan.¹³³ Wat ‘deugdelijk’ en ‘voldoende’ is, verschilt al naar gelang de aard van de werkzaamheden en aard en omvang van het risico. Bij uitglijden kan de werkgever volstaan met een wat algemener verhaal en zal de werknemer in het kader van de betwisting van die stellingen moeten wijzen op meer of andere maatregelen, die de werkgever ook nog had kunnen treffen en welke bijzondere omstandigheden noopten tot extra maatregelen. Het is dan vervolgens aan de werkgever om aan te tonen dat die alternatieven redelijkerwijs niet haalbaar waren. Dit is ook precies de benadering in ambtenarenzaken. In het geval van de over een plasje koffie bij een kopieerapparaat uitgegleden politieambtenaar, hield het betoog van de werkgever in de eerste plaats in dat de werkplek voldoende werd schoongemaakt. Dat het kopieerapparaat in de omgeving van de kantine was geplaatst – een mogelijke bijzondere omstandigheid –, leidde naar het oordeel van de CRvB niet tot zo’n mate van gevaarstelling

132 HR 4 oktober 2002, NJ 2004, 175 (*Broodmes*).

133 HR 10 juni 2011, JAR 2011/190, m.nt. Barentsen.

dat dat apparaat daar niet had mogen staan of dat er extra schoonmaak had moeten plaatsvinden.¹³⁴

Een ander voorbeeld levert het geval van een dakdekker die viel terwijl hij zijn valbescherming niet had aangetrokken. De werkgever betoogde dat hij (enig) toezicht hield op naleving van de veiligheidsvoorschriften, de werknemers ook had geïnstrueerd en regelmatig bijschoolde en dat de valbeschermingsmiddelen op de werkplek aanwezig waren. Dat was voldoende.¹³⁵ Het bewijs van naleving van de zorgplicht valt dus te leveren.

Kortom: de voor de werknemer gunstige bewijslastverdeling is geen garantie voor succes in werkgeversaansprakelijkheidszaken. Soms is de bewijslast niet al te zwaar en kan de werkgever volstaan met het schetsen van algemene veiligheidsmaatregelen, zoals schoonmaken, toezicht houden en scholing. Die benadering valt ook goed terug te zien in de rechtspraak van de ambtenarenrechter.

4.2 Omkering van de bewijslast

Waar in de civiele rechtspraak 'extra' tegemoet is gekomen aan werknemers met bewijsproblemen, is dat ook in de rechtspraak in ambtenarenzaken gebeurd.¹³⁶ Zo heeft de CRvB de mogelijkheid van proportionele aansprakelijkheid aanvaard in een zaak waarin de schade kon zijn veroorzaakt door blootstelling aan asbest maar ook door roken.¹³⁷ De Hoge Raad had in 2006 deze mogelijkheid aangenomen.¹³⁸

Ook de zogeheten omkeringsregel – causaal verband tussen werkzaamheden en schade is in beginsel gegeven als vast staat dat de werkgever zijn zorgplicht heeft geschonden – wordt in de ambtelijke sector toegepast.¹³⁹ Doorgaans niet met zoveel woorden, maar feitelijk wordt wel met door de werkgever te weerleggen rechtsvermoedens gewerkt.¹⁴⁰ Zo is er het geval van de voorman met schouderklachten die werkzaam was in de groenvoorziening.¹⁴¹ Nu de zware fysieke werkzaamheden de klachten konden hebben veroorzaakt, er geen sprake was anatomische aanleg of

134 CRvB 3 juni 2010, *LJN* BM 7044, *TAR* 2010/133.

135 HR 24 juni 2011, *JAR* 2011/192, m.nt. Barentsen.

136 A.C.M. van Vliet, R.L. Herregodts & F.A. Koopman, 'Aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten. Stand van zaken in het civiele recht en het bestuursrecht', *O&A* 2012/3, p. 27-28.

137 CRvB 9 april 2009, *TAR* 2009/126 en *JB* 2009/168.

138 HR 31 maart 2006, *JAR* 2006/100 (*Nefaliti/Karamus*) en ook HR 31 maart 2006, *JAR* 2006/101 (*Eternit/Hollink*)

139 CRvB 12 september 2002, *TAR* 2003/24 (*Te gladde autobanden*).

140 Van Vliet, Herregodts & Koopman 2012, p. 28.

141 CRvB 25 november 2010, *TAR* 2011/84.

een evidente andere oorzaak, diende ervan te worden uitgegaan dat de klachten het gevolg waren van het werk. In een zaak waarin sprake was van psychisch letsel overwoog de CRvB dat, als eenmaal voldaan is aan de eis dat er sprake is van objectief buitensporige arbeidsomstandigheden, er van een oorzakelijk verband moet worden uitgegaan. De werkgever kan dan alleen nog de aanname van causaal verband wegnemen, als deze medisch onderbouwd het bestaan van een evident andere oorzaak aannemelijk weet te maken.¹⁴²

Blootstelling aan schadelijke arbeidsomstandigheden kan voldoende zijn om causaal verband aan te nemen. Net als bij werknemers het geval is, blijkt die omkeringsregel de ambtenaar lang niet altijd te helpen om causaliteitsonzekerheid weg te nemen. Zo was de uitkomst van een aantal procedures over RSI bij de CRvB wisselend. Het causaal verband werd aangenomen in een geval van langdurig beeldschermwerk aan apparatuur die mankementen vertoonde, waarbij geen evidente andere oorzaak voor de klachten aanwezig was.¹⁴³ In veel gevallen was volgens de CRvB te veel onduidelijk over de arbeidsomstandigheden of de aard en omvang van de klachten om causaal verband aan te nemen.¹⁴⁴ Net als de Hoge Raad blijkt de CRvB, ondanks het bestaan van de omkeringsregel, terughoudend met het aannemen van causaal verband.¹⁴⁵ De Hoge Raad heeft in een RSI-zaak in 2013 geoordeeld dat er bij ziektebeelden waarbij te veel onduidelijkheid bestaat over de oorzaak ervan geen plaats is voor toepassing van de omkeringsregel. Indien het causaal verband te onzeker en te onbepaald is, geldt er geen rechtsvermoeden.¹⁴⁶ Dat is pas aan de orde als dat verband, gezien hetgeen in het algemeen bekend is over de oorzaak van de ziekte of hetgeen in het specifieke geval bekend is, voldoende aannemelijk is. Er wordt dus een drempel van aannemelijkheid gehanteerd. In eerdere RSI-zaken en andere 'overbelastingszaken' lijkt de Hoge Raad dat ook te hebben gedaan, sinds juni 2013 is dat in ieder geval expliciet het geval. De door de CRvB gehanteerde lijn sluit daar grosso modo bij aan. In 2006 overwoog de CRvB reeds dat het in werkgeversansprakelijkheidszaken aan de ambtenaar is om het verband met de werkzaamheden voldoende aannemelijk te maken. Blootstelling aan belastende arbeidsomstandigheden wettigen niet zonder meer hantering van een rechtsvermoeden, daarvoor geldt een ondergrens. Bij multicausale ziekten, die zowel door de

142 CRvB 21 juli 2011, *TAR* 2011/144, m.nt. Festen-Hoff.

143 CRvB 5 januari 2006, *TAR* 2006/42.

144 Bijv. CRvB 10 augustus 2006, *LJN* AY6584, CRvB 22 april 2010, *TAR* 2010/104.

145 Zie voor een overzicht van de wisselende lagere civiele rechtspraak Lindenbergh 2009, p. 37-38.

146 HR 7 juni 2013, *JAR* 2013/177 (*Svb/Van Wege*), m.nt. Hoogeveen.

arbeidsomstandigheden als door privéomstandigheden of een combinatie daarvan kunnen zijn veroorzaakt, vormt die ondergrens een niet gering struikelblok voor schadeclaims van werknemers.¹⁴⁷ De door de CRvB sinds jaar en dag in zaken van psychisch letsel gehanteerde strenge eis dat de arbeidsomstandigheden objectief gezien buitensporig moeten zijn, sluit daar bij aan. Aan die eis is niet snel voldaan, zodat bijvoorbeeld niet vaak een oorzakelijk verband tussen burn out en de werkzaamheden wordt aangenomen. De rechtspraak van de civiele rechter vertoont een eveneens terughoudende teneur. Gezien de onduidelijkheid over de oorzaak van burn out en andere psychische aandoeningen die met overbelasting te maken *zouden kunnen* hebben is die lijn door de arresten van 7 juni 2013 alleen maar versterkt. Dat laat onverlet dat in bepaalde gevallen, zowel bij ambtenaren als werknemers, wel is aangenomen dat de burn out door het werk is veroorzaakt. Daar zijn dan wel, zeker sinds juni 2013, vrij bijzondere, zo niet extreme arbeidsomstandigheden voor nodig.

De door de CRvB in verschillende zaken over fysiek letsel met verschillende mogelijke oorzaken relevant geachte omstandigheden (ontbreken anatomische aanleg en evident andere oorzaak) komen in de overwegingen van de Hoge Raad niet terug. De overwegingen in de *RSI*-zaak uit 2013 laten echter ruimte om dit soort factoren mee te wegen. De Hoge Raad acht het causaal verband te onbepaald en te onzeker, gezien hetgeen in het algemeen bekend is over de oorzaken van *RSI* én gezien de specifieke omstandigheden van het geval. De omkeringsregel is bij multicausale ziektebeelden niet categorisch uitgesloten. Met Van der Kroon meen ik dat de mogelijkheid bestaat dat in een andere feitelijke constellatie – wel langdurig beeldschermwerk, afname klachten na stoppen werk – wel toepassing wordt gegeven aan de omkeringsregel omdat causaal verband dan voldoende aannemelijk is.¹⁴⁸ Onder meer het ontbreken van een evidente andere oorzaak zou in dat kader ook van betekenis kunnen zijn. Wellicht kan de civiele rechtspraak nog worden aangevuld met de leer van de ‘evidente andere oorzaak’. Aan de andere kant ligt die in wezen al besloten in die gevallen waarin het vermoeden wel wordt gehanteerd. De werkgever hoeft dan niet meer aan te komen met allerlei causaliteitsverweren.

Na 7 juni 2013 is het nuttig effect van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel al met al flink afgenomen.¹⁴⁹ Voor zover de civiele rechter bij het aan-

147 J.T. van der Kroon, ‘Hoeveel hoop gloort er nog voor de werknemer met een multicausaal ziektebeeld?’, *TRA* 2013/102, onder 5.

148 Van der Kroon, *TRA* 2013/102, onder 4.

149 Naast de *RSI*-zaak deed de Hoge Raad een vergelijkbare uitspraak in een zaak over blootstelling aan oplosmiddelen bij een schilder, HR 7 juni 2013, *JAR* 2013/178, m.nt.

nemen van causaal verband al ruimhartiger was dan de bestuursrechter dankzij dit rechtsvermoeden, dan is dat nu wel voorbij.¹⁵⁰

Het arrest *Unilever/Dikmans* wordt algemeen gezien als het startpunt van de ontwikkeling van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel.¹⁵¹ Nu de betekenis daarvan sterk is ingeperkt, komt een ander element uit dat arrest naar voren. De Hoge Raad introduceerde daarin namelijk niet alleen die omkeringsregel, maar oordeelde ook dat een werkgever gegevens in de procedure dient in te brengen die meer in zijn sfeer dan die van de werknemer zijn gelegen. Het ging in dit geval om gegevens over de door de werkgever gebruikte chemicaliën. Uiteraard beschikte de werknemer daar niet over, maar de werkgever wel. De werkgever moet, in het kader van zijn gemotiveerde betwisting van de stellingen van de werknemer, dergelijke gegevens wel inbrengen. En desnoods zal hij daarvoor de bedrijfsarchieven moeten doorspitten, om na te gaan wanneer er nu precies is gestopt met – in dit geval – het gebruik van een bepaalde stof. Dit komt redelijk dicht in de buurt van de verplichting van een overheids-werkgever om, in het kader van een beoordeling van een schadeclaim van de ambtenaar, een zorgvuldig onderzoek te doen naar de relevante feiten en omstandigheden. De verplichting om gegevens boven water te krijgen, rust dus niet uitsluitend op het (vermeende) slachtoffer, of dat nu een ambtenaar is of een werknemer. Feit blijft voor hen beiden helaas wel dat het uiterst lastig is om hun vordering (of aanspraak op de rechtspositionele regeling) erkend te krijgen, in het bijzonder bij multicausale aandoeningen. Niet al te lang geleden wees het Haagse gerechtshof in het jaren slepende geding na verwijzing in de zaak *Unilever/Dikmans* de schadeclaim van de werknemer voor het overgrote deel af.¹⁵² Hij was er niet in geslaagd om het causaal verband tussen de werkzaamheden bij Unilever en zijn meest ernstige aandoeningen te bewijzen.

5. Besluit

Op het eerste gezicht bestaan er, ondanks de introductie van de nieuwe norm in 2000, grote verschillen tussen ambtenaren en werknemers. Bij nadere beschouwing vallen veeleer de overeenkomsten op in benadering én resultaat, ondanks terminologische verschillen. De gedachte dat het

Hoogeveen. Zie Van der Kroon, *TRA* 2013/102, onder 2.

150 Festen-Hoff merkt in haar noot in *TAR* april 2010 bij CRvB 9 april 2009, *TAR* 2009/126 over proportionele aansprakelijkheid op dat de rechtspositionele regelingen bij langdurige blootstelling gunstiger waren dan de nieuwe proportionele aanpak.

151 HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 596, m.nt. Asser, zie Lindenberg 2009, p. 35-36.

152 Gerechtshof Den Haag 7 mei 2013, *JAR* 2013/214 (*Dikmans/Unilever*).

gras voor ambtenaren groener is aan de civiele overkant is niet helemaal juist. Het blijkt niet dat de zorgplicht daar fundamenteel strenger wordt ingevuld, ook met de voor werknemers gunstige bewijslastverdeling. Evenals in de ambtelijke sfeer bestaat daar geen algemene schadevergoedingsplicht op grond van het goed werkgeverschap. Ook voor werknemers is het gras aan de ambtelijke overkant minder groen.

De rechtspositionele voorzieningen kennen een ruimere dekking dan art. 7:658 BW. In die regelingen kan voor het recht op schadevergoeding echter toch beslissend zijn of de zorgplicht is nageleefd, zodat het verschil toch minder groot en eerder gradueel is.

Een treurige conclusie is dat de causaliteit van beroepsziekten uitermate lastig is te beoordelen; ambtenaren en werknemers zitten wat dat aangaat in hetzelfde schuitje, om niet te zeggen dat ze op een technisch net iets andere wijze beiden buiten de boot vallen.

De overeenkomsten overheersen wat de vergoeding van werkgerelateerde schade betreft. Dat is terecht, nu het voor betrokkene niet veel verschil maakt of hij als ambtenaar of als werknemer gezondheidsschade lijdt. Dezelfde zorgplicht geldt en voor beide sectoren geldt geen algemeen vangnet op grond van het goedwerkgeverschap. Hoewel anders vormgegeven, is de bewijspositie van een werknemer of ambtenaar niet wezenlijk verschillend. Zeker niet na de inperking van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel tot gevallen met niet al te grote causaliteitsonzekerheid. Een belangrijk verschil is wel dat ambtenaren rechtspositionele voorzieningen kennen bij dienstongevallen en beroepsziekten. Die komen ook in de marktsector wel voor, maar gelden niet algemeen. Ik zie geen goede reden om werknemers deze bescherming te onthouden. Net als ambtenaren kunnen zij door hun werk schade oplopen, terwijl zij zelf noch hun werkgever die redelijkerwijs kan voorkomen. Daarom pleit ik voor omgekeerde normalisering: wat thans gemeengoed is voor ambtenaren, moet ook voor werknemers gaan gelden. Met een voorziening voor dienstongevallen en beroepsziekten is lang niet alle schade op het werk gedekt. Hier en daar speelt de zorgplichtvraag toch op de achtergrond mee, en zeker bij beroepsziekten is de causaliteit lastig aan te tonen.

Een wettelijke verzekering voor arbeidsongevallen en beroepsziekten, zoals Nederland die tot 1967 voor werknemers kende en de meeste landen die ook nu nog kennen, zou de positie van ambtenaren én werknemers verder op een lijn brengen. Een alternatief is het uitbouwen van cao-regelingen in de marktsector met voorzieningen voor het beroepsrisico. Normaliseren in omgekeerde richting dus.

5

De ene ziekte is de andere niet

*Mr. R. van Arkel*¹⁵³

1. Inleiding

Een zieke ambtenaar geniet bescherming. Die bescherming heeft verschillende vormen. Zo heeft een ambtenaar die ziek is recht op (gedeeltelijke) doorbetaling van bezoldiging en moet hij worden begeleid om zo spoedig mogelijk te re-integreren.¹⁵⁴ Het is aan een arts om vast te stellen of de ambtenaar ziek is.¹⁵⁵ Bij deze beoordeling of iemand ziek is of niet is de aard van de ziekte niet van belang. Die ziekte kan zowel fysiek als psychisch van aard zijn.

Een ambtenaar die ziek is als gevolg van zijn werk geniet extra bescherming. Hij kan recht hebben op aanvulling van zijn bezoldiging en op vergoeding van alle overige schade (de zogenoemde *restschade*). De mate van bescherming is echter afhankelijk van de aard van de ziekte. Dat kan tot bijzondere situaties leiden. Zo kan zich de situatie voordoen dat een ambtenaar die als gevolg van spanningen op het werk psychische klachten krijgt, geen aanvulling op zijn bezoldiging ontvangt en zijn restschade niet wordt vergoed, terwijl een ambtenaar die als gevolg van diezelfde spanningen hartkloppingen krijgt, wel een aanvulling ontvangt en diens restschade wel wordt vergoed. In deze bijdrage ga ik in op de vraag waarom de aard van de ziekte tot dit verschil kan leiden en doe ik een aantal voorstellen

153 Mr. R. van Arkel is advocaat bij Pels Rijcken & Droogleeveer Fortuijn Advocaten en Notarissen. 's-Gravenhage.

154 Voor Rijksambtenaren is dit bijvoorbeeld geregeld in artikel 37 Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR) respectievelijk artikel 40b ARAR.

155 CRvB 15 januari 2009, TAR 2009/97.

om op dit punt meer duidelijkheid te krijgen. Daarnaast maak ik een vergelijking met de situatie die voor civiele werknemers geldt en doe ik een suggestie om werknemers op dezelfde wijze te behandelen als ambtenaren.

2. Rechtspositionele aanspraken bij ziekte door het werk

In verschillende ambtelijke rechtspositiereglementen is vastgelegd dat een ambtenaar indien hij ziek wordt door zijn werk, recht heeft op extra aanspraken, zoals doorbetaling van zijn volledige bezoldiging¹⁵⁶ en vergoeding van de gemaakte ziektekosten.¹⁵⁷ Voor rijksambtenaren geldt dit in het geval van een (1) dienstongeval, (2) beroepsziekte of (3) beroepsincident. Het onderscheid tussen psychische en lichamelijke klachten wordt in de rechtspraak ten aanzien van alle drie gehanteerd. Ik beperk mij in deze bijdrage tot de beroepsziekte en de aanspraken die in dat geval gelden.

Onder een *beroepsziekte* moet worden verstaan een ziekte, die in overwegende mate haar oorzaak vindt in de aard van de aan de ambtenaar opgedragen werkzaamheden of in de bijzondere omstandigheden, waaronder deze moesten worden verricht, en niet aan zijn schuld of onvoorzichtigheid is te wijten.¹⁵⁸

Bijzondere omstandigheden

In 1976 heeft de Centrale Raad van Beroep voor het eerst overwogen dat onder de bijzondere omstandigheden waaronder de werkzaamheden moesten worden verricht in beginsel ook moeten worden verstaan bijzondere (abnormale) omstandigheden in de werksfeer, de verhoudingen binnen de dienst, waarbij de ambtenaar werkzaam is geweest en het door de leiding van de dienst ten aanzien van hem gevoerde beleid.¹⁵⁹ Daarbij merkte de Raad op dat er dan wel sprake dient te zijn van duidelijk abnormale, niet aan de betrokken ambtenaar toe te rekenen omstandigheden en – uiteraard – een verband tussen die omstandigheden en de tot ongeschiktheid voor de betrekking leidende aandoening in die zin dat de ziekte of het gebrek in belangrijke mate haar/zijn oorzaak vindt in die omstandigheden. Uit deze uitspraak van de Raad blijkt dat het voorgaande op een objectieve manier moet worden beoordeeld.

De Centrale Raad van Beroep heeft in 1981 herhaald dat de in het werk of de werkomstandigheden voorkomende bijzondere factoren moeten worden geobjectiveerd. Daarnaast overwoog de Raad dat wanneer de

156 Zie voor Rijksambtenaren artikel 37 lid 4 ARAR jo artikel 38a ARAR.

157 Zie voor Rijksambtenaren artikel 48 ARAR.

158 Zie voor Rijksambtenaren artikel 35 ARAR.

159 CRvB 17 september 1976, AB 1977/107.

betreffende ziekten of gebreken in sterkere mate van psychische aard zijn, in meerdere mate sprake zal moeten zijn van – al dan niet naast andere oorzaken bestaande – factoren, welke niet alleen deel uitmaken van of in rechtstreeks verband staan met het werk of de werkomstandigheden, doch die in verhouding tot dat werk of die werkomstandigheden – objectief bezien – een abnormaal of excessief karakter dragen.

Buitensporigheidsvereiste

Voor ziekten van psychische aard geldt dus een andere maatstaf dan bij fysieke klachten. De lat ligt hoger. De Raad heeft voornoemde lijn tot op heden in zijn rechtspraak bevestigd. Vanaf 16 maart 2006 hanteert de Raad alleen niet meer de termen ‘abnormaal of excessief’, maar toetst hij of de bijzondere factoren in verhouding tot het werk of de werkomstandigheden een ‘buitensporig karakter’ dragen.¹⁶⁰ Deze toets past de Raad nog steeds toe.¹⁶¹ Volgens de Raad ligt in het buitensporigheidsvereiste en de daarbij toe te passen objectivering besloten dat geen rekening moet worden gehouden met een meer dan gemiddelde, individuele gevoeligheid van de betrokken ambtenaar voor bepaalde werkomstandigheden. Voor zover de werkomstandigheden van een betrokkene hem of haar juist vanwege de subjectieve omstandigheid van zijn of haar verhoogde kwetsbaarheid te veel zijn geworden, is niet voldaan aan de in de rechtspraak geformuleerde voorwaarde van naar objectieve maatstaven gemeten buitensporigheid, aldus de Raad.

De beoordeling van de vraag of sprake is van buitensporig(e) werk(omstandigheden) vergt een juridische kwalificatie van de aan de orde zijnde feiten. Het ligt daarbij op de weg van de ambtenaar om voldoende feiten aan te dragen ter onderbouwing van zijn stelling dat van dergelijke omstandigheden sprake is.¹⁶² Als de ambtenaar eenmaal heeft aangetoond dat sprake is van werkomstandigheden die, objectief bezien, een buitensporig karakter dragen, dan moet worden uitgegaan van een vermoeden van toereikend (causaal) verband tussen de omstandigheden en de psychische ziekte.¹⁶³ Als de ambtenaar dus eenmaal door ‘de hoepel’ van het buitensporigheidsvereiste is gesprongen, geldt een door de werkgever weerlegbaar rechtsvermoeden dat ook aan het vereiste van causaal verband is voldaan.

In verschillende procedures is door de betrokken ambtenaar betoogd dat er geen grond bestaat voor het door de Raad gehanteerde buitensporigheidsvereiste. Zo pleitte een politieambtenaar voor nuancering van het in de rechtspraak van de Raad neergelegde buitensporigheids-

160 CRvB 16 maart 2006, TAR 2006/113.

161 CRvB 1 juli 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2270.

162 CRvB 12 oktober 2012, TAR 2013/35.

163 CRvB 21 juli 2011, TAR 2011/144, m.nt. K. Festen-Hoff.

vereiste. Volgens betrokkene leidt dit vereiste voor ambtenaren die werkzaamheden verrichten onder gevaarzettende omstandigheden tot een onaanvaardbare uitholling van het begrip beroepsziekte, aangezien ten aanzien van hen bij psychische arbeidsongeschiktheid slechts bij uitzondering zal worden aangenomen dat sprake is van een beroepsincident of beroepsziekte. Aldus levert het vereiste volgens betrokkene een onaanvaardbare rechtsongelijkheid op ten opzichte van ambtenaren die niet onder dergelijke omstandigheden werken. In zijn uitspraak van 24 november 2011 volgde de Raad betrokkene niet in zijn betoog.¹⁶⁴ De Raad herhaalde dat in het buitensporigheidsvereiste en de daarbij toe te passen objectivering besloten ligt dat geen rekening moet worden gehouden met een meer dan gemiddelde, individuele gevoeligheid van de betrokken ambtenaar voor bepaalde werkomstandigheden. Verder overwoog de Raad dat uit de vaste rechtspraak van de Raad volgt dat het moet gaan om buitensporigheid in verhouding tot de opgedragen werkzaamheden en de bij die werkzaamheden behorende omstandigheden. De Raad ziet geen aanleiding om deze lijn te verlaten en is van oordeel dat deze rechtspraak geen onaanvaardbare rechtsongelijkheid oplevert.

In een andere zaak voerde (wederom) een politieambtenaar aan dat ook indien er in verhouding tot zijn werk geen sprake zou zijn van buitensporige factoren, dit geenszins uitsluit dat sprake is van een beroepsziekte in de zin van artikel 1, eerste lid, onder y, van het Besluit algemene rechtspositie politie (Barp). In die bepaling is geen enkele basis of rechtvaardiging te vinden voor een onderscheid tussen arbeidsongeschiktheid van lichamelijke aard en arbeidsongeschiktheid van geestelijke aard, zo betoogde de ambtenaar. Volgens de ambtenaar is voldoende dat de ziekte in overwegende mate wordt veroorzaakt door de aard van de aan de ambtenaar opgedragen werkzaamheden. Evenals bij een dienstongeval, gaat het erom of het werk een verhoogd risico voor het ontstaan van de arbeidsongeschiktheid heeft doen ontstaan. In zijn uitspraak van 11 oktober 2012 overweegt de Raad naar aanleiding van dit betoog van de ambtenaar dat hij hem daarin niet kan volgen.¹⁶⁵ De Raad motiveert dit door allereerst op te merken dat het buitensporigheidsvereiste in recente rechtspraak is bevestigd.¹⁶⁶ Hetgeen de politieambtenaar had aangevoerd gaf de Raad geen aanleiding daarover thans anders te oordelen. Volgens de Raad geldt het buitensporigheidsvereiste ook indien de toe te passen rechtspositieregeling daarin niet met zoveel woorden voorziet. Het gaat daarbij om de uitleg die wordt gegeven aan in

164 CRvB 24 november 2011, TAR 2012/70.

165 CRvB 12 oktober 2012, TAR 2013/35.

166 De Raad verwijst naar: CRvB 28 april 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BQ3470; CRvB 24 november 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BU7194.

dit geval de voorwaarde dat de arbeidsongeschiktheid in overwegende mate haar oorzaak vindt in de aard van de opgedragen werkzaamheden of in de werkomstandigheden. De Raad herhaalt dat in het buitensporigheidsvereiste en de daarbij toe te passen objectivering ligt besloten dat geen rekening wordt gehouden met een meer dan gemiddelde individuele gevoeligheid van de betrokken ambtenaar voor bepaalde werkomstandigheden. Verder moet de buitensporigheid worden beoordeeld in verhouding tot de opgedragen werkzaamheden en de daarbij behorende omstandigheden. Dit betekent volgens de Raad dat gebeurtenissen en werkomstandigheden die inherent zijn aan de functie als oorzaak van psychisch disfunctioneren buiten beschouwing moeten blijven. De redenen hiervoor zijn specifiek gelegen in de psychische aard van de klachten. Het betreft een problematiek die zich bij zuiver lichamelijke klachten niet in dezelfde vorm voordoet, aldus de Raad. Anders dan de politieambtenaar had betoogd, bewerkstelligt het buitensporigheidsvereiste volgens de Raad niet dat bij psychische schade nimmer van een beroepsziekte sprake kan zijn.

De manier waarop de Raad beargumenteert waarom het buitensporigheidsvereiste moet worden toegepast bij psychische ziekten overtuigt niet direct. Waar de ambtenaren betogen dat er (in de rechtspositieregeling) geen grondslag bestaat voor toepassing van het vereiste, zegt de Raad dat het vereiste recent nog is bevestigd. Dat is natuurlijk geen overtuigende weerlegging van het standpunt van de ambtenaren. Daarnaast herhaalt de Raad dat in het buitensporigheidsvereiste en de daarbij toe te passen objectivering ligt besloten dat geen rekening wordt gehouden met een meer dan gemiddelde individuele gevoeligheid van de betrokken ambtenaar voor bepaalde omstandigheden en overweegt de Raad dat de buitensporigheid moet worden beoordeeld in verhouding tot de (opgedragen) werkzaamheden/-omstandigheden. Volgens de Raad moeten gebeurtenissen/werkomstandigheden die inherent zijn aan de functie als oorzaak van psychisch disfunctioneren buiten beschouwing blijven. Daarmee licht de Raad nader toe *hoe* de norm moet worden toegepast, maar ook dit vormt geen uitleg *waarom* de norm moet worden toegepast. Die uitleg zou moeten worden gevonden in de volgende overwegingen van de Raad:

‘De redenen hiervoor zijn specifiek gelegen in de psychische aard van de klachten. Het betreft een problematiek die zich bij zuiver lichamelijke klachten niet in dezelfde vorm voordoet.’

Dit is een niet erg verhelderende motivering. Uiteraard is verdedigbaar om te stellen dat een psychische ziekte afwijkt van een lichamelijke ziekte. Daarmee is echter nog niet duidelijk waarom bij psychische ziekten het

buitensporigheidsvereiste moet worden toegepast. Dat bij psychische ziekten sprake is van een problematiek die zich bij zuiver lichamelijke klachten niet in dezelfde vorm voordoet, maakt het ook niet veel duidelijker. Wat bedoelt de Raad hier nu mee?

Een bijzonderheid van psychische ziekten is dat vaak moeilijk is vast te stellen wat de oorzaak is van de ziekte. Die oorzaak kan multi-causaal zijn. Dit geldt echter ook voor verschillende lichamelijke ziekten, zoals RSI.¹⁶⁷ In een zaak waarin sprake was van RSI-klachten heeft de Raad expliciet geoordeeld dat, nu sprake is van fysieke klachten, de buitensporigheidseis niet geldt.¹⁶⁸ Het feit dat psychische ziekten vaak multi-causaal van aard zijn, kan dus niet de reden zijn voor toepassing van het buitensporigheidsvereiste.

Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat de Raad met het stellen van de buitensporigheidseis wil voorkomen dat ambtenaren zich te makkelijk op het standpunt kunnen stellen dat zij recht hebben op de extra rechtspositionele aanspraken vanwege een beroepsziekte, omdat er psychisch iets mis is met hen. Kennelijk wil de Raad geen ruimte bieden aan – en ik zeg het weinig diplomatiek – zeurpieten met niet-lichamelijke klachten.

Maar dat kan leiden tot moeilijk aanvaardbare uitkomsten. Terugkomend op mijn voorbeeld in de inleiding van deze bijdrage: waarom wordt bij iemand die hartkloppingen heeft direct bezien of er causaal verband bestaat tussen het werk en de hartkloppingen en moet iemand die als gevolg van datzelfde werk psychische problemen krijgt eerst aantonen dat sprake is van factoren in het werk of de werkomstandigheden die objectief bezien een buitensporig karakter dragen? Zoals gezegd, hebben verschillende ambtenaren in procedures betoogd dat de buitensporigheidseis niet mag worden gesteld in het geval van psychische klachten. Evengoed kan echter de vraag worden gesteld waarom de Raad de buitensporigheidseis niet toepast in alle kwesties waar sprake is van een beroepsziekte.

Aangezien de buitensporigheidseis reeds meermaals in procedures en literatuur¹⁶⁹ ter discussie is gesteld en de Raad telkens aan deze eis heeft vastgehouden, acht ik de kans klein dat de Raad daar op korte termijn

167 RSI staat voor ‘repetitive strain injury’. Nu wordt dit vaak aangeduid als CANS (‘Complaints of Neck, Arms and Shoulders’) of in het Nederlands als KANS (‘Klachten aan Armen Nek en Schouders’). Ik ben mij ervan bewust dat bij RSI ook psychische factoren een rol kunnen spelen. In de in volgende noot genoemde uitspraken heeft de Centrale Raad van Beroep RSI-klachten in ieder geval als lichamelijke klachten aangemerkt.

168 CRvB 15 mei 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1679. Zie ook: CRvB 6 maart 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:762.

169 K. Festen-Hoff, ‘Vergoeding van schade ten gevolge van psychisch letsel’, *TAR* 2011/144.

anders over zal oordelen. Daarvan uitgaande lijkt het mij wenselijk dat de Raad eens goed uitlegt waarom bij psychische klachten de buitensporigheidseis wordt gesteld. Wat mij betreft heeft de Raad die vraag nog niet deugdelijk beantwoord in zijn rechtspraak. Het zou aan de acceptatie van de eis kunnen bijdragen als de Raad dat alsnog doet.

PTSS bij politieambtenaren

In de sector politie hebben sociale partners actie ondernomen om voor de situaties waarbij sprake is van PTSS (posttraumatische stressstoornis) de buitensporigheidseis van tafel te krijgen. In het Onderhandelaarsakkoord CAO politie 2012-2014 is afgesproken dat een richtlijn zou worden opgesteld over hoe om te gaan met PTSS, waarbij is afgesproken dat voor de staande jurisprudentie ten aanzien van buitensporigheid in de richtlijn een oplossing zou moeten worden gevonden. Dit heeft geleid tot de Circulaire PTSS Politie.¹⁷⁰ Daarin is onder andere vastgelegd dat voor de beoordeling of de ziekte PTSS als beroepsziekte kan worden aangemerkt, het criterium van het bestaan van buitensporige omstandigheden buiten beschouwing blijft. Mevrouw Heitkönig van de nationale politie lichtte deze keuze om de buitensporigheidstoets niet toe te passen bij PTSS als volgt toe:

‘Het werk van politiemensen is sowieso buitensporig, dus is het moeilijk om die toets te doorstaan.’¹⁷¹

Als gevolg van de Circulaire PTSS Politie zal nu bij een politieagent die uitvalt met PTSS alleen moeten worden beoordeeld of er causaal verband bestaat tussen de PTSS en het werk, terwijl bij een politieagent die andersoortige psychische klachten ontwikkelt, eerst zal moeten worden vastgesteld of sprake is van buitensporige factoren in het werk of de werkomstandigheden.

Voor politieambtenaren met PTSS bestaat op grond van de Circulaire PTSS Politie meer duidelijkheid. Aangezien het bij een beroepsziekte gaat om in de rechtspositieregeling vastgelegde aanspraken, is het wellicht ook wel aan de sociale partners om duidelijkheid te bieden. De sociale partners bepalen immers de inhoud van de rechtspositieregeling. Het zou wat mij betreft aanbeveling verdienen als de sociale partners – zoals bij de politie ter zake PTSS is gebeurd – afspraken maken over de manier

170 www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/circulaires/2013/01/15/circulaire-ptss-politie.html.

171 www.politievakblad-blauw.nl/nieuws/lists/nieuws/Toon.aspx?id=150.

waarop wordt getoetst of sprake is van een beroepsziekte en of er daarbij bijzondere eisen moeten worden gesteld in het geval van een ziekte van psychische aard.

3. Algemene norm werkgeversaansprakelijkheid; restschade

Voor de vraag of de werkgever ten opzichte van een ambtenaar aansprakelijk is voor schade die hij lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden en die niet wordt vergoed op grond van de op de ambtenaar van toepassing zijnde rechtspositieregeling, heeft de Raad in 2000 aansluiting gezocht bij de civiele norm voor werkgeversaansprakelijk, zoals vastgelegd in artikel 7:658 BW.¹⁷² Deze norm komt er op neer dat de werkgever aansprakelijk is voor schade die de ambtenaar in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt (het causaal verband), tenzij de werkgever aantoont dat hij zijn verplichtingen is nagekomen om de werkzaamheden van de ambtenaar op zodanige wijze in te richten, alsmede voor het verrichten van die werkzaamheden zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de ambtenaar in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt (de zogenoemde *zorgplicht*), of aantoont dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de ambtenaar.

In 2005 heeft de Raad expliciet overwogen dat de zorgplicht van de werkgever zich mede uitstrekt tot het voorkomen van werkomstandigheden die psychisch ziekmakend zijn.¹⁷³ Daarbij verwees de Raad expliciet naar het *ABN AMRO/Nieuwenhuys*-arrest van de Hoge Raad.¹⁷⁴ De Centrale Raad van Beroep overwoog:

‘Dit laat onverlet dat de vraag naar schending van de zorgplicht van de werkgever slechts aan de orde komt indien de schade in de uitoefening van de werkzaamheden is geleden. Er moet dus oorzakelijk verband bestaan tussen het werk of de werkomstandigheden en de psychische schade. Bovendien kan de zorgplicht niet zo ruim worden opgevat dat van de werkgever wordt verlangd op voorhand bescherming te bieden tegen alle denkbare wrijvingen en (samenwerkings-) problemen die zich op de werkvloer kunnen voordoen. De in het werk of de werkomstandigheden gelegen bijzondere factoren, die de schade zouden hebben veroorzaakt, moeten worden geobjectiveerd. Wanneer de gestelde schade in sterkere mate van psychische aard is, zal in meerdere mate sprake moeten zijn van

172 CRvB 22 juni 2000, *TAR* 2000/112, m.nt. K. Festen-Hoff.

173 CRvB 8 september 2005, *TAR* 2005/177.

174 HR 11 maart 2005, *JAR* 2005/84.

factoren die in verhouding tot dat werk of die werkomstandigheden - objectief bezien - een buitensporig karakter dragen.’

Ook om in aanmerking te komen voor vergoeding van restschade geldt in het geval van psychische schade dus het buitensporigheidsvereiste. Dit is in latere rechtspraak door de Raad herhaald.¹⁷⁵

Festen-Hoff heeft zich kritisch uitgelaten over toepassing van het buitensporigheidsvereiste in geval van restschade.¹⁷⁶ Zij stelt dat de vraag naar buitensporigheid van de omstandigheden in grote mate samenvalt met die naar de schending van de zorgplicht. Het niet onderscheiden tussen zorgplicht en buitensporigheid leidt volgens haar in de eerste plaats tot een verwarde toetsing, waarin onduidelijk is hoe beide zich tot elkaar verhouden en de tendens bestaat om psychisch letsel eerder toelaatbaar te vinden dan fysiek. Een ander belangrijk kritiekpunt van Festen-Hoff is dat de zorgplicht van de werkgever verder gaat: de werkgever dient volgens haar ook rekening te houden met de individuele werknemer en diens specifieke kwetsbaarheid, voor zover de werkgever die kent of behoort te kennen. Festen-Hoff concludeert dat hoe groot de charme van de eenvoudige en duidelijke aanpak van schadevergoeding bij psychisch letsel door de Raad ook moge zijn, een ‘gewone’ of in ieder geval een minder geobjectiveerde benadering met meer nuance en toetsing van het individuele geval aan de van toepassing zijnde criteria is gewenst.

Evenals ik ter zake de kwalificatie als dienstongeval, beroepsziekte of beroepsincident heb voorgesteld, lijkt het mij goed dat de Centrale Raad van Beroep ook ter zake van vergoeding van de restschade toelicht waarom in gevallen van psychische schade de buitensporigheidseis wordt toegepast (en wellicht ook waarom dit in andere gevallen niet gebeurt).

4. De civiele rechter

Het buitensporigheidsvereiste is een eis die alleen in het ambtenarenrecht wordt gesteld. De civiele rechter past dit vereiste niet toe. In een kwestie die heeft geleid tot een arrest van het Hof Den Haag van 17 januari 2012 ging het om een werknemer die stelde dat de werkgever zijn zorgplicht niet was nagekomen.¹⁷⁷ Er was sprake van psychische schade. Het hof nam de maatstaf zoals vastgelegd in het *ABN AMRO/Nieuwenhuys*-arrest van

¹⁷⁵ CRvB 3 november 2011, *TAR* 2012/58.

¹⁷⁶ K. Festen-Hoff, ‘Vergoeding van schade ten gevolge van psychisch letsel’, *TAR* 2011/144.

¹⁷⁷ Hof Den Haag 17 januari 2012, *ECLI:NL:GHSGR:2012:BV3770*.

de Hoge Raad tot uitgangspunt. Daartoe uitgenodigd door de werkgever, overwoog het hof dat hij voor toepassing van het – het door de Centrale Raad van Beroep ontwikkelde – buitensporigheidsvereiste bij psychische schade geen steun zag in het recht.

Dat is nogal wat. Waar de ambtenarenrechter consequent het buitensporigheidsvereiste toepast in zaken waar sprake is van psychische schade, ziet de civiele rechter daarvoor geen steun in het recht. Het is jammer dat de civiele en bestuursrechter een verschillend toetsingskader hanteren. Het ambtenarenrecht is, zeker ook op het punt van de werkgeversaansprakelijkheid, steeds dichterbij het arbeidsrecht genaderd. Leerstukken worden zoveel als mogelijk op een zelfde wijze toegepast. Ik zie niet zo goed in waarom een ambtenaar die zijn werkgever aansprakelijk stelt voor psychische schade als gevolg van het werk, een andere toetsing moet doorstaan dan een werknemer die zich in dezelfde situatie bevindt.

Betekent dit nu dat de ambtenarenrechter het buitensporigheidsvereiste vaarwel zou moeten zeggen? Wat mij betreft hoeft dat niet. In de rechtspraak is niet alleen een tendens te signaleren dat de ambtenarenrechter richting de civiele rechter opschuift. Het werkt ook andersom. Ook de civiele rechter kijkt naar het ambtenarenrecht. Ik wijs in dat verband op een arrest van de Hoge Raad van 11 november 2011, waarin het ging om een werknemer in dienst bij TBS-instelling De Rooyse Wissel die werd mishandeld door een TBS-patiënt.¹⁷⁸ De Hoge Raad overwoog:

‘Aan deze stelplicht van De Rooyse Wissel dienen in een geval als het onderhavige zeer hoge eisen te worden gesteld. Dat hangt samen met de zojuist aangeduide omstandigheid dat het hier gaat om een ongeval, met letselschade tot gevolg, dat voortvloeit uit een gevaarzettende situatie die rechtstreeks verband houdt met en inherent is aan de uitvoering van de werkzaamheden van Hagens in de TBS-instelling waaraan hij zich vanwege zijn specifieke functie niet kan onttrekken. Dat klemt temeer wanneer de positie van Hagens wordt vergeleken met die van een ambtenaar die in een soortgelijke functie als Hagens werkzaam is in een TBS-instelling (Forensisch Psychiatrisch Centrum) die als rijkskliniek onder het beheer van de Dienst Justitiële Inrichtingen van het Ministerie van Veiligheid en Justitie valt: die ambtenaar heeft op grond van art. 69 lid 2 Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR) recht op volledige vergoeding van de schade die hij lijdt ten gevolge van een beroepsincident als bedoeld in art. 35 ARAR. Uit een oogpunt van rechtsgelijkheid en billijkheid moet worden gestreefd naar een zo beperkt mogelijk verschil in uitkomst tussen beide gevallen.’

178 HR 11 november 2011, *NJ* 2011, 598, m.nt. T. Hartlief.

Wat mij betreft is het onwenselijk als een werknemer die psychische schade heeft geleden en stelt dat zijn werkgever de zorgplicht niet is nagekomen anders wordt behandeld dan een ambtenaar die zich in dezelfde situatie bevindt. De civiele rechter ziet thans echter geen steun in het recht voor toepassing van het buitensporigheidsvereiste. De civiele rechter zal daarover alleen anders kunnen gaan denken als de Centrale Raad van Beroep overtuigend motiveert waarom er plaats is voor toepassing van het buitensporigheidsvereiste bij psychische schade. Ook dit zou wat mij betreft een reden moeten vormen voor de Raad om alsnog een duidelijke motivering te geven.

5. Conclusie

In het ambtenarenrecht is de ene ziekte de andere niet. Ambtenaren met psychische klachten worden anders behandeld dan ambtenaren met lichamelijke klachten. De Centrale Raad van Beroep hanteert bij de vraag of recht bestaat op extra rechtspositionele aanspraken bij een dienstongeval, beroepsziekte of beroepsincident alsook bij de toetsing van de zorgplicht (de restschade) bij psychische klachten de eis dat de bijzondere factoren in verhouding tot het werk of de werkomstandigheden een buitensporig karakter dragen. Het zou goed zijn als de Raad deugdelijk motiveert waarom het buitensporigheidsvereiste wordt toegepast bij psychische klachten en waarom dit vereiste niet geldt bij lichamelijke klachten (die ook multi-causaal van aard kunnen zijn, zoals RSI). Een goede motivering kan bijdragen aan acceptatie van het vereiste. Daarnaast zou de Raad daarmee de civiele rechter wellicht kunnen overtuigen dat ook in het arbeidsrecht plaats zou moeten worden gemaakt voor het buitensporigheidsvereiste. Als de sociale partners niet op de Raad willen wachten of zelf willen bepalen hoe de toetsing eruit moet zien, dan zullen zij (evenals bij de politie met betrekking tot PTSS is gebeurd) daarover gezamenlijk afspraken moeten maken.

VIJF JAAR AMBTENAAR & RECHT IN VOGELVLUCHT

6

Reorganisaties binnen de overheid in de 21^e eeuw

Mr. dr. S.F.H. Jellinghaus¹⁷⁹

1. Inleiding

Ook de overheid blijft haar organisatie veranderen. Al was het maar om aan de voortdurende (politieke) druk om tot bezuinigingen te komen te voldoen. Dit brengt doorgaans gevolgen met zich mee voor de individuele ambtenaren. In deze bijdrage wordt ingegaan op de rechtspositie van individuele ambtenaren gedurende het reorganisatietraject. De focus ligt niet op het collectieve ambtenarenrecht, waaronder de positie van het georganiseerd overleg en de medezeggenschap. Dit komt aan de orde in de bijdrage van Sprengers (hoofdstuk 7). De nadruk in deze bijdrage ligt op de positie van de individuele ambtenaar.

Reorganisaties komen in verschillende vormen voor. Naast organisatorische aanpassingen (welke gepaard gaan met boventalligheid en functiewijzigingen bij ambtenaren) komen er ook nog bijzondere situaties voor. Daarbij valt onder meer te denken aan de outsourcing/afstoting van werkzaamheden. Daarnaast zien wij met name lagere overheden ook steeds meer samenwerkingsvormen zoeken met anderen, al dan niet in de vorm van een gemeenschappelijke regeling (de publieke weg). Ook kan worden gedacht aan de outsourcing van activiteiten (de private weg).

¹⁷⁹ Mr. dr. S.F.H. is als advocaat verbonden aan De Voort Advocaten | Mediators te Tilburg en universitair docent aan Tilburg University. De schrijver dankt mr. Lieke van den Eijnden voor haar hulp bij het schrijven van dit artikel.

In deze bijdrage komen de volgende zaken aan de orde:¹⁸⁰

- De plaatsing
- De juridische status van het sociaal flankerend beleid
- Plaatsing per wetgeving
- Out- en insourcing

2. De plaatsing

Een aspect dat regelmatig bij het doorvoeren van reorganisaties wordt ‘vergeten’ in plaatsingsprocedures (naast de vraag of een besluit bevoegd, lees: juist gemandateerd, is genomen), vormt de vraag of er wel een juridische basis bestaat voor plaatsing. Omdat sprake is van bestuursrecht, is het noodzakelijk dat de plaatsingsbeslissing van de ambtenaar ook rechtsgeldig is genomen. Met andere woorden: het plaatsings- c.q. formatieplan moet formeel door het bevoegde gezag zijn vastgesteld. Immers, het kan niet zo zijn dat een ambtenaar wordt geplaatst op een functie die formeel niet bestaat.

Dat dit in de praktijk regelmatig fout gaat valt uit de rechtspraak op te maken. Zo oordeelde de Centrale Raad in het verleden dat de enkele beslissing tot opheffing van een functie een appellabel besluit betreft.¹⁸¹ Dit geldt ook voor het toekennen van een bepaalde status vooruitlopend op een boventalligheidsbeslissing.¹⁸²

Functiehuis

Een ‘modern’ probleem dat ontstaat binnen overheidsland vormt tegenwoordig het toepasselijke functiehuis. Binnen veel overheidsorganisaties, waaronder de politie en de rijksoverheid (maar ook lagere overheidswerkgevers) wordt gewerkt met een zogenoemd functiehuis. Een functiehuis, ook wel functiegebouw genoemd, is een verzameling functies die in onderling verband staan en gerangschikt zijn naar inhoud en zwaarte.¹⁸³ Kenmerkend daarbij is dat er een loskoppeling plaatsvindt van enerzijds de organisatiestructuur en anderzijds het geheel van functies. Binnen de sector Rijk heeft de invoering van het functiehuis ertoe geleid dat 30 duizend verschillende functiebeschrijvingen zijn teruggebracht naar

¹⁸⁰ Zie hieromtrent ook S. Jellinghaus en S. Koolwijk, ‘Ambtenaarrechtelijke aspecten bij reorganisaties binnen de overheid’, *Arbeid Integraal* 2005/1, p. 109-120.

¹⁸¹ Centrale Raad van Beroep 13 maart 1997, *TAR* 1997/85. Zie ook Centrale Raad van Beroep 29 november 2012, *LJN* BY4609.

¹⁸² Zie bijvoorbeeld Centrale Raad van Beroep 14 februari 2002, *LJN* AE0168.

¹⁸³ Definitie ontleend aan W. van der Loon en P.J.J.M van der Heijden (red.), *Functiehuizen*, Maklu 2013, p. 11.

acht functiefamilies die samen 52 functiegroepen omvatten. Binnen de sector politie zijn 7.200 functiebeschrijvingen teruggebracht naar negentig standaard functiebeschrijvingen.

Deze reductie in aantal functies heeft met zich meegebracht dat de beschrijvingen van algemene aard zijn. Zo wordt een personeelsfunctionaris in schaal 9 thans bij het rijk ondergebracht onder het kernprofiel Adviseur Bedrijfsvoering en binnen de politie aangemerkt als Bedrijfsvoeringsspecialist a.¹⁸⁴ Deze algemene beschrijvingen leiden in de praktijk tot problemen. Zo bepaalt het ARAR in artikel 49e tweede lid dat bij het bepalen van wie boventallig is, het anciënniteitsbeginsel geldt. Voor de toepassing hiervan wordt aangesloten bij de UWV-beleidsregels, inclusief het vraagstuk van de uitwisselbaarheid van de functie.¹⁸⁵ In de praktijk leidt dit inmiddels tot grote problemen. Welke functies zijn nu onderling uitwisselbaar (en niet)? Een echte oplossing hiervoor is nog niet gegeven. Want als er vervolgens een uitwerking komt met feitelijke werkzaamheden, wordt het systeem van het functiehuis juist ondermijnd.

Het is in principe niet aan juristen om te oordelen hoe vervolgens hiermee moet worden omgegaan. Het ligt primair op de weg van de bedenkers van een functiehuis om hiervoor een oplossing te bieden. Inmiddels is mij gebleken dat zij dat doorgaans niet kunnen.

3. De juridische status van sociaal flankerend beleid

Een in de literatuur en rechtspraak onderbelicht onderwerp bij reorganisaties vormt de juridische status van het sociaal plan.¹⁸⁶ Bij een reorganisatie moet doorgaans overleg worden gevoerd binnen het georganiseerd overleg. Regelmatig moet dit ook leiden tot overeenstemming. Daarnaast mag uit artikel 25 lid 3 WOR worden opgemaakt dat een ondernemingsraad mag verlangen dat de ondernemer bij de adviesaanvraag aangeeft wat de personele gevolgen zullen zijn alsmede de wijze waarop deze zullen worden ondervangen. Het primaat van de politiek ziet hier niet op.¹⁸⁷

De status van het sociaal plan kan binnen het ambtenarenrecht in een drietal verschijningsvormen voorkomen, te weten:

184 W. van der Loon en P.J.J.M van der Heijden (red.), *Functiehuizen*, Maklu 2013, p. 141-146.

185 W. van der Loon en P.J.J.M van der Heijden (red.), *Functiehuizen*, Maklu 2013, p. 123.

186 What's in the name? De regeling waarin de personele gevolgen worden ondervangen krijgen vaak een naam toegerekend als sociaal plan, sociaal statuut, sociaal flankerend beleid, van werk naar werk-beleid e.d. Deze naam doet er niet toe. De begrippen zullen dan ook door elkander worden gebezigd.

187 Artikel 46d WOR sub geeft aan dat personele gevolgen niet onder het zogenoemde primaat van de politiek vallen. Zie hieromtrent ook HR 9 februari 2007, *NJ* 2007, 102.

- De status van publiekrechtelijke regeling
- Een privaatrechtelijke overeenkomst tussen vakbonden en overheids-werkgever
- Een beleidsregel

Illustratief voor het bovenstaande vormt het Van Werk naar Werk-beleid zoals dat momenteel binnen de rijksoverheid vorm heeft gekregen. Het beleid is op 11 april 2013 schriftelijk overeengekomen tussen de minister en de betrokken vakorganisaties voor de periode van 15 april 2013 tot en met 1 januari 2016. Vervolgens is dit verwerkt in een circulaire¹⁸⁸ en daarna heeft het geleid tot een aanpassing van het ARAR.¹⁸⁹

Binnen bijvoorbeeld de gemeentelijke sector is het anders geregeld. Zo valt in de CAR UWO te lezen:

Artikel 8:3

1. Ontslag kan aan de ambtenaar worden verleend wegens opheffing van zijn betrekking of wegens verandering in de inrichting van het dienstonderdeel waarbij hij werkzaam is of van andere dienstonderdelen, dan wel wegens verminderde behoefte aan arbeidskrachten. Ontslag op grond van dit artikel wordt eervol verleend.
2. Ontslag op grond van dit artikel kan ook gedeeltelijk worden verleend.
3. Op grond van dit artikel wordt, individuele gevallen uitgezonderd, ontslag verleend ingevolge een vooraf vastgesteld plan.

Artikel 8:3:1

Over het plan, bedoeld in artikel 8:3, derde lid, wordt overleg gepleegd in de commissie bedoeld in artikel 12:1, tweede lid. Daarna wordt het aan de betrokken ambtenaren medegedeeld.

Tevens zien we dat in artikel 10d:11 ook nog wordt bepaald:

Deze paragraaf is van toepassing op de ambtenaar die door het college bovental-

188 Circulaire uitvoering overeenkomst sociaal beleid rijk: van werk naar werk (VWNW) beleid waarvan onderdeel uitmaakt de overeenkomst sociaal beleid rijk

189 Besluit van 6 december 2013, houdende wijziging van het Algemeen Rijksambtenarenreglement, het Ambtenarenreglement Staten-Generaal, het Reglement Dienst Buitenlandse zaken en het Bezoldigingsbesluit Burgerlijke Rijksambtenaren 1984 in verband met het van werk naar werk beleid voor de sector Rijk voor de periode 15 april 2013 tot en met 31 december 2015 (Besluit van werk naar werk beleid voor de sector Rijk 2013–2015), *Stcrt.* 2013, 540. Zie omtrent het VWNW-beleid rijk ook E. Huisman, S.F.H. Jellinghaus en B. Vermaak, *Van Werk naar Werk*, versie 2.2, Den Haag/Tilburg 2014.

lig wordt verklaard, en die op de datum waarop deze boventaligheid ingaat, een dienstverband van tenminste twee jaar heeft bij de betreffende gemeente.

Geconstateerd wordt dat er aanvullende afspraken binnen het georganiseerd overleg kunnen worden gemaakt die onder meer zien op de verlenging van de reïntegratietermijn van twee jaren. In de praktijk wordt deze termijn ook wel verlengd tot vier of vijf jaren.

Een overheidswerkgever kan het bereikte akkoord formeel in publiekrechtelijke regelgeving (verordening) vastleggen. Alsdan is de status van de afspraken onomstreden. Een individuele ambtenaar kan dan rechtstreeks rechten aan deze regeling ontlenen.

Maar wat nu als dit niet gebeurt? Een situatie die met grote regelmaat voorkomt. Het probleem vormt onder meer dat de Centrale Raad in het verleden heeft aangegeven dat individuele ambtenaren geen rechten kunnen ontlenen aan afspraken die gemaakt zijn tussen werkgever en bonden.¹⁹⁰

Daarbij werd overwogen:

De Raad stelt voorop dat individuele ambtenaren als appellant volgens vaste rechtspraak (CRvB 20 maart 2003, *LJN* AF6575 en *TAR* 2003, 119) rechtspositionele aanspraken niet (rechtstreeks) ontlenen aan een arbeidsvoorwaardenakkoord. Zij ontlenen die aanspraken aan de ter bepaling van hun rechtspositie vastgestelde algemeen verbindende voorschriften en in dat kader gegeven beleidsregels alsook aan bevoegdelijk gedane toezeggingen.

Het is overigens de vraag of de soep heden ten dage nog zo heet wordt gegeten. Deze uitspraak uit 2008 is gegeven voordat artikel 125ter in de Ambtenarenwet werd opgenomen. Dit artikel geeft aan dat een overheidswerkgever zich als een goed werkgever moet gedragen. Uit de wetshistorie blijkt dat met deze norm dezelfde norm wordt bedoeld als opgenomen in de private sector, te weten de norm zoals opgenomen in artikel 7:611 BW. Het lijkt voor zich te spreken dat van een goed werkgever mag worden verlangd dat hij afspraken die hij ten behoeve van een derde heeft gemaakt ook ten aanzien van deze derde naleeft. Zeker wanneer dit ook wordt gezien in samenhang met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur die ook hierbij van toepassing zijn.¹⁹¹ Precedenten zijn in de

¹⁹⁰ Centrale Raad van Beroep 3 juli 2008, *LJN* BI7232.

¹⁹¹ Binnen het privaatrecht kent men ook de constructie van een beding ten behoeve van een derde. Deze constructie kan vanwege het publiekrechtelijke karakter niet worden toegepast binnen het ambtenarenrecht.

rechtspraak door mij (nog) niet gevonden.

Wanneer de tussen sociale partners afgesproken regeling niet in formele regelgeving is opgenomen, dan moet worden gekeken, onverlet de werking van artikel 125ter AW, wat alsdan de positie van de regeling is. Ik ben van mening dat de regeling alsdan als beleidsregel in de zin van artikel 1:3 lid 4 Awb moet worden aangemerkt.¹⁹² Door het afsluiten van deze afspraken moet dit alsdan gelijk als besluit tot het invoeren van deze beleidsregel worden gezien. In titel 4.3 van de Awb wordt dit vervolgens nader uitgewerkt. En daarmee komen we tot de kern in artikel 4:84 Awb:

Het bestuursorgaan handelt overeenkomstig de beleidsregel, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen.

Het probleem hierbij is dan wel dat de ambtenaar geen rechtstreeks afdwingbaar recht jegens zijn overheidswerkgever heeft, doch dat hij beschikt over een afgeleid recht. Dit leidt tot een ander toetsingskader c.q. afwegingsprobleem. Daarenboven kan, wanneer sprake is van een beleidsregel i.p.v. een verordening, de beleidsregel nimmer in strijd zijn met de hogere regelgeving (te weten de verordening). Tot slot mag niet de inherente afwijkingsmogelijkheid worden vergeten die bij beleidsregels geldt (vide artikel 4:84 Awb).

Een voorbeeld kan dit wellicht illustreren. Binnen een gemeente vindt een reorganisatie plaats. Binnen het georganiseerd overleg is afgesproken dat het VWNW-traject in plaats van de minimale periode van 24 maanden wordt opgerekt naar 48 maanden. Wanneer dit vervolgens in een individuele situatie niet wordt toegepast, dan kan de ambtenaar in zijn bezwaar- en beroepschrift niet stellen dat de beslissing *contra legem* is. Hij zal dan moeten aantonen dat sprake is van een beleidsregel en dat het de gemeente niet was toegestaan om hiervan af te wijken.

Wanneer vervolgens binnen dezelfde gemeente is afgesproken dat de ambtenaar bij een overplaatsing een reiskostenvergoeding van 50 eurocent per kilometer ontvangt (bruto), dan is een dergelijke beleidsregel in strijd met het toepasselijke reglement en derhalve niet toegestaan.

Het maakt derhalve een groot verschil of de afspraken binnen het georganiseerd overleg zijn geformaliseerd in formele regelgeving of niet.

¹⁹² De wet schrijft: Onder beleidsregel wordt verstaan: een bij besluit vastgestelde algemene regel, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan.

Uit de schaarse rechtspraak blijkt dat de Centrale Raad deze formele benaderingswijze ook hanteert.¹⁹³

4. Plaatsing per wetgeving

Regelmatig komt het voor dat door regelgeving wordt ingegrepen in de rechtspositie van de ambtenaar. Een goed voorbeeld hiervan vormt de Wet normering topinkomens, alwaar beloningen per wet worden teruggebracht qua hoogte.¹⁹⁴ Maar ook zien wij dat met name bij het samenvoegen of ontvlechten van organisaties per wetgeving de plaatsing en bijbehorende arbeidsvoorwaarden worden bewerkstelligd. Dit vormt een apart fenomeen. Illustratief hiervoor is het wetsvoorstel dat de fusie van de Kamers van Koophandel moest bewerkstelligen.¹⁹⁵ In dit wetsvoorstel was aanvankelijk niets geregeld rondom de positie van het betrokken personeel. Als gevolg van een amendement is vervolgens de invoeringswet hierop gewijzigd en wel op de volgende wijze:

Artikel 72

1. Op het tijdstip van inwerkingtreding van artikel 2 van deze wet zijn de personeelsleden van de kamers van koophandel en fabrieken van rechtswege ontslagen en aangesteld in dienst van de Kamer.
2. De rechtspositie met inbegrip van aanspraken op pensioen van de personeelsleden die op grond van het eerste lid zijn aangesteld in dienst van de Kamer en direct voor die aanstelling in dienst waren bij een kamer van koophandel en fabrieken is in totaliteit ten minste gelijkwaardig aan die welke voor elk van hen gold bij de desbetreffende kamer.
3. Bij toepassing van het tweede lid worden personeelsleden die op grond van een tijdelijk dienstverband werkzaam zijn bij de kamers van koophandel en fabrieken aangesteld in dienst van de Kamer voor de resterende duur van dat dienstverband.

Alhoewel de gekozen constructie sympathiek overkomt, kan de vraag worden gesteld hoe deze bepaling juridisch moet worden gezien. Ergo, waar en wanneer ontstaat er een besluit waartegen bezwaar en beroep

193 Zie bijvoorbeeld Centrale Raad van Beroep 25 januari 2001, TAR 2001/41 en A.G. Haverkamp, W.H. Janssen en B.B.B. Lanting, 'WW en ontslag', in: P.J.J.M. van der Heijden en S.F.H. Jellinghaus (red.), *Reeks Integraal Ambtenarenrecht, WW en ontslag*, Maklu 2010, p. 120-122.

194 Wet van 15 november 2012 en Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector, *Stb.* 2012, 583.

195 Wetsvoorstel 33.553 I.

mogelijk is? Dit probleem speelt in het bijzonder ook ten aanzien van het tweede lid, aangezien daar niet wordt aangegeven dat dezelfde arbeidsvoorwaarden gelden. Het gaat om 'in totaliteit tenminste gelijkwaardig...'. Waar en wanneer kan de ambtenaar dan in bezwaar en beroep? En hoe moet dan de gelijkwaardigheid (in totaliteit) worden afgewogen?

Me dunkt dat onder toepassing van artikel 8:2 Awb sprake is van een besluit dat appellabel is. Maar wanneer? Formeel volgt er immers geen besluit, het is immers per wet geregeld. Aangesloten moet dan maar worden bij de te ontvangen loonspecificatie van de ambtenaar.¹⁹⁶

5. Out- en insourcing

De wet Overgang van onderneming¹⁹⁷ geldt in Nederland niet voor de publieke sector. Dit heeft de Centrale Raad in het verleden ook aangegeven.¹⁹⁸ De richtlijn biedt voor de publieke sector de mogelijkheid om deze van de werkingssfeer uit te zonderen en hiervan heeft Nederland dan ook, in tegenstelling tot sommige andere Europese landen, gebruikgemaakt.¹⁹⁹ Het gevolg hiervan is dat ten tijde van privatisering of uitbesteding (al dan niet publiekrechtelijk) de betrokken ambtenaren niet van rechtswege mee overgaan naar de nieuwe partij. Zij blijven dan ook bij de overheidswerkgever achter. Wel zien we dat alsdan gebruik kan worden gemaakt van de bijzondere ontslaggronden die hiervoor gelden (privatiseringsontslag).²⁰⁰ Alsdan wordt gelijktijdig een andere arbeidsovereenkomst aangeboden met de alsdan geldende arbeidsvoorwaarden. Bij gebrek aan bescherming wegens overgang van onderneming is het toegestaan om dan sterk gewijzigde arbeidsvoorwaarden aan te bieden. Doorgaans zal dan het georganiseerd overleg hiervoor een sociaal statuut e.d. moeten afsluiten.

¹⁹⁶ Vergelijk TAR 2003/6.

¹⁹⁷ EEG-richtlijn nr. 77/187 van 14 februari 1977, *PbEG* 1977, L 61/26, laatstelijk gewijzigd bij richtlijn nr. 98/50/EG van 29 juni 1998, *PbEG* 1998, L 201/88. Beide richtlijnen zijn vervolgens geconsolideerd in de richtlijn nr. 2001/23/EG van 12 maart 2001, *PbEG* 2001, L 82/16. Deze richtlijn is geïmplementeerd middels onder meer artikel 7:662 e.v. BW, artikel 14a Wcao en artikel 2a Wavv. Zie hieromtrent ook R. Beltzer, 'Privatisering, deprivatisering en permanente detachering', in: E. Verhulp (red.), *Inleiding Nederlands ambtenarenrecht*, Boom Juridische uitgevers 2010, p. 95-110 en E.G. Hoorn, 'Ambtenaarschap, detachering en (de)privatisering', TAR 2002/5.

¹⁹⁸ Zie bijvoorbeeld Centrale Raad van Beroep 31 mei 2001, TAR 2001/107.

¹⁹⁹ Hof van Justitie 14 september 2000, JAR 2000/225, C-343/98 (*Collino c.s./ Telecom Italia*).

²⁰⁰ Zie omtrent privatisering ook J.A. Bijker, *Personele aspecten van privatisering*, SDU 1992. Zie hieromtrent ook S.M.J. Koolwijk en S.F.H. Jellinghaus, 'De ambtenaar en de overgang van de onderneming-bepalingen', *Arbeid Intregraal* juni 2004, nr. 3, p. 61-63.

Maar ook de andere situatie komt voor: de overheidswerkgever gaat weer zelf activiteiten verrichten. Activiteiten die in het verleden aan de markt zijn overgedragen (outsourcing en/of privatisering). Een goed voorbeeld hiervan vormt de beslissing van het kabinet om de schoonmaakwerkzaamheden in het vervolg weer zelf te gaan verrichten.²⁰¹ Maar ook valt te denken aan de situatie waarbij een gemeente besluit om het zwembad weer zelf te exploiteren.

In een dergelijke situatie geldt dat de werknemers bij een werkgever in dienst zijn en op hun arbeidsovereenkomst is het commune arbeidsrecht van toepassing, inclusief de zogenoemde overgang van onderneming-bepalingen. Bij insourcing (ook wel reprivatisering genoemd) van de activiteiten gelden dan dus wel de overgang van onderneming-bepalingen. Dit werd ook als zodanig door de kantonrechter te Groningen erkend.²⁰² In dat kader is ook het Europees Hof duidelijk. Dit overwoog:²⁰³

‘31. Volgens artikel 3, lid 1, van richtlijn 77/187 gaan de rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding, door deze overgang op de verkrijger over.

32. Aangezien richtlijn 77/187 de betrokken materie slechts gedeeltelijk harmoniseert (zie met name arresten van 10 februari 1988, *Tellerup, Daddy’s Dance Hall*, 324/86, *Jurispr.* blz. 739, punt 16, en 6 november 2003, *Martin e.a.*, C-4/01, punt 41), verzet deze richtlijn zich bij overgang van een activiteit op een publiekrechtelijke rechtspersoon niet tegen de toepassing van bepalingen van nationaal recht die verbreking van de privaatrechtelijke arbeidsovereenkomsten voorschrijven (zie in die zin arrest *Mayeur*, reeds aangehaald, punt 56). Een dergelijke verbreking moet evenwel overeenkomstig artikel 4, lid 2, van richtlijn 77/187 worden aangemerkt als een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer die rechtstreeks het gevolg is van de overgang, zodat die arbeidsovereenkomsten in dat geval moeten worden geacht te zijn verbroken door toedoen van de werkgever (zie arrest *Mayeur*, reeds aangehaald, punt 56).

33. Hetzelfde moet gelden wanneer, zoals in het hoofdgeding, de toepassing van de nationale voorschriften voor overheidspersoneel leidt tot een korting van de beloning van de werknemers die bij de overgang betrokken zijn. Die korting is, wanneer zij aanmerkelijk is, te beschouwen als een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van de betrokken werknemers in de zin van

201 Brief minister SZW 23 juni 2014.

202 Rechtbank Noord Nederland, locatie Groningen, 9 oktober 2013, *JIN* 2013/190 met noot Melis en ECLI:NL:RBNNE:2013:6183. Zie in vergelijkende zin rechtbank Rotterdam 23 november 1998, *JAR* 1999/27

203 Hof van Justitie 11 november 2004, *JAR* 2004/291.

artikel 4, lid 2, van richtlijn.

34. Bovendien zijn de voor de toepassing en uitlegging van het nationale recht inzake overheidspersoneel bevoegde nationale instanties verplicht om daarbij zoveel mogelijk het doel van richtlijn 77/187 in acht te nemen. Het zou in strijd zijn met de geest van deze richtlijn om geen rekening te houden met de diensttijd van de werknemer die van de vervreemder is overgenomen, voorzover in de nationale regeling voor overheidspersoneel de anciënniteit een factor is bij de berekening van de bezoldiging van het overheidspersoneel.⁷

Maar dat levert vervolgens een probleem op. Immers, de medewerkers behouden materieel hun arbeidsrechtelijke rechtspositie. Uit de rechtspraak van het Europees Hof blijkt ook dat in een dergelijke situatie de overgang van onderneming-bepalingen gelden.²⁰⁴ Op grond van de artikel 7:615 BW kan de overheidswerkgever geen arbeidsovereenkomsten hebben. Evenzo bepaalt artikel 1 AW dat een ambtenaar beschikt over een aanstelling en geen arbeidsovereenkomst. Voor arbeidscontractanten geldt dat deze alleen kunnen worden aangenomen wanneer de overheidswerkgever voldoet aan de eisen van artikel 134 Aw. Dat betreft dus een bijzondere groep die op basis van het reglement onder het civiele arbeidsrecht valt. Hiervan is alleen gebruikgemaakt binnen enkele sectoren en dan nog in bijzondere situaties. Als gevolg hiervan kent de Rijksoverheid geen arbeidscontracten meer²⁰⁵ en de gemeentelijke sector enkel nog voor oproepkrachten.²⁰⁶ Bovendien kan de overheidswerkgever geen andere arbeidsvoorwaarden aanbieden die niet in het reglement staan opgenomen. Ook het aanpassen van een arbeidsovereenkomst naar een eenzijdige aanstelling is formeel niet toegestaan c.q. wordt gezien als een aanmerkelijke wijziging.²⁰⁷

Gelukkig wordt dit in de praktijk doorgaans ondervangen door afspraken binnen het GO. Dit leidt dan tot een pakketvergelijking en overgangsmaatregelen. Echter, op het scherpst van de snede zit hier een probleem. Daarbij komt bovendien dat het Europees Hof en de Nederlandse rechtspraak duidelijk heeft aangegeven dat een aanpassing in principe niet is toegestaan.²⁰⁸ Daarenboven wordt in de rechtspraak ervan uitgegaan dat

204 Hof Van Justitie 26 september 2000, *JAR* 2000/239 (*Mayeur/Apim*).

205 In het verleden overigens wel, zie P. Messer-Denissen, *De Rijksarbeidscontractant: Een onderzoek naar de functie van het instituut arbeidscontractant in een genormaliseerd stelsel van arbeidsverhoudingen bij de Rijksoverheid*, Vuga 1995.

206 Zie artikel 2:5 CAR UWV.

207 HvJ 11 november 2007, *JAR* 2004/291.

208 Vgl. HvJ 10 februari 1990, *NJ* 1990, 423 (*Daddy's Dance Hall*) en HvJ 6 november 2003, *JAR* 2003/297 (*Martin c.s./South Bank University*).

in een dergelijke situatie juist niet een pakketvergelijking moet worden toegepast, doch per arbeidsvoorwaarde moet worden gekeken naar een eventuele compensatie.²⁰⁹

Bij de de- c.q. reprivatisering bestaat derhalve een discrepantie. Naar mijn mening kan deze discrepantie vanuit een zuiver formele optiek enkel worden doorbroken door vast te stellen dat de Nederlandse wetgever op dit terrein de richtlijn onvoldoende c.q. onjuist heeft geïmplementeerd. Daarbij kan ook worden vastgesteld dat het Europees recht van een hogere orde is. Derhalve kan de enige juiste juridische conclusie zijn dat bij een re- c.q. deprivatisering c.q. insourcing de betrokken werknemers met behoud van hun arbeidsovereenkomst overgaan. De overheidswerkgever beschikt dan, ondanks de wettelijke bepalingen die dit niet toestaan, over een arbeidsovereenkomst met de betrokken werknemers. Zij beschikken dan niet over een ambtelijke aanstelling. Een alternatief zou zijn dat er een wettelijke plicht tot pakketvergelijking komt e.d., maar dat is niet haalbaar omdat dit in strijd zou zijn met de lijn in de rechtspraak die door het Europees Hof en de Nederlandse rechter is ingezet. Deze verbiedt namelijk een aanpassing in de arbeidsovereenkomst vanwege de overgang van onderneming.²¹⁰

6. Naar een genormaliseerde arbeidsverhouding

In deze bijdrage is (in vogelvlucht) gekeken naar de positie van de individuele ambtenaar anno de 21^e eeuw. We zien dat deze bescherming met name van formalistische aard is. Hoe anders zal dat zijn na de daadwerkelijke invoering van de Wet normalisering. Alsdan zullen de rechters over een veel meer inhoudelijke toets kunnen beschikken.

Ten tijde van het schrijven van deze bijdrage is de het initiatiefwetsvoorstel normalisering door de Tweede Kamer aangenomen.²¹¹ Het is hier niet de plek om dit wetsvoorstel te bespreken. Wel moet worden geconstateerd dat bij een daadwerkelijke invoering van dit wetsvoorstel de rechtspositie van de ambtenaar ingrijpend zal wijzigen. Daarbij mag tevens niet worden vergeten dat inmiddels de Wet werk en zekerheid is

209 Zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 17 juli 2007, *JAR* 2007/211 (*Astron*) en in dezelfde zaak in bodemprocedure Ktr. Amsterdam 10 november 2008, *JAR* 2008/302.

210 Zie de rechtspraak uit voetnoten 207-209.

211 Wetsvoorstel EK 32.550A Initiatiefvoorstel-Van Weyenberg en Van Hijum Wet normalisering rechtspositie ambtenaren. Zie voor een algemene beschrijving ook T.A. Karssen, 'Ontwikkelingen initiatief wetsvoorstel normalisering rechtspositie ambtenaren en hervorming ontslagrecht', *TAR* 2014, p. 159-166.

aangenomen, inclusief de introductie van de transitievergoeding.²¹²

Geconstateerd kan worden dat deze normalisering tot gevolg zal hebben dat reorganisaties binnen de overheid minder formalistisch worden benaderd. Immers, de publiekrechtelijke toets wordt vervangen door een privaatrechtelijke toets. Evenzo zal het schrappen van het thans nog geldende overeenstemmingsvereiste binnen het georganiseerd overleg met zich meebrengen dat overheidswerkgevers eenvoudiger een reorganisatie (en in het bijzonder de personele gevolgen daarvan) kunnen doorvoeren.

Evenmin is het mogelijk om buiten deze regeling om voor een overheidswerkgever het ambtenarenrecht van toepassing te verklaren.²¹³

In het bovenstaande is (in vogelvlucht) de rechtspositie van de individuele ambtenaar bekeken. We zien dat er nog veel onontgonnen terrein is. Dat betekent dat voor de vereniging nog voldoende reden bestaat om te gaan voor een volgend jubileum.

212 Wet 14 juni 2014, *Stb.* 2014, 216 Wet van 14 juni 2014 tot wijziging van verschillende wetten in verband met de hervorming van het ontslagrecht, wijziging van de rechtspositie van flexwerkers en wijziging van verschillende wetten in verband met het aanpassen van de Werkloosheidswet, het verruimen van de openstelling van de Wet inkomensvoorziening oudere werklozen en de beperking van de toegang tot de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers (Wet werk en zekerheid).

213 Zie Rechtbank Midden-Nederland, 2 april 2013, *TAR* 2013/78.

7

Collectief overleg bij reorganisaties: enkele actuele ontwikkelingen

*Mr. L.C.J. Sprengers*²¹⁴

1. Inleiding

Het zijn spannende tijden bij de overheid. De opmerking ‘Bij welke reorganisatie werk jij?’ is een poging tot relativering die te horen is bij menig koffieautomaat binnen de overheidskantoren. Het collectief overleg heeft geruime tijd stil gelegen binnen de overheidssectoren, omdat er een aantal grote ontwikkelingen, die het moeilijk maakten om in overleg tot doorbraken te komen, tegelijk speelde.²¹⁵ Inmiddels blijkt er weer meer schot te komen in het overleg. Doordat het diepste dal van de crisis gepasseerd lijkt te zijn, wordt de beklemmende werking van de op het regeerakkoord gebaseerde nullijn wat minder, zoals ook blijkt uit de troonrede 2014, waarin het loslaten van de nullijn is aangekondigd.²¹⁶ Ook het tot stand komen van de Wet werk en zekerheid, voornamelijk vooral geldend voor de marktsector, en de Participatiewet, beide gebaseerd op het sociaal akkoord van 2013, heeft geleid tot meer duidelijkheid over de toekomstige wettelijke kaders, waarmee in het collectief overleg rekening kan worden

214 Mr. L.C.J. Sprengers is advocaat bij Sprengers Advocaten te Utrecht en voormalig hoogleraar op de Albeda Leerstoel aan de Universiteit Leiden. Deze bijdrage is gebaseerd op de inleiding die op 12 maart 2013 te Amsterdam is gehouden voor de Vereniging Ambtenaar & Recht.

215 Zie over de stand van zaken anno 2013 mijn bijdrage in de *Staat van de Ambtelijke Dienst*, publicatierreeks Overheid en Arbeid, 2013, nr. 34, Den Haag; CAOP, p. 164-177.

216 Zo is op 18 juli 2014 een principeakkoord bereikt voor de cao Gemeente 2013-2015, waarin onder meer een structurele loonsverhoging van 1% is opgenomen per 1 oktober 2014 en een structurele loonsverhoging van € 50,- bruto per 1 april 2015.

gehouden. Dit dwingt sociale partners bij de overheid bijvoorbeeld om op korte termijn na te gaan hoe de arbeidsvoorwaarden van degenen die onder de Participatiewet vallen, moeten gaan worden geregeld. Een aparte cao voor deze doelgroep behoort tot de mogelijkheden.

De weg naar een kleinere overheid lijkt definitief ingeslagen. Het UWV verwacht dat er in de periode 2011 tot 2017 75 duizend minder ambtenaren zullen zijn in alle sectoren.²¹⁷ Van der Meer en Dijkstra hebben deze ontwikkeling nader geanalyseerd en geven aan dat, als wordt gekeken naar het percentage ambtenaren gerelateerd aan de omvang van de bevolking, het relatieve aandeel van ambtenaren sinds 1980 afneemt. Wat betreft het aantal werknemers in het openbaar bestuur gerekend naar de totale omvang van de bevolking, is het niveau van 2017 lager dan in 1920.²¹⁸ Bekker constateert evenwel dat hoe dichterbij Den Haag, hoe minder sprake er is van afslanking.²¹⁹ Hoe dit ook zij, geconstateerd kan worden dat de reorganisaties binnen overheidssectoren aan de orde van de dag zijn. Wat daarbij opvalt is dat de klassieke reorganisatie, in de zin van één groot reorganisatieplan met daarbij een pakket van maatregelen en een implementatie op één moment, steeds minder in die verschijningsvorm voorkomt. Termen als ‘dynamisch’ of ‘organisch’ reorganiseren zijn steeds vaker te horen binnen overheidsorganisaties. Dit leidt ertoe dat er nieuwe vragen opkomen over de wijze waarop bij deze ontwikkelingen moet worden omgegaan met de rol van vakbonden en ondernemingsraden. In deze bijdrage zal ik achtereenvolgens ingaan op de actuele ontwikkelingen binnen het collectief overleg bij de overheid ten aanzien van de navolgende onderwerpen:

1. het overeenstemmingsvereiste;
2. overleg met vakbonden bij reorganisatie; en
3. ondernemingsraad en reorganisatie.

2. Overeenstemmingsvereiste

In de jaren tachtig van de vorige eeuw is een start gemaakt met wat wordt genoemd het normalisatieproces. Een van de doelstellingen daarbij was om de arbeidsverhoudingen bij de overheid meer marktconform te ma-

217 UWV-rapport *De overheid. Sectorbeschrijving*, 31 januari 2013.

218 F.M. van der Meer en G.S.A. Dijkstra, ‘Het regeerakkoord c.a en de omvang van de ambtelijke dienst’, in: *Staat van de Ambtelijke Dienst*, CAOP 2013, p. 18-19.

219 R. Bekker, ‘Hoe dichterbij Den Haag, hoe minder afslanking’, in: *Staat van de Ambtelijke Dienst*, CAOP 2013, p. 22-25.

ken en een duidelijkere scheiding aan te brengen tussen de verschillende petten van de overheid: de pet van wetgever – de budgetverantwoordelijkheid – enerzijds en de pet van werkgever anderzijds. Door invoering van het sectorenmodel wordt voortaan per overheidssector apart onderhandeld over arbeidsvoorwaarden, opdat meer gelijkwaardigheid tussen de overlegpartners wordt bereikt. Ook kan worden gewezen op de introductie van het overeenstemmingsvereiste en daaraan gekoppeld het meerderheidsvereiste.

In de periode daaraan voorafgaand had de Nederlandse overheid bij de ratificatie van het Europees Sociaal Handvest (ESH) voor werknemers in overheidsdienst een voorbehoud gemaakt bij het recht op collectieve actie (art. 6 lid 4 ESH). Doordat de overheid dit recht voor ambtenaren niet zonder meer erkende en aangaf dat dit in geclausuleerde vorm in aparte wetgeving gereguleerd zou moeten gaan worden, was een belangrijk middel voor de vakorganisaties om bij patstellingen in het collectief overleg in overheidssectoren druk uit te oefenen niet of minder aanwezig. Daarom is eerst in protocollen, later verankerd in rechtspositieregelingen, het overeenstemmingsvereiste geïntroduceerd. Hiermee heeft de overheid vrijwillig de bevoegdheid tot het eenzijdig vaststellen van rechtspositieregelingen ingeperkt door, wanneer er sprake is van wijziging van regelingen die betrekking hebben op rechten en verplichtingen van ambtenaren, alleen tot een aanpassing over te gaan wanneer daarover overeenstemming bereikt is met de vakorganisaties. In veel rechtspositieregelingen staat daarbij dat het moet gaan om overeenstemming met de meerderheid van de vakorganisaties. In de meeste gevallen zijn er aan de overlegtafel vier vakorganisaties vertegenwoordigd. Dit betekent dat drie van de vier vakorganisaties in ieder geval akkoord moeten gaan, wil er sprake zijn van overeenstemming. Bij een *fifty-fifty* verhouding is vaak voorzien in de bevoegdheid voor de overheidswerkgever om te beslissen of hij de wijziging al dan niet wil doorzetten.

Belangrijk onderdeel van het stelsel van overleg is dat er ook voorzien is in een advies- en arbitrageregeling. Een verplichting om dit te bevorderen is terug te vinden in artikel 6 lid 3 ESH. De Nederlandse overheid heeft hieraan alleen voor wat betreft de overheidssectoren inhoud gegeven. Er zijn op dit moment twee advies- en arbitragecommissies die een rol spelen in het kader patstellingen in het overleg: de Advies- en Rijksdienst (AAC) en de Landelijke Advies en Arbitragecommissie (LAAC) voor de decentrale overheden.

Voor het goed functioneren van het overlegstelsel bij de overheid is het van belang dat zowel aan werkgeverszijde als aan vakbondszijde zorg-

vuldig wordt omgegaan met het overeenstemmingsvereiste. Het feit dat geen wijzigingen kunnen worden doorgevoerd met betrekking tot regelingen die rechten en plichten van ambtenaren reguleren, kan ertoe leiden dat partijen aan de overlegtafel elkaar in een houdgreep houden waaruit ze niet kunnen komen, met als enig resultaat het handhaven van een status-quo. Het is dan ook niet zo verbazend dat recent in de rechtspraak een geschil naar boven is gekomen over de grenzen van het overeenstemmingsvereiste.

Binnen de gemeente Utrecht ontstond verschil van mening tussen de AbvaKabo FNV en de gemeente over de vraag of een aantal maatregelen, waarmee inhoud zou moeten worden gegeven aan een bezuinigingstaakstelling van 1 miljoen euro over 2014, onder het overeenstemmingsvereiste viel. De voorzieningenrechter te Utrecht heeft op 21 maart 2014 de regeling over het overeenstemmingsvereiste, zoals opgenomen in de arbeidsvoorwaardenregeling voor de gemeente Utrecht (ARU), getoetst. Het ging om drie verschillende arbeidsvoorwaardelijke regelingen: het brengen van de tegemoetkoming ziektekosten onder de vrije ruimte van de werkkostenregeling; de gedeeltelijke doorbelasting van de WGA-premie; en de verlaging van de waarde van het kerstpakket. De rechter kwam tot de conclusie dat deze niet onderhevig waren aan het in de rechtspositieregeling voorziene overstemmingsvereiste. Weliswaar was door de handelwijze op bepaalde onderdelen van de gemeente Utrecht in het verleden mogelijk sprake van verworven rechten op individueel niveau, maar dit maakte nog niet dat een collectieve regeling was ontstaan als bedoeld in de rechtspositieregeling, aldus de rechter. De rechter kende aldus aan (mogelijke) verworven rechten alleen op individueel niveau betekenis toe, maar niet op collectief niveau, ook niet in die gevallen waarin de werkgever op vergelijkbare wijze verworven rechten had doen ontstaan ten aanzien van alle of groepen ambtenaren. De rechter gaf een beperkte uitleg aan het overeenstemmingsvereiste. Er werd in het bijzonder betekenis toegekend aan de vorm waarin veranderingen tot stand gebracht werden: alleen ingeval van een expliciete wijziging van de rechtspositieregeling was er in de ogen van de rechter sprake van een instemmingsverplichting.²²⁰

Overlegverplichting

In ditzelfde vonnis ging de voorzieningenrechter ook in op de vraag of er voldoende inhoud was gegeven aan de overlegverplichting. Deze vraag werd bevestigend beantwoord: het feit dat er verschil van mening bleef bestaan over de te treffen maatregelen, hoefde volgens de rechter

220 Rechtbank Midden-Nederland 21 maart 2014, ECLI:RBMNE:2014:1100.

niet te betekenen dat er geen sprake was van een open en reëel overleg. Algemeen aanvaard is dat sprake dient te zijn van *open en reëel* overleg. Zo oordeelde de AAC in 1986, naar aanleiding van een patstelling in het overleg over het arbeidsvoorwaarden- en werkgelegenheidsbeleid van de overheid (sectoroverstijgend), dat de rol van de werkgever in dit overleg (de minister van Binnenlandse Zaken) in toenemende mate door budgettaire overwegingen was beperkt tot die van (mede) begrotingswetgever. De overheid met de pet op van werkgever had zich in het overleg beperkt tot het geven van inzicht in de politieke prioriteiten. De AAC gaf aan dat daarmee de onderhandelingsruimte van de centrales van overheidspersoneel in sterke mate was beperkt, omdat het overleg over die politieke prioriteiten plaatsvindt tussen regering en parlement. Er was volgens de AAC wel sprake geweest van *open* overleg, maar niet van *reëel* overleg.²²¹

In een recent advies heeft de AAC de overlegnorm nog eens samengevat. Het betrof de patstelling in het overleg over het Sociaal Flankerend Beleid bij de rijksoverheid. Tussen de minister van en de vakbonden was verkennend onderhandeld, hetgeen had geleid tot een akkoord over de hoofdlijnen, naar aanleiding waarvan beide zijden hadden aangegeven dat terugkoppeling naar de achterban vereist was. De terugkoppeling aan de zijde van de minister had er evenwel toe geleid dat het kabinet zich niet kon vinden in de uitkomst van het overleg tot dan toe. Nadat vervolgens het nieuwe kabinet was aangetreden, wenste de nieuwe minister weer van nul af aan over het onderwerp te onderhandelen. De AAC diende onder meer te beoordelen of dit standpunt terecht was. De AAC gaf aan dat voor open en reëel overleg vereist is dat:

- de uitkomst van het overleg bij geen van de partijen bij voorbaat mag vaststaan;
- het streven van partijen erop gericht moet zijn om door middel van dialoog overeenstemming te bereiken; en
- partijen rekening moeten houden met elkaars gerechtvaardigde verwachtingen.

De AAC was van mening dat de nieuwe minister hetgeen zijn voorganger had besproken niet zomaar terzijde kon schuiven, maar dat er moest worden door-onderhandeld vanuit de positie waarin het overleg zich bevond op het moment dat het nieuwe kabinet aantrad, dus vanuit de twee knelpunten die het oude kabinet had gesignaleerd ten aanzien van het eerdere beginselakkoord.²²² Niet lang na het advies van de AAC

221 Advies AAC 09, 5 november 1986, te vinden op de website van de CAOP.

222 Advies AAC 92, 7 februari 2013, te vinden op de website van de CAOP.

is op 25 maart 2013 een akkoord bereikt: het Sociaal Beleid Rijk, ofwel Van Werk Naar Werk (VWNW) beleid.

Zeker in tijden waar bezuinigingen en versoeringen van arbeidsvoorwaarden op de agenda staan, komt het overlegstelsel onder druk te staan. Juist in dit soort periodes zal bezien moeten worden of er nog voldoende draagvlak voor het gekozen stelsel is bij degenen die daarin opereren. Het model met het overeenstemmingsvereiste is te kwalificeren als een polderproduct bij uitstek. Het uitgaan van de gerechtvaardigde verwachtingen aan beide kanten van de overlegtafel en via een dialoog trachten tot overeenstemming te komen: is hier nog voldoende draagvlak voor? Aan de zijde van de overheid is het de vraag of er voldoende politieke bereidheid is om de overheid als werkgever voldoende eigen ruimte te geven om open en reëel overleg te kunnen voeren met de vakbonden. Aan de zijde van de vakbonden is het de vraag of er voldoende bereidheid is om alle belangen die spelen mee te wegen en een rol te laten spelen bij de standpuntbepaling en geen doorslaggevende betekenis toe te kennen aan bepaalde deelbelangen, die mogelijk – gezien de opbouw van het ledenbestand van de vakbonden – oververtegenwoordigd zijn.

In het bij de Eerste Kamer in behandeling zijnde wetsontwerp Wet normalisering rechtspositie ambtenaren²²³ is de keuze gemaakt om het collectief overleg bij de overheid onder hetzelfde gesternte te brengen als dat in de marktsector. Het juridisch kader zal dan worden geregeld door de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (Wet CAO). De vraag is in welke mate dit gevolgen gaat hebben voor het overeenstemmingsvereiste. Kenmerk van het cao-model is immers dat het gebaseerd is op wilsovereenstemming tussen de partijen, die de werkgever(s) en werknemers vertegenwoordigen aan de cao-tafel. Het vastleggen van een overeenstemmingsvereiste is daarbij een niet voor de hand liggende keuze, omdat het cao-model nu juist op wilsovereenstemming is gebaseerd. Dit is tegengesteld aan het ambtelijk stelsel, dat gekenmerkt wordt door de eenzijdige rechtsrelatie tussen de overheid en haar ambtenaren. Maar aan de andere kant wil dit niet zeggen dat het niet mogelijk is om in het kader van de bij het overleg te hanteren spelregels in een cao bepaalde verplichtingen op te nemen ten aanzien van onderwerpen die onderwerp van het cao-overleg dienen te zijn en waarover overeenstemming dient te worden bereikt. Indien daar sprake van zou gaan zijn, zal in een dergelijke cao-bepaling ook moeten worden voorzien in een advies -en

223 *Kamerstukken I* 2010/11, 32 550, nr. A.

arbitrageregeling, om te voorkomen dat er een systeem wordt geïntroduceerd waarbij patstellingen ingebakken zijn, die niet op enigerlei wijze zouden kunnen worden getoetst. Zelfs indien geen overeenstemmingsvereiste wordt opgenomen in cao-bepalingen, kan het een meerwaarde hebben om in de cao in een advies- en arbitrageregeling te voorzien. Ook kan worden gedacht aan een voorziening ter zake van een advies- en arbitragecommissie die sectoroverstijgend is, zoals dat op dit moment bijvoorbeeld het geval is met betrekking tot het overleg over pensioenen in de Pensioenkamer van de ROP. Het is aan cao-partijen om hier in de toekomst inhoud aan te geven, aangezien hier in het wetsvoorstel geen aandacht aan wordt besteed.

3. Overleg met vakbonden bij reorganisatie

Een van de vragen die veelvuldig aan de orde komt bij reorganisaties, is of het overeenstemmingsvereiste van toepassing is bij het vaststellen van een sociaal plan. Dit zal in de meeste gevallen het geval zijn, omdat in het sociaal plan ook sprake is van het reguleren van wijzigingen van de rechten of verplichtingen van individuele ambtenaren. Dit hoeft echter niet altijd het geval te zijn; het hangt sterk af van de formulering van het overeenstemmingsvereiste in de rechtspositieregeling.

In een voorbeeld dat zich bij de gemeente Amsterdam heeft afgespeeld, leidde interpretatie van de tekst van de rechtspositieregeling, waarin een verschil zat in de formulering van het overeenstemmingsvereiste bij rechten en verplichtingen in het algemeen en dat bij het sociaal plan, ertoe dat werd geoordeeld dat er bij het sociaal plan geen sprake was van een verplichting tot het bereiken van overeenstemming met de vakbonden. In art. 15.8 lid 1 van de Nieuwe Rechtspositieregeling Gemeente Amsterdam (NRGA) staat dat besluitvorming in het Georganiseerd Overleg over lokale arbeidsvoorwaarden plaatsvindt door het bereiken van overeenstemming tussen werkgever en (een meerderheid van) de vakorganisaties. Als geen overeenstemming wordt bereikt, vinden de wijzigingen in de gemeentelijke rechtspositieregelingen niet plaats (art. 15.8 lid 3 NRGA). In art. 15.9 lid 1 NRGA staat een vergelijkbaar overeenstemmingsvereiste voor het afsluiten van een sociaal plan. Een bepaling als art. 15.8 lid 3 NRGA is daarbij evenwel niet opgenomen. In art. 16.12 NRGA staat dat geen reorganisatiebesluit wordt genomen zonder dat over de te verwachten sociale en rechtspositionele gevolgen van de reorganisatie een sociaal plan is opgesteld. Het Hof stelde dat art. 16.12 en 15.9 NRGA niet uitsluiten dat een sociaal plan eenzijdig (zonder vereiste overeenstemming) wordt vastgesteld. Er werd door het Hof in

deze zaak dus uitsluitend gekeken naar de tekst als zodanig en niet naar het doel en de strekking van de rechtspositieregeling.²²⁴

Het feit dat de overheidssectoren eigenrisicodragers zijn voor de WW is één sterke stimulans om te komen tot van werk-naar-werkafspraken. Wanneer het ontslag van een ambtenaar eenmaal een feit is, betekent dit niet dat de overheidswerkgever ook budgettair gezien van deze ambtenaar af is. De kosten van de werkloosheidsuitkering en de bovenwettelijke uitkeringen zullen nog geruime tijd op het budget blijven drukken. Pas wanneer de ambtenaar erin slaagt ander werk te verkrijgen, komt er een einde aan deze kostenpost. De sector gemeenten is een van de voorlopers in het bedenken van werk-naar-werkafspraken. Hoofdstuk 10d van de CAR/UWO is aangepast door een voorziening op te nemen ter zake van een van werk-naar-werktraject met een duur van maximaal twee jaar. De regeling in de CAR/UWO biedt de mogelijkheid om na deze twee jaar ontslag te verlenen. In de afspraken die binnen de rijksoverheid zijn gemaakt zijn over het VWNW-beleid is dit meer open gelaten. Uitgangspunt is dat er tot 1 januari 2016 geen gedwongen reorganisatie-ontslagen zullen plaatsvinden; na het verstrijken van de termijn van achttien maanden zal individueel bekeken moeten worden wat het vervolgtraject is.²²⁵

De afgelopen tijd zijn in de rechtspraak in het kader van reorganisatiebesluiten een paar keer meningsverschillen in het overleg tussen werkgever en vakbonden aan de orde geweest. Binnen de provincie Zuid-Holland was overleg gevoerd om te komen tot een sociaal convenant gebaseerd op een aantal uitgangspunten. Dit overleg verliep minder snel dan de werkgever wenste en daarom kwam hij met een voorstel voor een noodmaatregel: 'Beleidskader reorganisaties'. Hierover werd geen overeenstemming bereikt, hetgeen aanleiding was voor de provincie om de LAAC in te schakelen. Belangrijk punt van discussie was het maximeren van het aantal ontslagen naar aanleiding van de geformuleerde bezuinigingsdoelstelling. De LAAC was van mening dat er nog voldoende mogelijkheden waren om in het overleg tot overeenstemming te komen en gaf ten aanzien van een aantal punten die partijen verdeeld hielden, haar visie weer. Ten aanzien van het maximeren van het aantal ontslagen vond de LAAC dat de werkgever hiervoor moest open staan; de bezwaren van de werkgever

224 Hof Amsterdam 20 oktober 2009, *TRA* 2010/51, m.nt. Sprengers.

225 Zie voor een zeer gedegen analyse van de inhoud van beide regelingen en de vragen die deze oproepen: J.J. Blanken, 'Vereenvoudiging was niet wenselijk, oftewel: het gewijzigde hoofdstuk 10d CAR/UWO en het VWNW=traject', *TAR* 2014/4, p. 247-255 (deel I) en *TAR* 2014/5, p. 327-337.

ondervangen zouden kunnen worden door het opnemen van een openbreekclausule met het oog op dusdanig nieuwe ontwikkelingen dat de gemaakte afspraken niet in stand zouden kunnen blijven.²²⁶

Brandweer Zuid-Limburg

Een van de meest omvattende juridische gevechten rond reorganisaties heeft plaatsgevonden bij de brandweer in Zuid-Limburg. Als uitvloeisel van rechtspraak van het Europese Hof van Justitie dient de tijd die een brandweerman in de kazerne aanwezig is, te worden aangemerkt als arbeidstijd. Dit heeft ertoe geleid dat zowel landelijk als lokaal in het overleg tussen werkgevers en vakbonden is gesproken over noodzakelijke wijzigingen van de rechtspositieregelingen. Heet hangijzer in deze zaak was met name op welke wijze de uren die als arbeidstijd moesten worden aangemerkt, dienden te worden beloond. Het voorstel van de brandweer Zuid-Limburg hield in dat er meer actieve uren gewerkt moesten worden voor hetzelfde geld. In het lokaal GO werd hierover geen overeenstemming bereikt. Dit heeft geleid tot het inwinnen van advies van de LAAC, die de werkgever in het gelijk stelde. Omdat het een advies betrof, was het vervolgens niet mogelijk om tot uitvoering over te gaan zonder het bereiken van overeenstemming in het GO. De werkgever heeft het toen over een andere boeg gegooid door te stellen dat het feitelijk een wijziging van de werktijdregeling betrof, waarover op grond van art. 27 WOR instemming van de ondernemingsraad dient te worden verkregen. De OR verleende geen instemming, omdat hij van mening was dat het een onderwerp was dat in het overleg met de vakbonden thuishoorde. De werkgever trachtte vervangende toestemming te krijgen via de in artikel 36 WOR geregelde procedure. Zowel de kantonrechter Maastricht²²⁷ alsook het Gerechtshof te Den Bosch²²⁸ heeft deze toestemming niet verleend, omdat het volgens hen een aangelegenheid betrof die betrekking had op primaire arbeidsvoorwaarden en daarom thuishoorde in het overleg met de vakbonden. De laatste juridische procedure was er een om de vakbonden te dwingen het inmiddels aan de onderhandelingsstafel bereikte akkoord te ondertekenen, omdat de meerderheid van hun achterban tijdens een ledenvergadering voor had gestemd. Echter, noch was sprake van een afspraak dat de uitkomst van de ledenraadpleging bindend zou zijn voor de vakbond, noch schreven de statuten van de vakbond dit voor. De vordering werd daarom door de voorzieningenrechter in kort geding

226 Advies LAAC 14 januari 2013.

227 Ktr. Maastricht 24 november 2010, *LJN* BO7632; *JAR* 2011/33.

228 Hof 's-Hertogenbosch 31 januari 2012, *LJN* BV2621; *JAR* 2012/68.

afgewezen.²²⁹ Desalniettemin zijn partijen er uiteindelijk in september 2013 in geslaagd om alsnog een akkoord te bereiken over de dienstroosters. Zo'n langdurige en op verschillende juridische plekken uitgevochten juridische strijd komt niet vaak voor. Het zou nuttig kunnen zijn om dit geschil nader te analyseren en hier lessen uit te trekken, die van breder belang kunnen zijn dan alleen voor de brandweer in Zuid-Limburg.

4. Ondernemingsraad en reorganisatie

In de rechtspraak zijn de afgelopen periode de nodige procedures tussen overheidsondernemingsraden en de ondernemer aan de orde geweest op het terrein van de toepassing van de regels van het medezeggenschapsrecht. Ik zal hierna achtereenvolgens ingaan op de betekenis van een sociaal plan, de toetsing bij samenwerking en het primaat van de politiek.

Betekenis sociaal plan

Een vaak voorkomend probleem is dat op het moment van advisering door de ondernemingsraad het overleg met de vakbonden over een sociaal plan nog niet is gestart of nog niet is afgerond. De vraag is dan of de ondernemer in het kader van het adviestraject met de ondernemingsraad kan volstaan met verwijzing naar de uitkomsten van dat overleg en open kan laten hoe de gevolgen zullen worden opgevangen na afloop van het nog geldende sociaal plan.

Een geschil dat speelde bij de gemeente Leeuwarden ging over een reorganisatie die zou doorlopen tot na 31 december 2012, de datum waarop het sociaal plan afliep. Een nieuw akkoord bleef uit, mede vanwege het feit dat in het oude sociaal plan was voorzien dat er geen gedwongen ontslagen zouden plaatsvinden. De Ondernemingskamer was, in een door ondernemingsraad aanhangig gemaakt geschil, van mening dat de ondernemer niet mocht volstaan met het verwijzen naar toekomstige uitkomsten van het overleg. Artikel 25 lid 3 WOR schrijft de ondernemer voor om inzicht te geven in de maatregelen die hij voornemens is te nemen om de gevolgen van het voorgenomen besluit voor in de onderneming werkzame personen op te vangen. Dat betekent dat hij duidelijkheid dient te verschaffen over de positie van de werknemers die boventallig worden. De Ondernemingskamer vond dat het op de weg van de gemeente lag om de onzekerheid daarover weg te nemen, hetgeen bijvoorbeeld zou kunnen door eerder een nieuw sociaal akkoord af te sluiten, in overleg te treden over een sociaal akkoord alleen

²²⁹ Vzgnr. Rb. Maastricht 4 maart 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:BZ2977.

voor deze reorganisatie of rekenschap af te leggen over de resultaten van deze inspanningen aan de ondernemingsraad. Omdat de gemeente in dit geval wel had toegezegd dat zolang er geen nieuw sociaal plan tot stand zou komen, er geen sprake zou zijn van gedwongen ontslagen, was de Ondernemingskamer desalniettemin van mening dat de ondernemer in redelijkheid tot het onderhavige organisatiebesluit had kunnen komen. Die toezegging legde een bodem onder het besluit, waardoor het besluit niet als kennelijk onredelijk werd gekenmerkt.²³⁰

Ook kunnen zich geschillen voordoen over de interpretatie van hetgeen tussen vakbonden en werkgever is afgesproken. Een geschil dat speelde bij de provincie Limburg ging over een definitie van het begrip ‘gewijzigde functie’ in het sociaal plan. Deze luidde dat het moest gaan om functies die wat functie-inhoud en functie-eisen betreft aanzienlijk zouden wijzigen (indicatief 40% meer gewijzigd en 60% of minder ongewijzigd). Nadat de ondernemingsraad vervolgens een adviesaanvraag kreeg voorgelegd waarin sprake was van 281 fte aan nieuwe en gewijzigde functies, adviseerde de ondernemingsraad hierop negatief. Reden was onder meer dat de betrokken vakbondsbestuurder de ondernemingsraad had laten weten dat bij de onderhandelingen over het sociaal plan het nimmer de intentie was geweest om zo grootschalig te gaan reorganiseren. De vakbondsbestuurder had aangegeven dat, indien dit tijdens de onderhandelingen aan de orde zou zijn geweest, nadrukkelijker ingezet zou zijn op andere maatregelen. De ondernemer stelde beroep in bij de Ondernemingskamer. Die oordeelde dat een eventuele verwachting van vakbondsbestuurders niet prevaleert boven de in het sociaal plan concreet vastgelegde afspraken.²³¹

Bij de Open Universiteit ontstond een geschil over de vraag op welke wijze artikel 9.9 van de cao Nederlandse Universiteiten (NU) diende te worden geïnterpreteerd, in welke bepaling wordt gesproken van ‘organisatie-eenheden’ waarbinnen bij een reorganisatie moet worden afgespiegeld. Partijen verschilden van mening of de Open Universiteit als geheel als een organisatie-eenheid zou moeten worden gezien of dat binnen de Open Universiteit meer organisatie-eenheden voor interpretatie van dit cao-artikel waren te onderscheiden. Het opvallende van de beschikking van de Ondernemingskamer is dat zij aangeeft dat in het kader van de toetsing of sprake is van een kennelijk onredelijk besluit,

230 Gerechtshof Amsterdam (OK) 24 februari 2012, L/JN BV7221 (OR gemeente Leeuwarden). In dezelfde lijn is ook recent nog beslist in de beschikking van de Ondernemingskamer van 15 mei 2014, ECLI:NL:GAHMS:2014:1979.

231 Gerechtshof Amsterdam (OK) 23 oktober 2012, L/JN BY5628 (OR provincie Limburg).

het niet de rechter is die in dat kader behoeft te oordelen of sprake is van een juiste uitleg van de cao door de ondernemer. Van belang is voor de Ondernemingskamer of de door de ondernemer voorgestane uitleg van die bepaling er één is waartoe hij in redelijkheid heeft kunnen komen. Daarbij hechtte de Ondernemingskamer bijvoorbeeld waarde aan het feit dat er juridisch advies was ingewonnen door de ondernemer en dat ook was opgevolgd.²³²

Toetsing bij samenwerking

Op dit moment is er een grote toename van samenwerkingsverbanden tussen gemeenten en/of provincies, mede in het kader van de decentralisatie van taken door de rijksoverheid. In een geschil dat speelde binnen Goeree-Overflakkee was de vraag aan de orde of de gemeenten na een gemeentelijke herindeling zelf de taken ten aanzien van de gemeentelijke belastingen en dergelijke zouden uitvoeren dan wel of deze zouden worden overgeheveld naar een samenwerkingsverband, dat daarmee belast zou worden. Een deel van de gemeenten had al ervaring met dit samenwerkingsverband; een ander deel voerde deze taken nog zelf uit. In het overleg tussen ondernemingsraad en de ondernemer was een achttal randvoorwaarden geformuleerd waaraan de einduitkomst zou moeten voldoen. Omdat de ondernemingsraad van mening was dat de keuze voor het onderbrengen van deze taken bij dit samenwerkingsverband niet aan de voorheen gestelde randvoorwaarden voldeed, adviseerde hij negatief. De stelling van de ondernemer dat het nooit de bedoeling was geweest dat aan alle randvoorwaarden moest worden voldaan, wees de Ondernemingskamer van de hand. Taalkundig werd aangegeven dat het woord 'randvoorwaarden' al uitdrukt dat aan de aangeduide voorwaarden moet zijn voldaan, althans dat aan de voorwaarden een zwaarwegend belang moet worden toegekend. Voorts beriep de ondernemer zich bij de onderbouwing van zijn besluit op het algemeen belang. Hij gaf aan dat bestuurlijke afwegingen en het algemeen belang uiteindelijk de doorslag hadden gegeven voor de gemaakte keuze. Het ging daarbij om het algemeen belang van een tijdige en juiste belastingheffing tegen de laagst mogelijke kosten. De Ondernemingskamer vond deze motivering te globaal en gaf aan dat niet viel in te zien waarom het standpunt van de ondernemingsraad niet evenmin in dienst kon staan van het algemeen belang. De Ondernemingskamer gaf aan dat zich hierbij wreekte de in hoge mate onbepaalde inhoud van het begrip algemeen belang. Voorts speelde

232 Gerechtshof Amsterdam (OK) 30 september 2013, ECLI:NL:GAHMS:2013:4771 (OR Open Universiteit).

een rol dat in de adviesaanvraag het beroep op het algemeen belang niet als een van de beweegredenen door de ondernemer was aangevoerd.²³³

Bij het aangaan van een samenwerking zijn vaak veel partijen betrokken en is het zoeken naar het moment waarop het commitment van diverse betrokkenen tot stand komt. Het kan zijn dat een ondernemer zich geïsoleerd voelt om als eerste een doorbraak te forceren door het besluit te nemen om in een samenwerkingsverband toe te treden.

Dit wordt geïllustreerd met het geschil dat speelde in de zorgsector bij Fundis Holding B.V., waarbij de ondernemer besloot om in het kader van een overlevingsplan te participeren in een ziekenhuis. De stelling van de ondernemer dat de meeste van de afspraken met de verschillende betrokken partijen in elkaar grepen en dat de verschillende stakeholders een bereidheid om te participeren in het businessplan hadden gekoppeld aan deelname van andere stakeholders, respectievelijk doorgang van de transactie, leidde volgens de Ondernemingskamer niet tot de conclusie dat daarom het besluit niet kennelijk onredelijk was. Volgens de Ondernemingskamer viel immers niet in te zien dat omtrent de koppeling bij bindende overeenkomst geen aanvullende afspraken konden worden gemaakt, bijvoorbeeld in de vorm van ontbindende of opschortende voorwaarden. Het ging naar het oordeel van de Ondernemingskamer niet aan om met de afhechting van alle gemaakte principeafspraken te wachten tot na de *closing* van de transactie tussen de ondernemer en het ziekenhuis.²³⁴ Hieruit blijkt dat het ongeclausuleerd zetten van de eerste stap om zo de doorbraak te forceren om tot een samenwerking te komen, in de veronderstelling dat de andere partijen dan ook wel over de brug zullen komen, niet zonder meer als een redelijk besluit is te beschouwen. Indien er geen voorbehouden worden gemaakt wordt immers de onderhandelingspositie van de ondernemer slechter ten opzichte van de partijen die zich niet hebben geëngaat. Zeker in het geval als bij Fundis, waarbij de ondernemer veel van zijn eigen vermogen zou gaan inbrengen in de overlevingsplannen van het ziekenhuis, en waarbij de financiële positie van de eigen onderneming in de thuiszorg mede gezien de toekomstige overheidsmaatregelen ook ongewis was, kan dit de toets der kritiek van de Ondernemingskamer niet doorstaan.

233 Gerechtshof Amsterdam (OK) 14 september 2012, ECLI:NL:GHAMS:BX9486.

234 Gerechtshof Amsterdam (OK) 27 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:556.

Primaat van de politiek

Er is geen onderwerp in de medezeggenschapsrechtspraak waarover zoveel Hoge Raad-beschikkingen zijn geweest als over de bepaling over het primaat van de politiek (art. 46d WOR). Wat daarbij opvalt is dat de zienswijzen van de Ondernemingskamer en de Hoge Raad in een aantal van deze gevallen uit elkaar lopen. Tot nu toe heeft de Hoge Raad geen beschikking gegeven waar er ruimte aan de medezeggenschap ten faveure van het primaat van de politiek werd toegekend.

In een geschil dat betrekking had op de renovatie van De Mirandabad in Amsterdam,²³⁵ blijkt een dergelijk verschil van opvatting tussen beide rechterlijke gremia wederom. De Ondernemingskamer was van mening dat het feit dat een beslissing om geld vrij te maken om te investeren in een zwembad louter omdat dit werd genomen door een democratisch gekozen orgaan, de Stadsdeelraad, niet voldoende was om te concluderen dat het besluit een publiekrechtelijke vaststelling van taken van (onderdelen van) publiekrechtelijke lichamen of het beleid ten aanzien van en de uitvoering van die taken betreft als bedoeld in artikel 46d sub b WOR. Het feit dat het besluit betrekking had op de renovatie van onder haar beheer vallende sportvoorzieningen en het beschikbaar stellen van gelden daarvoor, en daarmee tevens betrekking op de verdeling van de financiële middelen van het Stadsdeel, maakte dit niet anders. De opvatting van de ondernemer zou er volgens de Ondernemingskamer toe leiden dat de medezeggenschap bij de overheid meer zou worden beperkt dan strikt genomen nodig is met het oog op de bescherming van het primaat van de politiek. Het ging hier niet om een besluit dat als zodanig van dien aard was dat het een politieke afweging vergde van de voor- en nadelen ervan, aldus de Ondernemingskamer. De Hoge Raad gaf echter aan dat het besluit rechtstreeks betrekking had op het inrichten en vaststellen van de begroting van het Stadsdeel.

Een dergelijk besluit is naar het oordeel van de Hoge Raad onmiskenbaar van dien aard dat het een politieke afweging vergt van de daaraan verbonden voor- en nadelen. Het valt daarom onder het primaat van de politiek. De Ondernemingskamer had aldus ten onrechte als eis gesteld dat het Stadsdeel moest aantonen welke politieke afwegingen aan de orde waren. De Hoge Raad constateerde dat de bepaling over het primaat van de politiek meebrengt dat de ruimte voor de medezeggenschap bij Stadsdeel Zuid wordt beperkt. De Hoge Raad gaf daarbij aan dat deze beperking evenwel niet verder gaat dan strikt genomen nodig is met het oog op de bescherming van het primaat van de politiek dat geldt ten

235 HR 8 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1139.

aanzien van de uitoefening door Stadsdeel Zuid van zijn bevoegdheid tot het inrichten en vaststellen van zijn begroting en tot het nemen van daarmee samenhangende krediet- en investeringsbesluiten. Met dat laatste lijkt de HR aan te geven dat, nadat de begroting is vastgesteld, de ondernemingsraad bij de verdere uitwerking van het besluit betrokken dient te worden op grond van de WOR. Dan speelt het primaat van de politiek niet meer.

Bij de discussie over het wetsontwerp Wet normalisering rechtspositie ambtenaren is opvallend dat de bepaling over het primaat van de politiek in de WOR en de wijze waarop daar inhoud aan gegeven wordt door de rechtspraak van de Hoge Raad, in het geheel geen onderwerp van discussie is. In dit wetsontwerp wordt de keuze gemaakt om de ambtelijke rechtspositie geheel marktconform vorm te geven op grond van de bepalingen zoals die in het Burgerlijk Wetboek zijn opgenomen. Door deze vergaande stap te zetten en daarmee ambtenaren, met uitzondering van enkele categorieën, de positie van een werknemer in privaatrechtelijke zin toe te kennen, is het de vraag of de strikte scheiding zoals in de WOR en in de rechtspraak van de Hoge Raad wordt aangebracht ten aanzien van de rol van de medezeggenschap bij onderwerpen die betrekking hebben op de publiekrechtelijke taak, nog wel zou moeten blijven gehandhaafd. Er valt veel voor te zeggen om hier nog eens kritisch naar te kijken.

VIJF JAAR AMBTENAAR & RECHT IN VOGELVLUCHT

8

Vrijheid van meningsuiting van ambtenaren: ruime maar niet onbeperkte mogelijkheden

*Mr. dr. C.F. Sparrius en prof. mr. M.J. Cohen*²³⁶

1. Inleiding

Een politieambtenaar steekt via Twitter zijn collega's een hart onder de riem die bij de arrestatie van een diplomaat diens diplomatieke onschendbaarheid over het hoofd hebben gezien. En passant laat hij zich laatdunkend uit over zijn staatshoofd. Mag dat zomaar?

Het antwoord op deze vraag is afhankelijk van de manier waarop je naar een politieambtenaar kijkt. Zie je hem als een gewone burger die toevallig werkt bij de politie? Dan mag hij zich op deze manier uitlaten. Dat kan anders zijn als je een politieambtenaar beschouwt als iemand die in een bijzondere verhouding staat tot de overheid vanwege zijn werk bij de politie. Dan zou hij in aanmerking kunnen komen voor een disciplinaire straf vanwege zijn uitlatingen over het staatshoofd, vanuit de overweging dat het een ambtenaar niet betaamt door zijn uitlatingen te interfereren in de diplomatieke verhoudingen. Welk juridisch kader hoort hierbij en hoe toetst de Adviescommissie Grondrechten

236 Mr. dr. C.F. Sparrius is senior adviseur bij het CAOP en in die hoedanigheid onder meer secretaris van de AGFA. Het CAOP is een kennis- en dienstencentrum op het gebied van arbeidszaken in de publieke sector. Prof. mr. M.J. Cohen is onder andere bijzonder hoogleraar op de Thorbeckeleerstoel aan de Universiteit Leiden en voorzitter van de AGFA.

Dit artikel is een bewerking van een lezing die de heer Cohen op 12 november 2013 heeft gehouden tijdens een studiemiddag van de VAR. De heer Sparrius heeft deze lezing voorbereid en heeft zorg gedragen voor de bewerking.

en Functie-uitoefening Ambtenaren (AGFA) adviesaanvragen aan dit juridisch kader?

2. Juridisch kader

Europese Hof voor de Rechten van de Mens

Het geldend recht is een compromis tussen de twee zojuist genoemde benaderingen. Dit geldt zowel voor het internationale als het nationale recht. Internationaalrechtelijk zijn vooral de arresten van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) over de Duitse ambtenaren Vogt²³⁷ en Otto²³⁸ van belang. In deze arresten benadert het EHRM ambtenaren enerzijds als burgers met vrijheid van meningsuiting maar kent het EHRM anderzijds bij de beoordeling van een meningsuiting van een ambtenaar een bijzondere betekenis toe aan de plichten en verantwoordelijkheden (*duties and responsibilities*) waarop wordt gedoeld in artikel 10 lid 2 EVRM. Daarbij laat het EHRM aan de nationale autoriteiten een zekere beoordelingsruimte (*margin of appreciation*) over die hen in staat stelt rekening te houden met specifieke omstandigheden, zoals bijvoorbeeld de politieke geschiedenis van hun land. Deze ruimte is echter niet onbeperkt. In het geval van mevrouw Vogt hadden de autoriteiten deze ruimte overschreden door deze lerares disciplinair te ontslaan vanwege het enkele feit van haar lidmaatschap van de Duitse communistische partij.²³⁹ De weigering om de inspecteur van politie Otto vanwege zijn actieve lidmaatschap van de extreemrechtse politieke partij *Die Republikaner* te bevorderen tot hoofdinspecteur bleef echter binnen de beoordelingsruimte. Het EHRM beschouwt een politiek neutrale politie als een legitiem doel dat iedere democratische staat mag nastreven en acht het niet verder bevorderen van een hogere politieambtenaar die in het verleden al is bevorderd en de pensioengerechtigde leeftijd nadert niet onevenredig in verhouding tot dit doel. Daarbij tekent het EHRM aan dat deze maatregel veel minder ingrijpend is dan het strafontslag dat mevrouw Vogt is overkomen.

237 EHRM 26 september 1995, ECLI:NL:XX:1995:AD2397, NJ 1996, 545, m.nt. E.J. Dommering.

238 EHRM 24 november 2005, ECLI:NL:XX:2005:AV4269, NJ 2007, 158, m.nt. E.A. Alkema.

239 Een strafontslag van een ambtenaar op deze grond is in Nederland ondenkbaar. Op grond van artikel 125a lid 2 Ambtenarenwet mag aan een ambtenaar geen disciplinaire straf worden opgelegd vanwege het lidmaatschap van een politieke partij waarvan de aanduiding is ingeschreven overeenkomstig de Kieswet.

Nederland

De Nederlandse wetgeving benadert de vrijheid van meningsuiting van ambtenaren op dezelfde wijze als het EHRM. Evenals gewone burgers hebben ambtenaren vrijheid van meningsuiting. Op grond van artikel 125a lid 1 Ambtenarenwet mogen zij bij de uitoefening hiervan echter niet zo ver gaan, dat daardoor de goede vervulling van hun functie of het goede functioneren van de openbare dienst, voor zover dat in verband staat met hun functievervulling, niet meer in redelijkheid is verzekerd. In zijn noot bij het arrest- *Vogt* van het EHRM merkt Dommering terecht op dat deze vage norm concretisering behoeft.²⁴⁰

Voor de sector Rijk voorzien de Aanwijzingen externe contacten rijksambtenaren²⁴¹ in deze behoefte. Naast deze aanwijzingen kent deze sector nog een andere waarborg tegen het lichtvaardig disciplinair bestraffen van ambtenaren vanwege het gebruik dat zij hebben gemaakt van hun vrijheid van meningsuiting. Deze waarborg is de verplichting die artikel 82a van het Algemeen Rijksambtenarenreglement werkgevers in deze sector oplegt over een voorgenomen disciplinaire straf van een ambtenaar vanwege een overtreding van artikel 125a lid 1 Ambtenarenwet advies in te winnen bij de AGFA, alvorens dit voornemen ten uitvoer te leggen.²⁴²

3. Wijze van toetsing door de AGFA

Hoe toetst de AGFA adviesaanvragen aan het bovengenoemde juridisch kader? Bij deze toetsing stelt zij voorop dat de twee situaties die ambtenaren op grond van artikel 125a lid 1 Ambtenarenwet dienen te vermijden, uitzonderingen zijn op de regel dat zij vrijheid van meningsuiting hebben. De AGFA interpreteert die uitzonderingen restrictief. Dat blijkt al uit een advies uit 1994.²⁴³

De publicerende belastingadviseur

Dit advies betreft een belastinginspecteur die in zijn vrije tijd publiceerde in fiscale vaktijdschriften. Twee van die publicaties achtte zijn werkgever in strijd met artikel 125a lid 1 Ambtenarenwet. Het ging daarbij om een publicatie over de onderhandelingen tussen de ministeries van Financiën

240 EHRM 26 september 1995, ECLI:NL:XX:1995:AD2397, NJ 1996, 545, m.nt. E.J. Dommering.

241 *Stcrt.* 1998, 104, p. 8.

242 Werkgevers in de sector Politie hebben dezelfde verplichting op grond van artikel 80 van het Besluit algemene rechtspositie politie.

243 AGFA 9 september 1994, TAR 1994/209, eveneens gepubliceerd op de website www.agfacommissie.nl.

en Justitie over fiscale uitzonderingen op de Algemene wet bestuursrecht en om een publicatie waarin de ambtenaar belastingplichtigen opriep een proceskostenvergoeding te claimen voor het geval dat hun bezwaar gegrond wordt verklaard. Die materie was destijds nog niet geregeld in de Algemene wet bestuursrecht. De Belastingdienst meende dat van ambtenaren een zekere loyaliteit jegens hun werkgever mag worden verwacht, die beperkingen van hun vrijheid van meningsuiting met zich brengt. De AGFA deelde die mening niet. Zij wees erop dat de gewraakte publicaties, die betrekking hadden op beleidsmatige onderwerpen, het functioneren van de ambtenaar niet aantastten, nu deze niet betrokken was bij de ontwikkeling van het beleid. Verder merkte de commissie op dat ambtenaren zakelijke en objectieve bijdragen mogen leveren aan maatschappelijke discussies die nog niet volledig zijn uitgekristalliseerd.

De media-optredens van de psycholoog

Uit een advies van de AGFA uit 2006²⁴⁴ blijkt echter dat ambtenaren ook bij een restrictieve uitleg van artikel 125a lid 1 Ambtenarenwet soms een minder grote vrijheid van meningsuiting hebben dan burgers die geen ambtenaar zijn. Dit advies betreft een psycholoog die in deeltijd werkte bij een forensisch onderzoeksinstituut. Daar had hij tot taak de psychische kenmerken te onderzoeken van ouders die hun kinderen doden. Daarnaast had hij een eigen praktijk. Daarin adviseerde hij over arbeidsongeschiktheid wegens psychische klachten, maar verzorgde hij ook optredens in de media. Een van de onderwerpen van die optredens was de psyche van ouders die hun kinderen doden. Bovendien was hij eenmaal in een televisieprogramma de confrontatie aangegaan met iemand die hij in het verleden had onderzocht.

De commissie toetste zowel de mediaoptredens van de ambtenaar over ouders die hun kinderen doden als zijn optreden in het televisieprogramma waarin hij de confrontatie was aangegaan met iemand die hij in het verleden had onderzocht aan de norm van artikel 125a lid 1 Ambtenarenwet. Deze optredens konden deze toetsing niet doorstaan. Daarbij wees de AGFA op enkele gezichtspunten die worden genoemd in aanwijzing 15 van de Aanwijzingen externe contacten rijksambtenaren. Een van deze gezichtspunten is de afstand tussen de functie van de ambtenaar en het beleidsterrein waarover hij zich heeft uitgelaten (gezichtspunt a). Die afstand was gering, want de meeste optredens van de ambtenaar die waren ten laste gelegd als plichtsverzuim hadden betrekking op het

244 AGFA 5 oktober 2006, ABB/2006/4941, gepubliceerd op de website www.agfacommissie.nl.

verschijnsel van ouders die hun kinderen doden, dat hij regelmatig zelf moest onderzoeken. Daarnaast waren het tijdstip waarop de uitspraken zijn gedaan (gezichtspunt c), de wijze waarop de uitspraken zijn gedaan (gezichtspunt d) en de ernst en duur van de door de uitspraken ontstane problemen (gezichtspunt f) van belang. De ambtenaar liet zich uit over de psychische kenmerken van ouders die hun kinderen hadden gedood voordat hij hen had onderzocht (gezichtspunt c), hij deed dat op een generaliserende en discriminerende wijze (gezichtspunt d) en zijn inzetbaarheid als onderzoeker was door zijn mediaoptredens reeds tien jaar beperkt (gezichtspunt f). Gelet op deze gezichtspunten, achtte de AGFA de mediaoptredens van de ambtenaar over ouders die hun kinderen doden in strijd met artikel 125a lid 1 Ambtenarenwet.

Datzelfde vond de commissie ook van het optreden van de ambtenaar in het televisieprogramma waarin hij de confrontatie was aangegaan met iemand die hij in het verleden had onderzocht. In dit optreden maakte de ambtenaar uitkomsten van een mede door hemzelf verricht onderzoek openbaar. Daardoor wekte hij de indruk dat de geheimhouding van onderzoeksresultaten bij het instituut waar hij werkte niet onder alle omstandigheden is verzekerd. Deze indruk had in enkele gevallen geleid tot een weigering van verdachten om zich in dit instituut te laten onderzoeken. Door het optreden van de ambtenaar in het televisieprogramma waarin hij de confrontatie was aangegaan met iemand die hij in het verleden had onderzocht, was de taakuitoefening van het instituut waar hij werkte dan ook niet meer in redelijkheid verzekerd. Daardoor heeft de ambtenaar volgens de AGFA ook met dit optreden gehandeld in strijd met artikel 125a lid 1 Ambtenarenwet. Niet alle optredens van de ambtenaar die in de adviesaanvraag ten laste waren gelegd als plichtsverzuim achtte de commissie echter in strijd met deze bepaling. Getoetst aan deze bepaling, leverde een optreden waarin de ambtenaar zich uitliet over pyromanie geen plichtsverzuim op, omdat het instituut waar hij werkte dit verschijnsel niet regelmatig onderzocht. De afstand tussen dit verschijnsel en het werk van de ambtenaar was dus groot (gezichtspunt a van Aanwijzing 15 van de Aanwijzingen externe contacten rijksambtenaren).

Juist dit optreden had de werkgever aanleiding gegeven een zwaardere straf dan een schriftelijke berisping in overweging te nemen. Tot aan dit optreden had de werkgever de ambtenaar consequent een schriftelijke berisping in het vooruitzicht gesteld. Vanwege het hierdoor bij de ambtenaar gewekte vertrouwen dat het bij een schriftelijke berisping zou blijven, adviseerde de commissie het daarbij te laten. De werkgever heeft dit advies opgevolgd. De disciplinaire straf van schriftelijke berisping die de ambtenaar kreeg, bleek zwaar genoeg om effectief te kunnen

zijn. Nadat deze straf in bezwaar was gehandhaafd, heeft de ambtenaar ontslag genomen. Hij had begrepen dat hij een keuze moest maken tussen ambtenaar blijven en de daaraan verbonden beperkingen van zijn vrijheid van meningsuiting aanvaarden of zijn ambtelijke aanstelling opgeven ter wille van de voortzetting van zijn mediaoptredens. Hij heeft voor dit laatste gekozen.

In de beide andere adviezen die de AGFA heeft uitgebracht over de vrijheid van meningsuiting van ambtenaren speelden de Aanwijzingen externe contacten rijksambtenaren eveneens een belangrijke rol.

De ambtenaar en de petitie

Een advies uit 2004²⁴⁵ heeft betrekking op een situatie waarin ambtenaren van een ministerie zich in strijd met Aanwijzing 7 lid 3 hadden gewend tot de Vaste Kamercommissie voor dat ministerie vanwege een geschil over hun rechtspositie. Daarbij hadden zij een verband gelegd met een andere rechtspositionele kwestie, waarover de minister kort daarvoor ter verantwoording was geroepen in de Tweede Kamer. Vanwege het grondrecht van petitie levert het enkele feit dat de ambtenaren zich hebben gewend tot de Vaste Kamercommissie volgens de AGFA geen plichtsverzuim op. De wijze waarop de ambtenaren dit hebben gedaan, door verbanden te leggen met destijds actuele politieke kwesties, achtte de AGFA weinig gelukkig, maar de minister had onvoldoende aannemelijk gemaakt dat hierdoor de functievervulling van de ambtenaren of het functioneren van de openbare dienst niet meer in redelijkheid zou zijn verzekerd. De AGFA adviseerde dan ook de ambtenaren geen disciplinaire straf op te leggen.

De ambtenaar en informatie voor de journalist

Het ten tijde van de afsluiting van deze bijdrage meest recente advies over de vrijheid van meningsuiting van ambtenaren²⁴⁶ benadrukt, evenals het eerste advies,²⁴⁷ het belang dat ambtenaren zich in een democratische rechtsstaat niet onnodig belemmerd voelen om hun mening te geven over onderwerpen die het overheidsbeleid betreffen. Dit advies heeft betrekking op een ambtenaar van een uitvoeringsdienst van een ministerie. Hij had een journalist die een negatief artikel had geschreven over

245 AGFA 14 juli 2004, ABB/2004/2085, gepubliceerd op de website www.agfacommissie.nl.

246 AGFA 16 september 2011, ABB/2011/08916, gepubliceerd op de website www.agfacommissie.nl.

247 AGFA 9 september 1994, TAR 1994/209, eveneens gepubliceerd op de website www.agfacommissie.nl.

deze dienst voorzien van informatie; enkele passages in het artikel van de journalist waren terug te voeren op de inbreng van de ambtenaar. Een mededeling van de ambtenaar in een werkoverleg dat hij de journalist heeft voorzien van informatie had volgens de werkgever commotie op de werkvloer veroorzaakt met nadelige gevolgen voor het functioneren van de dienst en de functievervulling van de ambtenaar.

De AGFA wijst echter op de in de toelichting op Aanwijzing 15f gestelde eis dat een belemmering of complicatie van het goede functioneren van de openbare dienst als gevolg van een meningsuiting van een ambtenaar naar objectieve maatstaven een zekere bestendigheid moet hebben, wil zij kunnen worden aangemerkt als plichtsverzuim. Hiervan was volgens de AGFA geen sprake. Zij had wel kritiek op het harde oordeel van de ambtenaar over de managers van de dienst in de aan hem toe te schrijven passages van het artikel, maar achtte de kans op extra reputatieschade van de dienst door het aandeel van de ambtenaar in het artikel te verwaarlozen. Ten slotte achtte zij de verplichting van Aanwijzing 12 van de Aanwijzingen externe contacten rijksambtenaren om in overleg te treden met een persvoorlichter alvorens een journalist te woord te staan, niet van toepassing op de ambtenaar, omdat zijn contact met de journalist niet plaatsvond in het kader van zijn functievervulling. De AGFA kwam tot de conclusie dat de ambtenaar, hoewel zijn optreden niet in alle opzichten de toets der kritiek kan doorstaan, niet is getreden buiten de grenzen van het grondrecht op vrije meningsuiting en zich dus niet schuldig heeft gemaakt aan plichtsverzuim. Zij adviseerde dan ook hem geen disciplinaire straf op te leggen, welk advies is opgevolgd.

4. Conclusies

4.1 Conclusies over de inhoud van de adviezen over de vrijheid van meningsuiting van ambtenaren

De AGFA onderkent het belang van de vrijheid van meningsuiting van ambtenaren voor het functioneren van de democratische rechtsstaat en legt de hieraan in artikel 125a lid 1 Ambtenarenwet gestelde beperkingen daarom restrictief uit. Bij de toetsing van meningsuitingen van ambtenaren aan deze beperkingen hanteert zij de gezichtspunten van Aanwijzing 15 van de Aanwijzingen externe contacten rijksambtenaren. Van deze gezichtspunten acht zij vooral de afstand van het werk van de ambtenaar tot het beleidsterrein waarover hij zich uitlaat (gezichtspunt a) en de ernst en duur van de schade die is ontstaan door het optreden van de ambtenaar (gezichtspunt f) van belang. Hoewel

de AGFA in alle vier de besproken adviezen kritiek uit op de wijze waarop de ambtenaar zich heeft geuit (gezichtspunt d), is deze kritiek nimmer doorslaggevend.

4.2 *Conclusies over de maatschappelijke betekenis van de AGFA*

Naast het adviseren over kwesties die met de vrijheid van meningsuiting van ambtenaren te maken hebben, heeft de AGFA ook een andere taak die in de praktijk, kwantitatief gezien, meer omvat. Deze taak betreft de advisering over voorgenomen ontslagen van burgerlijke ambtenaren in de sectoren Rijk en Defensie die moesten worden ontheven uit hun vertrouwensfunctie vanwege de intrekking van de daarvoor benodigde verklaring van geen bezwaar.²⁴⁸ Er is ook een militaire pendant van de AGFA, de Commissie ex artikel 45 Algemeen Militair Ambtenarenreglement, die deze taak uitoefent ten behoeve van militairen.

Daarnaast lijkt de betekenis van de AGFA voor de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting door ambtenaren in de sectoren Rijk en Politie vooral een preventieve te zijn. Deze twee sectoren leveren veel minder gepubliceerde jurisprudentie op over disciplinaire straffen vanwege een meningsuiting van een ambtenaar dan de andere overheidssectoren. Niet ondenkbaar is dat werkgevers in deze twee sectoren afzien van het opleggen van zulke disciplinaire straffen vanwege de daarvoor benodigde adviesaanvraag. Bij de constatering van plichtsverzuim zijn zij niet verplicht daarvoor een disciplinaire straf op te leggen. Zij kunnen ook kiezen voor alternatieven, zoals een correctiegesprek waarvan een verslag wordt opgenomen in het personeelsdossier in plaats van een schriftelijke berisping en een aanbod van een vaststellingsovereenkomst in plaats van een strafontslag. Voor de ambtenaar zijn deze alternatieven echter met minder waarborgen omkleed, omdat hierover geen advies hoeft te worden gevraagd aan de AGFA.

5. **De toekomst van de AGFA**

Door het toenemende gebruik van sociale media, ook door ambtenaren, kunnen vaker dan in het verleden botsingen ontstaan die terug te voeren zijn op de reikwijdte van de vrijheid van meningsuiting. Dit is niet ondenkbaar, omdat door het toenemende professionele gebruik van de sociale media een bredere groep ambtenaren zulke botsingen

²⁴⁸ Deze taak oefent de AGFA uit op grond van artikel 97b van het Algemeen Rijksambtenarenreglement en artikel 120 van het Burgerlijk Ambtenarenreglement Defensie.

kan veroorzaken dan de klassieke publicerende ambtenaar. Deze is een hoogopgeleide ambtenaar, die publiceert vanuit een persoonlijke behoefte om kennis of beleidsopvattingen met een breder publiek te delen, door zijn werkgever op de juridische risico's hiervan is gewezen en deze risico's welbewust aanvaardt. De ambtenaren op wie de hierboven besproken adviezen van de AGFA uit 1994 en 2006 betrekking hebben, zijn voorbeelden van zulke ambtenaren. Maar de wereld is aan het veranderen, en sociale media zijn al lang niet meer een speeltje van een paar mensen, zij maken steeds meer integraal deel uit van de wereld waarin wij leven. Daarom zal professioneel gebruik van de sociale media steeds meer worden gemaakt door middelbaar opgeleide ambtenaren die door hun werkgever worden gestimuleerd of zelfs worden verplicht zich in deze media te profileren en zich niet altijd bewust zijn van de juridische risico's die ze daarbij lopen. Bovendien maken ambtenaren, ongeacht hun opleidingsniveau, ook steeds vaker in hun vrije tijd gebruik van de sociale media. Deze ontwikkelingen kunnen met zich brengen dat de AGFA vaker zal worden verzocht om advies over voorgenomen disciplinaire straffen van ambtenaren vanwege het gebruik dat zij in de sociale media hebben gemaakt van hun vrijheid van meningsuiting.

Daarentegen kan het initiatiefvoorstel Wet normalisering rechtspositie ambtenaren²⁴⁹ het werkterrein van de AGFA beperken, ook al laat dit wetsvoorstel de norm van artikel 125a lid 1 Ambtenarenwet ongemoeid.²⁵⁰ Gelet op artikel 17 lid 3 van de nieuwe Ambtenarenwet die dit wetsvoorstel in het leven roept, dient het Algemeen Rijksambtenarenreglement na de inwerkingtreding van deze wet te worden vervangen door een cao. Als resultaat van de onderhandelingen over deze cao zouden de verplichtingen van artikel 82a en artikel 97b om advies in te winnen bij de AGFA kunnen komen te vervallen. In dat geval vervult de AGFA geen taken meer voor de sector Rijk. Daarentegen kan zij haar taken voor de sectoren Politie en Defensie blijven vervullen, omdat alle ambtenaren in deze sectoren hun huidige rechtspositie behouden dank zij een tweetal in de Tweede Kamer aangenomen amendementen.²⁵¹

249 *Kamerstukken I* 2013/14, 32 550, A.

250 Deze bepaling wordt als artikel 10 lid 1 opgenomen in de nieuwe Ambtenarenwet.

251 *Kamerstukken II* 2013/14, 32 550, nr. 49 en 57.

VIJF JAAR AMBTENAAR & RECHT IN VOGELVLUCHT

9

Payrollwerknemers bij de overheid

Rechtbank Den Haag kraakt payrollconstructie bij Agentschap NL: is de bij de overheid werkzame payrollwerknemer ambtenaar?

Mr. dr. J.P.H. Zwemmer²⁵²

1. Inleiding

Payrolling is een betrekkelijk nieuwe vorm van dienstverlening. Hierbij besteedt de ondernemer het juridische werkgeverschap van de in zijn onderneming werkzame werknemers uit aan een payrollbedrijf. In de thans meest gebruikelijke vorm werft en selecteert de ondernemer de werknemer, wordt de werknemer vervolgens in dienst genomen door een door de ondernemer aangezocht payrollbedrijf, waarna het payrollbedrijf de werknemer exclusief en in beginsel langdurig ter beschikking stelt aan de ondernemer. Ook komt voor dat de ondernemer zijn gehele personeelsbestand aan een payrollbedrijf overdraagt en het payrollbedrijf dit personeel vervolgens exclusief aan hem ter beschikking gaat stellen. Op grond van een met de ondernemer gesloten overeenkomst van opdracht betaalt het payrollbedrijf het loon aan de werknemer, draagt het payrollbedrijf belastingen en premies af en als de werknemer wordt ontslagen, zal het payrollbedrijf een eventuele ontslagvergoeding betalen aan de werknemer.

In de afgelopen jaren is het aantal payrollwerknemers stormachtig gegroeid. Op dit moment zijn er ongeveer 200 duizend payrollwerknemers. Ondernemers maken gebruik van payrolling omdat zij af willen van de aan het werkgeverschap verbonden juridische en administratieve verplichtingen en omdat zij streven naar een flexibeler werknemersbe-

²⁵² Mr. dr. J.P.H. Zwemmer is universitair docent arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

stand. Ook de (semi-)overheid maakt gebruik van payrolling. Eind 2011 constateerde onderzoeksbureau Ecorys dat 18 procent van de payrollwerknemers werkzaam is bij de overheid.²⁵³ Voor overheidsorganisaties vormt het eigenrisicodragerschap voor de WW een belangrijke reden om personeel op basis van een arbeidsovereenkomst met een payrollbedrijf tewerk te stellen.

De uitbesteding van het juridische werkgeverschap aan een payrollbedrijf heeft nadelige gevolgen voor de arbeidsrechtelijke positie van de werknemer. Deze nadelige gevolgen manifesteren zich met name in een verminderde ontslagbescherming, maar treden ook op bij de toepassing van andere regels en voorschriften in en op basis van Titel 10 Boek 7 BW waarin arbeidsrechtelijke bescherming is gekoppeld aan het werkgeverschap van de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht.

Payrolling is niet wettelijk gedefinieerd. De toelaatbaarheid van payrolling als nieuwe contractsvorm in het arbeidsrecht is al enige jaren onderwerp van debat. In het op 11 april 2013 gesloten sociaal akkoord constateren de vakbonden, werkgevers en het kabinet dat zich rond het uitbesteden of doorbesteden van werkgeverschap in toenemende mate vraagstukken voordoen die dringend om een oplossing vragen en spreken zij af dat onder andere payrolling moet worden

‘ingepast [...] in de bestaande arbeidsrechtelijke ordening, zodat geheel transparant is of en zo ja onder welke voorwaarden deze arbeidscontracten kunnen worden aangeboden.’

Sinds september 2013 praten sociale partners in de STAR over het inpassen van payrolling in de bestaande arbeidsrechtelijke ordening. Ondertussen is op 15 april 2014 de ‘*Circulaire afbouw van de inhuurvorm payrolling bij de sector Rijk*’ gepubliceerd.²⁵⁴ Hierin wordt meegedeeld dat de inhuur van werknemers via payrolling bij het Rijk per uiterlijk 1 mei 2016 volledig moet zijn afgebouwd. Ter toelichting wordt medegedeeld dat deze circulaire aansluit aan bij het uitgangspunt van het kabinet dat structureel werk zoveel mogelijk structureel moet worden ingevuld via een passende arbeidsrelatie.

Ook in de rechtspraak van de afgelopen jaren is met regelmaat aan de orde hoe payrolling arbeidsrechtelijk moet worden gekwalificeerd.

²⁵³ Ecorys, J. de Wit en P. Donker van Heel, *Payrollkrachten. Een onderzoek naar de kenmerken van payrollkrachten*, Rotterdam 6 december 2011.

²⁵⁴ Circulaire van 1 april 2014, *Stcrt.* 2014/10082.

Daarbij wordt tot nog toe in de meeste gevallen geoordeeld dat door de payrollconstructie moet worden heengekeken en dat de opdrachtgever als werkgever ex artikel 7:610 BW aansprakelijk is (gebleven) voor de nakoming van uit de arbeidsovereenkomsten van de betrokken payrollwerknemers voortvloeiende verplichtingen.²⁵⁵ In andere gevallen wordt op basis van de door partijen gemaakte contractuele afspraken geoordeeld dat de werknemer een arbeids- of uitzendovereenkomst heeft met het payrollbedrijf.²⁵⁶

De aanleiding van de in deze bijdrage besproken uitspraak van de Rechtbank Den Haag²⁵⁷ vormde de heraanbesteding van het werkgeverschap van de bij Agentschap NL werkzame payrollwerknemers aan een ander payrollbedrijf. Agentschap NL stelde zich op het standpunt dat de rechten uit de arbeidsovereenkomsten van de werknemers met het eerdere payrollbedrijf (dat de payrollopdracht verloor), op grond van artikel 7:663 BW waren overgegaan op het nieuwe payrollbedrijf. Artikel 7:663 BW bepaalt dat bij overgang van onderneming de arbeidsovereenkomsten van de in de overgaande onderneming werkzame werknemers van rechtswege overgaan op de verkrijger van de onderneming, als de onderneming met behoud van identiteit is overgegaan in de zin van artikel 7:662 BW. De rechtbank oordeelde dat de heraanbesteding van de payrollopdracht aan een ander payrollbedrijf door Agentschap NL niet kwalificeerde als een overgang van onderneming omdat slechts sprake was van een wisseling van payrollbedrijf. Naar het oordeel van de rechtbank was Agentschap NL de werkgever gebleven van de bij haar werkzame payrollwerknemers, ondanks de door deze werknemers met het payrollbedrijf gesloten arbeidscontracten.

Hoewel ik de wijze waarop de rechtbank de payrollconstructie beoordeelt, onderschrijf,²⁵⁸ kleven aan het door de rechtbank aangenomen

255 Ktr. Groningen 15 december 2009, *JAR* 2010/27, Ktr. Leeuwarden 21 oktober 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BY0861, Ktr. Almelo 21 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5108, Ktr. Almelo 13 mei 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:CA1178, Rb. Den Haag 26 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:7749, Ktr. Amsterdam 3 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6063, Ktr. Almelo 11 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1214 en Hof Arnhem-Leeuwarden 25 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2340.

256 Hof Leeuwarden 23 maart 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BL9881, Ktr. Rotterdam 21 december 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BZ1299, Ktr. Amsterdam 13 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3887, Ktr. Amsterdam 4 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5783 en Ktr. Utrecht 20 augustus 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:3490.

257 Rb. Den Haag 26 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:7749 (*BDG Technisch Administratieve Diensten B.V./De Staat der Nederlanden - Agentschap NL*).

258 Zie hierover J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap*, Deventer: Kluwer 2012,

werkgeverschap van Agentschap NL juridische bezwaren. Agentschap NL is immers onderdeel van het ministerie van Economische Zaken en op grond van artikel 7:615 BW is Titel 10 Boek 7 BW niet van toepassing op personen in dienst van de overheid. Betekent dit dat de bij Agentschap NL werkzame payrollwerknemers dan toch tussen wal en schip vallen of moet worden aangenomen dat zij ambtenaar zijn?

2. Payrolling bij Agentschap NL

Agentschap NL – thans onderdeel van RVO²⁵⁹ – is als onderdeel van het ministerie van Economische Zaken belast met de uitvoering, monitoring en effectmeting van overheidsbeleid op het gebied van duurzaamheid, innovatie en internationaal ondernemen. In 2011 haalde Agentschap NL het nieuws omdat als gevolg van bezuinigingen tot 2014 ongeveer 600 banen verloren zouden gaan van werknemers die op basis van een arbeidscontract met payrollbedrijf CapitalP werkzaam zijn bij Agentschap NL.²⁶⁰ Daarbij werd duidelijk dat deze werknemers als gevolg van de payrollconstructie in een slechtere positie verkeerden dan hun collega's die op basis van een ambtelijke aanstelling in dienst waren. Zij kwamen niet in aanmerking voor de ontslagregeling voor rijksambtenaren en het ministerie hoefde niet op zoek naar ander werk voor deze werknemers. Agentschap NL hoefde alleen maar de payrollovereenkomst met CapitalP op te zeggen waarna deze werknemers terugvielen op CapitalP. Omdat CapitalP alleen op papier fungeerde als werkgever zouden deze werknemers vervolgens na toestemming van het UWV zonder enige vorm van compensatie worden ontslagen. FNV en CNV achtten de payrollconstructie dubieus en stelden zich op het standpunt dat sprake was van een verkapt dienstverband tussen de werknemers en Agentschap NL. Na aanhoudende acties en dreigende stakingen kwam CapitalP uiteindelijk in oktober 2011 een sociaal plan overeen met FNV en CNV op basis waarvan de werknemers recht kregen op een ontslagvergoeding en scholing en begeleiding bij het vinden van ander werk.²⁶¹

Eind goed al goed, zo leek het. Een geschil tussen enerzijds Agentschap NL en CapitalP en anderzijds BDG Technisch Administratieve Diensten

par. 2.3.5, 2.6 en 4.12.

259 Begin 2014 fuseerden de Dienst Regelingen en Agentschap NL. De nieuwe naam voor deze samengevoegde uitvoeringsorganisaties van het ministerie van Economische Zaken werd Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (RVO).

260 Zie o.a. 'FNV: Payroll-ambtenaar recht op sociaal plan', *de Volkskrant* 4 april 2011 en 'De vogelvrije payroll-werknemer', *de Volkskrant* 19 april 2011.

261 Zie: 'Toch sociaal plan voor 'payrollers' Agentschap NL', *de Volkskrant* 11 oktober 2011.

B.V. (BDG), dat tot 1 november 2010 – voorafgaand aan de heraanbesteding van de payrollopdracht aan CapitalP – fungeerde als werkgever van de payrollwerknemers bij Agentschap NL, vormde echter aanleiding voor de Rechtbank Den Haag om in te gaan op de juridische houdbaarheid van de payrollconstructie.

3. Procedures Rechtbank Zwolle-Lelystad en de Rechtbank Den Haag

CapitalP had na de overname van de payrollopdracht de door de payrollwerknemers bij BDG opgebouwde vakantietoelage en verlofrechten uitbetaald en gehonoreerd en stelde dat BDG verantwoordelijk was voor deze kosten. BDG weigerde echter de met deze vakantietoelage en verlofaanspraken corresponderende kosten te vergoeden aan CapitalP. Vervolgens zijn over de door CapitalP uitbetaalde vakantietoelage en verlofrechten aparte procedures gevoerd. Bij de Rechtbank Zwolle-Lelystad vorderde CapitalP van BDG betaling van de door haar aan de payrollwerknemers uitbetaalde, bij BDG opgebouwde vakantietoelage. Bij vonnis van 19 oktober 2011 wees de rechtbank deze vordering toe.²⁶² De rechtbank overwoog dat de heraanbesteding van de payrollopdracht moest worden aangemerkt als een overgang van onderneming en de arbeidscontracten van de payrollwerknemers dientengevolge op grond van artikel 7:663 BW met behoud van hun bij BDG opgebouwde vakantietoelage waren overgegaan naar CapitalP.²⁶³

De procedure over de met de door de payrollwerknemers bij BDG opgebouwde verlofrechten corresponderende kosten werd niet door CapitalP, maar door BDG ahangig gemaakt bij de Rechtbank Den Haag. BDG vorderde betaling van de door Agentschap NL op de eindafrekening ingehouden vordering van CapitalP terzake van de door de payrollwerknemers bij BDG opgebouwde verlofrechten. CapitalP had deze vordering gecedeerd aan Agentschap NL en Agentschap NL had de vordering vervolgens verrekend met de eindafrekening die zij ontving van BDG na de beëindiging van de payrollovereenkomst.

²⁶² Rb. Zwolle-Lelystad 19 oktober 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BU5790.

²⁶³ Voor de door CapitalP aan de payrollwerknemers uitbetaalde vakantietoelage die zij bij BDG hadden opgebouwd, kon CapitalP naar het oordeel van de rechtbank regres nemen op BDG op grond van artikel 7:663 jo. 6:10 en 6:12 BW.

4. Vonnis Rechtbank Den Haag

De rechtbank betreft het *Albron*-arrest van het Hof van Justitie²⁶⁴ bij de beoordeling van de vraag of de heraanbesteding van de payrollopdracht aan CapitalP moet worden beschouwd als een overgang van onderneming.²⁶⁵ In dit arrest oordeelde het Hof van Justitie dat in geval van de overgang van onderneming van de ‘niet-contractuele’ werkgever waarin werknemers met een arbeidsovereenkomst met een andere ‘contractuele’ werkgever permanent werkzaam zijn, de uit de ‘arbeidsbetrekkingen’ van deze werknemers met de ‘niet-contractuele’ werkgever voortvloeiende rechten en verplichtingen overgaan op de verkrijger van die onderneming.

De Hoge Raad²⁶⁶ heeft het arrest van het Hof van Justitie zo uitgelegd dat de arbeidsovereenkomsten van de werknemers met de ‘contractuele’ werkgever van rechtswege mee overgaan indien de onderneming van de ‘niet-contractuele’ werkgever waarbij zij tewerkgesteld, overgaat. Of het *Albron*-arrest van toepassing zou kunnen zijn, hangt af van het antwoord op de vraag of de werknemer voor de toepassing van artikel 7:663 BW moet worden geacht werkzaam te zijn in de onderneming van de contractuele werkgever (het payrollbedrijf), óf in de onderneming van de niet-contractuele werkgever (Agentschap NL). De Rechtbank Den Haag oordeelt dat de payrollwerknemers voor de toepassing van artikel 7:663 BW moeten worden aangemerkt als feitelijk werkzaam in de onderneming van Agentschap NL en niet in de onderneming van BDG of CapitalP. In deze zaak is echter naar het oordeel van de rechtbank geen sprake van een overgang van de onderneming van Agentschap NL, maar van een wisseling aan de zijde van de contractuele werkgever; het ene payrollbedrijf wordt vervangen door het andere payrollbedrijf. Daarbij overweegt de rechtbank dat de vraag is wie binnen de arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding tussen Agentschap NL, CapitalP en de payrollwerknemer moet worden aangemerkt als werkgever in de zin van artikel 7:610 BW?²⁶⁷ De rechtbank overweegt:

264 HvJ EU 21 oktober 2010, C-242/09.

265 De artikelen 7:662 e.v. BW zijn gebaseerd op Richtlijn 2001/23/EG inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen.

266 HR 5 april 2013, *JAR* 2013/125.

267 In mijn commentaar bij deze uitspraak onder AR 2013/510 op www.ar-updates.nl ga ik nader in op de overwegingen van de rechtbank over de toepassing van het *Albron*-arrest in de situatie waarin de heraanbesteding van de payrollopdracht wordt aangemerkt als een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW.

‘Op grond van artikel 7:610 lid 1 BW is de arbeidsovereenkomst de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten. Wil sprake zijn van een arbeidsovereenkomst dan zal voldaan moeten zijn aan de elementen die de arbeidsovereenkomst blijkens artikel 7:610 lid 1 BW bevat: arbeid, loon, gedurende zekere tijd en een gezagsverhouding. Artikel 7:610 BW is van dwingend recht en de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst staat niet ter vrije bepaling van partijen. Volgens vaste rechtspraak is bepalend, niet alleen of partijen hun overeenkomst als arbeidsovereenkomst hebben aangeduid, maar ook wat partijen bij het sluiten ervan voor ogen stond en hoe zij feitelijk uitvoering en inhoud hebben gegeven aan hun overeenkomst.’

Uit de wijze waarop feitelijk uitvoering is gegeven aan de arbeidscontracten van de 600 bij Agentschap NL werkzame payrollwerknemers en BDG (later CapitalP) volgt naar het oordeel van de rechtbank dat die werknemers bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst met BDG niet werkelijk de bedoeling hebben gehad om een arbeidsovereenkomst met BDG (in plaats van met Agentschap NL) te sluiten. Agentschap NL blijft de feitelijke werkgever in de zin van artikel 7:610 BW, zo overweegt de rechtbank. Als werkgever ex artikel 7:610 BW is Agentschap NL verantwoordelijk voor de verlofrechten van de payrollwerknemers, ook wanneer het gaat om de uitbetaling van de verlofrechten die voor de heraanbesteding van de payrollopdracht werden opgebouwd bij BDG. De rechtbank overweegt dat daar waar Agentschap NL aanvoert dat zij met de payrollconstructie heeft willen bereiken dat de financiële werkgeversrisico's worden gedragen door BDG, deze doelstelling aldus geen effect heeft gehad. Het vorenstaande brengt naar het oordeel van de rechtbank eveneens mee dat geen sprake is geweest van een overgang van onderneming naar aanleiding van de heraanbesteding van de payrollopdracht en een op grond van artikel 7:663 BW overgaan van de arbeidsovereenkomsten van de payrollwerknemers naar CapitalP.

5. Rechtbank Den Haag: Agentschap NL is werkgever van de bij haar tewerkgestelde payrollwerknemers

De rechtbank oordeelt dat ondanks de door de payrollwerknemers met het payrollbedrijf gesloten arbeidscontracten niet het payrollbedrijf, maar Agentschap NL de *‘feitelijke werkgever in de zin van artikel 7:610 BW’* blijft. De rechtbank wijst er daarbij op dat de payrollovereenkomst, anders dan de (gewone) arbeidsovereenkomst en de uitzendovereenkomst, niet in de wet is geregeld en dan op grond van artikel 7:610 BW moet

worden vastgesteld wie – het payrollbedrijf of de opdrachtgever – in deze arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding als de werkgever moet worden gekwalificeerd. De rechtbank kwalificeert Agentschap NL als werkgever van de payrollwerknemers omdat zij feitelijk werkzaam waren bij Agentschap NL, Agentschap NL instructies gaf en hun vakantiedagen bijhield en omdat Agentschap NL de payrollwerknemers beoordeelde op hun functioneren. De rechtbank oordeelt:

‘Daarmee staat vast dat BDG als detacheerder en payrollonderneming geen gezag uitoefende over de desbetreffende werknemers, zoals is vereist bij artikel 7:610 BW en evenmin dat die werknemers bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst met BDG werkelijk de bedoeling hebben gehad om een arbeidsovereenkomst met BDG (in plaats van met één van de agentschappen) te sluiten.’

Dat het salaris van de payrollwerknemers door BDG werd voldaan doet daar naar het oordeel van de rechtbank niet aan af omdat het salaris ‘materieel’ afkomstig was van Agentschap NL. Naar het oordeel van de rechtbank verzet artikel 7:610 BW zich er niet tegen dat het payrollbedrijf een arbeidscontract sluit met de werknemer en uit dien hoofde het salaris betaalt aan de werknemer,²⁶⁸ maar de opdrachtgever – in casu Agentschap NL – blijft dan de werkgever ex artikel 7:610 BW. Dit omdat, zoals de rechtbank overweegt, de payrollconstructie bij Agentschap NL ‘*geen zelfstandige en inhoudelijke juridische betekenis [geeft] aan het werkgeverschap van de payrollonderneming.*’

6. Kwalificatie werkgever bij payrolling op grond van artikel 7:690 en 610 BW

In de dwingendrechtelijke definitie van de arbeidsovereenkomst in artikel 7:610 BW wordt de werkgever geduid als de partij in wier dienst de werknemer de arbeid verricht. Aan het door de werknemer in dienst van de werkgever verrichten van de arbeid ligt het uitgangspunt ten grondslag dat de werkgever de eigenaar of exploitant is van de onderneming, het bedrijf of de activiteit waarin de werknemer de arbeid verricht. In verschillende bepalingen in en buiten Titel 10 Boek 7 BW is de daarin neergelegde arbeidsrechtelijke bescherming gekoppeld aan het civielrechtelijke werkgeverschap van de eigenaar of exploitant van de

²⁶⁸ In haar vonnis van 23 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:19462 oordeelde de Rechtbank Den Haag dat het door de overheid gebruik maken van de payrollconstructie op zichzelf niet onrechtmatig is.

onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht. De in deze bepalingen neergelegde arbeidsrechtelijke bescherming zou niet het daarmee beoogde effect hebben wanneer de werkgever niet dezelfde is of blijft als die eigenaar of exploitant van de onderneming.²⁶⁹

Wanneer echter sprake is van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW wordt het uitzendbureau wettelijk geduid als de werkgever van de aan de opdrachtgever ter beschikking gestelde uitzendwerknemer. Daardoor heeft de opdrachtgever van het uitzendbureau de zekerheid dat hij niet op grond van artikel 7:610 BW als werkgever van de in zijn onderneming werkzame uitzendkracht wordt gekwalificeerd. Van een uitzendovereenkomst is op grond van de tekst van artikel 7:690 BW sprake wanneer de werknemer door de werkgever, in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde. De grond voor het opnemen van een wettelijke definitie van de uitzendovereenkomst in Titel 10 Boek 7 BW vormde de allocatiefunctie die uitzendbureaus vervullen op de arbeidsmarkt. Dat wil zeggen, het bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van (tijdelijke) arbeid op de arbeidsmarkt. Artikel 7:690 BW fungeert als toegangspoort voor het in artikel 7:691 BW opgenomen verlichte arbeidsrechtelijke regime bij uitzending, waarmee recht wordt gedaan aan de flexibiliteit die zo kenmerkend is voor uitzendarbeid en die inherent is aan de allocatieve functie van de uitzendwerkgever.

Bij payrolling wordt de werknemer geworven en geselecteerd door de opdrachtgever. Vervolgens wordt door de opdrachtgever een payrollbedrijf ingeschakeld om te fungeren als de juridische en de administratieve werkgever van deze exclusief aan hem ter beschikking gestelde werknemer. Het payrollbedrijf vervult dus geen allocatiefunctie op de arbeidsmarkt. Toch gaat men er in de payrollbranche zonder meer van uit dat payrolling kwalificeert als een uitzendovereenkomst in de zin van artikel

269 Ik noem in dat kader de verplichtingen van de werkgever op grond van artikel 7:611 BW, de re-integratieverplichtingen van werkgever en werknemer bij arbeidsongeschiktheid op grond van artikel 7:658a BW en 7:660a BW, de overgang van de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen bij overgang van onderneming op grond van artikel 7:663 BW, de bijzondere opzegverboden van artikel 7:670 BW, de beoordeling van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag ex artikel 7:681 BW, een verzoek om ontbinding van de arbeidsovereenkomst ex artikel 7:685 BW dan wel een verzoek ex artikel 6 BBA 1945 om toestemming voor het opzeggen van de arbeidsovereenkomst en de toepassing van de Wet aanpassing arbeidsduur (WAA), de Wet arbeid en zorg (WAZO) en de Wet melding collectief ontslag (WMCO).

7:690 BW, waarmee vast zou staan dat sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen het payrollbedrijf en de payrollwerknemer.²⁷⁰

Hoewel de allocatiefunctie niet is opgenomen in de tekst van artikel 7:690 BW, heeft de wetgever bij de parlementaire behandeling van de regeling van de uitzendovereenkomst in Titel 10 Boek 7 BW verschillende malen op eenduidige wijze medegedeeld dat deze regeling alleen geldt voor werkgevers die daadwerkelijk een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervullen.²⁷¹ In mijn dissertatie heb ik onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis en de plaats van artikel 7:690 BW in Titel 10 van Boek 7 van het BW betoogd en onderbouwd dat bij de thans meest gebruikelijke vorm van payrolling geen sprake is van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW.²⁷² Hoewel met de definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW een ruimer toepassingsbereik werd beoogd dan de op dat moment – eind jaren '90 – in de praktijk voorkomende traditionele uitzending door uitzendbureaus die zich richtten op terbeschikkingstelling bij 'piek of ziek', benadrukte de regering dat het door de ter beschikking stellende werkgever vervullen van een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt in alle gevallen vereist zou zijn voor het van toepassing zijn van de regeling van de uitzendovereenkomst.²⁷³ Gelet hierop zou de regeling van de uitzendovereenkomst volgens de regering alleen van toepassing zijn op

270 Zie artikel 8.1 van de VPO-arbeidsvoorwaardenregeling, www.vpo.nu.

271 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, nr. 3, p. 10 en 33 en nr. 6, p. 16.

272 J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap*, Deventer: Kluwer 2012, paragraaf 4.12.1.

273 Dit volgt ook uit het antwoord van de regering op kritische vragen die de Raad van State voorafgaande aan de parlementaire behandeling van de Wet flexibiliteit en zekerheid stelde over het ruime bereik van de definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW. De Raad van State vroeg zich af of het wel de bedoeling kon zijn dat niet alleen traditionele uitzending door uitzendbureaus, maar ook het meer bestendige in- en uitlenen van personeel door uitleen- of detacheerbedrijven onder deze definitie zou gaan vallen. Het verschil tussen deze terbeschikkingstellingsvarianten bestond er destijds in dat bij in- en uitlening een doorlopend arbeidscontract werd gesloten met de werknemer en bij uitzending alleen gedurende de termijn dat de uitzendkracht ter beschikking was gesteld aan een opdrachtgever een arbeidscontract bestond met het uitzendbureau (eind jaren '90 was het onderscheid tussen uitzending en in- en uitlening echter reeds vervaagd omdat ook uitzendbureaus zich op langduriger vormen van terbeschikkingstelling waren gaan richten). De regering bevestigde dat allebei deze terbeschikkingstellingsvarianten zouden gaan vallen onder artikel 7:690 BW. De regering benadrukte daarbij echter dat het door de ter beschikking stellende werkgever vervullen van een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt in alle gevallen vereist was voor 'toepassing van de uitzendovereenkomst' (zie *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263 B, p. 8/9 en 12).

‘organisaties zoals uitzendbureaus, detacheerbedrijven, arbeidspools en andere organisaties, die er hun beroep van maken arbeidskrachten onder welke noemer dan ook tijdelijk aan derden ter beschikking te stellen.’²⁷⁴

Later tijdens de parlementaire behandeling deelde de regering mee dat ook bij de kwalificatie als uitzendwerkgever ex artikel 7:690 BW van zulke detacheerbedrijven, arbeidspools en andere organisaties die zich richten op het aan derden ter beschikking stellen van arbeidskrachten, van door-slaggevende betekenis blijft dat zij daadwerkelijk een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervullen.²⁷⁵ Met de in artikel 7:690 BW opgenomen definitie werd dus niet beoogd ook arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen waarbij geen sprake was van een allocatiefunctie van een juridische basis te voorzien.²⁷⁶ Omdat de ter beschikking stellende werkgever bij payrolling geen allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt kwalificeert de payrollovereenkomst mijns inziens niet als een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW.²⁷⁷ Als het payrollbedrijf wegens het ontbreken van een allocatiefunctie niet op grond van artikel 7:690 BW kwalificeert als de werkgever van de werknemer is de vraag of het payrollbedrijf dan op grond van artikel 7:610 BW kan worden aangemerkt als de werkgever van de payrollwerknemer.

In mijn dissertatie heb ik betoogd dat bij de kwalificatie van de werkgever in arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen waarbij geen sprake is van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW, op een zelfde wijze als bij de beantwoording van de vraag óf tussen partijen sprake is van een arbeidsovereenkomst, alleen dan betekenis toekomt aan de door partijen gemaakte contractuele afspraken wanneer deze corresponderen met de wijze waarop hieraan vervolgens feitelijk uitvoering is gegeven.²⁷⁸

274 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 10.

275 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 6, p. 16.

276 Zie anders Y.A.E. van Houte, ‘Uitzending en payrolling: overeenkomst en verschil’, *ArbeidsRecht* 2011/8/9 en Ktr. Amsterdam 4 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5783.

277 Zie ook Ktr. Almelo 21 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5108 en Ktr. Almelo 13 mei 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:CA1178, Ktr. Amsterdam 3 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6063 en Ktr. Almelo 11 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1214. Zie anders Ktr. Amsterdam 4 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5783. In de uitspraak van de kantonrechter te Amsterdam van 13 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3887 werd niet geoordeeld dat de sprake was van een arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever, onder andere omdat niet vaststond dat het uitsluitend de opdrachtgever was die de werving en selectie van de werknemer verzorgde.

278 J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap*, Deventer: Kluwer 2012, paragraaf 2.3.5.

De Hoge Raad heeft sinds 1997 in verschillende arresten bevestigd dat, wanneer de papieren constructie van meet af aan niet met de feitelijke uitvoering correspondeert, hier bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:610 BW doorheen moet worden gekeken.²⁷⁹ In het arrest *Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM*²⁸⁰ bevestigde de Hoge Raad dat de omstandigheid dat de werknemer en de ‘opdrachtgever’ zich niet in een schriftelijke arbeidsovereenkomst met elkaar hebben verbonden er niet aan in de weg staat dat tussen hen sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW. Hoewel werkgever en werknemer als partijen vrij zijn in de keuze met wie zij een overeenkomst aangaan, brengt het dwingendrechtelijke karakter van artikel 7:610 BW mee dat de rol van de contractuele werkgever bij de totstandkoming en de uitvoering van de arbeidsovereenkomst voldoende zelfstandige en inhoudelijke betekenis moet hebben, wil hij kunnen worden gekwalificeerd als de werkgever ex artikel 7:610 BW.²⁸¹ Het is de vraag of dit het geval is bij payrolling. Bij de thans meest gebruikelijke vorm van payrolling wordt de uitbesteding van het juridische en administratieve werkgeverschap en het bewerkstelligen van een flexibelere arbeidsverhouding met de werknemer beoogd. De payrollconstructie wordt opgezet omdat de opdrachtgever niet de juridische werkgever wil zijn van ‘zijn’ werknemers. Daarom geeft hij dit uit handen aan een payrollbedrijf. Het payrollbedrijf fungeert dus zowel bij de totstandkoming als bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst met de payrollwerknemer uitsluitend als ‘contractueel verlengstuk’ van de opdrachtgever. Omdat de payrollwerknemer en de opdrachtgever in werkelijkheid van meet af aan een arbeidsovereenkomst met elkaar beogen, is geen sprake van een situatie als aan de orde in het arrest *ABN AMRO/Malhi*.²⁸²

In dit arrest beriep een uitzendwerknemer zich na langdurige tewerkstelling bij dezelfde inlener op het bestaan van een arbeidsovereenkomst met de inlener, maar oordeelde de Hoge Raad dat de rechtszekerheid zich verzet tegen een dergelijke geruisloze vervanging op een niet aanwijsbaar tijdstip van de overeengekomen uitzendovereenkomst door een arbeidsovereenkomst met de inlener. Bij payrolling is de rechtszekerheid niet in

279 Zie o.a. HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 149 (*Groen/Schoevers*), HR 10 oktober 2003, *NJ* 2007, 446 (*Van der Male B.V./Den Hoedt*) en HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 449 (*STR/PGGM*) en specifiek met betrekking tot de kwalificatie van de werkgever ex artikel 7:610 BW: Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, ECLI:GHARL:2013:8304 en *JAR* 2014/12, m.nt. Cremers-Hartman.

280 HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 449.

281 J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap*, Deventer: Kluwer 2012, p. 30-31.

282 HR 5 april 2002, *NJ* 2003, 124.

het geding omdat geen sprake is van een geruisloze vervanging als aan de orde was in het arrest *ABN AMRO/Malhi*. Hier is niet de vraag wanneer gedurende de looptijd van de overeenkomst de opdrachtgever het payrollbedrijf als werkgever is gaan vervangen – en zich als zodanig met de werknemer heeft verbonden.²⁸³ De gemaakte schriftelijke afspraken corresponderen hier immers van meet af aan niet met de werkelijke bedoelingen van partijen. Als hiervoor gesteld staat de omstandigheid dat bij payrolling een schriftelijke overeenkomst ontbreekt tussen de werknemer en de opdrachtgever er niet aan in de weg dat kan worden geoordeeld dat tussen hen een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen, ook niet wanneer de werknemer goed geïnformeerd akkoord is gegaan met de payrollconstructie.²⁸⁴ A-G Timmerman verwoordt dit op treffende wijze in zijn conclusie voor het hiervoor reeds aangehaalde arrest *Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM*:

‘De betrokken partijen kunnen een constructie met tussenschakeling van een andere partij op papier hebben gezet die — alle omstandigheden in aanmerking nemend — niet in overeenstemming is met hetgeen zij werkelijk bedoelden af te spreken. In zo’n geval is niet de schriftelijke tekst waarin de betrokken rechtsverhoudingen zijn weergegeven, maar de bedoeling van partijen doorslaggevend. Hierbij speelt ook een rol dat de definitie van de arbeidsovereenkomst in artikel 7:610 BW van dwingend recht is. Om die definitie kunnen partijen niet zomaar heen wandelen.’

Omdat het payrollbedrijf bij de thans meest gebruikelijke – en in deze zaak ook door Agentschap NL gebruikte - vorm van payrolling geen zelfstandige en inhoudelijke rol speelt bij de totstandkoming en uitvoering van de arbeidsovereenkomst en de opdrachtgever en de werknemer in werkelijkheid een arbeidsovereenkomst met elkaar beogen, moet dan op grond van het dwingendrechtelijke karakter van artikel 7:610 BW door de contractuele afspraken worden heengekeken en de opdrachtgever worden gekwalificeerd als de werkgever.²⁸⁵

283 Zie ook E.M. Hooegeven, ‘Payrolling: uitholling werknemersbescherming of gat in de markt?’, *ArbeidsRecht* 2012/6.

284 Zie anders L.G. Verburg, ‘Payrolling: over duiding en verbinding’, *AA* december 2013/12.

285 Om wel als werkgever ex artikel 7:610 BW te kunnen worden gekwalificeerd zal de payrollsector zichzelf naar mijn mening opnieuw moeten uitvinden. Payrollbedrijven zouden zelfstandige inhoud en betekenis kunnen geven aan het werkgeverschap door zorg te dragen voor, en knowhow te creëren op het gebied van, onder meer de (tussentijdse) scholing van de werknemer, de herplaatsing en, in geval van arbeidsongeschiktheid, de re-integratie van de payrollwerknemer. Zie J.P.H. Zwemmer,

7. ‘Arbeidsovereenkomst’ werknemer met payrollbedrijf is overeenkomst *sui generis*

Wanneer het payrollbedrijf niet kan worden gekwalificeerd als werkgever ex artikel 7:610 BW betekent dat niet dat het payrollbedrijf daardoor automatisch geen verplichtingen (meer) heeft jegens de payrollwerknemer. De door het payrollbedrijf met de payrollwerknemer gesloten ‘arbeidsovereenkomst’ moet naar mijn mening in deze situatie worden aangemerkt als een overeenkomst *sui generis*.²⁸⁶ De payrollwerknemer zou dan, nadat de opdrachtgever is gekwalificeerd als de werkgever ex artikel 7:610 BW, op basis van de hierover in het door hem met het payrollbedrijf gesloten arbeidscontract gemaakte afspraken, ook bij het payrollbedrijf nakoming kunnen blijven vorderen van uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen. Ook de Rechtbank Den Haag overweegt dat de payrollwerknemers, naast Agentschap NL als hun werkgever ex artikel 7:610 BW, ook BDG en CapitalP kunnen aanspreken op nakoming van uit hun arbeidsovereenkomsten voortvloeiende verplichtingen op basis van de door hen met deze payrollbedrijven gesloten arbeidscontracten.

8. Zijn de payrollwerknemers bij Agentschap NL ambtenaar?

Omdat Agentschap NL onderdeel is van het ministerie van Economische Zaken, is op grond van artikel 7:615 BW, Titel 10 Boek 7 BW niet van toepassing op de verhouding tussen haar en de payrollwerknemers. Dit zou anders kunnen zijn wanneer Titel 10 Boek 7 BW bij wet of bij verordening van toepassing is verklaard (in dat geval wordt gesproken van arbeidscontractanten). In casu is dit echter niet aan de orde. Daardoor kan Agentschap NL niet op grond van artikel 7:610 BW, met voorbijgaan aan de door partijen gemaakte contractuele afspraken over het werkgeverschap, worden gekwalificeerd als werkgever van de payrollwerknemers. Op grond van artikel 7:615 BW is namelijk ook artikel 7:610 BW niet van toepassing op de verhouding tussen de overheid en het bij haar werkzame personeel.²⁸⁷

Hoewel voorafgaand aan de invoering van Titel 10 Boek 7 BW in 1997 is overwogen artikel 7:615 BW te schrappen, is dit uiteindelijk niet gebeurd

Pluraliteit van werkgeverschap, Deventer: Kluwer 2012, p. 347.

286 J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap*, Deventer: Kluwer 2012, p. 147. Zo ook Ktr. Almelo 13 mei 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:CA1178 en Ktr. Amsterdam 3 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6063.

287 Zie ook Verhulp in zijn noot bij onder meer het *Beurspromovendi*-arrest onder NJ 2007, 449.

omdat het in het BBA neergelegde preventieve ontslagtoezicht dan ook voor de overheid zou gaan gelden. In die tijd werd (nog) nagedacht over de afschaffing van het preventieve ontslagtoezicht en het onder het bereik van Titel 10 Boek 7 BW brengen van de ambtenarenstatus en de regering achtte het meer passend een eventuele schrapping van artikel 7:615 BW in dat kader aan de orde te stellen.²⁸⁸ In verband met het inmiddels door de Tweede Kamer aangenomen initiatiefwetsvoorstel inzake de normalisering van de rechtspositie van ambtenaren²⁸⁹ zou hierin in de nabije toekomst weleens verandering kunnen komen. De payrollwerknemers bij Agentschap NL hebben daar op dit moment echter niets aan.

Als noch het payrollbedrijf, noch Agentschap NL kan worden gekwalificeerd als werkgever ex artikel 7:610 BW zouden zij tussen wal en schip vallen. De vraag is dan of de payrollwerknemers op basis van een ambtelijke aanstelling werkzaam zijn bij Agentschap NL. Verschillende argumenten pleiten mijns inziens voor een bevestigende beantwoording van deze vraag.

In het *Assmann*-arrest van de Hoge Raad van 20 juni 1997²⁹⁰ ging het om een situatie waarin een ambtenaar haar ambtelijke status verloor omdat het bejaardentehuis waarin zij werkzaam was, werd geprivatiseerd. De stichting die het bejaardentehuis na de privatisering ging exploiteren, werd bevoegd deze bij het bejaardentehuis tewerkgestelde (voormalige) ambtenaar werkzaamheden op te dragen en aanwijzingen te geven over de wijze waarop de werkzaamheden moesten worden verricht. Op grond van deze omstandigheden oordeelde de Hoge Raad dat, nu de privatisering meebracht dat deze (voormalige) ambtenaar geen beroep meer zou kunnen doen op de door de ambtenarenrechter geboden rechtsbescherming, op basis van 'een redelijke toepassing van het stelsel van de wet' de voorheen bestaande ambtelijke aanstelling was omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Denkbaar is dat Hoge Raad in een omgekeerd geval op basis van dezelfde overwegingen zal oordelen dat de payrollwerknemers een ambtelijke aanstelling hebben bij Agentschap NL. Hoewel bij Agentschap NL geen sprake kan zijn van een omzetting van een arbeidsovereenkomst naar een ambtelijke aanstelling, omdat de payrollwerknemers niet eerst op basis van een arbeidsovereenkomst in dienst zijn geweest van Agentschap NL, zou dan op grond van een redelijke toepassing van het stelsel van de wet sprake zijn van een ambtelijke aanstelling omdat zij jegens

288 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 17.

289 *Kamerstukken II* 32 550.

290 HR 20 juni 1997, *NJ* 1997, 626.

Agentschap NL geen beroep kunnen doen op Titel 10 Boek 7 BW. Het ambtenarenrecht staat aan een dergelijk oordeel niet in de weg. Weliswaar is voor de totstandkoming van een ambtelijke aanstelling in beginsel een schriftelijk aanstellingsbesluit vereist, in bepaalde omstandigheden heeft de Centrale Raad van Beroep ook een ambtelijke aanstelling aangenomen in situaties waarin een schriftelijk aanstellingsbesluit ontbrak. In een uitspraak van 13 juni 2013²⁹¹ heeft de CRvB nog eens herhaald in welke omstandigheden ondanks het ontbreken van een schriftelijk aanstellingsbesluit een ambtelijke aanstelling wordt aangenomen. Daarbij overweegt de CRvB het volgende:

‘Naar vaste rechtspraak van de Raad (CRvB 30 mei 2002, *LJN AE4035*) sluit het ontbreken van een schriftelijk aanstellingsbesluit niet uit dat onder omstandigheden toch een ambtenaarsverhouding kan ontstaan. Daartoe moet dan wel duidelijk blijken van een bij het bestuursorgaan aanwezige bedoeling om een dergelijke verhouding tot stand te brengen, of van feiten of omstandigheden op grond waarvan de betrokkene heeft mogen begrijpen dat feitelijk een aanstelling als ambtenaar heeft plaatsgevonden.’

De door de CRvB genoemde ‘*bij het bestuursorgaan aanwezige bedoeling*’ heeft niet betrekking op de door partijen gemaakte schriftelijke afspraken maar op wat, blijkens de wijze waarop partijen zich feitelijk jegens elkaar hebben gedragen, de werkelijke/materiële bedoeling is geweest. Van Waegeningh heeft erop gewezen dat zich hier de vergelijking opdringt met de overwegingen van de Hoge Raad in de hiervoor door mij aangehaalde arresten *Groen/Schoevers* en *Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM* inzake de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst. Zij pleit ervoor dat van een ambtelijke aanstelling moet worden uitgegaan als een rechtsverhouding tussen de openbare dienst en de daarbinnen werkzame kracht niet eenduidig is geregeld en er sprake is van een gezagsverhouding.²⁹² Van der Heijden en Jellinghaus betogen dat van rechtswege sprake moet zijn van conversie naar een ambtelijke aanstelling wanneer de overheid gebruik maakt van arbeidscontractanten zonder dat dit bij wet of verordening is toegestaan.²⁹³

Hoewel in casu geen sprake is van een schriftelijk aanstellingsbesluit, volgt uit de wijze waarop de payrollwerknemers werkzaam zijn geworden

291 CRvB 13 juni 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:CA3222.

292 S. van Waegeningh, ‘De afbakening van het ambtenaarschap ten opzichte van andere arbeidsverhoudingen’, *TAR* 2008/12 p. 686 en 691.

293 P.J.J.M. van der Heijden en S.F.H. Jellinghaus, *Ambtenaarschap, sollicitatie en aanstelling*, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2008, p. 53.

bij Agentschap NL en door partijen uitvoering is gegeven aan de payrollconstructie, dat materieel werd beoogd hen tewerk te stellen alsof zij in dienst van Agentschap NL waren. Nu noch Agentschap NL, noch het payrollbedrijf op grond van artikel 7:610 BW kan worden gekwalificeerd als de werkgever van de bij Agentschap NL tewerkgestelde payrollwerknemers, moet naar mijn mening op basis van een redelijke toepassing van het stelsel van de wet worden aangenomen dat de payrollwerknemers op basis van een ambtelijke aanstelling werkzaam zijn bij Agentschap NL.

VIJF JAAR AMBTENAAR & RECHT IN VOGELVLUCHT

10

De ambtenaar en het recht op gelijke behandeling

Mr. E.J.M. Hofhuis¹

1. Inleiding

‘Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.’ Aldus artikel 1 van de Grondwet. Geldt dit recht op gelijke behandeling ook voor ambtenaren in de relatie met hun (overheids)werkgever? Over deze vraag gaat mijn bijdrage aan de lustrumbundel van de Vereniging Ambtenaar en Recht.

Artikel 1 van de Grondwet ziet eerst en vooral op de relatie tussen overheid en burgers. In een aantal wetten en besluiten is het recht op gelijke behandeling uitgewerkt voor de relatie tussen burgers onderling, zoals tussen werkgevers en werknemers. In paragraaf 2 ga ik in op de totstandkoming van het College voor de Rechten van de Mens en op de rol van het College bij het toezicht op de naleving van deze wetten en besluiten. In paragraaf 3 schets ik een algemeen beeld van de gelijke-behandelingswetten. Tenslotte ga ik in paragraaf 4 in op de verschillende zienswijzen die het College en de Centrale Raad van Beroep (CRvB) lijken te hebben als het gaat om de toepasselijkheid van de gelijke-behandelingswetten op de ambtelijke arbeidsverhouding.

¹ Mr. E.J.M. Hofhuis is waarnemend ondervoorzitter Oordelen van het College voor de Rechten van de Mens. Hij heeft deze bijdrage op persoonlijke titel geschreven.

2. Het College voor de Rechten van de Mens

Het College is bij wet in het leven geroepen.² Het heeft zijn deuren geopend op 1 oktober 2012. De achtergrond voor de oprichting van het College is gelegen in de langgekoesterde wens van de Nederlandse regering om te komen tot de oprichting van een mensenrechteninstituut dat voldoet aan de zogeheten *Paris Principles*. Deze *Principles* zijn vastgelegd in resolutie 48/134 van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties van 1993. Zij zijn te beschouwen als een set van uitgangspunten waaraan een mensenrechteninstituut moet voldoen om in VN-verband de A-status te verkrijgen, wat inhoudt dat het instituut volwaardig participeert in de mensenrechteninfrastructuur van de VN. Wereldwijd zijn er circa 70 mensenrechteninstituten met de A-status, waarvan 22 in Europa. De uitgangspunten zijn bedoeld om waarborgen te geven voor met name de onafhankelijkheid van het instituut voor wat betreft zaken als bekostiging, benoeming van leden van het instituut en het bepalen van de eigen agenda, de breedte van het mandaat, de inbreng vanuit *civil society* in het instituut en de bevoegdheid tot het verrichten van onderzoek.³

Tot aan de oprichting van het College had Nederland in de vorm van de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) al wel een mensenrechteninstituut, maar de CGB had slechts de B-status omdat zij niet volledig voldeed aan de *Paris Principles*. Met name het mandaat van de Commissie was beperkt: het betrof uitsluitend gelijke-behandelingskwesaties.

Takenpakket

Het takenpakket van het College is vastgelegd in artikel 3 van Wet College voor de rechten van de mens (Wet CRM). Hierin komt de breedte van het mandaat tot uiting: het doen van onderzoek naar de bescherming van de rechten van de mens (inclusief het recht op gelijke behandeling), het rapporteren en doen van aanbevelingen over de bescherming van de rechten van de mens, het gevraagd en ongevraagd geven van advies aan regering en parlement over (voorgenomen) wet- en regelgeving, het stimuleren en coördineren van onderwijs over de rechten van de mens, het structureel samenwerken met *civil society*, het aansporen tot ratificatie, implementatie en naleving van mensenrechtenverdragen en het aansporen tot naleving van Europese of internationale aanbevelingen over de rechten van de mens.

² Wet College voor de rechten van de mens, *Stb.* 2011, 573.

³ Voor een volledig overzicht van de *Paris Principles* zie: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/StatusOfNationalInstitutions.aspx>.

In mei 2014 heeft het Internationale Coördinerende Comité van Mensenrechteninstituten het College de A-status verleend op basis van een toetsing aan de *Paris Principles* en van het functioneren van het College in de praktijk.

Eén van de taken is ‘het onderzoeken of een onderscheid is of wordt gemaakt en het geven van een oordeel daarover, bedoeld in artikel 10’. Dit is de omschrijving van de wettelijke taak die de CGB had. De CGB is met het inwerkingtreden van de Wet CRM opgegaan in het College: het College heeft alle taken en bevoegdheden van de CGB overgenomen. De kern van deze taken is het onderzoeken en beoordelen van individuele klachten over discriminatie en het uit eigen beweging onderzoeken en beoordelen van (vermoede) stelselmatige discriminatie.⁴ Ten aanzien van mensenrechten in het algemeen is het College niet bevoegd individuele klachten te onderzoeken. Die bevoegdheid ligt bij een instantie als de Nationale Ombudsman en, uiteraard, de rechter.

Niet alleen individuele personen kunnen het College verzoeken een discriminatieklacht te onderzoeken. Ook bedrijven en instellingen kunnen dat, als zij willen weten of zij onderscheid maken (het zogeheten Oordeel Eigen Handelen). Net zo kan een Ondernemingsraad die meent dat in de onderneming onderscheid wordt gemaakt een verzoek indienen. Ten slotte kunnen bepaalde verenigingen of stichtingen die zich de bescherming tegen (specifieke vormen van) discriminatie ten doel stellen, een verzoek indienen.⁵ In de praktijk maken met name de gemeentelijke antidiscrimatievoorzieningen van deze mogelijkheid gebruik.

Een ingediend verzoek kan onder andere met een oordeel worden afgedaan. Hiervoor geeft het Besluit werkwijze onderzoek gelijke behandeling⁶ regels. Deze zien op het onderzoek vóór en op het onderzoek tijdens de zitting, de behandeling in de raadkamer, de spoedprocedure en op het bovengenoemde onderzoek uit eigen beweging. In evidente gevallen kan het verzoek ook zonder zitting worden afgedaan.

Het College kan alleen beoordelen of er onderscheid in de zin van de wet is gemaakt en, zo ja, of dit onderscheid verboden is. Het oordeel is niet bindend en heeft in wezen het karakter van een advies: een uitspraak door een deskundig College of en hoe in een concrete situatie (verboden) onderscheid is gemaakt.

4 Artikel 10, lid 1, Wet CRM.

5 Artikel 10, lid 2, Wet CRM.

6 Besluit van 31 augustus 2011, *Stb.* 2012, 394.

3. Hoofdpijnen van de gelijke-behandelingswetgeving

3.1 *Het doel van de gelijke-behandelingswetgeving*

De gelijke-behandelingswetgeving heeft tot doel het voorkomen en bestrijden van uitsluiting en achterstelling van (groepen) mensen op belangrijke maatschappelijke terreinen: arbeid en het goederen- en dienstenverkeer. Uitsluiting en achterstelling kunnen met vele persoonskenmerken samenhangen. Maar de wet ziet alleen op bepaalde kenmerken ('gronden'), waarvan de wetgever heeft bepaald dat die er in het algemeen niet toe mogen doen in arbeidsverhoudingen en bij het goederen- en dienstenverkeer. Deze gronden zijn: geslacht, ras, hetero- of homoseksuele gerichtheid, godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, nationaliteit, handicap of chronische ziekte, burgerlijke staat, leeftijd, arbeidsduur en vaste of tijdelijke aanstelling. In de wet is het beginsel vastgelegd dat onderscheid op een van deze gronden verboden is, tenzij er een wettelijke uitzondering op het verbod van toepassing is.⁷ Populair gezegd: de kern van het gelijke-behandelingsrecht is dat een verschil in bepaalde persoonskenmerken niet zomaar tot een verschil in behandeling mag leiden.

Gelijke behandeling houdt niet in dat iedereen op dezelfde manier moet worden behandeld. Het gelijkheidsbeginsel houdt in dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld en ongelijke gevallen ongelijk, naar de mate van hun ongelijkheid. Dit is neergelegd in artikel 1 Gw en volgt ook uit jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU),⁸ tot 1 december 2009 het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG).

3.2 *Uitwerking in wet- en regelgeving*

Zoals aangegeven is in artikel 1 van de Grondwet het grondrecht van non-discriminatie vastgelegd. In de gelijke-behandelingswetgeving is dit grondrecht uitgewerkt. De materiële inhoud van de wetgeving wordt voor een belangrijk deel bepaald door richtlijnen van de Europese Unie. De belangrijkste daarvan zijn de Kaderrichtlijn⁹ die op het terrein van

7 Zie paragraaf 3.3 voor het begrip onderscheid en voor het systeem van wettelijke uitzonderingen

8 HvJ EU 16 september 2010, zaak C-149/10 (*Chatzi*), par. 64 en HvJ EU 10 mei 2011, zaak C-147/08 (*Römer*), par. 42.

9 Richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.

arbeid en beroep discriminatie op de gronden godsdienst of overtuiging, leeftijd en seksuele geaardheid verbiedt; de Rasrichtlijn¹⁰ die op het terrein van de arbeid en bij het goederen- en dienstenverkeer discriminatie op grond van ras of etnische afstamming verbiedt; de Herschikkingsrichtlijn¹¹ die op het terrein van arbeid en beroep discriminatie op grond van geslacht verbiedt en de Dienstenrichtlijn¹² die bij het goederen- en dienstenverkeer discriminatie op grond van geslacht verbiedt. De richtlijnen zijn geïmplementeerd in de Nederlandse gelijke-behandelingswetten. Op Europees niveau worden de richtlijnen uitgelegd door het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU). Omdat de Nederlandse gelijke-behandelingswetten 'richtlijnconform' moeten worden uitgelegd, heeft de jurisprudentie van het HvJ EU grote invloed op de toepassing van deze wetten.

In de praktijk is er een lappendeken van wetten ontstaan. Het gaat om de volgende wetten.

*Algemene wet gelijke behandeling (AWGB)*¹³

Dit is de wet met de breedste werking. Hij bestrijkt zowel het terrein van de arbeid als het goederen- en dienstenverkeer, en biedt bescherming tegen discriminatie op de gronden godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid en burgerlijke staat.

*Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen*¹⁴ (WGBm/v)

De WGBm/v ziet op het terrein van de arbeid en op de grond geslacht en richt zich ook uitdrukkelijk tot het bevoegd gezag in de openbare dienst. Dit bevoegd gezag mag geen onderscheid op grond van geslacht maken bij de aanstelling tot ambtenaar of indienstneming op arbeids-overeenkomst naar burgerlijk recht, in de arbeidsvoorwaarden, bij de arbeidsomstandigheden, bij het verstrekken van onderricht, bij de bevordering en bij de beëindiging van het dienstverband.¹⁵ De WGBm/v

10 Richtlijn 2000/43/EG van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming.

11 Richtlijn 2006/54/EG van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep.

12 Richtlijn 2004/113/EG van 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten.

13 Wet van 2 maart 1994, *Stb.* 1994, 23.0

14 Wet van 1 maart 1980, *Stb.* 1980, 86.

15 Artikel 1b WGBm/v.

beschermt de ambtenaar ook tegen intimidatie die samenhangt met zijn of haar geslacht en tegen seksuele intimidatie.¹⁶ Van belang in deze wet is voorts dat hij regels geeft voor de gelijke beloning van mannen en vrouwen voor arbeid van gelijke waarde,¹⁷ welke regels zowel voor de openbare dienst als voor de private sector gelden. De AWGB en de WGBm/v zien beide (onder andere) op de grond geslacht in combinatie met het terrein van de arbeid. Bij conflicten tussen beide wetten, prevaleert de WGBm/v.¹⁸

Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte¹⁹ (WGBH/CZ)

De WGBH/CZ beoogt personen met een handicap of chronische ziekte zoveel mogelijk op voet van gelijkheid met anderen te laten meedoen aan het maatschappelijk leven. Meer specifiek beschermt de wet tegen discriminatie op het terrein van de arbeid, het onderwijs, het wonen en het openbaar vervoer. De kern van de wet is dat degenen tot wie de wet zich richt binnen zekere grenzen gehouden is aanpassingen te verrichten die zoveel mogelijk tegemoetkomen aan de beperkingen die de persoon met een handicap of chronische ziekte ondervindt.²⁰

Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid²¹ (WGBL)

De WGBL richt zich tegen de uitsluiting van mensen vanwege hun leeftijd op de arbeidsmarkt, in het vrije beroep en in het beroepsonderwijs.

Artikelen 7:646 en 647 van het Burgerlijk Wetboek (BW)

De artikelen 7:646 en 647 BW zijn voor de private sector het equivalent van de artikelen 1a en 1b WGBm/v.

Arbeidsduur (BW en Ambtenarenwet (Aw))

De artikelen 7:648 BW en 125g Aw²² verbieden het de werkgever/het bevoegd gezag om onderscheid te maken op grond van een verschil in arbeidsduur in de voorwaarden waaronder de arbeidsverhouding wordt aangegaan, voortgezet of beëindigd. Deze artikelen verbieden niet alleen discriminatie van deeltijders ten opzichte van voltijders en omgekeerd,

16 Artikel 1a WGBm/v.

17 Artikelen 7 tot en met 12 WGBm/v.

18 Artikel 4 AWGB.

19 Wet van 3 april 2003, *Stb.* 2003, 206.

20 Artikel 2 WGBH/CZ.

21 Wet van 17 december 2003, *Stb.* 2004, 30.

22 Beide artikelen zijn ingevoegd bij de wet van 3 juli 1996, *Stb.* 1996, 39.1

maar ook van deeltijders met verschillende betrekkingsomvang ten opzichte van elkaar.

Vaste of tijdelijke aanstelling (BW en Ambtenarenwet)

De artikelen 7:649 BW en 125h Aw²³ verbieden het de werkgever/het bevoegd gezag om onderscheid te maken op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst/aanstelling.

Deze veelheid aan wetten doet afbreuk aan de toegankelijkheid van het gelijke-behandelingsrecht. Wie bijvoorbeeld wil weten hoe bij de arbeid de bescherming tegen discriminatie op grond van geslacht is geregeld, zal zich moeten verdiepen in drie wetten in hun onderlinge samenhang: de AWGB, de WGBm/v en de artikelen 7:646 en 647 BW. Om de toegankelijkheid te verbeteren zijn er al lange tijd plannen om te komen tot integratie van de belangrijkste wetten in de zogeheten Integratiewet AWGB. In de tweede helft van 2010 is er een internetconsultatie geweest over het desbetreffende wetsontwerp. De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties heeft inmiddels aan de Tweede Kamer laten weten dat de verdere behandeling van het wetsontwerp vooralsnog geen hoge prioriteit heeft.²⁴

3.3 *Het systeem van de gelijke-behandelingswetgeving*

Wie kunnen er een beroep doen de gelijke-behandelingswetgeving?

In de maatschappij zijn er groepen mensen die (aanzienlijk) zwaarder of vaker door discriminatie worden getroffen dan andere groepen. Voorbeelden zijn niet-westerse allochtonen voor wie de toegang tot de arbeid een stuk moeilijker is dan voor autochtone Nederlanders, vrouwen die op de arbeidsmarkt een achterstand hebben op mannen voor wat betreft participatie en beloning, en mensen met een homoseksuele gerichtheid die meer discriminatie ondervinden dan mensen met een heteroseksuele gerichtheid. Deze verschillen in maatschappelijke positie, in maatschappelijke achterstand komen in de gelijke-behandelingswetten maar beperkt tot uiting. Deze wetten zijn symmetrisch opgezet, wat wil zeggen dat zowel niet-Westerse allochtonen als autochtone Nederlanders, zowel vrouwen als mannen en zowel mensen met een heteroseksuele gerichtheid als mensen met een homoseksuele gerichtheid er een beroep op kunnen

23 Deze artikelen zijn ingevoegd bij de Wet van 7 november 2002, *Stb.* 2002, 560 respectievelijk bij de Wet van 5 februari 2004, *Stb.* 2004, 88.

24 Brief van de Minister van BZK aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 2 december 2013, Kamerstuk 28 481, nr. 22.

doen. Hoewel vooral vrouwen een loonachterstand hebben, kan ook een man een beroep op de wet doen als hij meent dat hij ten opzichte van een vrouwelijke collega ongelijk wordt beloond.

Bij de gronden ras, geslacht en handicap of chronische ziekte komen die maatschappelijke achterstanden wel enigszins tot uiting in de vorm van wat meestal voorkeursbeleid wordt genoemd ('positieve actie'). Voorkeursbeleid is wettelijk, en onder strikte voorwaarden, alleen toegestaan voor personen die behoren tot een bepaalde etnische of culturele minderheidsgroep, voor vrouwen en voor personen met een handicap of chronische ziekte.²⁵ Voorkeursbeleid voor bijvoorbeeld mannen is wettelijk niet toegestaan

Het begrip onderscheid

De AWGB definieert onderscheid aldus (cursiveringen EH):

- onderscheid: direct en indirect onderscheid, alsmede de opdracht daartoe;
- direct onderscheid: indien een persoon *op een andere wijze wordt behandeld* dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld, op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat;
- indirect onderscheid: indien een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat in vergelijking met andere personen *bijzonder treft*.

Geursiveerd zijn de trefwoorden: *op een andere wijze worden behandeld* en *bijzonder worden getroffen*. De overige wetten kennen vergelijkbare definities. Een uitzondering hierop zijn de wetten over arbeidsduur en vaste of tijdelijke aanstelling, die alleen het begrip 'onderscheid' kennen, zonder uitsplitsing naar direct en indirect onderscheid.

Indirect onderscheid

Als concept is indirect onderscheid van enorm belang voor het tegengaan van discriminatie. In de praktijk van het College komt het veelvuldig voor dat mensen en organisaties die van discriminatie worden beticht, verbaasd reageren. Zij hebben helemaal niet de bedoeling gehad om te discrimineren en herkennen daarom de klacht niet. Een voorbeeld is de

25 Artikel 2, lid 3, AWGB respectievelijk artikel 3, lid 1, onder de letter a, WGBH/CZ.

winkel die een kledingvoorschrift hanteert waarin staat dat het personeel er representatief moet uitzien en daarom geen hoofdbedekking mag dragen, ongeacht of het gaat om honkbalcaps of om een hoofddoek. Doordat ook het dragen van een hoofddoek is verboden, komt een vrouw die deze om godsdienstige redenen draagt in de problemen. Als zij niet in strijd met haar geloof wil handelen, is de consequentie dat zij wordt uitgesloten van de arbeid, en dat is precies wat de gelijke-behandelingswetgeving wil bestrijden. Doordat zij voor deze keuze wordt gesteld (mijn geloof of mijn baan) is er sprake van dat zij in verband met haar godsdienst 'bijzonder wordt getroffen' door het op zich neutrale kledingvoorschrift, dat immers niet direct naar godsdienst verwijst. De wet kwalificeert dit als indirect onderscheid.

Een ander voorbeeld is de werkgever die voor een bepaalde functie de eis stelt dat de functionaris accentloos Nederlands spreekt. Dit is een neutrale eis, die niet direct naar een beschermde grond verwijst. Wel zullen het verhoudingsgewijs vooral mensen van niet-Nederlandse afkomst zijn die last hebben van de eis en die misschien niet worden aangenomen. Deze personen worden dan 'bijzonder getroffen' vanwege hun afkomst (ras).

Deze voorbeelden geven aan dat de bedoeling van de persoon of organisatie die van discriminatie wordt beticht, juridisch niet van belang is. Het gaat om het effect van hun handelen: als mensen 'bijzonder worden getroffen' in een beschermd persoonskenmerk is sprake van (indirect) onderscheid. Het begrip indirect onderscheid is daarmee een krachtig instrument in het tegengaan van feitelijke achterstelling en uitsluiting.

In het gewone spraakgebruik wordt overigens meestal over 'discriminatie' gesproken, net als in de Europese richtlijnen. Dit woord komt in de gelijke-behandelingswetten niet voor.

De uitzonderingen op het verbod op het maken van onderscheid

In paragraaf 3.1 is aangegeven dat onderscheid is verboden, tenzij er een wettelijke uitzondering op het verbod van toepassing is. Wat voor soort uitzondering van toepassing kan zijn, hangt af van de aard van het onderscheid.

Bij direct onderscheid geldt een gesloten systeem van uitzonderingen: de uitzonderingen zijn specifiek en limitatief in de wet opgesomd.²⁶ Voorbeelden zijn voorkeursbeleid voor vrouwen en voor leden van etnische en culturele minderheidsgroepen. Voorts zijn er voor de hand liggende wettelijke uitzonderingen als het bijvoorbeeld gaat om activiteiten waar-

26 Zie bijvoorbeeld artikel 2 AWGB; artikel 3, lid 1, WGBH/CZ en artikel 3, lid 2, WGBm/v.

voor het geslacht bepalend is²⁷ of als een met het geslacht samenhangend kenmerk een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste is.²⁸ De ratio van het gesloten systeem is dat de wetgever direct onderscheid zo afkeurenswaardig vindt dat het alleen in specifieke gevallen toegestaan is. De wetgever heeft zelf de afweging gemaakt wat die specifieke gevallen zijn. De rechter en het College hebben niet de ruimte om die afweging over te doen.

Bij indirect onderscheid ligt dit anders. Hier geldt een open systeem van uitzonderingen: indirect onderscheid kan objectief worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, mits de middelen die voor het bereiken van het doel worden ingezet, passend en noodzakelijk zijn.²⁹ Hierdoor is er voor de rechter en het College wel ruimte om het individuele geval op zijn merites te beoordelen. Bij de beoordeling zullen in de regel achtereenvolgens de volgende vragen aan de orde komen. Wat is het doel van het onderscheid; is het ingezette middel geschikt om het doel te bereiken; kan het doel ook op een andere, minder onderscheidmakende manier worden bereikt en, *last but not least*, staat het middel in evenredige verhouding tot het doel (de belangenafweging)?

Van belang is nog hier op te merken dat op het verbod van intimidatie en seksuele intimidatie geen uitzonderingen van toepassing zijn.³⁰

Voorts kan hier nog worden gewezen op de uitzonderingen op het discriminatieverbod die in de AWGB zijn opgenomen op het terrein van de arbeid voor instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag, instellingen op politieke grondslag en instellingen van bijzonder onderwijs, en op de uitzondering voor het goederen- en dienstenverkeer voor instellingen van bijzonder onderwijs.³¹ Met deze uitzonderingen heeft de wetgever een evenwicht willen aanbrengen tussen botsende grondrechten: bijvoorbeeld tussen vrijheid van godsdienst en het recht om niet te worden gediscrimineerd wegens hetero- of homoseksuele gerichtheid. Zo mag een school met een bepaalde godsdienstige grondslag leerlingen en leraren weigeren die een andere of in het geheel geen godsdienstige richting aanhangen. Maar de eisen die de school ter zake stelt, mogen niet leiden tot onderscheid op grond van *het enkele feit* van

27 Artikel 2, lid 2, onder de letter a, AWGB, zoals uitgewerkt in het Besluit gelijke behandeling (*Stb.* 1994, 657).

28 Artikel 5, lid 2, WGBm/v, zoals uitgewerkt in het Besluit beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend kan zijn (*Stb.* 1989, 207).

29 Zie bijvoorbeeld artikel 2, lid 1, AWGB; artikel 3, lid 2, WGBH/CZ en artikel 6 WGBm/v.

30 Artikel 1a, lid 4, AWGB.

31 Artikelen 5, lid 2, 6a, lid 2, en 7, lid 2, AWGB.

bijvoorbeeld homoseksuele gerichtheid. Maar ze mogen wel leiden tot onderscheid als er sprake is van bijkomende feiten die in verband staan met de homoseksuele gerichtheid. De Tweede Kamer heeft op 27 mei 2014 ingestemd met een initiatiefwetsvoorstel tot afschaffing van deze enkele-feitconstructie. Als dit wetsvoorstel kracht van wet krijgt mogen de eisen die de hierboven genoemde instellingen stellen niet leiden tot onderscheid op een andere grond dan godsdienst, levensbeschouwing respectievelijk politieke overtuiging.

Het bewijs van (direct of indirect) onderscheid

Discriminatie is vaak moeilijk te bewijzen. Voorbeelden zijn de sollicitant die vermoedt dat hij/zij om redenen van afkomst de baan niet heeft gekregen en de zwangere werkneemster die vermoedt dat zij vanwege haar zwangerschap wordt benadeeld (geen verlenging van de aanstelling, geen promotie). Om aan deze lastige bewijspositie tegemoet te komen, kent het gelijke-behandelingsrecht een bijzondere verdeling van de bewijslast, die gebaseerd is op het rechtsvermoeden van onderscheid. De persoon die meent dat in zijn/haar nadeel onderscheid is gemaakt, kan ermee volstaan feiten aan te voeren die dat onderscheid kunnen doen vermoeden. Als zulke feiten zijn aangevoerd, verschuift de bewijslast naar de verwerende partij. Die dient dan te bewijzen dat hij niet in strijd met de desbetreffende gelijke-behandelingswet heeft gehandeld.³² De verweerder kan dit doen door het vermoeden te weerleggen, wat erop neerkomt dat hij bewijst dat hij geen onderscheid heeft gemaakt. Als verweerder in dit bewijs niet slaagt, staat in het kader van de desbetreffende procedure vast dat hij onderscheid heeft gemaakt. Dan rest hem nog de mogelijkheid te bewijzen dat het gemaakte onderscheid niet verboden is. Als hij ook in dit bewijs niet slaagt, luidt het oordeel dat verweerder verboden onderscheid heeft gemaakt.

Deze verschuiving van de bewijslast geldt niet voor onderscheid op grond van een verschil in arbeidsduur of op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de aanstelling. In deze zaken geldt de gewone bewijslast: de verzoekende partij moet bewijzen dat verweerder hem gediscrimineerd heeft.

De bescherming van personen die klagen over discriminatie

Voor mensen die zich gediscrimineerd voelen kan het problematisch zijn om daarover te klagen. De verhoudingen op de werkvloer en de re-

³² Zie bijvoorbeeld artikel 10, lid 1, AWGB, artikel 6a WGBm/v en artikel 10, leden 1 en 2, WGBH/CZ.

latie met de leidinggevende kunnen er door verstoord raken. Het is niet denkbeeldig dat de klager nadeel ondervindt van zijn klacht, tot ontslag aan toe.³³ Kortom, dat hij te maken krijgt met victimisatie. Om dit risico enigszins te ondervangen zijn in de gelijke-behandelingswetten bepalingen opgenomen die het verbieden personen te benadelen wegens het feit dat zij in of buiten rechte een beroep hebben gedaan op de desbetreffende wet of ter zake bijstand hebben verleend.³⁴

Voor een klager die stelt dat hij/zij met victimisatie is geconfronteerd, geldt geen verschuiving van de bewijslast: de klager moet de victimisatie bewijzen.

Bedingen die in strijd zijn met de gelijke-behandelingswetten

Bedingen die in strijd zijn met de AWGB, met artikel 1b, lid 1, WGBm/v, met de WGBH/CZ of met de leden 1 van de artikelen 7:646, 648 en 649 BW zijn nietig. Het is aan de rechter, en niet aan het College, om te bepalen wat in een concreet geval de gevolgen van de nietigheid zijn.

4. De ambtelijke arbeidsverhouding en gelijke behandeling

De overheid heeft in de gelijke-behandelingswetten een bijzondere positie. Als de overheid als zodanig optreedt, dus als er sprake is van eenzijdig overheidshandelen, valt zij niet onder de werking van de AWGB.³⁵ Het College is daarom niet bevoegd zulk handelen te onderzoeken.³⁶ Dit ligt anders als de overheid optreedt als werkgever. Het in de AWGB neergelegde verbod om onderscheid te maken op het terrein van de arbeid beslaat alle vormen van arbeid waarin onder gezag van anderen arbeid wordt verricht.³⁷ Daarnaast richten wetten als de WGBm/v en de Aw zich uitdrukkelijk tot de overheid als werkgever.³⁸

Het College toetst het handelen van een overheidswerkgever in principe op dezelfde manier als het handelen van een private werkgever. In veel zaken waarin is vastgesteld dat de overheidswerkgever onderscheid heeft

33 In 2009 heeft de Commissie Gelijke Behandeling hiernaar onderzoek laten verrichten. Dit heeft geleid tot het rapport *Dubbel de dupe?* van 1 januari 2010, dat te vinden is op: <http://www.mensenrechten.nl/publicaties/detail/10028>.

34 Zie bijvoorbeeld artikel 8a AWGB, 9a WGBH/CZ, artikel 10 WGBL, artikel 7:647, lid 5, BW en artikel 125g, lid 4, Aw.

35 EG-implementatiewet AWGB, *Kamerstukken II*, 28 770, nr. 5, pagina 29.

36 Een uitzondering hierop is artikel 7a AWGB, dat ziet op handelen van de overheid op het terrein van sociale bescherming en sociale voordelen als de grond ras in geding is.

37 *Kamerstukken II* 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 16-17.

38 Zie respectievelijk voetnoot 15 en de voetnoten 22 en 23.

gemaakt, draait het om de objectieve rechtvaardiging daarvan. Cruciaal hierbij is dat een werkgever zich niet zomaar kan 'verschuilen' achter een collectieve regeling als een CAO of het ARAR of achter (het ontbreken van) overeenstemming met de vakbonden. Een overheidswerkgever heeft een eigen, zelfstandige verantwoordelijkheid om jegens zijn ambtenaren de gelijke-behandelingswetgeving na te leven. Dit houdt in dat hij zich steeds moet afvragen of regelingen die hij toepast onderscheid maken en, zo ja, of het onderscheid objectief gerechtvaardigd is.

Een voorbeeld betreft de substantieel bezwarende functies die functioneel leeftijdsontslag kennen en in verband daarmee een rendementseis: nieuwe medewerkers moeten bijvoorbeeld minstens tien jaar blijven werken, omdat anders de kosten van de overbruggingsuitkering tot aan het pensioen onevenredig hoog zijn. Mensen die minder dan tien jaar van de FLO-leeftijd zijn verwijderd, worden dus uitgesloten van deze functies. Op zich is de rendementseis begrijpelijk. Maar ze is niet noodzakelijk. De kosten kunnen ook in de hand worden gehouden door de hoogte van de overbruggingsuitkering na FLO te koppelen aan de lengte van het dienstverband.³⁹ Nu het middel niet noodzakelijk is, is het onderscheid niet objectief gerechtvaardigd. Het feit dat de rendementseis is opgenomen in het ARAR maakt dit niet anders.

Bij de objectieve rechtvaardiging van indirect onderscheid dat een overheidswerkgever maakt, kan overigens bijzonder gewicht worden toegekend aan veiligheidsbelangen die de overheid als overheid heeft te behartigen.⁴⁰

Een opmerkelijke situatie doet zich voor als een tijdelijke (ambtelijke) aanstelling niet wordt verlengd. Het College beoordeelt die situatie zowel op basis van jurisprudentie van het HvJ EG die inhoudt dat een besluit tot het niet verlengen van een tijdelijke aanstelling gelijkstaat aan een besluit tot het (niet) aangaan van een arbeidsverhouding,⁴¹ als op basis van het uitgangspunt dat de gelijke-behandelingswetten ook van toepassing zijn op de ambtelijke aanstelling. De CRvB lijkt deze benadering niet (geheel) te delen. Het is zijn vaste rechtspraak dat de overheidswerkgever niet gehouden is een tijdelijke aanstelling te verlengen tenzij er een verplichting bestaat tot voortzetting van het dienstverband, dan wel het niet verlengen in strijd zou komen met enige regel van ongeschreven recht.⁴² In een zaak waarin de CGB eerder het niet verlengen van een tijdelijke aanstelling

39 CGB 27 augustus 2009, oordeel 2009-81, overweging 3.16.

40 College voor de Rechten van de Mens, 21 oktober 2013, 2013-129, overweging 3.17.

41 College voor de Rechten van de Mens, 17 april 2014, 2014-45, overweging 3.17.

42 CRvB 29 juli 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BN3499, overweging 3.1.

onder toepassing van de bovengenoemde bijzondere verdeling van de bewijslast had getoetst aan artikel 5 AWGB,⁴³ bevestigt de CRvB zijn lijn. De Raad oordeelt dat voor hem deze verdeling van de bewijslast niet aan de orde is, maar wel het twee zinnen hierboven beschreven toetsingskader.⁴⁴ De consequentie hiervan is dat een ambtenaar in een moeilijker bewijspositie komt dan de wetgever heeft beoogd met de regeling van de bewijslastverdeling in discriminatiezaken. Deze verdeling is in de AWGB opgenomen ter implementatie van artikel 10 van de Kaderrichtlijn.⁴⁵

Deze lijn van de CRvB werkt door in uitspraken van lagere rechters. Zo oordeelde de Rechtbank Midden-Nederland in een zaak waarin leeftijdsonderscheid in relatie met de eerdergenoemde rendementseis aan de orde was, dat ook als zou komen vast te staan dat, gelet op het bepaalde in de ‘Wet gelijke behandeling’, de rendementseis niet had mogen worden toegepast, de vraag nog moet worden beantwoord of het niet omzetten van het tijdelijke dienstverband in een vaste aanstelling in strijd zou zijn met enige regel van ongeschreven recht⁴⁶(cursivering EH). Dit kan moeilijk anders worden begrepen dan als een rechtsopvatting die inhoudt dat toetsing aan de geschreven regels van de AWGB in een casus als de onderhavige niet relevant is. De rechtbank lijkt met deze uitspraak verder te gaan dan ‘alleen’ verslechtering van de bewijspositie: ook de materiële toetsing aan de AWGB komt hiermee op de tocht te staan.

Het is jammer dat de CRvB er in zijn uitspraken niet op ingaat waarom de ambtenaar geen beroep kan doen op de bewijsregels van de AWGB. Dit is te meer jammer, omdat ook de toepasselijkheid *überhaupt* van de AWGB op de rechtspositie van de ambtenaar daardoor geen vanzelfsprekendheid lijkt te zijn. Naar mijn mening echter kan er aan die toepasselijkheid geen twijfel bestaan. Dit onderwerp verdient dan ook nadere studie.

43 CGB 21 december 2010, 2010-188, overweging 3.2.

44 CRvB 18 november 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2389, overweging 5.5.2.

45 EG-implementatiewet AWGB, *Kamerstukken II*, 28 770, nr. 5, pagina 34.

46 Rechtbank Midden-Nederland 24 januari 2014, UTR 12/3980.

Over de auteurs en redactieleden

Mr. R. van Arkel is advocaat bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn Advocaten en Notarissen, 's-Gravenhage.

Prof. mr. B. Barentsen is hoogleraar Sociaal Recht en bijzonder hoogleraar Arbeidsverhoudingen bij de Overheid (Albeda Leerstoel), Universiteit Leiden.

Mr. J.J. Blanken is advocaat/partner bij Capra Advocaten, 's-Gravenhage.

Mr. H.N. Brouwer is voorzitter van de Onderzoeksraad Integriteit Overheid.

Prof. mr. M.J. Cohen is onder andere bijzonder hoogleraar op de Thorbeckeleerstoel aan de Universiteit Leiden en voorzitter van de AGFA.

Mr. B. Damen is advocaat bij TDH Advocaten, Maastricht.

Mr. E.J.M. Hofhuis is waarnemend ondervoorzitter Oordelen van het College voor de Rechten van de Mens

Mr. N. Hummel is als docent-onderzoeker verbonden aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

Mr. dr. S.F.H. Jellinghaus is advocaat bij De Voort Advocaten | Mediators, Tilburg en universitair docent aan Tilburg University.

Mr. dr. B.B.B. Lanting is universitair docent aan de Universiteit van Amsterdam en Tilburg University

Prof. mr. C.R. Niessen was in de periode 2000-2010 bijzonder hoogleraar op de Ien Dales-leerstoel aan de Universiteit van Amsterdam, met als leeropdracht: De overheid als arbeidsorganisatie.

Drs. mr. C.M. Sjerps is secretaris van de gemeente Apeldoorn en was in de periode 2000-2008 secretaris van het College voor Arbeidszaken van de VNG.

Mr. dr. C.F. Sparrius is senior adviseur bij het CAOP en in die hoedanigheid onder meer secretaris van de AGFA.

Mr. L.C.J. Sprengers is advocaat bij Sprengers Advocaten, Utrecht en voormalig hoogleraar Arbeidsverhoudingen bij de overheid (Albeda-leerstoel).

Mr. M.B. de Witte-van den Haak is advocaat/partner bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn advocaten & notarissen, 's-Gravenhage, en voorzitter van de Vereniging Ambtenaar & recht.

Mr. dr. J.P.H. Zwemmer is universitair docent arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en advocaat bij Stibbe, Amsterdam.

Overzicht van de themabijeenkomsten

9 november 2010

Ambtenarenrecht in de knel?

De heer prof. mr. C.R. Niessen

Mevrouw drs. mr. C.M. Sjerps

15 maart 2011

Integriteit

De heer mr. H.N. Brouwer

8 november 2011

Werkgeversaansprakelijkheid

De heer prof. mr. B. Barentsen

12 november 2012

Ziekte en arbeidsongeschiktheid

De heer mr. R. van Arkel

12 maart 2013

Reorganisatie

De heer mr. dr. S.F.H. Jellinghaus

De heer prof. mr. L.C.J. Sprengers

12 november 2013

Ambtenaar en grondrechten

De heer prof. mr. M.J. Cohen en mr. C.F. Sparrius

8 april 2014

Flexibilisering

De heer mr. dr. J.P.H. Zwemmer



Vereniging Ambtenaar & Recht
www.verenigingambtenaarenrecht.nl

Vijf jaar Ambtenaar & Recht in vogelvlucht

Dit jaar bestaat de Vereniging Ambtenaar & Recht vijf jaar. Inmiddels heeft de vereniging bijna 500 leden. De halfjaarlijkse bijeenkomsten mogen rekenen op een goede opkomst. In de afgelopen vijf jaar zijn diverse onderwerpen die betrekking hebben op het arbeidsrecht bij de overheid aan de orde geweest. Ter gelegenheid van de feestelijke lustrumbijeenkomst op 13 november 2014 is deze bundel gepresenteerd, als tweede uitgave van de vereniging na het verslag van de themabijeenkomst in 2012 over het wetsvoorstel Normalisering rechtspositie ambtenaren.

Hierbij een vogelvlucht door de belangrijkste ontwikkelingen in de rechtspositie voor overheidswerknemers van de afgelopen vijf jaar. In het kader van het lustrum op 13 november 2014 worden de ontwikkelingen op het terrein van de ambtelijke rechtspositie in een internationaal perspectief geplaatst. Ter gelegenheid daarvan zijn onder meer sprekers uitgenodigd uit Zweden en Italië, twee landen die in de afgelopen jaren te maken hebben gehad met 'normalisering' van de ambtelijke rechtspositie.

ISBN 978-90-8863-148-1