

Wie A zegt, moet B zeggen?

Prof. mr. L.C.J. Sprengers, bijzonder hoogleraar Albeda-leerstoel, Universiteit Leiden

1. Inleiding

In september 2005 is het rapport van de werkgroep “normalisatie” rechtspositie overheidspersoneel verschenen onder de titel: “Buitengewoon normaal”.¹ Een rapport dat de basis vormt voor het kabinet om in het voorjaar 2006 een standpunt in te gaan nemen over de toekomst van de ambtelijke status.

Vanaf de jaren '80 van de vorige eeuw is er een proces van normalisering van de arbeidsverhoudingen bij de overheid in gang gezet. Een proces om de arbeidsverhoudingen bij de overheid meer vorm te geven op een wijze als gebruikelijk is in de marktsector. Dit heeft gevolgen gehad voor verschillende onderdelen van de ambtelijke rechtspositie. Veel specifieke wetgeving op het terrein van het arbeidsrecht is gelijkelijk gaan gelden voor zowel de markt als de overheidssector, bijvoorbeeld de Arbeidsomstandighedenwet, de Algemene wet Gelijke Behandeling, de Arbeidstijdenwet. Op het terrein van de Sociale Zekerheid heeft harmonisatie plaatsgevonden, de medezeggenschap vindt plaats op basis van de Wet op de Ondernemingsraden en het arbeidsvoorwaardenoverleg vindt binnen sectoren plaats waarbij per sector de arbeidsvoorwaarden uit worden onderhandeld en spelregels voor het overleg zijn vastgesteld.

Eind 1997 heeft de Tweede Kamer de motie Zijlstra c.s. aangenomen. Daarin wordt de regering opgeroepen te onderzoeken hoe de ambtelijke status kan worden opgeheven.² In december 1998 heeft de Raad voor het Overheidspersoneelsbeleid (ROP) hierover een advies aan de Minister van BZK uitgebracht. De conclusie van dit advies was dat het natuurlijk moment voor afschaffen van de ambtelijke status nog niet is aangebroken. De ROP vroeg zich af of de conversiekosten van de operatie zouden opwegen tegen de baten. Wel constateerde de ROP dat het zinvol is op de ingeslagen weg van geleidelijke normalisatie door te gaan. De verschillende elementen van normalisatie moeten ieder op zich op hun eigen merites en effecten worden gezien, tegen de achtergrond dat de overheid een bijzonder werkgever is en blijft.³

In de jaarlijks verschijnende Trendnota Arbeidszaken Overheid is vervolgens aan de normalisatie met regelmaat aandacht besteed. Nadat in de Trendnota Arbeidszaken 2004 een onderzoek naar de wenselijkheid van het opheffen van de ambtelijke status is aangekondigd⁴, is in de Trendnota Arbeidszaken Overheid 2005 aangegeven dat een interdepartementaal beleidsonderzoek verricht zal worden om de voor- en nadelen van verdere normalisatie van de rechtspositie van het overheidspersoneel in kaart te brengen. Inzichtelijk dient gemaakt te worden of deze rechtspositie, bijvoorbeeld om doelmatigheidsredenen, aangepast moet worden. Daarbij worden tevens de randvoorwaarden geformuleerd voor het aanpassen van de rechtspositie voor overheidspersoneel. nader geconcretiseerd.⁵

Het IBO-rapport is inmiddels verschenen en heeft centraal gestaan tijdens een op 26 oktober 2005 door de Albeda-leerstoel georganiseerd congres met als onderwerp: Heeft de ambtelijke status nog toekomst? ⁶ Het rapport en hetgeen hierover tijdens dit congres aan de orde is gekomen, vormen de aanleiding voor dit artikel.

¹ Interdepartementaal beleidsonderzoek 2004-2005, nr. 6.

² *Kamerstukken II*, 1997/98, 25 282, nr. 8.

³ Raad voor het Overheidspersoneelsbeleid (1998), *advies van de Raad voor het Overheidspersoneelsbeleid inzake de ambtelijke status*, Den Haag, 16 december 1998, nr. 17.

⁴ *Kamerstukken II*, 2003/2004, 29204, nr.2, p. 22-24.

⁵ *Kamerstukken II*, 2004/05, 29801, nr. 2, p. 45-46.

⁶ Een congresbundel verschijnt onder gelijknamige titel in december 2005 en is te bestellen bij het CAOP.

2. Historie

De vraag 'waarheen met de ambtelijke status' is een vraag die met enige regelmaat steeds opnieuw aan de oppervlakte komt.

Reeds in 1958 heeft een staatscommissie zich gebogen over de vraag welke redenen in het verleden ertoe hebben geleid dat de rechtspositie van de ambtenaren werd gekenmerkt door een bijzondere status. Tevens ging de commissie in op de vraag of er nog behoefte is aan een bijzondere reglementering.⁷ De meerderheid van de commissie zag de overheid vooral als hoedster van het algemeen belang. Dit bracht met zich dat de arbeidsvoorwaarden voor ambtenaren eenzijdig, publiekrechtelijk vastgesteld moesten blijven. Een minderheid van de commissie was van mening dat de ambtenaar primair een in ondergeschiktheid presterende mens is, zoals ieder andere werknemer. In beginsel diende er gelijkheid te zijn in de regels, zoals die gelden voor ambtenaren en werknemers, tenzij er een aantoonbare rechtvaardigingsgrond is om daar voor bepaalde ambtenaren van af te wijken.

De Vereniging voor Arbeidsrecht en de Vereniging voor Administratief Recht hebben in een gezamenlijke vergadering in 1960 aandacht aan het onderwerp besteed. Mannoury onderscheidde de status dignitatis, die de ambtenaar toekomt als vertegenwoordiger van het openbaar gezag en de status iuris. Hij was van mening dat het strijdt met de structuur van de moderne democratie, maatschappelijke verschillen tot uiting te brengen in een geprivilegieerde rechtstoestand, ook daar waar de maatschappelijke verschillen als zodanig worden aanvaard. Een gelijke regeling voor ambtenaren en werknemers achtte hij op zijn plaats, tenzij er een onbetwistbare noodzaak is om in bepaalde situaties afwijkende regels op te stellen.⁸

De Nederlandse Juristen Vereniging heeft in 1982 de vraag aan de orde gesteld of er aanleiding is rechtpositionele verschillen tussen ambtenaren en werknemers te handhaven. De Jong concludeert in zijn preadvies dat het aanbeveling verdient om deze verschillen niet langer te handhaven.⁹ De andere pre-adviseur Niessen beantwoordt de vraag noch bevestigend noch ontkennend. Hij is van mening dat nagegaan moet worden of de bevoegdheden of verplichtingen van de overheid in haar verschillende rollen ten aanzien van ieder rechtstpositioneel element afzonderlijk tot afwijking van de rechtspositie van particuliere werknemers nopen.¹⁰

Tijdens een vergadering van de Vereniging voor Arbeidsrecht in het najaar van 1999 is de toekomst van de ambtelijke status onderwerp van bespreking aan de hand van inleidingen van Niessen en Sprengers. Niessen is geen voorstander van volledige afschaffing van de ambtelijke status en herhaalt de opvatting dat per onderdeel van de ambtelijke rechtspositie bekeken moet worden of aanpassingen gewenst zijn. Sprengers heeft zich uitgesproken voor het integreren van beide stelsel om te komen tot één arbeidsrecht voor ambtenaren en werknemers.¹¹

De opeenvolgende hoogleraren die Albeda leerstoel hebben bekleed, hebben aan dit onderwerp ook aandacht besteed.

Fortuyn heeft zich in zijn inaugurale reden in 1991 uitgesproken voor het afschaffen van de ambtelijke status. Hij pleitte voor een toekomst zonder ambtenaren maar met gemotiveerde werknemers in de collectieve sector en overheidswerkgevers die optreden als goede, op de

⁷ Rapport van de Staatscommissie van de advies inzake de status van ambtenaren, 's Gravenhage 1958 (Commissie Kranenburg).

⁸ J.Mannoury, 'De status der ambtenaren', *SMA* 1960, p. 243 e.v.; H.J.M.Jeukens, 'De status der ambtenaren', *SMA* 1960 p. 234 e.v.

⁹ E.P. de Jong, 'Bestaat er aanleiding de rechtstpositionele verschillen tussen ambtenaren en civielrechtelijke werknemers te handhaven?' *Handelingen NJV*, Zwolle: Tjeenk Willink 1982, p. 5-124.

¹⁰ C.R.Niessen, 'Bestaat er aanleiding de rechtstpositionele verschillen tussen ambtenaren en civielrechtelijke werknemers te handhaven?' *Handelingen NJV*, Zwolle:Tjeenk Willink 1982, p. 125-239.

¹¹ L.C.J.Sprengers, 'Op weg naar een arbeidsrecht voor ambtenaren en werknemers?' *TAR* 1999, 463-465.

arbeidsmarkt met vele anderen concurrerende, werkgevers.¹² Hij verwachtte veel meer flexibiliteit van deze veranderingen.

Vonhoff distantieerde zich van deze visie. Hij vond dat een toekomst zonder ambtenaren tekort doet aan de bijzondere positie van de overheid.¹³ Hij onderbouwde dit met staatsrechtelijke argumenten die betrekking hebben op de politiek-ambtelijke verhoudingen. Wilke gaf in zijn inaugurale rede aan dat hij een groot voorstander is van het ook voor de overheidssector hanteren van dezelfde regels en wetten die voor het bedrijfsleven gelden. Hij vindt dat eisen op het terrein van onkreukbaarheid, betrouwbaarheid en onpartijdigheid evenzeer voor ambtenaren als voor werknemers in het bedrijfsleven gelden. Hij wijst op het voordeel dat het imago van voorkeursbehandeling voor ambtenaren kan verdwijnen. En hij schetste het voordeel voor de wetgever dat hij gewenste beleidsontwikkelingen op het terrein van arbeidsverhoudingen niet via een apart onderhandelings- en inspraaktraject tot stand hoeft te laten komen.¹⁴

Ik heb in mijn proefschrift en in latere publicaties herhaaldelijk aangegeven voorstander te zijn van het introduceren van één arbeidsrecht voor ambtenaren en werknemers.¹⁵

Dit summiere en niet volledige historisch overzicht¹⁶ toont in ieder geval aan dat het onderwerp in de loop der tijd op de nodige belangstelling heeft mogen rekenen.

3. IBO rapport

In het rapport “buitengewoon normaal” van de interdepartementale onderzoeksgroep worden de resterende verschillen tussen de overheid en de sector bedrijven naast elkaar gezet en worden de voor- en nadelen bij volledige normalisatie van de ambtelijke rechtspositie op hoofdlijnen beschouwd. Het rapport schetst aan het einde een tweetal beleidsopties. Allereerst de optie van volledige normalisatie. In vergelijking met de bestaande situatie brengt volledige normalisatie de volgende verbeteringen met zich mee, aldus het IBO-rapport:

- overheidswerknemers zijn voortaan daadwerkelijk betrokken bij de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst;
- voor alle werknemers in Nederland gaat één rechtssysteem gelden;
- hierdoor kan de arbeidsmobiliteit tussen overheidssectoren, ZBO's en de sector bedrijven verbeteren;
- alle werknemers worden in beginsel gelijk behandeld;
- het arbeidsrecht en de arbeidsverhouding in Nederland worden overzichtelijker en transparanter;
- de regeldruk(te) vermindert.

Voor leden van de rechterlijke macht en Hoge Colleges van Staat en de benoemde politieke ambtsdragers zou een bijzondere regeling moeten blijven gelden.

Als nadeel wordt gewezen op de aanzienlijke, maar eenmalige regelgevingoperatie die de afschaffing van de ambtelijke aanstelling met zich meebrengt. Bij personeelsafdelingen zal ook een administratieve en technische omslag moeten worden gemaakt. Voorts wordt gewezen op de immateriële kosten van de operatie. Een deel van het overheidspersoneel

¹² W.S.P. Fortuyn, *Een toekomst zonder ambtenaren*, (oratie EUR) 's Gravenhage: CAOP, 1991, p. 21-27.

¹³ H.J.L. Vonhoff, *Goddank dat ze weg zijn! Wat hadden we met ze moeten beginnen?*, (oratie EUR) 's Gravenhage 1996: CAOP, p. 32.

¹⁴ M.L. Wilke, *Zijn arbeidsverhoudingen bij de overheid marktconform?* (oratie EUR) 's Gravenhage: CAOP 1996 p. 7-9.

¹⁵ L.C.J. Sprengers, *De Wet op de Ondernemingsraden bij de overheid. Op weg naar één arbeidsrecht voor ambtenaren en werknemers?* (Diss. UvA) Kluwer: Deventer 1998; L.C.J. Sprengers, *Ambtenarenrecht-arbeidsrecht: van integratie naar handhaving status aparte?* SR 2001-12, p. 340-344.

¹⁶ Zie voor uitgebreider historisch overzicht Sprengers 1998, p. 15-20.

hecht aan de status van ambtenaar. Dat begrip wordt geassocieerd met trouw en dienstbaarheid aan de publieke zaak, ambtelijke ethiek en integriteit.¹⁷

De tweede beleidsoptie is het handhaven van de huidige status quo, waarbij met name enkele aanpassingen worden voorgesteld in het CAO-systeem. Voorgesteld wordt om de CAO-systematiek op het punt van de looptijd van rechtspositionele aanspraken over te nemen en het meerderheidsvereiste, zoals dat in de overlegregelingen voor de overheidssectoren veelal is geregeld, te doorbreken. Bij de sector Rijk bijvoorbeeld moeten 3 van de 4 aangewezen ambtenarencentrales akkoord zijn, wil er sprake zijn van overeenstemming.¹⁸

Op basis van het IBO-rapport zal het kabinet een standpunt gaan innemen over de toekomst van de ambtelijke status. Ik zal hierna eerst een aantal kanttekeningen plaatsen bij de onderwerpen die bij de besluitvorming over de toekomst van de ambtelijke status het meest van belang zijn. Achtereenvolgens komen aan de orde: de individuele rechtspositie (par. 4), de rechtsbescherming (par. 5), het CAO-overleg (par. 6). Aan het slot zal ik ingaan op de vraag of wie A zegt, ook B moet zeggen (par. 7).

4. Individuele rechtspositie

Een belangrijk verschil tussen het ambtenarenrecht en het arbeidsrecht is dat het ambtenarenrecht gebaseerd is op een eenzijdige rechtsverhouding. Het besluit van de overheidswerkgever staat centraal in het ambtenarenrecht. In het arbeidsrecht staat het contract, de wilsovereenstemming tussen partijen centraal.

De eenzijdigheid van de aanstelling heeft een fictief element in zich, in die zin dat ook aan de aanstelling van de ambtenaar wilsovereenstemming vooraf gaat. In het IBO rapport wordt dan ook terecht geconstateerd dat dit juridische verschil nauwelijks praktisch belang heeft. Ik ben van mening dat aan de basis van een rechtstelsel uitgangspunten moeten worden gehanteerd die zowel inhoudelijk als feitelijk een juiste weergave vormen van hetgeen beoogd wordt. Ook in de arbeidsrelatie tussen de overheid als werkgever en de ambtenaar dient de wilsovereenstemming centraal te staan. Het wederzijds kiezen om een arbeidsrelatie aan te gaan dient niet vorm te worden gegeven in een eenzijdige rechtshandeling, waarbij de ambtenaar formeel geen rol bij speelt. De positie van de ambtenaar (en het ambtenarenrecht) is in de loop der tijd geëmancipeerd. Het sluit daarbij aan om dan ook de wilsovereenstemming als uitgangspunt te nemen.

De eenzijdigheid van de rechtsverhouding heeft methodisch er toe geleid dat in het ambtenarenrecht het (eenzijdige) besluit van de overheidswerkgever centraal staat.

In art 125 Ambtenarenwet is de verplichting opgenomen voor overheidswerkgevers om regels op te stellen op 17 met name genoemde onderwerpen, die tezamen nagenoeg de gehele rechtspositie van de ambtenaar beslaan. De verschillende overheidswerkgevers hebben deze regelingen vervolgens uitgewerkt in rechtspositieregelingen. De keuze om in de Ambtenarenwet nauwelijks materiële wetgeving op te nemen over de rechtspositie van ambtenaren tezamen met de verplichting aan de overheidswerkgever om regels te stellen op de verschillende onderdelen van de ambtelijke rechtspositie, zorgen ervoor dat het ambtenarenrecht een grote regeldichtheid kent. Enerzijds doordat in de verschillende sectoren voor een belangrijk deel dezelfde regels worden opgesteld. Dit is niet echt efficiënt. Een overstap naar de systematiek van het Burgerlijk Wetboek met regels van dwingend recht, $\frac{3}{4}$ dwingend recht (afwijking bij CAO mogelijk) en regelend recht (afwijking bij arbeidsovereenkomst mogelijk) zou efficiënter zijn. De kosten van het overleg per sectortafel zouden kunnen worden teruggedrongen en anderzijds de gewenste flexibiliteit voor sectoraal maatwerk blijven behouden door per CAO afwijkende afspraken te maken, daar waar daar behoefte aan bestaat.

¹⁷ IBO rapport Buitengewoon normaal, p. 33-36.

¹⁸ IBO rapport Buitengewoon normaal, p. 36-37.

De eenzijdigheid van de rechtsverhouding verklaart de keuze om de overheidswerkgever te verplichten de regels ten aanzien van de ambtelijke rechtspositie uit te werken. Omdat de ambtenaar geen contractspartij is en de overheid eenzijdig de inhoud van de condities van de aanstelling zou kunnen vaststellen en wijzigen, is het van belang geacht dat de overheid van die vrijheid alleen gebruik kan maken, indien deze is gebaseerd op een in de rechtspositieregelingen neergelegde bevoegdheid.

In het civiele arbeidsrecht is de verplichting tot het stellen van regels over de rechtspositie van werknemers niet op een vergelijkbare wijze geregeld. Praktijk is wel dat (grote) werkgevers naast de wettelijke regelingen meestal zowel een CAO als een personeelsgids kennen, waarin de rechtspositionele aangelegenheden zijn uitgewerkt. Het uitgangspunt dat de contractvrijheid de ruimte bepaalt voor hetgeen wel of niet geregeld gaat worden, gaat slechts gedeeltelijk op voor het arbeidsrecht. De wetgever heeft zowel in algemene arbeidswetgeving, het BW, als in specifieke wetgeving vele voorschriften opgenomen die bepalend zijn voor de rechtspositie. Voorschriften die vaak het karakter hebben van een minimumnorm of van een raamregeling, die vervolgens nog moeten worden uitgewerkt. Voortkomend uit onder meer de functie van het sociaal recht om ongelijkheid te compenseren.¹⁹

Het civiele recht kent grote betekenis toe aan de redelijkheid en billijkheid als toetsingsnorm voor het handelen van werkgever en werknemer. Als norm vastgelegd in art. 7:611 BW, het goed werkgever –en werknemerschap. Voorts ook terug te vinden in de algemene bepalingen van het overeenkomstenrecht. Deze bepaling is van groot belang in het open stelsel van het arbeidsrecht, waarbij de redelijkheid en billijkheid als vangnet dient bij geschillen.

In het ambtenarenrecht zijn op basis van de Awb beginselen van behoorlijk bestuur ontwikkeld die als richtsnoer dienen voor het handelen van de overheidswerkgever. In de Ambtenarenwet gaat binnenkort ook een bepaling opgenomen worden vergelijkbaar met art. 7: 611. In art. 125ter Ambtenarenwet komt dit te staan.²⁰ Binnen de eenzijdige kaders van het ambtenarenrecht dat zich kenmerkt door een gesloten stelsel van normen, is het de vraag of deze bepaling ene vergelijking functie kan gaan hebben als in het arbeidsrecht. Daarmee worden elementen van het ene stelsel in het andere ingebracht, waarbij eens te meer de vraag naar het bestaansrecht van tweede gescheiden stelsels aan de orde zou moeten komen.

Indien over gegaan zou worden tot volledige normalisatie van de ambtelijke rechtspositie, dan zullen met name op het terrein van het ontslagrecht de grootste verschillen waarneembaar zijn. Het ambtenarenrecht kent een stelsel met gesloten ontslaggronden, zonder preventieve externe toetsing. Het civiele ontslagrecht wordt gekenmerkt door een open stelsel van ontslaggronden, met een preventieve externe toetsing.

Tijdens het congres over het IBO-rapport werd duidelijk dat er verschillend wordt gedacht over de wenselijkheid en noodzaak van het afschaffen van de ambtelijke status. Maar in de sessie waar op het ontslagrecht werd ingegaan, overheerste de opvatting, dat indien overgegaan zou worden tot volledige normalisering, het dan wel van belang is dat gekeken wordt welke elementen uit het civiele –en ambtenarenontslagrecht behouden dienen te worden. Er zou geen sprake moeten zijn van het integraal onderbrengen van de ambtenaren onder het huidige civiele ontslagrecht, waar ook de nodige kritiek op geleverd wordt.

5. Rechtsbescherming

De rechtsbescherming van ambtenaren is geregeld in het bestuursrecht. Zowel qua systematiek als rechtsgang verschilt dit van het civiele arbeidsrecht.

¹⁹ P.F. van der Heijden en F.M.Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht*, Deventer: Tjeenk Willink 2001.

²⁰ *Kamerstukken I*, 2004/05, 29 436, A.

Kenmerkend voor het ambtenarenrecht is dat in de arbeidsrelatie bij de overheid alles draait om het eenzijdige besluit van de overheidswerkgever, met de rechtsgevolgen die daaraan zijn verbonden in de Algemene Wet Bestuursrecht. Tijdens het congres over het IBO-rapport heeft Naves gewezen op de juridiserende werking van het besluit en de daaraan gekoppelde termijnen op grond van de Awb. Bijvoorbeeld bij een reorganisatie kunnen er in het proces op verschillende momenten besluiten aan de orde zijn die, indien de ambtenaar daartegen geen bezwaar aantekent, rechtskracht krijgen. Naves wijst op de situatie dat een ambtenaar die wordt ontslagen wegens reorganisatie in beroep stellingen kan betrekken als: mijn functie is ten onrechte opgeheven; niet ik maar een collega moet worden aangemerkt als herplaatsingskandidaat, ik sta op een te lage plaats op de afvloeiingslijst of ik ben ten onrechte gepasseerd voor een aantal vacante functies. Het is waarschijnlijk dat op al deze onderdelen eerder een besluit is genomen. Indien daar tegen niet tijdig bezwaar is aangetekend is daar niets meer tegen te doen. Naves komt dan ook tot de conclusie dat de geweldige Awb rechtsbescherming onder deze omstandigheden een conflictopwekkend karakter heeft en dat besluiten kunnen fungeren als struikelblokken bij de besluiten waar het echt om gaat.²¹

Op het terrein van rechtsbescherming zijn bij de vraag of de ambtelijke status dient te komen te vervallen duidelijke keuzes gewenst. Het vervallen van de ambtelijke status houdt in dat het bestuursprocesrecht alleen nog zal gelden in de relatie tussen burger en overheid. In de relatie overheid tot de overheidswerknemer zou dan het arbeidsprocesrecht gaan gelden. Bij de totstandkoming van de Algemene Wet Bestuursrecht is er juist voor gekozen om ten aanzien van alle besluiten van de overheid, in welke hoedanigheid dan ook, eenzelfde procesrecht van toepassing te laten zijn. Op het moment dat de ambtelijke status afgeschaft wordt, wordt deze keuze verlaten en wordt er een scheiding gemaakt tussen de twee petten van de overheid.

Arbeidsverhoudingen hebben bijzondere kenmerken. Het duurelement in de arbeidsbetrekking speelt daarbij een belangrijke rol en de (machts)verhouding tussen partijen. Dit heeft ook tot gevolg dat arbeidsgeschillen of deze nu in het civiele recht of in het ambtenarenrecht plaatsvinden bijzondere kenmerken hebben.²² Van Peijpe geeft aan dat op dit moment het commune arbeidsprocesrecht van de kantonrechter betere mogelijkheden biedt om definitieve oplossingen voor conflicten in de arbeidsverhouding te creëren dan het bestuursprocesrecht.²³

Bij de besluitvorming over de toekomst van de ambtelijke status is het ook van belang om te kijken of het de voorkeur geniet om de kantonrechter als specifieke arbeidsrechter, ook de bevoegde rechter in het kader van ambtenarenzaken te laten zijn, dan wel om bv. binnen de rechtbanken over te gaan tot het oprichten van arbeidskamers die een rol kunnen spelen bij het beslechten van arbeidsgeschillen.

6. CAO-overleg

Het meest bijzondere element van het CAO-overleg bij de overheid is wel het overeenstemmingsvereiste en daaraan gekoppeld het meerderheidsvereiste. In art. 125 lid 1 onder q AW staat dat de overheidswerkgever in regelgeving moet aangegeven over welke onderwerpen overeenstemming met de vakorganisaties dient te worden bereikt. Dit wordt wel aangeduid als het overeenstemmingsvereiste. Voor de rijksoverheid is het overeenstemmingsvereiste in art. 105 ARAR vastgelegd voor het overleg met het Sector Overleg Rijk (SOR). Overeenstemming is bereikt als de meerderheid van de vier centrales er voor is. Indien de stemming binnen de sectorcommissie staakt,

²¹ H.C.Naves, 'De ambtenaar en zijn besluiten', opgenomen in L.C.J.Sprengers (red) "Heeft de ambtelijke status nog toekomst? CAOP:Den Haag 2005.

²² A.F.M. Brenninkmeijer en L.C.J. Sprengers, Arbeidsconflicten bij de overheid, (oraties Universiteit Leiden), SDU Den Haag 2003.

²³ T. van Peijpe, AW of BW, SMA 2005-9, p.405

beslist de Minister BZK of het besluit ten uitvoer wordt gebracht. Dit wordt wel het meerderheidsvereiste genoemd.

Ook de overige overheden hebben het overeenstemmingsvereiste en meerderheidsvereiste vastgelegd op een veelal vergelijkbare wijze in protocollen en arbeidsvoorwaardenregelingen.²⁴

Het overeenstemmingsvereiste komt in die vorm niet voor bij het CAO-overleg in de marktsector. Daar is sprake van contractsvrijheid. Er is geen verplichting om tot overeenstemming te komen. De regels van het verbintenissenrecht gelden, hetgeen betekent dat partijen met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid met elkaar het overleg moeten voeren, maar de verplichting om tot overeenstemming te komen is niet op voorhand aanwezig.

In het IBO-rapport wordt aangegeven dat de beperkingen die nu zijn ingebakken in het overeenstemmingsvereiste komen te vervallen bij een overstap naar het CAO-model. Verwacht wordt dat dit de flexibiliteit ten goede zal komen en blokvorming aan de zijde van de centrales de wind uit de zeilen kan worden genomen. Gewezen wordt op de mogelijkheid voor de werkgever om met een minderheid van de overheidsvakbonden of slechts met één van de bonden een CAO af te sluiten.

Wat opvalt is dat het IBO-rapport op dit punt met name aandacht besteedt aan de mogelijkheid om versoberingen door te voeren. Dit lijkt een door de huidige (economische) situatie gekleurde redenering. Ik zou een andere argumentatie voorop willen stellen. Er ontstaat meer flexibiliteit in het arbeidsvoorwaardenoverleg, indien de mogelijkheid wordt geïntroduceerd om een rechtsgeldige CAO af te sluiten tussen de werkgever en een van de vakbonden. Deze vrijheid past bij de grondgedachte van de vrijheid van onderhandelen, die het CAO-model kenmerkt. Bij de introductie van het overeenstemmingsvereiste werd met name beoogd een (juridische) basis voor een gelijkwaardige onderhandelingspositie van de vakbonden versus de overheidswerkgever te creëren, mede vanwege de beperkingen die voor ambtenaren golden ten aanzien van het voeren van collectieve acties.

Geconstateerd kan worden dat de vakbonden bij de overheid zich inmiddels binnen de kaders van het sectorenmodel hebben ontwikkeld tot volwaardige overlegpartners in het arbeidsvoorwaardenoverleg. Bij patstellingen in het overleg wordt in voorkomende gevallen het gebruik maken van collectieve actiemiddelen niet geschuwd. Het recht op het voeren van collectieve actie wordt inmiddels, gezien de ontwikkelingen in de rechtspraak, ook voor de overheidssectoren (grotendeels) erkend. Bij 'zware' CAO-conflicten wordt de mogelijkheid van advies –en arbitrage minder vaak gebruikt dan de mogelijkheid om via (de dreiging met) actiemiddelen druk op de onderhandelingen te zetten.

Gezien deze ontwikkeling in de positie van de vakbonden bij de overheid is de vraag aan de orde of het handhaven van het overeenstemmingsvereiste nog noodzakelijk is om een gelijkwaardige onderhandelingspositie veilig te stellen. Ik denk dat die noodzaak is komen te vervallen. Dit instrument heeft alleen nog een functie in die situaties waarin de beperkingen aan het gebruik maken van het collectief actierecht van dien aard zijn, dat dit de mogelijkheden van de vakbond wezenlijk belemmert om zijn positie in de onderhandelingen met voldoende kracht te ondersteunen, bijvoorbeeld in de defensiesector.

In de tweede beleidsoptie in het IBO-rapport, het handhaven van de status quo met aanpassingen in het huidig stelsel, wordt als een van de noodzakelijke aanpassingen aangegeven dat bij sommige overheidswerkgevers de behoefte bestaat het meerderheidsvereiste te doorbreken. Deze optie is niet echt als een goed uitgewerkte optie te beschouwen, maar meer als het onder de aandacht brengen van wijzigingen die met name vanuit werkgeverskant in het huidig collectief overlegstelsel bij de overheid wordt gewenst.

²⁴ Zie bv. voor departementaal niveau art. 113 ARAR ,voor de gemeenten art. 12:2 CAR/UWO, voor de provincies art. I.2 t/m I.4 CAP.

Ik vind dat het onderbrengen van het CAO-overleg bij de overheid onder de WCAO bij volledige normalisering door middel van een wetwijziging gerealiseerd dient te geschieden. De overstap van het overheidsoverlegstelsel naar het CAO-model, kan alleen als ook wordt besloten om in de individuele arbeidsverhouding de eenzijdige aanstelling te vervangen door de arbeidsovereenkomst.

Indien daartoe wordt besloten, is dat bij uitstek een goede gelegenheid om tevens na te gaan of andere aanpassingen in het CAO-recht aangebracht zouden moeten worden. Te denken valt aan onderwerpen die op dit moment in de arbeidsrechtelijke literatuur veel aandacht trekken als de binding van de niet-gebonden werknemer, de CAO afgesloten door een vakbond met geen of nauwelijks leden binnen de onderneming of die onder invloed van de werkgever staat en het AVV van CAO's.²⁵ Ook zou aandacht besteed dienen te worden aan de vraag of er niet meer structuur moet komen in de regels over het sociaal plan.²⁶ Het onderbrengen van de ambtenaren onder het CAO-recht is een goede aangelegenheid om het CAO-recht te moderniseren.

Een aspect waar ook aandacht aan besteed zal moeten worden bij de overgang van het overlegstelsel bij de overheid naar het CAO-model, is de vraag of de advies –en arbitrageregelingen die de overheidssectoren nu kennen behouden dienen te blijven en opgenomen moeten worden binnen het CAO-model dan wel dat op een andere wijze inhoud gegeven zal gaan worden aan de verplichting van art. 6 lid 3 ESH.

7. Wie A zegt, moet B zeggen?²⁷

De ontwikkelingen binnen de ambtelijke status van de afgelopen 25 jaar maken dat de noodzaak om het einddoel van het normaliseringsproces te bepalen steeds belangrijker wordt.

Naar mijn opvatting moet de keuze voor het einddoel niet louter worden bepaald door het functioneren van de ambtelijke rechtspositie op dit moment. Een pakketvergelijking sec met voor- en nadelen van de verder te ondernemen stappen, biedt een te beperkt referentiekader om de vraag 'waarheen met de ambtelijke status' te beantwoorden.

Deze vraag zal beantwoord moeten worden vanuit een visie op de gewenste ontwikkelingen in arbeidsverhoudingen binnen de Nederlandse samenleving. De vraag zal aan de orde gesteld moeten worden of het handhaven van verschillende rechtsstelsels voor werknemers en ambtenaren (nog) nodig en te rechtvaardigen is.

Ik heb eerder aangegeven voorstander te zijn van een verdergaande normalisering. Tevens heb ik aangegeven dat als die keuze niet wordt gemaakt, het dan wel van belang is om een duidelijk goed onderbouwde keuze te maken voor het handhaven van de ambtelijke rechtspositie en daarbij dan ook te komen tot een heroverweging ten aanzien van de inhoud van de Ambtenarenwet.²⁸ Het proces van decentraliseren van het arbeidsvoorwaardenoverleg in combinatie met de uit de Ambtenarenwet voortvloeiende procedurele verplichting voor iedere overheidswerkgever om in een regeling de materiële ambtelijke rechtspositie vast te leggen, heeft geleid tot een versnipperde vormgeving van de ambtelijke rechtspositie per sector.

Indien besloten zou worden om het normaliseringsproces niet af te ronden, zou mijns inziens serieus overwogen moeten worden om de Ambtenarenwet meer te voorzien van materiële

²⁵ Zie over actuele vraagstukken in het CAO-recht onder meer: A.Ph.C.M.Jaspers, 'De toekomst van de CAO en de CAO van de toekomst', *SR* 2002, p. 271-272; het boek naar aanleiding van het tweede arbeidsrechtcongres 12-13 november 2004: C.L. Loonstra (red), *CAO-recht in beweging*, Den Haag: SDU 2005 en A.Stege, 'CAO-actualiteiten: de art. 14-werknemer, misbruik van CAO-recht en selectieve algemeen verbindendverklaring', *SR* 2005-43.

²⁶ Zoals onder meer voorgesteld door J. M. van Slooten, 'Kroniek van het Sociaal recht', *NJB* 2005, p. 1629-1629; J.v.d. Hulst, 'Naar een Wet op het sociaal plan?', *Arbeid Integraal* 1999-7, p. 235-238.

²⁷ Een variatie op de titel die van Van Peijpe aan zijn bijdrage aan over het IBO-rapport gaf: 'AW of BW', *SMA* 2005-9.

²⁸ Sprengers, 2001, p. 343/344.

normen die inhoud geven aan de rechtspositie van alle ambtenaren. Met een model van dwingend recht, driekwart dwingend recht en regelend recht, zoals kenmerkend is voor het civiele arbeidsrecht, kunnen regelingen worden opgenomen in de Ambtenarenwet die gelden voor alle ambtenaren, tenzij met de vakorganisaties of in de aanstelling andere afspraken worden gemaakt. Daarmee wordt voldaan aan de behoefte aan flexibiliteit en maatwerk, maar wordt tevens de noodzaak om per sector dezelfde onderwerpen te regelen verminderd.

Mede op basis van de conclusies van het IBO-rapport acht ik de voordelen van een keuze voor het vervallen de ambtelijke status op deze punten hoger, omdat er dan sprake is van één regeling voor het hele arbeidsrecht in Nederland.

Een belangrijk aandachtspunt, zo bleek ook tijdens het congres, om bij dit besluitvormingsproces niet het beeld op te roepen dat de ambtenaren 'hun status moeten inleveren' en dat er voor het overige geen andere keuze is dan aan te sluiten bij het huidige civiele arbeidsrecht. Ik vind dat de vraag 'waarheen met de ambtelijke status' moeten worden ingebed in een bredere vraag, namelijk 'Welk rechtsstelsel is gewenst voor werkend Nederland?'

Dit betekent dat de kenmerken van het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht geanalyseerd moeten worden en dat vervolgens een keuze gemaakt moet worden over het rechtsstelsel zoals dat voor eenieder in Nederland die arbeid verricht zou moeten gelden. Op dit moment vindt er in het civiele arbeidsrecht ook discussie plaats over met name het ontslagrecht. Aan de SER is advies gevraagd om bij de het advies over het sociaal economisch beleid op de midden lange termijn ook aandacht te besteden aan het toekomstig ontslagrecht.²⁹

Het IBO-rapport en het daarover te formuleren kabinetsstandpunt en vervolgens het overleg daarover in de Kamer bieden een goede mogelijkheid om beide ontwikkelingen samen te brengen. Gekeken kan worden naar het gewenste ontslagrecht in Nederland en de daarbij behorende rechtsbescherming.

Ook op het terrein van het CAO-recht zijn de nodige discussies gaande (zie hiervoor par. 6). Op het moment dat de keuze gemaakt zou moeten worden om het overleg over arbeidsvoorwaarden bij de overheid onder te brengen onder het CAO-recht is het goed om dergelijke vraagstukken nader te beschouwen. Voorkomen moet worden dat ook op dit onderdeel de enige afweging die gemaakt gaat worden is of er aangesloten moet worden bij de huidige regeling voor de marktsector.

Bij de vraag of de ambtelijke status dient te worden afgeschaft, is het ook van belang om na te gaan of de bijzondere positie de overheid met zijn twee petten, de pet van wetgever en werkgever, met zich meebrengt dat er op onderdelen aparte regels nodig zijn.

Daarbij dient onderkend te worden dat het arbeidsrecht voldoende ruimte biedt om binnen kaders van CAO-afspraken ruimte te bieden voor maatwerk.

Ook kan de methode gevolgd worden die bij de invoering van de Wet op de Ondernemingsraden bij de overheid is gehanteerd, namelijk om in de wet in een apart hoofdstuk de bijzondere regels voor de werknemer bij de overheid op te nemen. Bijzondere bepalingen kunnen op die manier in het BW tot uiting komen.

Zelfs zou er aan gedacht kunnen worden om binnen de kaders van het civiele recht te kiezen voor de handhaving van een bijzondere benaming van de overheidswerknemer. Ik vraag me af of die noodzaak er is en zou daar niet te snel toe overgaan. Het feit dat een werknemer bij de overheid bij een bijzondere werkgever werkt die belast is met het uitvoeren van publieke taken, wordt niet anders als de overheidswerknemer als werknemer of ambtenaar wordt aangeduid. Het bijzondere aspect van het werken bij de overheid, zit in de taken waarmee de overheid is belast.

²⁹ SER adviesaanvraag over sociaal economisch beleid op de midden lange termijn dd. 15 februari 2005 en aangevuld bij brief 29 april 2005 om daarbij een aantal vragen over het ontslagrecht te betrekken.

Maar indien toch zou blijken dat er behoefte is om de bijzondere positie van de ambtenaar tot uitdrukking te laten komen in een bijzondere benaming van de overheidswerknemer, dan hoeft dat niet te betekenen dat daarvoor de ambtelijke status gehandhaafd moet worden. Het is ook mogelijk om te kiezen voor een bijzondere benaming binnen de kaders van het civiele arbeidsrecht.

Het kabinet heeft den interdepartementale werkgroep de opdracht gegeven de voor- en nadelen van volledige normalisatie van de rechtspositie van het overheidspersoneel in kaart te brengen. Het is de bedoeling dat het kabinet op basis van de bevindingen van de werkgroep gaat besluiten of het wenselijk is het normalisatieproces verder door te zetten. Het IBO-rapport maakt geen keuze. Het IBO-rapport bepaalt de te kiezen invalshoek niet. Dit wordt aan het kabinet overgelaten. Het IBO-rapport geeft wel inzicht in de voor- en nadelen van volledige normalisatie.

De ervaringen bijvoorbeeld in de onderwijssector waarin een belangrijk deel van het personeel werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst, maken duidelijk dat een keuze voor het afschaffen van de ambtelijke status goed mogelijk is. Ook de overgang van de medezeggenschap bij de overheid, die is ondergebracht in een tot dan toe alleen voor de marktsector geldende wet, de Wet op de Ondernemingsraden, heeft duidelijk gemaakt dat het onderbrengen van een dergelijk belangrijk onderdeel van de ambtelijke rechtspositie in een reeds bestaande wet zeer wel mogelijk is. Dit neemt niet weg dat bij de wijze waarop dit gedaan is nog kanttekeningen te plaatsen zijn. Met name ten aanzien van de vormgeving van de bepalingen over het primaat van de politiek is dit zeer wel mogelijk.³⁰

Maar dergelijke kritiek is niet bepalend voor de vraag met welk stelsel gewerkt moet worden. Veel van die kritiekpunten hebben te maken met de gewenste materiële vormgeving van de rechtspositie van het overheidspersoneel. Deze kritiek is niet bepalend voor de keuze tussen beide stelsel.

Het komt derhalve neer op de visie op de ontwikkeling van de arbeidsverhoudingen in Nederland. Deze is voor een groot deel bepalend voor de waardering van de voor- en nadelen van volledige normalisatie.

In 1998 heeft het ROP een advies uitgebracht over de ambtelijke status. Daarin is geconcludeerd dat het natuurlijk moment om te komen tot het afschaffen van de ambtelijke status nog niet is aangebroken. Indien deze analyse in 1998 juist was, dan moet geconstateerd worden dat de ervaringen sindsdien met de verdergaande normalisatie en het implementeren van contractelementen binnen de ambtelijke status er voor pleiten om verdergaande stappen te nemen. Het natuurlijk moment lijkt steeds meer aangebroken. Ik vraag me echter af of in dit proces er een ooit 'natuurlijk' moment zal optreden. Het ROP-advies uit 1998 komt neer op neer dat toen nog geen keuze over het einddoel is gemaakt. Een formulering waarin voor- en tegenstanders van verdere normalisering binnen de kring van de sociale partners bij de overheid zich op dat moment konden vinden. Ik zou het als een gemiste kans beschouwen, indien het ROP-advies dat binnenkort uitgebracht gaat worden, wederom zou inhouden dat het natuurlijk moment nog niet is aangebroken.

Ik vind het van belang dat het einddoel wordt bepaald. Wordt nadat eerst A is gezegd, nu ook B gezegd? Het is van belang om duidelijk te bepalen met welke 'letters' gewerkt zal gaan worden. De 'A' van Ambtenarenwet of de 'B' van Burgerlijk Wetboek. Op weg naar de 'C' van het contractenstelsel, dat het best pas bij arbeidsverhoudingen?

³⁰ Zie over de strikte uitleg van het primaat van de politiek in de rechtspraak HR 20 mei 2005, ARO 2005/81; JAR 2005/156 (SSC HRM). Commentaar daarop van P.A.M. Witteveen, SMA, 2005-10 en L.C.J.Sprengers SR 2005-7, p. 272-277. Zie voor een overzicht van de eerdere rechtspraak over het primaat van de politiek: P.A.M. Witteveen, Het politieke primaat en de OR: een overzicht, *Arbeidsrecht* 2005/13. Zie voor commentaar over het primaat van de politiek in het kader van het inmiddels ingetrokken wetsontwerp WMW: L.C.J.Sprengers, Medezeggenschapstructuur en primaat van de politiek, SMA 2005-5, p. 228-231.

Het moment voor het maken van een duidelijke keuze is aangebroken. De benodigde bouwstenen zijn aanwezig. Na het bepalen van het einddoel kan vervolgens de nodige aandacht worden besteed aan de nog te volgen weg naar dit einddoel toe. Maar van belang blijft dat wordt bepaald wat de toekomst van de ambtelijke status zal zijn.