

Wet normalisering rechtspositie ambtenaren

Dogmatisch grotere verschillen dan in de praktische uitwerking

Inleiding

Op 28 maart 2017 is de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (Wnra) in het Staatsblad gepubliceerd. De Wnra werd daarmee een feit.¹ Dat was ruim zes jaar nadat Kamerleden Van Hijum en Koşer Kaya hun initiatiefwetsvoorstel bij de Tweede Kamer aanhangig hadden gemaakt.² De grondslag van de arbeidsverhouding van een groot deel van de Nederlandse ambtenaren zal daarmee overgaan van de eenzijdige publiekrechtelijke aanstelling naar de arbeidsovereenkomst die beheerst wordt door de regels van het Burgerlijk Wetboek (BW). Het heeft relatief veel tijd gekost om deze wet tot stand te brengen. Ook de implementatie daarvan gaat de nodige tijd kosten. De inwerkingtreding wordt verwacht per 1 januari 2020.³ Tot die tijd is er nog veel werk te verzetten. Er is werk aan de winkel voor de wetgever. Naar verwachting zullen ongeveer honderd wetten in formele zin aangepast moeten worden en daarnaast uiteraard algemene maatregelen van bestuur en ministeriële regelingen. Bovendien is er werk aan de winkel voor de vakbonden, werkgeversorganisaties en de individuele werkgevers. Dit artikel geeft een kort overzicht van de wijzigingen die deze wet met zich brengt. Wat dit alles precies gaat betekenen voor de praktijk zal zich de komende jaren steeds verder uitkristalliseren.

Waarom deze wet?

De memorie van toelichting bij de Wnra is vrij kort en duidelijk over het 'waarom' van het wetsvoorstel. De indieners nemen tot uitgangspunt dat de arbeidsverhoudingen bij de overheid uiteindelijk gelijk zouden moeten zijn aan de verhoudingen in het private bedrijfsleven. Ze zien alleen reden voor afwijking van het private regime als daarvoor zwaarwegende argumenten bestaan. Dat is een principiële keuze. Beslissend is in de visie van de initiatiefnemers dat zowel voor ambtenaren als voor werknemers twee elementen kenmerkend zijn: ondergeschiktheid en loonafhankelijkheid. De keuze voor omschakeling naar het burgerlijk recht is blijkens de memorie van toelichting onder andere gebaseerd op de gedachte dat een overeenkomst beter past bij de gelijkwaardigheid tussen werkgever en werknemer dan een eenzijdige aanstelling. Ook speelde een rol dat het instrument van de collectieve arbeidsovereenkomst (cao) een handiger arbeidsvoorwaardeninstrument zou zijn dan de ambtelijke rechtspositieregeling. Een cao geldt immers als zodanig en hoeft niet meer te worden omgezet in een rechtspositieregeling.⁴ De ontslagprocedure op basis van het BW was volgens de indieners een stuk eenvoudiger zijn dan de ambtelijke ontslagprocedure. Het bestuursrecht was volgens hen niet zo geschikt voor het beslechten van arbeidsrechtelijke geschillen. Bovendien zou in het ambtenarenrecht te veel worden

¹ Staatsblad 2017, 127.

² Initiatiefwetgeving is geregeld in artikel 82 Grondwet. De terminologie wijkt af van die van het tot stand brengen van wetten van de zijde van de regering.

³ Kamerstukken 32 550, Tweede Kamer, nr. 60, Brief van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, van 20 januari 2017 met betrekking tot het implementatietraject normalisering rechtspositie ambtenaren.

⁴ Hetgeen in de praktijk wel wordt aangeduid als "ambtenarencao", is geen cao in de zin van de Wet op de cao.

geprocedeerd, niet alleen over ontslagen maar ook over kwesties als afwijzingen op sollicitaties, reorganisaties en beoordelingen. Over de redenen voor normalisering is in de loop der tijden – niet alleen gedurende het wetgevingstraject maar ook al ver daarvoor – soms zelfs heftig van gedachten gewisseld.⁵

Cultuuraspect

Het principiële uitgangspunt van de indieners is 'gelijkheid'. Het vertrekpunt gelijkheid veronderstelt dat er eigenlijk geen goede gronden zijn om arbeidsverhoudingen van ambtenaren anders te regelen dan die in de private sector. Het idee dat een contractuele relatie beter de gelijkwaardigheid van partijen representeert dan een aanstelling, is theoretisch goed te volgen. Immers een contract veronderstelt wilsovereenstemming van twee partijen. Een aanstelling is eenzijdig. In de praktijk echter is het niet de aanstelling als zodanig die enige vorm van ongelijkwaardigheid representeert. Er is geen ambtenaar tegen zijn wil aangesteld. Aan de aanstelling van een ambtenaar gaat wilsovereenstemming vooraf. En de mogelijkheden van een werknemer om werkelijk vrij te contracteren zijn ook beperkt. De zorg was van oudsher een andere, te weten dat de overheid tegelijkertijd wetgever en werkgever is. Die combinatie kan de overheid een machtspositie geven ten opzichte van de ambtenaar. Om die reden is er in en op basis van de Ambtenarenwet 1929 een stevige basis voor de rechtsbescherming van de ambtenaar gelegd.

Een ambtenaar kan laagdrempelig tegen zijn ambtelijk werkgever procederen over alles wat kwalificeert als een besluit of een daarmee gelijkgestelde handeling in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). De Ambtenarenwet 1929 gaf dat recht al voordat de Awb in 1994 in werking trad en de wetgever heeft bij inwerkingtreding van de Awb geen afbreuk willen doen aan die rechten.⁶ Voor een ambtenaar is het indienen van een bezwaarschrift en beroep bij de rechter in twee instanties een normale manier om in een rechtspositioneel geschil tot een oplossing te komen. Een ambtelijk werkgever beschouwt dat in het algemeen ook als het goed recht van die ambtenaar. Natuurlijk zijn er situaties waarin een ambtenaar bezwaar op bezwaar en beroep op beroep stapelt of de werkgever besluit op besluit en de verhoudingen daardoor belast, zo niet volledig verstoord raken. Maar normaal gesproken leidt een bezwaar of beroep niet tot een probleem. Een werknemer zal niet zo snel de handschoenen opnemen tegen zijn werkgever. Dat leidt dan ook tot een iets andere cultuur. Dat neemt niet weg dat cao's soms ook vormen van bezwaar of beroep kennen. Bijvoorbeeld de mogelijkheid bezwaar te maken tegen een beoordeling inclusief een mogelijkheid van beroep op een Cao-commissie.⁷ Arbeidsjuristen die in de ambtelijke sector werken zijn echter gewend aan geschillen over een breed scala van onderwerpen. Het wordt interessant om te bezien in hoeverre de cao's die in de publieke sector de komende jaren afgesloten moeten worden, ook in extra rechtsbescherming via bezwaar- of beroepscommissies zullen blijven voorzien.

Normalisering betekent echter toch dat ambtenaren eraan zullen moeten wennen dat zij niet meer op een relatief laagdrempelige manier en zo goed als zonder proceskostenrisico al hun verschillen van opvatting met de werkgever rechterlijk kunnen laten toetsen.⁸

⁵ Kamerstukken, Tweede Kamer, 2010–2011, 32 550, nr. 3, paragraaf 2, "Historisch besef".

⁶ Zie artikel 8:1 lid 2 Awb.

⁷ Zie bijvoorbeeld de Cao GGZ, hoofdstuk 15.

⁸ In het bestuursrecht wordt een burger die tegen een overheid procedeert meestal niet in de proceskosten veroordeeld als hij de zaak verliest. Een natuurlijke persoon kan op grond van artikel 8:75 Awb slechts in de

Ook in het stelsel van collectief onderhandelen bij de overheid zijn extra waarborgen ingebouwd. Die hebben de vorm van het overleg- en overeenstemmingsvereiste dat in ambtelijke rechtspositieregelingen is opgenomen en waaraan voldaan moet worden om die regelingen te wijzigen. De publiekrechtelijke rechtspositieregelingen kunnen niet eenzijdig worden gewijzigd. Daaraan gaan afspraken met vakbonden vooraf. Ook aan echte cao onderhandelingen zullen alle betrokkenen moeten wennen.

Systeem van de nieuwe wet

Met de Wnra wordt geen einde gemaakt aan het ambtenaarschap als zodanig. Er blijft sprake van 'ambtenaren' en van een Ambtenarenwet. De Wnra wijzigt de huidige Ambtenarenwet 1929, het BW en een flink aantal andere wetten. De afgrenzingsbepaling van artikel 7:615 BW, die ambtenaren uitzondert van de werking van het boek 7, titel 10 BW wordt geschrapt. De Ambtenarenwet 1929 wordt integraal vervangen door een nieuwe Ambtenarenwet die achttien nieuwe artikelen telt. In de artikelen 1-3 van de nieuwe wet staan de definities van de begrippen ambtenaar en overheidswerkgever alsmede de uitzonderingen op het nieuwe stelsel. De artikelen 4-13 bevatten het materiële ambtenarenrecht. Daarin zijn de specifieke verplichtingen voor ambtenaar en overheidswerkgever opgenomen en een regeling voor vertrouwensfuncties. De artikelen 14-18 bevatten de overgangsbepalingen. Het zijn die bepalingen die juist in de transitiefase tot 2020 van groot belang zijn voor de praktijk en voor de acties die op dit moment moeten worden ondernomen.

Soorten ambtenaren

Om de rechtspositie van de ambtenaar te kunnen beoordelen is het in alle gevallen noodzakelijk om na te gaan welk ambtelijk statuut en welke regels van toepassing zijn. Dat blijft zo. De ambtenaar blijft onder de werking van de Wnra een ambtelijke status houden en sterker nog: er komen ambtenaren bij. In artikel 1 van de nieuwe Ambtenarenwet is de ambtenaar gedefinieerd als degene die krachtens een arbeidsovereenkomst met een overheidswerkgever werkzaam is. Beslissend voor het bezit van de ambtelijke status in de zin van de nieuwe Ambtenarenwet wordt daarmee wat een overheidswerkgever is. In artikel 2 is het begrip overheidswerkgever gedefinieerd door middel van een limitatieve opsomming van overheidswerkgevers. Wie niet werkzaam is bij een van de daargenoemde publiekrechtelijke werkgevers is geen ambtenaar in de zin van de nieuwe Ambtenarenwet. Een groot deel van deze overheidswerkgevers heeft op dit moment ook reeds ambtenaren in dienst. Denk bijvoorbeeld aan de Staat, provincies en gemeenten. Deze ambtenaren blijven ambtenaar maar krachtens arbeidsovereenkomst.

Naast de op dit moment ook reeds bestaande ambtelijk werkgevers bevat artikel 2 een uitbreiding. Zodra iemand werkzaam is bij een krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersoon, is hij ambtenaar. Daarmee komen medewerkers van bijvoorbeeld het UWV en de SVB binnen het bereik van de Ambtenarenwet. En ook wie werkzaam is bij een andere dan krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersoon, "waarvan een orgaan is bekleed met openbaar gezag, waarbij de uitoefening van dat gezag de kernactiviteit van de rechtspersoon vormt", is ambtenaar. Hierbij kan men denken aan de Nederlandse Bank. Dit is een Naamloze Vennootschap die openbaar gezag uitoefent krachtens de

kosten worden veroordeeld in geval van kennelijk onredelijk gebruik van procesrecht. In het civiele recht is dat anders.

Bankwet 1998. Wie bij deze overheidswerkgevers werkt, behoudt zijn arbeidsovereenkomst maar wordt tevens ambtenaar. Dat geldt voor iedereen die daar werkzaam is, ongeacht zijn functie.

Artikel 3 nieuwe Ambtenarenwet bevat de uitzonderingen op het begrip ambtenaar. Ook de hier genoemde functionarissen zijn werkzaam bij een overheidswerkgever maar met hen sluit een overheidswerkgever geen arbeidsovereenkomst. Artikel 3 heeft betrekking op politiek verantwoordelijke bestuurders (zoals ministers, burgemeesters en wethouders), leden van de rechterlijke macht, militairen, politieambtenaren, notarissen en deurwaarders. De rechtspositie van deze van de normalisering uitgezonderde groepen is ook op dit moment al geregeld in bijzondere wettelijke regelingen zoals de Militaire ambtenarenwet 1931, Politiewet 2012, Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren, Gemeentewet, Provinciewet, Wet op het notarisambt en de Wet rechtspositie ministers en staatssecretarissen. De rechtspositie van deze ambtenaren ondergaat geen wijziging. Zij worden wel aangeduid als 'blijfambtenaar'.⁹

Ten slotte zijn er ambtenaren die werknemer worden en geen ambtenaar nieuwe stijl. Daarbij dient gedacht te worden aan onderwijspersoneel in dienst van een privaatrechtelijke rechtspersoon. Na inwerkingtreding van de nieuwe wet is het dus van belang om na te gaan met welke categorie ambtenaar-werknemer men te maken heeft. Aan de hand daarvan kan worden bepaald welke rechtspositieregelingen van toepassing zijn.

Regels van toepassing op ambtenaren nieuwe stijl

Op diegenen die vallen onder de nieuwe Ambtenarenwet zullen verschillende regelingen van toepassing zijn.

Allereerst zijn er de wettelijke regelingen die voor alle werknemers gelden. Daarbij is nieuw dat het Burgerlijk Wetboek van toepassing is. Veel wettelijke regelingen waren immers ook nu al op ambtenaren van toepassing zoals de sociale zekerheidswetgeving, de Arbeidstijdenwet, de Arbeidsomstandighedenwet en de Wet op de Ondernemingsraden. Daaraan verandert niets. Ook de gelijke behandelingswetgeving blijft van toepassing op ambtenaren. Dat was al zo maar de grondslag daarvoor was in een aantal gevallen de Ambtenarenwet 1929. Vanaf de inwerkingtreding van de nieuwe Ambtenarenwet zal de desbetreffende wetgeving direct en krachtens het BW van toepassing zijn.

Daarnaast zijn er afspraken die specifiek op de betrokken arbeidsovereenkomst van toepassing zijn. Dat kunnen collectieve afspraken zijn, gemaakt tussen werkgeversorganisaties en vakbonden en vastgelegd in een cao, of individuele afspraken opgenomen in de individuele arbeidsovereenkomst. Tot zover zal er geen verschil zijn tussen werknemers zoals we die nu kennen en ambtenaren nieuwe stijl.

Voor die ambtenaren nieuwe stijl komen daar echter de regels bij die voortvloeien uit de nieuwe Ambtenarenwet. Dit zijn strikt genomen geen arbeidsvoorwaarden maar wel regels die tot de rechtspositie behoren en die bij niet naleving de bron kunnen zijn voor een stevig arbeidsgeschil en zelfs ontslag.

⁹ De term blijfambtenaar is van B. Barendsen. Zie: Normalisering ambtelijke rechtspositie. Veel verandert, maar veel blijft toch ook vertrouwd. Verslag actualiteitencongres CAOP van 9 november 2016. Dit congres werd gehouden de ochtend na de stemming in de Eerste Kamer waarbij de Wnra werd aangenomen.

Bijzonder aan ambtenaren is bovendien dat zij belast zijn met de uitoefening van een publieke taak en daarbij horen publiekrechtelijke bevoegdheden. Aan sommige ambtenaren kunnen publiekrechtelijke bevoegdheden zijn gemandateerd of geattribueerd. Deze gemandateerde of geattribueerde bevoegdheden behoren ook tot hun rechtspositie. Overigens is dat op zichzelf dan weer niet nieuw.

Inhoud van de nieuwe wet

De initiatiefwetgever beoogde in de nieuwe wet alleen dat te regelen dat specifiek is voor de ambtelijke status. Wie de bepalingen doorloopt, ziet dat daarbij nauw is aangesloten bij verplichtingen voor ambtelijk werkgever en ambtenaar die ook op dit moment in de wet en rechtspositieregelingen zijn opgenomen. Deze bepalingen kennen als gemeenschappelijk doel dat zij beogen het noodzakelijke vertrouwen, dat de burger in de overheid moet kunnen hebben en houden, te beschermen. De overheid is slechts tot op zekere hoogte een abstractie. De overheid handelt door haar functionarissen, de ambtenaren. De taken en bevoegdheden van de overheid wijzigen niet met de normalisering. De ratio van de bepalingen gericht op het beschermen van het vertrouwen in de overheid wordt dus niet anders na normalisering.

Sleutelwoorden voor deze bepalingen zijn 'integriteit' en 'transparantie'. De overheidswerkgever moet ervoor zorgen dat de ambtenaar weet aan welke regels hij zich te houden heeft en van die regels doordrongen is. De overheidswerkgever moet een integriteitsbeleid voeren en implementeren en een gedragscode voor goed ambtelijk handelen opstellen.¹⁰ Hij moet van zijn beleid op dit punt jaarlijks verslag doen. De overheidswerkgever moet zorgen dat de ambtenaar de eed of belofte aflegt. Ook moet hij de registratie en openbaarmaking van nevenfuncties verzorgen. De werkgever moet waarborgen creëren die beschermen tegen financiële belangenverstrengeling en voor het vermijden van financiële belangenverstrengeling. Ten slotte moet de overheidswerkgever een klokkenluidersregeling treffen.

De ambtenaar op zijn beurt moet zich als 'goed ambtenaar' gedragen. Hij moet zich houden aan de wet en voldoen aan de eisen die zijn functie stelt. Als hij daarin te kort schiet, wordt dit beschouwd als een tekortkoming in het nakomen van de plichten welke de arbeidsovereenkomst aan de ambtenaar oplegt. Aldus zijn de specifieke eisen die de ambtelijke dienst stelt als het ware geïncorporeerd in de arbeidsovereenkomst. Deze eisen zijn dan ook in zekere zin dubbel geborgd: zowel wettelijk als bij wijze van contractuele verplichting.

De eisen waaraan de ambtenaar moet voldoen, corresponderen grotendeels met waarborgen die de werkgever moet creëren. Op de ambtenaar rust de verplichting tot het afleggen van de eed of belofte. Hij mag geen nevenwerkzaamheden verrichten die, gelet op zijn functie, strijdig zijn met de belangen van de dienst. Hij mag, behoudens toestemming van de werkgever, niet aan aannemingen en leveringen ten behoeve van openbare diensten deelnemen en geen financiële belangen hebben die strijden met de belangen van de dienst dan wel specifiek door de werkgever zijn aangewezen. Ook mag de ambtenaar geen giften, beloningen of beloften aannemen van derden.

De ambtenaar heeft voorts een geheimhoudingsverplichting. Ook moet hij accepteren dat de functie die hij vervult ertoe kan leiden dat zijn vrijheid van meningsuiting en zijn

¹⁰ Zie bijv. de Gedragscode Integriteit Rijk 2016, Staatscourant 2016, Nr. 51732.

vrijheid van vereniging, vergadering en betoging beperkt zijn. Deze beperking geldt als het uitoefenen van die rechten de belangen van de dienst zou schaden.

Ten slotte is er in artikel 12 een specifieke regeling voor vertrouwensfuncties. Wie een vertrouwensfunctie bekleedt, moet in beginsel Nederlander zijn en als betrokkene niet door de screening op grond van de Wet op de veiligheidsonderzoeken komt, kan zijn arbeidsovereenkomst worden opgezegd. Hier geeft de wet dus een extra beëindigingsgrond. Ook kunnen op basis van artikel 13 aan bepaalde ambtenaren die beschikken over vertrouwelijke informatie beperkingen worden opgelegd uit een oogpunt van reizen naar bepaalde landen. Dit geldt ook voor gewezen ambtenaren.

Overgangsrecht?

Het overgangsrecht van de Wnra is ogenschijnlijk eenvoudig. Op het moment dat de wet in werking treedt, wordt de lopende aanstelling op grond van artikel 14 Wnra van rechtswege omgezet in een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht.¹¹ De rechten en plichten die de ambtenaar op dat moment had, worden geacht deel uit te maken van de arbeidsovereenkomst. De wetgever geeft hier een niet-limitatieve opsomming van relevante arbeidsvoorwaarden: "duur van het dienstverband, bezoldiging, werktijden, rooster, verlof, faciliteiten voor de uitoefening van de functie en studiefaciliteiten."

Verder is de bedoeling dat voordat de wet in werking treedt cao's worden afgesloten.¹² De geldende rechtspositieregelingen vervallen. Mocht dat niet tijdig lukken, dan werken de rechtspositieregelingen op grond van artikel 17 lid 3 Wnra door "als ware het een collectieve arbeidsovereenkomst, voor zover niet in strijd met deze wet of dwingendrechtelijke bepalingen van burgerlijk recht."

Dit overgangsrecht roept echter talloze vragen voor de praktijk op. Immers: wat zal nu precies de inhoud van de arbeidsovereenkomst van een ambtenaar worden? Hoe komt deze te luiden? Hoe inventariseer je welke rechten en plichten er deel van uit maken? En op welk moment doe je dat? Het zijn die vragen waarvoor ambtelijk werkgevers zich op dit moment gesteld zien. Hoe dit vorm zal krijgen, valt op dit moment nog niet te voorspellen.

Collectief onderhandelen?

Ten aanzien van het sluiten van collectieve arbeidsovereenkomsten zal een ander regime gaan gelden. Dat betreft zowel de regelingen die van toepassing zijn op het onderhandelen als de binding aan de collectieve arbeidsovereenkomsten. Zowel het stelsel van onderhandelen als de binding aan de rechtspositieregeling zijn op dit moment helder geregeld. De overheid is in sectoren verdeeld en per sector is er een sectoraal arbeidsvoorwaardenoverleg. In de sectorale regelingen liggen een overeenstemmings- en

¹¹ Artikel 14 lid van de wet luidt: "1. Met ingang van het tijdstip van inwerkingtreding van artikel I van de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren wordt de aanstelling die voor dat tijdstip is verleend aan een ambtenaar van rechtswege omgezet in een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht. Van de arbeidsovereenkomst maken deel uit de op dat tijdstip ten aanzien van de ambtenaar bestaande beslissingen, afspraken en toezeggingen inzake zijn arbeidsvoorwaarden, waaronder in ieder geval zijn begrepen: duur van het dienstverband, bezoldiging, werktijden, rooster, verlof, faciliteiten voor de uitoefening van de functie en studiefaciliteiten."

¹² "Zo is het de bedoeling dat voor inwerkingtreding van de initiatiefwet echte (privaatrechtelijke) cao's gesloten zijn.", aldus de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties in zijn brief van 20 januari 2017, Kamerstukken 32 550, Tweede Kamer, nr. 60.

meerderheidsvereiste vast. In de overlegprotocollen ligt vast wie per sector met wie onderhandelt en hoe meerderheden worden bereikt in de onderhandelingen. Daarnaast zijn er aparte overlegregelingen waar het gaat om bovensectorale regelgeving en arbeidsvoorwaarden die voor alle ambtenaren gelden. In de praktijk waren op dat punt pensioenafspraken het belangrijkste. De Wnra betekent dat het krachtenveld op het punt van collectief onderhandelen zich opnieuw moet 'zetten'.¹³ De spelregels van het contractenrecht en de Wet op de cao zullen gaan gelden. Uiteraard kent het uitgangspunt van de contractsvrijheid op het gebied van het arbeidsrecht zijn beperkingen.¹⁴ De binding aan de rechtspositieregeling ontstaat op dit moment publiekrechtelijk, door vaststelling van die regeling door het bevoegd gezag. Ook hier zal volledig het regime van de Wet op de cao gaan gelden. Barentsen relateert de verschillen tussen ambtelijke rechtspositieregelingen en Cao's.¹⁵ Materieel zijn die verschillen wellicht inderdaad geringer dan dogmatisch. Hoewel de binding aan de rechtspositieregeling nu publiekrechtelijk tot stand komt gaat daaraan instemming van de ambtenarencentrales vooraf. Dat neemt niet weg dat voor binding aan de rechtspositieregeling slechts publiekrechtelijke vaststelling noodzakelijk is. Voor binding van alle bij eenzelfde overheidswerkgever werkzame ambtenaren aan een cao zijn een incorporatiebeding of algemeenverbindendverklaring noodzakelijk. Hummel wijst erop dat aanvaarden van een incorporatie beding zal worden bevorderd door aantrekkelijke arbeidsvoorwaarden overeen te komen in een nieuwe CAO. Ook wijst zij er, onder verwijzing naar de nadere memorie van antwoord in de Eerste Kamer op dat bij algemeenverbindendverklaring toch weer de rollen van wetgever en werkgever in elkaar schuiven.¹⁶ Dat in zoverre juist dat bij algemeen verbindend verklaring sprake is van en daad van materiële wetgeving door de Minister van Sociale Zaken. Die wordt echter gereguleerd door de Wet tot het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten en de daarop gebaseerde besluiten. De bevoegdheid tot algemeen verbindendverklaring is nu net bedoeld om de totstandkoming van Cao's te ondersteunen en ook om te voorkomen dat concurrentievervalsing optreedt omdat werkgevers buiten de Cao slechtere arbeidsvoorwaarden bieden en dus goedkoper kunnen werken. De verhoudingen in de markt zijn, met name voor wat betreft het risico van concurrentie, wel fundamenteel anders dan binnen de overheid. Deze regels zullen dus toegepast gaan worden binnen een nieuwe context. Desalniettemin is dit wel een logisch gevolg van 'normalisering'.

Ontslagregime

In de loop van het wetgevingstraject is de Wnra ingehaald door de Wet werk en zekerheid (WWZ). Ook in het burgerlijk recht kennen we nu een gesloten stelsel van ontslaggronden en dient de grond die de werkgever voor ontslag wil hanteren 'voldragen' te zijn. De werkgever dient op basis van een deugdelijk dossier aan te tonen dat aan de wettelijke eisen voor ontslag op de door hem ingeroepen ontslaggrond is voldaan. En ook in het burgerlijk recht is sinds de inwerkingtreding van de WWZ hoger beroep mogelijk. Het 'voordeel' van de soepele, pragmatische ingestelde en snelle ontbindingsprocedure bij de kantonrechter, waarmee een geschil over een ontslag definitief werd beslecht¹⁷ is

¹³ Zie Evert Verhul in Tekst & Commentaar Arbeidsrecht, Wet op de cao, artikel 1 aantekening 15.

¹⁴ Zie Evert Verhul in Tekst & Commentaar Arbeidsrecht, Wet op de cao, artikel 1 aantekening 14.

¹⁵ Zie Barend Barentsen, 'De wet die bijna alles bij het oude laat', *NJB* 2017/420.

¹⁶ Zie N. Hummel, 'Het ambtenarenrecht is dood, leve het ambtenarenrecht!', *ArbeidsRecht* 2017/20.

¹⁷ Hoger beroep was behoudens schending van fundamentele rechtsbeginselen zoals veronachtzamen van hoor en wederhoor door de rechter, niet mogelijk.

daarmee hangende het wetgevingstraject verloren gegaan. Hiermee trad een min of meer onbedoelde harmonisatie van het arbeidsrecht richting het ambtenarenrecht op.¹⁸

De mogelijkheid tot ontslag van een ambtenaar is op dit moment geregeld in de op hem toepasselijke rechtspositieregeling. Die regelingen kennen ontslaggronden die limitatief zijn.¹⁹ In de rechtspositieregeling zijn die expliciet uitgewerkt. Zo kent artikel 96 van het Algemeen rijksambtenarenreglement (Arar) negen specifieke ontslaggronden en daarnaast het reorganisatieontslag, het ontslag op de zogenaamde 'andere gronden' (dat wil dus zeggen: andere dan elders in het Arar geregeld) en het ontslag bij wijze van disciplinaire maatregel. Artikel B9 van de Collectieve Arbeidsvoorwaardenregeling Provincies (CAP) komt tot 15 ontslaggronden.

Die systematiek wordt straks anders. De ontslaggronden in het BW worden van toepassing en de rechtspositieregelingen zullen geen ontslaggronden meer bevatten. Dat verschil ziet men nu al in de cao voor de Nederlandse Universiteiten. Deze heeft een hybride karakter aangezien op openbare universiteit ambtenaren werken en op bijzondere universiteiten werknemers. Dat hybride karakter ziet men duidelijk terug in het hoofdstuk over ontslag. Voor de openbare universiteiten en de bijzondere universiteiten is dat apart geregeld. Voor de openbare universiteiten (de ambtenaren) zijn tien redelijk uitgebreide artikelen aan het ontslag gewijd (8.1-8.10). In artikel 8.4 lid 1 is bepaald dat de werkgever het dienstverband uitsluitend kan beëindigen indien er sprake is van een redelijke grond. In de cao tekst wordt dat vervolgens uitvoerig uitgewerkt en aandacht besteed aan ontslag als gevolg van een reorganisatie, ontslag bij wijze van disciplinaire maatregel, ontslag in geval van blijvende arbeidsongeschiktheid wegens ziekte of gebreken, ongeschiktheid en het bereiken van de AOW gerechtigde leeftijd. Ook is voorzien in de situatie dat een medewerker op grond van de Vreemdelingenwet niet langer voldoet aan het vereiste voor de benoembaarheid. Voor de bijzondere universiteiten zijn slechts twee bepalingen opgenomen (8.11 en 8.12). Deze regelen niets over de mogelijkheid tot ontslag. Dat hoeft ook niet nu de WWZ daar ten volle van toepassing is. Deze teksten zijn illustratief voor de verschillen die ten opzichte van de huidige rechtspositieregelingen zullen gaan optreden nadat de Wnra in werking is getreden.

Dat neemt niet weg dat de enkele vaststelling dat de WWZ van toepassing wordt en het in het BW neergelegde opzeggings- en ontslagregime ook voor ambtenaren zal gaan gelden te eenvoudig is. De nieuwe Ambtenarenwet incorporeert zoals hiervoor uiteengezet speciale eisen, die inherent zijn aan het functioneren in openbare dienst in de arbeidsovereenkomst. Wie niet aan die eisen voldoet, schiet tekort in de plichten die de arbeidsovereenkomst hem oplegt. De vraag is hoe de praktijk hiermee te zijner tijd in het kader van eventuele ontslagverlening zal omgaan. Zal dit worden opgevangen door één van de in het BW opgenomen opzeggingsgronden? Zal dit gezien worden als disfunctioneren, als verwijtbaar handelen of nalaten of als zogenaamde 'andere omstandigheden' (de h grond)? Het zou kunnen zijn dat de aard en ernst van de schending van de Ambtenarenwet door de ambtenaar bepalend zullen worden. Ook komt, gelet op de formulering van artikel 6 lid 2, waarin gesproken wordt over tekortkoming, de regeling van artikel 7:686 in aanmerking indien een ambtenaar de specifieke regels

¹⁸ M.A. Schneider en M.B. de Witte-van den Haak, 'Lessen uit het ambtenarenrecht', *ArbeidsRecht* 2015, nr. 6/7, p. 20-23 (2015/32).

¹⁹ Ik beperk mij hier tot ontslaggronden voor ambtenaren met een aanstelling voor onbepaalde tijd.

van de Ambtenarenwet overtreedt.²⁰ De rechtspraak van de Hoge Raad op dit artikel geeft echter tot dusverre een beperkt toepassingsbereik.²¹

En er is een extra uitgeschreven opzeggingsgrond voor ambtenaren met een vertrouwensfunctie. Wie zo'n functie vervult, moet beschikken over een verklaring dat uit het oogpunt van de nationale veiligheid geen bezwaar bestaat tegen vervulling van deze vertrouwensfunctie door hem, op basis van de Wet op de veiligheidsonderzoeken. Indien de betrokken verklaring wordt geweigerd of ingetrokken, dient betrokkene op grond van de Wet op de veiligheidsonderzoeken uit zijn functie ontheven te worden. Dan kan zijn arbeidsovereenkomst ook worden opgezegd, aldus de nieuwe Ambtenarenwet in artikel 12, lid 2.²² Dat klinkt eenvoudig. Deze bepaling komt ook al voor in artikel 125e van de huidige Ambtenarenwet. Over de weigering of intrekking van de verklaring als zodanig kan een belanghebbende procederen bij de bestuursrechter. Voor de vraag of in geval van intrekking van de verklaring ook ontslag mag volgen, dient op dit moment advies te worden gevraagd aan de Adviescommissie grondrechten en functie-uitoefening ambtenaren (AGFA). Dat is dus minder eenvoudig dan het lijkt. De AGFA adviseert overigens ook over disciplinaire maatregelen waaronder ontslag vanwege de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting, vereniging, vergadering en betoging.²³ Er is geen goede reden om te veronderstellen dat de wijze waarop de AGFA op deze onderwerpen richting geeft en de bijhorende rechtspraak na het effectueren van de normalisering zijn richtinggevende betekenis zal verliezen in die gevallen dat de ambtenaar niet, conform het WWZ stelsel, instemt met die opzegging. Of er in de toekomst (op voet van de nog af te sluiten cao) een rol voor de AGFA of een soortgelijke commissie zal zijn, moet worden afgewacht. De vraag hoe de bestaande rechtspraak door gaat werken, kan overigens evenzeer gesteld worden voor de toepassing van ontslaggronden die uit het BW volgen op ambtenaren.

Tenslotte: met een ontslagbesluit is de ambtenaar ook daadwerkelijk ontslagen. Daarna wordt op verzoek van de ontslagen ambtenaar repressief rechterlijk getoetst. Het burgerlijk recht kent een preventieve toetsing van ontslagen. Eerst toetsen en dan pas komt er een einde aan de arbeidsovereenkomst. De processuele rollen zijn daarmee omgekeerd. Onder de Wnra moet de overheidswerkgever naar de rechter stappen om het einde van de arbeidsovereenkomst te bewerkstelligen. Voor inwerkingtreding van de WWZ zou de preventieve toetsing sneller rechtszekerheid hebben gebracht voor partijen dan de repressieve toetsing door de ambtenarenrechter. Met de WWZ is dat echter anders geworden nu ook daar hoger beroep mogelijk is geworden. De techniek en processuele posities zijn anders. De situatie dat iemand eerst is ontslagen en (geruime tijd) later blijkt dat toch onterecht te zijn met alle gevolgen van dien, kan zich echter nu ook in het civiele recht voordoen. In zoverre heeft ook hier de WWZ een verkleining van de verschillen tussen ambtenarenrecht en burgerlijk recht teweeg gebracht.

²⁰ Artikel 6 lid 2 nieuwe Ambtenarenwet luidt: "Het niet naleven van het eerste lid geldt voor de toepassing van het Burgerlijk Wetboek als een tekortkoming in het nakomen van de plichten welke de arbeidsovereenkomst aan de ambtenaar oplegt." Artikel 7:686 BW luidt: "De bepalingen van deze afdeling sluiten voor geen van beide partijen de mogelijkheid uit van ontbinding wegens een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst en van schadevergoeding. De ontbinding kan slechts door de rechter worden uitgesproken."

²¹ HR 20 april 1990, NJ 1990,702 (*Meijer/De Schelde*).

²² De arbeidsovereenkomst met een ambtenaar kan worden opgezegd, indien hij op grond van het bepaalde in artikel 5, derde lid, of artikel 10, tweede lid, van de Wet veiligheidsonderzoeken uit een vertrouwensfunctie moet worden ontheven.

²³ Zie voor de AGFA het Koninklijk Besluit van 13 oktober 1992, Staatsblad 565.

Terra incognita

Er komt met de Wnra veel nieuws op ons af. Wie nu bedreven is in het ambtenarenrecht dient zich te verdiepen in het burgerlijk recht en het bijbehorende procesrecht. Wie bedreven is in het arbeidsrecht dient zich te verdiepen in de nieuwe Ambtenarenwet en de bijzonderheden van het werken in publieke dienst. Interessant zal worden hoe de jurisprudentie van de ambtenarenrechter, in het bijzonder de Centrale Raad van Beroep gaat doorwerken in de civiele rechtspraak. Voorts is interessant of en hoe de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een plek zullen krijgen in de verhouding tussen de overheid en haar ambtenaren. Veel van de deelvragen die zich in dit stadium opdringen maken verdere bestudering en onderzoek noodzakelijk. Mocht u na lezing van dit artikel denken: nu weet ik nog niets, dan heeft u eigenlijk gelijk. Gelet op de fundamentele stelselwijziging op het terrein van het ambtenarenrecht, de eerste sedert 1929, betreden alle arbeidsjuristen terra incognita. Dat moet ontgonnen worden. En er is weinig leuker dan pionieren.