

*Handelingen 1982
der Nederlandse
Juristen-Vereniging
deel 1, eerste stuk*

‘Bestaat er aanleiding de rechtspositionele verschillen tussen ambtenaren en civielrechtelijke werknemers te handhaven?’

Preadviezen prof.dr. E. P. de Jong en mr. C. R. Niessen

ISBN 90 271 1928 7

Lay-out en omslag Evelien de Vries Robbé

ALGEMENE INHOUD

PREADVIES PROF. DR. E.P. DE JONG

Bestaat er aanleiding de rechtspositionele verschillen tussen ambtenaren en civielrechtelijke werknemers te handhaven?, 5

PREADVIES MR. C.R. NIESSEN

Bestaat er aanleiding de rechtspositionele verschillen tussen ambtenaren en civielrechtelijke werknemers te handhaven?, 125

PROF. DR. E.P. DE JONG

Bestaat er aanleiding de rechtspositionele verschillen tussen ambtenaren en civielrechtelijke werknemers te handhaven?

VOORWOORD, 7

1. SCHETS, 9

1.1. Ambtenaarsbegrip, 9

1.2. De rechtspositie van de ambtenaar, 13

1.3. Werknemersbegrip, 21

1.4. De rechtspositie van de werknemer, 23

1.5. Bijzondere arbeidsverhoudingen, 29

1.6. Slotsom, 31

1.7. Enkele cijfers, 33

2. CONSTITUTIONELE EN VOLKENRECHTELIJKE ASPECTEN VAN DE VRAAGSTELLING, 33

2.1. Inleiding, 33

2.2. Geen verplicht onderscheid, 37

2.3. Grondrechten, 40

2.4. De Grondwet, 44

3. FORMEEL-JURIDISCHE BENADERING, 47

3.1. De totstandkoming van arbeidsvoorwaarden, 47

3.2. Kanttekeningen bij de eenzijdigheid, 57

3.3. Eenzijdige aanstellingsbeschikking of arbeidsovereenkomst, 63

3.4. De rechtsbescherming, 64

- 4. MATERIEEL-JURIDISCHE BENADERING, *66*
 - 4.1. Inleiding, *66*
 - 4.2. De bezoldiging, *67*
 - 4.3. Het stakingsrecht, *72*
 - 4.4. Het ontslagrecht, *78*
 - 4.5. De sociale zekerheid, *86*
 - 4.6. Medezeggenschap, *104*
 - 4.7. Disciplinaire straffen en ereregels, *112*
- 5. SLOTBESCHOUWING, *117*

Een studie met betrekking tot de vraag als aan de preadviseurs voorgelegd kan niet álles behandelen, wat ook maar enigermate relevant is voor het antwoord op de gestelde vraag. Rechtsvergelijking moest omwille van de omvang buiten het gezichtsveld blijven. Ook met betrekking tot hetgeen wél aan de orde is gesteld, moest een keuze gemaakt worden. Omwille van de vergelijking en de vergelijkbaarheid van ambtenaar en werknemer moest van veel details geabstraheerd worden. Hier deed zich pijnlijk het gemis voelen van een algemeen inleidende studie in het ambtenarenrecht. Omwille van het goede begrip — er heerst veel onkunde en misverstand met betrekking tot de ambtelijke rechtspositie — is aan een samenvatting van geldend recht en ontwikkelingen naar toekomstig recht veel aandacht besteed.

Ik hecht eraan op deze plaats mijn echtgenote te danken voor de mate waarin en de wijze waarop zij mij bij de totstandkoming van dit preadvies in moeilijke omstandigheden steunde en stimuleerde. Dank ben ik ook verschuldigd aan mijn medewerkster mr. W. Tonkens-Gerkema, die ten behoeve van dit preadvies veel van mijn werk als docent heeft overgenomen.

De tekst van dit preadvies is afgesloten op 31 januari 1982.

E.P. de Jong

Bestaat er aanleiding de rechtspositionele verschillen tussen ambtenaren en civielrechtelijke werknemers te handhaven?

1. SCHETS

1.1. Ambtenaarsbegrip

1.1.1. Ambtenaar in de zin van de Ambtenarenwet 1929 (AW) is hij die is aangesteld in openbare dienst om hier te lande werkzaam te zijn. Het begrip openbare dienst is in de wet niet nauwkeurig gedefinieerd. Wel bepaalt art. 1, lid 2 AW, dat alle diensten en bedrijven door de staat of openbare lichamen beheerd tot de openbare dienst behoren. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van de AW en uit de literatuur blijkt, dat de AW een formeel begrip openbare dienst hanteert: de door het publiekrecht beheerste organisatie van de staat en de openbare lichamen. De AW heeft slechts betrekking op publiekrechtelijk georganiseerde overheidsorganisaties die in de Nederlandse rechtsorde zijn verankerd. Ambtenaar kan slechts zijn, wie is aangesteld door de staat of een openbaar lichaam, dragers van het openbaar gezag. Instellingen waaraan openbaar gezag niet toekomt, missen het vermogen ambtenaren in de zin van de AW aan te stellen. De AW kent daardoor een formeel ambtenaarsbegrip. Niet de beroepsmatige medewerking aan de uitvoering van de overheidstaak is doorslaggevend, maar de aanstelling door openbaar gezag om werkzaam te zijn in openbare dienst. Omdat in het algemeen gesproken het publiekrechtelijk karakter van de organisatievormen van de overheid als het criterium voor de openbare dienst geldt, kan men ook zeggen dat het ambtenaarsbegrip in de AW institutioneel van aard is. De ambtenaarsverhouding ontstaat door de aanstelling door en in overheidsinstituten, dat wil zeggen instellingen waarvan het bestaan in de Grondwet is voorzien en instellingen die bij of kracht-

tens de wet in het leven zijn geroepen en waarvan de taak, inrichting en bevoegdheden door het openbaar gezag krachtens de wet zijn geregeld. Zo is degene die is aangesteld door een rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam in het leven geroepen krachtens de Wet Gemeenschappelijke Regelingen, ambtenaar in de zin van de AW. In dat verband is het van belang dat het in de AW gaat om een aanstelling *in* openbare dienst. Wie weliswaar ten behoeve van de openbare dienst werkzaam is, is toch niet in de openbare dienst werkzaam.

Door de aanstelling ontstaat een gezagsverhouding tussen de ambtenaar en de overheid, waardoor de bestemming van de aanstelling, te weten om in de openbare dienst werkzaam te zijn, concreet gestalte krijgt (1). Door toevoeging van de woorden 'hier te lande' in de definitie van de AW, vallen ambtenaren wier aanstelling werkzaamheden buiten het rijk in Europa op het oog heeft buiten de werkingssfeer van de AW. Voor de buitenlandse dienst geldt het Reglement voor de buitenlandse dienst. Deze beperking lijkt haar langste tijd gehad te hebben (2).

De rechtspositie van de ambtenaren wordt bepaald door de overeenkomstig art. 125 AW vastgestelde reglementen.

1.1.2. Berust een dienstverband met een openbaar lichaam op een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht, dan kan niet gesproken worden van een ambtenaarsverhouding (vgl. art. 1, lid 3 AW). Arbeidscontractanten, zoals de overheidsarbeiders in privaatrechtelijke zin worden aangeduid, zijn géén ambtenaren in de zin van de AW. Voor arbeidscontractanten gelden de bepalingen van titel VII A van Boek IV B.W. slechts indien zij bij verordening, reglement of overeenkomst van toepassing zijn verklaard, aldus art. 1637z B.W. De rechtspositie van arbeidscontractanten wordt in hoofdzaak bepaald door, wat de rijksarbeidscontractanten betreft, het Arbeidsovereenkomstenbesluit en overigens door arbeidsover-

(1) De Ambtenarenwet 1929 is niet van toepassing op een ieder die als ambtenaar wordt aangeduid: zie art. 2 AW. De wet is o.a. niet van toepassing op de krachtens de wet of de Grondwet voor het leven benoemde ambtenaren.

(2) Zie wetsontwerp 16955. Overigens stelt dit wetsontwerp voor de doorvoering van rechtspraak in twee instanties (dat ik in dit preadvies als aanvaard beschouw) en een uniformering van beroepsgronden (waartoe gelet op de jurisprudentie van de CRvB geen noodzaak bestaat); zie E.H. Nuver, Gemeentestem 6687.

eenkomstenverordeningen van de lagere publiekrechtelijke lichamen: een eenzijdige regeling vastgesteld ingevolge art. 134 AW betreffende de gevallen waarin en de voorwaarden waaronder de overheid een op wilsovereenstemming gebaseerde rechtsverhouding kan aangaan (3). Functioneel is er geen onderscheid tussen arbeidscontractant en ambtenaar, hoewel in het Arbeidsovereenkomstenbesluit en de arbeidsovereenkomstenverordeningen de mogelijkheden om ten behoeve van de openbare dienst arbeidsovereenkomsten te sluiten, zijn beperkt. Bij de politie en het openbaar onderwijs is de figuur van de arbeidsovereenkomst uitgesloten. De intentie van het instituut der arbeidscontractanten was: de beschikbaarheid van arbeidskrachten, die op eenvoudige voorwaarden zouden kunnen worden aangetrokken en afgestoten. Daarnaast is de arbeidsovereenkomst, behalve bij hogere en leidinggevende functies, praktisch gaan fungeren als het begin van een loopbaan in overheidsdienst. Door de ontwikkeling van het rechtstelsel met betrekking tot de arbeidsovereenkomst én door de gelijkschakeling van arbeidscontractant en ambtenaar (in tijdelijke dienst) voor wat betreft lonen en andere arbeidsvoorwaarden, pensioenaanspraken daaronder begrepen, is het materiële verschil tussen ambtenaar en arbeidscontractant geringer geworden dan het in 1929 was. Dit komt tot uitdrukking in talloze besluiten, die van toepassing zijn op 'het personeel van een departement van Algemeen Bestuur of van een daaronder ressorterende dienst' (4) of waarin in het ambtenaarsbegrip de arbeidscontractant is begrepen (5).

1.1.3. Benoeming in of ten behoeve van de openbare dienst door verkiezing, zoals bijvoorbeeld bij wethouders, gedeputeerden en kamerleden het geval is, is geen aanstelling in de zin van de AW.

(3) Soms is de cao die geldt voor met arbeidscontractanten vergelijkbare werknemers van toepassing.

(4) Zie bijvoorbeeld het Rijksgratificatiebesluit 1950, zoals nadien gewijzigd, art. 2.

(5) Zie bijv. het Rijkskledingbesluit 1954, art. 1; het Reisbesluit 1971, art. 2, sub c; het Verplaatsingskostenbesluit 1962, art. 2, sub c; de Premiespaarregeling rijksambtenaren 1968, art. 1, sub a; het Reis- en pensioenkostenbesluit ongehuwd burgerlijk rijksperoneel 1970, art. 2, sub b; het Besluit Telefoonkostenvergoeding 1977, art. 1, sub a; de Interimregeling Ziektekosten Ambtenaren 1977, art. 1, sub l etc.

Inlijving als dienstplichtige en tewerkstelling in vervangende dienst vormen geen aanstelling. Noodwachtplichtigen verrichten hun diensten bij de Bescherming Bevolking niet krachtens een aanstelling. Daarentegen kunnen zij die een verbandakte zijn aangegaan met het militair bevoegde gezag wél militair ambtenaar zijn in de zin van de Militaire AW 1931 (6): zij zijn aangesteld in militaire openbare dienst om bij de landmacht hier te lande of bij de zee-macht werkzaam te zijn.

1.1.4. De Nederlandse wetgeving kent behalve het formeel-institutionele ambtenaarsbegrip van de AW nog andere ambtenaarsbegrippen. In allerlei regelingen die door de verschillende openbare lichamen ter uitvoering van art. 125 en art. 134 AW zijn vastgesteld, komen afwijkende ambtenaarsbegrippen voor. Zij blijven binnen de sfeer van de Ambtenarenwet: ambtenaar én arbeidscontractant. De Provinciewet en de gemeentewet scheren ambtenaren en arbeidscontractanten over één kam: zie resp. art. 4 Provinciewet en artt. 25, 179 en 209 gemeentewet. Een ruimer ambtenaarsbegrip kent het strafrecht. Art. 84 Wetboek van Strafrecht kent een omschrijving die aanmerkelijk ruimer is dan de definitie van ambtenaar in art. 1 AW. Naar het oordeel van de HR moet het ambtenaarsbegrip o.a. bij de toepassing van art. 44 Wetboek van Strafrecht — de verhoging van de strafmaat bij schending van een bijzondere ambtsplicht — ruim worden uitgelegd: hij die door het daartoe bevoegde openbaar gezag is aangesteld tot een openbare betrekking om een deel van de taak van de staat of zijn organen te verrichten (7).

De Verhaalswet Ongevallen Ambtenaren gaat nog verder. In deze wet wordt onder ambtenaar verstaan:

- a. degene, die uit hoofde van een dienstverhouding een bezoldiging of beloning geniet, welke hetzij direct, hetzij ingevolge een subsidieregeling ten laste komt van de openbare geldmiddelen;
- b. de dienstplichtige militair.

Met deze definitie is bijvoorbeeld het personeel van alle volledig gesubsidieerde instellingen voor bijzonder onderwijs onder het begrip ambtenaar van de wet gebracht.

(6) Vgl. CRvB 12 maart 1951, *A.B.* 1951, 593.

(7) Vgl. H.R. 5 november 1934, *N.J.* 1935, 337; H.R. 7 oktober 1947, *N.J.* 1948, 39, m.o. W.P., en H.R. 18 oktober 1949, *N.J.* 1950, 126.

De Algemene Burgerlijke Pensioenwet (ABPW) kent nog een ander ambtenaarsbegrip: hij, die door of vanwege een orgaan van een publiekrechtelijk lichaam is aangesteld of in dienst genomen op arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht en die deswege bezoldigd of beloond wordt rechtstreeks ten laste van een publiekrechtelijk lichaam, aldus art. B.1. Vervolgens brengt art. B.2 het personeel van de instellingen voor bijzonder onderwijs onder het ambtenaarsbegrip. Ingevolge artikel B.6 zijn ook degenen die een wachtgelduitkering genieten onder het ambtenaarsbegrip van de ABPW gebracht. Tenslotte verleent artikel B.3 de Kroon de bevoegdheid bepaalde privaatrechtelijke lichamen op grond van hun doelstelling en financiële verhouding tot één of meer publiekrechtelijke lichamen, aan te wijzen als lichamen waarvan het personeel geheel of ten dele ambtenaar in de zin van de ABPW zal zijn. Via de artikelen B.7 sub a en B.9 zijn enkele groepen van ambtenaren van de werkingssfeer van de ABPW uitgezonderd. Wanneer ik in deze studie spreek van de rechtspositie van de ambtenaar, dan heb ik daarmee op het oog de ambtenaar in de zin van de AW 1929, de gewezen ambtenaar daaronder begrepen.

1.2. De rechtspositie van de ambtenaar

1.2.1. De ambtenaar had zich — naar traditioneel inzicht in de vorige eeuw en het begin van deze eeuw — in dienst gesteld van de overheid en moest aan deze al zijn arbeid en zijn kunde in volle toewijding geven. Daarom moest de overheid ervoor zorgen dat in het onderhoud van de ambtenaar en van zijn gezin en zijn nabestaanden op redelijke wijze werd voorzien. De bezoldiging werd daarom gekenmerkt als een onderhoudsrente, niet afhankelijk van het presteren van diensten, maar uitsluitend gegrond op de toestand van dienstbaarheid waarin de ambtenaar zich jegens de overheid bevindt.

Daaraan waren praktische consequenties verbonden, namelijk de plicht van de overheid de bezoldiging bij verlof en ziekte te doen voortduren en deze grotendeels in stand te houden bij zijn non-activiteit. Met deze wel omliggende beginselen voor de rechtspositie van de ambtenaar ging niet een praktische uitwerking op vaste juridische grondslag gepaard. Het waren veeleer richtlijnen voor de

administratie dan rechtsregels waaraan deze zich jegens de ambtenaar had te houden (8).

Slechts op enkele punten zoals op die van de pensionering ontstonden geleidelijk aan bindende regels. De verzorgingsgedachte, de theorie van de onderhoudsrente, is niet steeds door de overheid als leidende gedachte voor haar rechtspositiebeleid aanvaard. Voorop stond zowel bij de theoretici als bij hen die de praktische beslissingen namen, het belang van de staat, die enerzijds over goede en van dagelijkse zorgen bevrijde dienaren moest beschikken, maar anderzijds zich vrijheid van handelen wilde voorbehouden. Daarnaast bestond ook inzicht in de plicht van de staat om haar dienaren rechtvaardig en billijk te behandelen, doch dit bleef ondergeschikt aan de gedachte van het staatsbelang, waarin een onderworpenheid van de ambtenaren aan de overheid paste. Over het rechtskarakter van de ambtenaarsverhouding bestond weinig verschil van mening. Zij werd geacht te zijn van publiekrechtelijke aard, aldus, dat de overheid tot de ambtenaren stond in een gezagsverhouding. Overheid en ambtenaar staan niet als gelijke partijen tegenover elkaar. De ambtenaar stelt zich wel vrijwillig in dienst van de overheid, doch daarmee houdt zijn aandeel in de bepaling van zijn rechtspositie op. De regeling daarvan werd beschouwd als een interne administratieve aangelegenheid. Pas de Ambtenarenwet 1929 bracht de verwezenlijking van het streven naar een meer objectieve regeling. Men heeft daarbij de ingenieuze methode gevonden van een wettelijke regeling, die zich beperkt tot de instelling en regeling van de ambtenarenrechtspraak en tot voorschriften inzake de vaststelling van reglementen nadat daaromtrent met verenigingen van ambtenaren overleg was gevoerd (9).

1.2.2. Met art. 125 AW is het ambtenarenrecht voor de meeste ambtenaren definitief uit de sfeer van instructies gehaald. Zowel

(8) Aldus de op 22 oktober 1952 ingestelde en op 9 juli 1958 rapporterende Staatscommissie van advies inzake de status van de ambtenaren, die had te onderzoeken de redenen, welke er in het verleden toe hebben geleid, dat de rechtspositie van de ambtenaren werd gekenmerkt door een bijzondere status. Voorts had zij mede in het licht van de resultaten van dit onderzoek te adviseren omtrent de vraag, of en in hoeverre thans naar de eisen van de openbare dienst en van het moderne ambtenaarschap als zodanig de rechtspositie van de ambtenaren in het algemeen en in haar onderdelen gekenmerkt dient te zijn door een bijzondere reglementering (Staatscommissie Kranenburg).
(9) Vgl. D. Simons, De status van de ambtenaar, *S.M.A.* 15 (1960), blz. 8—13.

vóór als na 1929 werd in ons land aanvaard dat de rechtspositie van de ambtenaren wordt beheerst door algemene regelen die eenzijdig door de overheid op publiekrechtelijke wijze worden vastgesteld. Destijds vastgestelde incidentele regelingen en instructies waaraan ambtenaren niet of nauwelijks aanspraken konden ontlenen, hebben sedert 1929 plaatsgemaakt voor algemeen verbindende voorschriften betreffende door of vanwege het rijk en de lagere openbare lichamen aangestelde ambtenaren. De vaststelling van die voorschriften is een uitdrukkelijke verplichting van de overheid. De verplichting geldt slechts voorzover het gaat om onderwerpen die niet bij of krachtens de wet zijn geregeld. Te denken valt in dit verband aan de regeling van ambtsmisdrijven en overtredingen in het Wetboek van Strafrecht, de Algemene Burgerlijke Pensioenwet, de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen in de burgerlijke openbare dienst, de Arbeidsomstandighedenwet. Het tot regeling bevoegde en verplichte gezag is voor de door of vanwege het rijk aangestelde ambtenaren in beginsel de Kroon: art. 125 AW. Het komt voor dat de Grondwet of de wet de regelingsverplichting aan een ander orgaan dan de Kroon opdraagt: de Grondwet bepaalt, dat de bezoldiging van de leden van de rechterlijke macht, van de Algemene Rekenkamer en van de Raad van State bij de wet wordt geregeld (art. 72, lid 2). Voorts schrijft art. 74, lid 4 van de Grondwet voor, dat de pensioenen van de ambtenaren bij de wet worden geregeld. Van grondwettelijke bepalingen als art. 5 (elke Nederlander is tot elke landsbediening benoembaar) en art. 106 Grondwet (constitutionele incompatibiliteiten) kan via art. 125 AW niet afgeweken worden. Voorts zijn soms in andere wetten dan de AW rechtspositionele voorschriften te vinden: de Wet RO en de Wet op de bezoldiging van de rechterlijke ambtenaren (die ook de bezoldiging van sommige niet-rechterlijke ambtenaren regelt).

De voorschriften met betrekking tot rijksambtenaren moeten bij of krachtens AMvB tot stand gebracht worden. Dat wil dus zeggen, dat delegatie mogelijk is. Algemene regelingen voor rijksambtenaren zijn bijvoorbeeld het Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR), het Bezoldigingsbesluit Burgerlijke Rijksambtenaren (BBRA), het Rijkswachtgeldbesluit (RWB). Voor sommige categorieën van rijksambtenaren gelden bijzondere reglementen. Bijv. het Ambtenarenreglement Staten-Generaal, het Ambtenarenreglement Rijkspolitie, het Rechtspositie-besluit BVD. Art. 132

ARAR bepaalt met evenzoveel woorden dat ter uitwerking of aanvulling van het ARAR voorschriften door de Kroon of met machtiging van de Kroon door de betrokken minister kunnen worden vastgesteld: bijzondere dienstvoorwaarden voor de PTT, ambtenarenreglement en -besluit belastingdienst. Tenslotte komt het voor dat de Kroon bevoegd is tot regeling bij klein K.B. (artt. 132, 11 en 13 ARAR) of dat de Kroon de regelingsbevoegdheid heeft gedelegeerd aan de minister van Binnenlandse Zaken (artt. 8, 9a, 35, 43, 71 en 71a ARAR), dan wel aan de betrokken minister (artt. 11 en 71 ARAR), waarbij soms de medewerking of instemming van de minister van Binnenlandse Zaken vereist is (art. 71). Bij de provincies is het bevoegd gezag Provinciale Staten (vgl. art. 143 Grondwet en de artt. 89 en 90 Provinciewet). De regelgevende bevoegdheid is op tal van punten door Provinciale Staten aan Gedeputeerde Staten gedelegeerd (vgl. art. 76, lid 2 Provinciewet). Voor de gemeenten vormt de Raad het bevoegd gezag (vgl. art. 153 Grondwet en de artt. 167 en 168 — zie ook de artt. 170, 111 en 114 — van de gemeentewet). Deze bevoegdheid is op onderdelen gedelegeerd aan de colleges van B en W (art. 169 gemeentewet, zie ook nog het dode art. 212, lid 2). Krachtens art. 183, lid 10 gemeentewet, moet de ambtenaar van de burgerlijke stand voor het personeel dat onder zijn leiding werkt een instructie vaststellen. Voor waterschappen behoort de vaststelling van het materiële ambtenarenrecht tot de bevoegdheid van Provinciale Staten (art. 206 Grondwet) én tot de bevoegdheid van de Waterschapsbesturen (art. 207 Grondwet).

1.2.3. Ingevolge art. 125 AW dient het materiële ambtenarenrecht voorschriften te bevatten over:

- aanstelling;
- schorsing;
- ontslag;
- bezoldiging;
- wachtgeld;
- dienstitijden;
- verlof en vakantie;
- aanspraken in geval van ziekte;
- disciplinaire straffen;
- het voeren van overleg met de vakorganisaties;
- overige rechten en verplichtingen der ambtenaren.

Deze voorschriften zijn vastgelegd in besluiten en verordeningen van het bevoegd gezag; de bevoegde organen van de openbare lichamen. Het gaat dus om éénzijdig — door de overheid — vastgestelde regelingen. De AW schrijft uitdrukkelijk voor dat het bevoegd gezag regels moet vaststellen over de wijze waarop met de daarvoor in aanmerking komende vakorganisaties overleg zal worden gepleegd over aangelegenheden van algemeen belang voor de rechtstoestand van de ambtenaren.

Voor rijksambtenaren is de overlegverplichting geregeld in het ARAR, voor de gemeente- en provincie-ambtenaren in de betreffende ambtenarenreglementen en overlegverordeningen. Voor de politie is de overlegverplichting vastgesteld in de Politiewet 1937 en uitgewerkt in het Besluit Georganiseerd Overleg Politie. Voor onderwijzend personeel bevatten de onderwijswetten en het Besluit Georganiseerd Overleg Onderwijs de regeling van de overlegverplichting (10).

Ondanks de overlegverplichting is de overheid bevoegd haar wensen éénzijdig door te zetten, dus tegen de wil van overlegcommissies.

1.2.4. Indien de rechtspositie gedefinieerd wordt als het geheel van rechten en verplichtingen van een ambtenaar zoals vastgelegd in het geschreven recht en tot uitdrukking komend in het ongeschreven recht, dan kan er niet gesproken worden van *de* rechtspositie van de ambtenaar. Er zijn immers evenzovele rechtsposities als er tot vaststelling van regelingen van een rechtspositie bevoegde — en gelet op art. 125 AW verplichte — autoriteiten zijn. Ter bepaling van de rechtspositie van een ambtenaar zal men immers acht moeten slaan op de door of namens het tot aanstelling bevoegde gezag vastgestelde regelingen.

Zelfs per autoriteit kunnen de regelingen voor verschillende groepen van ambtenaren uiteenlopen. Dat betekent op het eerste gezicht dat er in de openbare dienst rechtspositionele voorschriften van zeer uiteenlopende aard kunnen voorkomen. Is eenmaal be-

(10) Voor militaire ambtenaren volgt de overlegverplichting uit de Militaire AW 1931; zij is nader uitgewerkt in het Reglement Rechtstoestand Militairen Zeemacht en het Reglement voor de militaire ambtenaren der Koninklijke Landmacht en der Koninklijke Luchtmacht (in de toekomst: Algemeen Militair Ambtenarenreglement). De minister van Defensie leidt het overleg.

paald welk orgaan het tot aanstelling bevoegde gezag is, dan valt met vrij grote nauwkeurigheid vast te stellen welke voorschriften voor en ten aanzien van de ambtenaar gelden. Aanstellingsbesluiten, beschikkingen in administratiefrechtelijke zin, zijn dan ook uiterst kort: behalve een aanduiding van degene die benoemd wordt, degene die benoemt, de functie, de plaats van tewerkstelling en de standplaats, kan voor het overige volstaan worden — wanneer het besluit bijv. de rijksdienst betreft — met een verwijzing naar het ARAR (tijdelijke of vaste dienst) en naar het BBRA (de schaal). Ook overigens wordt de concreet-individuele rechtspositie bij beschikking bepaald: niet alleen de aanstelling maar ook de promotie, het ontslag en andere mutaties.

De rechtsposities van Nederlandse ambtenaren aangesteld door de verschillende bevoegde autoriteiten, lopen echter in de praktijk minder uiteen dan men op basis van art. 125 zou verwachten. Op grond van het concordantiebeginsel van art. 126 AW zullen de rechtspositieregelingen van de onderscheidene openbare lichamen met elkaar in de pas moeten lopen, waarbij de rijksregelingen, zoals het ARAR, de maat slaan (11). Krachtens art. 126 komt de Kroon een bijzondere bevoegdheid toe tot repressief toezicht op de lagere openbare lichamen. Zijn de tot regeling bevoegde én verplichte autoriteiten nalatig in het vaststellen van een regeling over de onderwerpen als bedoeld in art. 125 AW, of zou de Kroon menen dat een vastgestelde regeling moet worden aangevuld, gewijzigd of ingetrokken, dan kan de Kroon, de Raad van State gehoord, bevelen dat zo'n regeling wordt vastgesteld, aangevuld, gewijzigd of ingetrokken (12). Wordt zo'n bevel door de organen van lagere openbare lichamen niet opgevolgd dan kan de Kroon tenslotte zelf een regeling opleggen (13). Voorafgaand aan zojuist bedoeld bevel kan de Kroon de werking van omstreden voorschriften onmiddellijk opschorten door een schorsingsbesluit. Behalve door

(11) Vgl. R. Crince le Roy, *Ambtelijke status en ambtelijke ethiek: mythe of werkelijkheid*, NBGA, Amersfoort, 1979, blz. 42. Als recent concreet voorbeeld noem ik de aanpassing van de normen voor bezoldiging van het gemeentepersoneel aan het BBRA (zie *S.M.A.* 36 (1981), blz. 182).

(12) Toen het Rotterdamse gemeentebestuur enige tijd geleden voor bepaalde ambtenaren van een 4- naar een 5-ploegenstelsel wilde, wees minister Wiegels van Binnenlandse Zaken dat gemeentebestuur op art. 126 AW. De stelselverandering ging niet door.

(13) Zie voor de procedure de tekst van art. 126 AW.

deze speciale vorm van repressief Kroontoezicht, kan de gewenste uniformiteit ook bewerkstelligd worden door het normale repressieve toezicht dat in het schorsings- en vernietigingsrecht van de Kroon gestalte heeft gekregen (art. 165 c.v. Provinciewet jo. 149 Grondwet en art. 185 gemeentewet) en mogelijk ook door het aan organen van hogere lichamen toekomende goedkeuringsrecht ten aanzien van de begroting van lagere lichamen (14). Belangrijker dan de uniformerende werking die uitgaat van het toezicht op rechtspositieregelingen, is de uniformerende invloed van het georganiseerd overleg tussen de verschillende overheden en organisaties van ambtenaren en van de modelreglementen die door sommige (organisaties van) overheidslichamen, organisaties van ambtenaren, uitgevers etc. worden uitgegeven (15). Tenslotte vallen in dit verband nog te noemen de circulaire's op het gebied van het ambtenarenrecht. In het bijzonder circulaire's van de ministers van Binnenlandse Zaken en Defensie, maar ook circulaire's van de ministers van Onderwijs en Wetenschappen en Justitie bewerkstelligen een zekere eenheid in de toepassing van het materiële ambtenarenrecht en in het beleid terzake van het scheppen van voorzieningen betreffende de financiële en overige rechtstoestand van het overheidspersoneel.

De grondgedachte van de AW met betrekking tot de regeling van de ambtelijke rechtspositie is er een van decentralisatie. In de AW zelf zijn echter centraliserende tegenkrachten opgenomen: het wettelijk voorbehoud van art. 125 (zie 1.2.2.) en het bijzondere repressieve toezicht van art. 126 naast het algemene toezicht op lagere publiekrechtelijke lichamen. Ook de praktijk van de ontwikkeling van het ambtenarenrecht leert dat er sprake is van centraliserende, althans van gemeenschappelijke overeenkomstige regeling van het materiële ambtenarenrecht (16).

1.2.5. De AW regelt in hoofdzaak het formele ambtenarenrecht, de ambtenarenrechtspraak. De ambtenarenrechtspraak behoort —

(14) De precieze verhouding tussen deze drie vormen van toezicht laat ik, als voor het onderwerp niet van belang, terzijde.

(15) Zoals bijvoorbeeld het model-ambtenaren-reglement van het Centraal Orgaan inzake de gemeenschappelijke behandeling van gemeentelijke personeelsaangelegenheden.

(16) Vgl. H. Statema, Het materiële ambtenarenrecht, *Bondsblad* 1979, blz. 1065—1067.

gegeven hetgeen de AW aan materieel recht en aan voorzieningen voor de rechtsbescherming van de ambtenaar bevat — tot de administratieve rechtspraak. Ambtenaren die door de uitoefening van enige overheidsbevoegdheid in hun belang worden getroffen, kunnen een beroep doen op een onafhankelijke administratieve rechter: het Ambtenarengerecht en in hoger beroep de Centrale Raad van Beroep. Deze rechter toetst het overheidshandelen aan de bij en krachtens de AW vastgestelde rechtspositievoorschriften en andere toepasselijke algemeen verbindende voorschriften. Naast deze toetsingsnorm van art. 58, eerste lid AW zijn in dat artikel nog twee andere toetsingsnormen genoemd:

- het gebruik van een bevoegdheid anders dan tot de doeleinden waarvoor die bevoegdheid is gegeven;
- onevenredigheid tussen een opgelegde disciplinaire straf en de gepleegde overtreding.

Als onderdeel van de algemeen verbindende voorschriften hanteert de ambtenarenrechter algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur als toetsingsnormen voor het overheidshandelen jegens ambtenaren (17).

De rechtsmacht die de ambtenarengerechten is verleend, wordt vrijwel uitsluitend bepaald door de Ambtenarenwet. Uitzonderingen op deze regel gelden voor het Ambtenarengerecht te 's-Gravenhage waarvan de rechtsmacht is uitgebreid door de MAW 1931, de ABPW en de Algemene Militaire Pensioenwet. De Centrale Raad van Beroep oordeelt in hoger beroep in zaken betreffende de zojuist bedoelde vier wetten. In eerste en enige aanleg oordeelt de CRvB over zaken betreffende Spoorwegpensioenwet en de Algemene Pensioenwet Politieke Ambtsdragers. Met betrekking tot geschillen tussen arbeidscontractanten en de overheid is de gewone rechter, dus meestal de kantonrechter, de bevoegde rechter. Tot de belangrijkste kenmerken van de ambtenarenrechtspraak worden gerekend:

- de actieve, zelfstandige rol van de rechter;
- de ongelijkheidscompensatie, tot uitdrukking komend in de informatieverplichting van de verwerende partij en de eigen onderzoeksbevoegdheden van de rechter;
- de eenvoudige procesgang zonder grote financiële offers;

(17) Zie J.H. van der Meide, *Ontwikkeling van toetsingsnormen in de ambtenarenrechtspraak*, *N.J.B.* 1980, blz. 1053 e.v.

- geen verplichte procesvertegenwoordiging;
- de korte beroepstermijnen;
- gering aantal mogelijke dicta;
- het ontbreken van een executoriale titel aan uitspraken en beschikkingen, behalve voorzover deze op geld luiden (art. 49 AW; vgl. ook art. 104 jo. 111);
- het instituut van de gedektverklaring van de nietigheid (art. 48 AW).

In het algemeen kan men zeggen dat de ambtenarenrechtspraak doortrokken is van de beschermingsgedachte jegens de ambtenaar. Dat was trouwens ook de grondgedachte van de AW.

1.3. Werknemersbegrip

1.3.1. Het Burgerlijk Wetboek kent de term werknemer niet. Art. 1637a BW definieert de arbeidsovereenkomst als de overeenkomst, waarbij de ene partij, de arbeider, zich verbindt, in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten. Zowel in het burgerlijk recht als in het belastingrecht als in het sociaal verzekeringsrecht wordt het begrip dienstbetrekking gebruikt ter aanduiding van de rechtsverhouding die voortvloeit uit een privaatrechtelijke arbeidsovereenkomst. De sociale verzekeringswetten en de Wet op de loonbelasting definiëren de term werknemer overigens als de natuurlijke persoon, die in privaatrechtelijke of in publiekrechtelijke dienstbetrekking staat. De werknemersverzekeringswetten bepalen vervolgens dat niet als dienstbetrekking wordt beschouwd de arbeidsverhouding van de ambtenaren. Met de term privaatrechtelijke dienstbetrekking in de definitie van werknemer wordt niets anders bedoeld dan de betrekking waarin de werknemer staat tot de werkgever op grond van een civielrechtelijke arbeidsovereenkomst. Er bestaan verschillen in de jurisprudentie van de burgerlijke, de belasting- en sociale verzekeringsrechter met betrekking tot de interpretatie van de begrippen arbeidsovereenkomst en dienstbetrekking. Voor de in dit preadvies aan de orde zijnde vraagstelling zijn deze verschillen ten hoogste van marginale betekenis (18).

(18) Voor een uitgebreidere studie over de hier aan de orde zijnde termen en begrippen: L.J.M. de Leede en J.F.M. Strijbos, *Enkele begrippen uit het sociaal recht*, Sociaalrechtelijke brochures 1, Kluwer, Deventer 1981.

Wanneer een obligatoire overeenkomst tot stand is gekomen, dan is deze een arbeidsovereenkomst indien voldaan is aan de vier elementen uit de definitie van art. 1637a:

- de verplichting voor de werknemer arbeid te verrichten;
- de verplichting voor de werkgever loon als tegenprestatie te betalen;
- een onderschikkend verband: de werknemer in dienst van de werkgever;
- een tijdsduur gedurende welke de arbeid wordt verricht.

Of een arbeidsverhouding een dienstbetrekking vormt, wordt niet door formele voorwaarden of door de schijn die partijen opwekken terzake van de aard van hun arbeidsverhouding bepaald, maar door materiële criteria. Duidelijk is dat de ambtenaarsverhouding deze elementen meestal ook bevat; meestal, omdat het loonelement voor de ambtelijke aanstelling niet essentieel is. Bij de aanstelling moet echter bovendien vaststaan, dat beoogd werd de verhouding te doen regeren uitsluitend door publiekrecht, terwijl geen grondslag voor de verhouding gezocht werd in een obligatoire overeenkomst.

Tenzij uitdrukkelijk anders vermeld, gebruik ik de term werknemer in deze studie als synoniem voor arbeider in de zin van art. 1637a.

1.3.2. Een bijzonder kenmerk van de civielrechtelijke normering van de arbeidsovereenkomst in titel VII A, Boek IV BW is de eenheid van de wettelijke regeling. In sommige buitenlandse rechtstelsels is een onderscheid aangebracht tussen het wettelijk regime van arbeidsovereenkomsten van arbeiders en dat van 'beambten' (19). De regeling van de arbeidsovereenkomst is in principe van toepassing op al die rechtsverhoudingen, waarin volgens artikel 1637a BW een arbeidsovereenkomst bestaat, ongeacht eventuele bijzondere kwaliteiten van de werkgever en de werknemer en ongeacht de aard van de arbeid. De eenheid van de regeling sluit een zeker onderscheid tussen bijv. meerderjarige en minderjarige, jeugdige en oudere, in- en uitwonende werknemers niet uit.

(19) Zie G. Boldt e.a., *De arbeidsovereenkomst volgens het recht der deelnemende staten van de EGKS*, Publicaties over het arbeidsrecht, Eurolibri 24, Kluwer, Deventer; C.S. Aronstein, *International Handbook on Contracts of Employment*, Kluwer, Deventer 1976 en de *International Encyclopedia for Labour Law and Labour Relations*, losbl., Kluwer, Deventer.

Titel VII A, Boek IV B.W. is echter krachtens art. II van de Overgangsbepalingen van de Wet op de arbeidsovereenkomst niet van toepassing op de rechtsverhouding tussen een werknemer en een spoorwegondernemer (20). Op de arbeidsovereenkomst van personen in dienst van de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of enig ander publiekrechtelijk lichaam zijn de bepalingen van Titel VII A, Boek IV B.W. niet van toepassing tenzij zij voor of bij de aanvang van de dienstbetrekking door of namens partijen, dan wel bij wet of verordening van toepassing zijn verklaard, aldus art. 1637z BW. Ambtelijke aanstelling en privaatrechtelijke dienstbetrekking sluiten elkaar uit.

Voor sommige arbeidsovereenkomsten gelden bijzondere regels, zoals die tussen rederij en kapiteins en schepelingen ter zeevaart en zeevisserij, handelsreizigers en patroons, bestuurders en naamloze en besloten vennootschappen. Ook gelden bijzondere regimes voor de arbeidsovereenkomst tussen de arbeider — leerling en de werkgever — patroon en voor de rechtsverhouding tussen een gemeente of werkvoorzieningsschap en de krachtens de WSW tewerkgestelde.

1.4. De rechtspositie van de werknemer

1.4.1. Voor de werknemer vloeien veel rechten en verplichtingen voort uit de wet. Behoudens grondwettelijke bepalingen en voorschriften van volkenrechtelijke aard is de wet de belangrijkste bron van rechten en verplichtingen. Bepalingen over het aangaan, de inhoud en het einde van de dienstbetrekking zijn in de wet, grotendeels in het Burgerlijk Wetboek, vastgelegd. Kenmerkend voor het civiele arbeidsrecht is het grote aantal bepalingen van dwingend-recht; staat de wet afwijking toe, dan toch meestal voorwaardelijk: slechts indien het afwijkend beding schriftelijk is aangegaan of in een cao dan wel in een regeling van een publiekrechtelijk orgaan is vastgelegd, is de afwijking geoorloofd. De wetgeving met betrekking tot de arbeidsvoorziening en de arbeidsomstandighedenwetgeving zijn voor een belangrijk deel van orga-

(20) Vgl. Arbeidsovereenkomst, losbl., Kluwer, Deventer, art. 1637a, aant. 6.

nisatorische aard (21). Voor het andere deel liggen rechten en verplichtingen nauwkeurig vast (22).

Op het terrein van het arbeidsvoorwaardenrecht is sinds de Tweede Wereldoorlog de betekenis van dwingende voorschriften van overheidswege bij voortduring groot geweest. Aanvankelijk op grond van het BBA 1945, later op grond van de Wet op de loonvorming, aangevuld door de Wet tijdelijke voorzieningen arbeidsvoorwaarden buiten collectieve arbeidsovereenkomsten en de Tijdelijke Wet Arbeidsvoorwaarden collectieve sector worden grote delen van de primaire arbeidsvoorwaarden wettelijk geregeld. Rechtstreekse wettelijke regeling van primaire arbeidsvoorwaarden is te vinden in de regeling van de vakantie, artt. 1638bb e.v., in de Wet minimumloon en -vakantiebijslag en in de Wet gelijk loon voor vrouwen en mannen en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (23).

Op het belangrijke terrein van het sociale zekerheidsrecht, als verzameling van de sociale verzekeringswetgeving in de zgn. complementaire sociale voorzieningen (24), liggen rechten en verplichtingen van werknemers vast in het objectieve recht. Hetzelfde geldt voor de medezeggenschap en het ondernemingsrecht. In verband met pensioenaanspraken liggen de rechten en verplichtingen van de werknemers en hun werkgevers niet in de wetgeving in formele zin vast; deze is voor pensioenaanspraken niet de belangrijkste rechtsbron. De Pensioen- en Spaarfondsenwet en de Bedrijfspensioenfondsenwet betreffen in hoofdzaak het institutionele kader waarbinnen pensioenaanspraken kunnen worden gevestigd.

1.4.2. Hoewel de wet in formele zin in het algemeen de voornaamste bron van het arbeidsrecht is, kan men niet zeggen dat op alle deelgebieden de betekenis van de formele wet dezelfde is. Met

(21) Arbeidsbemiddelingswet 1920; Wetsbesluit 1944 (Stb. F. 51); Wet op de Raad voor de Beroepskeuzevoorlichting, K.B. 5 juli 1954, Stb. 305; en Arbeidswet; Veiligheidswet; Stuwadoorswet; Wet op de werken onder overdruk; Huisarbeidswet; Silicosewet; Wet op de Gevaarlijke Werktuigen; Phosphorluciferswet; Stoomwet; Wet Gevaarlijke Stoffen; Bestrijdingsmiddelenwet; Rijtijdenwet.

(22) BBA 1945; Wet Plaatsing minder valide arbeidskrachten; Wet Arbeid Buitenlandse Werknemers.

(23) Zie ook het Voorontwerp van Wet Gelijke behandeling 1981.

(24) WWV; WSW; ABW.

name op het terrein van de arbeidsvoorwaarden en de arbeidsomstandigheden is de wet in formele zin niet veel meer dan het kader waarbinnen de eigenlijke regelingen tot stand gebracht worden. Maar ook op andere deelgebieden van het arbeidsrecht is in meer of mindere mate voorzien in delegatie van regelgevende bevoegdheden aan de Kroon, de minister, speciale organen, zoals bijvoorbeeld de publiekrechtelijke bedrijfslichamen, of aan ambtelijke diensten zoals de Arbeidsinspectie, het Rijksarbeydsbureau en de Gewestelijke Arbeidsbureaus. Ook de sociale werknemersverzekeringswetten bepalen niet uitputtend de rechten en verplichtingen van individuele werknemers terzake van arbeidsongeschiktheid en werkloosheid. Afgezien van het feit, dat het B.W., de individuele en/of de collectieve arbeidsovereenkomst de werknemer soms aanspraken toekent in de plaats van, of ter aanvulling van de uitkeringen en de voorzieningen krachtens de sociale verzekeringwetgeving, mag men bij de Ziekwet, de Werkloosheidswet, de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering en de Ziekenfondswet niet abstraheren van allerlei bijkomende bepalingen en richtlijnen: ziekengeldreglementen, reglementen voor de wachtgeld- en voor de werkloosheidsverzekering, controlevoorschriften, algemene dagloonregelen (voor elke afzonderlijke wet), bijzondere dagloonregelen ZW en WW, besluiten over gunstiger uitkeringsvoorwaarden ZW van de bedrijfsverenigingen, aanvullende vrijwillige verzekering, verstrekkingenbesluiten, richtlijnen en circulaire van besturen van afzonderlijke uitvoeringsorganen, van de Sociale Verzekeringsraad, de Ziekenfondsraad, de Vereniging van Nederlandse Ziekenfondsen, de Federatie van Bedrijfsverenigingen, de Gemeenschappelijke Medische Dienst etc.

De geleding in de wetgeving en de geleding in de uitvoering van de wetgeving verklaren ten dele de complexiteit van sociaalrechtelijke normencomplexen. Niet alleen deze beide vormen van geleding, maar ook het feit, dat met betrekking tot bepaalde feiten en omstandigheden, gebeurtenissen en handelingen regelingen van uiteenlopende aard en origine toegepast mochten of kunnen worden, leidt er toe dat de rechtspositie van de werknemer een complex geheel vormt.

1.4.3. Behalve de wet is voor de rechtspositie van de werknemer de collectieve arbeidsovereenkomst van belang. Naast de bescherming die de wetgeving de werknemer biedt, vormen gereglemen-

teerde collectieve onderhandelingen, collectieve strijd en collectieve arbeidsovereenkomsten een zeker tegenwicht voor het gebrek aan 'bargaining power' van de werknemer. Collectieve arbeidsovereenkomsten vullen de wetgeving soms aan op het punt van de rechtspositie van de werknemer, soms wijken zij ook af van het wettelijk regime.

Terecht heeft Bakels opgemerkt dat de rol van de wetgeving bij de totstandkoming en ontwikkeling van ons stelsel van collectieve onderhandelingen tussen werkgevers en werknemers bescheiden is (25). In onze wetgeving ligt het accent op de erkenning van de cao als overeenkomst en op het effect en de uitstraling van de cao op de individuele arbeidsovereenkomsten, niet op het collectief onderhandelingsproces als zodanig (26).

Globaal gesproken hebben cao-bepalingen betrekking op:

1. de duur van de dienstbetrekking; collectief en individueel ontslag, al dan niet in samenhang met de handhaving van een zeker peil van werkgelegenheid in de bedrijfstak, de onderneming of de arbeidsorganisatie;
2. de loonvaststelling (garantielonen, basislonen, functielonen); toeslagen in verband met zwaar en onaangenaam werk, diploma's, overwerk, bijzondere prestaties, vakantie, feestelijke gebeurtenissen, bepaalde omstandigheden waarin de onderneming verkeert e.d., en uitkeringen in verband met arbeidsongeschiktheid, ziektekosten, vervroegd uittreden;
3. veiligheid, gezondheid en welzijn in verband met de arbeid;
4. arbeidstijd en vakantie;
5. vrije tijd en nevenwerkzaamheden;
6. opleiding, vorming en scholing;
7. beroep, bindend advies of arbitrage bij geschillen;
8. andere onderwerpen, zoals: de vredesplicht, de beïnvloedingsplicht, de mededelingsplicht, informatieverplichtingen, werkgeversbijdragen aan vakverenigingen, overlegprocedures, selectie- en sollicitatieprocedures, vormvoorschriften voor het aangaan

(25) Zie H.L. Bakels, De leiding van de onderneming en de belangen van de werknemers, in: *Vrijheid en Recht* ('s Jacobbundel), Zwolle, 1975, blz. 30.

(26) Waarover: B.S. Frenkel e.a., *De structuur van het cao-overleg*, Samsom, Alphen aan den Rijn, 1980. Zie ook Rapport Reynaud, *Het georganiseerd overleg in de Lid-Staten van de Gemeenschap, Problemen en perspectieven*, EG, Studies Serie Sociale Politiek, nr. 40, Brussel, 1979.

en de beëindiging van de dienstbetrekking, het concurrentiebeding, het vakbondswerk in de onderneming e t.q.

De 650 in Nederland geldende cao's zijn bepaald niet uniform (27). Er zijn grote verschillen voor wat het door de cao bestreken terrein van arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden betreft. Er zijn zeer grote verschillen te onderkennen in de wijze waarop allerlei onderwerpen formeel en/of materieel geregeld zijn. Alleen al deze verschillen verklaren waarom het niet mogelijk is te spreken van dé rechtspositie van de werknemer.

1.4.4. Strikt individuele vaststelling van de inhoud van de arbeids-overeenkomst is -- indien gelet op wet en cao juridisch al mogelijk -- praktisch niet doenlijk. Bij een overwegend deel van de arbeidsverhoudingen heeft men te maken met arbeid die binnen een organisatie wordt verricht. Vaak wordt de arbeid gelijktijdig met anderen verricht en is zij voor velen van dezelfde aard. Dit geldt niet alleen voor het bedrijfsleven, maar ook voor ziekenhuizen, verpleeginrichtingen, onderwijsinstellingen etc. Generale regeling is voor een organisatie van enige omvang noodzakelijk. Indien en voorzover cao's daarin niet voorzien, zullen zgn. rechtspositiereglementen, standaardarbeidsovereenkomsten, arbeidsreglementen e.d. een middel vormen om onderhandelingen tussen de werkgever en de individuele werknemer over hun wederzijdse rechten en verplichtingen tot een uiterste minimum te beperken. De dienstbetrekking is het juridisch mechanisme waarmee de werknemer zijn plaats krijgt in de arbeidsorganisatie: het arbeidscontract als entree-biljet. De structuur van die organisatie, de wijze waarop de beslissingsbevoegdheid in de organisatie is verdeeld, de opzet van communicatiekanalen en van het productieproces, het externe beleid, dit alles oefent zijn invloed uit op de individuele rechtspositie van de werknemer (28). De marge voor individuele arbeidsvoorwaardenbepaling is voor de werknemers uiterst gering (29). Hoewel de arbeidsovereenkomst de belangrijkste pijler is

(27) De 650 cao's hebben betrekking op de rechtspositie van 2,1 miljoen werknemers. Van de 650 zijn er 180 bedrijfstakgewijs opgezet.

(28) Vgl. H.L. Bakels, Schets van het Nederlands arbeidsrecht, vierde druk, Kluwer, Deventer, 1978, blz. 34--36.

(29) Vgl. W.C.L. van der Grinten, *S.M.A.* 27 (1972), blz. 618--627.

van het arbeidsrecht, is de materiële betekenis van de contractsinhoud afgenomen door publiekrechtelijke regelingen en door collectieve reglementering. Vooral in de naoorlogse periode sedert 1945 wint het aandeel in de regeling van allerlei arbeidsvoorwaarden bij of krachtens de wet aan betekenis ten koste van het aandeel daarin bij cao's en individuele afspraken.

Men denke in dit verband aan de gedetailleerde uitvoeringsvoorschriften op basis van de Wet op de loonvorming, de Wet tijdelijke voorzieningen arbeidsvoorwaarden buiten collectieve arbeidsovereenkomsten en de Tijdelijke Wet Arbeidsvoorwaarden collectieve sector en de in omvang groeiende regelsystemen op grond van de Veiligheidswet, de Arbeidswet en in de naaste toekomst de Arbeidsomstandighedenwet. Door de verruiming van de personele en de materiële werkingssferen van veel cao's is de ruimte voor individuele afspraken nóg geringer geworden.

1.4.5. Krachtens Art. 39, sub 3 Wet RO neemt de kantonrechter kennis van alle rechtsvorderingen met betrekking tot de arbeidsovereenkomst, tot een cao, tot algemeen verbindend verklaarde bepalingen van een cao. Ook in tal van andere wetten is direct of indirect de kantonrechter als de bevoegde rechter aan te wijzen: de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag, de Pensioen- en Spaarfondsenwet, de Wet verplichte deelneming bedrijfspensioenfonds, de Wet op de ondernemingsraden, de Wet gelijk loon vrouwen en mannen en de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen.

Soms is de rechtbank de in eerste aanleg bevoegde rechter: ter zake van arbeidsovereenkomsten tussen naamloze en besloten vennootschappen en hun bestuurders (30). Ook is de rechtbank in eerste aanleg bevoegd ter zake van loonvorderingen in faillissementen via verwijzing van verificatiegeschillen. In hoger beroep oordeelt de rechtbank over arbeidszaken die in eerste instantie tot de bevoegdheid van de kantonrechter behoren (31). Een en ander laat de taak van de president van de rechtbank in kort geding op het gebied van het arbeidsrecht uiteraard onverlet. Van

(30) Behoudens de bevoegdheid van de kantonrechter indien het bedrag der vordering f 3 000 niet overschrijdt.

(31) Tenzij hoger beroep is uitgesloten: bijv. art. 1639w B.W.; zie echter wetsontwerp 16682.

arbeidszaken die in eerste aanleg voor de (president van de) rechtbank zijn behandeld, staat in het algemeen hoger beroep open op het Gerechtshof. Tenslotte staat van vonnissen en arresten in arbeidszaken cassatieberoep open op de Hoge Raad der Nederlanden.

In veel cao's is voorzien in bedrijfsrechtspraak voor de betrokken bedrijfstak. In het bijzonder onderwijs bestaan bijzondere beroepscommissies voor arbeidsgeschillen.

Het belangrijkste — in theorie aan te voeren — verschil tussen het formele ambtenarenrecht en het formele arbeidsrecht is gelegen in de lijdelijkheid van de burgerlijke rechter tegenover de niet-lijdelijke ambtenarenrechter.

1.5. Bijzondere arbeidsverhoudingen

Het geldingsgebied van het ambtenarenrecht is gelegen binnen het publiekrechtelijk georganiseerde staatsapparaat van departementen, diensten, instellingen, staatsbedrijven, provinciale griffies, gemeentesecretarieën, van provinciale en gemeentelijke takken van dienst en instellingen, etc. Er werd al gewezen op het arbeidscontract — waarop het ambtenarenrecht niet van toepassing is — als rechtsverschijnsel binnen dat publiekrechtelijk georganiseerde verband.

Hoewel rechtspersoonlijkheid geen vereiste is om te kunnen worden aangemerkt als publiekrechtelijk lichaam, kan men in het algemeen stellen dat instellingen, waaraan bij of krachtens de wet direct rechtspersoonlijkheid is toegekend, openbare lichamen zijn, behoudens tegenbewijs (waaraan in de praktijk nauwelijks behoefte blijkt te bestaan). Voor het antwoord op de vraag of diensten en bedrijven, waarvan de rechtspersoonlijkheid volgens het civiele recht is geconcipeerd, tot de openbare dienst behoren, moet daarentegen duidelijk vastgesteld kunnen worden dat zij door een openbaar lichaam worden beheerd. Dit beheerscriterium is door de CRvB in een aantal vereisten uiteengelegd (32).

(32) Zie: Het Burgerlijk Ambtenarenrecht, blz. I-A-3/5 (losbladige VUGA-uitgave). Vgl. ook R.D. Borgelt, Enige rechtspositionele aspecten van personeel werkzaam bij (overheids)stichtingen, *S.M.A.* 34 (1979), blz. 96—100; L.P.V.A. Roijakkers e.a., De rechtspositie van het personeel werkzaam bij 'openbare dienst stichtingen', *S.M.A.* 34 (1979), blz. 245—251; V.A.M. van

Indien aan deze vereisten is voldaan, kan het personeel van bijvoorbeeld 'overheidsstichtingen' als ambtenaar in de zin van de AW worden aangemerkt. Aan de jurisprudentie van de H.R. kan men in verband met de toepassing van het BBA de opvatting ontleenen dat een stichting een publiekrechtelijk lichaam kan zijn.

Zij, die een functie met een politiek karakter bekleden, al dan niet als bestuurslid van een publiekrechtelijke instelling zijn geen ambtenaar in de zin van de AW: ministers, staatssecretarissen, leden van gedeputeerden staten, wethouders, voorzitters en leden van besturen van waterschappen, veenschappen en veenpolders. Ook bestuursleden van publiekrechtelijke instellingen welke niet in hoofdzaak van politieke aard zijn, maar wier functie meer overeenkomst vertoont met die van politieke functionarissen dan met die van het overheidspersoneel, zijn geen ambtenaar, zoals bestuursleden van openbare lichamen voor bedrijf en beroep als bedoeld in de artt. 159—161 Grondwet, de SER, de SVR, de ZFR en de Sociale Verzekeringsbank en in het algemeen uitvoeringsorganen van de sociale verzekeringswetgeving. Behalve het personeel van de SVB en de Raden van Arbeid is het personeel in die instellingen op arbeidsovereenkomst werkzaam.

Binnen het raam van wettelijke bepalingen worden de arbeidsvoorwaarden van het hier bedoelde personeel bepaald door hetzij een cao (zoals bijvoorbeeld bij de bedrijfsverenigingen, de GMD en het GAK), hetzij door verordeningen (zoals bijvoorbeeld bij de schappen en de SER). In personeelsadvertenties van deze instellingen wordt soms meegedeeld dat de arbeidsvoorwaarden vrijwel gelijk zijn aan die van de Rijksoverheid.

In verband met subsidiëring van particuliere instellingen van privaatrechtelijke aard geldt veelal als een van de subsidievoorwaarden, dat de rechtspositie van het personeel van deze instellingen voldoet aan van overheidswege gestelde voorschriften. Tot die voorschriften behoort soms de toepasselijkheid van een cao, zoals bij de toepassing van de Wet op de bejaardenoord en de Wet op het bibliotheekwerk. In andere gevallen stelt de overheid zelf de arbeidsvoorwaarden — geheel of gedeeltelijk — vast, zoals in het op grond van de Rijksbijdrageregeling sociaal-cultureel werk

→ der Burg, Enkele beschouwingen over de overheidsstichting, *T.V.V.S.* 1980, blz. 181—183 en R.D. Borgelt, Enige rechtspositionele aspecten van personeel werkzaam bij een B-3-Stichting, *T.v.O.* 1980, blz. 156—159.

vastgestelde Besluit benoembaarheidseisen en bekostiging arbeidsvoorwaarden sociaal-cultureel werk en in het raam van de Kaderwet Specifiek Welzijn, artt. 40—42 jo. 70—71, is beoogd. Tenslotte zijn er gevallen waarin subsidiëring plaatsvindt onder voorwaarde, dat de rechtspositie van het personeel zoveel mogelijk analoog is aan die van ambtenaren, zoals bijvoorbeeld bij het bijzonder onderwijs het geval is (33).

In het algemeen kan men zeggen, dat in de kwartaire sector voor de arbeidsvoorwaarden van het personeel het materiële ambtenarenrecht model staat. Onder kwartaire sector versta ik dan met het Eindrapport Heroverwegingen (34): de overheid en die bedrijfsklassen en -groepen waarvan de aard van de dienstverlening een sterke verwantschap vertoont met de door de overheid verleende diensten; dus: openbaar bestuur inclusief sociale verzekeringen, onderwijs, gezondheidszorg, maatschappelijke dienstverlening, welzijnswerk, openbaar vervoer.

Veel instellingen, maar niet alle, binnen die bedrijfsklassen en -groepen zullen via art. B.3 ABPW door de Kroon aangewezen zijn als lichamen, waarvan het personeel geheel of gedeeltelijk ambtenaar in de zin van de ABPW is.

De Wet Sociale Werkvoorziening tenslotte sluit een bepaalde categorie van werknemers uit van zowel de werking van de AW 1929 als van de privaatrechtelijke bepalingen omtrent de arbeidsovereenkomst. Er is wél sprake van een dienstbetrekking tussen de WSW-er en de overheid, een gemeente of een samenwerkingschap op grond van een gemeenschappelijke regeling van een aantal gemeenten, maar die wordt uitsluitend door het bij of krachtens de WSW bepaalde geregeld. Voor alle duidelijkheid: WSW-ers zijn ook geen ambtenaar in de zin van de ABPW.

1.6. De slotsom is duidelijk: wie spreken wil van *de* rechtspositie van *de* ambtenaar en van *de* rechtspositie van *de* werknemer, kan dat slechts indien hij beraid is van veel concrete rechtsregels en

(33) Zie bijv. artt. 93 en 94 WWO; zie overigens: A. Reijnders, *Subsidiëring van instellingen*, Van Loghum Slaterus-Tjeenk Willink, Zwolle, 1981 en de Preadviezen N.J.V. 1978. Met betrekking tot het TNO-personeel is een eventuele cao punt van overleg (vgl. *S.M.A.* 36 (1981), blz. 90).

(34) Kamerstukken 16625.

van veel bijzondere 'tussenliggende' arbeidsverhoudingen te abstraheren.

Wie bovendien de beide rechtsposities wil vergelijken zal zijn abstractieniveau daar moeten kiezen waar onderscheidingen en verschillen binnen de groep van ambtenaren enerzijds en binnen de groep van werknemers anderzijds niet onmiddellijk hindernissen opleveren voor een vergelijking. Het bijzondere karakter van de arbeidsverhouding van de ambtenaar, waardoor deze arbeidsverhouding afwijkt van de arbeidsverhouding van de werknemer, is wat men aanduidt met: de status van de ambtenaar (35). De afwijkingen worden gewoonlijk in drie categorieën onderscheiden: formeel-juridische, materieel-juridische en sociaal-functionele kenmerken van de arbeidsverhouding van de ambtenaar.

De formeel-juridische kenmerken zijn: het publiekrechtelijk rechtskarakter van de ambtenaarsverhouding, waarvoor de eenzijdigheid van aanstelling en ontslag het meest typerend zijn, de eenzijdige vaststelling door de overheid van arbeidsvoorwaarden in algemene rechtspositievoorschriften en de bijzondere ambtenaren-rechtspraak voor ambtenaren in de zin van de AW en de MAW.

De materieel-juridische kenmerken worden gevormd door de inhoud van de publiekrechtelijke regelingen waarin rechten en verplichtingen van de ambtenaren zijn vastgelegd, bijv.: met betrekking tot bezoldiging, wachtgeld, arbeids- en rusttijden, vakantie, ontslag, discipline, pensioen, ziekte, medezeggenschap, collectief overleg en collectieve conflicten.

De sociaal-functionele kenmerken betreffen de bijzondere eisen uit hoofde van de ambtelijke ethiek: een bijzondere loyaliteit, een zekere toewijding en trouw aan de overheid, eerlijkheid en integriteit, het vermogen geheimen te bewaren, conflicten tussen publieke en eigen belangen te vermijden en de openbare dienst te respecteren, onafhankelijkheid jegens derden, maar met respect voor rechten en belangen van individu en gemeenschap en met interesse voor de publieke opinie en de opvattingen van belangengroeperingen, flexibiliteit, terughoudendheid in politieke controverse, ontvankelijkheid voor democratische procedures, nauwkeurigheid en dienstbaarheid in het ambtelijk optreden, respect

(35) Rapport Werkgroep Aard, Structuur en Inhoud van het Overleg aan het Centraal Georganiseerd Overleg in Ambtenarenzaken, Den Haag 1980 (ASIO-Rapport), blz. 17.

voor de mening van anderen (36). In zoverre deze normen objectiveerbaar zijn en in concreto toepassing kunnen vinden, zou ik ook deze normen willen rekenen tot het materiële ambtenarenrecht. Voorzover zij tot een onbestemde code van moraal en fatsoen behoren, besteed ik er geen bijzondere aandacht aan.

Tot de sociaal-functionele kenmerken zou ik ook willen rekenen de veronderstelde eigenschappen van de ambtenaar die er toe hebben geleid dat de ambtenaar zich op voordeliger voorwaarden kan verzekeren voor bepaalde risico's en op voordeliger voorwaarden geld kan lenen bij financieringsinstellingen: een extra-voorzichtigheid en grotere financiële betrouwbaarheid dan in het algemeen andere leden van de samenleving wordt toebedacht. Deze eigenschappen laat ik in deze studie buiten beschouwing.

1.7. Er zijn in Nederland ongeveer 750 000 ambtenaren werkzaam. Bij de gemeenten werken ongeveer 210 000 ambtenaren, bij de provincies 17 000 en bij de waterschappen 7 000. Daarnaast werken er in Nederland ongeveer 450 000 trendvolgers buiten de overheidssfeer in de collectieve sector. Voor hun inkomen zijn 2,8 miljoen niet-actieven aangewezen op een inkomen uit de collectieve sector. De marktsector verschaft ongeveer 3 300 000 personen een inkomen.

Blijkens het verslag 1980 van het Directoraat-Generaal voor Overheidspersoneelsbeleid van het ministerie van Binnenlandse Zaken was het overheidspersoneel per 1 april 1980 naar werktijd en geslacht samengesteld overeenkomstig de tabel op blz. 34/35.

2. CONSTITUTIONELE EN VOLKENRECHTELIJKE ASPECTEN VAN DE VRAAGSTELLING

2.1. Inleiding

2.1.1. Van de talrijke bi- en multilaterale verdragen, waarbij het Koninkrijk der Nederlanden partij is, zijn er vele die voor het so-

(36) Vgl. J.H. Sikkes, Over gelegenheid geven, over vrijblijvendheid, verharding en onenigheid, over grootheid in kleine zaken, . . . over overleg, *Bondsblad* 1979, blz. 1099 e.v.; J.H. Sikkes in de bundel 'Zoals een goed ambtenaar betaamt', beschouwingen over ambtenaar en ethiek, NBGA, Amersfoort, 1978 en H.J.M. Jeukens, *S.M.A.* 16 (1961), blz. 236 en *RM Themis* 1982-2.

[illegible]

Niet onderw. pers.	13 399	4 423	17 822	2 340	9 117	11 457	15 739	13 540	29 279
Voortgez. landbouwonderw.	1 324	35	1 359	520	156	676	1 844	191	2 035
Wetensch. landbouwonderw.	488	22	460	44	5	49	482	27	509
<i>Politie (3)</i>	29 674	423	30 097	1	1	2	29 675	424	30 099
	(96,0%)	(4,0%)	(100%)	(50,0%)	(50,0%)	(100%)	(98,6%)	(1,4%)	(100%)
Rijkspolitie	9 958	418	10 376	—	1	1	9 958	419	10 377
Gemeentepolitie	19 716	5	19 721	1	—	1	19 717	5	19 722
<i>Rechterlijke macht (4)</i>	880	105	985	31	33	64	911	138	1 049
	(89,3%)	(10,7%)	(100%)	(48,4%)	(51,6%)	(100%)	(86,8%)	(13,2%)	(100%)
<i>Lagere Publiekrecht. Lichamen (5)</i>	169 257	34 254	203 511	3 414	21 046	24 460	172 671	55 300	227 971
	(83,2%)	(16,8%)	(100%)	(86,0%)	(14,0%)	(100%)	(75,7%)	(24,3%)	(100%)
Provincies	13 179	2 405	15 584	284	1 134	1 418	13 463	3 559	17 002
Gemeenten	156 078	31 849	187 927	3 130	19 912	23 042	159 208	51 761	210 969
TOTAAL	497 185	124 066	621 251	42 341	88 134	130 475	539 526	212 200	751 726

(1) Excl. Kabinet voor Nederlands-Antilliaanse Zaken.

(3) Rijks- en gemeentepolitie excl. administratief en ander niet executief personeel. Dit niet executief personeel is gerekend tot ministeries (Justitie) resp. tot lagere publiekrechtelijke lichamen (gemeenten).

(4) Uitsluitend leden van de rechterlijke macht. Het administratief en ander hulppersoneel is gerekend tot ministeries (Justitie).

(5) Incl. personeel bij de bedrijven. Het onderwijzend personeel is gerekend tot inrichtingen van onderwijs. De aspiranten en het executief personeel van de politie is gerekend tot de politie.

(6) Incl. Hoge Colleges van Staat (leden buiten beschouwing gelaten) en Kabinet der Koningin.

(7) Excl. personeel Buitenlandse Dienst.

(8) Excl. burger-leraren en militair personeel bij de militaire opleidingsinstituten.

(9) Excl. personeel bij de Academische ziekenhuizen, aangezien van dit personeel geen opgave is verstrekt.

(10) 's Rijksmunt, Staatsvisserijbedrijf en Stichting Administratie Indonesische Pensioenen (S.A.I.P.).

(11) Incl. burger-leraren en militair personeel bij de militaire opleidingsinstituten.

(12) Aangezien van sommige sectoren geen opgave is vermeld dan wel geen verdeling naar geslacht, dienstverband etc. bekend is, hebben een aantal totalen als zodanig weinig betekenis.

— = nul

= ontbreken

ciaal recht van belang zijn. Dat wil niet zeggen, dat zij voor de rechtsposities van alle in Nederland werkende werknemers en van alle Nederlandse ambtenaren van even grote betekenis zijn.

Internationale afspraken waarbij de verdragspartijen slechts verklaren bepaalde doeleinden na te streven, de 'promotional conventions' zoals op het gebied van werkgelegenheidsbevordering, zijn niet van onmiddellijke betekenis voor de rechtspositie van ambtenaren en werknemers tegenover de overheid en andere werkgevers. Hetzelfde geldt voor de verdragen of onderdelen daarvan, die de oprichting en instandhouding van bepaalde diensten of instellingen bijv. met betrekking tot sociale zekerheid, arbeidsinspectie, arbeidsbemiddeling en statistieken eisen en voor verdragen of verdragsonderdelen die de verdragspartijen verplichten overleg- en onderhandelingsprocedures in het leven te roepen voor het verkeer met werkgevers en werknemers. Het gaat bij dit alles in hoofdzaak om instructienormen voor het handelen van de overheid, hetzij als wetgever, hetzij als bestuurder.

Voor de aanspraken van ambtenaren en werknemers jegens hun werkgevers kunnen wel van direct belang zijn internationale verplichtingen van de verdragspartijen tot herziening of aanpassing van onze nationale wetgeving. Toetsing van de herzienings- of aanpassingswetgeving aan internationale afspraken kan dan tot een concrete aanspraak van ambtenaren of werknemers leiden, terwijl uiteraard deze wetgeving zelf ook de bron van rechten en verplichtingen kan vormen.

Het meest duidelijk spreekt de betekenis van verdragsbepalingen die het nationale recht van de verdragspartijen rechtstreeks wijzigen of aanvullen, de self-executing treaties. In dit verband valt vooral te denken aan verdragsbepalingen inzake fundamentele rechten als de klassieke en sociale grondrechten, voorzover daaraan directe werking toekomt.

2.1.2. Een tweede relativering van de betekenis van verdragen voor de rechtspositie van de ambtenaren en werknemers is gelegen in de doelgroep van veel verdragen. Naast verdragen van algemene betekenis, die voor alle arbeid van belang zijn, zijn er verdragen die speciaal arbeid van vrouwen, kinderen, jeugdigen, ouderen of vreemdelingen op het oog hebben, terwijl andere verdragen gericht zijn op arbeid in bijzondere sectoren, zoals arbeid in de industrie, in de landbouw, ter zeevaart, in de visserij en in de verpleging.

2.2. Geen verplicht onderscheid

2.2.1. Geen enkel internationaal verdrag dwingt een staat de rechtspositie van het overheidspersoneel op een bijzondere wijze vorm te geven en in te richten. Noch in de Algemene Verklaring van de rechten van de mens, noch in enig UNO- of ILO-verdrag, noch in het ESH, noch in het EEG-verdrag of welk ander verdrag ook, kan een fundament gevonden worden voor een dergelijke verplichting. Het in Nederland bekende onderscheid tussen ambtenaar en werknemer speelt voor wat de juridische aard van hun positie betreft geen directe rol in verdragen betreffende fundamentele burgerrechten en politieke, economische, sociale en culturele rechten.

Dat wil niet zeggen, dat alle verdragen steeds gelijkelijk van toepassing zijn ten aanzien van het overheidspersoneel en het personeel in dienst van werkgevers in privaatrechtelijke zin. Het is niet de juridische aard van de verhouding tussen de overheid en ambtenaar enerzijds en werknemer en werkgever anderzijds, die van onderscheidende betekenis is in een aantal verdragsbepalingen, maar het al dan niet in openbare dienst werkzaam zijn, hetzij op privaatrechtelijke, hetzij op publiekrechtelijke grondslag.

Zo kent art. 8, lid 2 van het UNO-verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten de mogelijkheid wettelijke maatregelen te treffen ter beperking van de uitoefening van het stakingsrecht door leden van de gewapende macht, van de politie of het ambtelijk apparaat.

Werd voor wat de ILO betreft vroeger wel betwijfeld of de conventies, aanbevelingen en resoluties betrekking konden hebben op werknemers in openbare dienst, thans staat vast dat de competentie van de ILO niet bepaald wordt door de wijze waarop ILO-normen in de nationale rechtsorde gestalte krijgen, ook niet wanneer de rechtspositie van personeels-categorieën in het publieke recht is geworteld. In de meeste conventies is het dan ook volstrekt onbelangrijk of de rechten, de arbeid dan wel de werknemers waarop de conventies het oog hebben in een publiekrechtelijke dan wel privaatrechtelijke verhouding gezien moeten worden. Meestal verbinden de verdragspartijen zich bepaalde rechten voor alle werknemers te waarborgen, zoals in de verdragen betreffende de vrijheid tot het oprichten van vakverenigingen en de bescherming van het vakverenigingsrecht 1948 (nr. 87), betreffende de gelijke

beloning van mannelijke en vrouwelijke arbeidskrachten voor arbeid van gelijke waarde 1951 (nr. 100), betreffende discriminatie in arbeid en beroep 1958 (nr. 111). Hebben conventies speciale groepen van werknemers of bijzondere sectoren van economische bedrijvigheid op het oog, ook dan gelden zij zowel met betrekking tot werknemers in de openbare dienst als met betrekking tot andere werknemers. Sommige conventies spreken uitdrukkelijk in de definities van: 'establishments, whether public or private', 'public or private undertaking', 'vessels whether publicly or privately owned'; de 'industrial undertaking' wordt niet naar zijn rechtsvorm, maar naar de aard van de werkzaamheden gedefinieerd. In andere conventies is uitdrukkelijk bepaald, dat zij óók gelden ten aanzien van de openbare dienst. Slechts een enkele conventie bepaalt uitdrukkelijk niet van toepassing te zijn op 'public servants engaged in the administration of the state', zoals het Verdrag betreffende het recht zich te organiseren en collectief te onderhandelen 1949 (nr. 98). In 1978 is met het oog op deze uitzondering het Verdrag betreffende de arbeidsverhouding in de openbare dienst vastgesteld, dat voor het overheidsperoneel de vakverenigingsvrijheid moet waarborgen. Het bevat voorts voorschriften over de faciliteiten voor vertegenwoordigers van erkende organisaties van overheidsperoneel en betreffende procedures voor het vaststellen van arbeidsvoorwaarden en het oplossen van geschillen (37).

Wanneer ILO-verdragen de oprichting en de instandhouding van diensten of instellingen beogen, zoals de verdragen betreffende arbeidsinspectie en arbeidsbemiddeling, vereisen zij meestal een bezetting van die diensten of instellingen met 'public officials'. Deze aanduiding zegt slechts iets over het openbare karakter van de diensten die worden verleend en niets over de aard van de arbeidsverhouding.

Het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van 1950 kent wat de vakverenigingsvrijheid betreft in art. 11, lid 2 twee restricties: de bij de wet voorziene beperkingen die in een democratische samenleving nodig zijn in het belang van 's lands veiligheid, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, voor de bescherming van de gezondheid of de goede zeden,

(37) Verdrag van 27 juni 1978, nr. 151, Trb. 1979, 50.

of de bescherming van de rechten en de vrijheden van anderen, en de beperkingen voor leden van de gewapende macht, van de politie of van het ambtelijk apparaat van de staat (the administration). Soortgelijke beperkingen treft men aan in de UNO-verdragen inzake burgerrechten en politieke rechten en inzake economische, sociale en culturele rechten (zie bijv. resp. de artt. 21, 22 en art. 8).

Het Europees Sociaal Handvest laat krachtens art. 31 wettelijke uitzonderingen op de grondrechten van het Handvest toe voor bepaaldelijk aan te duiden groepen van personen voor zover deze uitzonderingen noodzakelijk zijn in een democratische samenleving voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen of voor de bescherming van het algemeen belang, de nationale veiligheid en de nationale volksgezondheid.

Op het beginsel van het vrije verkeer van werknemers in art. 48 EEG-verdrag, dat het verbod van discriminatie naar nationaliteit mede omvat, is een belangrijke uitzondering aangebracht: het beginsel geldt niet voor betrekkingen in overheidsdienst. Volgens het Hof van Justitie te Luxemburg beoogt deze uitzondering een beperking van het vrije verkeer van werknemers voor betrekkingen die rechtstreeks of middellijk deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag inhouden én die strekken tot bescherming van de algemene belangen van de staat. Dergelijke betrekkingen onderstellen bij de functionaris een bijzondere band van solidariteit ten opzichte van de staat en een wederkerigheid van rechten en plichten die de grondslag vormen van de nationaliteitsverhouding (38). Deze beperking slaat niet op de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid, omdat de bescherming van deze belangen reeds beperkingen op het beginsel van het vrije verkeer en de gelijke behandeling van werknemers toestaat op grond van art. 48, lid 3 van het Verdrag. De reikwijdte van de uitzondering op het Verdragsbeginsel is gelet op het arrest van het Hof niet met grote precisie aan te geven.

In het verlengde van het derde lid van art. 48 is echter, gezien de bewoordingen van het arrest wel duidelijk, dat het Hof niet een formeel of institutioneel criterium hanteert, maar een functioneel criterium: het gaat om de aard van de te behartigen belangen, met betrekking waartoe van geval tot geval moet worden beoor-

(38) Arrest van 17 december 1980, Zaak 149/79.

deeld of voor een overheidsbetrekking een inbreuk op een onderdeel van de communautaire rechtsorde vereist is (39).

2.2.2. Conclusie kan zijn, dat het internationale recht niet tot een onderscheiden vormgeving van de rechtspositie van overheidspersoneel in afwijking van het personeel van particuliere werkgevers verplicht. Wel staat het internationale recht een onderscheiden behandeling van personeel toe in verband met de aard van de arbeid (politie, gewapende macht) of met het oog op bepaalde algemene belangen. De grenzen van het onderscheid worden niet bepaald door formele-institutionele criteria, maar door materiële criteria.

2.3. Grondrechten

2.3.1. Olde Kalter heeft in zijn preadvies voor de VAR in 1979 de gelding van grondrechten ten aanzien van het overheidspersoneel onderzocht (40). Mijn collega preadviseur zal aan de problematiek van de grondrechten in de arbeidsverhoudingen ruime aandacht schenken; ik volsta met enkele notities.

Het standpunt, dat grondwettelijke bepalingen over grondrechten volledig gelden voor de rechtsverhouding tussen overheid en overheidspersoneel is thans het heersende. Het heeft zowel betrekking op bepalingen die direct werken als op bepalingen, die als instructienormen worden aangeduid. Wat de direct werkende bepalingen over fundamentele rechten in internationale verdragen betreft, zal niet anders geoordeeld behoeven te worden.

Het is duidelijk, dat bepalingen in internationale verdragen en in de Grondwet met directe werking, in het bijzonder inzake de grondrechten, voor de rechtspositie van ambtenaren en werknemers van belang zijn. Directe werking komt een bepaling toe, wanneer zij naar de inhoud een ieder kan verbinden, dat wil zeggen dat zij zonder tussenkomst van een nadere daad van wetgeving of bestuur toepasbaar is. Of dat het geval is, wordt bepaald door de aard, de inhoud en de formulering van de bepaling, terwijl tevens de bedoeling van de opstellers een richtsnoer kan zijn. Het Hof

(39) Het arrest is besproken en van commentaar voorzien door A.Th.S. Leenen, *S.E.W.* 1981, blz. 645–655 en door G. Druesne, *Rev. Trimestr. de Droit Eur.* 1981, blz. 286–300.

(40) C.J.G. Olde Kalter, *Overheidspersoneel en grondrechten*, Geschriften

van Justitie te Luxemburg noemt als voorwaarden voor rechtstreekse toepassing van bepalingen van het EEG-verdrag: de geest, de structuur en de duidelijkheid van de bewoordingen. Tevens meent het Hof, dat de handeling waartoe de bepaling de staten verplicht naar haar inhoud volledig bepaald moet zijn (41).

Indien bepalingen ook voor de verhouding tussen burgers onderling van betekenis zijn, spreekt men van horizontale of derdenwerking. De horizontale werking kan van betekenis zijn in de relatie tussen werknemers en werkgevers. Ten aanzien van de overheid als werkgeefster zullen directe werking en horizontale of derdenwerking samenvallen (42).

Noch internationale verdragen, noch de Grondwet sluiten beperkingen van grondrechten uit. Via algemene en bijzondere beperkingen van grondrechten poogt de praktijk in wetgeving, bestuur en rechtspraak op de belangen van het geval afgestemde oplossingen te vinden voor de uitoefening van grondrechten door bepaalde groepen van personen of met het oog op bepaalde algemene belangen. Bij die oplossingen valt het op, dat niet reeds de ambtelijke verhouding als zodanig grondslag is voor beperking van grondrechten. Eerst wanneer door de onbeperkte werking en uitoefening van een grondrecht de vervulling van de functie van de ambtenaar of de goede functionering van de openbare dienst, voor zover in verband met de aard van de functie van de ambtenaar, zou worden verstoord, zouden beperkingen aan de uitoefening van grondrechten worden gesteld (43).

Met Koopmans (44) ben ik van mening, dat in de relatie overheid-ambtenaar de horizontale werking van grondrechten niet aan de orde is. Het gaat om de directe werking. De door grondrechten beperkte gezagsuitoefening van de overheid jegens ambtenaren ligt vast in de bepalingen over de grondrechten, terwijl voorts in de rechtsorde vastligt of, door wie en op welke wijze beperkingen kunnen worden toegepast met betrekking tot een grondrecht.

→

VAR LXXXIV, Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn, 1979; Vgl. ook J.A. Peters, Het primaat van de vrijheid van meningsuiting, diss., Leiden 1981, speciaal hoofdstuk 2.

(41) Zie hierover wetsontwerp 13932, MvT, blz. 12.

(42) Idem, blz. 13-14.

(43) Olde Kalter, a.w., blz. 78.

(44) T. Koopmans, *RM Themis* 1969, blz. 75-80.

Het grondwettelijke ambtenarenartikel biedt intussen geen zelfstandige beperkingsbevoegdheid van de grondrechten (45). De bijzondere rechtsbescherming van de ambtenaar volgens de Ambtenarenwet, administratief beroep en administratief toezicht vormen waarborgen tegen te vergaande beperkingen.

In de relatie overheid-ambtenaren gelden de grondrechten als voor iedere burger, 'doch de bijzondere rechtsverhouding brengt met zich mee, dat ten aanzien van deze groepen (i.e. ambtenaren, militairen en gedetineerden) meer beperkingen op de uitoefening van grondrechten kunnen worden vastgesteld dan voor andere burgers', aldus Crincc le Roy (46). Daarbij geldt, althans theoretisch, de eis, dat deze beperkingen tot de beperkingsclausules van de betreffende artikelen over grondrechten moet kunnen worden herleid (47). Over deze laatste regel bestaat in de literatuur verschil van mening terwijl de praktijk zich niet altijd naar deze regel voegt (48).

Hoe dit zij, ambtenaren genieten een zekere grondrechtenbescherming doordat globaal genomen vaststaat wie onder welke omstandigheden beperkingen kan aanbrengen, terwijl voorts (semi-)rechtelijk toezicht op het bestuurlijk handelen ten aanzien van grondrechten een gegeven is (49).

In de literatuur is de gedachte van beperking van grondrechten voor overheidspersoneel wel verworpen. Van der Horst en Klinkers en ook Olde Kalter zijn van mening, dat de ambtenaar aan niet meer of minder beperkingen in de uitoefening van zijn grondrechten zou mogen worden onderworpen dan de werknemers in het 'vrije bedrijfs- en beroepsleven'. Dit op het oog royale standpunt is echter slechts relevant in relatie tot de overheid. Indien men de werking van grondrechten vergelijkt in de relatie overheid-ambtenaar enerzijds en werkgever-werknemer anderzijds ligt de kwestie anders. Of en in hoeverre grondrechten werken in de relatie werkgever-werknemer wordt bepaald door hun horizontale werking. De moderne grondwetgever laat de ontwikkeling van de horizontale werking echter over aan de praktijk van de wetgever,

(45) P. Rehorst, *S.M.A.* 34 (1979), blz. 10.

(46) Crincc le Roy, a.w., blz. 18.

(47) Vgl. Wetsontwerp 13872, nr. 3, blz. 11.

(48) Zie Crincc le Roy, a.w., blz. 16-18.

(49) Zie Olde Kalter, a.w., blz. 102.

het bestuur en de rechter. Deze zouden moeten aangeven hoe en waar van horizontale werking sprake is (50). Praktisch gesproken leidt deze opvatting er toe, dat het de rechter zal zijn die aan bepaalde fundamentele rechten horizontale werking toekent. Behoudens bijzondere wettelijke beperkingen zullen de grenzen hier voor werknemers bepaald worden door de artt. 1356, 4°, 1371 en 1373, 1638z en 1639d B.W. en art. 14 Wet AB. De wetgever aanvaardt in zijn praktijk belangrijke beperkingen op de horizontale werking: het ius de non evocando, de negatieve individuele vakverenigingsvrijheid zijn bijv. niet door de wet gewaarborgd (51). Conclusie is dat de grondrechtelijke positie van de werknemer veel minder duidelijk is dan die van de ambtenaar. In het gunstigste geval is de situatie materieel niet anders dan voor ambtenaren. De feitelijkheid beheerst de norm; een alternatief is nog niet zichtbaar (52).

2.3.2. De in 2.3.1. getrokken conclusie krijgt reliëf indien men de burgerrechten en politieke rechten alsook de economische, sociale en culturele rechten in de concrete arbeidsverhoudingen van ambtenaren en werknemers projecteert. De vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van vakvereniging in al haar dimensies, de bescherming van de persoonlijke levenssfeer zullen — ook wanneer daarop algemene of bijzondere beperkingen zijn aangebracht — tegenover de overheid in het algemeen verder strekken dan tegenover een particuliere werkgever. Maar ook in het algemeen zal een beroep op een fundamenteel recht, daargelaten of de betrokken bepaling direct werkt, tegenover de overheid van groter betekenis zijn dan een beroep op datzelfde recht tegenover een particuliere werkgever. De druk die van zo'n beroep op de overheid uitgaat zal groter zijn dan de druk die van zo'n beroep op een particuliere werkgever uitgaat. Men zou in dit verband kunnen denken aan de gelijkheid van behandeling van georganiseerde en ongeorganiseerde ambtenaren door de overheid, die bepaald niet direct vertaalt

(50) Zie Wetsontwerp 13872, nr. 3, § 5, vgl. C.R. Niessen, *S.M.A.* 31 (1976), blz. 283 e.v.

(51) Zie art. 2, lid 5, sub a, b en c Wet AVV 1937; vgl. H.R. 31 oktober 1969, *N.J.* 1970, 57.

(52) M.C.B. Burkens, *Beperking van grondrechten*, Kluwer, Deventer, 1971, blz. 153.

baar is in een verplichting voor werkgevers tot gelijke behandeling van georganiseerde en ongeorganiseerde werknemers, aangenomen dat de ongelijke behandeling niet valt onder enig verbod van directe of indirecte discriminatie. Soortgelijke opmerkingen kan men maken met betrekking tot het recht op sociale zekerheid en het recht op geestelijke en lichamelijke gezondheid (53).

Als gevolg van de onbestemde begrenzing van de beperking van grondrechten in hun horizontale werking zullen cao-bepalingen de reële betekenis van grondrechten voor werknemers jegens hun werkgevers vergaand kunnen beperken, althans verdergaand dan het aan de overheid geoorloofd zou zijn te doen in enig ambtenarenreglement (54).

2.4. De Grondwet

2.4.1. Rehorst heeft in 1975 de vraag aan de orde gesteld of de Grondwet de bijzondere regeling van de rechtspositie van de ambtenaar voorschrijft. De Grondwet kent verschillende bepalingen,

(53) Vgl. nog C.R. Niessen, Opneming van sociale grondrechten in de Grondwet, *S.M.A.* 31 (1976), blz. 283 e.v.; en idem, De goedkeuring van het Internationale Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten, *S.M.A.* 31 (1976), blz. 358 e.v. Zie ook de regeringsnota 15463 en wetsontwerp 16086 en hierover: J.K.M. Gevers, De Arbeidsomstandighedenwet in gezondheidsrechtelijk perspectief, *Ts. voor Gezondheidsrecht* 1981, blz. 203–213.

(54) Een aantal bedrijfstak-cao's verplicht de werknemer zich te onderwerpen aan geneeskundig onderzoek 'wanneer de werkgever dit nodig oordeelt' (of woorden van gelijke strekking). In een enkele cao (textiel, kalkzandsteen-industrie) moet de werkgever over een verplichting tot periodiek geneeskundig onderzoek eerst overleg voeren met de o.r. Sommige cao's bepalen uitdrukkelijk dat de werkgever de onderzoekende arts kan aanwijzen. Exorbitant is de regeling in de cao bitumineuze dakbedekkersbedrijven volgens welke de werknemer die zich niet aan onderzoek door een door de werkgever aangewezen arts onderwerpt op staande voet kan worden ontslagen. Zie voor deze bepalingen: 'Veiligheid, gezondheid, hygiëne en milieu', bepalingen terzake, voorkomend in cao's voor bedrijfstakken, Loonbureau 1977.

Zie met betrekking tot de grenzen van de regelingsbevoegdheid, ook in verband met grondrechten, van cao-partijen: A.T.J.M. Jacobs, *Preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, nr. 32, Kluwer, Deventer, 1982 en W.J.P.M. Fase, *De botsing tussen de contracts- en vakverenigingsvrijheid*, Kluwer, Deventer, 1981. Zie in verband met de toenemende betekenis van het systeem van fundamentele rechten: E.A. Alkema, *Schakelbepalingen* (oratie UvA), Kluwer, Deventer, 1981.

die (mede) betrekking hebben op ambten of ambtenaren: art. 5 (iedere Nederlander is tot elke landsbediening benoembaar), art. 68 (het recht van de Kroon militaire officieren te benoemen, te bevorderen, te ontslaan of op pensioen te stellen), art. 72 (bezoldiging en pensioenen), art. 180 (benoeming en ontslag leden rechterlijke macht) en art. 193 (benoeming leden der Algemene Rekenkamer) (55).

Van betekenis voor de rechtspositie van ambtenaren in het algemeen zijn slechts de artt. 68 en 72. Met art. 68 heeft men willen uitdrukken, aldus Van der Pot-Donner, dat in tegenstelling tot de toestand onder de Republiek de landsverdediging zaak van de eenheidsstaat zou zijn. Met betrekking tot art. 72 heeft Rehorst m.i. overtuigend aangetoond, dat er geen goede grondslag is voor de stelling, dat men met dit artikel de bijzondere rechtspositie van de ambtenaar — zoals Nederland die thans kent — grondwettelijk heeft willen vastleggen. Men is er in het verleden wel steeds vanuit gegaan dat de ambtenaar in een publiekrechtelijke verhouding zijn arbeid verrichtte, maar het op zichzelf blanco art. 72 is daartoe niet de grondslag. De regelingen bedoeld in dat artikel staan bijv. een contractueel georiënteerde opvatting over de relatie overheid-overheidspersoneel niet in de weg (56). Overigens, indien men art. 72 hiertegen in het geweer zou willen brengen, dan dient bedacht te worden, dat behalve met betrekking tot de pensioenen, art. 72 slechts betrekking heeft op rijksambtenaren. De praktisch belangrijkste grondwettelijke bepaling is, dat de pensioenen van alle ambtenaren bij wet moeten worden geregeld.

2.4.2. In de nieuwe Grondwet bepaalt art. 1.18, lid 2 van het hoofdstuk *Grondrechten*, dat de wet regels stelt omtrent de rechtspositie van hen die arbeid verrichten en omtrent hun bescherming daarbij, alsmede omtrent medezeggenschap. Art. 1.19, lid 2 bepaalt vervolgens dat de wet regels stelt omtrent de aanspraken op sociale zekerheid. Art. 1.18, lid 2 is niet van toepassing op het overheidspersoneel (57). Aan de rechtstoestand van het overheids-

(55) P. Rehorst, *De Grondwet en de ambtelijke rechtspositie*, S.M.A. 30 (1975), blz. 141 e.v.

(56) Aldus ook de meerderheid van de Werkgroep ASIO, blz. 13–14 van het rapport.

(57) Wetsontwerp 13873, MvT, blz. 10.

personeel is een afzonderlijke bepaling gewijd in het hoofdstuk *Wetgeving en bestuur*. Art. 5.2.10 bepaalt: 'De wet regelt de rechtspositie van de ambtenaren. Zij stelt tevens regels omtrent hun bescherming bij de arbeid en omtrent medezeggenschap'. De rechtvaardiging van dat bijzondere artikel als *lex specialis* ten opzichte van de algemene bepaling van art. 1.18 is gelegen in de noodzaak van een ambtelijke dienst en het belangrijke aandeel van ambtenaren in de uitvoering van de overheidstaak.

Aldus wordt de wetgever opgedragen de ambtelijke rechtspositie te regelen, waarbij zij uiteraard de bijzondere eisen welke de publieke taak der ambtenaren stelt, in acht zal nemen, aldus de MvT (58). In deze toelichting is uitdrukkelijk vermeld, dat de Grondwet geen uitspraak dient te doen over het rechtskarakter van de ambtenaarsverhouding (59). Slechts de rechtspositie van de leden van de rechterlijke macht, de Raad van State en de Algemene Rekenkamer wordt apart in de daarvoor aangewezen hoofdstukken van de nieuwe Grondwet geregeld met het oog op de onafhankelijke plaats die zij in het staatsstelsel innemen (60).

In de MvA beklemtoonde de regering het essentiële verschil tussen werknemers in openbare dienst en werknemers in de particuliere sector. Dat verschil is gezien in de omstandigheid dat de overheid niet alleen werkgeefster is, maar tevens hoedster van het algemeen belang. Deze dubbele hoedanigheid zal in relatie tot het overheidspersoneel bijzondere eisen blijven stellen. De publieke taak stelt bijzondere eisen, ook al zullen door de uitbreiding van het ambtelijke apparaat en door vervaging van het onderscheid tussen typische overheidswerkzaamheden en typische private werkzaamheden die eisen niet in dezelfde mate voor het gehele overheidspersoneel gelden. De bijzondere positie van het overheidspersoneel kan daarmee niet ontkend worden. Als bijzondere factor bij de regeling van de rechtspositie van het overheidspersoneel noemt de regering de staatsrechtelijke verantwoordelijkheid van de begrotingswetgever. Daartegenover plaatst de regering de regeling van een met bijzondere waarborgen omklede rechtspositie (61).

(58) Wetsontwerp 15048, MvT, blz. 4-5.

(59) Idem, blz. 6.

(60) Wellicht kan in de toekomst ook de Nationale Ombudsman aan deze opsomming toegevoegd worden: zie art. 5.2.9 nieuwe Grondwet.

(61) Wetsontwerp 15048, MvA, blz. 4-5.

In de Nota naar aanleiding van het eindverslag is onderstreept, dat het ambtenarenartikel in de nieuwe Grondwet regeling van arbeidsvoorwaarden van ambtenaren bij cao niet in de weg staat; de eenzijdigheid van de ambtelijke aanstelling is evenmin een argument voor het ambtenarenartikel. Samengevat: niet de eenzijdige aanstelling, noch de wijze van totstandkoming van arbeidsvoorwaarden, maar de bijzondere betekenis van het overheidspersoneel in de uitvoering van de overheidstaak én het feit, dat de werkgeefster tevens hoedster is van het algemeen belang rechtvaardigen het grondwettelijk ambtenarenartikel.

Uit het ambtenarenartikel in de nieuwe Grondwet mag niet afgeleid worden, dat een aanzet tot een ingrijpende herziening van het ambtenarenrecht is beoogd.

Ten opzichte van de oude Grondwet valt het op, dat in het nieuwe ambtenarenartikel geen onderscheid is gemaakt tussen militaire en burgerlijke, tussen rijks- en andere ambtenaren. Bovendien spreekt de nieuwe Grondwet van de rechtspositie en niet meer uitsluitend over enkele onderdelen daarvan, zoals in de 'oude' artt. 68 en 72 het geval was.

De conclusie is, dat zowel in de oude als in de nieuwe Grondwet voor de vormgeving van de ambtelijke rechtspositie ambtenarenartikelen geen prejudicium inhouden. Slechts het bijzondere karakter van de overheidsdienst is grondwettelijk vastgelegd; het rechtskarakter echter niet (62).

3. FORMEEL-JURIDISCHE BENADERING

3.1. De totstandkoming van arbeidsvoorwaarden

3.1.1. Sedert 1929 bepaalde de AW in art. 125, lid 1, sub k, dat het bevoegd gezag verplicht was voorschriften vast te stellen betreffende de wijze waarop aan verenigingen van ambtenaren gelegenheid wordt gegeven haar gevoelens te doen kennen ten aanzien van de ambtenaren betreffende algemeen verbindende voorschriften.

(62) Vgl. P. Rehorst, Grondwetswijziging van bepalingen inzake ambtenaren, *S.M.A.* 34 (1979), blz. 6–10; Rapport Werkgroep ASIO, blz. 13–14.

ten (63). Sedert de wetwijziging van 22 maart 1967, Stb. 197 bepaalt art. 125, lid 1, sub k, dat het bevoegd gezag regels moet vaststellen over de wijze waarop met de daarvoor in aanmerking komende organisaties van ambtenaren overleg zal worden gepleegd over aangelegenheden van belang voor de rechtstoestand van de ambtenaren. Het overleg wordt gevoerd door of namens het bevoegd gezag met commissies voor georganiseerd overleg in ambtenarenzaken.

Aan de wijziging van 1967 lag de bedoeling ten grondslag om met behoud van de bevoegdheid van de overheid de door haar gewenste maatregelen eenzijdig vast te stellen, er naar te streven zo enigszins mogelijk overeenstemming te bereiken met de organisaties van overheidspersoneel. Een noodzaak om tot overeenstemming te geraken bestaat er niet. Het bevoegd gezag is wel gehouden te motiveren waarom het van de opvatting van de ambtenarenorganisaties afwijkt (64).

Volgens het geldende ambtenarenrecht is het uitgesloten dat de ambtelijke rechtspositie op contractuele grondslag zou worden opgetrokken.

De eenzijdige vaststelling van arbeidsvoorwaarden is in het algemeen noch constitutioneel, noch volgens verdragsrecht dwingend. De vraag rijst dan ook welke argumentatie voor de eenzijdige vaststelling van arbeidsvoorwaarden pleegt te worden aangevoerd.

3.1.2. De Centrale Commissie voor Georganiseerd Overleg in Ambtenarenzaken is de gesprekspartner van de minister van Binnenlandse Zaken voor aangelegenheden welke van algemeen belang zijn voor de rechtstoestand van ambtenaren. De minister is in het overleg — behoudens aan kabinetsbesluiten — gebonden aan de besluiten van een tweetal ministeriële onderraden: de Raad voor de Rijksdienst en de Raad voor de Rijksdienst en Inkomensaangelegenheden. Voor een nadere uitwerking van hetgeen in het overleg

(63) Het georganiseerd overleg in ambtenarenzaken is echter al ouder: K.B. van 20 december 1919, Stb. 819, waarbij de Centrale Commissie was ingesteld, die tot taak had van advies te dienen over aangelegenheden van algemeen belang voor de rechtstoestand van ambtenaren in dienst van het rijk of van rijksinstellingen. Zie ook de herdenkingsartikelen van J.H. Sikkes, *Bondsblad* 12 maart 1980, blz. 1—5 en van C.A. Smal, *Gids arbeidsrecht*, 15 april 1980, blz. 21—23.

(64) Zie art. 111 ARAR.

van de minister met de Centrale Commissie aan de orde is geweest zijn voor onderdelen van de rijksdienst Bijzondere Commissies voor Georganiseerd Overleg ingesteld: voor een departement, voor het Staatsbedrijf der PTT, voor de belastingdienst, voor Rijks-waterstaat bijv. Met de Bijzondere Commissies wordt overleg gevoerd over aangelegenheden van algemeen belang voor de rechtstoestand van een bepaalde groep ambtenaren en over bijzondere regels volgens welke het personeelsbeleid zal worden gevoerd. Behalve een uitwerking van hetgeen reeds met de Centrale Commissie is besproken komen in de Bijzondere Commissie dus ook aangelegenheden aan de orde die slechts voor de ambtenaren van het betrokken onderdeel van de rijksdienst van belang zijn, zoals o.a. het systeem van functiewaardering in het betrokken onderdeel. Het overleg met de Centrale Commissie is geregeld in de artt. 105—112 ARAR; het overleg met Bijzondere Commissies in de artt. 113—122 ARAR. Behalve de algemene regeling van Bijzondere Commissies in het ARAR bestaan er ook Bijzondere Commissies krachtens een bijzonder K.B.; bijv. de Bijzondere Commissie van Overleg bij de Raad van State en het Centrale Overlegorgaan Personeelszaken Wetenschappelijk Onderwijs. De krachtens een bijzonder K.B. ingestelde Bijzondere Commissies verrichten hun werkzaamheden niet steeds uitsluitend ten behoeve van rijksambtenaren. Zo wordt met de Commissie voor Georganiseerd Overleg in politie-ambtenarenzaken overleg gevoerd, zowel over aangelegenheden die ambtenaren der rijkspolitie als over aangelegenheden die ambtenaren der gemeentepolitie betreffen. Ook het overleg van de Bijzondere Commissie voor Overleg in zaken betreffende de rechtspositie van het onderwijspersoneel beperkt zich niet tot het rijksonderwijspersoneel.

Zowel in de Centrale Commissie als in de Bijzondere Commissies zijn vertegenwoordigd centrales van organisaties van ambtenaren: de ACOP, de RKCOP, de CCOOP, het AC en de CMHA (65). In de Commissie voor Georganiseerd Overleg in politie-ambtenarenzaken zijn echter de politiebonden vertegenwoordigd.

(65) ACOP: Algemene Centrale van Overheidspersoneel; RKCOP: Rooms-Katholieke Centrale van burgerlijk overheids- en semi-overheidspersoneel; CCOOP: Christelijke Centrale voor overheids- en semi-overheidspersoneel; AC: Ambtenarencentrum; CMHA: Centrale van middelbare en hogere functionarissen bij overheid en onderwijs.

De resultaten van het centraal georganiseerde overleg zijn niet alleen van belang voor het burgerlijk rijkspersoneel. Zij zijn ook van betekenis voor het Interprovinciaal Overleg voor algemene en personeelszaken, voor het overleg tussen het Centraal Orgaan tot gemeenschappelijke behandeling van gemeentelijke personeelsaangelegenheden van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten en de ambtenarencentrales, alsmede voor het arbeidsvoorwaardenoverleg met betrekking tot de trendvolgers.

Het Interprovinciaal Overleg wordt nader uitgewerkt in het overleg tussen het provinciaal bestuur en de ambtenarencentrales. Op dezelfde wijze worden de na overleg door het Centraal Orgaan opgestelde modelreglementen van de VNG nader uitgewerkt in het georganiseerd overleg tussen de bonden van overheidspersoneel en de gemeentebesturen. Tenslotte zijn de resultaten van het centraal georganiseerd overleg ook van betekenis voor het overleg tussen de Unie van Waterschappen in Nederland en de ambtenarenorganisaties.

3.1.3. Als belangrijkste argument voor de bijzondere rechtspositie van ambtenaren wordt wel naar voren gebracht de specifieke positie van de overheid in de behartiging van het algemeen belang. De overheid is als politiek gezag tegelijkertijd hoedster van het algemeen belang én werkgeefster. Crinice le Roy heeft er terecht op gewezen, dat de behartiging van het algemeen belang geen prerogatief van de overheid en haar ambtenaren is (66). Een materiële grens tussen overheidsactiviteiten, overheidsbedrijven en -instellingen enerzijds en particuliere activiteiten, particuliere bedrijven en instellingen anderzijds is in het algemeen niet te geven. De productie en distributie van zeer veel goederen en diensten is stellig een algemeen belang. De behartiging van het algemeen belang noodzaakt niet tot eenzijdige vaststelling van de arbeidsvoorwaarden. Ook vanuit een contractuele opzet van de rechtspositie van het personeel kan het belang van de gemeenschap gediend worden. De particuliere gezondheidszorg, het bijzonder onderwijs, de particuliere energievoorziening, het particuliere welzijnswerk, de voedselvoorziening, het transportwezen etc. zijn daarvan voorbeelden.

De relaties ambtenaar en algemeen belang en dus werknemer en

(66) *Bondsblad* 1979, blz. 999.

bijzonder belang en het onderscheid ambtelijk en niet-ambtelijk zijn volgens Rood te grof om wezenlijke verschillen aan te duiden (67). Ook wanneer men de behartiging van het algemeen belang in verband brengt met de uitoefening en de handhaving van het gezag als typische overheidstaak, dan is geen wezenlijk onderscheid tussen *de* ambtenaar en *de* werknemer aangegeven. De meeste ambtenaren zijn niet, dan wel zeer, zeer indirect als onderdelen van het overheidsgezag aan te merken. Maar ook uitoefening en handhaving van overheidsgezag leiden niet onmiddellijk tot de gevolgtrekking, dat degenen die daarbij betrokken zijn hun werk slechts zouden kunnen doen wanneer hun arbeidsvoorwaarden eenzijdig worden vastgesteld.

In het verlengde van de argumentatie voor de eenzijdigheid op grond van het algemeen belang ligt het argument, dat de eenzijdigheid noodzakelijk en aanvaardbaar is in verband met de noodzakelijke continuïteit van de overheidsdienst. Overtuigend is dit argument geenszins. Ook in de particuliere sfeer is continuïteit uiterst belangrijk. Continuïteit is zelfs een van de belangrijkste doelstellingen van de particuliere onderneming. Het is bepaald onwaarschijnlijk dat de continuïteit van de overheidsdienst zou wegval len door een contractuele opzet van de rechtspositie van de ambtenaren. Het argument van de continuïteit van de overheidsdienst hangt m.i. overigens nauw samen met de inmiddels op grote schaal verlaten opvatting, dat aan ambtenaren het stakingsrecht niet zou toekomen: verschil van mening over arbeidsvoorwaarden zou niet kunnen leiden tot discontinuïteit in de openbare dienst (68). Zelfs al zou men de behartiging van het algemeen belang, ook in verband met de gezagstaak van de overheid, en de in dat verband vereiste continuïteit van de openbare dienst essentiël achten voor het onderscheid tussen ambtenaren en werknemers, dan kan men daaruit niet concluderen, dat ambtenaren geen reële medezeggenschap toekomt bij de vaststelling van hun arbeidsvoorwaarden, op de wijze zoals dat in de particuliere sector gebruikelijk is: via onderhandelingen, conflict, bindend advies en arbitrage, bij collectief contract.

(67) M.G. Rood, Mogen ambtenaren staken? *N.J.B.* 1978, blz. 730.

(68) Zie ook ACOP-werkgroep Georganiseerd Overleg, Naar cao's bij overheid en onderwijs, Van overleggen naar onderhandelen, Zoetermeer, 1979, blz. 23.

3.1.4. Van der Pot-Donner 1968 gaf als argument voor de eenzijdige vaststelling van arbeidsvoorwaarden de onmogelijkheid om de ontwikkeling van de arbeidskosten aan een rentabiliteitscriterium te binden: 'dat voor wat betreft de overheidsdienaren de maatstaf ontbreekt, waarmee de rechtvaardigheid van de eisen van werknemers kan worden gemeten, nl. de rentabiliteit van de onderneming. Het overheids"bedrijf" wordt niet gefinancierd uit de inkomsten uit produktie of dienstverlening, maar uit belastingen, zodat men moeilijk tegen een bepaalde eis kan stellen dat de onderneming dan niet meer "uitkomt" en dus zou moeten worden gestaakt'. 'Hier blijft ons geen andere maatstaf dan die van een billijke beloning en zoals bekend, lopen de meningen daarover ook van werkgevers en werknemers nog al eens uit elkaar. Zou men hier de arbeidsvoorwaarden bij collectieve wilsovereenstemming vast willen stellen, dan zou, daar de overheid haar arbeid niet kan staken, de beslissende stem bij de ambtenarenorganisaties liggen' (69). En in 1977: '... de rentabiliteit is geen maatstaf, nu de overheidsinkomsten waaruit het ambtenarencorps moet worden bezoldigd, niet uit produktie of dienstverlening, maar vooral uit belastingen komen' (70).

Nog daargelaten of voor de ontwikkeling van arbeidskosten in het particuliere bedrijfsleven de rentabiliteit van afzonderlijke ondernemingen van onmiddellijke betekenis is en bovendien daargelaten of een rentabiliteitscriterium een rechtvaardige uitkomst biedt, Van der Pot-Donner schijnt zowel het een als het ander te veronderstellen, meen ik dat het argument principieel onjuist is. De overheid is in economisch opzicht niet zonder meer te vergelijken met een particuliere onderneming. Noch in het particuliere bedrijfsleven, noch bij de overheid is de financiële ruimte voor arbeidskosten onbegrensd. Bij de overheid wordt die grens uiteindelijk bepaald door de begroting en eventueel een suppletoire begroting. Collectieve onderhandelingen die mogelijk via een collectief conflict, bindend advies of arbitrage leiden tot een collectief contract zijn binnen dat raam geenszins uitgesloten. Dat het mogelijk is bij gebreke van een rentabiliteitscriterium toch tot collectieve contracten te komen bewijzen de cao's die in de 'col-

(69) Van der Pot-Donner, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, achtste druk, Tjeenk Willink, Zwolle, 1968, blz. 319.

(70) Idem, tiende druk, 1977, blz. 313.

lectieve sector' worden gesloten (bejaardenwerk, welzijnswerk, bibliotheekwerk, uitvoeringsorganen sociale werknemersverzekeringen etc.). In het bedrijfsleven wordt de stijging van arbeidskosten niet uitsluitend bepaald door een rentabiliteitscriterium. Arbeidsmarktverhoudingen, rechtvaardigheidsmaatstaven, wettelijke bepalingen, productiviteit, machtsverhoudingen én rentabiliteit bepalen de wijzigingen ten opzichte van een gegeven niveau van lonen en arbeidsvoorwaarden. Dat het laatste woord bij collectieve onderhandelingen in de overheidssector eenzijdig bij de ambtenarenorganisaties zou liggen is — mede gelet op de redelijkheid in en de opstelling van de Nederlandse vakbeweging — volstrekt onwaarschijnlijk.

3.1.5. Sedert de Tweede Wereldoorlog heeft de centrale overheid de rol aanvaard van boven werkgevers- en werknemers(organisaties) staande toezichthoudende instantie ter zake van de loon- en inkomenspolitiek. Die overheid kan op grond van de Wet op de loonvorming, de Tijdelijke Wet Arbeidsvoorwaarden collectieve sector, de Wet tijdelijke voorzieningen arbeidsvoorwaarden buiten collectieve arbeidsovereenkomsten, de Tijdelijke Wet Inkomensvorming vrije beroepen en de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag op uiteenlopende wijzen ingrijpen in de loon- en inkomensvorming in het bedrijfs- en beroepsleven. Volgens sommige auteurs laat deze rol zich niet rijmen met de rol die de overheid als werkgeefster in een collectief onderhandelingsproces tot vaststelling van de arbeidsvoorwaarden van het overheidspersoneel zou dienen te spelen (71). In dit verband zij nog opgemerkt dat de beperkte vrijheid van de lagere overheden zelf regels te stellen betreffende lonen en andere arbeidsvoorwaarden voor hun personeel door art. IV van de Wet nadere voorzieningen met betrekking tot de totstandkoming van lonen en arbeidsvoorwaarden, Stb. 1980, 81 (72) aanzienlijk gereduceerd is. Genoemd artikel verleent de Kroon de bevoegdheid bij AMvB regelen te stellen voor al het overheidspersoneel. De regelen worden vastgesteld op voordracht van de minister van Binnenlandse Zaken en de minister

(71) Zie o.a. J.C. van der Hoek, Een collectieve arbeidsovereenkomst voor ambtenaren? *Bondsblad* 16 april 1980, blz. 9.

(72) Gewijzigd bij Wet van 17 december 1980, Stb. 687 en nadien verlengd bij Wet van 17 december 1981, Stb. 1981, 736.

van Defensie na overleg met de minister van Sociale Zaken. Over de regelen wordt overleg gepleegd met de Centrale Commissie voor Georganiseerd Overleg in Ambtenarenzaken en de Centrale Commissie Georganiseerd Overleg Militairen.

De stelling van de onverenigbaarheid van rollen is naar mijn oordeel voor tegenspraak vatbaar. In de eerste plaats: de beide rollen zijn niet strikt te scheiden. Maar bovendien: juist door haar gedrag in de collectieve onderhandelingen ten behoeve van haar personeel kan de overheid laten zien welke koers zij als toezichthoudende instantie voor particuliere werkgevers wenselijk acht. Met een eenzijdige vaststelling van arbeidsvoorwaarden kan die koers uiteraard ook aangeduid worden. Echter juist wanneer de overheid 'voorbeeldig' te werk wil gaan, valt niet in te zien dat daarom aan het overheidspersoneel zeggenschap over de eigen arbeidsvoorwaarden moet worden onthouden, omdat precies dan reële 'countervailing power' vereist is. Ook wanneer de overheid zich niet 'voorbeeldig' opstelt, maar ten aanzien van haar personeel een beleid kiest, dat de ontwikkelingen in het particuliere bedrijfsleven volgt, valt niet in te zien dat juist daarom collectieve onderhandelingen onmogelijk of onwenselijk zouden zijn, al aangenomen, dat op alle onderdelen van de rechtspositie een volgend beleid mogelijk is.

3.1.6. Het is in verband met de continuïteit en objectiviteit van het overheids- en vooral het bestuursoptreden geweest, dat de ambtenaren worden aangesteld en bevorderd op grond van hun geschiktheid voor de te vervullen posten; bij de beoordeling van die geschiktheid mogen noch hun politieke mening noch hun welgevalligheid aan bepaalde politieke richtlijnen of personen een rol spelen (73). Vandaar de aandrang om de ambtenaar tegen willekeur van bovenaf te beschermen en de eis, dat zijn rechtspositie bij algemene voorschriften wordt geregeld, die voor uitzonderingen, speciale afspraken en andere discriminatie geen ruimte laten (74). Het is juist te veronderstellen dat de individuele amb-

(73) Van der Pot-Donner, tiende druk, blz. 312.

(74) In dit verband verdient echter wel vermelding dat uit het rapport 'Gemeentelijk personeelsbeleid, een vergelijkend onderzoek naar autonomie en coördinatie' van C.L. Menting en J.H. Weggemans (TH Twente, 1981) blijkt, dat de door het objectieve recht beperkte bezoldigingsmogelijkheden worden

tenaar behoefte heeft aan rechtszekerheid. Maar deze rechtszekerheid kan wel degelijk bereikt worden door een collectieve arbeids-overeenkomst en noopt bepaald niet tot eenzijdige vaststelling van arbeidsvoorwaarden. Rechtszekerheid wordt immers niet bereikt met de *vorm* van de voorschriften, maar met de inhoud ervan. Overigens: het belang van de individuele rechtszekerheid impliceert niet dat er dus geen reële zeggenschap bestaanbaar is van het overheidspersoneel over de vaststelling en de inhoud van de rechtszekerheid ten aanzien van arbeidsvoorwaarden en arbeids-omstandigheden (75).

3.1.7. Een belangrijk staatsrechtelijk argument voor de eenzijdige vaststelling van arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden voor het overheidspersoneel is het budgetrecht van de wetgever. Het budgetrecht houdt in dat de begrotingswetgever door middel van het vaststellen van de in de verschillende begrotingswetten opgenomen artikelen bepaalt welke bedragen ten hoogste voor bepaalde doelen kunnen worden uitgegeven. Overschrijding van de begrotingsartikelen door met derden aangegane verplichtingen kan aan deze derden niet worden tegengeworpen. Bindt het bevoegd gezag zich bij overeenkomst zonder voor de financiële gevolgen hiervan machtiging van de begrotingswetgever te bezitten, dan zal het daarvan de politieke gevolgen moeten dragen. De rechten van derden blijven echter onverlet.

Het budgetrecht is materiëel gezien niet slechts van financiële aard. Men pleegt er ook onder te begrijpen het recht van de vertegenwoordigende lichamen zich uit te spreken over het beleid van het kabinet of de minister, van het college van Gedeputeerde Staten of van een gedeputeerde, van het college van Burgemeester en Wethouders of van een wethouder. De vraag rijst of het budgetrecht in de aangegeven ruime zin een eenzijdige vaststelling van arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden vergt. Ook bij het aangaan van collectieve onderhandelingen wordt de financiële en beleidsmatige ruimte begrensd door het budgetrecht. Dat zou niet anders zijn dan thans het geval is. De uiteindelijke parlementaire controle op

→
ontweken door toekenning van allerlei toeslagen, gratificaties en nevenfuncties teneinde personeel te behouden. Die toekenningen zullen op zichzelf weer wel steunen moeten vinden in het objectieve recht.

(75) Rapport ACOP-werkgroep Georganiseerd Overleg, blz. 25-26.

het arbeidsvoorwaarden- en -omstandighedenbeleid zal bepaald niet beperkt worden of verdwijnen bij een contractuele opzet van de ambtelijke rechtspositie (76). Denkbaar is dat het resultaat van collectieve onderhandelingen hetzij financieel hetzij beleidsmatig iets anders te zien geeft dan parlement, gemeenteraad of provinciale staten hebben aangegeven. Via een suppletoire begroting of met middelen die vertegenwoordigende lichamen in het Nederlandse staatsrechtelijk bestel in het algemeen ter beschikking staan kan het bevoegd gezag echter steeds verantwoording afleggen of ter verantwoording geroepen worden.

Indien het vertegenwoordigend lichaam niet instemt met een suppletoire begroting is er wel een verschil in gevolgen tussen een systeem waarbij de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden eenzijdig worden vastgesteld en een systeem dat contractueel is opgezet. Is immers een collectieve arbeidsovereenkomst onvoorwaardelijk gesloten, dan zullen de daarin vastgelegde arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden gelden voor de looptijd van de overeenkomst. Eenzijdig vastgestelde regels zullen op korter termijn in overeenstemming gebracht kunnen worden met de wensen van het vertegenwoordigend lichaam. Dit verschil in gevolgen zal met behoorlijke procedure-afspraken echter tot een minimum gereduceerd kunnen worden (77). Ook een ontbindende voorwaarde dat de begrotingswetgever de vereiste suppletoire begroting vaststelt, kan uitkomst bieden. Fraai zou een procedure zijn, waarin collectieve onderhandelingen over arbeidsvoorwaarden voor het overheidspersoneel zouden zijn afgesloten op het moment dat de begroting van het rijk, de provincie, de gemeente of het waterschap wordt gepubliceerd (78).

3.1.8. Tenslotte het argument, dat het staatsrechtelijke beginsel van de ministeriële verantwoordelijkheid zich tegen een contractuele opzet van de ambtelijke rechtspositie zou verzetten, zodat een op eenzijdigheid gebaseerd systeem vereist is.

(76) Vgl. M.G. Rood, Mogen ambtenaren staken? *N.J.B.* 1978, blz. 731.

(77) Rapport ACOP-werkgroep Georganiseerd Overleg, biz. 28.

(78) J.C.I. de Pree, Naar een stakingsrecht voor ambtenaren en onderhandeling over hun arbeidsvoorwaarden? (het rapport van de werkgroep ASIO), *S.M.A.* 36 (1981), blz. 317, en J.H. Sikkes, Beslechting van geschillen over arbeidsvoorwaarden en verandering van het georganiseerd overleg, Gemeentestem 6665-6666.

Een overtuigend argument is dit niet. De minister is op dezelfde wijze verantwoordelijk voor eenzijdig vastgestelde arbeidsvoorwaarden als voor een collectieve arbeidsovereenkomst. Ook bij een contractuele opzet blijft de minister verantwoordelijk (79). De ministeriële verantwoordelijkheid impliceert m.i. niet dat de overheid haar beleidsverantwoordelijkheid op generlei wijze mag delen met derden. Ook al moet het rechtspositiebeleid, waaronder het arbeidsvoorwaardenbeleid, ingepast worden in het totale overheidsbeleid, dat wil nog niet zeggen dat er over die rechtspositie niet onderhandeld kan worden. Het is overigens opvallend, dat het argument van de ministeriële verantwoordelijkheid wél in stelling wordt gebracht tegen een contractuele opzet van de rechtspositie van het overheidspersoneel, doch niet wanneer de overheid zich op andere beleidsterreinen van het privaatrechtelijke contract of van gentlemen's agreements bedient.

3.2. Kanttekeningen bij de eenzijdigheid

3.2.1. Men pleegt in het ambtenarenrecht het accent te leggen op de eenzijdigheid van de vaststelling van arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden ter onderscheiding van de contractuele opzet van de rechtspositie van de werknemer. Bij dit accent zou ik een aantal relativerende opmerkingen willen maken.

In de eerste plaats wordt door het georganiseerd overleg de eenzijdigheid aanmerkelijk verzacht. In dit overleg wordt in het algemeen op reële wijze met elkaar gesproken met het doel elkaar te vinden. Het overleg mondt weliswaar niet uit in de totstandkoming van overeenkomsten, de wijze waarop het overleg functioneert, kan toch wel getypeerd worden als een sfeer van vrije onderhandelingen, aldus Schrama (80). Ook de centrale overheid pleegt regelmatig te onderstrepen dat het Nederlandse overlegsysteem de facto een onderhandelingsstelsel is (81). Wat zich op grond van de bestaande regelingen als eenzijdig aandient, blijkt materieel de civiele sfeer van onderhandelen en het bereiken van

(79) Rapport Werkgroep ASIO, blz. 16.

(80) H.C.V. Schrama, *Hoever op weg naar een stakingsrecht voor ambtenaren?* S.M.A. 31 (1976), blz. 530.

(81) Vgl. Rapport ACOP-werkgroep Georganiseerd Overleg, blz. 11.

overeenstemming te benaderen (82). Toch rijst de vraag of de stelling dat het georganiseerd overleg in ambtenarenzaken kan worden gekarakteriseerd als een reëel participeren van de ambtenarenorganisaties, dat onmiddellijk vergeleken kan worden met het overleg in het bedrijfsleven wel op een goede feitelijke grondslag berust. Met betrekking tot de uitvoering van de beleidsvoornemens op grond van Bestek '81 ten aanzien van het overheidspersoneel, de aanvangssalarissen van jonge academici, aanpassingen en wijzigingen van de trendmethodiek bijvoorbeeld is juist in het recente verleden gebleken dat van reële onderhandelingen tussen overheid en vakorganisaties geen sprake was. In enkele gevallen hebben de ambtenarenorganisaties zelfs de kort geding-rechter te hulp geroepen teneinde van de overheid een open en reëel overleg af te dwingen (83). Overziet men de ontwikkeling van het georganiseerd overleg sedert 1920 dan kan men m.i. wel concluderen, dat het verschil tussen dit overleg en onderhandelingen in de particuliere sector in de loop der jaren geringer is geworden.

3.2.2. In de tweede plaats komt het mij niet geheel evenwichtig voor de eenzijdigheid van vaststelling van arbeidsvoorwaarden van overheidspersoneel te zeer te accentueren tegenover de tweezijdigheid t.a.v. werknemers. Een groot deel van de arbeidsvoorwaarden van werknemers zijn even eenzijdig vastgesteld als voor ambtenaren het geval pleegt te zijn. Sedert 1874 heeft de wetgever talloze onderdelen van de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden wettelijk geregeld, zij het met in achtneming van belangrijke procedurevoorschriften, zoals art. 41 Wet BO (adviestaak van de SER). Het aantal onderwerpen waarover en de marge waarin werkgevers en werknemers en hun organisaties vrij zijn te onderhandelen en te contracteren, zijn door overheidsingrijpen in toenemende mate beperkt.

Veel rechten en verplichtingen die voor ambtenaren in reglementen en verordeningen zijn vastgelegd, zijn voor werknemers bij of

(82) Zie M.G. Rood, *Mogen ambtenaren staken?* *N.J.B.* 1978, blz. 731 en daar vermelde literatuur, alsook: N.E.H. van Esveld, *Arbeidsrecht en ambtenarenrecht*, in: *Hedendaags arbeidsrecht (Levenbach-bundel)*, Samsom, Alpen aan den Rijn, 1966, blz. 82 e.v.

(83) Pres. Rb. Den Haag, 3 oktober 1977, *N.J.* 1978, 170 en Pres. Rb. Den Haag, 16 mei 1980, *N.J.* 1980, 533.

krachtens de wet vastgesteld. Overigens neemt de omvang van de wetgeving in formele zin als rechtsbron voor rechten en verplichtingen van ambtenaren ook toe (84). Blijft het verschil dat met betrekking tot ambtenaren vaak hetzelfde orgaan wetgever én werkgever is.

De privaatrechtelijke arbeidsovereenkomst, de hoeksteen van het klassieke arbeidsrecht is anno 1982 sterk publiekrechtelijke geïnstitutionaliseerd door de inbedding in een stelsel van sociale zekerheid, door een verband met verplicht gestelde bedrijfspensioenfondsen, door algemeen verbindend verklaring van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten, door een krachtige greep van de centrale overheid op de ontwikkeling van primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden. De rechtspositie van de werknemer is in een objectief normengeheel ingebed.

3.2.3. In de derde plaats valt het op, dat in de maatschappelijke institutionalisering van de ambtelijke rechtspositie de rol van de ambtenarenorganisaties aan betekenis wint. Door het georganiseerd overleg tussen overheid en ambtenarenorganisaties is de ambtenaarsverhouding maatschappelijk geïnstitutionaliseerd. Van 'horen' sedert 1920 tot 1968, via 'overleggen' sedert 1968 naar 'het bereiken van overeenstemming' in de toekomst. De Commissie-Toxopeus II (85) heeft als sluitstuk voor het georganiseerd overleg voorgesteld vrijwillige arbitrage tussen de overheid enerzijds en de overlegpartijen anderzijds. Tot die arbitrage zou alleen kunnen worden overgegaan, indien alle partijen daarmee instemden en een aantal voorstadia was doorlopen, aldus het door de Com-

(84) Blijv. Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen in de burgerlijke openbare dienst, Arbeidsomstandighedenwet, een (thans nog onbepaald) voornemen tot wettelijke regeling van het stakingsrecht, een voornemen tot wettelijke regeling van beperking van grondrechten (zie preadvies Niessen, nr. 6.2.1.); het ontwerp van Wet uitkering wegens vrijwillig vervroegd uittreden (17304).

(85) Commissie van advies inzake de regeling van voorzieningen bij collectieve arbeidsgeschillen in de openbare dienst; de commissie bestond uit mr. E.H. Toxopeus, prof. mr. A.M. Donner en mr. J. van der Hoeven; zij rapporteerden op 1 mei 1980. (In 1970 was de Staatscommissie-Toxopeus (I) ingesteld voor een advies inzake het rechtskarakter van de ambtenaarsverhouding (zie O. Moorman van Kappen, *S.M.A.* 26 (1971), blz. 384 e.v.); deze commissie heeft voortijdig haar opdracht teruggegeven).

missie ontworpen voorstel van Wet oplossing geschillen in het georganiseerd overleg voor de openbare dienst. Zou het overleg mislukken dan moest degene die de mislukking wilde vaststellen dat ter kennis brengen van alle partijen in het georganiseerd overleg. Daarop moest een vergadering van het georganiseerd overleg worden uitgeschreven, waarin tot verlengd overleg na advies van een derde of tot arbitrage kon worden besloten. Het eerste besluit kon worden genomen door de voorzitter van het georganiseerd overleg (de vertegenwoordiger van de overheid) met de meerderheid van de toegelaten organisaties, hetgeen dus mee zou brengen, dat de partij die het verlengde overleg niet wenst daartoe door de meerderheid kon worden gedwongen. Indien de overheid het verlengde overleg niet wenste kwam het niet tot stand. In dat geval zou ze gebruik kunnen maken van haar bevoegdheid tot eenzijdige vaststelling.

Tot arbitrage kon alleen worden besloten, volgens het voorontwerp, indien alle partijen dat wensten. Eén partij kon dus niet door de meerderheid der anderen tot arbitrage worden gedwongen zoals dat bij het verlengde overleg wel mogelijk was. De overheid kon noch tot het ene noch tot het andere worden verplicht. De weg naar arbitrage kon dus door de overheid worden doorkruist: ze bleef bevoegd tot eenzijdige vaststelling over te gaan.

In het rapport van de Werkgroep Aard, Structuur en Inhoud van het Overleg in Ambtenarenzaken is geadviseerd:

- a. over de aard, de structuur en de inhoud van het overleg,
- b. over de voorstellen van de Commissie-Toxopeus II.

De werkgroep bestond uit overheidsvertegenwoordigers (namens de Ministeries van Binnenlandse Zaken, Defensie en Onderwijs en Wetenschappen) en uit representanten van de vijf ambtenarencentrales, alsmede uit vertegenwoordigers van het Interprovinciaal Overleg voor algemene en personeelszaken en van het Centraal Orgaan tot gemeenschappelijke behandeling van gemeentelijke personeelsaangelegenheden.

Uitgangspunt in het ASIO-rapport voor een nieuw overlegstelsel voor de openbare dienst is, dat over de hoofdlijnen van het arbeidsvoorwaardenbeleid *overeenstemming* moet worden bereikt die schriftelijk wordt vastgelegd, alvorens tot eenzijdige vaststelling kan worden overgegaan. Formeel wordt dus de eenzijdige vaststelling wel gehandhaafd, materieel wordt evenwel tegelijk een systeem van tweezijdigheid, van onderhandelingen ingevoerd, al-

dus de Pree (86). Wordt in eerste aanleg geen overeenstemming bereikt, dan zal een geschillenoplossingsmechanisme zijn werk moeten doen, terwijl voor de ambtenarenorganisaties daarna als laatste middel de collectieve actie beschikbaar is. De bevoegdheid van de (formele) wetgever onderdelen van de rechtspositie vast te stellen blijft onverlet, maar het gebruik hiervan zou het overleg, de oplossing van geschillen en het gebruik van het stakingsrecht niet behoren te doorkruisen. Een en ander is in de particuliere sector voor werknemers niet anders: ook hier zou de wetgever overleg, procedures tot oplossing van geschillen en collectieve acties niet behoren te frustreren.

Het door de Werkgroep ASIO voorgestelde systeem is baanbrekend te noemen. Een aantal in de literatuur wel aangevoerde belemmeringen voor tweezijdigheid die uit het publiek recht zouden voortkomen, zijn door de Werkgroep verworpen: de betekenis van art. 72 Grondwet, volgens welke bepaling de Koning de bezoldiging van de ambtenaren regelt, art. 5.2.10 van de nieuwe Grondwet, dat de wetgever belast met de regeling van de rechtspositie van de ambtenaren, het budgetrecht en de ministeriële verantwoordelijkheid. De werkgroep meent in overgrote meerderheid dat het daarbij alleen om de formele regeling gaat welke organen welke bevoegdheden c.q. verantwoordelijkheden hebben. Volgens haar gaat het daarbij niet om de vraag hoe deze organen daarbij inhoudelijk te werk gaan. Niettemin meent Fase (87) in zijn bespreking van de voorstellen van de Commissie-Toxopeus II, dat art. 72 Grondwet een beletsel vormt voor een medebeslissingsrecht van ambtenarenorganisaties over bezoldigingsvraagstukken. De Werkgroep heeft het voorontwerp van de Commissie-Toxopeus II bezien in samenhang met haar voorstellen tot verandering van het overleg. Nu eenzijdige regelgeving op hoofdpunten slechts mogelijk zal zijn nadat daarover overeenstemming is bereikt, brengt dat mee dat de overheid ernstig moet trachten die overeenstemming te bereiken, inclusief het aangaan van verlengd overleg en eventueel arbitrage. In de opvatting van de Werkgroep is de vrijheid van de overheid om in plaats van overleg te kiezen voor eenzijdige vaststelling belangrijk kleiner dan thans. Daarom is de sluit-

(86) J.C.I. de Pree, t.a.p., blz. 315.

(87) W.J.P.M. Fase, *Collectieve arbeidsgeschillen in de openbare dienst, T.v.O.* 1980, blz. 371-376.

stukregeling van het overleg voor de Werkgroep van meer gewicht dan voor de Commissie-Toxopeus II. Het rapport besteedt apart aandacht aan de vrijwilligheid van de voorgestelde arbitrage. De Werkgroep onderschrijft wat dit betreft de gedachten van de Commissie unaniem, doch gaat verder. De meerderheid van de centrales acht unanimiteit bij alle partijen in het georganiseerd overleg onnodig om tot arbitrage te besluiten. Een meerderheid van de centrales en de overheid tezamen worden hiervoor voldoende geacht. De partij, die om haar moverende redenen niet wil meedoen, behoort de besluitvorming niet te kunnen blokkeren, maar is aan de arbitrale uitspraak dan ook niet gebonden (88).

3.2.4. Intussen gaan bepaalde organisaties van overheidspersoneel voor wat betreft de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden verder dan door de Werkgroep ASIO is voorgesteld (89). Het lijkt waarschijnlijk dat de maatschappelijke veronderstellingen met betrekking tot het collectieve onderhandelingsproces, het collectieve conflict daaronder begrepen, met een collectief contract als resultaat, ook onder het overheidspersoneel steeds meer aanvaard worden. Collectieve onderhandelingen met autonome ambtenarenorganisaties worden als een nastrevenswaardig goed ervaren, voor het machtsvenwicht tussen de overheid als werkgeefster en de ambtenarenorganisaties wordt het recht collectief actie te voeren tegen de overheid als werkgeefster als van wezenlijke betekenis ervaren, terwijl de overheid als wetgever de autonomie van de onderhandelende partijen dient te eerbiedigen. Ook binnen het parlement lijken deze veronderstellingen althans ten dele aanvaardbaar te zijn (90). Voorts is het opvallend, dat overheden — een enkele uitzondering daargelaten — tegen korte werkonderbrekingen van het overheidspersoneel op 23 en 26 juni 1978 en op 19 juni en 1 oktober 1980 en in het voorjaar van 1982 niets onder-

(88) Zie ook M.G. Rood, Ontwikkelingen rond de werkstaking, in het bijzonder in de publieke sector, *N.J.B.* 1981, blz. 249—259.

(89) Zoals de ABVA-KABO naar aanleiding van het rapport van de ACOP-werkgroep inzake de vaststelling van arbeidsvoorwaarden (zie noot 68).

(90) Zie de parlementaire discussie over de wet tot goedkeuring van het Europees Sociaal Handvest 1978, Stb. 639 (Kamerstukken 8606, speciaal nr. 21).

nomen hebben, behoudens inhouding van de bezoldiging van de deelnemers aan de acties (91).

3.3. Eenzijdige aanstellingsbeschikking of arbeidsovereenkomst

Formeel gezien is het onderscheid tussen aanstellingsbeschikking en arbeidsovereenkomst van principiële aard. De feitelijke betekenis van het onderscheid is echter gering. De werking van de aanstellingsbeschikking is niet dwingend in die zin dat de overheid daardoor een burger zou kunnen verplichten tot openbare dienst. Aan de aanstellingsbeschikking gaat een vrijwillige keuze van de aspirant-ambtenaar en de overheid vooraf die gestalte krijgt in een sollicitatie- en selectieprocedure welke uiteindelijk resulteert in een aanstellingsbeschikking op voorwaarden die de aspirant-ambtenaar aanvaardbaar acht. De aspirant-ambtenaar die wordt aangesteld kan op de inhoud van de algemene voorschriften die de ambtelijke rechtspositie regelen geen invloed uitoefenen; evenmin is er — in het algemeen gesproken — ruimte voor bijzondere afspraken (92). Wel is het mogelijk, dat de individuele ambtenaar zijn plaats bijvoorbeeld in het BBRA feitelijk meebepaalt, al zal formeel juridisch gezien steeds gezegd moeten worden, dat de aanstelling de ambtenaar 'inschaalt'. Door de aanstelling wordt het ambtenarenrecht op de ambtenaar van toepassing. Tegenover de eenzijdige aanstellingsbeschikking van de ambtenaar pleegt men de arbeidsovereenkomst te plaatsen als een tweezijdige rechtshandeling; over de inhoud van de arbeidsovereenkomst staat het partijen vrij te onderhandelen teneinde tot een aantal afspraken te komen. De betekenis van die vrijheid is echter, zoals eerder gezegd, gering. Dwingend privaatrecht, de collectieve arbeidsovereenkomst, verplicht gestelde bedrijfspensioenfondsen, het stelsel van sociale zekerheid, dwingende voorschriften terzake van het loon en van andere arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden hebben ertoe geleid, dat de individuele partijen slechts in uiterst bescheiden mate de inhoud van hun contract zelf kunnen bepalen. Bovendien zal die vrijheid in grotere organisaties en naarmate de werknemer minder ver gevorderd is op de hiërarchische en/of

(91) Zie hieronder noot 116; alsook Pres. Rb. Utrecht 11 maart 1982 en Pres. Rb. Arnhem 12 maart 1982.

(92) Zie echter noot 74.

maatschappelijke ladder eerder vertaald worden in regels — eenzijdige voorschriften — van zijn werkgever dan dat hijzelf (mede) vormgeeft aan die vrijheid. De arbeidsovereenkomst is anno 1982 in het algemeen niet veel meer dan een 'benoeming', waarmee de werknemer geplaatst wordt in een gegeven ordening van juridische en maatschappelijke aard.

Mijn conclusie is, dat aan het juridische onderscheid tussen de arbeidsovereenkomst en de publiekrechtelijke aanstelling een reële betekenis ontbreekt. Zij vormen juridische begrippen, waarmee werkingssferen van regelingen en competenties van rechters worden bepaald. Een zelfstandige materiële betekenis komt het onderscheid echter niet toe.

3.4. De rechtsbescherming

Hierboven is onder 1.2.5. en 1.4.5. gewag gemaakt van de rechtsbescherming van de ambtenaar en de werknemer. Voor wat het procesrecht betreft volsta ik met één bijzonderheid: het bevoegde overheidsgezag heeft als werkgever geen eigen toegang tot het Ambtenarenrecht. Of een geschil tussen de overheid en een lid van haar personeel in rechte beslecht zal worden, hangt af van de beslissing van de ambtenaar. Een nadeel is dat niet, omdat de overheid in eerste instantie besluit, handelt of weigert ten aanzien van de ambtenaar als zodanig. Op voet van het bepaalde in art. 58 AW kan de ambtenaar tegen een besluit, handeling of weigering in beroep gaan bij de ambtenarenrechter.

Bij de bijzondere rechtsbescherming als formeel-juridisch kenmerk van de ambtelijke status gaat het niet om het materiële recht: de algemeen verbindende voorschriften, algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur daaronder begrepen. Indien de bijzondere rechtsbescherming ten opzichte van de rechtsbescherming van werknemers ook een verhoogde rechtsbescherming vormt, is dat naar mijn oordeel niet het gevolg van het bestaan van speciale rechtscolleges, t.w. Ambtenarenrechten en de Centrale Raad van Beroep, doch van de inhoud van het materiële recht. Daarmee wil overigens niet a priori ontkend zijn, dat de ambtenarenrechter wellicht in de ambtelijke verhoudingen relatieve zekerheden met betrekking tot de positie van de ambtenaar zwaarder weegt, dan de burgerlijke rechter ten aanzien van de

werknemer geneigd is te doen (93). Zowel in het administratief-rechterlijke proces als in het burgerlijke proces gaat het om de effectuering van een recht, een aanspraak of om de bescherming van een belang. Het is daarom niet verwonderlijk dat hetgeen door van Galen en van Maarseveen als beginselen van administratief procesrecht is aangeduid, ook karakteristiek is voor het civiele procesrecht (94).

De niet-lijdelijkheid van de ambtenarenrechter is nogal eens verdedigd met een beroep op ongelijkheidscompensatie: de ongelijkheid in kennis van feiten, van materiële en formele rechtsregels, in bekendheid met procederen en in financieel vermogen. Tegenover die niet-lijdelijkheid plaatst men dan de lijdelijkheid van de burgerlijke rechter. Het is echter uiterst twijfelachtig of de ongelijkheidscompensatie wel zo speciaal kenmerkend is voor het administratieve procesrecht. Dubbink heeft er in de rede bij zijn afscheid als president van de Hoge Raad op gewezen, dat de jurisprudentie een deformaliserende behandeling te zien geeft van vragen van procesrecht (95). De diendende werking van procesrechtelijke bepalingen staat voorop (96). Deze opmerking krijgt meer reliëf tegen de achtergrond van een andere opmerking van Dubbink bij dezelfde gelegenheid: dat bij de civiele kamer van de H.R. zeker meeweegt of de persoon van de eiser of van de verweerder of het type personen waartoe hij behoort, een bijzondere bescherming nodig heeft. Met andere woorden: de rechter compenseert ook in het civiele geding eventuele ongelijkheid van partijen (97). Als tweede onderscheidende karakteristiek wordt wel de mondelinge behandeling in het administratiefrechtelijke proces bekle-

(93) De eindredactie van deze paragraaf is vergaand beïnvloed door de inleidingen van mr. G.J.B. van der Holst en mr. R.C. Gisolf tijdens de cursus *Vergelijking Ambtenarenrecht en Arbeidsrecht*, SSR, Zutphen, 1982.

(94) A.G. van Galen en H.Th.J.F. van Maarseveen, *Beginselen van administratief procesrecht*, Geschriften VAR LXXXII, Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn, 1978; zie ook het verslag van de algemene vergadering van de VAR van 19 december 1978.

(95) C.W. Dubbink, 25 jaar rechtspraak van de Hoge Raad, *N.J.B.* 1982, blz. 16-18.

(96) Vgl. ook W.H. Schipper, *Enkele ontwikkelingen in het ambtenarenrecht*, *Bondsblad* 1979, blz. 1069-1072.

(97) Zie in dit verband de zowel in proces- als in materieelrechtelijk opzicht interessante voorbeelden bij J. van Schellen, *Wat doet de Hoge Raad?* Kluwer, Deventer, 1980.

toond tegenover het procederen door geschriften voor de civiele rechter. Van deze karakteristiek blijft weinig over wanneer men enerzijds ziet, dat de in 1976 in de AW geïntroduceerde 'versnelde behandeling' een schriftelijke is (98), terwijl anderzijds door de civiele rechter veelal een arbeidsrechtelijk geschil niet wordt beslecht dan nadat partijen in persoon (99) voor hem zijn verschenen.

Een derde karakteristiek van het administratieve procesrecht, t.w. het vrije bewijsbeginsel, heeft tegenover de praktijk van de civiele rechter geen onderscheidend vermogen (100).

Gelet op het materiële ambtenaren- en arbeidsrecht, waarin overeenkomstige aangelegenheden zijn geregeld is het na een relativeering van het onderscheid in de rechtsbescherming van werknemer en ambtenaar niet verwonderlijk, dat de Commissie Van Galen geen argumenten heeft aangedragen voor de handhaving van een zelfstandige ambtenarenrechtspraak (101).

4. MATERIEEL-JURIDISCHE BENADERING

4.1. Inleiding

Het in 1977 verschenen rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, getiteld: 'De komende vijfentwintig jaar. Een toekomstverkenning voor Nederland', toonde de verwachtingen van deze raad met betrekking tot de openbare dienst en het daarin werkzame personeel:

a. de bemoeienis van de overheid met het maatschappelijk leven

(98) Zie de artt. 101a en 101b AW, ingevoerd bij wet van 2 juni 1976, Stb. 321.

(99) De werkgever zal dan soms 'gepersonaliseerd' worden door de bedrijfs-leider of een medewerker van een afdeling personeelszaken.

(100) Dat de burgerlijke rechter zich tot de punten van geschil kan beperken en de administratieve rechter niet — vergelijk art. 69 Beroepswet en art. 45 AW — is in de praktijk irrelevant.

(101) Zie het Rapport van de Subcommissie sociale verzekeringsrechtspraak en arbeidsrechtspraak van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie, augustus 1981 (onder leiding van mr. A.G. van Galen).

Gelet op de in dit preadvies aan de orde zijnde vraagstelling is op de integratievoorstellen en de conditionering daarvan niet nader ingegaan.

zal toenemen, en dit zal gepaard gaan met een groei van het aantal overheidsmedewerkers;

- b. de activiteiten van ambtelijke hoofdarbeiders en de daarmee te vergelijken functionarissen buiten de ambtelijke dienst zullen meer dan thans het geval is gelijkenis met elkaar vertonen;
- c. uitgaande van a. en b. verwacht de raad, dat er voor de ambtenaar een verandering in rechtspositie zal optreden: de verschillen in arbeidsvoorwaarden zullen gaandeweg afnemen, waarbij dan – vanuit de positie van de ambtenaar gezien – valt te denken aan zaken als het verdwijnen van de vaste aanstelling en van het welvaartsvaste pensioen.

In dit hoofdstuk van het preadvies wil ik nader ingaan op een aantal verschillen in arbeidsvoorwaarden.

4.2. De bezoldiging

4.2.1. Omschrijft men arbeidsvoorwaarden als de omstandigheden waarin en de voorwaarden waarop de werkende mens voor een werkgever of voor de overheid/werkgeefster werkt, dan behoort de beloning zonder twijfel tot de belangrijkste arbeidsvoorwaarden. Andere belangrijke arbeidsvoorwaarden zijn die betreffende de te verrichten arbeid, de arbeidstijd en de arbeidsduur, de vakantie, het pensioen, de winstdeling etc. De bezoldiging van ambtenaren is reglementair vastgesteld. Voor rijksambtenaren in het BBRA en voor andere ambtenaren in overeenkomstige reglementen van het voor die ambtenaren bevoegde gezag. Het BBRA is een verzameling van salaris- en rangenstelsels samengevat in 154 schalen. Kent een ambtenaar zijn schaal, dan is zijn salarisgroei in de toekomst hem bekend. In het bedrijfsleven bestaan soortgelijke stelsels van aan rangen of functies gebonden salarissen, vastgelegd in cao's. Anders dan bij de overheid het geval is, bestrijken deze stelsels meestal niet de hogere en topfuncties in het bedrijfsleven. In de meeste gevallen, zowel bij de overheid als in het bedrijfsleven, is door functiewaardering het onderlinge gewicht van functies bepaald, waartegen dan de loon- of salarislijn wordt afgezet. Het bijzondere van het BBRA is, dat het nogal eens overgenomen wordt in het niet-ambtelijke deel van de kwartaire sector.

4.2.2. Voor de ontwikkeling van de financiële arbeidsvoorwaar-

den bij de overheid is het trendbeleid bepalend. Het trendbeleid is het beleid waarbij de salarissen van het overheidspersoneel automatisch gekoppeld zijn aan de loonontwikkeling in het bedrijfsleven. Rond het begin van de zestiger jaren koos de overheid voor dit beleid waarin een aantal representatief geachte cao's leidendevend werden geacht voor het inkomensbeleid van de overheid ten aanzien van haar personeel (102). Het trendbeleid leek alleszins redelijk gelet op de onmogelijkheid voor ambtenaren overleg om te zetten in contractuele bepalingen over financiële arbeidsvoorwaarden, terwijl niettemin was gegarandeerd dat ambtenaren op overeenkomstige wijze als werknemers in het bedrijfsleven profiteerden van de welvaartsgroei. Vooronderstelling van het trendbeleid was, dat de pakketten van arbeidsvoorwaarden bij de overheid en in het bedrijfsleven zowel in termen van structuur als van niveau in een aanvaardbare verhouding stonden. Inkomensverhoudingen tussen werknemers in het bedrijfsleven en het overheids-personeel werden als het ware bevroren. Pas recentelijk is de vergelijkbaarheid van pakketten grondig en officieel in twijfel getrokken: in opdracht van de minister van Binnenlandse Zaken werd door de economen Wolfson en Ros een 'Vooronderzoek Pakketvergelijking van Arbeidsvoorwaarden' verricht. Conclusie van dit vooronderzoek was, dat de bij pakketvergelijking betrokken partijen unanimiteit moesten bereiken over de spelregels, over de vereiste informatie, over het gebruik en de evaluatie van die informatie. Deze conclusie toont m.i. aan, dat bij de eerste vooronderstelling zeer fundamentele vraagtekens moeten worden geplaatst. Een tweede vooronderstelling van het trendbeleid is, dat de daar-door vastgelegde ontwikkeling van primaire inkomens ten laste van de collectieve sector gefinancierd kunnen worden door belasting- (en premie)opbrengsten. Een derde vooronderstelling is dat de daaruit resulterende collectieve lastendruk niet wordt afgewenteld. Anders gezegd: het systeem berust op de bereidheid van de inkomensstrekkers tezamen om de bij dat systeem passende belas-

(102) A.P. Ros en D.J. Wolfson, Vooronderzoek pakketvergelijking van Arbeidsvoorwaarden, 1980. Met ingang van 1980 is de trend berekend als gemiddelde van loonstijgingen in vrijwel alle bedrijfstak-cao's (150 van de 180). Voordien waren dat er 40. Zie voor de geschiedenis van het trendbeleid ook: Heroverweging collectieve uitgaven, 16625, Deelrapport 29 (Arbeidsvoorwaarden collectieve sector), blz. 6 e.v., waar ook aandacht is besteed aan de 'aanpassing' van de trendmethodiek in 1976.

tingen en premïen in voldoende mate op te brengen. Een vierde vooronderstelling is dat de gemiddelde welvaartsgroei per werknemer in de marktsector een goede maatstaf is voor de verdeling van de algemene welvaartsgroei. Nieuwenburg heeft er op gewezen, dat indien deze vooronderstellingen niet vervuld zijn er een perpetuum mobile effect ontstaat, een proces van voortdurend stijgende inkomens en hogere collectieve uitgaven, dat slechts leidt tot het opblazen van nominale inkomens, grotere financieringstekorten van de collectieve sector, inflatie, verlies aan werkgelegenheid en verstarring of althans onevenwichtige verhoudingen op de arbeidsmarkt (103). Het is hier niet de plaats in den brede in te gaan op de economische aspecten van een onverkort trendbeleid, een gecorrigeerd trendbeleid dan wel een (volstrekt) autonoom inkomensbeleid van de overheid jegens haar personeel. Wel is van belang te constateren, dat de bovenvermelde vooronderstellingen heden ten dage praktisch slechts vervuld kunnen worden, indien de inkomens in de particuliere of marktsector centraal gestuurd worden hetzij door het centraal georganiseerde bedrijfsleven — aangenomen, dat het bereid is de vooronderstellingen van het trendbeleid sericus te nemen en de gewenste omvang van het overheidsbudget te accepteren —, hetzij door de centrale overheid zelf. De praktijk leert dat de centrale overheid zelf de sturing ter hand heeft genomen. Centrale afspraken blijken al sedert jaren onbereikbaar, zodat de filosofie 'vrijlaten waar mogelijk en bijsturen waar nodig; inzicht werkt beter dan dwang; overleg en overreding zijn vruchtbaarder dan controle en straf' niet blijkt te werken.

Het is merkwaardig dat de overheid ten aanzien van haar personeel als principe huldigt ontwikkelingen te volgen, dus passief te zijn, ontwikkelingen die zij overigens zelf in belangrijke mate stuurt. Het is m.i. overigens uiterst twijfelachtig of er bij de omvangrijke overheidsbemoeienis met lonen en inkomens nog wel van een trendbeleid gesproken kan worden. Omdat vrije collectieve onderhandelingen in het bedrijfsleven en het trendbeleid (als ook de koppeling van andere inkomens, n.l. uit de sociale ze-

(103) Vgl. C.K.F. Nieuwenburg, Koppelingsmechanismen en collectieve uitgaven, *S.M.A.* 35 (1980), blz. 279–291 en idem, Inkomensbeleid in de collectieve sector (voordracht NBGA 29 september 1981; *S.M.A.* 37 (1982), aprilnummer; in afleveringen gepubliceerd in het *Bondsblad* van oktober 1981).

kerheidswetgeving) in een niet of nauwelijks groeiende economie elkaar slecht verdragen met het oog op de doelstellingen van de sociaal-economische politiek, zijn zowel op het beginsel van vrije collectieve onderhandelingen als op het beginsel van het trendbeleid regelmatig inbreuken gemaakt.

Het beginsel van vrije collectieve onderhandelingen, alsook de vrijheid van partijen bij een individuele arbeidsovereenkomst hun financiële arbeidsvoorwaarden zelf te bepalen is vergaand beperkt door de herhaaldelijke toepassing van de Wet op de loonvorming, de Wet tijdelijke voorzieningen arbeidsvoorwaarden buiten collectieve arbeidsovereenkomsten en de Tijdelijke Wet Arbeidsvoorwaarden collectieve sector en de herhaaldelijke verlenging van als tijdelijk bedoelde wetgeving, op grond waarvan bedoelde beperkingen een bijna permanent karakter hebben gekregen. Maatregelen op grond van de zojuist vermelde wetgeving gingen vrijwel steeds gepaard met overeenkomstige maatregelen voor alle ambtenaren op grond van art. IV van de Wet nadere voorzieningen met betrekking tot de totstandkoming van lonen en arbeidsvoorwaarden.

In de jaren 1979-1981 is het trendbeleid doorbroken doordat zes keer, telkens per halfjaar, een korting werd toegepast op de ambtenarensalarissen (variërend van 0,3 tot 0,7% al naargelang de salarishoogte). Omdat de trend op bruto-basis wordt berekend terwijl de bruto-netto-verhouding van ambtelijke salarissen in zeker opzicht gunstiger is dan in het bedrijfsleven én omdat de trend als gemiddelde uit de cao's niet naar functie of salarishoogte werd gedifferentieerd, zou de trend zonder correctie een royalere verbetering voor ambtenaren te zien geven dan in de onderscheiden cao's het geval was. Immers het netto-resultaat van een bruto-loonsverhoging in het bedrijfsleven werd vaak beperkt door stijgende premïen voor sociale werknemersverzekeringswetten, die voorzieningen bieden waarvoor ingevolge ambtelijke rechtspositieregelingen geen premie verschuldigd is; loonsverhogingen in cao's werden wel gedifferentieerd naar functie en salaris. Met het oog daarop werd het trendbeleid doorbroken door een extra beperking (aftopping) van de prijscompensatie voor hoger gesalarieerde ambtenaren in 1979 en door inhoudingen op de ambtelijke salarissen (als pendant voor premiestijgingen voor werknemers).

De aftopping van de prijscompensatie van 2,2% is vanaf 1 januari 1980 structureel aangewend voor de VUT-regeling voor het over-

heids- en onderwijspersoneel. Hetzelfde geldt voor de per 1 januari 1980 toegepaste korting van 0,1% op het trendvoorschot.

In 1980 en 1981 is nagelaten de narecalculatie van de trend in de ambtelijke salarissen door te berekenen, waardoor de aanvankelijk theoretisch toegepaste trend niet werd gecorrigeerd en de salarisontwikkeling van ambtenaren achterbleef bij de reële trend. In 1981 is tot een aftrekpost besloten in het bruto-netto-traject, waardoor niet méér dan een parallelle koopkrachtontwikkeling zou optreden voor ambtenaren en werknemers (bruto-netto-harmonisatie). Tenslotte is het trendbeleid doorbroken doordat in 1979 en in 1981 is besloten dat omzetting van bijzondere cao-toeslagen in normaal cao-loon niet zou doorwerken in de trend (104). Economisch onderzoek toont aan, dat de overheid als werkgeefster het voortouw heeft genomen bij de nivellering van de bruto-inkomens, waarbij in de netto-inkomens nog een extra-nivellering is ingetreden. Daarbij moet overigens worden aangetekend, dat de voortgang op de weg naar grotere inkomensgelijkheid in de zeventiger jaren is vertraagd door de versnelde opbouw van de kwartaire sector, die een stevige bodem heeft gelegd in de inkomensvorming van middelbaar en hoger personeel (105).

4.2.3. Samenvattend: aan de voorwaarden voor een verantwoorde toepassing van het trendbeleid is niet meer voldaan; door de overheidsinvloed op de arbeidsvoorwaarden in het bedrijfsleven bepaalt de overheid zelf de trend; het met de mond beleden trendbeleid is telkenmale grondig 'gecorrigeerd' (106). Het trendbeleid staat onder zware druk van ontwikkelingen op het gebied van de loonvorming in het bedrijfsleven, van de verslechterende sociaal-

(104) Deze inbreuk werd beargumenteerd met de stelling dat de betrokken cao-werknemers er door de omzetting niet 'op vooruit' gingen. Men zou daarentegen kunnen stellen, dat de trend-volgers eerder zijn achtergebleven: de toegepaste trendverbeteringen waren niet de echte trend.

(105) Zie resp. E.A. Bolhuis, Salarisontwikkeling bij de overheid, 1920-1980, E.S.B. 1981, blz. 745-750 en de preadviezen van Wolfson en Pen, Vereniging Staathuishoudkunde, Stenfert Kroese, Leiden, 1981 (speciaal blz. 25 en 43-47) en Eindrapport Heroverwegingen 16625, nr. 3, blz. 12 e.v.

(106) Vgl. Begroting Departement van Binnenlandse Zaken 1982, 17100, Hoofdstuk VII, nr. 2, blz. 54-55; alsook Sociaal-economisch beleid 1982, Kamerstuk 17200; zie ook W. van Drimmelen en N. van Hulst, Loonvorming en loonpolitiek in Nederland, Wolters-Noordhoff, Groningen, 1981, blz. 130 e.v.

economische omstandigheden en budgettaire beperkingen. Naar mijn mening kan dan ook worden geconcludeerd dat het trendbeleid nog slechts een theoretische grootheid is, die geen realiteitswaarde meer heeft. Of de overheid trendvolger of trendsetter moet zijn, of de bruto-netto-verhoudingen van salarissen bij de overheid en in het bedrijfsleven geharmoniseerd moeten worden, zijn vragen die m.i. praktisch al beslist zijn. Indien een en ander juist is, is er naar mijn mening voor de ambtenaren en hun organisaties alle reden niet langer genoeg te nemen met overleg met de overheid over de arbeidsvoorwaarden en vervolgens eenzijdige vaststelling daarvan. Zij zouden op onderhandelingen en een contractuele opzet van de ambtelijke rechtspositie moeten aandringen. Zeker wanneer in de gegeven economische omstandigheden teruggekeerd zou worden naar vrije onderhandelingen over lonen en andere (financiële) arbeidsvoorwaarden, en wanneer die onderhandelingen per bedrijfstak of onderneming gevoerd zouden worden, zal de centrale overheid genoodzaakt zijn als werkgeefster eveneens een eigen beleid te voeren ten aanzien van haar personeel. Dat onderstreept dan de noodzaak van een indringende invloed van de ambtenaren(organisaties) op hun eigen arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden. Indien de ambtenarenorganisaties die noodzaak niet inzien en dus de rollen van de overheid als wetgever en als werkgever niet willen scheiden, dan is een verstarrende en maatschappelijk verschrallende geleide loonpolitiek het enig rationele alternatief (107).

4.3. Het stakingsrecht

4.3.1. Over het stakingsrecht en de regeling van collectieve arbeidsgeschillen in de openbare dienst is veel geschreven. Na een aanvankelijk stakingsverbod en een recente poging de ambtenarenstaking wettelijk te regelen, heeft de minister van Binnenlandse Zaken begin 1982 bekend gemaakt zich nader op wettelijke maatregelen te bezinnen (108). Met name bestaan er grote bezwaren tegen de uitsluiting van grote groepen overheidspersoneel van het

(107) Zie ook A.P. Ros en D.J. Wolfson, *Pakketvergelijking en collectieve besluitvorming*, E.S.B. 1980, blz. 1330-1333.

(108) Een in het Centraal Georganiseerd Overleg besproken voorontwerp van wet werd door minister Van Thijn teruggenomen.

stakingsrecht. De minister blijkt het met die bezwaren eens te zijn en meent verder dat het onjuist zou zijn hem de bevoegdheid te geven een voorgenomen stakingsactie ontoelaatbaar te verklaren, zoals in het rapport van de Commissie-Toxopeus II was voorgesteld. Niet de overheid als werkgever, maar de onafhankelijke rechter moet de toelaatbaarheid van een staking beoordelen, vond minister Van Thijn. Het is niet uitgesloten dat er (vooralsnog) geen wettelijke regeling van het stakingsrecht voor ambtenaren komt. Men zou kunnen volstaan met het laten vallen van het voorbehoud, dat in art. 2 van de goedkeuringswet met betrekking tot art. 6, lid 4 van het Europees Sociaal Handvest is gemaakt. Art. 2 van de Goedkeuringswet, Rijkswet van 2 november 1978, Stb. 639 heeft betrekking op het overheidspersoneel. Toch rechtvaardigt de parlementaire behandeling van deze Rijkswet het oordeel, dat principieel het stakingsrecht van ambtenaren wordt erkend, zij het niet zonder meer. Met name wilde men in de wet garanties vastleggen voor een ongestoord functioneren van de openbare dienst op wezenlijke onderdelen, alvorens tot erkenning van het stakingsrecht over te gaan. Uit de uitlatingen van minister Van Thijn mag wellicht afgeleid worden, dat aan regeringszijde de meningen gewijzigd zijn: volsta met het laten vallen van het voorbehoud en laat de bepaling van de grenzen van het stakingsrecht over aan de rechter.

4.3.2. Uitgangspunt voor een regeling van een stakingsrecht voor overheidspersoneel was het voornemen van de regering het voorbehoud t.a.v. art. 6, lid 4 ESH in te trekken als zo'n wettelijke regeling zal zijn tot stand gekomen. Art. 6, lid 4 ESH zal in die situatie gelijkelijk gelden voor de particuliere en de publieke sector. Beperkingen die voor de laatste sector worden voorgesteld, moeten dan kunnen steunen op art. 31 van het Verdrag (109). In dat verband heeft de Commissie-Toxopeus II een voorontwerp van Wet inzake collectieve acties van overheidspersoneel voorgesteld. Art. 1 van het voorontwerp bevat een definitie van het daarin gehanteerde ambtenaarsbegrip. Onder ambtenaar wordt verstaan de 'persoon werkzaam in openbare dienst'. Daarmee wordt dus aansluiting gezocht bij de inhoud van het thans geldende voorbehoud t.a.v. art. 6, lid 4 dat betrekking heeft op 'in over-

(109) Waarover hierboven 2.2.1.

heidsdienst zijnde werknemers'. Het voorontwerp introduceert op die manier een ambtenaarsbegrip naast dat van de AW en dat van de Algemene Burgerlijke Pensioenwet. Men zal ambtenaar kunnen zijn in de zin van dit voorontwerp, doch niet in de zin van een der beide genoemde wetten.

Voorts definieert art. 1 van het voorontwerp het begrip 'collectieve actie'. Daaronder zal niet alleen de werkstaking vallen, doch ook 'elk ander gezamenlijk optreden van ambtenaren, dat strekt tot een functievervulling op een andere wijze dan waartoe zij buiten dit optreden als goed ambtenaar zijn gehouden'. Het is dus de bedoeling iedere collectieve actie onder het voorontwerp te laten vallen, met name ook stiptheidsacties (110). Na op deze manier in art. 1 de begrippen te hebben gedefinieerd legt het voorontwerp in de artt. 2 t/m 5 een aantal beperkingen op aan deelname door een ambtenaar aan een collectieve actie. Samengevat komen de beperkingen van het recht op collectieve actie op het volgende neer:

1. Aan grote groepen ambtenaren komt, gezien een negatieve lijst, geen enkel recht op collectieve actie toe.
2. Aan de overige ambtenaren komt dat recht alleen toe als
 - a. de actie een zaak betreft waarover in het georganiseerd overleg, overleg moet worden gevoerd,
 - b. die zaak niet in het stadium van overleg (verlengd overleg en arbitrage daaronder begrepen) verkeert danwel door arbiters is beslist,
 - c. de actie tijdig en op de voorgeschreven wijze is aangezegd,
 - d. de minister de actie niet ontoelaatbaar heeft verklaard.

De voorstellen van de Commissie-Toxopeus II komen er op neer dat door de ambtenaren die niet op de negatieve lijst voorkomen, slechts actie mag worden gevoerd over rechtstreeks voor henzelf met het oog op hun rechtstocstand van belang zijnde onderwerpen. Daaronder zijn naar het oordeel van Rood bijv. solidariteits- en sympathieacties niet te brengen (111). Bovendien is actie over een dergelijk beperkt doel door een dergelijke beperkte groep ambtenaren dan nog alleen mogelijk als de inzet van de actie niet

(110) Rapport Commissie-Toxopeus II, 22.

(111) M.G. Rood, Ontwikkelingen rond de werkstaking in het bijzonder in de publieke sector, *N.J.B.* 1981, blz. 249-259.

in het overleg wordt besproken; het voorontwerp belet niet, een actie over zo'n inzet te voeren voordat het overleg daarover is geopend of nadat het overleg daarover is afgesloten. De overheid zal echter vermoedelijk in de aanzegtermijn voldoende tijd vinden om de zaak in het overleg aan de orde te stellen in welk geval actie dan is verboden. In het geval van een impasse in het overleg behoudt het bevoegd gezag de mogelijkheid de weg naar arbitrage af te sluiten. Nog daargelaten of een minister zich in een positie wil plaatsen waarin hij als gevolg van de arbitrage zijn eigen beleidsvrijheid verliest met behoud van zijn volle staatsrechtelijke verantwoordelijkheid, doet zich de vraag voor of arbitrage wel in overeenstemming is met de bestaande overlegstructuur. Slechts indien overeenstemming moet worden bereikt is arbitrage zinvol; doch aan deze voorwaarde is nu juist bij het geldende systeem van arbeidsvoorwaardenvaststelling niet voldaan. Ik ben dan ook van mening dat arbitrage met betrekking tot arbeidsvoorwaarden slechts past binnen een systeem van collectieve onderhandelingen tussen gelijkwaardige partijen. In dit verband is het opvallend, dat in Wetsontwerp 10110 is volstaan met een regeling van commissies van onderzoek inzake werkstaking. Overigens doet zich bij arbitrage als voorgesteld door de Commissie-Toxopeus II met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden van het overheidspersoneel een merkwaardige incongruentie voor ten opzichte van werknemers in de particuliere sector. Aangenomen dat de centrale overheid soortgelijke maatregelen wil treffen voor alle werkenden en aangenomen dat over die maatregelen geen overeenstemming wordt bereikt met ambtenarenorganisaties en het georganiseerde bedrijfsleven, zou de overheid voor haar eigen personeel aan een arbitrale uitspraak gebonden kunnen raken, terwijl zij voor de werknemers die maatregelen eenvoudig zonder die omweg kan vaststellen. Soortgelijke overwegingen gelden met betrekking tot het stakingsrecht van ambtenaren. Zoals Fase zei: een ambtenarenstaking duurt bij het vigerende stelsel niet langer voort dan de overheid gedooft. De overheid blijft immers tot eenzijdige vaststelling van arbeidsvoorwaarden bevoegd (112). Een collectieve actie kan een eenzijdige regeling niet tegenhouden; zij wordt na het treffen van zo'n regeling onrechtmatig, tenzij men acties gericht tegen eenmaal door de overheid vastgestelde arbeidsvoorwaarden aanvaard-

(112) Zie noot 87.

baar acht. Met andere woorden: ook het stakingsrecht veronderstelt een tweezijdig onderhandelingsproces.

Overigens kan de overheid via het verbod van de minister alsnog de actie ontoelaatbaar verklaren. Bij die laatste bevoegdheid heeft Rood een vraagteken geplaatst. Art. 31 ESII eist immers dat beperkingen bij de wet moeten worden geregeld. Naar de heersende opvatting wordt het woord 'wet' in internationale verdragen in materiële zin gebruikt. Een algemeen geldende regeling, ook wanneer die in een AMvB is neergelegd, beantwoordt aan deze omschrijving. Maar geldt dat ook voor de incidentele bevoegdheid tot verbod die het voorontwerp aan de minister geeft? Aldus Rood.

4.3.3. In het rapport van de Werkgroep Aard, Structuur en Inhoud van het Overleg in Ambtenarenzaken (ASIO) is geadviseerd de beperkingen die de Commissie-Toxopeus II had aanbevolen niet ongewijzigd over te nemen:

1. De negatieve lijst dient tot een uiterste beperkt te worden (slechts het militaire personeel en eventueel het personeel van politie en brandweer en het burgerlijk defensie-personeel dienen uitgezonderd te worden).
2. Ook solidariteitsacties en acties tegen de overheid zijn toegestaan, tenzij de actie gericht is tegen een op democratische wijze tot stand gekomen overheidsorgaan, met de bedoeling dat orgaan onder druk te zetten met betrekking tot een aangelegenheid die niet de rechtstoestand van ambtenaren betreft.
3. Trekt een ambtenarenorganisatie zich uit het overleg terug, dan staat het haar vrij actie te ondernemen, ook al gaat het overleg tussen de overige partijen voort. Na een arbitrale uitspraak is collectieve actie uitgesloten.
4. Over de noodzaak van aanzegging van de actie en de aanzeggingstermijn bestonden binnen de Werkgroep bescheiden verschillen van mening (aanzegging slechts voor de staking of voor alle acties; de termijn: onbepaald, drie of vijf dagen).
5. Niet de minister van Binnenlandse Zaken, maar de minister-president zou bevoegd moeten zijn een actie ontoelaatbaar te verklaren (113).

(113) Te dezer zake rijst dan de vraag of (ambtenaren)organisaties tegen een ontoelaatbaarverklaring (of een nalaten daarvan) in beroep kunnen komen bij de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State overeenkomstig de Wet

4.3.4. Er is op gewezen dat het stakingsrecht voor het overheids-personeel niet zozeer een sluitstuk is van recht op collectieve onderhandelingen, zoals in de particuliere sector het geval is, maar meer een pressiemiddel vormt om tegendruk te kunnen uitoefenen tegen de eenzijdige machtspositie van de overheid als werkgeefster (114). In de voorstellen van de Commissie-Toxopeus II is dat duidelijker dan in de voorstellen van de Werkgroep ASIO. Hoe dat zij, ik meen dat de publieke discussie over de regeling van collectieve acties voor het personeel van de openbare dienst in toenemende mate leidt tot het aanvaarden van collectieve onderhandelingen en cao's als instrument tot vaststelling van de arbeidsvoorwaarden van het overheidspersoneel. Wanneer men er vanuit gaat, dat er zich in elke arbeidsverhouding, ook in die waarbij de overheid partij is, situaties kunnen voordoen, die collectieve acties in beginsel rechtvaardigen, dan kan men redelijkerwijze bij voorbaat van het recht op dergelijke acties slechts diegenen uitsluiten, die diensten verrichten, waarvan vooraf gesteld kan worden dat zij geen minuut mogen stagneren. Men komt dan tot een aanzienlijk kortere lijst, dan de Commissie-Toxopeus II heeft voorgesteld. Zou men het thans bestaande overlegstelsel en de eenzijdige vaststelling van arbeidsvoorwaarden handhaven, dan zullen mechanismen tot oplossing van geschillen en het recht op collectieve acties met betrekking tot arbeidsvoorwaarden van overheidspersoneel in principe slechts procedureverlengend werken en een gegeven geschil niet nader tot een oplossing brengen.

Aanvaardt men het recht op collectieve acties zoals een staking van overheidspersoneel, dan zullen de ambtenarenorganisaties in principe dezelfde rechtspositie moeten hebben als andere vakverenigingen. Dat wil zeggen, dat in rechte slechts een marginale doeltoetsing en een spelregeltoetsing aan de orde kunnen komen

→
AROB. Voorts rijst de vraag of de overheid door het nalaten van een ontoelaatbaarverklaring haar recht verspeeld heeft in kort geding een marginale doeltoetsing of een spelregeltoetsing van de actie te beproeven (een ontoelaatbaarverklaring lijkt mij geen besluit van algemene strekking, noch een besluit waartegen krachtens art. 58 AW beroep open staat).

(114) Vgl. M.G. Rood, *N.f.B.* 1981, blz. 259; zie ook E.P. de Jong, *Over stakingsrecht, ambtenaren en bezuinigingen*, *S.M.A.* 33 (1978), blz. 383 e.v.

(115). Is een actie uitgeroepen en wordt zij geleid door een gevestigde vakorganisatie en is deze actie niet op enigerlei wijze verboden of onrechtmatig geoordeeld, dan zullen straf- of disciplinaire maatregelen jegens de deelnemers aan die actie niet geoorloofd zijn (116).

4.4. Het ontslagrecht

4.4.1. In het recht ter zake van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst was het tot 1940 een uitgangspunt, dat niemand tegen zijn wil gedwongen kon worden een arbeidsovereenkomst te doen voortduren. Behoudens de beëindiging van rechtswege en de rechterlijke ontbinding kon ieder van partijen steeds de arbeidsovereenkomst beëindigen, ook wanneer de wederpartij daar niet in toestemde. Wanneer de eenzijdige beëindiging in strijd met wettelijke of contractuele bepalingen had plaatsgevonden — dat wil zeggen buiten de wettelijke proeftijd, terwijl de voor opzegging geldende bepalingen niet in acht waren genomen en er geen geldig beroep op een dringende reden voor ontslag op staande voet was gedaan — leidde de beëindigingshandeling tot het einde van de arbeidsovereenkomst. De onregelmatige beëindiging leidde tot schadeplichtigheid van degene die daartoe was overgegaan. Slechts bij de ontbinding door de rechter kon een toetsing van de causa demissionis plaatsvinden. Overigens kon de causa demissionis gewicht in de schaal leggen bij de bepaling van de schadevergoeding of bij de matiging van de wettelijke of contractueel bedongen schadeloosstelling. Na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst

(115) Zie over dit onderscheid: M.G. Rood, *Naar een stakingswet?* Kluwer, Deventer, 1978; zie ook nog Pres. Rb. Amsterdam 10 maart 1980, *N.J.* 1980, 165 (doeltoetsing) en Hof Den Haag 14 november 1980, *T.V.V.S.* 1980, blz. 298 (spelregeltoetsing); zie ook de in noot 91 genoemde vonnissen.

(116) Vgl. CRvB 5 maart 1956, *A.B.* 1958, 657 en Scheidsgerecht Amsterdam 29 augustus 1955, *A.B.* 1955, 717 met Ambtenarengerecht Utrecht 19 mei 1981 (een berispende waarschuwing van het bevoegd gezag jegens de deelnemers aan een werkonderbreking waartoe door de vakorganisaties was opgeroepen, werd wegens strijd met de zorgvuldigheid vernietigd; het bevoegd gezag had onvoldoende rekening gehouden met de stand van zaken betreffende het recht op collectieve actie voor overheidspersoneel). Zie ook M.G. Rood, *N.J.B.* 1981, blz. 254 en blz. 259. Voor de particuliere sector: H.R. 7 mei 1976, *N.J.* 1977, 55, m.o. G.J.S.

door opzegging was er voor de toetsing van de reden van beëindiging geen plaats, ook niet wanneer de voor opzegging geldende bepalingen over de opzeggingsdag en -termijn niet in acht waren genomen. Was een beroep gedaan op een dringende reden, dan kon de rechter weliswaar de *causa demissionis* onvoldoende achten voor een ontslag op staande voet, maar zo'n oordeel kon de beëindiging van de arbeidsovereenkomst als zodanig niet aantasten.

4.4.2. Dit systeem werd doorbroken door de invoering van het ontslagverbod, of beter: het opzeggingsverbod, van art. 6 BBA 1945. Noch het B.W. noch het BBA eisen voor een beëindiging door opzegging een bepaalde grond. Het vereiste van een bepaalde opzeggingsgrond, een *iusta causa demissionis* is in feite echter toch geïntroduceerd, omdat het moeilijk voorstelbaar is, dat voor een bepaalde handeling de toestemming van de overheid, n.l. de directeur van het Gewestelijke Arbeidsbureau, vereist is, wanneer niet voor die handeling een bepaalde goede grond moet worden aangevoerd. Een andere uitleg van art. 6 BBA leidt tot onhanteerbaarheid van het toestemmingsvereiste (117). Is een *iusta causa* niet gegeven dan volgt geen toestemming weshalve een beëindigingshandeling voor de toepassing van het BBA als nietig kan worden aangemerkt en de arbeidsovereenkomst voortduurt. Een ongeldig beroep op een dringende reden voor ontslag op staande voet is door art. 6 BBA gesanctioneerd met de nietigheid van de beëindigingshandeling.

In 1953 werd art. 1639s in het B.W. ingevoegd, waardoor de rechter de beëindiging van de arbeidsovereenkomst materieel kon toetsen. Indien de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk zou zijn beëindigd, kon dit niet slechts leiden tot een veroordeling tot betaling van schadeloosstelling of schadevergoeding, maar ook tot een veroordeling tot herstel van de dienstbetrekking, zelfs in die gevallen waarin de directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau toestemming had gegeven voor de eenzijdige beëindiging.

Van andere aard, maar in deze samenhang wel van belang, is de ontwikkeling van ontslagbepalingen in de medezeggenschapswetgeving. In 1971 werd in de Wet op de ondernemingsraden bepaald, dat toestemming van de kantonrechter vereist is voor de beëindi-

(117) H.R. 13 januari 1981, *N.J.* 1981, 285, m.o. P.A.S.

ging van een dienstbetrekking met een werknemer die — kort gezegd — kandidaat was voor of lid is dan wel korter dan twee jaren geleden lid was van de ondernemingsraad of van een o.r.-commissie. Deze toestemming was niet vereist bij ontslag op staande voet wegens een dringende reden en in het geval van ontbinding door de rechter wegens een gewichtige reden. De bepalingen van de WOR doen aan het ontslagrecht volgens het B.W. en het BBA niets af. De kantonrechter diende in verband met de vereiste toestemming te beoordelen of het hem aannemelijk voorkwam, dat de voorgenomen beëindiging van de dienstbetrekking geen verband zou houden met het potentiële, actuele of gewezen lidmaatschap van de o.r. of van een o.r.-commissie, waaronder begrepen de vervulling van het lidmaatschap (118). Beëindiging zonder de vereiste toestemming is nietig.

Sedert de wijziging van de WOR in 1979 is dit regiem in zoverre gewijzigd dat ten aanzien van de leden van de o.r., de (vaste) commissies van de o.r. of de commissies voor verspreide onderdelen van de onderneming strengere bepalingen gelden: een beëindigingsverbod zonder ontheffingsmogelijkheid. De WOR zelf somt een zeer beperkt aantal voorwaarden op, waaronder eenzijdige beëindiging niettemin geoorloofd is, zij het ook telkens onder handhaving van het ontslagrecht in B.W. en BBA. De leden van de Arbeidscommissie ingevolge de Arbeidsomstandighedenwet genieten dezelfde ontslagbescherming (119). In het wetsontwerp met betrekking tot vakbondswerk in de onderneming is ook een bijzondere ontslagbescherming voorzien voor 'vakbondswerkers'. De bescherming komt overeen met die voor kandidaat- en gewezen leden van de o.r. in de WOR (120).

Sedert 1976 kent ook het B.W. opzeggingsverboden. De werkgever kan de werknemer niet opzeggen gedurende de tijd dat de werknemer wegens ziekte ongeschikt is tot het verrichten van zijn arbeid (de eerste zes weken na de bevalling van de werkneemster zijn daaronder begrepen), tenzij de ongeschiktheid tenminste twee jaren heeft voortgeduurd.

Voorts kan de werkgever de arbeidsovereenkomst niet opzeggen indien de meerderjarige werknemer verhinderd is arbeid te verrich-

(118) H.R. 20 juni 1978, *N.J.* 1979, 127, m.o. Ma.

(119) Arbeidsomstandighedenwet, art. 14, lid 13.

(120) Wetsontwerp 16703.

ten door zijn militaire dienst of wat daarmee gelijkgesteld kan worden. Hetzelfde geldt voor een minderjarige werknemer, wiens dienstbetrekking ten minste een vol jaar heeft voortgeduurd. In beide gevallen is het de werkgever dus verboden de dienstbetrekking door opzegging of zonder opzegging of zonder inachtneming van de voor opzegging geldende bepalingen te beëindigen. Hetzelfde verbod treft de beëindiging wegens het huwelijk van de werknemer, gedurende de zwangerschap van de werkneemster, wegens de bevalling van de werkneemster en gedurende de periode van de zevende tot en met de twaalfde week na een bevalling. De beëindiging van de dienstbetrekking door de werkgever wegens de omstandigheid dat de werknemer in of buiten rechte een beroep heeft gedaan op het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen, gehuwden en ongehuwden is, evenals een beëindiging in strijd met de eerder genoemde ontslagverboden, nietig (121). Uit de hiermee globaal geschetste ontwikkeling van het ontslagrecht voor werknemers kan m.i. geconcludeerd worden, dat de iusta causa demissionis in het ontslagrecht in toenemende mate van belang is geworden.

4.4.3. In de meeste ambtenarenreglementen is bepaald, dat de aanstelling behoudens enkele uitzonderingen in vaste dienst moet plaatsvinden. Dit geeft een zekere garantie voor de stabiliteit en duurzaamheid van de ambtelijke betrekking, omdat zij dan alleen mag worden verbroken op een van de in het betrokken reglement vermelde gronden.

De ambtenarenreglementen geven in het algemeen nauwkeurig aan, wanneer een adspirant-ambtenaar in tijdelijke dienst mag worden aangesteld. De aanstelling in tijdelijke dienst is eigenlijk uitzondering op de regel. Terzijde merk ik op, dat ook cao's een opsomming bieden van gevallen en/of omstandigheden waarin de adspirant-werknemer niet voor onbepaalde doch voor bepaalde tijd in dienst genomen kan worden. Het wettelijke civiele arbeidsrecht kent geen inhoudelijk-functioneel criterium voor een onderscheid tussen arbeidsovereenkomsten voor bepaalde en voor onbepaalde tijd: werkgever en werknemer zijn vrij een arbeidsovereenkomst hetzij voor bepaalde, hetzij voor onbepaalde tijd aan te gaan, behoudens verplichtingen uit hoofde van de cao.

(121) Zie de artt. 1639h jo. 1639o en 1637ij B.W.

Is de bevoegdheid van de particuliere werkgever tot eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst over te gaan in de loop der jaren beperkter geworden en zijn de mogelijkheden om in rechte de juistheid, de houdbaarheid en de waarde van een ontslagreden te doen beoordelen, toegenomen, anders dan in het ambtenarenrecht kent het civiele arbeidsrecht geen limitatieve opsomming van ontslaggronden.

Het dienstverband van de ambtenaar eindigt door:

- overlijden van de ambtenaar;
- het verstrijken van de bij de aanstelling in tijdelijke dienst bepaalde tijd;
- het intreden van een bepaalde gebeurtenis of een bepaalde gedraging van de ambtenaar;
- intrekken van de aanstelling;
- ontslag.

De gronden voor ontslag uit ambtelijke dienst zijn:

1. Ontslag op verzoek.
2. Ontslag wegens verlies van een vereiste voor benoembaarheid.
3. Ontslag wegens aangaan van een graad van zwangerschap die benoeming zou uitsluiten.
4. Ontslag wegens verstrekken van onjuiste of onvolledige inlichtingen.
5. Ontslag wegens ondercuratelestelling.
6. Ontslag op grond van lijfswang wegens schulden.
7. Ontslag op grond van veroordeling tot vrijheidsstraf wegens misdrijf.
8. Ontslag op grond van revolutionaire gezindheid.
9. Ontslag op grond van opheffing betrekking, overtolligheid wegens reorganisatie of inkrimping van personeel.
10. Ontslag wegens bezwaren tegen verplaatsing.
11. Ontslag na non-activiteit of na buitengewoon verlof van lange duur.
12. Functioneel leeftijdsontslag.
13. Ontslag wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd.
14. Ontslag wegens blijvende ongeschiktheid op grond van ziekten of gebreken.
15. Ontslag op grond van ongeschiktheid of onbekwaamheid anders dan wegens ziekten of gebreken.
16. Ontslag uit vaste dienst, tijdens of aan het einde van de proeftijd.

17. Ontslag in verband met gedragingen van de echtgenote of van inwonende gezinsleden.
18. Ontslag uit vaste dienst om een reden, niet in het ambtenarenreglement genoemd, door de Kroon op voordracht van de minister-president.
19. Ontslag uit tijdelijke dienst om een andere reden.
20. Ontslag wegens vervroegd uittreden.

4.4.4. Zoals gezegd: een ambtenaar in vaste dienst kan slechts ontslagen worden op een van de gronden genoemd in het toepasselijke ambtenarenreglement. Voor ambtenaren in tijdelijke dienst geldt echter niet een gesloten systeem van ontslaggronden. Art. 6 ARAR bepaalt wanneer tot aanstelling in tijdelijke dienst kan worden overgegaan.

De aanstelling in tijdelijke dienst geschiedt voor bepaalde of onbepaalde tijd. Het dienstverband van de in tijdelijke dienst voor bepaalde tijd aangestelde ambtenaar eindigt door het verstrijken van die tijd. De in tijdelijke dienst voor onbepaalde tijd aangestelde ambtenaar kan ontslagen worden door opzegging en met inachtneming van een termijn. In geval van zwangerschap en bevalling en in geval van een beroep op het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen en van gehuwden en ongehuwden geldt een opzeggingsverbod. Te verwachten valt dat in de toekomst ook een opzegging gedurende de periode dat de ambtenaar op de kandidatenlijst staat, lid is van of korter dan twee jaar geleden op de kandidatenlijst heeft gestaan van danwel lid is geweest van de dienst- of medezeggenschapscommissie verboden zal zijn. De algemene bepalingen inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen, van gehuwden en ongehuwden in de burgerlijke openbare dienst, waaronder het verbod van directe of indirecte discriminatie met betrekking tot het ontslag van de ambtenaar, zijn vastgelegd in de Wet van 2 juli 1980, Stb. 384, en wel op overeenkomstige wijze als met betrekking tot werknemers is geschied in de Wet van 1 maart 1980, Stb. 86 (122).

De limitatieve opsomming van de ontslaggronden verliest als zodanig althans ten dele haar betekenis indien men daar ook bij be-

(122) Voor het militaire personeel is nog van belang de tijdelijke voorziening inzake *sex-discriminatie* zoals vastgelegd in de Wet van 25 mei 1979, Stb. 278.

trekt het strafontslag, het ontslag dus als de zwaarste van disciplinaire maatregelen waardoor de ambtenaar getroffen kan worden wegens plichtsverzuim. Uiteraard geldt ook met betrekking tot dit ontslag, dat het slechts kan worden verleend indien het toepasselijke ambtenarenreglement daarin voorziet. Overigens zal er tussen het plichtsverzuim en de opgelegde straf, zoals bijvoorbeeld ontslag, een zekere evenredigheid moeten bestaan (123). De meeste ambtenarenreglementen kennen met betrekking tot de verschillende ontslaggronden, het ontslag bij wijze van straf daaronder begrepen, uiteenlopende procedures alvorens door of namens het bevoegd gezag tot ontslag kan worden besloten.

4.4.5. De duurzaamheid en de stabiliteit van de ambtelijke dienstbetrekking wordt voor een belangrijk deel gewaarborgd door de nauwkeurige, uitputtende regeling van de beëindiging van die dienstbetrekking. Daarmede is, zoals ook overigens in het materiële ambtenarenrecht o.a. met betrekking tot de beoordeling, de bevordering en de overplaatsing van de ambtenaar en de functiewaardering is beoogd, gewaarborgd dat de besluitvorming jegens de ambtenaar aan de hand van objectieve maatstaven en overeenkomstig voorgeschreven procedures zal plaatsvinden. In het bijzonder biedt het materiële ambtenarenrecht bescherming tegen eventueel (on)gewenste mutaties en ontslagen bij verloop van het politieke getij.

Het systeem van *rotation in office* bij wisseling van de politieke macht is in Nederland vrijwel onbekend (124). Vanuit het aan het ambtenarenrecht ten grondslag liggende beschermingsbeginsel lijkt dat een goede zaak. Niettemin rijst de vraag of het accent op rechtspositionele zekerheid voor de ambtenaar in het overheidsbeleid ten aanzien van het overheidspersoneel niet ook leidt tot verstarring en een gebrek aan flexibiliteit in de openbare dienst. Met deze vraag wil ik niet suggereren, dat een systeem van *rotation in office* wenselijk zou zijn voor het gehele ambtenarencorps. Zou men in die richting willen denken, dan zou zo'n systeem ten hoogste overwogen moeten worden voor dat deel van het over-

(123) Zie uit de recente jurisprudentie bijv. CRvB 9 februari 1981, *N.J./A.B.* 1981, 363.

(124) Behoudens met betrekking tot politieke adviseurs van ministers in recente kabinetten (Den Uyl en Van Agt/Den Uyl).

heidspersoneel dat werkelijk in het grensgebied van politiek en bestuur werkzaam is, dus voor hogere beleidsambtenaren.

Ik zou menen, dat het accent op zekerheid een belemmering vormt voor de ontwikkeling van de openbare dienst als een flexibele en open organisatie (125).

De ontwikkeling van het ontslagrecht voor werknemers laat zien, dat een meer open systeem van ontslagrecht de toetsing van de ontslagreden niet uitsluit. In het algemeen geldt dat ook de eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst rehtens slechts aanvaardbaar is wanneer het besluit daartoe overeenkomstig objectieve maatstaven is genomen. Overigens dient bedacht te worden, dat de duurzaamheid en stabiliteit van de ambtelijke dienstbetrekking niet alleen bepaald wordt door rechtspositionele bepalingen, maar ook door het gegeven dat bij de overheid eenmaal in het leven geroepen arbeidsplaatsen niet spoedig plegen te worden opgeheven. De opvatting dat ambtenaren in vaste dienst niet ontslagen kunnen worden, is rehtens onhoudbaar; de opvatting dat zij niet ontslagen worden, wordt gelogenstraft door de praktijk en door de actualiteit, die laat zien dat beperking van de overheidsuitgaven wel degelijk tot afvloeiing van ambtenaren leidt. De verschillen in het ontslagrecht van ambtenaren en werknemers zijn gelegen in een meer gesloten tegenover een meer open systeem, in algemeen geldende geobjectiveerde procedurewaarborgen tegenover incidenteel geobjectiveerde procedurewaarborgen en ad hoc gevolgde procedures bij een eenzijdige beëindiging en in een niet-lijdelijke tegenover een lijdelijke rol van de rechter na een ontslag(besluit). Procedurewaarborgen en rechtsbescherming zijn voor de flexibiliteit en openheid van de overheidsorganisatie minder belangrijk dan het materiële systeem van het ontslagrecht. Mag men daaruit concluderen, dat er geen aanleiding bestaat de extra bescherming te handhaven, die een gesloten systeem van ontslaggronden de ambtenaar biedt boven de bescherming die de werknemer geniet tegen een (eenzijdig) ontslag? Voor werknemers is er een m.i. nog niet voltooide ontwikkeling te zien die tendert in de richting van een samenhangend stelsel van ontslagverboden en een open systeem van objectieve ontslaggronden.

Men zou zich kunnen voorstellen, dat ook voor het personeel van

(125) Zie in dit verband ook Rapport 3 van de Commissie Hoofdstructuur Rijksdienst, *Eik kent de laan, die derwaart gaat*, 1980, blz. 203-210.

de overheid een stelsel tot ontwikkeling gebracht wordt, bestaande uit ontslagverboden, waarbij in het bijzonder rekening wordt gehouden met de verbondenheid tussen de openbare dienst en het politieke gebeuren in de parlementaire democratie, en een systeem van objectieve ontslaggronden, dat in het belang van de flexibiliteit en openheid van de overheidsorganisatie meer mogelijkheden biedt dan thans het geval is. Daarbij is wel een versterkt accent op de immateriële component van het personeelsbeleid een essentiële voorwaarde (loopbaanbegeleiding, personeelsbeoordeling, werving, selectie, opleiding en vorming).

Uit de jurisprudentie van de CRvB blijkt, dat de spanning tussen publiek gezag en individuele gerechtigheid jegens de ambtenaar speciaal met betrekking tot diens ontslag vaak nadelig uitpakt voor het publiek gezag. Dat is niet alleen het gevolg van de toepassing van het ontslagrecht voor ambtenaren, en de ook in verband daarmee toe te passen algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur, maar ook van een niet goed doortimmerd personeelsbeleid (126).

4.5. De sociale zekerheid

4.5.1. Voor de invoering van de volksverzekeringen waren de sociale zekerheidsstelsels voor ambtenaren en werknemers gescheiden. Sedert de invoering van de AOW in 1956 is dat niet meer het geval. Niettemin is de sociale zekerheid van ambtenaren op tal van punten anders ingericht dan die van werknemers. Een strikte scheiding bestaat niet meer, maar er zijn toch zeer veel verschillen. Voor werknemers ligt de sociale zekerheid vast in een aantal wetten, soms aangevuld door voorzieningen op grond van een cao, of door verstrekkingen van de werkgever of door aanvullende vrijwillige verzekeringen ingevolge die wetten. De verzekering tegen inkomensderving ten gevolge van ziekte of ongeval is geregeld in ZW, WAO en AAW; de verzekering tegen ziektekosten in de ZFW (voor werknemers onder een bepaalde loongrens) en in de AWBZ,

(126) J.H. van der Meide, *N.J.B.* 1980, blz. 1054 en Th.A.M. van der Horst, *Ongeschreven ambtenarenrecht*, *Bondsblad* 1979, blz. 1086. Zie over de rechtszekerheid, ook in verband met eventuele schadeloosstelling voor ambtenaren, ook: W.M. Levelt-Overmars, *S.M.A.* 36 (1981), blz. 653 e.v., speciaal de conclusie op blz. 663–664.

de verzekering tegen inkomensderving ten gevolge van omstandigheden in de produktiesfeer in de WW, waaraan de voorzieningen van WWV en RWW toegevoegd kunnen worden.

Zowel ambtenaren als werknemers vallen binnen de kring van verzekerden ingevolge de volksverzekeringen: de AOW, de AWW, de AKW, de AWBZ en de AAW.

Voorzieningen die deze wetten aanvullen alsook voorzieningen voor risico's die door dit vijftal wetten niet gedekt worden, zijn geregeld in ambtenarenreglementen, wachtgeldbesluiten en — last but not least — de Algemene Burgerlijke Pensioenwet. Een algemene voorziening voor ziektekosten bestaat er voor ambtenaren niet. Wel geldt ook voor de ambtenaren de AWBZ. In principe dient de ambtenaar zelf te voorzien in het ziektekostenrisico door een vrijwillige verzekering in de zin van de ZFW (tenzij zijn bezoldiging een bepaalde som per jaar overschrijdt) danwel door een verzekering bij een particuliere ziektekostenverzekeraar.

De provincies hebben voor hun ambtenaren een ziektekostenvoorziening vastgesteld in een gemeenschappelijke regeling met één uitvoeringsinstituut. Eenzelfde opzet hebben de gemeenten gekozen voor hun ambtenaren: een gemeenschappelijke regeling per provincie met één uitvoeringsinstituut per provincie. Voor het personeel van rijks- en gemeentepolitie is door de Kroon een bijzondere ziektekostenvoorziening vastgesteld (127).

4.5.2. In artikel 39 van het ARAR is bepaald dat de ambtenaar, die wegens *ziekte* verhinderd is zijn dienst te verrichten, zijn volle bezoldiging geniet gedurende 18 maanden indien hij in vaste dienst is en gedurende 12 maanden indien hij in tijdelijke dienst is. Wanneer de verandering langer duurt dan 18 respectievelijk 12 maanden, geniet de ambtenaar nog 80% van zijn bezoldiging. Gedurende de periode van zijn afwezigheid wegens ziekte geniet de amb-

(127) Zie voor de hiernavolgende onderwerpen het naslagwerk van N.H. Wiarda en J.C.C. de Pree, Algemene Burgerlijke Pensioenwet, Samsom, Alphen aan den Rijn, losbl. Het in dit preadvies gegeven overzicht steunt in zeer belangrijke mate op: L.J.M. de Jeede en S.F.L. van Wijnbergen, Landesbericht Niederlande, in: H. Zacher, M. Bullinger en G. Igi, Soziale Sicherung im öffentlichen Dienst in der Bundesrepublik Deutschland, den Niederlanden, Schweden, Belgien und den Europäischen Gemeinschaften, Schriftenreihe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht, Band 7, Duncker und Humblot, Berlin, 1982, blz. 119-175.

tenaar verlof. De uitleg van art. 39 ARAR en art. 19 van de Ziekte-wet is dezelfde. Onder verhindering wegens ziekte wordt verstaan ongeschiktheid tot het verrichten van arbeid wegens ziekte. Met ziekte zijn gelijkgesteld gebreken, zwangerschap (de zes weken voor de vermoedelijke bevallingsdatum) en bevalling (de zes weken na de bevalling), zoals dit ook in de Ziektewet is geschied. De regeling voor ambtenaren is voor wat betreft de prestaties gunstiger dan die voor werknemers. Werknemers hebben krachtens de Ziektewet jegens de bevoegde bedrijfsvereniging gedurende maximaal één jaar recht op 80% van hun laatstverdiende loon. Daarbij geldt echter een maximum loon van ongeveer f 250 per dag. Over het meerdere wordt geen ziektegeld berekend. Ambtenaren behouden het recht op hun volle bezoldiging gedurende 18 maanden (tijdelijke ambtenaren 12 maanden) en daarna nog recht op 80% van hun bezoldiging. Zij behouden echter ook na deze termijn recht op de volle bezoldiging indien en zo lang zij hun dienst voor tenminste 45% verrichten, en ook indien de ziekte in overwegende mate haar oorzaak vindt in de aard van de opgedragen werkzaamheden of in de bijzondere omstandigheden, waaronder deze moesten worden verricht. Men bemerkt hier nog een herinnering aan de tijd, waarin een onderscheid werd gemaakt tussen ziekte en ongeval, dus de tijd vóór 1967. De overheid erkent in deze regeling een zekere verplichting om voor ambtenaren die door hun dienstuitoefening arbeidsongeschikt geworden zijn iets extra's te doen. Overeenkomstige voorzieningen zijn getroffen in andere ambtenarenreglementen voor andere ambtenaren dan rijksambtenaren.

Is de ambtenaar geraakt in een toestand van blijvende ongeschiktheid voor de vervulling van zijn betrekking, dan verzoekt het bevoegd gezag de directie van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds een beslissing te nemen inzake een invaliditeitspensioen.

Geschillen over het recht op bezoldiging tijdens ziekte van de ambtenaar, worden berecht door het Ambtenarengerecht en in hoger beroep door de Centrale Raad van Beroep.

Zoals gezegd ontlenen werknemers aanspraken in geval van ziekte aan de Ziektewet. Bovendien bepaalt het B.W. dat de werkgever gedurende betrekkelijk korte tijd gehouden is het loon door te betalen in geval van ziekte (art. 1638c B.W.). Van deze bepaling kan in voor de werknemer gunstige of ongunstige zin worden afgeweken. In de praktijk komen dergelijke afwijkingen veelvuldig,

vooral in cao's, voor. Ook kunnen bedrijfsverenigingen gunstiger uitkeringsregelingen vaststellen dan de Ziektewet voorschrijft: een hoger percentage of een zgn. bovenwettelijke uitkering, die kan voortduren na het eerste ziektejaar.

De premie krachtens de Ziektewet is verschuldigd door de werkgever. Hij houdt een deel van de verschuldigde premie op het loon van de werknemer in. Geschillen over de toepassing van de Ziektewet worden zoals bij elke sociale verzekeringswet het geval is in rechte beslecht door de Raad van Beroep en in hoger beroep door de Centrale Raad van Beroep.

4.5.3. De ambtenaar met een jaarinkomen lager dan het in de Ziekenfondswet aangegeven bedrag dat in 1982 op f 43 450 is vastgesteld, kan zich terzake van ziektekosten vrijwillig verzekeren bij een ziekenfonds. Hij heeft dan recht op dezelfde prestaties als de werknemers, die verplicht verzekerd zijn krachtens de Ziekenfondswet. De ambtenaar met een hoger inkomen zal zich net als een werknemer met een hoger inkomen moeten verzekeren bij een particuliere ziektekostenverzekeringsmaatschappij, hetzij individueel, hetzij door middel van een collectieve verzekering. Deze collectieve verzekeringen komen veelvuldig bij grote onderdelen van de rijksdienst voor. Ter tegemoetkoming in de kosten, die het sluiten van een verzekering voor de ambtenaren met zich meebrengt, geeft het Rijk een bijdrage aan de ambtenaar. De hoogte van deze bijdrage is afgestemd op de premie die verschuldigd is voor de vrijwillige ziekenfondsverzekering; zij wordt derhalve niet bepaald door de werkelijke kosten die de ambtenaar moet maken, die zich niet vrijwillig bij een ziekenfonds kan verzekeren. Ook sommige particuliere werkgevers geven aan hun werknemers een tegemoetkoming in de kosten van een ziektekostenverzekering. Voor het personeel van de rijkspolitie en van de gemeentepolitie bestaat een besluit Geneeskundige Verzorging Politie. Zoals gezegd hebben provincies en gemeenten voor hun personeel ziektekostenregelingen vastgesteld en de uitvoering daarvan opgedragen aan afzonderlijke instituten. (Interprovinciale Ziektekostenregeling en Instituut Ziektekostenverzekering Ambtenaren). Ambtenaren van de aangesloten provincies en gemeenten zijn de helft van de premie verschuldigd, de andere helft wordt door de provincie of de gemeente betaald. De ambtenaar die klachten heeft over de uitvoering van de regeling kan in beroep gaan bij een

commissie van beroep. Hoger beroep is mogelijk bij de Centrale Raad van Beroep.

Wanneer een ambtenaar in een aaneengesloten periode van twaalf maanden, ondanks een voldoende verzekering, kosten van geneeskundige behandeling en verzorging heeft moeten maken die meer dan de helft van de krachtens de Ziekenfondswet verschuldigde premie bedragen, of een bepaald percentage van zijn bezoldiging of het gezinsinkomen overschrijden, heeft hij recht op een bijzondere tegemoetkoming van zijn werkgeefster. Art. 43 van het ARAR legt dit recht voor rijksambtenaren vast. De nadere uitwerking van het recht is geschied in voorschriften van de minister van Binnenlandse Zaken. Een tegemoetkoming *kan* in bijzondere gevallen ook worden toegekend voor kosten die verband houden met ziekte. Dit is dus geen recht op tegemoetkoming, maar een discretionaire bevoegdheid van de overheid om de ambtenaar te hulp te komen. Ook hier is het de minister van Binnenlandse Zaken die nadere voorschriften heeft vastgesteld, teneinde een zoveel mogelijk uniforme uitoefening van deze bevoegdheid te verzekeren. De uitvoering van de regeling is opgedragen aan een aparte dienst, onderdeel van het ministerie van Binnenlandse Zaken.

In art. 44 van het ARAR vindt men wederom een herinnering aan een zekere extra verplichting jegens ambtenaren die in en door de dienst schade aan hun gezondheid hebben opgelopen. Daardoor noodzakelijk gemaakte kosten van geneeskundige behandeling en verzorging worden door het bevoegd gezag geheel vergoed. Waar het hier regelingen betreft die binnen de ambtelijke rechtspositie een plaats hebben gevonden is er geen sprake van een afzonderlijke rechtsgang en een aparte rechtsbescherming. Bij geschillen tussen de ambtenaar en het bevoegd gezag kunnen deze aan het Ambtenarengerecht ter beslissing worden voorgelegd.

4.5.4. De risico's van *arbeidsongeschiktheid*, *ouderdom* en *overlijden* zijn voor vrijwel alle burger-ambtenaren in één afzonderlijke wet geregeld: de Algemene Burgerlijke Pensioenwet (ABPW). Voor militaire ambtenaren geldt de Algemene Militaire Pensioenwet.

De invoering van de AOW in 1956, de AWW in 1959 en de AAW in 1976 alsmede het besluit in 1967 bij de invoering van de WAO, het onderscheid tussen ziekte en ongeval te laten vervallen, bracht

telkens de noodzaak met zich mee tot aanpassing van de pensioenwetgeving van de ambtenaar.

De uitvoering van de ABPW is geheel toevertrouwd aan een apart fonds het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds, dat rechtspersoonlijkheid bezit. Het fonds wordt bestuurd door de directie, die het fonds beheert, de ABPW uitvoert en toezicht houdt op de naleving van de wettelijke bepalingen. Deze directie wordt benoemd, geschorst en ontslagen door de minister van Binnenlandse Zaken. Behalve de directie kent het ABP een raad van toezicht, bestaande uit een voorzitter en tien leden, die bij Koninklijk Besluit worden benoemd. Vijf leden worden ter benoeming voorgedragen door de minister van Binnenlandse Zaken en Financiën gezamenlijk, vijf andere leden worden voorgedragen door de Centrale Commissie voor Georganiseerd Overleg in Ambtenarenzaken.

De directie van het fonds beslist omtrent de toekenning en de betaalbaarstelling van pensioenen van (gewezen) ambtenaren en hun nagelaten betrekkingen. Voor de toekenning van het invaliditeits- of ouderdomspensioen is voorwaarde dat de ambtenaar ontslagen is.

De directie stelt ook de financiële verplichtingen van de overheidsorganen vast jegens het fonds.

Wanneer iemand, wiens belang rechtstreeks is betrokken bij een beslissing van de directie ter uitvoering van de wet, zich niet met deze beslissing kan verenigen, kan hij zijn bezwaar schriftelijk aan de raad van toezicht voorleggen. Deze raad neemt vervolgens, nadat de directie schriftelijk advies heeft uitgebracht, een beslissing. Tegen deze beslissing is beroep mogelijk bij het Ambtenarenge-recht te 's-Gravenhage. Het hoger beroep wordt ingesteld bij de Centrale Raad van Beroep.

Hoofdstuk C van de ABPW is gewijd aan de premievaststelling en aan de premiebetaling. Elk publiekrechtelijk of privaatrechtelijk lichaam, dat ambtenaren in de zin van de ABPW in dienst heeft, is een pensioenbijdrage aan het fonds verschuldigd. De hoogte van deze bijdrage is afhankelijk van de door het lichaam aan de ambtenaren verschuldigde bezoldiging (het ambtelijk inkomen). Van het totaal als bezoldiging uitbetaald bedrag wordt 22% als premie aan het fonds overgemaakt. Het lichaam mag op de inkomsten van de ambtenaar een gedeelte verhalen. Dit gedeelte is gelijk aan 10% van het ambtelijk inkomen, nadat dit verminderd is met een variabel franchise-bedrag. Deze vermindering vindt

plaats, omdat rekening wordt gehouden met het feit dat de ambtenaar ook verzekerd is voor de volksverzekeringen AOW, AWW en AAW.

De directie van het fonds ontvangt van alle lichamen jaarlijks niet alleen de verschuldigde pensioenbijdragen, maar ook een opgave per ambtenaar van de genoten bezoldiging ter vaststelling van het pensioenbedrag indien het verzekerde risico intreedt.

Het financieringsstelsel van de ABPW kan worden gekarakteriseerd als een *kapitaaldekkingsstelsel*. Met behulp van de pensioenbijdragen wordt een vermogen gevormd. Uit dat vermogen en uit de daarmee door middel van beleggingen verkregen rente-opbrengsten worden de pensioenen betaald. Het bijdrage-percentages kan worden verhoogd om eventuele tekorten van het fonds op te vangen. Deze tekorten kunnen ontstaan door geldontwaarding of door welvaartvermeerdering. De uit te betalen pensioenen worden gerelateerd aan het ambtelijk inkomen dat genoten werd op het tijdstip van dienstverlating. Bovendien worden de pensioenen telkens aangepast aan de ontwikkelingen die de ambtenarensalarissen doormaken. Het opvangen van deze tekorten door middel van een (tijdelijke) verhoging van de verschuldigde pensioenbijdragen wijst er op, dat de financiering gedeeltelijk ook plaatsvindt op basis van een *omslagstelsel*. De werkende ambtenaren leveren (tijdelijk) een hogere bijdrage ten behoeve van de reeds gepensioneerden. In feite is het financieringssysteem derhalve gedeeltelijk gebaseerd op het equivalentiebeginsel en gedeeltelijk op het solidariteitsbeginsel. Zou er geen geldontwaarding zijn en ook geen welvaartsvermeerdering, zou de ambtenaar steeds hetzelfde salaris blijven verdienen, dan zou de voor hem verschuldigde pensioenbijdrage voldoende kunnen zijn voor de financiering van zijn pensioen.

Vergelijking van het financieringsstelsel van de ABPW met het stelsel dat ten grondslag ligt aan dat van de volksverzekeringen en de werknemersverzekeringen doet zien, dat in die verzekeringen steeds is gekozen voor het omslagstelsel, soms aangevuld met rijksbijdragen. Dat wil zeggen dat in een bepaald jaar het benodigde geld voor de uitkeringen van dat jaar moet worden opgebracht. Een ander verschil is dat er voor de pensioenvoorzieningen van de ambtenaren maar één fonds bestaat, terwijl voor de volksverzekeringen AOW, AWW en AAW drie afzonderlijke fondsen zijn gecreëerd.

Het verschil in de financieringsstelsels hangt samen met de verschillen in de systematiek van uitkerings- en pensioenrechten die werknemers en ambtenaren aan de onderscheiden regelingen ontlelen. De ABPW kent voor het invaliditeits-, ouderdoms- en weduwen- en wezenpensioen een opbouwstelsel: de ambtenaar in de zin van de ABPW bouwt pensioenaanspraken op, die niet verloren gaan wanneer de ambtenaar deze hoedanigheid verliest; de hoogte van het pensioen is afhankelijk van het aantal dienstjaren. Dit is anders voor de aanvullingen op het invaliditeitspensioen, waarover straks meer. Pensioenregelingen voor werknemers ter aanvulling van AOW- en AWW-uitkeringen kennen ook een opbouwstelsel. Daarentegen kennen de ZW, de WAO (en de AAW) een risicostelsel; dit betekent, dat een werknemer slechts een recht op uitkering heeft indien hij bij het intreden van de arbeidsongeschiktheid verzekerd was. Na verloop van een maand na het einde van de verzekering kan de werknemer geen enkel recht meer aan zijn verzekering ontlelen. Essentieel is dus voor het recht op uitkering het intreden van het verzekerde risico in een periode van verzekering.

4.5.4.1. De ambtenaar heeft volgens art. E.1, lid 1 sub b van de ABPW recht op *invaliditeitspensioen* na zijn ontslag, indien hij op het tijdstip van ingang van het ontslag 'uit hoofde van ziekten of gebreken blijvend ongeschikt is zijn betrekking te vervullen'. Onder 'zijn betrekking' is te verstaan het samenstel van de werkzaamheden waarmee hij is belast. Een ongeschiktheid die nog slechts als tijdelijk kan worden aangemerkt, kan niet leiden tot toekenning van een invaliditeitspensioen. Gedurende die periode krijgt de ambtenaar zijn bezoldiging doorbetaald.

Art. E.1, lid 4, stelt het recht op invaliditeitspensioen en de vaststelling van een aanvulling van het invaliditeitspensioen als bedoeld in art. F.9 afhankelijk van een beslissing van de directie van het ABP na een geneskundig onderzoek. Bij dit onderzoek moet derhalve primair komen vast te staan dat is voldaan aan de eis, gesteld in art. E.1, lid 1 'uit hoofde van ziekten of gebreken blijvend ongeschikt zijn om zijn betrekking te vervullen'. Maar vervolgens moet ook art. F.9 in acht worden genomen. Dit artikel houdt in dat het invaliditeitspensioen voor de ambtenaar die de leeftijd van 65 jaar nog niet heeft bereikt, wordt aangevuld, indien hij ten gevolge van ziekten of gebreken uit hoofde waarvan hij recht heeft

op invaliditeitspensioen, geheel of gedeeltelijk *algemeen invalide* is. De omschrijving van dit begrip is geheel gelijklopend aan die van het begrip arbeidsongeschiktheid in art. 5 AAW en art. 18 WAO en luidt als volgt: Algemeen invalide, geheel of gedeeltelijk, is hij, die ten gevolge van ziekten of gebreken geheel of gedeeltelijk buiten staat is om met arbeid, die voor zijn krachten en bekwaamheid is berekend en die met het oog op zijn opleiding en vroeger beroep hem in billijkheid kan worden opgedragen ter plaatse waar hij arbeid verricht of het laatst verricht heeft of op een naburige soortgelijke plaats te verdienen, hetgeen lichamelijk of geestelijk gezonde personen van dezelfde soort en van soortgelijke opleiding, op zodanige plaats met arbeid gewoonlijk verdienen.

De graad van algemene invaliditeit wordt in art. F.9 op dezelfde wijze als in de WAO in zeven klassen onderscheiden. De hoogte van de aanvulling van het invaliditeitspensioen is gelijk aan het bedrag dat nodig is om het pensioen te verhogen tot een van de mate van algemene invaliditeit afhankelijk percentage van de berekeningsgrondslag. Wanneer de directie heeft beslist dat een ambtenaar uit hoofde van ziekten of gebreken blijvend ongeschikt is zijn betrekking te vervullen, kan zij volgens art. K.2 deze ambtenaar *herplaatsbaar* verklaren, indien de ambtenaar de leeftijd van 50 jaar nog niet heeft bereikt en een volledige betrekking heeft vervuld.

Hij is herplaatsbaar wanneer hij geschikt is voor het vervullen van een passende andere volledige betrekking d.w.z. wanneer hij niet algemeen invalide is. De directie kan de ambtenaar slechts herplaatsbaar verklaren na het advies van een beoordelingscommissie, bestaande uit een bedrijfsarts, een psycholoog en een deskundige op het gebied van de arbeidsvoorziening. De commissie moet in haar advies een of meer betrekkingen aanwijzen, waarin herplaatsing redelijkerwijs mogelijk wordt geacht. Die verklaring van de directie dat een ambtenaar herplaatsbaar is, brengt volgens art. K.4 met zich mee dat het invaliditeitspensioen niet eerder ingaat dan vijf jaren na de dagtekening van de ongeschiktheidsverklaring. Wordt de ambtenaar echter binnen die periode 50 jaar of wordt hij alsnog algemeen invalide dan zal het invaliditeitspensioen eerder ingaan. Komt herplaatsing niet tot stand, dan volgt ontslag van de ambtenaar en ontstaat het recht op herplaatsingswachtgeld dat voortduurt tot het moment waarop het invaliditeitspen-

sioen ingaat. Herplaatsing doet het recht op wachtgeld opschuiven. Voor een eventueel verschil in bezoldiging in de oorspronkelijke functie en de nieuwe functie wordt door het ABP een herplaatsingstoelage toegekend. Het invaliditeitspensioen bedoeld in art. E.1 (ongeschikt voor zijn betrekking) wordt berekend op basis van de diensttijd als ambtenaar. Voor elk dienstjaar wordt $1\frac{3}{4}\%$ van de berekeningsgrondslag toegekend. Bij 40 dienstjaren wordt het maximum van 70% bereikt (128).

De in art. F.9 genoemde aanvullingen worden — onafhankelijk van de diensttijd — tot de volgende percentages van de berekeningsgrondslag toegekend:

<i>graad van invaliditeit</i>	<i>percentage van de grondslag</i>
80% of meer	80%
65—80%	65%
55—65%	50%
45—55%	40%
35—45%	30%
25—35%	20%
15—25%	10%

Anders dan de voor werknemers geldende WAO kent de ABPW voor ambtenaren geen begrenzing van de grondslag tot een maximum. Wel is er een minimumpensioen, gelijk aan het minimum van de WAO. Hoewel dus de verzekerde risico's gelijk zijn, lopen de prestaties voor ambtenaren en werknemers uiteen. In de particuliere sector komen overigens aanvullende voorzieningen voor boven de WAO/AAW-uitkering.

De berekeningsgrondslag van het pensioen is kortgezegd het gemiddelde inkomen in geld terzake van de ambtelijke dienstbetrekking over de op één na laatste twee kalenderjaren. Indien het gevonden bedrag lager is dan het minimum dat in de WAO geldt, wordt het tot het WAO-bedrag verhoogd. Ook is nog een aanvulling van het pensioen tot 100% van de berekeningsgrondslag mogelijk, wanneer de invaliditeitsgraad 80% of meer bedraagt en de gepensioneerde ambtenaar verkeert in een althans voorlopig blij-

(128) Blijft de berekeningsgrondslag onder de ongeveer f 33 000, dan wordt over een deel daarvan 2% berekend (over een kleine f 20 000) en over het restant $1\frac{3}{4}\%$.

vende toestand van hulpbehoevendheid, welke geregeld oppassing en verzorging noodzakelijk maakt.

Bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar valt de aanvulling weg. Vanaf die leeftijd wordt het pensioen derhalve uitsluitend bepaald door de ambtelijke diensttijd. Maar de tijd gedurende welke de ambtenaar in het genot was van een invaliditeitspensioen wordt volgens art. F.12 als 'onvoltooide diensttijd' geheel of gedeeltelijk meegeteld. De mate waarin dat meetellen plaats vindt, is afhankelijk van de graad van algemene invaliditeit. Bij een invaliditeitsgraad van 80% telt de onvoltooide diensttijd voor 100% mee en zo in afnemende mate tot 15%. Een dergelijke regeling is in de WAO en de AAW niet opgenomen, omdat de WAO/AAW-uitkering bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd wordt beëindigd.

Krachtens art. 18, lid 2 WAO en art. 30 WAO wordt bij de bepaling van de mate van arbeidsongeschiktheid respectievelijk bij de toekenning van de uitkering rekening gehouden met reeds bestaande arbeidsongeschiktheid bij de aanvang van de verzekering. Het met art. 18, lid 2 WAO overeenkomende art. 5, lid 2 AAW is praktisch slechts relevant voor personen die van buiten Nederland komend een recht op uitkering aan de AAW ontlenen. Overeenkomstige bepalingen ontbreken in de ABPW. Met reeds bestaande invaliditeit bij het begin van de diensttijd, ongeacht of deze geheel of gedeeltelijk was, kan bij de toepassing van art. F.9 ABPW geen rekening worden gehouden. Wel heeft de directie van het ABP op grond van artikel N.5 binnen bepaalde grenzen de bevoegdheid het risico dat voor het fonds voortvloeit uit het verkrijgen van de hoedanigheid van ambtenaar, af te wentelen op het lichaam uit welks dienst die ambtenaar is ontslagen. Het gaat hier dus om een verhaalsrecht voor het geval de pensioengerechtigde over niet meer dan vijf dienstjaren in de zin van de ABPW beschikt, die voorts voor het vervullen van zijn betrekking blijvend ongeschikt is geworden door ziekten of gebreken die bij de aanvang van de dienstverhouding reeds tot uiting waren gekomen en die toen niet dan wel voorwaardelijk is goedgekeurd. Echter de pensioenaanspraken van de gewezen ambtenaar worden door de toepassing van het verhaalsrecht niet aangetast. Alleen al om deze reden is de aan de aanstelling voorafgaande gezondheidskeuring, zie art. 9 e.v. ARAR, bepaald meer dan een formaliteit.

Nog een enkel woord over de verhouding van de ABPW ten opzichte van de AAW. Bij de invoering van de AAW met ingang van

1 oktober 1976 is beslist dat ambtenaren verzekerd zijn in de zin van de AAW. Maar om te voorkomen dat de ambtenaren met twee uitvoeringsorganen te doen zouden krijgen is in de AAW bepaald, dat zij slechts een uitkering krachtens deze wet krijgen wanneer de AAW-uitkering hoger is dan die krachtens de ABPW. Hetgeen door de bedrijfsvereniging aan AAW niet wordt uitbetaald aan de ambtenaar wordt aan het ABP uitgekeerd.

Eenzelfde probleem betreft de zogenaamde bijzondere voorzieningen. In art. 57 van de AAW is aan de bedrijfsverenigingen de bevoegdheid toegekend voorzieningen strekkende tot behoud, herstel of bevordering van de arbeidsgeschiktheid (werkvoorzieningen), voorzieningen ter verbetering van levensomstandigheden (leefvoorzieningen) en genees- en heelkundige voorzieningen te verstrekken. Om te voorkomen dat ambtenaren zich voor het verkrijgen van deze voorzieningen tot een bedrijfsvereniging moeten wenden, is in de artt. P.6 tot en met P.9 van de ABPW de directie van het fonds bevoegd verklaard deze voorzieningen aan ambtenaren te verstrekken (129).

Behalve aanspraken ingevolge de ABPW ontfangen ambtenaren ook aanspraken terzake van invaliditeit aan ambtenarenreglementen. Zo is in art. 45 ARAR bepaald, dat een gewezen ambtenaar die een invaliditeitspensioen geniet een uitkering van $12\frac{1}{2}\%$ wordt verleend door het lichaam, waarbij hij werkzaam was, wanneer zijn invaliditeit haar oorzaak vindt in de aard van de hem opgedragen werkzaamheden of in de bijzondere omstandigheden waaronder deze moesten worden verricht. Dit recht komt ook toe aan de weduwe van de ambtenaar, die door een dienstongeval is overleden.

4.5.4.2. Artikel E.1, lid 1, sub a van de ABPW geeft aan de ambtenaar na zijn ontslag recht op *ouderdomspensioen* indien hij op het tijdstip van ingang van het ontslag de leeftijd van 65 jaar heeft bereikt.

Art. E.3 van de ABPW bepaalt dat de ambtenaar die op het tijdstip van zijn ontslag of beëindiging van zijn recht op wachtgeld aan geen van de in art. E.1, eerste lid, gestelde voorwaarden voldoet, uitzicht verkrijgt op ouderdomspensioen bij het bereiken

(129) Over de niettemin nog bestaande verschillen: L.J.M.L. Kohl, *S.M.A.* 37 (1982), blz. 21-28.

van de leeftijd van 65 jaar. Het uitzicht op ouderdomspensioen gaat bij het bereiken van die leeftijd over in het recht op ouderdomspensioen.

Dus naast de in art. E.1 bedoelde tot aan het einde van zijn actieve jaren in dienst gebleven ambtenaar, kan ook de reeds vóór de 65-jarige leeftijd ontslagen ambtenaar recht op ouderdomspensioen doen gelden, zodra hij die leeftijd heeft bereikt. De ambtenaar die reeds eerder in het genot van invaliditeitspensioen was gesteld, krijgt vanaf de 65-jarige leeftijd een herberekend pensioen. Voorwaarde voor het verkrijgen van het ouderdomspensioen is, dat de ambtenaar ontslagen is. De ambtenaar die in dienst blijft verkrijgt geen pensioen; hij blijft pensioenpremie verschuldigd. Dit langer in dienst blijven kan aantrekkelijk zijn voor de ambtenaar die nog niet de maximale voor de pensioenopbouw tellende diensttijd heeft vervuld. Heeft hij dit maximum van 40 jaar reeds bereikt, dan heeft verlenging van de diensttijd voor hem niet het gevolg dat zijn pensioen hoger wordt. Zeer veel (gewezen) ambtenaren bereiken echter de 40 dienstjaren niet.

Per dienstjaar wordt $1\frac{3}{4}\%$ van de berekeningsgrondslag toegekend. De berekeningsgrondslag is het gemiddelde salaris over de afgelopen twee kalenderjaren. Wanneer er in de diensttijd een periode is geweest, waarin het salaris aanmerkelijk hoger of aanmerkelijk lager was dan het gemiddelde eindsalaris, is het mogelijk verschillende berekeningsgrondslagen te nemen. Men noemt dat het 'knippen van de dienstlijn', waardoor verschillende dienstlijnen ontstaan.

De ambtenaar is ook verzekerd ingevolge de AOW. Bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar krijgt hij als gewezen verzekerde recht op AOW-pensioen. Dit pensioen wordt hem door de Raad van Arbeid of de Sociale Verzekeringsbank uitbetaald. Het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds moet echter ingevolge art. J.4 en J.6 van de ABPW het deel van het AOW-pensioen, dat geacht kan worden betrekking te hebben op een tijd overeenkomend met de ambtelijke diensttijd, in aanmerking nemen bij het vaststellen van het ambtelijk pensioen. Voor elk samenvallend jaar wordt 2% van het AOW-pensioen met een maximum van $40 \times 2 = 80\%$ op het ambtelijk pensioen in mindering gebracht. In feite komt het er op neer dat het ambtelijk pensioen uit twee delen bestaat, een deel ten laste van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds en een deel ten laste van het Algemeen Ouderdomsfonds

van de AOW. Het 'inbouwen' van het algemeen pensioen in het ambtelijk pensioen is door de ambtenarenorganisaties gebrandmerkt als een onrechtvaardige maatregel, omdat deze inbouw niet plaatsvindt in de pensioenen die krachtens een bedrijfspensioenregeling voor werknemers worden uitbetaald. De wetgever heeft dit argument echter van de hand gewezen, omdat daarbij uit het oog werd verloren dat de pensioenen in de particuliere sector in het algemeen veel minder aantrekkelijk zijn dan de ambtelijke pensioenen. Bovendien is in de slotbepaling van de AOW (de artt. 60 tot en met 62) een regeling opgenomen die de onderlinge afstemming van de bedrijfspensioenregeling en het AOW-pensioen aan overheidstoezicht onderwerpt. Intussen heeft de overheid wel ingezien dat tegenover het niet uitbetalen van een deel van het ambtelijk pensioen in verband met het ontvangen van het algemeen pensioen van de AOW een vermindering van de premiebetaling door de ambtenaar billijk was. Dit is thans zo geregeld dat de overheid de betaling van de premie voor de AOW (en ook voor de AWW) voor haar rekening neemt.

Tot slot zij opgemerkt, dat de pensioenregelingen in de particuliere sector van zeer uiteenlopende aard en vormgeving zijn. Deze verschillen betreffen niet alleen de institutionalisering, maar ook de pensioenaanspraken zelf. Overigens heeft lang niet iedere werknemer een pensioenaanspraak boven de AOW-uitkering.

4.5.4.3. Het ambtelijk *weduwen- en wezenpensioen* is in de hoofdstukken G en H van de ABPW geregeld. In het ARAR (art. 102) is bepaald, dat de bezoldiging van de ambtenaar niet langer wordt uitbetaald dan tot en met de dag van het overlijden. Na het overlijden wordt aan de weduwe of weduwnaar een bedrag uitgekeerd gelijk aan de bezoldiging over drie maanden. Als er geen weduwe of weduwnaar is, geschiedt de uitkering ten behoeve van de minderjarige kinderen.

Het recht op weduwenpensioen komt toe aan de weduwe van een ambtenaar, gewezen ambtenaar of gepensioeneerd ambtenaar mits het huwelijk was gesloten vóór het ontslag van de ambtenaar-echtgenoot. Ook de vrouw die van een ambtenaar is gescheiden, verkrijgt op de voorwaarden vermeld in art. G.4 recht op pensioen. Deze voorwaarden zijn:

1. dat de vrouw recht op pensioen zou hebben gehad, indien de man op de dag van de ontbinding van het huwelijk zou zijn overleden;

2. dat die dag ligt na 6 mei 1971 (130);
3. dat de vrouw niet als gevolg van hertrouwen met haar vroegere echtgenoot terzake van dat overlijden recht op weduwenpensioen verkrijgt.

Het weduwenpensioen voor de gescheiden echtgenote komt in mindering op het pensioen voor de echtgenote.

Het weduwenpensioen bedraagt volgens art. H.1 vijf zevende gedeelte van het pensioen waarop de ambtenaar recht of uitzicht zou hebben gehad. De diensttijd van de man wordt verlengd met de diensttijd die hij had kunnen vervullen, als hij tot zijn 65ste jaar in dienst had kunnen blijven. De artt. H.2 en H.3 hebben betrekking op het pensioen van een gewezen ambtenaar en een gepensioneerd ambtenaar.

Minderjarige wettige, minderjarige onwettige kinderen en minderjarige pleegkinderen (artt. G.5, G.6 en G.7) hebben recht op een wezenpensioen. Dit bedraagt voor elk kind, wiens moeder aan het overlijden van de vader recht op pensioen ontleent een zevende gedeelte, en voor elk ander kind twee zevende gedeelte van het pensioen van de overledene. Het gezamenlijk bedrag aan weduwen- en wezenpensioen gaat het bedrag waarvan die pensioenen zijn afgeleid niet te boven. Een bijzonderheid van de ABPW is dat deze wet in art. G.3 ook recht op pensioen toekent aan de invalide weduwnaar van een ambtenaar, indien zijn echtgenote ten tijde van haar overlijden kostwinster was voor hem. Invalide is hij die een invaliditeitsgraad heeft als bedoeld in art. F.9 van 50% of meer. Kostwinster was de echtgenote als zij grotendeels in de noodzakelijke kosten van het bestaan van haar echtgenoot voorzag. Voor de berekening van dit pensioen gelden de regels van het weduwenpensioen.

Bij de berekening van deze pensioenen worden de krachtens de AWW genoten pensioenen voor weduwen en wezen op analoge wijze als bij de ouderdomspensioenen ingebouwd. Hiertegenover staat weer dat de AWW-premie door de overheid wordt betaald. Als het overlijden van de ambtenaar het rechtstreeks gevolg is van ziekten of gebreken (waaronder mede een ongeval wordt begrepen) die in overwegende mate hun oorzaak hadden in de aard van het opgedragen werk of in de bijzondere omstandigheden, waaronder deze moesten worden verricht, wordt aan de weduwe of

(130) De datum van inwerkingtreding van de nieuwe echtscheidingswet.

weduwenaar of aan de wezen door de dienst een toeslag op het pensioen toegekend ten bedrage van 12,5% van dit pensioen. Die toeslag eindigt met ingang van de maand, waarin de overledene de leeftijd van 65 jaar zou hebben bereikt dan wel — indien de weduwe of weduwenaar aan wie een pensioen werd toegekend, hertrouwt — met ingang van de maand volgende op die van het hertrouwen.

Voor werknemers in de particuliere sector geldt hier dezelfde slotopmerking als die onder 4.5.4.2.

4.5.5. Door de bevoegde organen van publiekrechtelijke lichamen zijn sedert 1 november 1979 regels vastgesteld voor de toekenning van een uitkering na ontslag wegens *vrijwillig vervroegd uittreden* uit het arbeidsproces van personen, die in de burgerlijke openbare dienst en bij het onderwijs werkzaam zijn. Het gaat daarbij om een uitkering over de periode tussen de beëindiging van de dienstverhouding en de pensionering op 65-jarige leeftijd. In het algemeen werden deze zogenaamde VUT-regelingen door de betrokken instanties zelf uitgevoerd. Met het ontwerp van Wet uitkering wegens vrijwillig vervroegd uittreden (17304) wordt beoogd een wettelijke grondslag te bieden voor de pcr 1 oktober 1981 bereikte centralisatie van de VUT-regeling bij het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds op basis van één uniforme regeling voor personeel dat ambtenaar is in de zin van de ABPW.

Voorwaarden voor de toekenning van een VUT-uitkering zijn, dat men op de datum van ontslag 62 jaar of ouder is en beschikt over een diensttijd van tenminste 10 jaren. De uitkering gaat in op de datum van het ontslag. Het bedrag van de uitkering is 80% van de laatstelijk genoten bezoldiging. Een verrekeningsbepaling beoogt te voorkomen dat de VUT-uitkering samenloopt met inkomsten uit in de VUT-periode ter hand genomen arbeid of bedrijf. Arbeidsvoorwaarden van financiële aard, zoals de ziektekostenregeling, de regeling met betrekking tot de premie AOW en AWW, opbouw van pensioenrechten, gelden ook voor de gewezen ambtenaar die een VUT-uitkering geniet. Het invaliditeitspensioen gaat voor op de VUT-uitkering, indien aan de toepassingsvoorwaarden voor beide voorzieningen wordt voldaan.

In het bedrijfsleven is de juridische grondslag voor een uitkering bij vrijwillig vervroegd uittreden te vinden in de betrokken cao. De uitvoering van de regeling is opgedragen aan een krachtens de

cao door organisaties van werkgevers en werknemers in het leven geroepen stichting. Aanspraken en verplichtingen van werknemers en werkgevers zijn geregeld in een complex van regelen, dat gevormd wordt door de cao, de statuten en de reglementen van de stichting. Hoewel de VUT-regeling voor het overheidspersoneel en de VUT-regelingen in het bedrijfsleven zeer veel overeenkomst vertonen, valt op dat bij een aantal VUT-regelingen in het bedrijfsleven de uitkering aan een maximum gebonden is: 80% (soms ook wel 85%) van (anderhalf maal) het loon waarover maximaal premie verschuldigd is voor de sociale verzekeringswetten. De middelen worden voor wat de regelingen in het bedrijfsleven betreft opgebracht door premieheffing ten laste van de werkgevers. Als bijdrage in de financiering van de VUT-regeling voor het overheidspersoneel zal het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds de beschikking krijgen over de middelen die het overheids- en onderwijspersoneel opbrengt ten behoeve van het vervroegd uittreden: de opbrengst van de 'aftopping' van de prijscompensatie en de korting op het trendvoorschot. Zou dit (geïndexeerde) bedrag tekort schieten, dan zal de ABPW-premie als aanvullende financieringsbron moeten worden aangewend.

4.5.6. Het risico van *werkloosheid*, dat voor werknemers in de Werkloosheidswet is verzekerd, is voor de ambtenaren op verschillende wijzen geregeld. De meest algemene regeling is die welke is neergelegd in het K.B. van 31 augustus 1959 (Stb. 1959, 319), ter uitvoering van art. 125 van de Ambtenarenwet 1929. Na eervol ontslag heeft een ambtenaar recht op een wachtgeld. De hoogte en de duur van dat wachtgeld zijn afhankelijk van de diensttijd en van de leeftijd. De minimumduur is drie maanden en de hoogte is gedurende de eerste drie maanden gelijk aan 100% van de laatstelijk genoten wedde. Daarna daalt de uitkering naar 90% (gedurende negen maanden), 80% (gedurende vier jaar), en 70%. Het wachtgeld eindigt altijd bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar. De minister van Binnenlandse Zaken is belast met de uitvoering van deze regeling.

Het K.B. van 27 augustus 1966 (Stb. 1966, 408) bevat een aan het zojuist besproken Besluit van 1959 verwante regeling voor personen die in burgerlijke rijksdienst werkzaam zijn als ambtenaar in vaste of tijdelijke dienst, maar om enigerlei reden geen aanspraak op wachtgeld aan het Besluit van 1959 kunnen ontlee-

nen, en voor personen die krachtens arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht in overheidsdienst werkten, maar niet verzekerd waren voor de Werkloosheidswet. Ook deze regeling wordt door Binnenlandse Zaken uitgevoerd.

Deze zogenaamde Uitkeringsregeling kent een korte en een lange uitkering. De korte uitkering geldt na een diensttijd van minder dan drie jaar; evenals de WW-uitkering duurt zij ten hoogste 130 dagen en bedraagt zij 80% van de bezoldiging. De lange uitkering geldt bij een dienstverband van drie jaar of langer. Zij duurt maximaal twee jaar; over twee maanden bedraagt zij de volle bezoldiging, vervolgens over twee maanden 90% daarvan, acht maanden 80% en daarna 75%.

Een derde Koninklijk Besluit (van 24 juni 1966, Stb. 1966, 286) houdt een regeling in tot toekenning van een uitkering wegens functioneel leeftijdsontslag. Uit de datum van dit Besluit kan al blijken dat het samenhangt met de invoering van de ABPW. Deze wet stelde de leeftijd waarop het ouderdomspensioen ingaat algemeen vast op 65 jaar. Daarmee kwam een einde aan de mogelijkheid om aan ambtenaren van de politie, van de brandweer en in andere slijtende functies een vervroegd ouderdomspensioen toe te kennen. Het hier genoemde Besluit regelt nu een uitkering voor deze personen, die gedurende vijf jaar tenminste 80% van de laatstelijk genoten wedde bedraagt en vervolgens 70% van de wedde tot het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Ook deze regeling wordt door Binnenlandse Zaken uitgevoerd.

Bovengenoemde uitkeringen tellen gedeeltelijk mee voor de berekening van toekomstig pensioen.

Na het verstrijken van de termijn waarvoor wachtgeld of uitkering is ontvangen, kan ook de ambtenaar een beroep doen op de WWV en de RWW.

4.5.7. De sociale zekerheid van ambtenaren is duidelijk aantrekkelijker dan de sociale zekerheid van werknemers. Bij arbeidsongeschiktheid door ziekte of gebrek van betrekkelijk korte duur en bij werkloosheid gelden voor ambtenaren betere voorzieningen dan voor werknemers. Voor deze voorzieningen geldt geen bijdrageverplichting voor de ambtenaar. Daar komt nog bij, dat het werkloosheidsrisico voor een ambtenaar feitelijk geringer is. Ook bij langdurige arbeidsongeschiktheid, bij ouderdom en overlijden zijn de ambtelijke pensioenen, waarvoor wel een premie verschul-

digd is, beter dan die welke gelden voor werknemers in het particuliere bedrijfsleven (131). Bij deze opmerkingen past evenwel voorzichtigheid, omdat voor bedrijfstakken of onderdelen daarvan of per arbeidsorganisatie allerlei de sociale verzekeringswetgeving aanvullende voorzieningen kunnen zijn getroffen, die kwalitatief en kwantitatief de ambtelijke voorzieningen kunnen evenaren (132).

Men kan de vraag stellen of het, gelet op de aard van de moderne verzorgingsstaat, nog wel te rechtvaardigen valt, dat werkzaamheid in de openbare dienst een royale sociale zekerheid oplevert, dan werkzaamheid in het particuliere bedrijfsleven — hetzij als zelfstandig ondernemer, hetzij als werknemer — of in een gezinshuishouding. Een overtuigend argument voor een bevestigend antwoord lijkt daarvoor moeilijk te vinden. In een verzorgingsstaat kan te dezer zake de voorbeeldfunctie van de overheid naar mijn oordeel niet als argument gehanteerd worden (133). Dit betekent niet dat de ambtenaar de maat voor de werknemer of de werknemer de maat voor de ambtenaar behoort te vormen.

4.6. Medezeggenschap

4.6.1. In organisaties waarin in overwegende mate krachtens een aanstelling arbeid wordt verricht en dus niet krachtens een arbeidsovereenkomst, is de Wet op de ondernemingsraden niet van toepassing (vgl. art. 1, lid 1, sub d, 2° WOR). Er is echter ook binnen de overheidsdiensten, instellingen en bedrijven, al geruime tijd een democratiseringsproces gaande, dat in institutionele vormen als

(131) Ook wanneer de ABPW-aanspraken van ambtenaren overeenkomstig de voorstellen van de Studiecommissie pensioenvoorzieningen ambtenaren en met hen gelijkgestelden (Commissie-Bosman, die in augustus 1980 heeft gerapporteerd) zouden worden gerealiseerd, blijven de ambtelijke voorzieningen aanzienlijk beter. De belangrijkste aanbeveling van de Studiecommissie is de inbouw van het AOW-pensioen in het overheidspensioen voor 100% (en niet voor 80%) bij volledige diensttijd. Zouden de voorstellen van de Pensioencommissie van de Stichting van de Arbeid voor werknemers gerealiseerd worden, ook dan is het ambtelijk stelsel aantrekkelijker.

(132) Zie: P.J. Besseling en H.M.J. Scheepers, Een vergelijkend onderzoek van 45 pensioenregelingen in Nederland, Staatsuitgeverij, Den Haag, 1981.

(133) Anders o.a. A.M.J.C. Aarts, De rechtspositie van de ambtenaar en de sociale zekerheid, *ARKA-weekblad* 25 augustus 1977.

dienst- en medezeggenschapscommissies en ook wel in werkoverleg gestalte krijgt of heeft gekregen.

Dienst- en medezeggenschapscommissies bij de overheid zijn overlegfiguren die al vóór de Tweede Wereldoorlog zijn ontstaan, maar daarna tot ontplooiing zijn gekomen. Oorspronkelijk waren zij vooral gedacht als organen voor belangenbehartiging op dienst- en afdelingsniveau ter aanvulling van het georganiseerd overleg met het bevoegd gezag inzake de rechtspositie van het overheidspersoneel en het te voeren personeelsbeleid. Deze gedachte komt ook tot uitdrukking in de regeling van dienstcommissies in hoofdstuk XI van het ARAR: het georganiseerd overleg in drie trappen, t.w. het Centraal Georganiseerd Overleg, de Bijzondere Commissies van Overleg en de Dienstcommissies.

4.6.2. Voor de rijkdienst zijn de dienstcommissies geregeld in par. 3 van hoofdstuk XI van het ARAR. Art. 123 ARAR bepaalt dat de minister nadat hierover overleg is gepleegd met de betrokken Bijzondere Commissie of bij gebreke daarvan met de Centrale Commissie voor Georganiseerd Overleg in Ambtenarenzaken tot instelling van een dienstcommissie kán overgaan, indien tenminste 30% van de ambtenaren georganiseerd is bij één van de centrales, die deel uitmaken van de Centrale Commissie voor Georganiseerd Overleg in Ambtenarenzaken of een daarbij aangesloten vereniging. Er is dus geen verplichting tot het instellen van een dienstcommissie.

De leden van de dienstcommissie worden aangewezen door de centrale organisaties die deel uitmaken van de Centrale Commissie voor Georganiseerd Overleg in Ambtenarenzaken. Is binnen een centrale organisatie minder dan 3% van de ambtenaren georganiseerd voor wie de dienstcommissie is ingesteld, dan vervalt dat recht van aanwijzing. Het aantal leden en plaatsvervangende leden wordt vastgesteld in overleg met de Bijzondere resp. de Centrale Commissie voor Georganiseerd Overleg. Art. 124 ARAR bepaalt dat de dienstcommissie zoveel mogelijk representatief is samengesteld voor de ambtenaren die zij vertegenwoordigt en voor de daaronder aanwezige categorieën, een zekere afspiegeling dus van het betrokken deel van het ambtenarencorps.

Bepalingen over het overleg in de dienstcommissie ontbreken. Wel bepaalt het ARAR dat het overleg met de dienstcommissie gevoerd wordt door een daartoe aangewezen ambtenaar, meestal het hoofd

van de betrokken dienst, die als voorzitter van het overleg optreedt. Er zijn enkele bepalingen opgenomen over het secretariaat, vergaderfrequentie, de verslaglegging e.d.

Ook binnen het raam van het georganiseerd overleg met de provinciale besturen en de gemeentebesturen is de medezeggenschap van en het werkoverleg met de ambtenaren onderwerp van gesprek geweest. Door het Centraal Orgaan is een modelreglement opgesteld voor medezeggenschapscommissies voor ambtenaren van de gemeentesecretarie, gemeentelijke diensten, bedrijven en instellingen. In de meeste grotere gemeenten, met meer dan 40 000 inwoners, is het model overgenomen. Ook voor de provinciale griffies, diensten, bedrijven en instellingen zijn reglementen vastgesteld voor dienst- of medezeggenschapscommissies.

In het algemeen bestaat er geen verplichting voor de colleges van Burgemeester en Wethouders en van Gedeputeerde Staten tot instelling van dienst- of medezeggenschapscommissies. Die verplichting bestaat echter soms wel indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan: een bepaald minimum aantal ambtenaren in de betrokken tak van overheidsdienst en een verzoek van de betrokken ambtenarenorganisaties. In het algemeen gesproken is de invloed van de vakorganisaties op de samenstelling van de dienst- of medezeggenschapscommissies vrij groot. Als voorzitter van het overleg met een commissie treedt op het hoofd van de betrokken tak van dienst. Het secretariaat wordt meestal vervuld door een daarvoor door het bevoegd gezag aangewezen ambtenaar bij de tak van dienst (134). De dienst- en medezeggenschapscommissies kennen tamelijk algemeen geformuleerde bevoegdheden. Er moet met de commissies overleg gepleegd worden over onderwerpen, die in algemene zin van belang zijn voor de uitvoering van beslissingen over aangelegenheden betreffende de bijzondere rechtstoestand van de ambtenaren, werkzaam bij de eenheid waarvoor een commissie is ingesteld. Ook moet overleg gevoerd worden met de commissies over onderwerpen, die de technische of economische dienstuitvoering van de betrokken eenheid betreffen. Tenslotte komen in het overleg met de commissies aan de orde de wijze waarop en de omstandigheden waaronder gewerkt wordt of zou moeten

(134) Zie C.L. Menting en J.H. Weggemans, Gemeentelijk Personeelsbeleid, een vergelijkend onderzoek naar autonomie en coördinatie, T.H. Twente/Binnenlandse Zaken, 1981.

worden. Wel geldt met betrekking tot de bevoegdheden telkens het voorbehoud, dat de behandeling van de betrokken onderwerpen niet is voorbehouden aan het overleg met de Centrale Commissie, Bijzondere Commissies of Commissies van Georganiseerd Overleg op provinciaal en gemeentelijk niveau.

Het overleg met de commissies heeft vooral ten doel de bevordering van een goede verstandhouding tussen leiding en personeel, het goed functioneren van de betrokken eenheid. In dat verband kunnen bijvoorbeeld aan de orde komen: de aanschaf van materiële voorzieningen, van apparatuur, de inrichting van de eenheid, de organisatie van de eenheid, beleidsvoornemens, de ontwerpbegroting, inkrimping, uitbreiding of wijziging van de dienst, beoordelingssystemen, vakantieregelingen, de toepassing van rechtspositionele voorschriften etc.

De dienstcommissie in de Rijksdienst deelt haar standpunt schriftelijk aan de voorzitter van het overleg mede. Indien de beslissing uiteindelijk afwijkt van het standpunt van de meerderheid van de commissie, brengt de voorzitter van de overlegvergadering de redenen van de afwijking ter kennis van de commissie. In het ARAR zijn bepalingen opgenomen die een goede communicatie van de dienstcommissie naar de Centrale Commissie en de Bijzondere Commissies voor Georganiseerd Overleg moeten waarborgen. De besluitvorming in het overleg met gemeentelijke en provinciale dienst- en medezeggenschapscommissies is iets anders gestructureerd, doch de beslissing over zaken die in de commissies aan de orde zijn geweest, ligt uiteindelijk bij het bevoegd gezag, B en W of GS, zelfs indien de voorzitter van het overleg en de commissie het eens zijn. Van een medebeslissingsrecht van het overheidspersoneel met betrekking tot besluiten van de overheid is geen sprake. De aard van het overleg in de dienst- en medezeggenschapscommissies is adviserend aan het hoofd van een tak van dienst en aan het politiek verantwoordelijke bestuur.

4.6.3. Rood heeft in zijn oratie in antwoord op het waarom van medezeggenschap drie conclusies getrokken (135):

(135) M.G. Rood, *Bedrijfsdemocratie: vlag of lading?* Kluwer, Deventer, 1979, blz. 9; Vgl. ook Y.N. van der Veen en H.J. van Zuthem, *Ambtenaar en medezeggenschap*, Geschriften Vereniging Bestuurskunde, Congrespublicatie 1977, Samsom, Alphen aan den Rijn, 1978, blz. 38-50.

- medezeggenschap van werknemers is een eis van democratie en dient de behartiging van hun belangen bij de onderneming;
- democratisering van de onderneming staat in een zekere spanningsverhouding met de voor haar vereiste snelheid en slagvaardigheid in het nemen van besluiten;
- medezeggenschap betekent een verschuiving van de macht in, en daarmee een verandering van de doelstellingen van de onderneming.

Onder medezeggenschap verstaat Rood in het voetspoor van Slagter: meeweten, meespreken, meebeslissen.

Het is stellig zo, dat ook binnen het apparaat van de overheid groepen van personeel het recht opeisen hun eigen arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden (in ruime zin genomen) te mogen (mee)bepalen en hun belangen te behartigen op hun eigen niveau van afdeling, dienst, instelling of bedrijf. De medezeggenschap in het bedrijfsleven heeft een progressieve ontwikkeling doorgemaakt. In de laatste 35 jaar zijn medezeggenschapsrechten van werknemers en hun organisaties qua aantal én qua belang toegenomen: in de WOR, in Boek 2 B.W. (bepalingen inzake de structuur van de grote b.v. en n.v., inzake het enquêterecht en de jaarrekening), in de Wet Melding Collectief Ontslag, in de SER-fusiegedragsregels en in cao's. Waar een uiteindelijke grens van die ontwikkeling ligt binnen de ontwikkeling van het systeem van de particuliere ondernemingsgewijze productie valt niet a priori met stelligheid te zeggen (een interdepartementale werkgroep heeft onlangs de mogelijkheden en beperkingen van het werknemerszelfbestuur onderzocht).

De vraag rijst, of zo'n progressieve ontwikkeling met een open eindterm ook voor de medezeggenschap van het overheidspersoneel valt te verwachten.

4.6.4. De bezwaren tegen de huidige dienst- en medezeggenschapscommissies zijn:

- dat zij geen aan de WOR gelijkwaardig gehalte aan medezeggenschap bieden;
- dat zij onvoldoende het personeel vertegenwoordigen, door de invloed van de ambtenarenorganisaties op de samenstelling;

- dat zij geen reële invloed uitoefenen (136);
- dat zij niet verplicht zijn gesteld.

In het Centraal Georganiseerd Overleg is met het oog op deze bezwaren een nieuwe regeling van de dienstcommissies in bespreking. Bij deze nieuwe regels over de instelling en samenstelling van de dienstcommissies, over hun bevoegdheden en over de faciliteiten en de rechtspositie van de leden van de commissies heeft de WOR als het ware model gestaan.

Elk lid van het overheidspersoneel moet volgens de nieuwe regeling in beginsel in staat zijn door middel van vertegenwoordigers in de dienstcommissie invloed uit te oefenen op het besluitvormingsproces. De omvang van de diensteenheid waarvoor de commissie moet worden ingesteld hangt af van de concrete situatie. Daarbij zullen de omvang van de bevoegdheden van de leiding van een eenheid en de opvattingen van de commissies van georganiseerd overleg veel gewicht in de schaal leggen.

De leden van de commissie zullen, zoals o.a. in de gemeenten Enschede en Rotterdam al praktijk is, op basis van actief en passief kiesrecht van het personeel gekozen worden op overeenkomstige wijze dus als met de leden van de o.r. het geval is. De commissies worden dientengevolge meer personeelsvertegenwoordigingen dan vakbondsvertegenwoordigingen.

In de voorgestelde regeling wordt de medezeggenschap van het overheidspersoneel in het aspect van meeweten belangrijk verbeterd. Ook in het aspect van meespreken worden ten opzichte van de huidige regeling belangrijke verbeteringen aangebracht: er kan over allerlei zaken van gedachten gewisseld worden waarover de commissie of het hoofd van de diensteenheid overleg wenselijk acht. Het hoofd van de diensteenheid moet onder meer advies vragen aan de commissie over maatregelen m.b.t. de toepassing van de arbeids- en dienstvoorwaarden en de uitvoering van het algemene personeelsbeleid bij de diensteenheid, de arbeidsomstan-

(136) Soms blijkt uit incidenten dat de invloed van medezeggenschapscommissies niet te verwaarlozen is, zoals in de gemeente Den Haag waar rond de jaarwisseling 1981/1982 de commissie met succes tegen de wens van B en W tot benoeming van een gemeentesecretaris is ingegaan: medio december 1981 stelden B en W een kandidaat voor; medio januari 1982 verscheen de advertentie voor de vacature van gemeentesecretaris.

digheden in de diensteenheid, de organisatie en werkwijze binnen de diensteenheid, de technische en economische dienstuitvoering bij de diensteenheid. Voorts is o.a. voorzien in de participatie van de commissie bij de benoeming van nieuwe functionarissen. De nieuwe regeling geeft de procedure aan voor de uiteindelijke besluitvorming zowel voor het geval het hoofd van de diensteenheid bevoegd is maatregelen te treffen als voor het geval terzake van maatregelen door een ander gezag zal moeten worden beslist. De relaties tussen de commissies, het hoofd van de diensteenheid, het hogere bevoegde gezag, de Bijzondere Commissies en de Centrale Commissie voor Georganiseerd Overleg in Ambtenarenzaken zijn in het ontwerp duidelijk gestructureerd.

In de voorgestelde regeling gelden als uitgangspunten dat het overleg tussen de commissie en het hoofd van de diensteenheid zoveel mogelijk op overeenstemming is gericht en dat het advies van de commissie van zwaarwegende betekenis is, ook indien met het hoofd van de diensteenheid resp. een hoger gezag geen overeenstemming kan worden bereikt. In beginsel is de bevoegdheid van de dienstcommissie van adviserende aard. Ligt echter een voorgenomen maatregel binnen de bevoegdheid van het hoofd van de diensteenheid, dan is overeenstemming met de dienstcommissie vereist alvorens de maatregel kan worden uitgevoerd. Bij verschil van mening tussen de dienstcommissie en het hoofd van de diensteenheid beslist een hogere instantie, in de rijksdienst de minister, gehoord een paritair samengesteld college van advies. Ligt de kwestie waarover de commissie heeft geadviseerd buiten de bevoegdheid van het hoofd van de diensteenheid, dan is er voor een beroep op een hogere instantie geen ruimte: het hoofd van de diensteenheid fungeert dan meer als een intermediair tussen bevoegd gezag en commissie.

Duidelijk is dat in de nieuwe opzet het 'instemmingsrecht' van de dienstcommissie bepaald wordt door de competentie van het hoofd van de diensteenheid. De centrale overheid sluit op langere termijn een 'hechter' instemmingsrecht van de dienstcommissie niet uit. Bij de gemeente Amsterdam bestaan thans reeds medezeggenschapscommissies waaraan een instemmingsrecht toekomt ten aanzien van bepaalde aangelegenheden, indien en voorzover deze liggen binnen de bevoegdheid van het betrokken hoofd van een diensteenheid.

4.6.5. Binnen het gegeven staatsrechtelijk stelsel zal de medezeggenschap van het overheidspersoneel daar haar grenzen vinden waar het beleid van het bevoegd gezag bepaald wordt door democratisch genomen beslissingen door de burgers vertegenwoordigende lichamen. In het raam van dit gegeven zal de medezeggenschap van het overheidspersoneel niet kunnen bewerkstelligen, dat besluiten van het hoogst bevoegde gezag terzijde gesteld moeten worden. De vrijheid van een minister, van een college van B en W en van een college van GS jegens het overheidspersoneel is in dat verband anders gestructureerd dan de vrijheid van de ondernemer/werkgever jegens zijn werknemers.

Wil de medezeggenschap van ambtenaren aan realiteitswaarde winnen, dan is een zekere behoedzaamheid geboden bij de beleids- en besluitvorming van de organen van de parlementaire democratie. Dat betekent m.i. dat ook ruimte gezocht kan worden voor medebeslissingsrechten van de dienst- en medezeggenschapscommissies. Door sommige organisaties van overheidspersoneel is een medebeslissingsrecht voor de (met een ondernemingsraad of Arbo-commissie vergelijkbare) medezeggenschapsorganen bij de overheid opgeëist voor die onderwerpen met betrekking waartoe krachtens de Arbeidsomstandighedenwet een instemmingsrecht van ondernemingsraad of Arbo-commissie geldt. De overheid is in de Arbeidsomstandighedenwet als werkgeefster aangemerkt. De wet biedt de mogelijkheid ten aanzien van de arbeid in openbare dienst bij of krachtens AMvB afwijkende of aanvullende regels te stellen. De bonden hebben hier met name aangedrongen op 'gelijke rechtsbedeling' (137).

Thans bestaat er op het punt van de structuur van het overleg een achterstand bij de overheid: de dienst- en medezeggenschapscommissies hebben een minder zelfstandige positie ten opzichte van de voorzitter, terwijl de voorzitter van het overleg niet steeds afkomstig is uit het niveau in de overheidsorganisatie waarop de besluitvorming uiteindelijk plaatsvindt. Ook voor de toekomst is voor deze structuurverschillen in het algemeen geen verandering voorzien. Toch lijkt het aangewezen ook voor de overheid te denken aan groeps- en centrale dienst- of medezeggenschapscommissies, zodat tegenover elk besluitvormingsniveau een het personeel vertegenwoordigend orgaan als gesprekspartner geldt.

(137) Zie bijvoorbeeld de CFO-krant van 4 november 1981, blz. 3.

Medezeggenschapsorganen zullen als zodanig minder dan thans het geval is 'vakbondslichamen' moeten zijn. In dat opzicht is het ontwerp-K.B. een stap in de goede richting. Dit laatste geldt ook voor de uitbreiding en precisering van de bevoegdheden van de dienstcommissie in het ontwerp-K.B. Opvallend is, dat voorzien is in zwakke instemmingsrechten, terwijl nauwelijks regels zijn ontwikkeld waarmee de naleving van de bepalingen over de bevoegdheden kan worden afgedwongen. Uiteraard heeft de uitbouw van de medezeggenschap in het overheidsapparaat niet alleen gevolgen voor de organen van de parlementaire democratie. De uitbouw zal ook gevolgen hebben voor de overleg- en onderhandelingsstructuur elders; een zekere machtsverschuiving ten koste van de ambtenarenorganisaties zal het gevolg zijn. De thans bestaande hiërarchische verhouding tussen het georganiseerd overleg en de dienst- en medezeggenschapscommissies zal opnieuw moeten worden doordacht en bepaald.

4.7. Disciplinaire straffen en ereregels

4.7.1. Een werkgever dient zijn gezag kracht bij te kunnen zetten tot handhaving van de noodzakelijke orde in de onderneming, tot verzekering van de nakoming van wettelijke voorschriften, van bepalingen van de (collectieve) arbeidsovereenkomst of een reglement. Hij kan daartoe gebruik maken van disciplinaire maatregelen. Deze maatregelen zijn een uitvloeisel van de gezagsverhouding. De werknemer is verplicht zich te houden aan de voorschriften 'omtrent het verrichten van de arbeid alsmede aan die welke strekken ter bevordering van de goede orde in de onderneming van de werkgever, hem door of namens de werkgever binnen de perken van de wet of verordening, van overeenkomst of reglement gegeven', aldus art. 1639b B.W. Voorts bepaalt art. 1639d B.W., dat de werknemer in het algemeen verplicht is al datgene te doen en na te laten, wat een goed werknemer in gelijke omstandigheden behoort te doen en na te laten (138). De Nederlandse wetgeving regelt alleen de boete als disciplinaire maatregel in art. 1637u B.W. Maar behalve de boete zijn andere disciplinaire maatregelen denkbaar: de berisping, de schorsing, de intrekking van bepaalde facili-

(138) Vgl. M. Brink, in: Zakboek Arbeidsrecht (redactie M.G. Rood en E.P. de Jong), BIII-6.

teiten of emolumenten, overplaatsing, beperking van bevoegdheden etc. Ook aan een ontslag kan een disciplinair karakter toekomen. Disciplinaire maatregelen van een werkgever jegens een werknemer zullen niet in strijd mogen zijn met wettelijke bepalingen, met de individuele en de collectieve arbeidsovereenkomst, met een eventueel reglement of met datgene wat van de werkgever in redelijkheid mag worden verwacht (vergelijk art. 1638z B.W.). In sommige gevallen zal het reglement en vaker zal de cao bepalen in welke gevallen, welke disciplinaire maatregelen getroffen kunnen worden en welke procedure daarbij dient te worden gevolgd.

Art. 125, eerste lid, onder i, jo. het tweede lid AW schrijft voor dat het bevoegd gezag voorschriften vaststelt betreffende disciplinaire straffen. Anders dan in het civiele recht bestaat er op dit punt geen vrijheid voor de overheid als werkgeefster. Met de opneming van disciplinaire straffen in de ambtenarenreglementen is bedoeld te verzekeren, dat de ambtenaar vanuit zijn plaats in de openbare dienst de hem opgedragen taak vervult overeenkomstig de geldende regels en normen, enerzijds met het oog op een goede plichtsbetrachting, anderzijds in verband met de wenselijkheid, dat de burger voldoende vertrouwen zal stellen in het optreden van de overheid. Het systeem, dat de meeste ambtenarenreglementen met betrekking tot disciplinaire straffen volgen, ziet er als volgt uit. Begonnen wordt met een bepaling omtrent de materiële grondslag voor het disciplinaire optreden: plichtsverzuim van de ambtenaar. Dan volgt een limitatieve opsomming van de disciplinaire straffen die voorwaardelijk én onvoorwaardelijk kunnen worden opgelegd. Hierna volgen procedurele voorschriften: het horen van de betrokken ambtenaar. Tenslotte volgen bepalingen over de kennisgeving van het strafbesluit en de tenuitvoerlegging ervan (139).

Over de ratio van art. 125, eerste lid, onder i AW is vrijwel niets bekend. Wel heeft deze bepaling ertoe geleid, dat er voor de ambtenaar, mede in verband met het evenredigheids criterium in art. 58, eerste lid AW een grotere rechtszekerheid is geschapen, dan globaal gesproken voor de werknemer in het particuliere bedrijfsleven is bereikt.

4.7.2. De grondslag voor disciplinaire strafoplegging is plichtsver-

(139) Zie: Het Burgerlijk Ambtenarenrecht, VUGA, Den Haag, IV-D-7.

zuim. In de ambtenarenreglementen omvat plichtsverzuim zowel het overtreden van enig voorschrift en het niet nakomen van een opgelegde verplichting als het doen of nalaten van iets, dat een ambtenaar bij een goede uitoefening van zijn functie of ambt behoort na te laten of te doen (zie bijv. art. 80 ARAR). Daartoe behoren ook misdragingen buiten de dienst (140) en het begaan van een strafbaar feit. Als disciplinaire straffen noemt art. 81 ARAR o.m.: schriftelijke berisping, buitengewone dienst zonder of tegen een lagere beloning (voor ten hoogste 6 uur en maximaal 3 uur per dag), beperking van vakantie-aanspraken (maximaal tot 1/3 van het aantal vakantiedagen), geldboete (van f 1 tot f 50), gehele of gedeeltelijke inhouding van de bezoldiging (tot ten hoogste één maandsalaris), terugzetting in bezoldiging (tot ten hoogste twee periodieke verhogingen), stopzetting van periodieke verhogingen (voor hoogstens vier jaar), verplaatsing, uitsluiting van verhoging in rang (voor hoogstens vier jaar), terugzetting in rang, schorsing voor een bepaalde tijd al dan niet met behoud van salaris en tenslotte ontslag.

Is de rechtszekerheid voor de ambtenaar met betrekking tot disciplinaire straffen groot, is de rechtsbescherming gegarandeerd, duidelijk is ook dat vele van de genoemde straffen aan een werknemer slechts zouden kunnen worden opgelegd krachtens een uitdrukkelijk beding in de individuele of collectieve arbeidsovereenkomst. De vergaande beperking in vakantierechten is gelet op de wettelijke bepalingen in artikel 1638bb e.v. B.W. trouwens in civilibus uitgesloten. Aan de schorsing zijn door de burgerlijke rechter enge grenzen gesteld, in het bijzonder wanneer een specifiek contractueel schorsingsbeding ontbreekt (141).

4.7.3. Ziet men disciplinaire straffen in het ambtenarenrecht als een middel van interne gezagshandhaving voor het bevoegd gezag, dan is er geen wezenlijk onderscheid met de gezagshandhaving door een werkgever jegens een werknemer in de particuliere sector. In zoverre het disciplinaire stelsel in de ambtenarenreglementen een tuchtrechtelijk karakter heeft ter handhaving van de status van het ambtenaarschap van de beroepsgenoten in het belang van het publiek, in zoverre zou het disciplinaire ambtenarenrecht kun-

{140} Zie hierover ook de in noot 36 genoemde publicaties.

{141} Zie: Arbeidsovereenkomst, losbl., art. 1638z, aant. 3, 4 en 5.

nen afwijken van disciplinaire regels ten aanzien van werknemers. Overigens wil ik hiermee niet uitsluiten, dat ook het treffen van een disciplinaire maatregel door een werkgever jegens zijn werknemer een externe betekenis toekomt. Met Langemeijer ben ik van mening, dat voor tuchtrechtelijke repressie in aanmerking komen die tekortkomingen die getuigen van een tekort in eigenschappen die een beoefenaar van het beroep in meer dan gemiddelde mate dient te bezitten, zonder dat een tekortschieten noodzakelijk wijst op wat in iedereen een zedelijk tekort of althans een onmaatschappelijke gezindheid zou betekenen (142). Voor een repressie van dergelijke tekortkomingen zal – gelet ook op het aandeel van het ambtenarencorps in de totale beroepsbevolking – in het algemeen slechts bij een beperkte groep van ambtenaren aanleiding bestaan. Op zichzelf vormt dit gegeven geen zelfstandig element in de beantwoording van de vraag of er een verschil dient te bestaan tussen de ambtelijke rechtspositie en de rechtspositie van civielrechtelijke werknemers, dan wel van de vraag of er aanleiding bestaat het verschil te handhaven. Overigens merk ik met betrekking tot de laatste vraag nog op, dat de arbeidsovereenkomst en het bestaan en de werking van tuchtrecht(spraak) zeer wel verenigbaar zijn. In dit verband moge ik volstaan met een verwijzing naar het tuchtrecht voor journalisten, voetballers, advocaten en medici in dienstbetrekking (143).

4.7.4. Waar in het recht geobjectiveerde verplichtingen met betrekking tot af te keuren, afgekeurd en afkeurenswaardig gedrag ontbreken, wordt meestal een beroep gedaan op de ambts-, ambtelijke of beroepsethiek. De hierboven onder 1.6 in termen van normen weergegeven kenmerken van de ambtelijke status vormen de aanknopingspunten voor het antwoord op de vraag of bij gebreke van in het geschreven recht geobjectiveerde verplichtingen van de ambtenaar toch van plichtsverzuim gesproken kan worden. Dat voor ambtenaren de wijsgerige vraag naar de veronderstellingen die aan een oordeel over goed en kwaad ten grondslag liggen, een bijzondere beantwoording behoeft, is zo volstrekt onwaar-

(142) G.E. Langemeijer, *Tuchtrechtspraak*, in: *Tuchtrecht*, Boekenreeks *N.J.B.* 2, Tjeenk Willink, Zwolle, 1975, biz. 7.

(143) Zie hierover het in noot 141 genoemde boekje. In de NRC van 16 januari 1982 schreef H.J. Hofstra over 'Ethiek in het bedrijfsleven'.

schijnlijk, dat het m.i. verstandig is niet over ambtelijke ethiek te spreken. Wat in de literatuur met ambtelijke ethiek wordt aangeduid zijn niet meer en niet minder dan (vermeend bijzondere) ereregels die ambtenaren in acht behoren te nemen. Men pleegt dan niet te bedoelen de geschreven regels omtrent het gedrag van ambtenaren, zoals die vastliggen in het materiële ambtenarenrecht en de speciale strafrechtelijke bepalingen ten aanzien van ambtenaren. Zouden alle ambtsplichten volledig en ondubbelzinnig vastliggen, dan zou niet meer over ambtelijke ethiek of ereregels gesproken worden. Duk heeft aan de ereregels voor ambtenaren twee criteria gesteld:

1. Zij strekken tot afkeuring van gedrag dat schadelijk is, hetzij voor het belang van de behoorlijke vervulling van functies in openbare dienst, hetzij voor het publieke vertrouwen in hen die zo'n functie vervullen.
2. De naleving wordt, in de kring dergenen die tot oordelen bevoegd zijn, (vrijwel) algemeen niet slechts als wenselijk beschouwd, maar ook als verplicht (144).

Dat de ambtenaar ongeschreven regels in acht moet nemen bij zijn doen en laten, blijkt uit algemene bepalingen in de ambtenarenreglementen: de ambtenaar is gehouden de plichten uit zijn ambt voortvloeiend, nauwgezet en ijverig te vervullen en zich te gedragen zoals een goed ambtenaar in gelijke omstandigheden zich behoort te gedragen.

Er is in het verleden wel gesteld, dat het ambtenaar-zijn bijzondere eisen zou stellen met betrekking tot loyaliteit, toewijding en trouw aan de overheid, met betrekking tot het vermogen geheimen te bewaren, onkreukbaarheid en onafhankelijkheid jegens derden, met betrekking tot het respect voor rechten en belangen van individuen, groepen in de gemeenschap, met betrekking tot flexibiliteit, ontvankelijkheid voor democratische procedures, terughoudendheid in politieke controversen, met betrekking tot nauwkeurigheid en dienstbaarheid e.d. Slaat men de jurisprudentie van de CRvB na, waarin juist ongeschreven regels als bedoeld in art. 80 ARAR aan de orde zijn, dan zijn het niet de zojuist opgesomde eisen die daarin van doorslaggevende betekenis zijn geweest. Deze

(144) W. Duk, Ambtenaar en ethiek, in: Spanningsvelden rondom de ambtenaar, Geschriften Vereniging Bestuurskunde, Congrespublicatie 1977, Samson, Alpen aan den Rijn, 1978, blz. 124-131.

jurisprudentie betreft in het algemeen gedragingen van ambtenaren, die ook voor werknemers soms wel tot enige reactie van de zijde van de werkgever zouden hebben kunnen leiden: ontrouw van een ambtenaar jegens zijn echtgenote, het hebben van een aanzienlijke schuldenlast, slordigheid, slapen tijdens het werk, het aanvaarden van steekpenningen, af luisteren van gesprekken, onjuiste kleding, de opspraak als gevolg van een losbandig huwelijksleven (145).

Hiermee wil niet gezegd zijn, dat de aangeduide normen geen invloed zouden hebben op dat ambtelijk gedrag. Zij lijken echter niet voorbehouden aan de groep van ambtenaren. Hoogstens zou men m.i. kunnen verdedigen dat zij bijzondere eisen stellen aan bepaalde groepen van het overheidspersoneel zoals leger, politie, hoge beleidsambtenaren, welke functies bekleden die nauw verbonden zijn met de uitoefening van klassieke, primaire overheids-taken. Waar het specifieke van het overheidsoptreden macht is, werkt de ethiek van de macht door in de ethiek van de ambtenaar. Mijn conclusie is dan ook dat de ambtelijke status, de bijzondere ambtelijke rechtspositie niet van betekenis is voor het bestaan van ereregels of een ambtelijke ethiek. Ook zonder het statusbeginsel zal men ereregels in het gedrag van ambtenaren ontwaren. Ook in een contractuele opzet van de ambtelijke rechtspositie zal de ethiek van de macht doorwerken in de ethiek van bepaalde groepen van het overheidspersoneel.

5. SLOTBESCHOUWING

5.1. Toen in 1897 Fokker en Krabbe als preadviseurs van de N.J.V. voor de vraag gesteld werden: 'Welke is de aard van de rechtsverhouding van den Staat tot zijn ambtenaren: moet zij wettelijk worden geregeld, en zo ja, hoe in hoofdzaak?' kon van arbeidsrecht en ambtenarenrecht als delen van het recht en de rechtswetenschap nog niet gesproken worden. Dat is thans anders. Maar wat belangrijker is, de aan Fokker en Krabbe gestelde vraag is in de loop der jaren praktisch beantwoord. Anno 1982 zijn de verschillen van inzicht over het antwoord op die vraag naar geldend recht niet veel meer dan kwesties van nuancering, die voor de concrete toepassing van het ambtenarenrecht in het algemeen geen

(145) Zie noot 36.

directe betekenis hebben. In de loop van de twintigste eeuw hebben het ambtenarenrecht en het arbeidsrecht ieder hun eigen ontwikkeling doorgemaakt.

De formele grondslagen van het ambtenarenrecht en een aantal materiële onderdelen ervan stonden al vast voordat het arbeidsrecht tot ontwikkeling kwam. Dat verklaart ten dele de gescheiden ontwikkeling van beide rechtsgebieden.

De gedachte van de onderhoudsrente, ook wel het alimentatieprincipe genoemd, door de overheid naar de ambtenaren toe uitgewerkt, was aanvaard voordat in het rechtsstelsel de regeling van de arbeidsovereenkomst en de sociale zekerheid waren geïntroduceerd.

Die gedachte werd theoretisch ondersteund door vrij algemeen aanvaarde opvattingen over de aard en de taak van de overheid. Aanvankelijk bestond het overheidsoptreden in de eerste plaats in de handhaving van de openbare orde en veiligheid en voorts in het behartigen van taken terzake van de waterstaat, het onderwijs, de volkshuisvesting, het vervoer en de energievoorziening. Sedert het begin van deze eeuw zijn de taken van de overheid op grond van sociale, economische en ruimtelijke wetgeving voortdurend toegenomen. Door middel van wetgeving, subsidiëring en steunverlening heeft de overheid zich allerlei belangen en waarden aangetrokken, waaruit evenzovele overheidstaken voortvloeien. Ook door middel van een zelfstandig actief optreden neemt de overheid allerlei taken waar, die van onmiskenbaar grote betekenis zijn voor de samenleving: infra-structurele werken, participatie in bedrijfstakken en ondernemingen, bouw, financiering en exploitatie van onderwijsinstellingen, ziekenhuizen, waterzuiveringsinstallaties, energiecentrales, etc. etc.

Zolang de overheidstaak, zoals in de vorige eeuw, een specifiek karakter droeg in de zin van het uitvoeren van wetten en het handhaven van openbare orde en veiligheid, lag het eigen karakter van het ambtenarenrecht voor de hand. Ambtenaren verrichtten immers specifieke werkzaamheden, vanuit een specifieke opdracht en met een specifiek doel, onder omstandigheden die in het bedrijfs- en beroepsleven vrijwel niet voorkwamen. Ambtenaar en overheid als organisatie van ambten waren te identificeren. Deze identificatie verklaart voor een ander deel de eigen ontwikkeling van het ambtenarenrecht. Naarmate het accent in het overheids-optreden meer kwam te liggen op het technisch-wetenschappelijk

besturen van de samenleving, de overheidstaken in aantal en omvang toenamen en de aanvaardbaarheid van dwingende criteria voor de omvang van de overheidstaak afnam, terwijl voorts de betekenis van het arbeidsrecht en het sociaal zekerheidsrecht in de samenleving groeide, werden de grondslagen voor de identiteit van een bijzonder ambtenarenrecht twijfelachtiger (146).

5.2. Het algemene belang als doelstelling van het overheidsbeleid is niet meer onderscheidend voor de werkzaamheden van de ambtenaar. Met de huidige ruime omvang van het takenpakket van de overheid waarvan de grenzen niet met enige noodzaak, anders dan van financieel-economische aard, te bepalen zijn, bezit het algemeen belang geen onderscheidend vermogen. De omstandigheden waaronder ambtenaren hun werkzaamheden verrichten zijn in het algemeen niet te onderscheiden van omstandigheden waaronder werknemers in een organisatie van enige omvang arbeiden. Resteert alleen het feitelijk-institutionele gegeven van de openbare dienst als onderscheidend criterium voor de werkzaamheden van de ambtenaar.

Koopmans zag daarin geen wezenlijk verschil, waaruit arbeidsrechtelijke consequenties zouden moeten voortvloeien voor ambtenaar en werknemer (147). Van Braam betoogde reeds in 1957, dat men in grote lijnen kan zeggen dat uit arbeidsrechtelijk en sociaal-economisch gezichtspunt de grenzen tussen overheidsdienst en particulier bedrijfsleven aan het vervagen zijn, dat de sociale positie van ambtenaren en overheidswerklieden en die van overeenkomstige functionarissen in particuliere dienst meer en meer naar elkaar toegroeien (148). In 1967 maakte Van der Horst melding van een voortschrijdend assimilatieproces (149). In kabinetsformaties hoort men met betrekking tot ambtenaren en werknemers steeds

(146) Zo lijkt in onze samenleving de opvatting van de overheid als een organisatie bekleed met gezag dat niet van mensen afkomstig is, haar praktische invloed te hebben verloren.

(147) T. Koopmans, *De overheid als werkgeefster*, *W.P.N.R.*, 1966, blz. 73. Ook L.J. Beel had in 1952 bij de installatie van de Staatscommissie-Kranenburg op een vervaging van verschillen gewezen (Rapport, blz. 5).

(148) A. van Braam, *Ambtenaren en Bureaucratie in Nederland*, diss., Zeist, 1957, blz. 117.

(149) Th.A.M. van der Horst, *Ambtenaar en grondrechten*, diss., Samsom, Alpen aan den Rijn, 1967, blz. 190.

de mening: 'Gelijke monniken, gelijke kappen'.

In het licht van het voorafgaande ligt de vraag voor de hand of er aanleiding bestaat de rechtspositionele verschillen tussen ambtenaren en civielrechtelijke werknemers te handhaven.

5.3. Men kan slechts met Crince le Roy instemmen wanneer hij stelt, dat de kwestie van de ambtelijke status geen zaak is, die uitsluitend met een juridische meetlat tot een oplossing kan worden gebracht (150). Onder dit voorbehoud dan toch een overzicht van de resultaten van het onderzoek. Aan de hoofdstukken 1 en 2 verbind ik de gevolgtrekking, dat het bijzondere in de ambtelijke rechtspositie een uitsluitend op nationale, niet constitutioneel bepaalde wetgeving gebaseerde huisstijl van de overheid betreft. De hoofdstukken 3 en 4 leiden mij tot de slotsom, dat er geen dwingende redenen zijn de ambtelijke rechtspositie anders te ordenen dan de rechtspositie van werknemers in de particuliere sector. Wel ontmoette ik enkele malen de bijzondere grenzen die voortvloeien uit de parlementair-democratische structuur van het Nederlandse staatsbestel. Deze grenzen verhinderen echter niet een voor ambtenaren en werknemers gelijke opzet van rechtspositie. In de ontwikkeling van de formeel-juridische en materiële-juridische kenmerken van de verhouding tussen ambtenaar en overheid zie ik een tendens van voortgaande convergentie.

Vanuit het oogpunt van bescherming van de ambtenaar bestaat er in formeel-juridisch opzicht aanleiding, zo geen noodzaak, de ingetreden convergentie te doen voortzetten. In dat verband heb ik niet alleen gewezen op de relatieve betekenis van de eenzijdigheid in de vaststelling van arbeidsvoorwaarden in de relatie tussen ambtenaren(organisaties) en de overheid én ten opzichte van de totstandkoming van arbeidsvoorwaarden in de particuliere sector. Ook heb ik er op gewezen dat collectieve acties en bemiddelingsprocedures slechts van reële betekenis zijn binnen een systeem van collectieve onderhandelingen, dat op basis van gelijkwaardigheid van de betrokken partijen is opgezet. Er bestaat niet a priori een verschil tussen ambtenaren en werknemers in de moderne verzorgingsstaat, dat aan zo'n systeem in de weg staat. Ook vanuit het materiële ambtenarenrecht gezien bestaat er alle reden de

(150) Zie R. Crince le Roy, Ambtelijke status en ambtelijke ethiek: mythe of werkelijkheid, blz. 31.

ambtelijke rechtspositie op een meer contractuele leest te schoeien. Ik denk in dit verband aan de ontwikkelingen met betrekking tot het trendbeleid, dat binnen het geheel van inkomenspolitieke maatregelen van steeds bescheidener betekenis is geworden. De sociale zekerheid van ambtenaren wordt in toenemende mate vergeleken en beoordeeld aan de hand van de sociale zekerheid van werknemers. Onder deze omstandigheden valt niet in te zien, waarom aan ambtenaren(organisaties) minder zeggenschap — van pressiemiddelen voorzien — zou toekomen met betrekking tot hun arbeidsvoorwaarden dan aan werknemers in de particuliere sector. Dit spreekt temeer waar de overheid een 'trend-settend' beleid voert of moet voeren en wanneer men de consequenties van privatisering (afstoten van overheidstaken naar de particuliere sector) doordenkt.

De aangeduide convergentie lijkt mij binnen het Nederlandse staatsrechtelijke en sociaal-economische bestek mogelijk, al zal stellig gezegd moeten worden dat nieuwe spelregels in het verkeer tussen overheid-werkgeefster, overheid-wetgever, overheid-politiek gezagsdraagster en het overheidspersoneel en zijn organisaties beproefd zullen moeten worden. Ik heb daartoe suggesties gedaan.

5.4. De verschillen in materiëel-juridisch opzicht zijn niet onbelangrijk, maar toch ook weer niet van principiële of essentiële aard. In het algemeen kan ter verklaring van die verschillen geen beroep gedaan worden op de bijzondere aard van de ambtelijke werkzaamheden, de voorwaarden waaronder de ambtenaren hun werk verrichten, de bijzondere eisen die aan ambtenaren gesteld worden en het belang dat ambtelijke werkzaamheden geacht worden te dienen. De materiële verschillen zijn anno 1982 in hoofdzaak te verklaren door historische toevalligheden. Met betrekking tot het ontslagrecht heb ik de vraag gesteld — en voorzichtig beantwoord — of de flexibiliteit van de overheidsorganisatie daardoor niet onevenredig wordt beperkt. De ontwikkeling van het ontslagrecht voor werknemers in de particuliere sector toont, dat sociaal-rechtelijke bescherming van werknemers mogelijk is, waarbij een toevlucht tot het meer rigide systeem van het ambtelijk ontslagrecht vermeden kan worden. De ontwikkeling van de theorie en de praktijk van de verzorgingsstaat plaatsen grote vraagtekens bij het bestaan van verschillen in stelsels van sociale zekerheid voor ambtenaren en werknemers. Systematisch lijkt er geen andere

grond voor de voortdurend ongelijke behandeling te geven dan een beroep op verkregen rechten. Ten aanzien van de medezeggenschap is door de overheid, de ambtenaren en hun organisaties een uitdrukkelijk beroep gedaan op een zoveel mogelijk gelijke behandeling van werknemers en ambtenaren.

Het komt mij dan ook voor, dat er geen aanleiding bestaat de bestaande divergentie te handhaven.

5.5. Onder aanvoering van een beroep op een beginsel van gelijke behandeling van alle werkenden zou men ertoe kunnen neigen de ambtelijke rechtspositie als maatstaf te nemen voor de rechtspositie van werknemers of die van werknemers als maatstaf voor de rechtspositie van ambtenaren. Voor wat betreft de formeel-juridische kenmerken is mijn conclusie, dat de rechtspositie van de werknemers thans maatstaf moet zijn voor de rechtspositie van het overheidspersoneel. Ik meen dat in hoofdstuk 3 aangetoond te hebben. Voor de materiële-juridische kenmerken ligt dat wat moeilijker, omdat het materiële ambtenarenrecht in het algemeen gesproken gunstiger is, dan het materiële arbeidsrecht, de sociale zekerheid daarbij uitdrukkelijk inbegrepen.

Uniformiteit is geen eis, zo min als men kan vorderen, dat de rechtspositie van bijvoorbeeld werknemers in de bouw gelijk zou moeten zijn aan die van bijvoorbeeld werknemers in de detailhandel. Niettemin meen ik dat ook in materiële opzicht convergentie bevorderd moet worden. In dat verband noteer ik, dat verkregen rechten niet onaantastbaar zijn, maar evenmin waardeloos, en zonder meer terzijde te schuiven (151). Juist in dat verband kunnen collectieve 'pakket'-onderhandelingen van grote betekenis blijken en hun diensten bewijzen (152).

Mijn slotsom is dan ook, dat het aanbeveling verdient de rechtspositionele verschillen tussen ambtenaren en civielrechtelijke werknemers niet langer te handhaven. Als argument ten overvloede voer ik daartoe aan de gewenste flexibiliteit van de overheidsorganisatie.

(151) Zie E.P. de Jong, De betekenis van verkregen rechten in het sociale zekerheidsstelsel, *S.M.A.* 35 (1980), blz. 894 e.v. en D.W.P. Ruiter, Wettelijke ombuiging en het vertrouwensbeginsel, *Bestuurswetenschappen* 1982, blz. 24-31 en W.J. Slagter, *NRC* 30 maart 1982.

(152) Vgl. Rapport Ilroverwegingen, nr. 4, blz. 90-91.

Deze slotsom betekent:

1. Een ambtelijke rechtspositie gebaseerd op collectieve onderhandelingen en collectieve arbeidsovereenkomsten.
2. Een erkenning van het stakingsrecht voor allen die in onderschikking arbeid verrichten.
3. Integratie van arbeidsrechtspraak en ambtenarenrechtspraak.
4. Het loslaten van het trendbeleid.
5. Het naar elkaar toebrengen van stelsels van sociale zekerheid.
6. Versterking van de medezeggenschap van het overheidspersoneel.

5.6. Resteert de controle-vraag of ik voldoende oog gehad heb voor de verschillen in rechtspositie van ambtenaar en werknemer. Te denken valt immers aan het feit, dat voor althans een deel van het ambtelijke bestand geldt, dat het geacht kan worden de overheid te representeren. Deze representatie kan op verschillende manieren geschieden. In bepaalde gevallen representeert de ambtenaar de overheid, omdat hij krachtens een mandaatsverhouding of uit hoofde van een delegatiebesluit tot beslissen geroepen is. En in ons recht is voorts niet onbekend de figuur van de ambtenaar met een eigen wettelijke bevoegdheid, waarbij dan veelal de belastinginspecteur als voorbeeld ten tonele wordt gevoerd. De aan deze functionaris bij de wet geattribueerde aanslagbevoegdheid immers is aan het ambt gebonden en kan niet ongedaan worden gemaakt door de minister, waaronder deze functionaris hiërarchisch ressorteert (153). Crinice le Roy heeft in zijn 'De vierde macht, de ambtelijke bureaucratie als machtsfactor in de staat' gewezen op het gevaar van een te groot mandaat van het bevoegde gezag aan ambtenaren. In dat verband verdient opmerking, dat van een 'vierde machtsproblematiek' bij de lagere overheden nauwelijks sprake is. Er is op gewezen, dat ambtenaren van de lagere overheden vrijwel geen formele beslissingsbevoegdheden hebben. Zo deze er al zijn, dan zijn ze met ernstige waarborgen omgeven, terwijl de colleges van B en W en GS een zeer nauwkeurig toezicht te dien aanzien uitoefenen. Het dagelijks bestuur van de gemeen-

(153) Vgl. R. Crinice le Roy, Rondom de ambtelijke status, *Bondsblad* 26 maart 1980, blz. 3.

te en de provincie rust niet alleen formeel, maar ook materieel bij B en W en GS (154).

Naar mijn mening vormen de genoemde rechtsfiguren geen principiële aantasting van mijn conclusies. Er zijn daar immers geen rechtspositionele elementen aan de orde. Overigens ben ik van oordeel dat de aanstelling niet noodzakelijk vervangen hoeft te worden door een arbeidsovereenkomst. Zou men tenslotte toch juist in de daar bedoelde situaties een bijzondere rechtspositie wensen, dan ware te opteren voor de functionele benadering van het begrip werknemer-in-overheidsdienst, zoals ook met betrekking tot dat begrip in het EEG-verdrag is gedaan, hierboven aangeduid. Het functionele zou dan m.i. moeten liggen bij het beschikken over beslissingsbevoegdheid. Op het totale aantal ambtenaren beschikt maar een gering aantal over zo'n bevoegdheid. De bijzondere positie van een betrekkelijk gering aantal leden van het overheidspersoneel, leidt niet tot de gevolgtrekking dat mijn conclusies ongeldig zouden zijn.

5.7. Ik heb sterk de nadruk gelegd op de gevolgen van de theorie en de praktijk van de verzorgingsstaat voor de onderscheiden rechtspositie van ambtenaar en werknemer, op zelfstandige zeggenschapsbevoegdheden van ambtenaren en hun organisaties jegens de overheid, op de gelijke behandeling van ambtenaren en werknemers en op de flexibiliteit van de overheidsorganisatie en het overheidsbeleid. Ik heb de mij voorgelegde vraag opgepakt in het aspect van de overheid als werkgeefster. Naar mijn mening staat vast, dat het voor de overheid als werkgeefster niet noodzakelijk is, dat de status van ambtenaren gehandhaafd wordt.

Zouden Nederlandse overheden anno 1982 vanuit een blanco startpositie de rechtspositie van hun personeel vorm moeten geven, zij zou er stellig anders uitzien dan thans het geval is. Echter, het historisch geworden laat zich niet ter zijde stellen. Maar een creatieve behandeling van dat historisch geworden is niet alleen wenselijk, maar omwille van de sociale gerechtigheid en een in alle opzichten goed functionerende overheid noodzakelijk.

(154) Vgl. R.A.W. Poort, De bestuurder en de ambtenaar, in Geschriften Vereniging Bestuurskunde, Congrespublicatie 1980, Samsom, Alphen aan den Rijn 1981, blz. 102-111.

1. INLEIDING, 127
 - 1.1. Vooraf, 127
 - 1.2. Afbakening preadvies, 128
 - 1.3. Gezichtshock, 130
2. GRONDSLAGEN, 131
 - 2.1. Inleiding, 131
 - 2.2. Is er sprake van een bijzondere status van de ambtenaar?, 132
 - 2.2.1. Verschil van opvatting binnen de Staatscommissie van 1952, 132
 - 2.2.2. De gezagsfunctie van de overheid als onderscheidend criterium?, 136
 - 2.2.3. De begrippen 'openbare dienst' en 'algemeen belang' te hanteren als onderscheidend criterium?, 141
 - 2.2.4. Permanentie van de overheid; specialisatie van de ambtenaar, 145
 - 2.2.5. De dubbelrol van de overheid, 146
 - 2.2.6. Benadering per rechtspositioneel element, 149
3. DE WIJZE VAN VASTSTELLING VAN DE ARBEIDSVOORWAARDEN, 150
 - 3.1. Eenzijdigheid of tweezijdigheid?, 150
 - 3.2. Wijziging van de methode van vaststelling van arbeidsvoorwaarden voor overheidsperoneel?, 155
 - 3.2.1. Inleiding, 155
 - 3.2.2. Zijn er principiële belemmeringen tegen invoering van een volledig tweezijdig stelsel?, 157
 - 3.2.3. Bestaat er aanleiding wijziging te brengen in het huidige stelsel?, 162

- 3.2.4. Voorstel Werkgroep ASIO over de methode van vaststelling van de arbeidsvoorwaarden, 169
4. REGLING VAN GESCHILLEN IN HET OVERLEG OVER DE ARBEIDSVORWAARDEN, 172
 - 4.1. Inleiding, 172
 - 4.2. Staatsrechtelijke geoorloofdheid van arbitrage, 174
 - 4.3. De keuze uit procedures voor geschillenoplossing, 176
5. AANSTELLING EN ARBEIDSOVEREENKOMST, 178
 - 5.1. Eenzijdigheid of tweezijdigheid?, 178
 - 5.2. Wenselijkheid van verandering?, 179
6. GRONDRECHTEN, 182
 - 6.1. Inleiding, 182
 - 6.2. Overheidspersoneel en grondrechten, 183
 - 6.2.1. Stand van zaken, 183
 - 6.2.2. Vrijheid van meningsuiting en vrijheid tot vereniging, vergadering en betoging; beperkingscriteria, 186
 - 6.2.3. Enkele speciale onderwerpen, 190
 - 6.2.4. Betogen in uniform, 197
 - 6.3. Grondrechten van particuliere werknemers, 199
 - 6.3.1. Horizontale werking van grondrechten, 199
 - 6.3.2. Horizontale werking en individuele werknemersrechten, 205
 - 6.4. Evaluatie, 215
7. STAKINGSRECHT, 216
 - 7.1. Inleiding, 216
 - 7.2. Stakingsrecht in de openbare dienst, 217
 - 7.2.1. Twee markante punten op de weg naar erkenning van het stakingsrecht in de openbare dienst, 217
 - 7.2.2. Enkele principiële kwesties bij het stakingsrecht in de openbare dienst, 220
 - 7.2.3. Regeling van het stakingsrecht van overheidspersoneel, 225
 - 7.3. Stakingsrecht in de particuliere sector, 230
 - 7.3.1. Inwerkingtreding ESH, 230
 - 7.3.2. Andere ontwikkelingen, 231
 - 7.4. Evaluatie, 233
8. AFWEGING VAN HET VOORGAANDE, 235

Bestaat er aanleiding de rechtspositionele verschillen tussen ambtenaren en civielrechtelijke werknemers te handhaven?

1. INLEIDING (1)

1.1. Vooraf

Ik meen er goed aan te doen, voorop te stellen, dat de opvattingen die ik in dit preadvies uitdraag, volledig voor mijn persoonlijke rekening komen. Ik heb jarenlang gedacht, dat zo'n opmerking niet meer nodig zou zijn, gezien in het licht van de vrijheid van meningsuiting, die ook voor ambtenaren in principe geldt, en van de Aanwijzingen inzake ambtelijk optreden (extern) van 1972 (2). Niettemin kwam ik laatst toch weer een vraag van een Tweede Kamerlid tegen, met als inhoud ongeveer: vindt de betrokken bewindsvrouw het juist, dat een ambtenaar in het openbaar (nl. op een symposium) kritiek uitoefent op bepaalde wettelijke regelingen? In haar antwoord liet de bewindsvrouw duidelijk uitkomen, dat die kritiek een zuiver persoonlijke mening van de betrokken ambtenaar weergaf en voor diens persoonlijke rekening kwam (3). Zo ook, zoals gezegd, dit preadvies (4).

(1) Een woord van dank is hier op zijn plaats aan alle collega's van Binnenlandse Zaken die mij in enigerlei vorm steun hebben gegeven bij dit preadvies.

(2) Vgl. C.J.G. Olde Kalter, Overheidspersoneel en grondrechten, Geschriften V.A.R. LXXXIV, 1979, met name blz. 69-74.

(3) Aanb. Hand. Tweede Kamer 1980-1981, nr. 1110.

(4) Ik houd mij het liefst aan hetgeen een vroegere Minister van Binnenlandse Zaken tot zijn ambtenaren zei tijdens een Nieuwjaarstoespraak. Hij sprak als zijn oordeel uit, dat de ambtenaren de grootst mogelijke vrijheid van meningsuiting hadden. Zij konden, aldus de bewindsman, zelfs denken, dat de minister gek was. Hij voegde daaraan wel toe: mits zij die bewering in wat bedektere termen aan het papier zouden toevertrouwen. Dus zo gek was die minister ook weer niet . . .

De tweede opmerking die ik vooraf moet maken, is deze: er zijn voortdurend ontwikkelingen zowel voor wat betreft de rechtspositie van het overheidspersoneel, als die van particuliere werknemers. Ik heb dit preadvies op een bepaald moment moeten afsluiten, bijna een half jaar voor de jaarvergadering van onze vereniging. De allernieuwste ontwikkelingen, bijvoorbeeld op het stuk van het stakingsrecht van overheidspersoneel, zijn hierin dus niet verwerkt.

1.2. Afbakening preadvies

Tot de rechtspositie van werknemers (het geheel van rechten en plichten in de verhouding van de werknemer tot de werkgever) reken ik — zonder volledig te willen zijn —:

- de wijze waarop de arbeidsvoorwaarden tot stand komen;
- de regels met betrekking tot aanstelling, schorsing en ontslag;
- de regels met betrekking tot bezoldiging of beloning, de uitkeringen bij ziekte of andere vormen van arbeidsongeschiktheid, en het pensioen;
- de regels met betrekking tot werktijden, verlof en vakantie;
- de regels met betrekking tot de grondrechten van de werknemers, en in samenhang daarmee: de regels betreffende de rechten van de vertegenwoordigers van het personeel.

Het is ondoenlijk in het — betrekkelijk korte — bestek van dit preadvies alle rechtspositionele elementen te behandelen. Ik heb een keuze moeten maken, en deze is gevallen op een aantal onderdelen van de rechtspositie uit het bestand, dat men tot de meer immateriële arbeidsvoorwaarden zou kunnen rekenen. Dat stelt mij in de gelegenheid een aantal in het oog springende rechtspositionele kwesties te behandelen. Het stelt mij ook in de gelegenheid niet alleen het ambtenarenrecht, maar ook het commune arbeidsrecht in verband te brengen met het staatsrecht, het vak waarop in mijn dagelijkse werk de nadruk valt. Met inbegrip van de wijze van vaststelling der arbeidsvoorwaarden komen aan de orde de aanstelling, de grondrechten en het stakingsrecht. Aan deze specifieke onderwerpen laat ik vooraf gaan een paragraaf, waarin ik het kader schets waarin de verhouding van de overheid tot haar personeel moet worden geplaatst. Daarin komt het bekende vraag-

stuk van het al dan niet bestaan van een bijzondere status van het overheidspersoneel aan de orde.

De door mij aangehouden opzet brengt mee, dat ik de financiële arbeidsvoorwaarden, en de op dat terrein eventueel bestaande verschillen tussen personeel in particuliere dienst en in overheidsdienst, niet zal behandelen. Dit terrein levert een zeer speciale problematiek op. Daarbij doet zich in het bijzonder de moeilijkheid voor, hoe men uit de bonte verscheidenheid van beloningstelsels, secundaire arbeidsvoorwaarden, pensioenvoorzieningen en functies in de particuliere en in de overheidssector maatstaven zou kunnen destilleren om tot een redelijke, en ook maatschappelijk aanvaardde, vergelijking te komen (5).

Voor een globale vergelijking van de pensioenvoorzieningen in de overheid met 43 pensioenregelingen in de niet-overheidssector verwijs ik naar het Eindrapport-Bosman (6). Voor wat betreft de vergelijking van arbeidsvoorwaarden (naar hedendaags jargon de pakketvergelijking genaamd) hebben Ros en Wolfson een vooronderzoek gedaan (7). Zij geven daarin aan, hoe pakketvergelijking van arbeidsvoorwaarden kan worden verricht, en menen dat hier niet kan worden volstaan met 'fact finding'. Feiten spreken niet voor zich, is hun motto (in navolging van J. Pen). De met empirische methoden te vinden informatie dient h.i. te worden 'gehan-

(5) Men denke bijv. ook aan de verschillen in beloning c.a. voor gelijkwaardige functies binnen elk der sectoren. Dat zou een aparte studie vergen. Ik geef drie voorbeelden uit de publieke sector. Als een lid van de reservepolitie en een noodwachter samen een ramp bestrijden en daarbij overlijden, dan hebben de nabestaanden van de noodwachter recht op een vier keer zo hoge uitkering als de nabestaanden van degene die tot de reservepolitie behoort (artt. 49 en 50 Rechtsstoestandregeling reservepolitie juncto art. 41 Wet op de noodwachten). De ziektekostenregeling voor personeel in dienst van de lagere publiekrechtelijke lichamen is gunstiger dan die voor het personeel in dienst van de centrale overheid. Voor militair personeel en politiepersoneel geldt een andere ontslagleeftijd dan voor burgerpersoneel.

(6) Eindrapport van de Studiecommissie pensioenvoorzieningen ambtenaren en met hen gelijkgestelden, 's-Gravenhage 1980. De belangrijkste voorstellen van de commissie zijn: handhaving van het systeem van 'welvaartsvastheid' van de overheidspensioenen; handhaving als uitgangspunt van het pensioen-tarief van 70% van het eindloon bij volledige diensttijd van 40 jaren; nuancering van dit tarief, afhankelijk van de hoogte van het bereikte eindloon; volledige 'inbouw' van de AOW/AWW bij volledige diensttijd.

(7) A.P. Ros en D.J. Wolfson, Vooronderzoek pakketvergelijking van arbeidsvoorwaarden, Rotterdam 1980.

teerd', d.w.z. de redelijkheid van de feitenpresentatie dient te worden beoordeeld door een adviserend lichaam (8). Voorts dient de verkregen informatie te worden geëvalueerd door dit adviserend lichaam of een zwaarder college. De zware eisen, die in deze opzet aan de vergelijkingsmethode worden gesteld, vormden redenen te meer voor mij om mij niet te wagen aan vergelijking van de financiële arbeidsvoorwaarden. Onderdelen van de problematiek van de financiële arbeidsvoorwaarden zullen echter aan de orde komen in het betoog van de mede-preadviseur.

Nog op een andere wijze dien ik in dit preadvies af te grenzen: om welke werknemers gaat het? Voor wat betreft de civiele sector heeft mijn betoog betrekking op de werknemers die op civielrechtelijke arbeidsovereenkomst een dienstverhouding hebben tot een werkgever, die niet tot de overheid behoort. Wat de publieke sector aangaat, gaat het mij om personen die als ambtenaar in de zin van de Ambtenarenwet hier te lande in openbare dienst in een dienstverhouding tot de overheid werkzaam zijn.

Op deze onderscheiding zijn nuanceringen en verfijningen mogelijk, maar naar mijn mening is deze grove afbakening praktisch, en voldoende duidelijk om als uitgangspunt te dienen voor het vervolg van mijn beschouwingen. Het begrip 'dienstverhouding', dat ik hier hanteerde, geeft aan, dat mijn preadvies geen betrekking heeft op ministers, staatssecretarissen, parlementsleden, rechters en notarissen. Voorts zal ik ook niet ingaan op de positie van Commissarissen van de Koningin, burgemeesters, leden van de Raad van State en van de Algemene Rekenkamer. De nadruk zal komen te liggen op het overheidsperoneel in dienst van de centrale overheid. Waar opportuun, zal de positie van het personeel van de lagere publiekrechtelijke lichamen aan de orde komen.

De arbeidscontractanten in dienst van de overheid vallen in beginsel buiten deze onderscheiding. Waar opportuun, zal ik op hun positie afzonderlijk ingaan.

1.3. Gezichtshoek

De onderwerpen die ik aansnijdt, zal ik behandelen vanuit de ge-

(8) Daarbij gaat het om het oordeel over vragen als: waar wordt het onderscheid gelegd tussen hoofd- en bijzaken; welke sleutelfuncties geven het 'beste' beeld van de werkelijkheid?

zichtshoek van de positie van het overheidspersoneel. Dat wil zeggen, dat in mijn preadvies daarop het accent ligt, terwijl ik met betrekkelijk grote lijnen de positie van particuliere werknemers zal schetsen.

2. GRONDSLAGEN

2.1. Inleiding

Voor de vraagstelling van dit preadvies is in de eerste plaats van belang een antwoord te vinden op de vraag, of de verhouding tussen overheid en haar personeel zodanig principieel bepaald is en zich zo principieel onderscheidt van particuliere arbeidsverhoudingen, dat van eventuele opheffing van rechtspositionele verschillen tussen overheidspersoneel en particuliere werknemers überhaupt geen sprake kan zijn. Ik kom hiermee op het vraagstuk van het rechtskarakter van de ambtenaarsverhouding. Het valt te betreuren, dat wij bij de bespreking van dit vraagstuk geen beschikking hebben over een rapport van de Staatscommissie van advies inzake het rechtskarakter van de ambtenaarsverhouding, die in 1970 werd ingesteld (9). Zulk een rapport is niet voorhanden, omdat deze Staatscommissie in 1973 haar opdracht teruggaf, toen in de Troonrede van 1973, onder het bewind van het kabinet-Den Uyl, de regering haar besluit mededeelde, spoedige ratificatie van het Europees Sociaal Handvest te willen bevorderen, met inbegrip van de erkenning van het stakingsrecht, ook voor ambtenaren. Door dit regeringsstandpunt achtte de Staatscommissie haar taakopdracht wezenlijk aangetast, en zij verzocht van haar opdracht ontheven te worden (10). De Staatscommissie had tot opdracht onder meer een onderzoek

(9) Naar haar voorzitter ook wel geheten de Staatscommissie-Toxopeus; ingesteld bij K.B. van 24 maart 1970, nr. 6, Stcrt. 1970, nr. 73). Men verwarre deze Staatscommissie niet met de zgn. Commissie-Toxopeus II, waarmee bedoeld wordt de Commissie van advies inzake de regeling van voorzieningen bij collectieve arbeidsgeschillen in de openbare dienst, ingesteld bij beschikking van de Minister van Binnenlandse Zaken van 20 september 1979, Stcrt. 1979, nr. 190.

(10) Zie nader de behandeling in de Tweede Kamer van de begroting van Binnenlandse Zaken voor 1974 (Zitting 1973—1974, blz. 464 e.v. en blz. 607 e.v.).

in te stellen naar de inhoudelijke aard en het rechtskarakter van de verhouding tussen overheid en overheidspersoneel, zoals deze verhouding zich heden ten dage aftekent en ontwikkelt. Voorts was haar gevraagd te adviseren over de kwestie of een stakingsrecht voor overheidspersoneel zou stroken met de hedendaagse ambtenaarsverhouding en de huidige staatsrechtelijke en bestuurlijke verhoudingen. Ook was haar verzocht een onderzoek in te stellen naar de vraag of het overheidspersoneel (in zijn geheel dan wel gedeeltelijk) fundamenteel een bijzondere positie inneemt vergeleken met het personeel in het particuliere bedrijfsleven en, zo ja, of en in hoeverre deze bijzondere positie haar weerslag behoort te vinden in een bijzondere reglementering van de rechtspositie van het overheidspersoneel.

Ware deze Staatscommissie met een rapport gekomen over de aan haar met zo'n ruime formulering toevertrouwde materie, dan had kunnen blijken of wellicht de opvattingen van een breed samengesteld forum omtrent het rechtskarakter van de ambtenaarsverhouding veranderd zouden zijn in vergelijking met die van de voorgangster van deze Staatscommissie, de Staatscommissie van advies inzake de status van de ambtenaren, ingesteld in 1952, die in 1958 rapport uitbracht (11). Dat zou in het bijzonder interessant zijn, omdat in het rapport van de Staatscommissie van 1952 er sprake is van een meerderheid en een minderheid, die verschillend denken ten aanzien van de verhouding tussen de overheid en haar personeel. Op dit verschil van mening ga ik thans in.

2.2. Is er sprake van een bijzondere status van de ambtenaar?

2.2.1. Verschil van opvatting binnen de Staatscommissie van 1952

Het hiervoor aangeduide verschil van opvatting binnen de Staatscommissie van 1952 kan het beste worden geïllustreerd aan de hand van het volgende citaat uit het minderheidsstandpunt in het rapport van deze Staatscommissie. Daarin brengt de minderheid t.a.v. het onderdeel sociale zekerheid tot uitdrukking, dat zij zich in algemene zin wil

(11) Rapport van de Staatscommissie van advies inzake de status van de ambtenaren, 's-Gravenhage 1958. Deze commissie wordt ook wel de Staatscommissie-Kranenburg genoemd. Het rapport bevat tal van historische gegevens over de rechtspositie van het overheidspersoneel.

'distanciëren van het uitgangspunt van de meerderheid, hetwelk naar de mening der minderheid te zeer de ontwikkeling van denkbeelden en het hanteren van begrippen ook in deze beschouwingen (sc. de algemene beschouwingen van de Staatscommissie op het punt van de sociale zekerheid; CRN) beheerst. Nog al te zeer wordt dit algemene deel beïnvloed door de gedachte, dat de ambtenaar, omdat hij in dienstbetrekking staat tot de Overheid, zich daardoor onderscheidt van de werknemer in particuliere dienst. De minderheid kan dit verschil niet als principieel aanvaarden en nog minder als een beginsel voor verdere overwegingen. Voor haar is de ambtenaar primair een in ondergeschiktheid arbeid presterende mens gelijk iedere andere werknemer. De minderheid zou daarom uit willen gaan van het beginsel van gelijkheid tussen de Overheid in haar verhouding tot de ambtenaren en die der particuliere werkgevers in hun verhouding tot hun werknemers. Slechts indien een concrete noodzakelijkheid kan worden geconstateerd, ontleend aan omstandigheden van dienstvervulling, aard van werkzaamheden, administratievoering e.d. zou de minderheid ten aanzien van de daarbij betrokken aspecten der rechtsverhoudingen een uitzondering willen toelaten op dit beginsel.

Uit het vorenstaande volgt, dat voor de minderheid het accent van iedere beschouwing over een eigen bijzondere rechtstoestand voor de ambtenaren valt op de bestudering van de regeling van de verschillende onderdelen van deze rechtstoestand en van de daarmee overeenkomende regelingen, welke voor particuliere werknemers gelden, en op de toetsing van de wenselijkheid c.q. noodzakelijkheid van de tussen de beide sectoren te constateren verschillen.' (12).

Ik heb het standpunt van de minderheid hier uitvoerig weergegeven, omdat ik deze opvatting in beginsel onderschrijf, en haar als uitgangspunt neem voor mijn verdere beschouwingen. Ik sta bij het rapport van de Staatscommissie van 1952 nog iets langer stil, omdat de minderheid naar mijn indruk niet geheel en al consequent is geweest in haar opvattingen.

Zoals ik reeds vermeldde, komt dit verschil van opvatting binnen

(12) Rapport, blz. 117.

de Staatscommissie van 1952 naar boven, als zij toe is aan de bespreking van de bijzondere onderwerpen van de rechtspositie, en wel bij het onderdeel sociale zekerheid (13). Opvallend is, dat de minderheid (mèt de meerderheid) wel — maar dan in het kader van hetgeen in de bewoordingen van de Staatscommissie 'de ambtelijke rechtspositie in het algemeen' heet (14) — de stelling heeft aanvaard, dat de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden wegens de eigen geaardheid van de overheid uiteindelijk eenzijdig door de overheid moet kunnen geschieden, en dat ook het overleg over de arbeidsvoorwaarden daarom een ander karakter behoort te hebben dan in de particuliere sector.

Deze laatste opvatting lijkt in tegenspraak met het boven aangehaalde uitgangspunt van de minderheid. Waar zij de ambtenaar beschouwt als 'primair een in ondergeschiktheid arbeid presterende mens gelijk iedere andere werknemer', en wil uitgaan van het

(13) Ook eerder al, in het interim-rapport dd. 29 juni 1955 van de Staatscommissie komt dit verschil van opvatting tot uiting, als het gaat om de ziektekostenvoorziening (bijlagen 1 en 2 bij het eindrapport van de Staatscommissie, blz. 129 e.v. en blz. 138 e.v.).

(14) De Staatscommissie maakt een onderscheid tussen de 'ambtelijke rechtspositie in het algemeen' en de 'ambtelijke rechtspositie in haar onderdelen' (rapport, blz. 83 e.v. en blz. 101 e.v.). Onder de eerstgenoemde kop behandelt zij de materie die grotendeels samenvalt met hetgeen Jeukens (Het Ambtenarenrecht, Alphen aan den Rijn 1959, blz. 284 e.v.) rekent tot (hetgeen hij noemt:) de formeel-juridische status, i.w. het (publiekrechtelijk) karakter van de ambtenaarsverhouding, de eenzijdige vaststelling van de arbeidsvoorwaarden en het rechtskarakter van het georganiseerd overleg. Onder de tweede titel wordt de materiële inhoud van de rechtspositionele voorschriften behandeld, hetgeen ten naaste bij overeenkomt met het materieel-juridische statusbegrip, dat Jeukens hanteert. Uit een oogpunt van verduidelijking van de rechtsstof moge een dergelijke indeling nut hebben (al rijst onmiddellijk de vraag, of bijv. de eenzijdige aanstelling behoort tot de vorm, dan wel tot de inhoud van de rechtspositie). Het onderscheid kan evenwel ook versluierend werken, althans voor zover het de indruk wekt, dat hetgeen onder de formeel-juridische status valt, vaststaande gegevens zouden zijn, terwijl slechts de materiële inhoud van de rechtspositievoorschriften voor eventuele verandering vatbaar zou zijn. Ik zal in het vervolg van mijn betoog het hier beschreven onderscheid niet hanteren. Evenmin het — sociologische — begrip 'sociale status', waarvan Jeukens gewag maakt (Het Ambtenarenrecht, blz. 284—285; blz. 295 e.v.), d.w.z. 'de plaats, welke de ambtenaren in de functionele en hiërarchische orde der Nederlandse samenleving innemen'; een omschrijving in navolging van A. van Braam, Ambtenaren en Bureaucratie in Nederland, 1957, blz. 117.

beginsel van gelijkheid van de verhouding werkgever/werknemer, ook als de werkgever de overheid is, zou men kunnen verwachten dat de minderheid op zijn minst vraagtekens had gezet bij het bestaande stelsel van georganiseerd overleg over, en eenzijdige vaststelling van de arbeidsvoorwaarden in de openbare dienst. Dit is evenwel niet het geval. De voltallige Staatscommissie betoogt, dat deze stelsels niet gewijzigd dienen te worden, en wijst er daarbij onder meer op, dat ter voorkoming van willekeur de rechtspositie van de ambtenaren principieel in algemene normen moet zijn neergelegd (15). Voorts voert de voltallige Staatscommissie verschillende argumenten aan, op grond waarvan alternatieve methoden voor de vaststelling van de rechtspositie, methoden die zouden strekken tot een medevaststellende bevoegdheid van de ambtenaren-centrales, niet in aanmerking zouden komen.

Zo betoogt de Staatscommissie onder meer, dat het invoeren van een stelsel van collectieve arbeidsovereenkomsten in de openbare dienst afstuit op de omstandigheid dat zowel aan de overheid als aan de ambtenaar de in het particuliere bedrijfsleven gangbare machtsmiddelen ontbreken om zich bij het overleg ten volle te laten gelden, waarbij zij doelt op de uitsluiting en de werkstaking. Daarbij benadrukt zij de noodzaak van de continuïteit in de openbare dienst.

Een ander alternatief, nl. het geven van beslissingsbevoegdheid aan een nieuw regelend bestuursorgaan, samengesteld uit overheidsvertegenwoordigers en vertegenwoordigers van ambtenaren (à la een orgaan van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie), wijst de Staatscommissie af. Onder meer omdat, wil men het budgetrecht van de volksvertegenwoordiging en de eis van ministeriële verantwoordelijkheid intact houden, zulk een orgaan niet paritair zou kunnen worden samengesteld, en omdat de overheidsvertegenwoordigers aan strakke instructies voor de onderhandelingen gebonden zouden zijn. Daardoor zou zo'n stelsel ten achter blijven bij de reële constructieve mogelijkheden die het huidige systeem van georganiseerd overleg kenmerken.

In het betoog van de Staatscommissie over de onwenselijkheid van wijziging van het bestaande stelsel van georganiseerd overleg, valt nog eens op, dat de minderheid van de commissie niet een kanttekening heeft geplaatst, bijv. bij de stellingen dat continuïteit

(15) Rapport, blz. 86 e.v.

van de openbare dienst verzekerd moet blijven en dat aan de ambtenaren het machtsmiddel van de werkstaking ontbreekt. Deze stellingen lijken mij in tegenspraak te zijn met hetgeen verderop in het rapport (16) door de minderheid wordt betoogd, namelijk dat afschaffing van het toen nog bestaande strafrechtelijke stakingsverbod voor ambtenaren haar wenselijk voorkomt.

Men moet aannemen, dat de minderheid de overige voor handhaving van het bestaande stelsel aangevoerde argumenten voldoende vond, en de tegenstellingen binnen de commissie niet op de spits wilde drijven bij de belangrijke kwesties van de methodes van overleg over, en van vaststelling van, de arbeidsvoorwaarden in de openbare dienst.

Jeukens, die indertijd adjunct-secretaris was van de Staatscommissie, stelt, dat men binnen de commissie elkaars visie niet bestreden, maar aanvaard en gerespecteerd heeft, kennelijk in het bewustzijn, dat men anders meest fundamentele vragen inzake staat en overheid zou ontamen, ten aanzien waarvan commissoriale compromissen bij voorbaat uitgesloten moeten worden geacht (17).

2.2.2. De gezagsfunctie van de overheid te hanteren als onderscheidend criterium?

'Meest fundamentele vragen inzake staat en overheid'. Ik ben van oordeel dat die hier inderdaad aan de orde zijn (18). Doordat de minderheid van de Staatscommissie de confrontatie uit de weg is gegaan (niet voor wat betreft sommige onderdelen van de rechtspositie, wél ten aanzien van 'de rechtspositie in het algemeen'), zijn die fundamentele vragen blijven liggen, en de daarop in het verleden — en ook thans nog wel — gegeven antwoorden zijn niet aan een herijking onderworpen.

Zoals ik al aanduidde, kan ik het standpunt van de minderheid van de Staatscommissie in beginsel onderschrijven.

Uitgaande van de opvatting, dat de verhouding tussen de overheid en haar personeel geen fundamenteel andere is, dan die tussen particuliere werkgevers en hun werknemers, trek ik anders dan de

(16) Rapport, blz. 108—109.

(17) H.J.M. Jeukens, *Het Ambtenarenrecht*, blz. 297.

(18) Vandaar de pregnante titel, die ik aan dit hoofdstuk meegaf: 'Grondslagen'.

minderheid wél de consequentie, dat er uit dien hoofde geen principieel beletsel is, de vaststelling der arbeidsvoorwaarden voor het overheidspersoneel niet langer eenzijdig te doen zijn, en het huidige stelsel van georganiseerd overleg te wijzigen in een systeem van collectieve onderhandelingen (19). Daarbij ontveins ik mij niet, dat de overheid niet alleen werkgeefster is ten opzichte van haar personeel, maar in de samenleving ook haar rol als overheid te vervullen heeft. Deze rol kan van invloed zijn op, kan spanning opleveren met, haar rol als werkgeefster. In het spanningsveld van die twee rollen die de overheid te spelen heeft, bevindt zich de verhouding overheid/overheidspersoneel. Ik zal daarop hieronder nader ingaan, maar eerst enkele argumenten aanvoeren tegen de zienswijze, dat de verhouding overheid/overheidspersoneel een principieel andere is dan die van particuliere werkgevers ten opzichte van hun werknemers.

In de eerste plaats merk ik op, dat in de ontwikkeling naar de verzorgingsstaat tal van taken die de overheid thans verricht, dienstenverlenende en verzorgende taken zijn, zoals vervoer, onderwijs, woningbouw, ziekenverpleging. Die taken zouden ook door particuliere instellingen (al dan niet met enigerlei vorm van overheidstoezicht, -deelneming of -subsidieëring) kunnen worden vervuld, en vaak is dat ook het geval.

Werknemer zijn in bijv. een overheidsziekenhuis betekent niet, dat men wezenlijk ander werk doet dan iemand die in een particulier ziekenhuis werkt; betekent evenmin dat de betrokkene in een totaal andere hiërarchische verhouding werkt, noch met een volkomen ander arbeidsethos. Ten aanzien van deze categorie van werknemers is geen direct verband te leggen met de 'klassieke' taak van de overheid, te weten handhaving van de rechtsorde door middel van uitoefening van overheidsgezag, verdediging van de rechtsorde tegen aanvallen van binnen en van buiten (hierna ter bekorting te noemen: de gezagsfunctie van de overheid). Daarbij komt dat binnen een overheidsorganisatie, waarbij een verband met deze 'klassieke' functie met meer of minder moeite wél gelegd

(19) Of het wenselijk is daartoe te besluiten, behandel ik in een volgende paragraaf.

zou kunnen worden (bijv. een departement (20)), personeel werkzaam is dat geheel of grotendeels technisch-ondersteunende functies vervuld (typisten, het personeel van de postkamer en de reprografie, bodes, bibliotheek- en documentatiepersoneel, chauffeurs, monteurs, bewakings- en kantinepersoneel, enzovoorts), naast personeel dat beleidsvoorbereidend, beleidsuitvoerend en beleids-evaluerend werkzaam is, terwijl zich vaak voordoet, dat een en dezelfde werknemer meerdere van laatstgenoemde functies vervuld.

Ik pretendeer geenszins, hiermee een volledig beeld van de werkelijkheid te hebben gegeven (21). Ik heb alleen willen illustreren, dat men heden ten dage niet kan spreken van *de* typische overheidsfunctie en *de* ambtenaar, en willen aangeven, dat de gezagsfunctie van de overheid niet langer gehanteerd kan worden als criterium op grond waarvan de positie van het overheidspersoneel een andere is, en een andere zou moeten zijn dan die van werknemers in het bedrijfsleven.

Juist het verband met de uitoefening van de gezagsfunctie van de overheid is in het verleden argument geweest voor de zienswijze, dat de ambtenaar een bijzondere positie zou hebben. Deze positie, dit 'deelhebben aan overheidsgezag' (22), zou onder meer meebrengen, dat aan hem hoge eisen van geschiktheid, onpartijdigheid en onkreukbaarheid zouden moeten worden gesteld en dat hem het recht tot staken zou moeten worden ontzegd (23). Toch vinden wij in datzelfde verleden al uitspraken in de litera-

(20) Ik schrijf dit voorbeeld op, en heb er onmiddellijk spijt van. Houdt elk departement zich in totaliteit bezig met het uitoefenen van de gezagsfunctie? Heeft het Ministerie van CRM bijv. niet ook een betrokkenheid op de verzorgingstaken van de overheid? Hoe moeilijk het is, om te komen tot een omschrijving van de typische overheidstaak, blijkt ook uit het rapport van de Staatscommissie van 1952, blz. 85.

(21) Ik liet bijv. buiten beschouwing, dat er ook privaatrechtelijke organisaties zijn, die een functie uitoefenen welke ook door de overheid zou kunnen worden verricht, zoals de bedrijfsverenigingen en de ziekenfondsen.

(22) Vgl. A.M. Donner, Algemeen deel Nederlands Bestuursrecht, 1962, blz. 174. A.F. de Savornin Lohman spreekt hier van 'deel worden van de overheid', welke overheid in zijn zienswijze in beginsel ondeelbaar is (Verslag vergadering Nederlandse Juristen-Vereeniging 1897, blz. 46).

(23) Vgl. hetgeen de Staatscommissie van 1952 als conclusie trekt uit haar onderzoek inzake de historie van de ambtenaarsverhouding en inzake de literatuur; rapport blz. 77 e.v.

tuur, die aansluiten op mijn opvatting, dat de verhouding werkgever/werknemer geen wezenlijk andere is, indien de overheid werkgeefster is. Ik wil niet zo ver gaan de opvatting van Krabbe in zijn preadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereniging van 1897 te beschouwen als volledig instemmend met dit standpunt (24). Hij gaat immers uit van de publiekrechtelijke aard van de rechtsverhouding tussen de overheid en de ambtenaar en spreekt zich niet uit tegen de eenzijdigheid van de vaststelling der arbeidsvoorwaarden.

Maar hij staat niet ver af van hetgeen ik betoog, waar hij zegt dat het ambtenaarsberoep in vele opzichten op één lijn met elke andere betrekking van dienstbaarheid staat, en dat wij in beide gevallen te doen hebben met een beroep, dat in veel opzichten een gelijksoortige levensverhouding meebrengt, en dus in verschillende punten dezelfde regeling behoeft. Er bestaat, aldus Krabbe, niet de minste reden om, bij gelijkheid van levensbetrekking, een verschillende regeling te maken uit overweging dat wij in het ene geval te doen hebben met een publiekrechtelijke, en in het andere met een privaatrechtelijke verhouding (25). In de discussie in de vergadering van de N.J.V. beveelt de preadviseur aan te streven naar een zodanige regeling van de verhouding staat/ambtenaar, 'dat men zoveel mogelijk kome in de banen van het privaatrecht, dat men wél zal doen om die verhouding te regelen naar analogie van het privaatrecht' (26, 27).

De opvattingen van Krabbe zijn in de vergadering van de N.J.V. in 1897 niet onbestreden gebleven (28). Zie ik het goed, dan speelt voor de bestrijders in het bijzonder de overweging een rol, dat de overheid gezag uitoefent en dat de ambtenaar mitsdien niet in

(24) H. Krabbe, preadvies N.J.V., Hand. N.J.V. 1897, blz. 63 e.v.

(25) H. Krabbe, preadvies N.J.V. 1897, blz. 81.

(26) Verslag vergadering N.J.V. 1897, blz. 93—94.

(27) De andere preadviseur voor de vergadering van de N.J.V. van 1897, E. Fokker, huldigt andere opvattingen (Hand. N.J.V. 1897, blz. 136 e.v.). Ook hij gaat uit van de publiekrechtelijke aard van de rechtsverhouding van de staat tot zijn ambtenaren, maar anders dan Krabbe voorziet hij allerlei moeilijkheden, als men op die verhouding privaatrechtelijke beginselen toepasse-lijk verklaard wil zien (preadvies, blz. 193).

(28) Ik doel hier met name op de betogen van A.F. de Savornin Lohman (verslag, blz. 42 e.v.), A.F.K. Hartogh (verslag blz. 59 e.v.) en J. de Louter (verslag, blz. 72 e.v.).

een gelijke positie *kan* staan met de overheid, slechts in een positie van hiërarchische ondergeschiktheid (29). Heden ten dage kan een dergelijke visie op de overheid en haar relatie tot haar personeel niet meer bevredigen, niet alleen wegens het verschijnsel, dat de overheid naast gezagsuitoefening ook vele verzorgende taken op zich heeft genomen, maar ook omdat het beeld van de onderwerping van de gehoorzame dienaren van de overheid aan het overheidsgezag (in ruil voor deze onderwerping is de overheid gehouden, bescherming en onderhoud te geven (30)) in strijd komt met hedendaagse gedachten omtrent de mondigheid en de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer in openbare dienst.

Dit beeld komt ook in strijd met moderne beschrijvingen van de werkelijkheid die spreken van een machtspluralisme binnen de samenleving, waarbij de staat niet meer is dan een sociale groep naast andere, maar waarbij aan de staat wel rest het vermogen (ik durf in dit verband niet te spreken van: bevoegdheid) om aan de samenleving bindende beslissingen te geven (31). Binnen dit machtspluralisme vormen ook de ambtenarenorganisaties een machtsfactor, oefenen zij maatschappelijke druk en tegendruk uit op (voorgenomen) beslissingen van de overheid. Het beeld van 'eene betrekking van machtsbevoegdheid en ondergeschiktheid' die door benoeming tot ambtenaar zou ontstaan (32), wordt in dat licht gezien een theoretische bespiegeling, die weinig gemeen heeft met de maatschappelijke werkelijkheid.

(29) Een dergelijke stellingname vindt men ook terug in de kamerstukken zitting 1902-1903, nr. 125, betreffende het wetsontwerp tot invoering van een strafrechtelijk stakingsverbod voor ambtenaren. Men zie de uitvoerige citaten in het rapport van de Staatscommissie van 1952, blz. 36 e.v. Opmerking verdient, dat — naar uit het rapport van de Staatscommissie van 1952 blijkt (rapport, blz. 82) — dit een van de weinige keren is, dat in de periode 1814-1929 door regering en Staten-Generaal de aard van de ambtenaarsverhouding bewust aan de orde is gesteld. Het beleid in ambtenarenzaken werd in die periode veeleer in hoofdzaak telkens beheerst door overwegingen van praktische aard.

(30) Vgl. ook A.F. de Savornin Lohman, *Onze Constitutie*, 4e uitg., 1926, blz. 184 e.v. Hij vergelijkt de ambtenaarsverhouding met de leenband.

(31) Vgl. L. Prakke, *Pluralisme en Staatsrecht*, Deventer 1974.

(32) A.F. de Savornin Lohman. *Onze Constitutie*, blz. 186.

2.2.3. De begrippen 'openbare dienst' en 'algemeen belang' te hanteren als onderscheidend criterium?

Als men met mij van mening is, dat de gezagsfunctie van de overheid niet langer gehanteerd kan worden als kenmerk op grond waarvan de relatie overheid/overheidspersoneel principieel verschilt van de relatie werkgever/werknemer in het bedrijfsleven, is er dan een ander onderscheidend criterium te vinden? Jeukens constateert dat de aard der overheidswerkzaamheden, sinds de overheid in toenemende mate verzorgingstaken ging uitvoeren, het vermogen als disjunctief kenmerk heeft verloren. Hij zoekt dan dit kenmerk in het organisatorisch verband waarbinnen de ambtenaren werkzaam zijn, en spreekt van 'de openbare dienst' (33). De ambtenaar, aldus Jeukens, verricht openbare dienst, hetgeen hem onderscheidt van de particuliere werknemer. Dit onderscheid berust niet op de aard der werkzaamheden, maar op het institutionele, publiekrechtelijk georganiseerde verband, waarbinnen de ambtenaren werkzaam zijn. Aangezien alle ambtenaren gemeen hebben, dat zij openbare dienst verrichten, vormt het ambtenarencorps in zoverre een eenheid. In zijn relatie met het algemeen belang is het begrip openbare dienst — aldus nog steeds Jeukens — de grondslag voor de ambtsethiek van de ambtenaar (34).

Het komt mij voor, dat Jeukens hiermee niet een volledig nieuw criterium in de discussie heeft gebracht in vergelijking tot hetgeen ik in de voorgaande paragraaf noemde: de gezagsfunctie van de overheid. Jeukens geeft ook zelf toe: '... gezien de institutionele verbondenheid van de begrippen openbare dienst — overheid — staat ben ik mij bewust slechts in nieuwe vorm een oude waarheid

(33) H.J.M. Jeukens, Het Ambtenarenrecht, onder meer blz. 23 en blz. 280, voorts in zijn preadvies voor de gezamenlijke vergadering in 1960 van de Vereniging voor Administratief Recht en de Vereniging voor Arbeidsrecht, gepubliceerd in *S.M.A.* 1960, blz. 234 e.v., met name blz. 240. Th.A.M. van der Horst stelt in reactie op Jeukens' zienswijze de prealabele vraag — vrij vertaald —: waarom zou men zo nodig moeten zoeken naar een disjunctief kenmerk? Gaat men dan niet uit van de premisse, dat er een onderscheid zou bestaan? Vgl. Th.A.M. van der Horst, Ambtenaar en grondrechten, Alphen aan den Rijn 1967, blz. 182. Jeukens geeft daarop zelf het antwoord (Het Ambtenarenrecht, blz. 282—284), dat geparafraseerd hierop neerkomt: de keuze tussen toepasselijkheid (in beginsel) van het commune arbeidsrecht, dan wel van een bijzonder rechtsregiem op de ambtenaarsverhouding, is een kwestie van uitgangspunt, van visie omtrent de Staat en de overheid.

(34) Preadvies VAR/Ver. Arbeidsrecht 1960, blz. 234.

te verkondigen, waarmede vele beschouwingen over ambtenarenrecht plegen aan te vangen' (35).

Ik weet niet goed, wat men aan moet met 'de idee van de openbare dienst'. Het valt mij moeilijk een conglomeraat van organen, deelorganisaties, functies en functionarissen, met hun eventueel bestaande onderlinge belangentegenstellingen (36) te zien als één 'openbare dienst', waarbinnen er een eenheid van het ambtenaren-corps zou bestaan. Maar als ik Jeukens goed begrijp, moet ik niet zozeer naar het organisatorische verband sec kijken, maar naar 'de staat en zijn constitutionele delen gezien in hun werkzaamheid', en naar de doelstelling van die werkzaamheid: het dienen van het algemeen belang. Alleen in het algemeen belang zijn aan de overheid bevoegdheden toegekend en worden haar daden gelegitimeerd; alleen door het in haar gestelde vertrouwen kan zij zich handhaven. Het is, aldus Jeukens, de alomvattendheid enerzijds, de noodzakelijkheid anderzijds van de staatsgemeenschap, welke met een geheel eigen, specifieke urgentie de vereisten van respect en aanzien doet stellen aan hen, die in de staat het gezag uitoefenen door de taken van de staat te verwzenlijken (37).

Daarmee komt Jeukens toch dichtbij het criterium van de gezagsfunctie van de overheid. Alleen: in plaats van handhaving van de rechtsorde treedt de behartiging van het algemeen belang naar vo-

(35) Preadvies VAR/Ver. Arbeidsrecht 1960, blz. 242.

(36) Niet dat ik absoluut tegenstander zou zijn van belangentegenstellingen. Indien daaraan verschillen van opvatting omtrent het te voeren beleid ten grondslag liggen, kan het bestaan van dergelijke tegenstellingen bevorderen dat meerdere beleidsalternatieven op tafel komen en dat de keuze daaruit wordt gedaan, waar zij ook behoort te worden gedaan, n.l. in de politieke top (door de betrokken bewindsman of in de ministerraad). Men hoede zich voor het ontstaan van een ambtelijk apparaat waarin een 'esprit de corps' ertoe leidt, dat verschillen van beleidsinzicht worden afgevlakt en van compromissen voorzien zodanig, dat voor de bestuurder niets meer te beslissen overblijft. Bij de verdere uitwerking van de gedachte van de Commissie Hoofdstructuur Rijksdienst tot instelling van een 'civil service' voor de ambtelijke top (rapport nr. 3, blz. 208) dient (naast andere risico's, zoals beperking van de instroming van 'buitenstaanders' uit de andere overheden of het bedrijfsleven, waardoor een zekere mate van 'inteelt' kan ontstaan, en tegenover de voordelen van zo'n systeem, met het oog op de vergroting van de mobiliteit en inzetbaarheid van functionarissen) het risico overwogen te worden, dat binnen dit circuit beleidstegenstellingen onderling worden 'geregeld', en niet de politieke top bereiken.

(37) Het Ambtenarenrecht, blz. 297-299.

ren, en in plaats van de ondeelbaarheid van het gezag: de alomvattendheid en de noodzakelijkheid van de staatsgemeenschap. Hetgeen ik in de vorige paragraaf heb ingebracht tegen het hantieren van de gezagsfunctie van de overheid als onderscheidend kenmerk, laat zich transponeren tot argument tegens Jeukens' zienswijze. De 'alomvattendheid en de noodzakelijkheid van de staatsgemeenschap' verdient relativering, waar de overheid verzorgings-taken uitvoert. Niet elke overheidsinstelling heeft een nauwe relatie met de gezagsuitoefening. Niet elke overheidswerkzaamheid behoort tot de noodzakelijke *overheidstaken*. (38) Daarmee komt ook de urgentie van de vereisten van 'respect en aanzien' (welke, naar Jeukens toegeeft, ook gelden voor iedere vorm van menselijke gemeenschap, maar welke vereisten met een specifieke urgentie aan overheidsorganen gesteld worden) in een ander daglicht te staan. Daarnaast wijs ik op de vaagheid van het begrip 'algemeen belang' (39). Dit begrip is te weinig eenduidig, te zeer de resultante van de afweging, om niet te zeggen: het conflict, tussen zeer verschillende deelbelangen, te zeer ook bepaald door de concrete omstandigheden en de op dat moment de overhand hebbende opvattingen, dan dat het als onderscheidend kenmerk voor overheidswerkzaamheid kan gelden. Bovendien zijn er diverse particuliere instellingen die evenzeer kunnen pretenderen in het algemeen belang werkzaam te zijn (bijv. een landbouwbedrijf, met het oog op de voedselvoorziening; een olicmaatschappij, in verband met de energievoorziening; een instelling van bijzonder onderwijs (40).

De opvatting van Jeukens acht ik wel in zoverre waardevol, dat zij een normatief beginsel meegeeft aan het overheidspersoneel.

(38) En wat is 'alomvattendheid van de staatsgemeenschap'? Zowel indien men hier te maken heeft met een normatief begrip, als ingeval ik deze term moet begrijpen als een feitelijke constatering, doemt voor mij op het schrikbeeld van een totalitaire staat, die tot in de verste uithoeken het maatschappelijk leven in zijn greep heeft.

(39) Zie hierover ook de preadviezen van S.O. van Poelje en C.H.F. Polak voor de VAR 1950, Geschriften *V.A.R.* XIX. Zelf heb ik, zoals uit het verloop van mijn betoog zal blijken, het begrip 'algemeen belang' veel te zwaar aangezet in mijn interventie op de VAR-vergadering 1979, Geschriften *V.A.R.* LXXXV, Alphen aan den Rijn 1981, blz. 18 e.v.

(40) Uit deze voorbeelden blijkt ook dat het begrip 'algemeen belang' op verschillende manieren kan worden ingevuld.

Het beginsel kan dienen om hen te doen beseffen (als ze het al niet deden!), dat zij bij hun werkzaamheden een hoger belang voor ogen moeten hebben dan het eigenbelang of het belang van het eigen dienstonderdeel; dat zij in dienst van de gemeenschap staan en uit gemeenschapsgelden betaald worden; dat zij het gemeenschapsgeld, waaruit zij worden betaald, of dat hen in voorkomend geval is toevertrouwd, verantwoord moeten besteden. Men vervange evenwel in de voorgaande zin het element 'gemeenschap' door bijv. 'onderneming', en men bemerkt dat voor particuliere werknemers geen wezenlijk andersoortig arbeidsethos vereist is dan voor overheidspersoneel.

Al met al: als kenmerk om de positie van overheidswerknemers ten principale te onderscheiden van die van particuliere werknemers kan dit normatieve beginsel moeilijk worden aangewend (41, 42).

(41) Vgl. ook de gedachtengang van J. Mannoury in diens preadvies voor de gecombineerde vergadering van de VAR en de Vereniging voor Arbeidsrecht in 1960; *S.M.A.* 1960, blz. 243 e.v. Hij gaat uit van een 'status dignitatis' die de ambtenaar toekomt als vertegenwoordiger van het openbaar gezag. Een levendig besef van deze status bij overheid, ambtenaren en publiek is voor de goede werking van de openbare dienst naar zijn mening onmisbaar. Maar, zo stelt hij, daaruit volgt geenszins de noodzakelijkheid van een bijzondere 'status iuris'. Het strijdt z.i. met de structuur van de moderne democratie, maatschappelijke verschillen tot uiting te brengen in een geprivilegieerde rechtstoestand.

(42) Critiek op de opvatting van Jeukens is onder meer geleverd door Th.A.M. van der Horst, *Ambtenaar en grondrechten* 1967, met name blz. 181-190. In een eerdere noot deed ik reeds uitkomen, dat Van der Horst geen zin ziet in het 'moeten' zoeken van een disjunctief kenmerk. Zijns inziens is dat 'moeten' uitsluitend het gevolg van een naar subjectief inzicht gekozen premisse. Vervolgens laat hij enkele argumenten de revue passeren (o.a. het werkzaam zijn in het algemeen belang), die hij geen van alle bruikbaar acht om het ambtenarenbegrip zodanig te definiëren dat een *wezenlijk* verschil van de ambtenaar t.o.v. de particuliere werknemer naar voren komt. N.E.H. van Esveld, *Arbeidsrecht en Ambtenarenrecht*, in: *Hedendaagse Arbeidsrecht (Levenbachbundel)*, Alphen aan den Rijn 1966, blz. 82 e.v., brengt in het midden, dat het karakter van openbare dienst slechts bepaalde ambtelijke functies kenmerkt, en dat niet van alle ambtenaren kan worden aangenomen, dat zij een functie vervullen waarvoor het nodig is, dat zij van de 'ambtelijke ethos' doortrokken zijn. T. Koopmans tenslotte (in *W.P.N.R.* 1970, nr. 5067) merkt op, dat de slagzin dat de overheid het algemeen belang behartigt, niet een voldoende rechtvaardiging kan opleveren voor publiekrechtelijk particularisme in de sfeer van de arbeidsverhoudingen.

2.2.4. *Permanentie van de overheid; specialisatie van de ambtenaar*

Ik heb in de voorgaande paragrafen reeds laten uitkomen dat er binnen het overheidsapparaat een diversiteit van werkzaamheden verricht wordt, die lang niet alle direct betrokken zijn op de gezagsfunctie van de staat, terwijl ook het uitoefenen van gezag sinds lang niet het enige is dat de overheid doet. Daarin is ook een (gedeeltelijk) antwoord gelegen op de mogelijk bij sommigen opkomende gedachte, dat de arbeid van de ambtenaar in het belang van een goede vervulling van de taken der overheid een permanent karakter behoort te dragen, en dat met dit permanente karakter gepaard gaat een specialisatie voor het staatsbedrijf, welke de ambtenaar minder geschikt zou maken voor het particuliere bedrijfsleven (43). De stelling, dat de arbeid in overheidsdienst een permanent karakter behoort te hebben is gegrondvest op de gedachte dat continuïteit van de openbare dienst een (absolute) noodzaak zou zijn (44). Er zijn echter binnen de openbare dienst legio functies die gedurende zekere tijd niet uitgeoefend behoeven te worden, zonder dat het maatschappelijke leven er ernstige hinder van ondervindt. Daarbij denk ik niet alleen aan de functie van gemeentelijke plantsoenarbeider of typist ter provinciale griffie, maar ook aan die van een departementale beleidsmedewerker en van een arts in een overheidsziekenhuis (die laatste natuurlijk onder de mits, dat voor noodgevallen de diensten van een particulier ziekenhuis ter beschikking staan) (45). De vraag laat zich stel-

(43) Een dergelijke gedachtengang vond ik bij W.G. Vegting, *Het Algemeen Nederlands Administratief Recht*, deel II, 1957, blz. 104; het betreft hier niet de eigen mening van Vegting, maar een door hem opgestelde samenvatting van de opvatting van — ongenoemde — anderen, waartegenover hij zijn betoog, dat hierna nog aan de orde komt, plaatst. N.E.H. van Esveld (*Arbeidsrecht en Ambtenarenrecht*, blz. 89) wijst er m.i. terecht op dat Vegting hier wel een zeer beperkte weergave heeft gegeven van de argumentatie van de voorstanders van een bijzonder ambtenarenrecht. Van de samenvatting die Vegting geeft, vindt men het element van het permanente karakter van de overheidsdienst terug in het betoog van de Staatscommissie van 1952 over de eis van continuïteit van de openbare dienst (rapport, blz. 92). Het element van de specialisatie voor overheidswerkzaamheid vindt men terug bij H. Krabbe, *De Burgerlijke Staatsdienst in Nederland*, Leiden 1883, blz. 62—63.

(44) Sterk benadrukt door de Staatscommissie van 1952 (rapport, blz. 92).

(45) Zelfs bij de politie komt men — hoofdzakelijk administratieve — functies tegen die niet dag en nacht bezet behoeven te zijn 'ut quiescant'. Ik kom daar bij de behandeling van het stakingsrecht in openbare dienst nog even op terug.

len, of er niet in het particuliere bedrijfsleven functies aanwijsbaar zijn die voor het maatschappelijk leven belangrijker zijn dan sommige overheidsfuncties. Men stelle zich de maatschappelijke chaos voor, als vitale onderdelen van de olievoorziening voor Nederland worden stilgelegd.

Voorts wijst Vegting (een van de aanhangers van de gedachte, dat er geen wezenlijke verschillen (meer) bestaan tussen de positie overheid/overheidspersoneel en werkgever/werknemer in de particuliere sector) erop, dat door het aanvaarden van telkens nieuwe taken door de overheid de arbeid, die door het overheidspersoneel verricht wordt, voor een hoe langer hoe groter deel gelijkheid gaat vertonen met de arbeid, zoals die door velen in het particuliere bedrijf wordt gepresteerd. Verder merkt hij op, dat ook het gewone bedrijfsleven arbeid kent van een zo gespecialiseerd karakter, dat het verrichten daarvan aan de geschiktheid voor het vervullen van de meer algemeen voorkomende functies in het bedrijfsleven niet ten goede komt (46). Ik voeg daaraan toe: de 'specialist' in particuliere dienst is evenzeer als de 'specialist' in overheidsdienst gebaat bij een goede bescherming tegen ontslag en goede sociale voorzieningen ingeval hij ontslagen wordt en moeilijk herplaatst kan worden. Waarom zou dit alleen voor de werknemer in overheidsdienst moeten gelden? En tenslotte zet ik bij de huidige stand der werkloosheid een levensgroot vraagteken bij de 'prettige en vlotte verplaatsbaarheid' — deze woorden zijn van J.J.M. van der Ven, en door hem minstens zo satirisch bedoeld als ik het hier neerschrijf (47) — van de particuliere werknemer in tegenstelling tot de gespecialiseerde ambtenaar.

2.2.5. *De dubbelrol van de overheid*

In de vorige paragrafen heb ik argumenten aangevoerd tegen opvattingen die, uitgaande van de gezagsfunctie van de overheid (het handhaven van de rechtsorde door het uitoefenen van gezag) of van haar doelstelling (het dienen van het algemeen belang), dan wel van de noodzaak van continuïteit van de openbare dienst, daaruit rechtstreeks de gevolgtrekking maken dat de positie van

(46) W.G. Vegting, *Het Algemeen Nederlands Administratief Recht*, deel II, 1957, blz. 104.

(47) J.J.M. Van der Ven, *Ambtenaar en Arbeidsrecht*, in *Bestuurswetenschappen* 1950, blz. 77.

het overheidspersoneel een bijzondere is, en wel zo bijzonder, dat er principieel geen plaats is voor de gedachte, dat overheidspersoneel op gelijke voet behandeld zou kunnen worden als werknemers in de particuliere sector (48). De theorie is, zo vat ik mijn tegenbetoog samen, niet meer in overeenstemming te brengen met de rol van de overheid heden ten dage. Ik meen te hebben aangetoond dat de positie van de ambtenaar niet op de bovenvermelde, welhaast mythische, gronden verschilt met die van een particuliere werknemer. Is er dan niets bijzonders aan de hand met de relatie overheid/overheidspersoneel? Toch wel. Het bijzondere dat in die relatie gelegen is, spruit voort uit de dubbelrol die de overheid vervult: zij is werkgeefster ten opzichte van haar personeel, maar zij is tegelijkertijd overheid in de maatschappij. En dat betekent, dat haar bevoegdheden en verplichtingen als overheid soms haar bevoegdheden en verplichtingen als werkgeefster versterken, en soms daarmee kunnen botsen.

Laten wij eerst de bevoegdheden van de overheid als werkgeefster nader onder de loep nemen (waarbij uitputtendheid niet is nagestreefd). Als werkgeefster mag zij de optimale inzet verlangen van haar werknemers, een kwalitatief en kwantitatief voldoende productie, loyaliteit aan het werkverband, een doelmatig, doeltreffend en ordelijk functioneren van het 'bedrijf'. Als werkgeefster heeft zij te zorgen voor een goed financieel en sociaal beleid ten opzichte van haar personeel en t.a.v. voorheen in haar dienst werkzame personen en hun nagelaten betrekkingen. Onder de zorg voor een goed financieel en sociaal beleid vat ik zulke zaken als de zorg voor een redelijke beloning, voor een beloning die niet te zeer afwijkt van die van particuliere werknemers (49), voor rechtvaardige bezoldigingsverhoudingen binnen de overheid, voor rechtszekerheid van de werknemers ten aanzien van hun rechten en verplichtingen, voor inspraak van haar werknemers ten aanzien van de vaststelling van hun financiële en niet-financiële arbeids-

(48) Ik zou Jeukens' opvattingen onjuist weergeven, indien ik niet zou vermelden, dat hij op verschillende plaatsen in Het Ambtenarenrecht wijst op samenhang en paralleliteit tussen ambtenarenrecht en gemeen arbeidsrecht (bijv. blzz. 98 en 301). Niettemin ziet hij elk van beide als een *autonome* rechtsfeer (bijv. blz. 301; cursivering van mij: CRN).

(49) Niet alleen uit een oogpunt van rechtvaardigheid, maar ook met het oog op gezonde concurrentieverhoudingen met het particuliere bedrijfsleven.

voorwaarden (50). Een goed sociaal beleid omvat mede de zorg voor het welbevinden en de ontplooiing van het personeel (werkoverleg, medezeggenschap, een adequate werkomgeving en bescherming bij het verrichten van arbeid, bedrijfsmaatschappelijk werk, bescherming van de privacy i.v.m. de persoonsgegevens). Het zijn bevoegdheden en verplichtingen die — mutatis mutandis — ook gelden voor particuliere werknemers. Alleen: de overheid is de grootste werkgeefster in het land, en dient als zodanig het goede voorbeeld te geven.

Bezien wij vervolgens het beeld van de overheid als overheid, en waar haar bevoegdheden en verplichtingen als overheid kunnen cumuleren, dan wel kunnen conflicteren met haar bevoegdheden en verplichtingen als werkgeefster.

Eerst de verplichtingen. Als overheid heeft zij te zorgen voor een verantwoord sociaal, economisch en financieel beleid. Dat deze verplichting wel eens kan botsen met haar verplichtingen als werkgeefster wordt duidelijk in de gevallen waarin het verwijt opklinkt, dat 'de ambtenarensalarissen weer eens sluitpost van de begroting zijn'. Als overheid heeft de overheid de plicht, de dienst doelmatig en doeltreffend te laten functioneren. Het zijn immers gemeenschapsgelden die worden aangewend. Hier ziet men, dat een van de bevoegdheden van de overheid als werkgeefster cumuleert met een van haar verplichtingen als overheid. Als overheid heeft zij de verplichting dienstverlening die voor de samenleving essentieel is, voortgang te doen vinden. Dat kan wel eens botsen met haar verplichting als werkgeefster, rekening te houden met het verlangen van werknemers om bij de inspraak of arbeidsvoorwaarden alle middelen aan te kunnen wenden die hun standpunt kracht bij kunnen zetten. Ik doel hier met name op het stakingsmiddel.

Als overheid heeft de overheid ook de vrijheidsrechten van de burgers, dus ook die van haar personeelsleden in acht te nemen (51). Deze verplichting kan spanning opleveren, als men de vrijheid van meningsuiting als voorbeeld neemt, met de bevoegdheid van de

(50) Ik laat hier nog in het midden hoe die inspraak moet worden opgezet (overleg of onderhandeling), en of de vaststelling der arbeidsvoorwaarden eenzijdig dient te zijn, dan wel contractueel. Ik kom op het vraagstuk in hoofdstuk 3 nog terug.

(51) Aldus de heersende rechtsovertuiging. Ik kom daarop in hoofdstuk 6 terug.

overheid als werkgeefster, een goede functieervulling te eisen van haar werknemers. (Ik kom hierop terug in hoofdstuk 6.) Indien men het stakingsrecht als voorbeeld neemt (ik beschouw dat als een grondrecht van de werknemer — zie nader daarover hoofdstuk 7), dan kan de verplichting van de overheid om als overheid dit grondrecht te respecteren, conflicteren met haar verplichting, essentiële diensten voortgang te laten vinden. Wanneer men denkt aan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, dan cumuleert de plicht van de overheid als zodanig tot eerbiediging van grondrechten, met haar verplichting als werkgeefster, om t.a.v. de persoonsgegevens van personeelsleden de uiterste zorgvuldigheid te betrachten.

De overheid heeft als overheid de plicht de constitutionele regels t.a.v. de ministeriële verantwoordelijkheid en het budgetrecht van de volksvertegenwoordiging in acht te nemen. Of dat in het reine te brengen is met haar plicht als werkgeefster om haar werknemers inspraak toe te staan bij de vaststelling van hun arbeidsvoorwaarden, zal ik afzonderlijk bespreken (hoofdstuk 3). Van de bevoegdheden van de overheid als overheid, verdient nog de aandacht de bevoegdheid van de gedecentraliseerde overheden tot het nemen — binnen zekere grenzen — van beslissingen in autonomie. Dit kan spanning opleveren met de verplichting van de overheid als werkgeefster om rechtsgelijkheid te bevorderen, indien de lagere publiekrechtelijke lichamen t.a.v. hun personeel een van het personeel van de centrale overheid sterk afwijkende rechtspositie vaststellen. Daar staat weer tegenover de bevoegdheid van de centrale overheid als zodanig, om d.m.v. het toezicht op de gedecentraliseerde overheid harmonisatie van arbeidsvoorwaarden te bevorderen.

2.2.6. Benadering per rechtspositioneel element

In het hierboven zeker niet volledig beschreven spanningsveld van bevoegdheden en verplichtingen van de overheid als overheid en als werkgeefster, bevindt zich de relatie overheid/overheidspersoneel. Welke van deze bevoegdheden en verplichtingen in de praktijk de doorslag zal geven, is afhankelijk van de concrete omstandigheden en de heersende opvattingen ten aanzien van de materie die aan de orde is. Dat betekent, dat niet met een beroep op het a priori van een bijzondere status van de ambtenaar bestaande verschillen in rechtspositie tussen de ambtenaar en de particuliere

werknemers kunnen worden gerechtvaardigd. Steeds zal de noodzakelijkheid of wenselijkheid van een verschil in rechtspositie zelfstandig moeten worden bewezen.

De ambtenaar is een in dienstverband arbeidende mens als ieder ander. Hij mag aan zijn werkgever dezelfde eisen stellen als iedere andere werknemer aan diens werkgever. Hij kan van zijn werkgever dezelfde eisen verwachten als iedere andere werknemer. Alleen speelt daar dwars doorheen, dat de overheid tegelijkertijd haar rol als overheid heeft te vervullen. Wie dit met mij als uitgangspunt neemt, is gehouden elk rechtspositioneel element op zijn eigen merites te beoordelen en na te gaan, of de omstandigheid dat de werkgeefster tegelijkertijd haar rol als overheid heeft te vervullen, ten aanzien van het onderzochte rechtspositionele element noodzaakt tot het maken van een verschil in rechtspositie tussen overheidswerknemers en particuliere werknemers. In het vervolg van dit preadvies zal ik trachten enkele elementen aan een zodanig onderzoek te onderwerpen.

3. DE WIJZE VAN VASTSTELLING VAN DE ARBEIDSVOORWAARDEN

3.1. Eenzijdigheid of tweezijdigheid?

Formeel geschiedt de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden voor het overheidspersoneel nog steeds eenzijdig. Op centraal niveau echter (52) dient — naar de bewoordingen van art. 125, eerste lid, onder k, van de Ambtenarenwet 1929 — over alle aangelegenheden van algemeen belang voor de rechtstoestand van de ambtenaren, met inbegrip van de algemene regels volgens welke het personeelsbeleid zal worden gevoerd, overleg te worden gepleegd met vertegenwoordigers van de centrales voor overheidspersoneel. Ik beklemtoon: 'overleg plegen met'. Deze woorden, in 1968 in de Ambtenarenwet 1929 gekomen, beogen tot uitdrukking te brengen, dat in het centraal georganiseerd overleg als het maar enig-

(52) Ik beperk mijn betoog voorshands tot het centraal niveau, niet alleen wegens de importantie van het centraal georganiseerd overleg, maar ook omdat hetgeen op centraal niveau aan arbeidsvoorwaarden wordt vastgesteld, 'trendsettend' is voor de andere niveaus.

zins mogelijk is, gestreefd moet worden naar overeenstemming met de centrales van overheidspersoneel.

In de geschiedenis van het centraal georganiseerd overleg (53), heeft men op verschillende manieren gepoogd de eenzijdigheid van de vaststelling der arbeidsvoorwaarden te mitigeren door enigerlei vorm van inspraak van de ambtenaren-vertegenwoordigers toe te staan. Voorheen was die inspraak niet meer dan het kenbaar mogen maken van het gevoelen van de ambtenarenorganisaties; thans dient er overleg gepleegd te worden met die organisaties. Men kan in dat licht niet zeggen, dat er onder het huidige bestel sprake is van een absolute eenzijdigheid van de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden van het overheidspersoneel. Er zijn zeker elementen van tweezijdigheid daarin te onderkennen. Die elementen zullen nog worden versterkt indien in het huidige overlegstelsel aan het overheidspersoneel het recht zou worden gegeven, het stakingsmiddel te hanteren. Op het waarom en hoe van erkenning van het stakingsrecht aan het overheidspersoneel ga ik nog nader in, in hoofdstuk 7. Op deze plaats volsta ik met te stellen, dat erkenning van dit recht het doortrekken van een lijn is, die ten aanzien van het centraal georganiseerd overleg is gevolgd. Het oogmerk daarbij was, zeker bij de laatste wijziging van het overlegstelsel in 1968, aan de vertegenwoordigers van het overheidspersoneel, bij handhaving van de eenzijdigheid van de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden, toch een zo groot mogelijke ruimte te bieden voor participatie in het proces dat aan de eigenlijke vaststelling van de arbeidsvoorwaarden voorafgaat. Erkenning van het stakingsrecht van het overheidspersoneel ligt in het verlengde van dit oogmerk (54).

Dat onder het huidige stelsel niet altijd overeenstemming wordt bereikt en dat formeel gezien de noodzaak om tot overeenstem-

(53) Men zie enige historische gegevens in het rapport van de Staatscommissie van 1952, blz. 40 e.v.; voorts bij N.E.H. van Esveld, Arbeidsrecht en Ambtenarenrecht, blz. 99 e.v.

(54) Men vergelijkte dit met hetgeen van regeringszijde is gezegd bij de behandeling van wetsontwerp 11001, dat (mede) strekte tot opheffing van het strafrechtelijke stakingsverbod voor ambtenaren, bijv. in de MvA voor de Eerste Kamer: 'De lijn van reële participatie doortrekkend behoort stakingsrecht daartoe, zij het als een ultimum remedium' (11001, MvA I, stuk nr. 15, blz. 3).

ming te geraken ontbreekt (55), doet aan het voorgaande niet af. Het al dan niet bereiken van overeenstemming is afhankelijk van verscheidene factoren, zoals de krachtsverhoudingen tussen de deelnemers aan het overleg (inclusief de krachtsverhoudingen tussen de ambtenarenorganisaties onderling), de krachtsverhoudingen binnen het kabinet en tussen het kabinet en het parlement, de concrete sociaal-economische omstandigheden, de situatie op de arbeidsmarkt, de invloed van hetgeen in het bedrijfsleven aan arbeidsvoorwaarden tot stand is gekomen, etc. Het al dan niet bereiken van overeenstemming is ook afhankelijk van allerlei meer persoonlijke overwegingen die men in ieder onderhandelingsproces kan tegenkomen, zoals het verlangen om op een punt de winst binnen te halen door op een ander punt toe te geven; het vermogen de grenzen van de onderhandelingsruimte van de tegenpartij te doorgronden en daarvoor begrip op te brengen; de bereidheid tot het sluiten van compromissen; het bewust zijn dat men met elkaar in de toekomst ook voort moet leven; het onderkennen dat dreigende taal, ultimata en slepende conflicten de sfeer aan de onderhandelingstafel voor lange tijd ernstig kunnen verzieken, enz. En: ook in een tweezijdig stelsel ontbreekt formeel de noodzaak om tot overeenstemming te komen.

Zou men, met inachtneming van het vorenstaande, het huidige stelsel van centraal georganiseerd overleg kort willen karakteriseren, dan meen ik, dat met 'formeel eenzijdig, maar met elementen van tweezijdigheid' de kenmerken van het thans bestaande systeem niet onjuist zijn weergegeven. Zeker indien overeenstemming is bereikt, is de eenzijdige vaststelling niet meer dan het in de voorgeschreven formele vorm gieten van hetgeen materieel tweezijdig is overeengekomen.

Vervolgens ter vergelijking de methoden van vaststelling van de arbeidsvoorwaarden in de particuliere sector. Ook hier is het een kwestie van de krachtsverhoudingen tussen de partijen bij de collectieve onderhandelingen, de krachtsverhouding van elk der partijen tot haar 'achterban', de concrete economische mogelijkheden, de situatie op de arbeidsmarkt, de invloed van de arbeidsvoorwaarden in andere bedrijfstakken en bij de overheid, de meer persoonlijke factoren in het onderhandelingsproces enz., of in die

(55) Dit laatste is het hoofdbezwaar van de vertegenwoordigers van de ambtenarencentrales in de Werkgroep ASIO; rapport blz. 12.

onderhandelingen overeenstemming wordt bereikt (56).

Ook hier ontbreekt, zoals gezegd, formeel de noodzaak om tot overeenstemming te geraken; materieel zullen de onderhandelingspartners zeer waarschijnlijk de risico's afwegen die bij het niet bereiken van overeenstemming ontstaan, zoals het gevaar van een arbeidsconflict. Indien wilsovereenstemming bereikt wordt, kan de formele tweezijdigheid ook een materiële tweezijdigheid zijn. Indien echter de vakorganisaties zich noodgedwongen moeten neerleggen bij hetgeen voor de werkgevers duidelijk het uiterste bod is (noodgedwongen, bijv. omdat een staking geen zin had, dan wel geen succes opleverde), dan is er formele wilsovereenstemming, maar dan verschilt die situatie slechts gradueel van die, waarbij de werkgever eenzijdig de nieuwe arbeidsvoorwaarden zou vaststellen.

Intussen heeft ook de overheid de formele tweezijdigheid van de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden in de particuliere sector niet onaangetast gelaten (57). Ik noem in de eerste plaats de totstandkoming in 1927 van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst. Art. 14 van deze wet verplicht een door een cao gebonden werkgever de cao ook na te leven ten aanzien van de arbeiders die geen lid zijn van een bij de totstandkoming van die cao betrokken vakvereniging. Voor deze arbeiders zijn als het ware eenzijdig vastgestelde arbeidsvoorwaarden van toepassing. Een tweede wet die vermelding verdient, is de Wet op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van collectieve arbeidsovereenkomsten van 1937. Bij algemeen verbindendverklaring van een cao worden in een bedrijfstak werkgevers en werknemers die niet betrokken waren bij de totstandkoming van deze cao gebonden aan deze overeenkomst op een wijze die voor de werknemers zeer veel weg heeft van een eenzijdige vaststelling van de voor hen geldende arbeidsvoorwaarden.

Na de Tweede Wereldoorlog zijn er verscheidene perioden geweest waarin de vrije loonvorming in het bedrijfsleven aan meer of min-

(56) Een mathematische analyse van het onderhandelingsproces vindt men bij J. Pen, *De loonvorming in de moderne volkshuisvesting*, Leiden 1950. Een verbale beschrijving daarvan is te vinden bij W. Albeda, *Arbeidsverhoudingen in Nederland*, 2e dr., Alphen aan den Rijn 1977, blz. 74-88.

(57) Men zie nader H.L. Bakels/L. Opheikens, *Schets van het Nederlands arbeidsrecht*, Deventer 1978, 4e druk, blz. 80 e.v. en blz. 151 e.v., en de aldaar aangehaalde literatuur.

der stringente banden werd gelegd. Ik noem de periode 1945—1954, waarin op grond van de toen geldende tekst van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 de Minister van Sociale Zaken enkele algemene aanwijzingen heeft vastgesteld die hebben geleid tot verplichte, uniforme loonronden. Daarna kregen wij een periode van gedifferentieerde loonpolitiek, en in de jaren '60 enkele malen een onverbindendverklaring van een cao op grond van een ongunstige ontwikkeling in de lonen. In 1970 komt de Wet op de loonvorming tot stand, waarin aan partijen meer vrijheid dan voorheen wordt gelaten ter zake van het regelen van het loon. Maar de Minister van Sociale Zaken krijgt in die wet wel onder meer de bevoegdheid tot loonbevrozing in het belang van de nationale economie. Meteen in 1970 wordt ondanks groot verzet een loonmatigingsbesluit uitgevaardigd (58), en in de jaren daarna is er meermaals een loonmaatregel genomen (soms op basis van een tijdelijke wijziging van de Wet op de loonvorming).

Uit de geschiedenis verdient ook vermelding de Machtigingswet inkomensvorming en bescherming werkgelegenheid 1974, die tot 1 januari 1975 heeft gegolden. Op basis van deze wet had de Minister van Sociale Zaken onder meer de bevoegdheid de arbeidsvoorwaarden zowel bij de overheid, als in de particuliere sector te regelen. Ik vermeld verder nog de bevoegdheid van de Minister van Sociale Zaken om regelend op te treden terzake van de lonen en arbeidsvoorwaarden van niet-cao-werknemers (Wet tijdelijke voorzieningen met betrekking tot arbeidsvoorwaarden in arbeidsverhoudingen waarvoor geen collectieve arbeidsovereenkomst geldt (Stb. 1978, 18); in werking getreden per 1 januari 1978) (59).

(58) In feite twee besluiten; het tweede besluit is een verzachte vorm van het eerste (*Stcrt.* 1970, nrs. 239 en 247).

(59) De vraag, of loonmaatregelen die weinig tot geen ruimte laten voor de contractsvrijheid van de sociale partners, in strijd zouden zijn met Verdrag nr. 87 van de Internationale Arbeidsorganisatie, zou een aparte bespreking vergen. Dit verdrag, dat voor Nederland is geratificeerd, betreft de vrijheid tot het oprichten van vakverenigingen en de bescherming van het vakverenigingsrecht. Ik verwijs naar het preadvies van A.T.J.M. Jacobs voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer 1982. Wil de Nederlandse regering niet op de vingers getikt worden door de toezichthoudende organen van de IAO, dan past uiterste voorzichtigheid bij het nemen van loonmaatregelen. In zijn vonnis van 21 januari 1982 -- voor zover hier van belang -- heeft de President van de Haagse Rechtbank (in de zaak van het CNV tegen de Staat) ten aanzien van Verdrag nr. 87 uitgesproken dat dit verdrag geen →

Overziet men het beeld, dan zijn de verschillen tussen de methodes van vaststelling van de arbeidsvoorwaarden voor overheidspersoneel en particulier personeel eerder gradueel, dan principieel van aard. Voor overheidspersoneel kan de formeel eenzijdige vaststelling bij bereiken van een vergelijk materieel een tweezijdige zijn. In de particuliere sector is de formele tweezijdigheid van de vaststelling slechts in de gevallen waarin de wil van partijen ook daadwerkelijk vrij kan worden bepaald, een materiële tweezijdigheid; voor het overige vertoont, althans vanuit werknemersstandpunt gemeten, diens positie gelijkenis met die van iemand wiens arbeidsvoorwaarden eenzijdig worden vastgesteld (60).

3.2. Wijziging van de methode van vaststelling van arbeidsvoorwaarden voor overheidspersoneel

3.2.1. Inleiding

Van de zijde van de ambtenarenorganisaties is meermaals de vraag aan de orde gesteld, of het systeem van centraal georganiseerd overleg geen wijziging zou behoeven. Ook na de laatste wijziging van het stelsel in 1968 is die vraag levend gebleven, en zeker in barre economische tijden, waarin de regering zich genoopt voelde te komen met ingrijpende bezuinigingsvoorstellen, hebben de ambtenarencentrales dikwijls het verwijt laten horen, dat van 'open en reëel overleg' over deze voorstellen, wanneer deze de financiële arbeidsvoorwaarden van het overheidspersoneel betroffen, geen sprake was.

Nadat -- in mei 1980 -- de Commissie van advies inzake de regeling van voorzieningen bij collectieve arbeidsgeschillen in de openbare dienst (in de wandeling de Commissie-Toxopeus II) gheten

rechtstreekse werking heeft; dat het verdrag niet een zodanige strekking heeft dat daaruit een verbod kan worden afgeleid de loonmaatregel van 23 december 1981 uit te vaardigen; dat de Staat gehouden is de onderhandelingsruimte voor de vakverenigingen zo weinig mogelijk aan te tasten, maar dat niet aanmerkelijk is dat eisen van zorgvuldigheid in december 1981 voor de Staat de verplichting meebrachten de voorgenomen maatregel niet te treffen.

(60) Van degenen die met mij van oordeel zijn dat het verschil tussen de collectieve onderhandeling in het bedrijfsleven en het georganiseerd overleg bij de overheid niet zo groot (meer) is, noem ik N.E.H. van Esveld (in: Arbeidsrecht en Ambtenarenrecht, blz. 97 e.v.), T. Koopmans (in: *W.P.N.R.* 1970, nr. 5067) en H.C.V. Schrama (in: *S.M.A.* 1976, blz. 330).

(61) rapport had uitgebracht, heeft de toenmalige Minister van Binnenlandse Zaken gehoor gegeven aan een wens die de centrales van overheidspersoneel naar aanleiding van dit rapport hebben geuit. Die wens hield in, dat een werkgroep zou moeten worden gevormd, die zich zou buigen over de beide voorontwerpen die de commissie-Toxopeus II had opgesteld (een terzake van een methode van geschillenoplossing in het georganiseerd overleg, een inzake collectieve acties van ambtenaren), in samenhang met het functioneren van het georganiseerd overleg.

Deze werkgroep, de Werkgroep ASIO (aard, structuur, en inhoud van het overleg), werd samengesteld uit vertegenwoordigers van de overheid en van de centrales. Zij bracht in oktober 1980 rapport uit aan het Centraal georganiseerd overleg in ambtenarenzaken. De opvattingen die men in het rapport tegenkomt, zijn door de leden van de werkgroep op persoonlijke titel geuit (62). Het rapport bevat onder andere een voorstel voor een nieuw overlegstelsel. Het door alle leden van de werkgroep daarbij aanvaarde uitgangspunt is, dat over de hoofdlijnen van het arbeidsvoorwaardenbeleid overeenstemming moet worden bereikt, alvorens de overheid tot regelgeving kan overgaan. Deze overeenstemming wordt geacht te zijn bereikt indien een in het overleg behandeld voorstel de instemming krijgt van de meerderheid van de centrales (63). Aldus wordt het beginsel van eenzijdige vaststelling gehandhaafd, terwijl beoogd wordt de elementen van tweezijdigheid te versterken.

Uit het rapport blijkt, dat de vertegenwoordigers van sommige centrales (64) wel verder hadden willen gaan, en aan invoering van een onderhandelingsstelsel op basis van volledige tweezijdigheid de voorkeur hadden gegeven. Zij hebben echter als 'next best' het bovenomschreven uitgangspunt voor wijziging van het overleg-

(61) Ik maakte van deze commissie reeds eerder melding in een noot bij hoofdstuk 2. Een bespreking van het rapport van deze commissie vindt men in *T.v.O.* 1980, blz. 371 e.v., van de hand van W.J.P.M. Fase.

(62) Een uitgebreide bespreking van het rapport van de Werkgroep ASIO vindt men in *S.M.A.* 1981, blz. 311 e.v., van de hand van J.C.I. de Pree, een van de leden van de overheidsdelegatie in de werkgroep. Verder wijdt ook M.G. Rood in *N.J.B.* 1981, blz. 149 e.v. aandacht aan het rapport.

(63) Voor het meten van die meerderheid bevat het rapport een berekeningsmethode. Ik kom daarop nog terug.

(64) NL. ACOP en RKCOP.

stelsel aanvaard (par. 3.5). Uit het rapport blijkt ook, dat de andere centrales tegen de invoering van een stelsel van volledige tweezijdigheid principiële bezwaren koesteren (par. 3.4.4 en par. 3.5). De overheidsdelegatie acht geen principiële belemmeringen aanwezig, maar oordeelt het invoeren van een volledig tweezijdig stelsel onwenselijk (par. 3.4.4 en par. 3.5.1).

Alvorens de wenselijkheid van wijziging van het overlegstelsel nader te beschouwen, wil ik ingaan op de prelabelle vraag, of inderdaad zoals de vertegenwoordigers van sommige centrales menen, er principiële bezwaren zijn aan te voeren tegen een stelsel met volledige tweezijdigheid.

3.2.2. Zijn er principiële belemmeringen tegen de invoering van een volledig tweezijdig stelsel?

De principiële bezwaren die de vertegenwoordigers van sommige centrales in de Werkgroep ASIO aanvoeren (65), zijn niet gelegen in de handhaving van het beginsel van de ministeriële verantwoordelijkheid en van het budgetrecht van het parlement; wél in de 'aan de status van de ambtenaar ten grondslag liggende bijzondere positie van de overheid als werkgever'. De vertegenwoordigers van één centrale (66) voegen daaraan toe, dat ook art. 72 van de Grondwet (naar de tekst van 1972) de invoering van een stelsel van tweezijdigheid in de weg staat (par. 3.5). Ik ga deze punten stuk voor stuk na.

De werkgroep is unaniem van mening dat het beginsel van de ministeriële verantwoordelijkheid niet wordt aangetast door wijziging van de aard van het overleg. Voorts betoogt de werkgroep unaniem, dat het budgetrecht formeel geen belemmering oplevert voor een wijziging van de aard van het overleg.

Deze opvattingen worden door de werkgroep niet op elk punt breedvoerig beargumenteerd. Ik onderschrijf ze, en kan de daaraan ten grondslag liggende gedachtengang wel ongeveer reconstrueren. Ook indien voor de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden voor het overheidspersoneel een stelsel van tweezijdigheid zou worden ingevoerd, blijft het beginsel van de ministeriële verantwoordelijk-

(65) Het gaat hier om de vertegenwoordigers van AC, CCOOP en CMHA.

(66) Het Ambtenarencentrum.

heid volledig intact, zij het — Rehorst wijst hier terecht op (67) — op een andere wijze dan voorheen, maar — zo voeg ik daaraan toe — inhoudelijk niet zoveel verschillend met hetgeen onder het vigerende overlegstelsel de inhoud van de ministeriële verantwoordelijkheid is. De betrokken bewindsman is en blijft verantwoordelijk voor hetgeen hij in het overleg, c.q. de collectieve onderhandelingen, heeft ingebracht; voor de wijze waarop hij het overleg, c.q. de onderhandelingen gevoerd heeft, en voor het daarin bereikte resultaat (of: non-resultaat). Bevalt een en ander (de meerderheid van) het parlement niet, dan wordt de bewindsman teruggestuurd naar de overleg-, c.q. onderhandelingstafel (68). Het enige verschil dat ingeval van een volledig tweezijdig stelsel misschien zou kunnen optreden, is, dat de bewindsman, indien hij met zijn onderhandelingspartners een overeenkomst heeft gesloten, harder zal vechten en zwaarder geschut in stelling zal brengen (ik doel op het zwaaien met zijn portefeuille) om niet teruggestuurd te worden naar de onderhandelingstafel, waar hij niet alleen kwade gezichten kan verwachten, maar ook grote onwil om het reeds gesloten akkoord weer open te breken (69).

Vervolgens het budgetrecht. Op dit stuk is het betoog van de werkgroep uitgebreider (par. 3.4.3). Zij wijst er m.i. terecht op, dat indien een bewindsman in een volledig tweezijdig stelsel zich bij overeenkomst bindt zonder voor de financiële gevolgen hiervan machtiging van de begrotingswetgever te bezitten (70), hij hiervoor de politieke gevolgen zal moeten dragen (71); de rechten

(67) P. Rehorst, De Grondwet en de ambtelijke rechtspositie, in *S.M.A.* 1975, blz. 145; zo meen ik althans zijn woorden te mogen verstaan.

(68) De bewindsman zou ook heen kunnen worden gezonden. Het lijkt mij, dat dit niet zo snel zal gebeuren, in het licht van de omstandigheid, dat naar alle waarschijnlijkheid de val van deze bewindsman tevens de val van het kabinet betekent.

(69) Een 'beetje' bewindsman zorgt er natuurlijk vooraf voor, dat hij niet in die positie gebracht wordt. Hij kan tevoren sonderen, of hij op steun van een parlementaire meerderheid kan rekenen voor het bereikte onderhandelingsresultaat, en hij zal bij twijfel omtrent de te verwachten steun — of ook zonder daaromtrent te twijfelen —, een voorbehoud maken ten aanzien van de 'parlementaire goedkeuring' van zijn beleid.

(70) Of achteraf te verkrijgen, zo voeg ik daaraan toe.

(71) En, theoretisch gezien, eventueel ook met zijn persoonlijk vermogen de financiële gevolgen, tenzij een indenniteitswet anders zou voorzien. Aldus mijn aanvulling op dit betoog.

van de partners bij deze overeenkomst (in casu de bonden, en daarvan afgeleid: het overheidspersoneel) blijven echter onverlet (72). Formeel gezien — zo meent de werkgroep — levert het budgetrecht geen belemmering op voor wijziging van de aard van het thans geldende overlegstelsel.

Ik zou dat laatste anders gezegd hebben: formeel blijft in de hier beschreven casus het budgetrecht intact, maar er volgen dan wel eigenaardige consequenties, als het parlement weigert mee te werken aan de totstandkoming van de benodigde begrotingswet. Op die eigenaardige consequenties, die zich in theorie kunnen voordoen, ga ik nu in het kort in.

Als het parlement weigert de betrokken begrotingsposten goed te keuren, kan volgens de staatsrechtelijke theorie het kabinet zijn ontslag aanbieden en/of kan (kunnen) de Kamer(s) worden ontbonden. Indien ook de Staten-Generaal in nieuwe samenstelling medewerking weigeren, moet het kabinet, weer volgens de staatsrechtelijke theorie (niet tweemaal ontbinding voor hetzelfde conflict) zich neerleggen bij dit standpunt, of plaats maken voor een kabinet dat wél bereid is zich daarbij neer te leggen. Vervolgens ontstaat er onduidelijkheid omtrent hetgeen rechtens is. Enerzijds is het het kabinet niet toegestaan de overeenkomst uit te voeren. Anderzijds mag aan de wederpartij van de overheid het ontbreken van de begrotingsgelden die voor de overeengekomen arbeidsvoorwaarden benodigd zijn, niet worden tegengeworpen. Theoretisch gezien zou dan de — voormalige — bewindsman die de overeenkomst heeft gesloten, het geld voor de uitbetalingen op de voet van de overeengekomen arbeidsvoorwaarden uit eigen zak moeten fourneren. Dat is natuurlijk een onmogelijke zaak. En quid iuris, indien de overeengekomen arbeidsvoorwaarden een korting zouden inhouden op de salarissen? Slechts op één manier kan aan deze nachtmerrie uit de studeerkamer een einde worden gemaakt, namelijk door een machtswoord van de wetgever: regering en parlement kunnen in gemeen overleg een wet tot stand brengen die de litigieuze overeenkomst opzij zet. Uit een oogpunt van tweezijdigheid van het onderhandelingsstelsel niet de fraaiste ontknoping!

Deze eigenaardige consequenties die de staatsrechtelijke theorie

(72) De werkgroep verwijst hierbij naar het De Bourbon-arrest, H.R. 5 okt. 1849, W 1058. Men vergelijk ook de artt. 37—44 van de Comptabiliteitswet.

vastknoopt aan een weigering van het parlement om de overeenkomst te implementeren, moeten worden voorkomen (73). En zij kunnen ook worden voorkomen — en hier zit ik weer in het spoor van de werkgroep —, indien de betrokken bewindsman er zorg voor draagt, dat hij gemachtigd is de uitgaven te doen waar-toe hij zich jegens de vakorganisaties heeft verplicht (74).

Dan kom ik bij het argument van sommige centrales, dat de bijzondere positie van de overheid als werkgeefster zich niet zou verdragen met een tweezijdig stelsel, omdat daarbij de overheid ten principale gelijk wordt gesteld met de vakorganisaties. Uit het gestelde in hoofdstuk 2 van dit preadvies kan men mijn standpunt afleiden. Er is principieel niets op tegen, als de overheid als werkgeefster zich in een onderhandelingspositie zou plaatsen ten opzichte van de ambtenarencentrales. De overheid is niet zo hoog gezeten, dat zij nimmer zou mogen pacteren met haar onderdanen

(73) Of deze moeilijkheden zich in de praktijk ook zullen voordoen, is mede afhankelijk van de krachtsverhouding tussen kabinet en parlement en binnen de regerende coalitie. Vaak zal de wil om de regeringscoalitie in stand te houden, groter zijn dan het verlangen, een minister naar huis te sturen. Maar ook al is men met mij van mening, dat in de praktijk de soep niet zo heet zal worden gegeten als zij wordt opgediend: voorkomen is beter dan genezen.

(74) Die machtiging zou hij vooraf kunnen krijgen: de begrotingswetgever zou een plafond kunnen aangeven, waarboven de betrokken minister niet zal mogen gaan. Aldus een suggestie van P. Rehorst in *S.M.A.* 1975, blz. 145. Als bezwaar tegen een dergelijke opzet zou kunnen worden opgeworpen, dat de ambtenarencentrales of zich door dit plafond in hun onderhandelingsruimte beknot achten, of dit plafond aanvaardden maar dan als *hun* uiterste bod, dan wel (vgl. J.C.I. de Pree in *S.M.A.* 1981, blz. 317) als minimum voor verdere onderhandelingen (waardoor voor de overheid de onderhandelingsmarge, nog voor de onderhandelingen in feite begonnen zijn, meteen is opgesoupeerd). Het lijkt meer aangewezen, de machtiging eerst achteraf te vragen, en dus de overeenkomst te sluiten onder de ontbindende voorwaarde, dat machtiging verkregen wordt. Dit belet overigens de betrokken minister niet om voor de onderhandelingen bij het parlement te peilen, hoe de kansen liggen voor het verkrijgen van de machtiging. Vgl. in dit verband ook W.J.P.M. Fase in *T.v.O.* 1980, blz. 376, die pleit voor invoering van een cao-systeem met goedkeuringsbevoegdheid voor het parlement. Schrijver maakt niet geheel duidelijk hoe hij dit systeem kan rijmen met zijn visie omtrent art. 72 Grondwet (die, zoals verderop zal blijken, de mijne niet is). Z.i. staat deze grondwetsbepaling aan formele tweezijdigheid op het stuk van de vaststelling van de bezoldigingsvoorwaarden in de weg. Wellicht moeten wij het voorstel van Fase zien in het licht van de nieuwe grondwetsbepaling inzake ambtenaren.

op het terrein van het publiekrecht (75). Dat was en is niet de werkelijkheid. Zoals het haar geoorloofd is op andere terreinen gebruik te maken van privaatrechtelijke rechtsvormen, met inbegrip van de overeenkomst, ook op het terrein van het beleid, zo is het haar ook geoorloofd overeenkomsten te sluiten met (de vertegenwoordigers van) haar personeel omtrent de arbeidsvoorwaarden. Zij heeft daarbij wel de verplichtingen in acht te nemen die uit haar positie als overheid voortvloeien. Bijv.: zij heeft als overheid te zorgen voor een goed sociaal-economisch beleid; dat brengt mee, dat zij de overwegingen die daarmee samenhangen, in haar onderhandelingen met de vakorganisaties moet laten meewegen (76).

(75) Ik laat daar, of de ambtenaarsverhouding in een tweezijdige opzet nog wel geheel en al tot het terrein van het publiekrecht zou behoren.

(76) Het komt mij voor, dat het hier bestreden argument tegen tweezijdigheid te zeer uitgaat van de volgende gedachtenlijn: du moment dat er sprake is van een overeenkomst, is er sprake van privaatrecht; het privaatrecht gaat uit van gelijkwaardige contractpartners; de overheid kan dat niet zijn, dus kan zij geen contract sluiten. Ik laat daar, dat ook in het privaatrecht lang niet altijd sprake is van gelijkwaardigheid van contractpartners (bijv. bij de arbeidsovereenkomst). Ik laat ook daar, dat in het privaatrecht zelf ook rekening is gehouden met de mogelijkheid van ongelijkwaardigheid van contractpartners (bijv. daar waar dwingend recht is opgelegd in het arbeidsovereenkomstenrecht). Indien een stelsel van tweezijdigheid zou worden ingevoerd voor de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden in de publieke sector, betreden wij een terrein waar privaatrechtelijke en publiekrechtelijke elementen dooréén gemengd worden. Dat terrein levert een specifieke problematiek op, waarvoor ik verwijs naar de preadviezen van N.S.J. Koeman en W. Konijnenbelt voor de N.J.V. 1980, naar die van E. Droogleeuwer Fortuyn en D.A. van der Linde voor de N.J.V. 1965 en naar G.J. Wiarda, Overeenkomsten met overheidslichamen, Zwolle 1939, diens preadvies voor de VAR van 1943 (Geschriften *V.A.R.* VIII) en diens bijdrage in *W.P.N.R.* 1970, nr. 5067. Ik volg de lijn die Apelt al in 1920 trok in het kader van het leerstuk van de administratiefrechtelijke overeenkomsten: als men de staat de bevoegdheid toeschrijft zichzelf onder het gezag van zijn eigen privaatrechtelijke regels te stellen, teneinde met zijn onderdanen op gelijke voet deel te nemen aan het private rechtsverkeer, bezit hij ook de macht om, indien hij zulks nodig acht en het recht hem dat niet verbiedt, voor de regeling van een publiekrechtelijk onderwerp zo'n vorm te kiezen, dat zijn onderdanen op gelijke voet met hem verkeren (W. Apelt, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, Leipzig 1920, blz. 123 e.v.). Apelt keert zich hierbij tegen de leer van Otto Mayer, die echte overeenkomsten, waarbij de overheid partij is, op het gebied van het publiekrecht niet denkbaar acht (O. Mayer, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band 3, 1888, blz. 42).

Tenslotte de tegenwerping tegen een tweezijdig stelsel, die de ver-
tegenwoordigers van één centrale ontlenen aan art. 72 van de
Grondwet naar de tekst van 1972 (77).

Ik sluit mij aan bij hetgeen de andere leden van de werkgroep hier-
over zeggen. De grondwetsbepaling geeft slechts aan, welke orga-
nen tot regeling bevoegd zijn. Zij betreft niet de inhoud van de
regels en evenmin de wijze waarop de organen deze tot stand
brengen. Zij vereist slechts dat, voorzover die vaststelling niet een-
zijdig door het in de Grondwet aangewezen orgaan geschiedt, de
ruimte daarvoor in een voorschrift van dat orgaan geboden wordt
(78).

3.2.3. *Bestaat er aanleiding wijziging te brengen in het huidige stel- sel?*

Ik heb vervolgens de vraag te beantwoorden, of wijziging van het

(77) Art. 72 luidt:

'1. De Koning heeft het opperbestuur van de algemene geldmiddelen. Hij regelt
de bezoldiging van alle colleges en ambtenaren, die uit 's Rijks kas worden
betaald. 2. De wet regelt de bezoldiging van de Raad van State, van de Alge-
mene Rekenkamer en van de rechterlijke macht. 3. De Koning brengt de bezol-
digingen op de begroting der Rijksuitgaven.

4. De pensioenen der ambtenaren worden door de wet geregeld'. Art. 5.2.10
van de nieuwe Grondwet luidt:

'De wet regelt de rechtspositie van de ambtenaren. Zij stelt tevens regels om-
trent hun bescherming bij de arbeid en omtrent medezeggenschap'.

(78) Men zie ook de stukken m.b.t. de herziening van de grondwettelijke be-
palingen inzake ambtenaren, o.a. Kamerstuk 15048, nr. 7, blz. 3-4. Voorts
P. Rehorst in *S.M.A.* 1975, blz. 141 e.v. Deze betoogt op basis van een - glo-
baal - historisch onderzoek dat het ambtenarenartikel geen andere strekking
heeft dan die van een formele bevoegdheidsverdeling tussen Koning en wet-
gever. Over de wijze waarop de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden mate-
rieel tot stand komt, laat het artikel zich niet uit. De grondwetsbepaling be-
hoeft geenszins te impliceren, dat tot regelen bevoegde organen gehouden
zijn zélf de materiële regels te geven; zij mogen ook 'regelen', dat die mate-
riële regels bij overeenkomst tot stand worden gebracht. Ik merk nog op, dat
de formele bevoegdheidsverdeling die in art. 72 van de huidige Grondwet te
lezen is, naar mijn opvatting niet de strekking heeft de wetgever te exclude-
ren van het terrein van de ambtelijke bezoldiging. In dezelfde zin: H. Krabbe,
De burgerlijke staatsdienst in Nederland, Leiden 1883, blz. 173-177, en P.J.
Oud, Constitutioneel Recht II, Zwolle 1970, blz. 446 e.v. De grondwetsbe-
palingen over de macht des Konings beogen diens bevoegdheden duidelijk te
begrenzen, niet om de macht van de wetgever op dat terrein uit te sluiten.

huidige stelsel van overleg wenselijk is, en ik concentreer mijn aandacht allereerst op de verst gaande mogelijkheid, de invoering van een volledig tweezijdig stelsel.

De overheidsdelegatie in de Werkgroep ASIO voert een drietal argumenten aan, op grond waarvan naar haar oordeel zo'n systeem onwenselijk is (par. 3.5.1). Allereerst wijst zij erop, dat er thans een complex geheel is van voorschriften die de rechtspositie van ambtenaren betreffen. De ambtenaar ontleent zijn aanspraken aan de op hem van toepassing zijnde algemeen verbindende voorschriften. Zou men (onderdelen van) de rechtspositie bij overeenkomst vaststellen, aan welke overeenkomst ambtenaren rechtstreeks aanspraken kunnen ontleenen, dan lijkt het resultaat van de onderhandelingen moeilijk inpasbaar in de thans bestaande systematiek.

Dit lijkt mij niet het sterkste argument. Men zou een scheiding kunnen aanbrengen in elementen van de rechtspositie die 'non-negotiable issues' zijn, en andere (bijv. elementen van bezoldiging), waarover wél kan worden onderhandeld. Het is een kwestie van tijd en inventiviteit om voor de daarbij rijzende vragen oplossingen te vinden.

Het tweede argument van de overheidsdelegatie acht ik sterker: er zouden vragen rijzen met betrekking tot de rechtsgang naar de ambtenarenrechter. Is bij de regeling van de rechtspositie op privaatrechtelijke grondslag een aparte rechtsgang voor ambtenaren nog gerechtvaardigd? Naarmate de rechtspositie van het overheidspersoneel meer op privaatrechtelijke leest zou worden geschoeid, zou het verwijt luider opklinken, dat het overheidspersoneel zich qua rechtsbescherming in vergelijking tot particuliere werknemers in een geprivilegieerde positie bevindt.

Dat verwijt zou naar mijn oordeel niet terecht zijn. De ambtenarenrechtspraak heeft een eigen functie en betekenis, welke geheel los gedacht kunnen worden van een al dan niet privaatrechtelijke opzet van de vaststelling der arbeidsvoorwaarden. Het verwijt zou mijns inziens ook verkeerd gericht zijn: niet het bestaan van de ambtenarenrechtspraak zou ter discussie moeten worden gesteld, maar het ontbreken van een overeenkomstige rechtsbescherming voor particuliere werknemers zou aan de kaak moeten worden gesteld. Ik kan overigens goed begrijpen dat de overheidsdelegatie heeft willen vermijden, dat er een discussie zou ontstaan over de

gerechtvaardigheid van een eigen rechtsbeschermingsregiem voor het overheidspersoneel (79).

Tenslotte heeft de overheidsdelegatie als bezwaar tegen de invoering van een volledig tweezijdig systeem aangetekend, dat die invoering welhaast onvermijdelijk zou maken, dat op vele niveaus onderhandelingen zouden moeten worden gevoerd t.b.v. de vaststelling van de rechtspositie van bijzondere groepen ambtenaren. Ik versta dit bezwaar als een praktisch bezwaar, in die zin dat het technisch nogal moeilijk is om al die overleginstituten om te bouwen tot onderhandelingsfora, met daarbij voldoende garanties voor de concordantie van de daarin bereikte resultaten met de uitkomsten van de onderhandelingen op centraal niveau. Ook van dit argument zeg ik, dat het een kwestie van tijd en inventiviteit is voor het vinden van de oplossingen voor de opkomende technische kwesties.

Intussen is het voor mij wél de vraag of die investering in tijd en inventiviteit, waarover ik in het voorgaande sprak, de moeite waard is. Dan zullen wij eerst moeten bezien, wat de specifieke voordelen zouden zijn van een volledig tweezijdig systeem. Voorts: of die voordelen, afgewogen tegen eventuele nadelen, de waarde van een volledig tweezijdig stelsel doen uitstijgen boven het huidige, gemittigeerd eenzijdige stelsel, eventueel nog verder gewijzigd tot een semi-tweezijdig stelsel overeenkomstig de suggestie van de Werkgroep ASIO (80).

(79) De overheidsdelegatie maakt ook nog melding van een andere vraag, die zou rijzen: welke rechter moet bevoegd geacht worden kennis te nemen van een vordering van een ambtenaar ter nakoming van cao-bepalingen? Naar de bewoordingen van art. 167 van de Grondwet naar de tekst van 1972, juncto art. 2 Wet RO zou dit de burgerlijke rechter zijn. De vraag is of deze, na bevestigende beantwoording van de bevoegdheidsvraag, de eiser niet-ontvankelijk zou verklaren in zijn eis, wegens het bestaan van een andere, met voldoende waarborgen omklede rechtsgang, t.w. de ambtenarenrechtspraak. Onder het regiem van de nieuwe Grondwet volgens de voorstellen die thans in de Eerste Kamer aanhangig zijn, kan de zaak iets eenvoudiger liggen: mits de wetgever de ambtenarenrechter formeel tot onderdeel van de rechterlijke macht verklaart, kan de wet hem de kennisneming opdragen van de uit de cao voortspruitende — privaatrechtelijke — geschillen.

(80) Een satiricus zou erop kunnen wijzen, dat 'half-tweezijdig' toch weer éénzijdig is, omdat de helft van twee gelijk is aan één. Wellicht is het dan beter om hier te spreken van 'driekwart-tweezijdig' (vgl. hetgeen M.G. Levenbach zegt over semi-dwingende en driekwart-dwingende rechtsnormen in het arbeidsovereenkomstenrecht, in Het nieuwe burgerlijk ontslagrecht, Alphen aan den Rijn 1954, blz. 18).

Men kan als voordeel van een volledig tweezijdig stelsel aanmerken, dat zo'n stelsel volledig de gelijkwaardigheid van de vakorganisaties ten opzichte van de werkgever zou erkennen. Dit is met name de motivering die de ACOP-werkgroep Georganiseerd Overleg ten grondslag heeft gelegd aan haar pleidooi voor een systeem van collectieve onderhandelingen, uitmondend in een cao (81). Daarnaast wijst deze werkgroep op art. 6 van het Europees Sociaal Handvest en op art. 7 van het IAO-verdrag nr. 151 betreffende de bescherming van het vakverenigingsrecht en procedures voor het vaststellen van arbeidsvoorwaarden in de openbare dienst (82). Verder memoreert de ACOP-werkgroep een aantal recente conflicten in het georganiseerd overleg, en knoopt daaraan de stelling vast, dat in het huidige stelsel niet gesproken kan worden van werkelijk overleg, laat staan van een feitelijk onderhandelingsstelsel (83). Tenslotte merkt de ACOP-werkgroep als voordeel van een tweezijdige structuur (welke in haar visie moet uitmonden in een 'gewone' cao, niet in een eigensoortige overeenkomst) aan, dat er niet eenzijdig zaken tot stand komen en de bonden hun actievrijheid behouden (84).

(81) Naar cao's bij overheid en onderwijs, Zoetermeer z.j. (hierna: rapport ACOP-werkgroep), blz. 16 e.v.

(82) Rapport ACOP-werkgroep, blz. 17. Art. 6 ESH luidt, voorzover hier van belang: 'Teneinde de onbelemmerde uitoefening van het recht op collectief onderhandelen te waarborgen verbinden de Overeenkomstsluitende Partijen zich: 1. paritair overleg tussen werknemers en werkgevers te bevorderen; 2. indien nodig en nuttig de totstandkoming van een procedure te bevorderen voor vrijwillige onderhandelingen tussen werkgevers of organisaties van werkgevers en organisaties van werknemers, met het oog op de bepaling van beloning en arbeidsvoorwaarden door middel van collectieve arbeidsovereenkomsten; . . .'

Art. 7 IAO-verdrag nr. 151 luidt: 'Waar nodig, moeten aan de nationale omstandigheden aangepaste maatregelen worden getroffen om de volledige ontwikkeling en het volledig gebruik aan te moedigen en te bevorderen van procedures voor het onderhandelen over arbeidsvoorwaarden tussen het betrokken overheidsgezag en de organisaties van overheidspersoneel, of van zodanige andere procedures die het mogelijk maken voor vertegenwoordigers van overheidspersoneel deel te hebben aan het vaststellen van genoemde arbeidsvoorwaarden'.

(83) Rapport ACOP-werkgroep, blz. 11 e.v.

(84) Rapport ACOP-werkgroep, blz. 63-64. In de opzet die de ACOP-werkgroep voorstelt, dient de wet waarop het gehele systeem komt te steunen, van onderhandelingen uit te sluiten de 'politieke beleidskeuzen' (blz. 64). Dat

Op het eerste argument: een tweezijdig stelsel houdt erkenning in van de gelijkwaardigheid van de vakorganisaties tegenover de werkgever/overheid, ding ik niets af. Bij de verwijzing naar het ESH en IAO-verdrag nr. 151 maak ik een paar kanttekeningen. Uit de aangehaalde verdragsartikelen vloeit niet dwingend voort, dat het huidige overlegstelsel zou moeten worden omgebouwd tot een systeem met volledige tweezijdigheid.

Beide verdragen laten de mogelijkheid open, voor de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden voor overheidspersoneel een eenzijdig stelsel te continueren, indien aan die vaststelling overleg met (de vertegenwoordigers van) het overheidspersoneel is voorafgegaan (85).

Dan kom ik bij het derde argument. Natuurlijk kunnen er conflicten rijzen en zijn zij ook gerezen in het huidige overlegstelsel: misschien is niet altijd even tactisch opgetreden, en is het overleg gefrustreerd. Maar ik moet daar onmiddellijk aan toevoegen: een volledig tweezijdig stelsel is geen panacee tegen deze pijnen. Ook in zo'n stelsel kunnen conflicten voorkomen en kan het zich voordoen dat partijen niet tot een vergelijk kunnen komen.

'Zaken komen in een tweezijdig stelsel niet eenzijdig tot stand'; maar het kan ook wel eens zijn, dat er *niets* tot stand komt. Dat kan voor het overheidspersoneel ook ongunstig uitpakken. Bijv. als over een op zich gunstige regeling voor het overheidspersoneel

→ zijn — overeenkomstig het Zweedse model -- de keuzen omtrent de doelen, richting, omvang en kwaliteit van de overheidstaken (blz. 60-61). Geschillen over de interpretatie van deze uitzonderingsclausule worden beslecht door een onafhankelijke arbitragecommissie (blz. 62).

(85) Over de beide verdragen zie men het rapport van de Commissie-Toxopeus II, blz. 52 e.v. Over het IAO-verdrag zie men H.C.V. Schrama, in *S.M.A.* 1980, blz. 523 e.v. Ter ondersteuning van de boven weergegeven opvatting verwijs ik v.w.b. het ESH naar Conclusions III van het Comité van Onafhankelijke Deskundigen ESH, Straatsburg 1973, blz. 33-34. V.w.b. IAO-verdrag nr. 151 verwijs ik naar de 'travaux préparatoires', met name naar een passage uit 'onverdachte' hoek, nl. die van de werknemersvertegenwoordigers op de Internationale Arbeidsconferentie van 1978 (Provisional Record, Nr. 25, 64e Internationale Arbeidsconferentie 1978, par. 57): 'The Workers' members indicated that negotiation was to be used where it was possible. The alternative methods (sc. de andere procedures dan collectieve onderhandelingen; CRN), which were left deliberately vague, were applicable where there was no machinery for negotiation. The intention was to allow organisations to participate equally in both situations'.

geen overeenstemming kan worden bereikt, omdat de bonden méér willen (86).

En is de bewering ook feitelijk juist, dat in een tweezijdig stelsel 'zaken niet eenzijdig tot stand komen'? Ik wijs erop, dat als een cao tot stand komt tussen bonden en overheid op centraal niveau, deze via een (soort) 'algemeen verbindend verklaring' rechtswerking moet krijgen ten aanzien van ongeorganiseerde werknemers. Het valt op zich van de ACOP-werkgroep te begrijpen, dat zij geen oog heeft gehad voor de eenzijdigheid waarmee de 'vertaling' van de cao voor ongeorganiseerden tot stand komt, maar eenzijdig is zij wel. Afgezien daarvan dient in het oog te worden gehouden dat de overheid als werkgeefster een -- in de woorden van de ACOP-werkgroep -- 'politiek geïnspireerde' werkgeefster is (87). Dat betekent op zijn minst drie dingen:

a. De betrokken bewindslieden zullen verantwoording moeten kunnen afleggen aan de volksvertegenwoordiging. Op de een of andere wijze zal het parlement (uitdrukkelijk of stilzwijgend) zijn goedkeuring moeten hechten aan de tot stand gekomen cao.

Goedkeuring door het parlement is een eenzijdige daad. Men zou dit evenwel kunnen zien als de bezegeling van hetgeen tweezijdig is totstandgekomen. Onthouding van goedkeuring is echter in optima forma eenzijdig (88).

(86) De ACOP-werkgroep merkt in ander verband op, dat het niet tot stand komen van (nieuwe) arbeidsvoorwaarden nimmer in het belang van de werknemers kan zijn (rapport ACOP-werkgroep, blz. 62). In het hier geschetste geval is dat juist. De vraag rijst evenwel, of de ACOP-werkgroep deze stelling ook huldigen zou, als de (nieuwe) arbeidsvoorwaarden een verslechtering zouden inhouden.

(87) Rapport ACOP-werkgroep, blz. 63.

(88) In de opzet die de ACOP-werkgroep suggereert, heeft het parlement, op basis van een daartoe te scheppen wettelijke voorziening, slechts de bevoegdheid tot aanvaarding of verworping van de tot stand gekomen cao. 'Amenderingsrecht' zou aan het parlement niet toekomen (blz. 62). Ik zet aanhalingstekens om 'amenderingsrecht', omdat het hier niet gaat om amendering van een wetsontwerp. De analogie met de goedkeuring van verdragen ligt voor de hand: aan de inhoud van een verdrag kan de Tweede Kamer ook niets wijzigen. Daarmee houdt de vergelijking ook op, want de Tweede Kamer kan wél in een wetsontwerp tot goedkeuring van een verdrag zodanige wijziging aanbrengen, dat meer of minder voorbehouden bij de ratificatie dienen te worden gemaakt, dan de regering oorspronkelijk voorstelde. Bij de goedkeuring van een verdrag is 'take it or leave it' dus geen absolute regel.

b. Als regering en parlement in gemeen overleg een ander sociaal-economisch beleid willen voeren dan waartoe de verlangens van de ambtenarenorganisaties strekken, is de wetgever bevoegd — die bevoegdheid kan men hem niet ontnemen, tenzij middels een grondwetswijziging — dit beleid in wetgeving neer te leggen.

c. Als op andere overheidsniveaus non-concordante cao's worden afgesloten — gesteld dat op die niveau's ook een onderhandelings-systeem zou worden ingevoerd, en gesteld ook dat dit gepaard gaat met afschaffing van het Kroontoezicht (89), — dan zullen regering en parlement bevoegd zijn bij wet concordantie te realiseren.

Bij elk van de drie punten blijkt, dat er qua eenzijdigheid weinig verschil is met het huidige stelsel (90). Wanneer achter de 'con-

(89) De ACOP-werkgroep schetst enkele alternatieven voor een onderhandelingsstructuur bij de verschillende overheden, waaronder het hier geschetste; rapport, blz. 57—59. Het is de vraag, of uit het oogpunt van harmonie van de arbeidsvoorwaarden op de verschillende overzichts-niveaus in een nieuwe structuur het Kroontoezicht volledig kan worden gemist. Naarmate de eigenlijke besluitvorming meer gedecentraliseerd plaatsvindt, is de mogelijkheid van afwijkingen in de rechtspositie, zowel binnen een bestuurslaag, als tussen de bestuurslagen onderling, groter. Ik verwacht dat bij invoering van een onderhandelingsstelsel op alle niveaus de behoefte bij het centrale gezag aan versterking van de huidige coördinatiemiddelen (overleg met andere overheden, circulaires aan andere overheden en uitoefening van repressief toezicht) zal ontstaan. Versterking zal dan wellicht gezocht worden in het preventief toezicht op de begroting en op af te sluiten cao's. Zie over enkele knelpunten die zich onder het huidige stelsel van toezicht kunnen voordoen het rapport Gemeentelijk personeelsbeleid, uitgebracht door de Onderafd. Bestuurskunde van de T.H. Twente, 1981, met name blz. 25—27. De Decentralisatienota (Kamerstuk 16492) kondigt onderzoek aan (blz. 58) naar de mate waarin t.a.v. het overheidsperoneelsbeleid aan de lagere publiekrechtelijke lichamen reële autonomie kan worden gelaten voor het voeren van een eigen beleid, naar de punten, waarop een gemeenschappelijk beleid is geboden en naar de wijze waarop aan een en ander gestalte kan worden gegeven.

(90) De ACOP-werkgroep onderkent de problemen, die kunnen ontstaan als het parlement zijn goedkeuring onthoudt of als regering en parlement een andere richting op willen gaan, dan de ambtenarenorganisaties (bijv. blz. 62 e.v.). Zij gaat evenwel slechts in op de vraag of een staking, gericht tegen deze houding van parlement, c.q. van regering en parlement, al dan niet een 'politieke staking' is. Ik beantwoord met de ACOP-werkgroep die vraag ontkennend (zie ook hetgeen ik in hoofdstuk 7 over het begrip 'politieke staking' zal opmerken). De ACOP-werkgroep laat evenwel onbesproken het eenzijdige karakter van de goedkeuring en van de onthouding van goedkeuring

tractuele façade' (91) zoveel eenzijdige elementen schuil gaan, kan volledige gelijkwaardigheid van ambtenarencentrales en overheid voor de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden voor overheidspersoneel niet gerealiseerd worden. Ik meen ook, dat het vrijwel onvermijdelijk is, eenzijdige elementen bij die vaststelling te handhaven, al was het alleen maar, omdat de overheid haar algemeen sociaal-economisch beleid moet kunnen realiseren, en omdat zij rechtsgelijkheid in haar personeelsbeleid moet kunnen blijven bevorderen.

In het licht van het voorgaande is het, althans voor de korte en middellange termijn, meer de moeite waard niet de aandacht te richten op een volledig tweezijdig stelsel, maar op nuanceringen van het huidige stelsel, die, zonder voorshands het beginsel van eenzijdigheid los te laten, meer rekening houden met het verlangen van de vakorganisaties een wezenlijke invloed te kunnen uitoefenen op de bepaling van het arbeidsvoorwaardenbeleid van de regering.

Indien daarbij voor de overheidswerknemers het stakingsmiddel zou worden erkend, betekent dat een nog verdere versterking van de positie van de werknemersvertegenwoordigers.

3.2.4. *Voorstel Werkgroep ASIO over de methode van vaststelling van de arbeidsvoorwaarden*

De weg die ik heb ingeslagen voor de bespreking van de (denkbare) methodes van vaststelling van de arbeidsvoorwaarden van overheidspersoneel voerde mij tot het punt waar ik aandacht moet wijden aan het — unanieme — voorstel van de Werkgroep ASIO (par. 3) om voor het centraal georganiseerd overleg met handhaving van de eenzijdigheid van de vaststelling als beginsel, materieel een systeem van tweezijdigheid in te voeren. De materiële tweezijdigheid zou voortvloeien uit het stellen van de eis, dat over de hoofdlijnen van het arbeidsvoorwaardenbeleid (92) overeenstem-

→ alsmede van de wettelijke maatregelen die in de bovengeschetste gevallen zouden kunnen worden genomen.

(91) De term is van T. Koopmans (Contractueel stippelwerk, Alphen aan den Rijn 1965, blz. 7); ik heb hem uit de context gerukt.

(92) Wat als hoofdlijnen van arbeidsvoorwaardenbeleid moet worden beschouwd, is een vraag die in de onderhandelingen van een antwoord zal worden voorzien, eventueel beslist in een geschillenregeling. De Werkgroep ASIO noemt wel enkele voorbeelden van 'non-negotiable issues', nl. die gevallen

ming moet worden bereikt, voordat tot regelgeving kan worden overgegaan (93). Die overeenstemming wordt in een schriftelijke overeenkomst vastgelegd, waarbij de overheid zich verbindt het overeengekomene in regelgeving om te zetten, dan wel daaraan op andere wijze uitvoering te geven.

Overeenstemming moet zijn bereikt met de meerderheid van de centrales. Als een minderheid niet kan instemmen met de overeenkomst, is zij niet gebonden. Zij mag desgewenst actie voeren, maar datgene wat uit de overeenkomst aan rechten en verplichtingen voortvloeit, geldt ook voor de leden van centrales die tot die minderheid behoren (94).

De hier weergegeven opzet kan dienen om in het centraal georganiseerd overleg ervaring op te doen met elementen van tweezijdigheid binnen het huidige stelsel. Op basis van die ervaringen kan worden gezien, of het stelsel ook op andere overlegniveaus kan worden ingevoerd. Als zodanig spreekt het voorstel mij aan, behalve op een belangrijk punt. Een structuur waarbij overeenstemming met een meerderheid van de centrales voldoende is om een overeenkomst aan te gaan, levert een verschil op met de collectieve

→ waarin de overheid primair als politiek gezagsdraagster optreedt. Bijv. bij ontwerpen van wetgeving ter zake van de openbaarheid van bestuur en de gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Over dit soort aangelegenheden wordt 'gewoon' overlegd, niet onderhandeld (rapport, par. 3.5.5).

(93) Er wordt onderhandeld over een totaal pakket van arbeidsvoorwaarden, naar ik aanneem bedoeld voor een jaar te gelden. Naar mijn taxatie levert dat in vergelijking tot het huidige stelsel meer mogelijkheden op voor het sluiten van een 'package deal', en minder mogelijkheden voor de volksvertegenwoordiging om op onderdelen van het onderhandelingsresultaat verandering te bewerkstelligen. Dit laatste zie ik niet als bezwaarlijk, waar het parlement via een motie tot uitdrukking kan brengen, dat het op die onderdelen in de onderhandelingsronde van het volgende jaar anders moet.

(94) De wijze waarop de meerderheid berekend wordt, is in grote lijnen als volgt: per 75 000 of 100 000 leden krijgt elke centrale één stem toegekend, met een minimum van één en een maximum van de helft van het totale aantal stemmen minus één. Door deze laatste clause kan één organisatie nooit de absolute meerderheid verwerven in het overleg. Niet het totale ledenbestand wordt in de berekening betrokken, alleen die leden voor wie de desbetreffende overlegcommissie is ingesteld. Voor de Centrale Commissie wordt in aanmerking genomen het aantal leden dat ambtenaar is in de zin van de ABP-wet en de Algemene militaire pensioenwet.

onderhandelingen in de particuliere sector (95). Maar dat is niet het meest wezenlijke bezwaar. Belangrijker is, dat de nieuwe arbeidsvoorwaarden moeten gaan gelden voor het overheidspersoneel dat onder de overlegcommissie 'valt', en dat de overeenkomst die in het centraal georganiseerd overleg tot stand is gekomen, richtinggevend is voor de arbeidsvoorwaarden van het totale overheidspersoneel.

Hiermee lijkt in strijd, dat de overeenkomst slechts 'gedragen' wordt door de werkgever en een meerderheid van de betrokken centrales. Een unaniem tot stand gekomen akkoord heeft meer legitimatie voor het parlement, het overheidspersoneel, de andere overlegcommissies en de buitenwacht. De minderheid heeft weliswaar de mogelijkheid om actie te voeren, maar die zullen in de praktijk weinig zin hebben. Juist waar meer centrales tot het overleg zijn toegelaten, kunnen de verschillende schakeringen binnen het overheidspersoneelsbestand hun stem laten horen. Daarmee lijkt niet te rijmen, dat de stem van de één overstemd wordt door anderen. En indien steeds dezelfde centrales de minderheid vormen, zal bij hen en bij hun achterban een gevoel ontstaan steeds buiten spel te staan, en zal onbehagen worden gevoeld door de gedachte 'over ons, meer zonder ons' (96).

Zo men het voorgestelde, meer tweezijdige systeem gaat invoeren (97), dan verdient het de voorkeur, dit onderdeel — dat in feite aan de werknemerskant aan de gepretendeerde tweezijdigheid tekort doet — achterwege te laten.

Ik liet al doorschemeren, dat ik het stelsel, dat door de Werkgroep ASIO is voorgesteld, zie als een systeem waarmee op centraal niveau ervaring kan worden opgedaan, alvorens verdere stappen te wagen. De opgedane ervaringen kunnen een indicatie geven, hoe de tweezijdige elementen in het voorgestelde stelsel in de praktijk werken,

(95) Ook de vertegenwoordigers van het AC en de CMHA verklaren zich tegen dit onderdeel (par. 2.2).

(96) Dat in de dagelijkse praktijk, ook nu reeds, bepaalde bonden meer gewicht in de schaal leggen, is geen reden om deze praktijk ook te formaliseren.

(97) Een deel van de werkgroep acht het wenselijk het systeem door te trekken naar andere niveaus dan het overleg met de Centrale Commissie. Een ander deel (het AC met de overheidsdelegatie minus de vertegenwoordiger van het Centraal Orgaan) is daarvan niet bij voorbaat tegenstander, maar wil eerst aanzien hoe het systeem op centraal niveau werkt. Ik ben geneigd deze pragmatische opvatting te delen. Ik verwijs ook naar noot 89.

en of het eenzijdige moment in dat systeem: de implementatie van het overeengekomene in regelgeving of op een andere wijze, in de praktijk meer betekent dan een formele bevestiging van het onderhandelingsresultaat. Het stelsel heeft de mogelijkheid in zich, te functioneren als een bijna volledig tweezijdig systeem, en aldus zal het op dit punt bestaande verschil tussen overheidswerknemers en particuliere werknemers verder worden genivelleerd (98).

4. REGELING VAN GESCHILLEN IN HET OVERLEG OVER DE ARBEIDSVOORWAARDEN

4.1. Inleiding

In het arbeidsvoorwaardenoverleg in het bedrijfsleven komt het wel eens voor, dat indien partijen niet tot elkaar kunnen komen, en het overleg in feite afgebroken is, partijen zich wél kunnen vinden in voorlegging van hun geschilpunten aan bemiddelaars of arbiters.

Bestaat er aanleiding ook op dit punt de rechtspositie van het overheidspersoneel meer in overeenstemming te brengen met hetgeen in het arbeidsvoorwaardenoverleg in het bedrijfsleven niet ongebruikelijk is? Zijn er soms formele belemmeringen voor invoering van een geschillenregeling in het systeem van overleg over de arbeidsvoorwaarden voor overheidspersoneel?

De wenselijkheid van een geschillenregeling voor dat overleg is

(98) Vgl. het stelsel van overleg dat in de jaren '20 voor personeel in dienst van de gemeente Amsterdam heeft gegolden, tot in 1935 de CRvB de besluiten van de overlegcommissie van de gemeente onverbindend verklaarde (CRvB, en okt. 1935, *A.B.* 1935, blz. 1035). Zie het rapport van de Staatscommissie van advies inzake de status van ambtenaren, 's-Gravenhage 1958, blz. 43—44. De Amsterdamse regeling ter zake bepaalde, dat wanneer overeenstemming werd bereikt tussen de vertegenwoordigers van het gemeentebestuur en van het personeel, en de te nemen maatregelen geen geld zouden kosten of de bedragen daarvoor reeds gevoteerd waren, die maatregelen zonder meer zouden gelden. Dit met inachtneming van bepaalde algemene grondslagen in het personeelsreglement neergelegd, en met handhaving van de bevoegdheid van de gemeenteraad om de overeengekomen regelingen te schorsen of te vernietigen.

sinds jaar en dag door de ambtenarenorganisaties naar voren gebracht. Ook art. 6, ten derde, van het Europees Sociaal Handvest, bevat de verplichting tot het bevorderen van de instelling en toepassing van een doelmatige procedure voor bemiddeling en vrijwillige arbitrage inzake de beslechting van arbeidsgeschillen. Art. 8 van het al eerder genoemde IAO-verdrag nr. 151 schetst twee wegen waarlangs een oplossing zou kunnen worden bereikt voor gerezen geschillen. De ene weg is: dóóronderhandelen, dus heropening van het overleg; de andere weg voert langs een bijzondere procedure, bijv. verzoening, bemiddeling en arbitrage.

Een geschillenregeling heeft m.i. haar nut als middel om stakingen te voorkomen, en als middel om een verziekte sfeer in het overleg weer te doen opklaren. Uiteraard kan een geschillenregeling niet altijd uitkomst bieden, bijv. als de standpunten van partijen hemelsbreed uit elkaar liggen, en wederzijds harde uitspraken zijn gedaan. Een geschillenregeling heeft alleen zin, als partijen inzien dat nog een duwtje van een buitenstaander nodig is om hen tot elkaar te brengen. Alle partijen zullen dan wellicht een veer moeten laten, maar zij zullen wel de indruk moeten hebben, dat hun instemming met voorlegging van het geschil aan een derde, én het resultaat dat zij daarvan verwachten, aan hun achterban nog te 'verkopen' is. Zo niet, dan zullen zij, althans een of meer van de ambtenarenorganisaties, de voorkeur geven aan afbreking van het overleg (met de eventueel daaraan verbonden gevolgen, zoals een collectieve actie).

Voor de inhoud van een geschillenregeling zijn verschillende mogelijkheden denkbaar: niet-bindend advies van een derde, bemiddeling door een derde, beslechting van het geschil door een derde (arbitrage of bindend advies). Het voorontwerp voor een geschillenregeling, dat de Commissie-Toxopeus II opstelde, schetst twee mogelijkheden voor geschillenoplossing: niet-bindend advies van een derde (gevolgd door hernieuwd overleg) of arbitrage, een en ander ter keuze van partijen. De Werkgroep ASIO neemt in wezen deze suggesties over. Dat hier slechts van twee systemen van geschillenoplossing sprake zou zijn, is schijn: advisering door een derde kan uitlopen in bemiddeling. Dat is met name afhankelijk van de taakopvatting van de derde-adviseur, en van de vraag, hoe ver partijen hem toestaan te gaan.

4.2. Staatsrechtelijke geoorloofdheid van arbitrage

Bij arbitrage doet zich de vraag voor, of de bindende beslechting van geschillen in het overleg in strijd is met ons staatsrechtelijk bestel. Bij de behandeling van het ontwerp van Rijkswet tot goedkeuring van het Europees Sociaal Handvest is van regeringszijde gesteld, dat arbitrage op dit stuk in strijd zou zijn met ons staatsrechtelijk systeem, omdat het ter bindende beslissing voorleggen van gerezen geschillen aan een derde instantie niet zou stroken met het beginsel van de ministeriële verantwoordelijkheid en het budgetrecht van het parlement (99).

De Commissie-Toxopeus II echter is van oordeel, dat arbitrage op zichzelf constitutioneel geoorloofd is. Maar zij wijst op een aantal aspecten, die ertoe kunnen leiden, dat het voor het bevoegde gezag staatsrechtelijk en staatkundig gezien onwenselijk is in te stemmen met het onderwerpen van een geschil aan arbitrage (100). Wat zijn nu die aspecten? In de eerste plaats wijst de Commissie erop, dat v.w.b. het overleg op centraal niveau geldt dat de regering in sommige gevallen de medewerking van de Staten-Generaal

(99) Kamerstuk 8606 (R533), nr. 13 (Nota n.a.v. Eindverslag TK), blz. 1—3. Ook N.E.H. van Esveld (Arbeidsrecht en Ambtenarenrecht, blz. 101) is van oordeel, dat onderwerping van geschillen uit het overleg aan de uitspraak van een derden-instantie niet past bij het beginsel van de ministeriële verantwoordelijkheid. Ook voorstellen van Mag. Stokman, in de Tweede Kamer gedaan (Hand. TK, 1958—1959, blz. 2257 e.v.) en van I. Samkalden (in een rede voor de ACOP op 21 november 1964; in 'Het Kader', maart 1965) acht hij staatsrechtelijk niet te verdedigen (noten 99 en 100 op blz. 101). De genoemden stellen voor een bijzonder arbitragecollege in te stellen. Mag. Stokman poogt het bindend karakter van de beslissingen van dit college in harmonie te brengen met hetgeen hij als eisen van het staatsrechtelijk systeem ziet: de uitspraken zouden bindend moeten zijn voor het overheidspersoneel, maar de overheid mag om redenen van algemeen belang van de uitspraak afwijken, onder gehoudenheid van die afwijking gemotiveerd verslag te doen de Staten-Generaal. Zie ook de bespreking van dit voorstel bij H.J.M. Jeukens, Het Ambtenarenrecht, blz. 195—198, en in een regeringsnota van 1964 over Structuur en werking van het georganiseerd overleg in rijksambtenarenzaken, Kamerstuk 1964—1965—7834, hoofdstuk VI. Jeukens wijst het voorstel niet af. De regeringsnota echter wel: het bewijs van de noodzaak van afwijking van de beslissing van het college zou meestal niet te leveren zijn, en — niet nader geargumenteerd: — het voorstel zou staatsrechtelijk niet zonder bedenkingen zijn.

(100) Rapport, blz. 12—13.

als mede(-begrotings)wetgever voor de uitvoering van de arbitrale beslissing nodig heeft. Voorts behoudt het parlement zijn bevoegdheid om de betrokken bewindsman ter verantwoording te roepen, zowel voor zijn besluit, in te stemmen met arbitrage, als voor de wijze waarop hij uitvoering geeft aan de arbitrale uitspraak. In de derde plaats geldt voor het overleg op het niveau der lagere publiekrechtelijke lichamen *mutatis mutandis* hetzelfde, maar bovendien speelt daarbij een rol de toezicht-bevoegdheid van hoger gezag.

Ik kan met de hier weergegeven redenering instemmen. Indien belangengeschillen uit het overleg worden voorgelegd aan een bindende beslissing door een derde, blijven formeel het beginsel van de ministeriële verantwoordelijkheid en de medewetgevende bevoegdheid van het parlement (met inbegrip van het budgetrecht) intact. Maar rekening moet worden gehouden met de omstandigheid, dat de Staten-Generaal — voor wat betreft het overleg op centraal niveau —, en het toezichthoudend gezag — voor wat betreft het overleg op het niveau der lagere publiekrechtelijke lichamen — niet gebonden zijn, en ook niet gebonden kunnen worden. Toch is hun medewerking, c.q. (stilzwijgende) acceptatie nodig voor het tot stand brengen van regelingen ter uitvoering van de arbitrale uitspraak. En als zij die medewerking of acceptatie weigeren te geven, leidt dat tot grotendeels dezelfde eigenaardige consequenties, die ik in par. 3.2.2. uiteenzette.

De overheidsvertegenwoordigers in het overleg zullen dus uiterst voorzichtig moeten zijn met hun instemming in arbitrage. Slechts bij technische onderwerpen, die voorts geen consequenties hebben voor het algemene overheidsbeleid, zullen zij kunnen toestemmen in voorlegging van het geschil aan de bindende beslissing door een derde. Daarmee zal het terrein waarop arbitrage zal voorkomen, zeer beperkt zijn.

Maar ik zie nog wel een mogelijkheid om het terrein van onderwerpen, die voor voorlegging aan arbiters vatbaar zouden zijn, uit te breiden. In de wet die de geschillenregeling(en) in het leven zou roepen, zou bepaald kunnen worden, dat de uitkomst van de arbitrale procedure onder voorbehoud gaat van goedkeuring van de vertegenwoordigende organen, c.q. van het hoger gezag (101). Zo'n voorschrift lijkt in strijd met het karakter van verbindendheid van de beslissing van de derde. Maar ik zie daar weinig bezwaar

(101) Vgl. ook W.J.P.M. Fase, in *T.v.O.* 1980, blz. 374.

in. Het gaat hier immers om een vorm van arbitrage *sui generis*. Zij onderscheidt zich — daarop wijst de Werkgroep ASIO terecht (102) — van de in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bedoelde beslissing van 'scheidsmannen', doordat de laatste betrekking heeft op rechtsgeschillen, en het hier gaat om de beslissing in belangengeschillen.

4.3. De keuze uit procedures voor geschillenoplossing

Een enkel woord over verschillen tussen hetgeen de Commissie-Toxopeus II voorstelt, en de voorstellen van de Werkgroep ASIO. De Commissie-Toxopeus II neemt tot uitgangspunt, dat per geschilpunt slechts één procedure voor partijen openstaat. Dit met het oog op de doelmatigheid van de procedure: zij moet niet teveel tijd in beslag nemen (103). De Werkgroep ASIO acht het evenwel zinvol om de mogelijkheid open te houden, dat na de advisering door een derde, partijen besluiten de eventueel nog resterende geschilpunten aan arbitrage te onderwerpen (104). Ik kan die opvatting onderschrijven. Ik vond bij Albeda een goed voorbeeld uit de praktijk — zij het uit het overleg in het bedrijfsleven afkomstig — van het nut van een arbitrageprocedure nadat reeds bemiddeling had plaatsgevonden (105). Een van de bij het arbeidsvoorwaardenoverleg in de metaalnijverheid betrokken bonden kon in 1972 het na bemiddeling voorgelegde compromis niet aanvaarden zonder in het oog van de eigen leden ongeloofwaardig te worden. De bond verwierp het compromis, maar aanvaardde arbitrage. In de arbitrale uitspraak werd het compromis met een minuscule wijziging aan alle betrokken partijen opgelegd. Daarmee meende de bond bij de leden terug te kunnen.

Een tweede en tevens laatste kwestie die ik in dit verband wil bespreken, is de vraag, welke partijen moeten instemmen met voorlegging van het geschil aan een derde-adviser of -arbitrator. Voor arbitrage kiest de Commissie-Toxopeus II tot uitgangspunt, dat de

(102) Rapport, par. 4.11.

(103) Rapport, blz. 9.

(104) Rapport Werkgroep ASIO, par. 4.8.

(105) W. Albeda, Arbeidsverhoudingen in Nederland, 2e dr., 1977, blz. 86. Zie ook het verslag van de Industriebond NVV over de periode 1 oktober 1971 tot en met 30 september 1974, z.j., blz. 32–36.

beslissing tot voorlegging unaniem moet worden genomen (106). Een deel van de Werkgroep ASIO huldigt dezelfde opvatting (107). Ook naar mijn mening leidt het vrijwillige karakter, dat arbitrage behoort te hebben, ertoe dat de instemming van alle partijen vereist is (108). Aan een minderheid van de organisaties behoort niet de verplichting te worden opgelegd, zich te onderwerpen aan een arbitrale uitspraak. Het gaat immers ook om de arbeidsvoorwaarden van degenen die door die minderheid worden gerepresenteerd. In wezen trek ik hier de lijn door, die ik aanhield in het vorige hoofdstuk, toen ik de suggestie van een deel van de Werkgroep ASIO besprak om met de begrippen meerderheid en minderheid van de organisaties te werken (109).

Voor het vragen van advies over het geschil aan een derde ben ik geneigd het standpunt in te nemen, dat zo'n advies het meeste nut kan afwerpen — vooral als de adviseur een bemiddelaarsrol wil en mag vervullen —, als alle partijen ermee instemmen dat advies van een derde gevraagd wordt. Daarmee bedoel ik niet, dat in de wettelijke regeling van de geschillenprocedure de eis van una-

(106) Rapport, blz. 14.

(107) T.w. de overheidsdelegatie en de vertegenwoordigers van AC en CMHA, rapport Werkgroep ASIO, par. 4.8.

(108) Een systeem van verplichte arbitrage lijkt in strijd met de Nederlandse arbeidsverhoudingen en met art. 6, ten derde, ESH. Ik wijs op art. 1.16 van de nieuwe Grondwet (voorheen art. 170, eerste lid), waarin voorgeschreven wordt dat niemand tegen zijn wil kan worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent. Ook al biedt deze grondwetsbepaling formeel geen waarborg tegen de wetgever (de wet kan immers aan de betrokkene arbiters als geschillenrechters 'toekennen'), toch zit in het element 'tegen zijn wil' heel duidelijk de notie opgesloten van vrijwilligheid van de arbitrage. Maar bovendien heeft een systeem van verplichte arbitrage het nadeel, dat het de 'druk' van het overleg haalt. Partijen zullen in het overleg zo hoog mogelijk majoreren, in het besef dat overeenstemming niet bereikt behoeft te worden, en dat arbiters wel zullen beslissen.

(109) Een deel van de Werkgroep ASIO, bestaande uit de vertegenwoordigers van ACOP, RKCOP en CCOOP, is van oordeel dat het eisen van unanimiteit voor het besluit tot voorlegging van het geschil aan arbiters, geen realistische zaak is. Dit deel ziet er geen bezwaar in, dat arbitrage wordt gevraagd indien de werkgeversdelegatie samen met een meerderheid der organisaties dat wensen. In dat geval zou de minderheid niet aan arbitrage gebonden zijn. Deze conclusie is m.i. iets te gemakkelijk getrokken. Wat heeft die minderheid eraan, dat zij niet gebonden is? De beslissing over de nieuwe arbeidsvoorwaarden zal over haar, doch zonder haar vallen.

nimiteit formeel moet worden vastgelegd. Volstaan zou kunnen worden met de bepaling (110), dat zowel de werkgeversdelegatie als de meerderheid van de organisaties om advies kunnen vragen. Daarmee wordt in elk geval het bezwaar voorkomen, dat een minderheid van de organisaties het overleg waartoe de overige partijen bereid zijn, zou kunnen blokkeren door het vragen van advies (111). Maar de deelnemers aan het overleg dienen wel te beseffen, dat een advies, dat niet unaniem is gevraagd, in het algemeen van weinig nut zal zijn voor het verdere verloop van het overleg. De deelnemers die niet met het besluit tot het vragen van advies hebben ingestemd, zullen zeer waarschijnlijk aan het uitgebrachte advies 'geen boodschap hebben'. Een wezenlijke mogelijkheid tot oplossing van het gerezen verschil is eerst te verwachten, indien alle partijen instemmen met het voorleggen daarvan aan de derde instantie.

5. AANSTELLING EN ARBEIDSOVEREENKOMST

5.1. Eenzijdigheid of tweezijdigheid?

Hoe moeten wij de aanstelling tot ambtenaar zien? Zo op het oog is er formeel-juridisch een verschil tussen de aanstelling tot ambtenaar, en de indiensttreding op arbeidsovereenkomst die in het bedrijfsleven, maar ook bij de overheid voorkomt. Het eerste is een eenzijdige rechtshandeling van de overheid (het tot aanstelling bevoegde gezag), het andere is een tweezijdige rechtshandeling. Veel is er over dit onderwerp geschreven, en ik kan er weinig nieuws aan toevoegen. Jeukens vermeldt een keur van schrijvers, waarvan een deel de eenzijdigheid van de aanstelling in ambtelijke dienst benadrukt (o.a. H.J. van Urk, C.W. van der Pot, J.R. Stellinga),

(110) Overeenkomstig het voorstel van een deel van de Werkgroep ASIO (par. 4.8), welk voorstel afwijkt van de suggestie van de Commissie-Toxopeus II om voor het vragen van advies overeenstemming te eisen tussen de overheidsdelegatie en de meerderheid van de andere deelnemers aan het overleg (rapport, blz. 14).

(111) De vertegenwoordigers van de CMHA in de Werkgroep ASIO menen dat ook een minderheid de mogelijkheid zou dienen te hebben om advies te vragen. De vertegenwoordigers van het AC neigen tot hetzelfde standpunt (par. 4.8).

terwijl anderen juist menen, dat aan de ambtenaarsverhouding een overeenkomst ten grondslag ligt (m.n. J.T. Buys, H. Krabbe, J.H.A. Logemann, R. Kranenburg, G.J. Wiarda, W.G. Vegting, J.G. Steenbeek) (112). Ik schaar mij achter de laatstgenocmden. De aanstelling in ambtelijke dienst is de formele bevestiging van de onderlinge rechtsverhouding, voortspruitend uit de wilsovereenstemming om in dienst te treden en in dienst te nemen. Na een proces van sollicitatie en selectie wordt men niet onvrijwillig ingelijfd in de ambtelijke gelederen.

Ik waag het te stellen, dat wel niemand meer heden ten dage de aanstelling tot ambtenaar zal zien als een 'Verwaltungsakt auf Unterwerfung', zoals Otto Mayer, die men kan beschouwen als de grondlegger van het Duitse administratief recht, haar nog zag (113). Wel zullen sommigen moeite hebben het woord 'overeenkomst' in dit verband in de mond te nemen, omdat zij daarbij denken aan een privaatrechtelijke rechtsfiguur waarbij gelijkwaardigheid van partijen wordt verondersteld. Mijn opvatting is — ik heb dit in een betoog hierboven al aangeduid — dat overeenkomsten ook op het terrein van het publiekrecht kunnen voorkomen. Voorts wijs ik crop, dat ook in het privaatrecht bij een overeenkomst lang niet altijd gelijkwaardigheid tusen de contractspartners bestaat. Men denke aan de arbeidsovereenkomst. Bij de indienstneming door een grote onderneming is er weinig gelijkwaardigheid tussen haar en de indiensttredende arbeider. En als deze door zijn indiensttreding onder de gelding komt van tevoren reeds vastgestelde arbeidsvoorwaarden en van het ondernemingsreglement, dan wijkt zijn positie niet wezenlijk af van een aangestelde ambtenaar (114).

5.2. Wenselijkheid van verandering?

Bestaat er aanleiding om op het punt van de aanstelling het verschil tussen ambtenaren en particuliere werknemers (nog verder) te verkleinen? Ik zie daartoe geen aanleiding, maar juist een be-

(112) Het Ambtenarenrecht, blz. 224 e.v., en de aldaar aangehaalde literatuur.

(113) Geciteerd bij Jeukens, Het Ambtenarenrecht, blz. 226.

(114) Vgl. ook T. Koopmans in *W.P.N.R.* nr. 5067, en G.J. Wiarda, Overeenkomsten met overheidslichamen, blz. 295 e.v.

zwaar tegen verandering. Geen aanleiding, omdat het formele karakter van de aanstelling tot ambtenaar geen werkelijk discussiepunt is. Bezwaar tegen wijziging, omdat daarmee de ambtenarenrechtspraak 'op de tocht' zou komen te staan. De indiensttreding zou dan immers geschieden op basis van een overeenkomst. Geschillen die daaruit voortspuiten zouden dan behoren tot de bevoegdheid van de burgerlijke rechter.

De ambtenarenrechtspraak heeft in de loop der tijden een grote betekenis verworven voor de rechtsbescherming van de individuele ambtenaar. Het grondmotief voor het bestaan van deze vorm van rechtspraak: de bescherming tegen de fluctuaties van de politiek, acht ik ook voor de huidige tijd geldig. Als belangrijkste voordelen van deze vorm van rechtspraak zie ik de niet-lijdelijkheid van de ambtenarenrechter en de mogelijkheid om aan nogal ruime gronden te toetsen (115). Deze voordelen spreken vooral bij de toetsing van disciplinaire maatregelen en van het ontslag. Ik meen, dat het geen aanbeveling verdient om deze eigensoortige rechtspraak te écarteren uit het hier te lande opgebouwde rechtsbe-

(115) Van Van Galen en Van Maarseveen mag de term 'niet-lijdelijkheid' niet gebruikt worden. Zij spreken van 'de vrijheid van de (administratieve) rechter' (A.G. van Galen en H.Th.J.F. van Maarseveen, preadvies VAR 1976, voorzien van critiek, antwoorden en vraagpunten, Geschriften V.A.R. LXXXIII, blz. 63). Zie ook J.W. Verduin in S.M.A. 1980, blz. 464. Overigens is de tegenstelling tussen de ambtenarenrechter die 'vrij' zou zijn, en de burgerlijke rechter die lijdelijk zou zijn, niet zwart-wit. Ook in het proces voor de burgerlijke rechter — en hierbij denk ik met name aan de kantonrechter in ontslagzaken — kunnen alle relevante feiten en bescheiden boven water komen. Zie over de vraag, of de burgerlijke rechter ter zake van arbeidsrecht competent zou moeten blijven: O.A.C. Verpaalen, Hart en nieren van de Nederlandse burgerlijke rechter, Zwolle 1974, blz. 39–81. Deze beantwoordt deze vraag in elk geval t.a.v. het ontslagrecht ontkennend, maar sluit verder gaande overdracht aan een in arbeidszaken gespecialiseerde rechter niet uit. Over de ontwikkeling van toetsingsnormen in de ambtenarenrechtspraak zie men J.H. van der Meide, in N.J.B. 1980, blz. 1053 e.v. Een voorstel tot uniformering van de door de ambtenarenrechter te hanteren beroepsgronden is vervat in wetsontwerp 16955 (zitting 1981). Meer dan een technische wijziging op dit stuk bevat dit wetsontwerp niet. Het belang van het ontwerp is m.n. gelegen in de uitbreiding van de werkingsfeer van de Ambtenarenwet 1929 tot hen die zijn aangesteld om buiten Nederland in openbare dienst werkzaam te zijn. Zie de bespreking van dit onderwerp van E.H. Nuver in de *Gemeentestem* 1981, nr. 6687.

schermingsregiem (116). Een wijziging van de aanstellingsvorm, zodanig dat de indiensttreding bij de overheid slechts op arbeids-overeenkomst zou geschieden, waardeer ik in dat verband bezien negatief.

Nu zou men mij kunnen tegenwerpen, dat de overheid zelf niet geheel zuiver op de graat is, door in diverse functies arbeidscontractanten te benoemen (117). Daardoor wordt aan dezen het rechtsbeschermingsregiem, dat ik zeg zo prachtig te vinden, onthouden. Dat laatste kan ik niet ontkennen. Zo het wenselijk is de aparte rechtsvorm van het arbeidscontract in overheidsdienst te handhaven, zouden de arbeidscontractanten onder de gelding van de ambtenarenrechtspraak kunnen worden gebracht. Dat zou wetswijziging vereisen. De eventuele grondwettelijke belemmeringen daarvoor, ontleend aan art. 167 Grondwet naar de tekst van 1972, zijn misschien inmiddels opgeruimd. De wetgever kan onder het regiem van de nieuwe Grondwet volgens de voorstellen die thans in tweede lezing bij de Eerste Kamer aanhangig zijn, de ambtenarenrechter formeel incorporeren in de rechterlijke macht, en hem de beslissing opdragen van de uit het arbeidscontract voor de overheidsdienst voortvloeiende privaatrechtelijke geschillen. Maar ook zonder wetswijzigingen kan de overheid aan het hier aan de orde zijnde probleem iets doen, nl. door i.p.v. het arbeidscontract,

(116) Of de ambtenarenrechtspraak in een afzonderlijke rechtspraakkolom moet blijven georganiseerd is een andere zaak. Te dezer zake moet het advies van de Staatscommissie herziening rechterlijke organisatie over het rapport van de subcommissie-Van Galen worden afgewacht. Wellicht is dit advies op het moment van verschijnen van dit preadvies reeds openbaar. Op het rapport van de subcommissie-Van Galen kom ik verderop nog even terug.

(117) Voor een gedeelte heeft de overheid hierop een gerechtvaardigd verweer, bijv. daar waar het gaat om benoeming van vreemdelingen in openbare dienst. De bestaande wetgeving geeft de overheid niet de vrijheid om vreemdelingen in elke landsbediening te benoemen. Dit geeft mij in de intrekking te propageren van de Wet van 4 juni 1858, Stb. 46, die een regeling bevat op dit stuk. Die wet is niet alleen verouderd, maar ook onnodig grievend voor leden van culturele minderheden die zich in Nederland een maatschappelijke positie willen veroveren. De eerste stap tot intrekking is reeds gezet door de schrapping van de grondwetsbepaling (art. 5, tweede lid), dat geen vreemdeling tot een landsbediening benoembaar is dan volgens de bepalingen der wet. Voorts heeft de regering toegezegd te bezien, op welke wijze de benoembaarheid van vreemdelingen in openbare dienst op een meer eigentijdse wijze kan worden geregeld; memorie van toelichting begroting Binnenlandse Zaken voor 1981, Kamerstuk 16400, hoofdstuk VII, nr. 2, blz. 74-75.

vaker gebruik te maken van de figuur van de aanstelling tot ambtenaar in tijdelijke dienst.

Wat ik hierboven stelde, komt er anders uit te zien, indien er één 'arbeidsrechter' zou komen zowel voor de sociale verzekeringsrechtspraak en de ambtenarenrechtspraak, als voor de civiele arbeidsrechtspraak, en indien deze integratie tevens een processuele integratie zou betekenen met behoud van de voordelen die het administratieve procesrecht biedt. Voor een dergelijke verregaande integratie vragen blijkens het rapport van de subcommissie-Van Galen van de Staatscommissie herziening rechterlijke organisatie (men zie met name par. 4.2 van het rapport) veel problemen om een oplossing, zo die al kan worden gevonden. Naar mijn persoonlijke taxatie zou een integratie als hier bedoeld een zaak van zeer lange adem kunnen blijken te zijn. Voorshands handhaaf ik mijn opvatting, dat op grond van de hierboven aangegeven argumenten de eenzijdigheid van de aanstelling tot ambtenaar niet ware te veranderen.

6. GRONDRECHTEN

6.1. Inleiding

Wie na hetgeen recentelijk geschreven is over het vraagstuk van de grondrechten van de ambtenaar, nog iets daarover wil zeggen, loopt langs gebaande wegen. Toch zijn de paden nog niet zo platgetreden, dat ik aan hetgeen met name door Van der Horst en Olde Kalter uiteengezet is (118), niet nog enige eigen wijsheid zou kunnen toevoegen. In het bijzonder, omdat ik in het kader van dit preadvies ook op het gebied van de grondrechten een vergelijking wil trekken tussen de rechtspositie van het overheidspersoneel, en die van particulier personeel.

Niet elk grondrecht zal ik in dit bestek apart en in détail kunnen behandelen. Aan het stakingsrecht zal ik een afzonderlijk hoofd-

(118) Th.A.M. van der Horst, *Ambtenaar en grondrechten*, Alphen aan den Rijn 1967; C.J.G. Olde Kalter, *Overheidspersoneel en grondrechten*, Geschriften V.A.R. LXXXIV, 1979. Speciaal over de Nederlandse militair en zijn grondrechten: E.A. Alkema, *Studies over Europese grondrechten*, Deventer 1978, blz. 147 e.v., met name blz. 189 e.v.

stuk wijden, en voor het overige zal ik mij beperken tot het trekken van globale lijnen, en wel op het terrein van bepaalde rechtstreeks werkende grondrechten (waaronder het gelijkheidsbeginsel en enkele vrijheidsrechten).

Eerst zal aan de orde komen, hoe de stand van zaken is met betrekking tot de rechtsontwikkeling ter zake van de grondrechten van het overheidspersoneel.

6.2. Overheidspersoneel en grondrechten

6.2.1. Stand van zaken

Olde Kalter schetst vier perioden (vanaf 1848) in de ontwikkeling in het denken over het vraagstuk overheidspersoneel en grondrechten (119). Van 1848 tot 1922 overweegt de opvatting, dat grondrechten gelden voor de verhouding overheid—ambtenaar, zij het dat zekere extra-beperkingen noodzakelijk werden geacht in verband met het bijzondere karakter van die verhouding. Uit deze periode vermeld ik speciaal de — reeds eerder in dit preadvies ter sprake gebrachte — preadviezen van Krabbe en Fokker voor de vergadering van de N.J.V. van 1897. Beiden verdedigen de opvatting dat de overheid de constitutionele plicht heeft de grondrechten, ook van haar werknemers, te eerbiedigen (120).

In deze periode zijn ook tegenstemmen te horen, zoals die van Buys en Struycken (121). Van 1922 tot 1955, zo put ik uit de historische beschrijving die Olde Kalter heeft gegeven, overheersen de opvattingen van deze laatsten, nl. dat de grondwettelijke bepalingen inzake grondrechten niet gelden voor overheidspersoneel. Met indiensttreding geeft de ambtenaar zijn vrijheid van meningsuiting prijs (Buys). De grondwettelijke bepalingen inzake grondrechten betreffen de algemene rechtstoestand der burgers, niet de concrete rechtspositie van de individu (Struycken). In de periode 1922—1955 wordt de vrijwillig aanvaarde ambtenaarsverhouding gezien als de grondslag gevend voor bijzondere beperkin-

(119) C.J.G. Olde Kalter, preadvies VAR, blz. 59—79. Men zie ook de documentaire bijlage bij dit preadvies, blz. 121 e.v.

(120) H. Krabbe, preadvies N.J.V. 1897, blz. 93—98; E. Fokker, preadvies N.J.V. 1897, blz. 221—230.

(121) J.T. Buys, *De Grondwet*, deel I, Arnhem 1883, blz. 60—62; A.A.H. Struycken, *Het Staatsrecht van het Koninkrijk der Nederlanden*, Arnhem 1915 blz. 150 e.v.

gen voor de ambtenaar in de uitoefening van grondrechten. In dit standpunt komt een kentering in de jaren rond 1955. Dan breekt gaandeweg de opvatting (wéér!) door, dat de grondrechten wél gelden voor ambtenaren. Maar in de periode 1955–1974 komen regering en (meerderheid van het) parlement nog niet tot aanvaarding van het standpunt, dat beperkingen op de grondrechten moeten voldoen aan de vereisten die de grondwettelijke beperkingsclausules stellen. Dat inzicht komt pas tot volle wasdom in de jaren 1974 en volgende (122).

Een belangrijk moment in die rechtsontwikkeling was de behandeling in de Tweede Kamer van de Aanwijzingen inzake ambtelijk optreden (extern) (123). Toen is de koers uitgezet naar hetgeen als de thans heersende rechtsovertuiging kan worden aangemerkt: de grondwettelijke bepalingen over grondrechten hebben gelding voor het overheidspersoneel. Evenzo de eenieder verbindende bepalingen uit internationale verdragen inzake mensenrechten. Voor overheidspersoneel mogen beperkingen worden aangelegd die verband houden met de positie van dit personeel in het staatsverband, maar deze beperkingen moeten herleidbaar zijn tot de beperkingsclausules die in de Grondwet en in de bedoelde internationale verdragen vervat zijn.

Wij zitten wat dit laatste betreft, op het moment in een overgangsfase (124). De rechtspositionele voorschriften voor overheidspersoneel, waarvan de toepassing beperkingen van grondrechten kan meebrengen (125), zijn tot stand gekomen in een periode, waarin de grondwettigheid van zo'n voorschrift niet werd betwijfeld, ook al is dit voorschrift niet afkomstig van het orgaan, dat naar hedendaags inzicht volgens de Grondwet competent is tot het stellen van beperkingen op grondrechten. Eerst naderhand is twijfel gerezen omtrent de grondwettigheid van zo'n voorschrift, en is

(122) Olde Kalter (preadvies VAR, blz. 56), spreekt in verband met deze verschillende stadia van 'een soort slingerbeweging'. Ik neem aan, dat hij met dit beeld niet heeft willen aangeven, dat de terugslag onvermijdelijk is.

(123) Zie Hand. II, 1973–1974, blz. 3137–3148 en blz. 3176–3186.

(124) Aldus ook de uiteenzetting van regeringszijde in het debat over de Aanwijzingen ambtelijk optreden (extern), Hand. II, 1973–1974, met name blz. 3177–3179.

(125) Bijv. art. 50, eerste lid, van het ARAR, inhoudende dat de ambtenaar gehouden is de plichten uit zijn ambt voortvloeiend, nauwgezet en ijverig te vervullen en zich te gedragen, zoals een goed ambtenaar betaamt.

het vereiste van formele wetgeving meer op de voorgrond geplaatst. Totdat wetgeving ter vervanging van deze rechtspositionele voorschriften tot stand is gekomen, dienen wij in het overgangsstadium waarin wij ons thans bevinden, op de koop toe te nemen, dat deze rechtspositionele voorschriften nog kunnen worden toegepast. Inmiddels is de voorbereiding van de vereiste wetgeving ter hand genomen; voor het militair personeel is reeds een ontwerp van Wet militair tuchtrecht ingediend (126), welk ontwerp er o.m. toe strekt dat tuchtrechtelijke voorschriften die beperking van de fundamentele rechten en vrijheden van de militair inhouden, bij formele wet worden vastgesteld. Het gaat hier in beginsel om gedragsregels in acht te nemen gedurende de tijd waarin de militair dienst doet of behoort te doen, en in acht te nemen op een militaire plaats.

Alvorens nader in te gaan op enkele specifieke grondrechten moet ik de positie van de arbeidscontractanten in ogenschouw nemen. Voor de arbeidscontractanten in overheidsdienst geldt eveneens, dat de overheid de grondrechten van deze categorie van haar personeel in acht heeft te nemen, en dat beperkingen daarop slechts zijn toegestaan, indien en voor zover deze gebaseerd kunnen worden op de beperkingsclausules van de betreffende grondwetsbepalingen. De redenering is wat de verhouding tot de arbeidscontractanten in overheidsdienst betreft, deze, dat de overheid als overheid in elke relatie waarin zij tot de burger kan staan, de grondrechten heeft te eerbiedigen. Die relatie kan ook een privaatrechtelijke rechtsbetrekking zijn, maar ook dan heeft de overheid de grondrechten van de partner in die rechtsbetrekking te respecteren (127). Voor de grondrechten van arbeidscontractanten geldt ook dat, totdat wetgeving in overeenstemming met de grondrechten tot stand is gekomen, er sprake is van een overgangsfase, waarin thans bestaande rechtspositionele voorschriften die beperkin-

(126) Kamerstuk 16813 (R1165), nr. 2. Men zie i.h.b. de voorgestelde artt. 39 e.v., waarin gedragsregels worden gegeven terzake van mondelinge en schriftelijke opruiing tot inbreuk op de tuchtregels, en terzake van verspreiding van geschriften, meningsuiting anders dan d.m.v. geschrift, organiseren of deelnemen aan een betoging of vergadering, het ontplooiën van politieke activiteit als de militair zich voor dienst bevindt op het grondgebied van een vreemde mogendheid.

(127) Vgl. de memorie van toelichting bij het wetsontwerp grondwetswijziging vrijheidsrechten (eerste lezing), Kamerstuk 13872, nr. 3, blz. 15.

gen op grondrechten kunnen meebrengen, nog kunnen worden toegepast.

6.2.2. *Vrijheid van meningsuiting en vrijheid tot vereniging, vergadering en betoging; beperkingscriteria*

Nu kan men in de toekomstige wetgeving op het terrein van de grondrechten van overheidspersoneel de criteria voor beperkingen in de uitoefening van grondrechten uitspellen, zoals in het wetsontwerp tot herziening van het militair tuchtrecht t.a.v. militair personeel is gedaan in de artt. 30 e.v. Daarbij gaat het, zoals eerder reeds is aangeduid, met name om gedragsregels gedurende diensttijd en op een militaire plaats. Of men kan deze criteria vrij globaal weergeven, zoals blijkt uit uitspraken van de regeringzijde de bedoeling is voor het burgerlijk overheidspersoneel en — als ik het goed begrijp — ook voor het militaire personeel buiten het hiervoor aangegeven terrein. De uitoefening van bepaalde grondrechten zou in de laatstgenoemde opzet gebonden worden aan de clause: indien en voor zover daardoor de goede vervulling van de functie of, in verband met de aard van betrokkene's functie, de goede functionering van de openbare dienst zou worden verstoord (128). Het betreft hier met name de vrijheid van meningsuiting, en die tot vereniging, vergadering en betoging.

Daarmee zou de toekomstige wetgeving goed aangeven, in welk spanningsveld deze grondrechten van het overheidspersoneel liggen (zie hoofdstuk 2 van dit preadvies), maar vervolgens zal het aankomen op de toepassingspraktijk met de grondrechten, en op de controle van volksvertegenwoordiging en de ambtenarenrechter op die toepassingspraktijk. Ik denk, dat de wetgever niet veel anders kan doen. De casuïstiek die zich bij de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting en die tot vereniging, vergadering en betoging kan voordoen, is zo veelvormig, dat de wetgever misschien nog wel enkele gedragsregels kan stellen betreffende de orde gedurende de dienst en in een overheidsruimte (zie het ontwerp van een Wet militair tuchtrecht), maar daarbuiten geen gedetailleerde voorschriften kan geven. Bij de concrete uitoefening van deze

(128) Kamerstukken Eerste Kamer 1976–1977, 13872/13873, nr. 55b, blz. 22. Zie ook de behandeling in de Tweede Kamer van de brief van de Minister van Justitie betreffende de zaak-Kalma (Kamerstuk 14943), Hand. TK 1977–1978, in het bijzonder blz. 1982–1983.

grondrechten kunnen zoveel en zo diverse factoren een rol spelen, dat een beoordeling daarvan niet tevoren door de wetgever kan worden gegeven, doch slechts aan een meer globale regel kan worden gebonden, en moet worden overgelaten aan de toepassingspraktijk en de daarop uitgeoefende parlementaire en rechterlijke controle.

De 'cause célèbre' van de ambtenarenrechtspraak van de laatste jaren, de zaak-Kalma, levert illustratiemateriaal op voor deze stelling (129). In de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep in die zaak wordt een aantal factoren in de overwegingen betrokken. In de eerste plaats wordt besproken, welk grondrecht bij de betrokken gedraging aan de orde is. In casu ging het om het recht van betoging, dat nog niet in de Grondwet was gepositieerd, maar 'ook naar nationaal recht inmiddels als een belangrijk beginsel erkenning heeft gevonden'. Aan dit beginsel dient volgens de Centrale Raad in de afweging een belangrijke plaats te worden toegekend.

Tevens was in het onderhavige geval de vrijheid van meningsuiting aan de orde, zoals neergelegd in art. 10 Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. In het belang van de instandhouding van de goede functionering van het politieapparaat zowel in zijn interne, als in zijn externe verhoudingen, is het volgens de CR geoorloofd beperkingen op dit recht te stellen, omdat zij herleidbaar zijn tot de in het tweede lid van het verdragsartikel genoemde beperkingen ter bescherming van de openbare orde.

Vervolgens wordt het gehele 'Tatbestand' van de betrokken gedraging door de CR gewogen, omdat: '... het totale kader waarin en de omstandigheden waaronder (de gedragingen van betrokkene plaatsvonden; CRN) ... aan de afzonderlijke gedragingen van eiser hun bijzondere kleur geven en voor een toetsing ervan niet kunnen worden gemist'.

Van het daarop volgende betoog van de CR, op grond waarvan de in casu gegeven sanctie van berisping in stand werd gehouden, valt nauwelijks een uittreksel te geven, zonder alle nuances in dat betoog uit het gezichtsveld te doen verdwijnen. Onder meer worden in de afweging betrokken:

(129) CRvB 21 september 1979, *A.B.* 1980, 90; met noot van E.H. N(aver). Over deze zaak o.a. J.A. Peters in *N.J.B.* 1978, blz. 369 e.v.

- de verontrusting in Nederland over de oorzaken van de in West-duitsland bestaande situatie enerzijds, en de verontrusting over de activiteiten van de Rote Armee Fraktion ook in Nederland anderzijds;
- de omstandigheid dat betrokkene regelmatig in de publiciteit is getreden, en wel op zodanige wijze, dat hij niet alleen bij velen bekendheid genoot, maar dat ook hier en daar een zekere gevoeligheid t.a.v. zijn persoon met zijn functie als achtergrond is ontstaan;
- de omstandigheid, dat van eiser mocht worden verwacht zich bewust te zijn van die gevoeligheden, en terughoudendheid te betrachten t.a.v. een zo hachelijk onderwerp als het gebeuren rondom de RAF;
- de omstandigheid, dat van betrokkene mocht worden verwacht zich bewust te zijn van die gevoeligheden, en terughoudendheid te betrachten t.a.v. een zo hachelijk onderwerp als het gebeuren kan worden toegerekend voor datgene wat van de betoging als geheel uitgaat;
- het niveau van de functie van betrokkene;
- de mate van tolerantie binnen de groep waartoe betrokkene behoort;
- de mate van verwijtbaarheid van het ontstaan van beroering binnen en buiten het politiekorps aan betrokkene zelf, met name gelet op de voorzienbaarheid van die beroering.

Het zijn deze en dergelijke factoren die bij de beoordeling van de vraag, of de goede functionering van de dienst of de goede vervulling van betrokkene's functie is verstoord, in de weging dienen te worden betrokken. Factoren, die zich — zoals ik hierboven al aanduidde — niet in détail in wetgeving laten 'vangen'.

Het hierboven aangegeven criterium voor de beperking van de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid tot vereniging, vergadering en betoging, is trouwens minder globaal dan het op het eerste gezicht lijkt. Het huidige art. 50 ARAR (en soortgelijke voorschriften in andere rechtspositieregelingen), op grond waarvan thans deze grondrechten kunnen worden beperkt, spreekt van het zich gedragen zoals een goed ambtenaar betaamt. De toekomstige wettelijke norm van de goede vervulling van de functie of, in verband met de aard van de functie, de goede functionering van de openbare dienst geeft in vergelijking daarmee een 'beperkttere' beper-

kingsbevoegdheid. Het nieuwe criterium beoogt beperkingen van de onderhavige grondrechten slechts een functioneel karakter te doen dragen, d.w.z. dat zij toegesneden moeten zijn op de functie-ervulling. Daarmee wordt in zekere zin afstand genomen van begrippen als ambtsethiek en loyaliteit, althans voor zover deze begrippen als zelfstandige waarde, los van de functieervulling, worden gehanteerd. Beide begrippen zijn te vaag, te subjectief ook, om als zelfstandig beoordelingscriterium dienst te kunnen doen. Bij zodanige hantering dreigt het risico, dat de zedelijke opvattingen van de superieuren in Hiërarchia omvang en inhoud van de vrijheden van een ambtenaar kunnen bepalen. 'Ambtsethiek' wekt daarenboven de onjuist indruk, dat er één ethische code zou zijn die *a.* speciaal voor ambtenaren, en *b.* voor alle ambtenaren, op welk bestuursniveau en in welke positie ook geplaatst, zou gelden (130).

Iets anders is het, wanneer het begrip 'loyaliteit' niet als zelfstandige waarde, maar als element in de oordeelsvorming omtrent het begrip 'goede functionering van de dienst in verband met de aard van de functie' een rol speelt.

'Loyaliteit' zou dan in het concrete geval betekenen: wat had van iemand van het niveau van betrokkene, gezien de aard van zijn functie, de afstand van deze functie tot het beleid en de aard van de materie waarover hij zich heeft uitgelaten, mogen worden verwacht? Met andere woorden: een geobjectiveerde notie van loyaliteit, te hanteren in samenhang met andere beoordelingscriteria, zoals de aard van de functie e.d. en — ik beperk mij hier tot meningsuitingen — ook de toon waarin de uitlating van betrokkene gezet is (bijv.: zakelijk dan wel onzakelijk), de context waarbinnen de opvatting is geuit (bijv. in een schotschrift, dan wel in een artikel in een wetenschappelijk vakblad), het tijdstip waarop de uitlating is gedaan (bijv. op een 'gevoelig moment') etc.

In de Aanwijzingen inzake ambtelijk optreden (extern) van 1972 komt het begrip loyaliteit ook voor. Als ik het goed zie, brengen deze Aanwijzingen, en met name de toelichting daarop, het begrip loyaliteit niet als zelfstandig beoordelingscriterium naar voren,

(130) Vgl. ten aanzien van ambtsethiek: H.J. Roethof, in *Politisering van het openbaar bestuur*, blz. 24—25. Zie ook R. Crinice le Roy, *Ambtelijke status en ambtelijke ethiek: mythe of werkelijkheid?*, z.j. blz. 32 e.v., en G.E. Lange-meijer, in *De jurist-ambtenaar* (Kan-bundel), Zwolle 1977, blz. 65 e.v.

maar beogen zij 'loyaliteit' te relateren aan het belang van het goed functioneren van het werkverband (131). Ik vermeld dit hier voor de volledigheid. Uitgebreid ingaan op de Aanwijzingen heeft weinig zin: zij hebben hun langste tijd gehad, als de toekomstige wetgeving terzake van de grondrechten van overheidspersoneel in werking zal zijn getreden.

Ingeval de lezer uit het voorgaande de indruk zou hebben gekregen, dat hier een geharnast voorstander van de hantering van 'loyaliteit' als niet-zelfstandig beoordelingscriterium van grondrechtelijke gedragingen aan het woord was, dan heeft de lezer het mis. Ik zal er geen traan om laten als dit begrip, dat toch kennelijk misverstand opwekt (132); te veel doet denken aan 'Verfassungstreue'; te weinig benadrukt dat er ook loyaliteit van de andere zijde, d.w.z. van de overheidswerkgever, moet zijn; uit het rechtspositionele begrippenkader zou verdwijnen. De meer functionele benadering die t.a.v. de toekomstige regeling van de grondrechten van overheidspersoneel in uitzicht is gesteld, spreekt mij meer aan.

6.2.3. *Enkele speciale onderwerpen*

Thans laat ik nog enige afzonderlijke onderwerpen de revue passeren. De keuze daarvan is niet willekeurig, omdat ik de hier te behandelen elementen van de grondrechten van overheidspersoneel straks, in par. 6.3. wil vergelijken met de aldaar aan de orde komende grondrechten.

Aller eerst het gelijkheidsbeginsel. Ten aanzien van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de burgerlijke openbare dienst is in 1980 een wet tot stand gekomen (Stb. 1980, 384). Deze wet hield een aanpassing in van de Nederlandse wetgeving

(131) Zie over de Aanwijzingen onder meer: F.H. van der Burg, in de Nederlandse Gemeente 1972, blz. 413 e.v., J.M. de Meij, in S.M.A. 1976, blz. 679 e.v., het eerder genoemde artikel van J.A. Peters in N.J.B. 1978, blz. 369 e.v., H.J. Roethof, in Socialisme en Democratie, blz. 423 e.v., K.G. de Vries, in T.v.O. 1972, blz. 454 e.v.

(132) Zo werd in het antwoord van preadviseur Olde Kalter een interventie van mij op de VAR-vergadering van 28 november 1979 misverstaan; Geschriften V.A.R. LXXXV, blz. 26. Ik ben het helemaal eens met het antwoord, maar het ging langs mijn vraagstelling heen: ik beoogde niet het begrip 'loyaliteit' als zelfstandig beoordelingscriterium naar voren te schuiven. Daarbij heb ik ook benadrukt dat de loyaliteit wederkerig moet zijn: de overheid dient ook de grondrechten van de overheidsmedewerker te respecteren.

ter zake van het overheidspersoneelsbeleid, een aanpassing aan de eisen die gesteld zijn in de EG-richtlijn van 10 februari 1975 over de gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers (133) en de EG-richtlijn van 9 februari 1976 inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen (134). Het ziet ernaar uit, dat deze wet in de toekomst tezamen met andere reeds bestaande wetten inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen, zal worden vervangen door een wet gelijke behandeling van meer algemene strekking, welke tevens de gelijke behandeling in de particuliere sfeer zal betreffen. Een voorontwerp voor een dergelijke wet is in september 1981 verschenen (135). Naast een verbod tot het maken van onderscheid op grond van geslacht wordt daarin verboden verklaard onderscheid te maken op grond van homofilie en huwelijkse staat of gezinsverantwoordelijkheid. Dit verbod zal, zo is de strekking van het voorontwerp, ook gelden in de sfeer van de arbeid in overheidsdienst.

Van groot belang voor de toekomstige ontwikkeling op het terrein van de discriminatie naar geslacht acht ik de in het voorontwerp voorziene instelling van een Commissie voor gelijke behandeling, die de bestaande Commissie gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid en de Commissie gelijke behandeling van mannen en vrouwen in burgerlijke openbare dienst zal vervangen. Met geboden en verboden komt men op het terrein van de non-discriminatie naar geslacht, homofilie en huwelijkse staat niet ver, als er niet tevens voorzieningen worden getroffen om een cultuur van begrip en acceptatie van het andere geslacht, het andersgericht zijn of het anders-samenleven te bevorderen. De toekomstige Commissie voor gelijke behandeling kan, als zij met name haar bemiddelende functie goed weet te vervullen, tot de ontwikkeling van die cultuur een belangrijke bijdrage leveren.

Daarnaast dient ervan melding gemaakt te worden dat in studie of voorbereiding, dan wel reeds voltooid zijn wijzigingen van bepalingen in rechtspositionele regelingen waarin een onderscheid wordt gemaakt tussen mannen en vrouwen en tussen gehuwden en ongehuwden. Ik verwijs hiervoor naar de Nota 'Anders geregeld' en de daaropvolgende Kamerstukken 15401.

(133) Pb. nr. L45/19.

(134) Pb. nr. L59/40.

(135) Uitg. Ministerie van CRM.

Voortgaand met de bespreking van de gedachte van gelijke behandeling kom ik tot de gelijke behandeling ongeacht ras binnen de overheidsdienst. Art. 429quater Sr., bevattende de strafbaarstelling van discriminatie wegens ras, is in zijn nieuwe tekst (136) toegesneden op de verhoudingen tussen particulieren onderling, en dan nog beperkt tot de verhoudingen in de sociaal-economische sfeer. Het heeft geen betrekking op rassendiscriminatie in de uitoefening van een ambt, dus ook niet in de verhouding waarop dit preadvies het oog heeft: de interne verhouding overheidswerker/overheidswerkgever. Ik pleit er echter niet voor de werkingsfeer van deze strafbaarstelling uit te breiden tot deze interne verhouding. Het strafrecht — toch al niet de eerste en enige remedie tegen rassendiscriminatie — is niet een voor deze interne verhouding geëigend middel om rassendiscriminatie tegen te gaan. Mocht zich in deze relatie een concreet geval voordoen, waarin onderscheid wordt gemaakt tussen personen wegens ras, dan lijkt het indienen van een klacht bij de superieuren van degenen die het onderscheid heeft gemaakt, de aangewezen weg (137). Daarnaast zie ik heil in het scheppen van een institutionele voorziening, d.w.z. de instelling van een onafhankelijk orgaan voor de behandeling van klachten over rassendiscriminatie (138), welk orgaan competent zou zijn niet alleen t.a.v. gedragingen in de sfeer van het openbare leven, doch ook in de sfeer van het arbeidsleven, met inbegrip van de arbeid in de openbare dienst. Ik kom op de gedachte van instelling van een dergelijk orgaan nog terug in par. 6.3.2.

Vervolgens: de gelijke behandeling ongeacht godsdienst of levensovertuiging. Voor ambtenaren en arbeidscontractanten in rijksdienst gelden art. 21 van het ARAR, resp. art. 20 van het Arbeids-overeenkomstenbesluit. Daarin is de verplichting van de overheid als werkgeefster neergelegd om de zondagsrust van de werknemer

(136) Zie Stb. 1981, 306 en de parlementaire geschiedenis van de wijziging van dit artikel (Kamerstuk 16115).

(137) Men zie ook hetgeen ik hieronder zal opmerken over het individuele klachtrecht van overheidswerknemers.

(138) Zie de desbetreffende suggestie van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid in zijn rapport 'Etnische minderheden', 1979, nr. 17, blz. XXVIII; de regeringsreactie op dit denkbeeld (Kamerstuk 16102, nr. 6, blz. 11) en de motie van het Tweede Kamerlid Mertens (Kamerstuk 14398, nr. 19).

zo min mogelijk te beperken, en om hem zoveel mogelijk de gelegenheid te bieden tot kerkbezoek op zondag en andere kerkelijke feestdagen. Indien de betrokkene i.p.v. de zondag, de Sabbat viert of de Zevendedag, is deze faciliteit, als hij erom verzoekt, op hem van overeenkomstige toepassing. M.i. zouden deze regelingen nog dienen te worden aangevuld met overeenkomstige voorzieningen voor de religieuze feestdagen van andersdenkenden.

Afzonderlijke aandacht geef ik aan het individuele klachtrecht van overheidswerknemers. In zekere zin vertoont dit recht verwantschap met de vrijheid van interne meningsuiting. Opvallend is in verband met het individuele klachtrecht, dat voor ambtenaren niet geldt, hetgeen voor arbeidscontractanten in rijksdienst wel geldt. Art. 52 van het Arbeidsovereenkomstenbesluit schrijft namelijk voor, dat aan de arbeidscontractant door het hoofd van dienst op geregelde tijden en ten minste éénmaal per week gelegenheid wordt gegeven om op tijdig bekend gemaakte plaats, dag en uur in zijn eigen belang of in dat van de dienst, mondeling mededeling te doen van gerezen wensen en bezwaren. Hij kan zich daarbij door een raadsman doen bijstaan.

Ik heb niet de indruk, dat dit voorschrift op de verschillende departementen een levende werkelijkheid is. Misschien juist doordat hier sprake is van een anomalie, een ietwat wonderlijk onderscheid in positie van ambtenaren en arbeidscontractanten. In een werkverband waarin beide categorieën werknemers door één werkzaam zijn, kan men bezwaarlijk de ene categorie gelegenheid geven wensen en verlangens kenbaar te maken, doch de andere categorie, die wel qua formele grondslag van de tewerkstelling, maar vaak niet qua functie zich onderscheidt van de ene categorie, buiten sluiten van deze faciliteit.

Pleit dit er reeds voor, voor wat betreft het individuele klachtrecht geen verschil te maken tussen ambtenaren en arbeidscontractanten, ook uit een oogpunt van een goed sociaal beleid dat de overheid als werkgeefster dient te voeren, is het wenselijk voor beide categorieën een gelijke regeling te treffen. Daarbij ware het individuele klachtrecht voor overheidspersoneel op een iets andere leest te schoeien dan in de hierboven aangehaalde bepaling uit het AOB omschreven staat. Ik zie geen reden om in dit opzicht tussen overheidswerknemers en particuliere werknemers verschil te maken. Ik meen dan ook, dat het aanbeveling verdient de voorstellen uit het recente SER-advies inzake het individuele klacht-

recht van werknemers, voor het overheidspersoneel te 'vertalen' (139). De nadruk valt daarin op wettelijke bescherming van de werknemer tegen een benadeling in zijn positie als hij een klacht heeft ingediend; een garantie waarvan de AOB-bepaling met geen woord reikt. Ook wordt in het SER-advies voorgesteld wettelijk het recht op antwoord binnen redelijke termijn vast te leggen, alsmede het recht zich te doen bijstaan bij de indiening en verdere behandeling van een klacht door een collega-werknemer. Deze collega zal in het SER-voorstel dezelfde wettelijke bescherming tegen benadeling in zijn positie genieten, en dient voor zijn werkzaamheden als 'klachten-begeleider' van de werkgever passende faciliteiten te verkrijgen.

Ik kom hieronder, bij de bespreking van de grondrechtspositie van particuliere werknemers (par. 6.3.2.), nog op het SER-advies terug. Ik hoop dat uit mijn korte beschrijving hierboven voldoende duidelijk is, dat de door de SER voorgestelde opzet meer garantie biedt voor de klagende werknemer dan de AOB-regeling, en hem bovendien niet op kosten jaagt voor de bijstand door een raadsman (140).

Over naar een ander onderwerp: het recht op faciliteiten voor vakbondswerk in de openbare dienst. Ik acht dit recht te behoren deels tot de (vak)verenigingsvrijheid, deels tot de vergadervrijheid. Op dit ogenblik worden wat de rijksdienst aangaat — naast de verlening van een financiële bijdrage in de kosten van scholing en

(139) Publikatie SER 81/14.

(140) Een speciale mogelijkheid voor het indienen van een klacht over gedragingen van andere overheidswerknemers, met name superieuren, zou men vervat kunnen achten in de Wet Nationale ombudsman. Ik zie althans geen wettelijk beletsel voor de Nationale ombudsman om kennis te nemen van zo'n klacht — gesteld dat de ambtenarenrechter ter zake niet bevoegd zou zijn —. Hooguit zou men in art. 52 AOB een 'wettelijk geregelde administratiefrechtelijke voorziening' in de zin van de artt. 14 en 16 van de Wet Nationale ombudsman kunnen zien. Het bestaan van zo'n voorziening schort de bevoegdheid van de Nationale ombudsman tijdelijk op. Ik betwijfel overigens of de Nationale ombudsman, gezien de praktijk van art. 52 AOB, hierin inderdaad een 'wettelijk geregelde administratiefrechtelijke voorziening' zal zien. Het enige dat tegen de hier ontwikkelde gedachtengang valt in te brengen is, dat de Wet Nationale ombudsman niet geschreven is voor klachten van overheidsmedewerkers over gedragingen van hun superieuren, maar voor andere relaties waarin burgers (eventueel ook overheidsmedewerkers) tegenover de overheid staan.

vorming die de bonden aan hun leden geven en het verzorgen van het secretariaat van overlegorganen — met name verloffaciliteiten verleend (141) en — voor zover mogelijk gratis — vergader-ruimten ter beschikking gesteld aan de centrales. In par. 6.3.2. kom ik nog te spreken over het wetsontwerp betreffende het vakbondswerk in de onderneming, dat bij het parlement aanhangig is (142). Er is — dacht ik — onvoldoende aanleiding om op grond van een typische karaktertrek die de overheidsdienst zou bezitten, onderscheid te laten bestaan tussen de regelingen voor het vakbondswerk in de onderneming en in de openbare dienst. Het lijkt mij dan ook toe, dat de regeling uit het aangehaalde wetsontwerp van toepassing kan worden verklaard voor de openbare dienst. Dit betekent dat voor de openbare dienst wettelijk moet worden vastgelegd, dat aan werkers voor de ambtenarenbonden o.m. toegang tot de overheidskantoren moet worden verschaft, gelegenheid moet worden gegeven schriftelijke informatie te verspreiden van en over de bond, en ruimte op publicatieborden ter beschikking moet worden gesteld. De ontslagbescherming die in het wetsontwerp betreffende het vakbondswerk in de onderneming vervat is ten behoeve van de vakbondswerker (143) heeft m.i. niet te worden overgenomen. In de geldende rechtspositieregelingen voor overheids personeel zijn voldoende waarborgen gelegen tegen ongerechtvaardigd ontslag, met inbegrip van rechterlijke controle daarop.

Aan het slot van deze paragraaf: de privacy van de overheidswerker. In dat kader verdient voor wat betreft de rijksdienst vermelding, dat in enkele regelingen voor geautomatiseerde administraties waarin persoonsgegevens zijn opgenomen (144) bepalingen zijn opgenomen onder meer ter zake van:

→
(141) Zie art. 33b ARAR en art. 30d AOB. Zie voorts de rondzendbrief van de Minister van Binnenlandse Zaken van 10 mei 1979, opgenomen in de S. en J. editie nr. 43—II, 4e gecumuleerde aanvulling, blz. 472 e.v.

(142) Kamerstuk 1980—1981, 16703.

(143) Ontslag voor de vakbondswerker in de onderneming is mogelijk, doch gebonden aan de eis van voorafgaande toestemming van de kantonrechter. Ik kom daarop nog terug.

(144) Het betreft hier de geautomatiseerde registraties van de Rijks Geneeskundige Dienst, de Rijks Psychologische Dienst, de afdeling Geïntegreerde Personeelsadministratie Rijksdienst, de afdeling Registratie Pensioenen en Wachtgelden en de afdeling Registratie Dienst Ziektekosten Post-actieven

- het recht van de geregistreerde op kennisneming van de over hem geregistreerde gegevens;
- het recht op verbetering, aanvulling of verwijdering van gegevens;
- een bezwaarschriftenprocedure bij verschil van mening tussen de houder van de registratie en de geregistreerde die om correctie heeft verzocht;
- de verplichting van de houder van de registratie om niet meer gegevens op te nemen dan die welke in een lijst zijn opgesomd;
- de verplichting van de houder om de gegevens niet voor een ander doel te gebruiken dan de in het reglement nauwkeurig omschreven doelstelling;
- de verwijdering van gegevens uit de registratie;
- de fysieke beveiliging van gegevens.

Ten aanzien van niet-geautomatiseerde bestanden van persoonsgegevens heeft een ambtelijke werkgroep in 1979 een rapport opgesteld (145), waarin suggesties worden gedaan voor het doorvoeren van de hierboven beschreven regels ook voor niet-geautomatiseerde registraties van persoonsgegevens in de rijksdienst.

Ik vermeld deze feitelijkheden met instemming. De hier aangeduide voorschriften dienen het belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, en beogen daarbij garanties te geven, dat beslissingen omtrent de individuele overheidswerknemer die van groot belang zijn voor zijn positie in het arbeidsleven, niet op basis van onjuiste, onvolledige of irrelevante gegevens worden genomen

→
(thans: Dienst Ziektekostenvoorziening overheidspersoneel). De desbetreffende reglementen zijn gepubliceerd in de Nederlandse Staatscourant van 11 november 1977, nr. 221. De reglementen zijn gebaseerd op de uitgangspunten, vervat in de Aanwijzingen van de Minister-President inzake de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in verband met geautomatiseerde systemen waarin persoonsgegevens zijn opgenomen, bij de rijksoverheid (Stcrt. 1975, nr. 50).

(145) Bescherming gegevens rijkspersoneel, 's-Gravenhage 1979. Men zie ook de voorstellen op het stuk van de privacybescherming in de rapporten van de Staatscommissie 'Bescherming persoonlijke levenssfeer in verband met persoonsregistraties', 's-Gravenhage 1976, de Commissie Selectieprocedure (Commissie-Hessel), 's-Gravenhage 1977 en de Werkgroep Justitiële Documentatie, 1976.

(146). Het voorbeeld, dat de rijksdienst hier geeft, verdient navolging bij de overheidsorganen op andere niveaus.

6.2.4. *Betogen in uniform*

Ik kan er niet omheen, in het kader van de bespreking van de grondrechten voor overheidspersoneel aandacht te wijden aan een onderwerp, waarbij de idee van de functie van de overheid als overheid een extra-beperking lijkt mee te brengen bij de uitoefening van een grondrecht. Ik doel hier op het verbod om in uniform te betogen in andere gevallen dan indien het betreft de voor het personeel algemeen geldende arbeidsvoorwaarden. Zo'n verbod is voor militairen vervat in het ontwerp van Wet militair tuchtrecht (147) en is gestoeld op gedachten die in de Defensienota 1974 (148) zijn ontvouwd: deelnemen door een militair in uniform aan betogingen, niet betreffende de arbeidsvoorwaarden, zou de indruk wekken dat militaire macht wordt geplaatst tegenover het gezag in welks dienst die macht staat.

Een dergelijk verbod zal men in de verhouding werkgever-werknemer in de particuliere sfeer niet gauw tegenkomen, en ook niet gauw gerechtvaardigd achten. Is een dergelijk verbod voor militair personeel wel gerechtvaardigd? Deze vraag heeft o.a. gespeeld, toen militairen in uniform wilden deelnemen aan de vredesmanifestatie op 21 november 1981 in Amsterdam.

Ik beantwoord die vraag bevestigend. Niet omdat hier de idee van de overheid als overheid een rol speelt, maar omdat betogen in uniform misverstand kan wekken bij het publiek. De krijgsmacht is geen doel in zichzelf, maar is instrument in dienst van de overheid, meer bepaald van de regering, ter verdediging van het Koninkrijk. Als instrument, ondergeschikt aan het politieke gezag, onder-

(146) In par. 6.3.2. zal ik ietwat dieper ingaan op het aanhangige ontwerp van Wet op de persoonsregistraties (Kamerstuk 17207). In beginsel beoogt deze regeling ook te gelden voor registraties van persoonsgegevens bij de overheid, in eerste aanleg voor de geautomatiseerde registraties. De invoering van de wettelijke regeling zal echter naar alle waarschijnlijkheid nog jaren kosten. In de tussentijd kunnen reglementen van bovenomschreven inhoud goede diensten doen.

(147) Art. 33, tweede lid, in Kamerstuk 16813 (R1165), nr. 2.

(148) Kamerstuk 12994, blz. 76--77.

scheidt zij zich niet van het burgerlijk ambtenarencorps (149). Maar het militaire uniform doet onmiskenbaar blijken, dat de drager onderdeel uitmaakt van dit instrument.

Nu maak ik, overeenkomstig het in hoofdstuk 2 gestelde (en de Defensienota 1974 en het ontwerp van Wet militair tuchtrecht lijken dit ook te doen), een scherp onderscheid tussen de overheid als werkgeefster van de militair enerzijds en de overheid als overheid tegenover de militair, in casu de overheid als gezag dat bevoegd is het instrument: de krijgsmacht, te hanteren, anderzijds. Demonstreren over onderwerpen, de arbeidsvoorwaarden van het militaire personeel betreffende, is demonstreren tegen de overheid als werkgeefster. Ik heb er in dat licht geen moeite mee, dat militairen aan zo'n betoging deelnemen in uniform. Het dragen van een uniform bij demonstraties voor andere aangelegenheden wekt echter gemakkelijk misverstand bij het publiek. Het misverstand dat de regering haar machtsinstrument heeft ingezet om het doel van de betoging te steunen, dan wel de al even onjuiste indruk, dat de krijgsmacht in opstand is gekomen tegen het over haar gestelde gezag. Juist de omstandigheid dat het uniform de drager meteen herkenbaar maakt als behorend tot de krijgsmacht, zou tot het ontstaan van dit misverstand bijdragen.

Ik geef toe: een paar uniformen temidden van een demonstratie vallen niet zo op. Veel uniformen daarentegen wel. Aangezien evenwel de wetgever niet tevoren kan uitmaken hoeveel uniformen in een betoging die niet de arbeidsvoorwaarden betreft, nog acceptabel zijn, en hoeveel niet, is het onvermijdelijk dat de wettelijke regeling een absoluut verbod te dezer zake stelt.

Ten aanzien van het politiepersoneel ga ik nog verder. Voor deze categorie zou m.i. een verbod tot het dragen van een uniform bij demonstraties ook moeten gelden t.a.v. betogingen die de arbeidsvoorwaarden betreffen. Weliswaar is zo'n betoging gericht tegen

(149) Hoe slecht dit door sommigen kan worden verstaan, moge blijken uit de gang van zaken met het wetsontwerp grondwetswijziging inzake de bepalingen omtrent de verdediging (Kamerstuk 15667 (R1114), dat in de Eerste Kamer in eerste lezing werd verworpen. Ik ben het niet altijd eens met G.A.J.M. Kortmann, maar wat deze gang van zaken betreft, deel ik zijn kritische oordeel over de in de Eerste Kamer aangevoerde argumenten tegen het wetsontwerp in *M.R.T.* 1981, blz. 381 e.v. Zie ook de reactie daarop van J.R. Stellinga in *M.R.T.* 1981, blz. 521 e.v. en het naschrift van Kortmann, *ibidem*, blz. 524 e.v.

de overheid als werkgeefster, maar voor het publiek is de geüniformeerde politicomant/vrouw de manifestatie van het politiegezag, behoudens tegenbewijs werkzaam in de rechtmatige uitoefening van zijn/haar bediening en bevoegd tot het geven van verkeersaanwijzingen e.d. Aan de omstanders wordt het, ingeval het uniform bij een betoging gedragen wordt, feitelijk onmogelijk gemaakt te onderscheiden tussen het politiepersoneel dat in verband met de demonstratie het verkeer regelt en wanordelijkheden poogt te voorkomen, degenen die de orde binnen de demonstratie bewaren, en de demonstranten zelf. Ik acht het onwenselijk dat deze onduidelijkheid bij het publiek, deze onzekerheid omtrent de verschillende rollen die de uniformdragers in het kader van de demonstratie vervullen, ontstaat.

6.3. Grondrechten van particuliere werknemers

6.3.1. Horizontale werking van grondrechten

Ter vergelijking thans de rechtspositie van particuliere werknemers op het stuk van de grondrechten. Hier doet zich het vraagstuk voor van de horizontale werking van grondrechten. Ik hanteer in navolging van bepaalde uitlatingen van regeringszijde hier de term 'horizontale werking' liever dan 'derdenwerking' of 'privaatrechtelijke werking' van grondrechten (150).

(150) Men zie bijv. de memorie van toelichting op het wetsontwerp grondwetswijziging eerste lezing inzake klassieke grondrechten, Kamerstuk 1975—1976, 13872, nr. 3, blz. 15. Het gaat mij om de werking van grondrechten in verhoudingen tussen burgers onderling; verhoudingen waarbij geen overheidsorgaan is betrokken. Ingeval er sprake is van een verhouding waarbij een burger als wederpartij tegenover zich ziet een overheidsorgaan, in welke privaatrechtelijke gedaante dan ook, dan is een 'verticale' verhouding aan de orde, en gelden de grondrechten op 'normale' wijze. Ik liet dat eerder in dit hoofdstuk al uitkomen, waar het ging om de verhouding tussen een overheidsorgaan en een daarbij in dienst zijnde arbeidscontractant: die verhouding kan als civielrechtelijk worden gekwalificeerd, maar ook in die relatie heeft het overheidsorgaan als zodanig de grondrechten van de wederpartij te respecteren. De termen 'derdenwerking' en 'civielrechtelijke werking' (deze laatste term wordt o.m. door A.G. Maris gehanteerd in zijn preadvies voor de N.J.V. 1969) laten dat laatste te zeer in het midden. In stukken van regeringszijde is wel eens de term 'derdenwerking' gebruikt (bijv. in de memorie van toelichting op het wetsontwerp tot goedkeuring van de VN-mensenrechtenverdragen; Kamerstuk 1975—1976, 13932 (R1037), nr. 3, blz. 13—15), maar dit is naderhand betreurd (zie de memorie van antwoord over het goedkeuringsontwerp 13932 (R1037), nr. 8, blz. 9).

Werken de grondrechten door in de verhoudingen tussen burgers onderling — in casu de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer —, en zo ja, in hoeverre? Dit vraagstuk doet zich met meer klem voor op het terrein van de klassieke, dan op dat van de sociale grondrechten. De laatstbedoelde categorie heeft met name het oog op het wegnemen van de materiële belemmeringen voor de volledige persoonlijke ontplooiing van de mens, en wordt veelal gepositieerd als opdracht aan de wetgever of zorgplicht voor de overheid (151). Bij het uitvoeren van deze opdrachten zullen wetgever en bestuur in sommige gevallen aan sociale grondrechten pas volledige zin kunnen geven door ze te laten doorwerken in horizontale verhoudingen. Te denken valt hierbij bijv. aan het recht op arbeidsbescherming en de aanspraken op medezeggenschap.

Maar bij de klassieke grondrechten doet zich de vraag voor of deze grondrechten, die naar men gewoonlijk stelt primair geschreven zijn om de burger bescherming te geven tegenover overheidsinmenging in de individuele vrijheidssfeer (152), zich wel lenen voor doorwerking in horizontale verhoudingen. Het is niet gewaagd te stellen, dat in wetgeving en rechtspraak horizontale werking van de klassieke grondrechten als mogelijkheid erkend wordt. Wellicht niet alle van deze grondrechten lenen zich daarvoor, en niet alle op dezelfde wijze en in dezelfde mate. Maar plaats voor een radicale afwijzing van de gedachte dat klassieke grondrechten horizontale werking kunnen hebben, is er naar mijn mening niet meer.

Jurisprudentie waarin men kan onderkennen, dat de rechter horizontale werking van klassieke grondrechten erkent, is aanwezig

(151) Zo bijv. in de nieuwe Grondwet; zie de wetsontwerpen grondwetswijziging 13873 (eerste lezing) en 16908 (tweede lezing) tot opnemng van bepalingen inzake sociale grondrechten.

(152) Een aanname, die volgens J. Boesjes (in *N.J.B.* 1973, blz. 906–908, en de aldaar aangehaalde schrijvers) trouwens relativering verdient. De positivering van grondrechten in bijv. de Déclaration van 1789 was niet alleen gericht tegen het overheidsgezag, maar ook tegen andere machtsgroeperingen in de toenmalige maatschappij (waaronder adel, geestelijkheid en gilden). Men zie ook J. van der Hoeven (De plaats van de grondwet in het constitutionele recht, Zwolle 1958, blz. 194 e.v.), in wiens ogen grondrechten ook in de relatie tussen de enkeling en zijn vrije groepering tegenover souvereiniteitsdragers en andere machtsvorming een rol spelen, ja zelfs hun meest essentiële betekenis hebben gevonden in de bescherming die zij boden tegen macht en de bezitters van macht.

(153), maar niet overvloedig als het gaat om het terrein van het arbeidsovereenkomstenrecht (154). De vraag rijst dan, of op dit terrein de rechtsontwikkeling ter zake van de horizontale werking van grondrechten geheel en al aan de rechter moet worden overgelaten. Boesjes beschrijft met een glijdende schaal hoe hier de rechter te werk zou kunnen gaan (155). Een grondrechtsnorm die zich primair tot de wetgever richt, kan daarnaast van invloed zijn op de interpretatie door de rechter van privaatrechtelijke regels en begrippen. Van een verdergaande vorm van horizontale werking is sprake in het geval dat een grondrechtsnorm zelfstandig een rechtsbelang uitdrukt, dat de rechter bij de afweging van belangen mede in aanmerking moet nemen. Nog weer verdergaand: de grondrechtsnorm is de uitdrukking van een beginsel waarvan de rechter slechts op zwaarwegende gronden mag afwijken. Het meest ver gaand: de grondrechtsnorm presenteert zich aan de rechter als dwingende rechtsnorm, ten aanzien waarvan afwijkingen slechts zijn toegestaan, voorzover deze tot de (in grondwet of verdrag) gepositieerde beperkingsclausule herleidbaar zijn (156).

(153) Bijv. Hof Arnhem 25 okt. 1948, *N.J.* 1949, 331 (beding in pachtovereenkomst in het licht van geloofs- en gewetensvrijheid); H.R. 8 dec. 1961, *N.J.* 1962, 56 (onrechtmatige daad in het licht van de vrijheid onderwijs te geven); H.R. 24 sept. 1964, *N.J.* 1965, 359 (reglement appartementseigenaren en ius de non evocando); H.R. 25 juni 1965, *N.J.* 1966, 115 (onrechtmatige daad in het licht van vrijheid van meningsuiting); H.R. 27 okt. 1967, *N.J.* 1968, 3 (leveringsvoorwaarden en ius de non evocando); H.R. 31 okt. 1969, *N.J.* 1970, 57 (concurrentiebeding in opleidingsovereenkomst in het licht van vrijheid onderwijs te geven); Hof 's-Gravenhage 25 mei 1973, *A.B.* 1974, 90 (onrechtmatige daad in het licht van recht op leefbaar milieu); Hof Amsterdam 30 okt. 1980, *N.J.* 1981, 422 (onrechtmatige daad en vrijheid van meningsuiting).

(154) Bijv. Kantonrechter Haarlem 20 juli 1962, *N.J.* 1963, 101 (concurrentiebeding in arbeidsovereenkomst in het licht van vrijheid onderwijs te geven); H.R. 16 januari 1970, *N.J.* 1970, 156 (cao-bepaling die werkgever verplicht tot ontslag aan niet bij vakvereniging aangesloten werknemer, in het licht van vrijheid van vereniging).

(155) *N.J.B.* 1973, met name blz. 911-912.

(156) Ik laat in dit verband buiten beschouwing de door Boesjes ook beschreven vorm van horizontale werking, waarbij het grondrecht zich tot de wetgever of de overheid richt als opdracht om een bepaald beginsel (ook) in particuliere verhoudingen te realiseren, bijv. sommige instructienormen bij de sociale grondrechten. De hier beschreven gedachtenlijn is door de regering overgenomen in de memorie van toelichting op het wetsontwerp grondwetswijzi-

Wij weten allen dat de rechter niet is 'the mouth of the recorded law' (157), en dat rechterlijke rechtsvinding de bovenomschreven rechtsontwikkeling verder kan bevorderen. Bij de interpretatie van het begrip 'goede trouw' bij de uitvoering van overeenkomsten, van hetgeen onder de verplichtingen van een goed werkgever dient te worden verstaan (art. 1638z B.W.), van de verplichtingen van de werknemer in verband met de goede orde in de onderneming (art. 1639b B.W.), of van de regels betreffende het ontslagrecht, zou de rechter ruimte kunnen vinden voor het laten doorwerken van grondrechten in de verhouding werkgever/werknemer. Maar kan men daarmee volstaan? Er is naar mijn opvatting meer dan een argument om ook de wetgever hier in te schakelen (158).

In de eerste plaats — maar het is voor mij niet het belangrijkste argument — valt bij vergelijking van de positie van overheidspersoneel met die van particuliere werknemers onmiddellijk op dat voor overheidspersoneel de klassieke grondrechten rechtstreeks gelden (zoals in de vorige paragraaf beschreven), terwijl men voor personeel in het bedrijfsleven maar moet afwachten of rechterlijke rechtsvinding tot hetzelfde resultaat zal leiden. In zekere zin bevindt het overheidspersoneel zich op dat stuk in een geprivilegieerde positie, als gevolg van de omstandigheid dat zijn werkgever als overheid de grondrechten van al haar burgers in acht heeft te ne-

→
ging (eerste lezing) klassieke grondrechten, Kamerstuk 13872, nr. 3, blz. 15—16. Ondanks dat deze genuanceerde en voorzichtige stellingname bij de behandeling van dit wetsontwerp heel wat vragen heeft uitgelokt, mag men aan het eind van de rit concluderen, dat ook de meerderheid van het parlement zich schaart achter deze opvatting.

(157) Shakespeare, *Measure for measure*, Act II, Scene III. Ik wilde een andere uitdrukking gebruiken, dan het eeuwige (in twee betekenissen): 'bouche qui prononce les paroles de la loi'. Angelo, die in Shakespeare's toneelstuk de bovenstaande omschrijving van zichzelf als rechter geeft, gedraagt zich in die functie als een 'zielloos wezen', dat, zoals ook uit andere uitlatingen van Angelo blijkt, als een automaat de wet heeft toegepast. K.M. Schönfeld, Montesquieu en 'la bouche de la loi', Leiden 1979, noemt bronnen, door welke zowel Montesquieu als Shakespeare zich hebben kunnen laten inspireren.

(158) A.G. Maris en J.M. Polak in hun preadviezen voor de N.J.V. 1969 over civielrechtelijke werking van grondrechten wijzen opneming van specifieke wettelijke regels ter bescherming van grondrechten in het privaatrecht niet af. Toch schijnt het mij toe, dat zij beiden meer zien in verdere rechtsontwikkeling door de rechter. Het arbeidsovereenkomstenrecht krijgt in de beide preadviezen weinig afzonderlijke aandacht.

men. Dat pleit ervoor, voor particuliere werknemers te zoeken naar wegen om aan hen in dezen een zoveel mogelijk overeenkomstige bescherming deelachtig te laten worden.

Belangrijker nog is m.i. het argument, dat in het arbeidsovereenkomstenrecht geen sprake is van volledige gelijkwaardigheid van contractspartners (159). De werknemer staat tegenover een in het algemeen gesproken machtiger wederpartij (de werkgever) (160). Voor bescherming van zijn grondrechten zal de werknemer niet in de eerste plaats denken aan het zoeken van een toevlucht bij de rechter. Rechterlijke tussenkomst is het ultimum remedium: in de rechtsverhouding werkgever/werknemer kunnen processen over de wederzijdse rechten en verplichtingen alleen maar een wellicht reeds verpeste sfeer verder verzieken. En als het om ontslagkwesties gaat, komt hulp van de rechter in wezen meestal te laat. Hooguit kan een rechterlijke uitspraak die voor de werkgever ongunstig is uitgevallen, deze tot enige voorzichtigheid brengen in toekomstige gevallen. Zekerheid daaromtrent bestaat echter niet, en bovendien behoeven andere werkgevers zich niets aan te trekken van deze uitspraak.

Let wel: ik wijs rechterlijke tussenkomst niet af. Zo zwart-wit ligt voor mij de tegenstelling 'wetgever of rechter' niet. Ik meen echter dat indien de wetgever optreedt, de rechter in staat wordt gesteld voldoende wettelijke aanknopingspunten te vinden om bij de interpretatie van de regels van het arbeidsovereenkomstenrecht mede de grondrechten in de overwegingen te betrekken (161).

(159) Het is op deze grond, dat bijv. P.J. Boukema (Enkele aspecten van de vrijheid van meningsuiting . . ., Amsterdam 1966, blz. 142) 'veel te zeggen' vindt voor horizontale werking van grondrechten op dit rechtsgebied, maar dan via rechterlijke rechtsvinding.

(160) Vooral M.B.W. Biesheuvel (in NJCM-bulletin 1981, blz. 147-167 en 205-225, i.h.b. blz. 218) legt in navolging van J. van der Hoeven (zie noot 152) de nadruk op de bescherming die horizontale werking van grondrechten zou kunnen bieden in situaties van machtsongelijkheid. Zie ook de MvA voor de Tweede Kamer van het wetsontwerp grondwetswijziging (eerste lezing) klassieke grondrechten, 13872, nr. 7, blz. 10, waarin als belangrijke functie van de grondrechten wordt aangemerkt de bescherming die zij kunnen bieden voor de burger in zijn verhouding tot machtige particuliere instellingen.

(161) En na evaluatie van de dan ontwikkelde jurisprudentie zal vervolgens weer, zoals dat in het moderne jargon heet, 'teruggekoppeld' moeten worden 'naar' de wetgever, die bij gebleken noodzaak weer nieuwe aanknopingspunten voor de rechter in de wet neerlegt, enzovoorts.

Het hanteren van de wet als instrument om grondrechten te doen doorwerken in arbeidsverhoudingen heeft ook het voordeel, dat daarmee aan de vakbeweging en aan personeelsvertegenwoordigingen binnen de ondernemingen een handvat wordt geboden om nadere concretisering van de wettelijke normen te bewerkstelligen in cao's, bedrijfsreglementen, of individuele arbeidsovereenkomsten. Ik sluit voorts niet uit, dat wetgeving ook een verandering in mentaliteit — voor zover nodig — teweeg kan brengen bij werkgevers, zodanig dat zij meer oog krijgen voor de betekenis van grondrechten in de arbeidsverhouding in verband met de zelfontplooiing van de werknemer.

Tenslotte nog dit. Het denken over het vraagstuk van de horizontale werking heeft een belangrijke impuls gekregen bij de behandeling van de recente grondwetsherziening, en van de goedkeuring van de VN-mensenrechtenverdragen (162). Horizontale werking van grondrechten is niet uitdrukkelijk in de nieuwe formuleringen van de grondwettelijke grondrechten neergelegd, maar in de toelichtende stukken legt de regering getuigenis af van een positieve instelling jegens de doorwerking van grondrechten in horizontale verhoudingen. Over deze opvatting zijn in de parlementaire discussie heel wat vragen gesteld. Niettemin kon een meerderheid van het parlement zich scharen achter deze opvatting. Zo men in dit verband zou kunnen spreken van de 'wil van de grondwetgever' (163), dan is deze slechts neergelegd in de parlementaire stukken over de grondwetsherziening, niet in de Grondwet zelf. Men kan niet van de rechter verlangen, de wetgeschiedenis van de nieuwe grondwettelijke grondrechtsbepalingen steeds in de herinnering mee te dragen. Vastlegging in de wet van een aantal grondrechten van werknemers biedt meer zekerheid, dat de rechter in

(162) Zie de noot die bij het begin van deze paragraaf is opgenomen.

(163) Men zou daar een vraagteken bij kunnen zetten, als de betrokken passages uit de wetgeschiedenis van de grondwetsherziening uitsluitend een beschrijving van een ontwikkeling zou inhouden. Ook mijns inziens zijn deze passages in belangrijke mate descriptief van aard. Maar dat neemt niet weg dat de positieve waardering door de regering van horizontale werking, ook richtinggevend is voor de toekomstige rechtsontwikkeling. Het parlement heeft zich bij die positieve opstelling aangesloten; men zou daarom met een beetje goede wil hier inderdaad van 'de wil van de grondwetgever' kunnen spreken.

een concrete casus de grondrechten als rechtsbelang mee in zijn oordeelsvorming zal betrekken.

6.3.2. *Horizontale werking en individuele werknemersrechten*

Het is in het licht van het voorgaande niet zonder reden, dat enkele jaren geleden de PvdA-fractie uit de Tweede Kamer een pleidooi hield voor een aparte wet, die de grondrechten van werknemers zou vastleggen (164). In de nota van deze fractie komen achtereenvolgens aan de orde: het recht op informatie omtrent het bedrijf, de vrijheid van meningsuiting (omvattend zowel de vrijheid om binnen het bedrijf de mening te uiten, als om buiten het bedrijf over het bedrijf opvattingen te uiten), het recht van vergadering, het recht op buitengewoon verlof voor deelneming aan sociaal-politieke werkzaamheden, het recht op belijden van een levensovertuiging, het recht op werkweigering op principiële gronden, het recht op werkoverleg, het recht op gelijke behandeling, het recht op educatief verlof en het stakingsrecht.

Over het stakingsrecht zal ik in het volgende hoofdstuk een afzonderlijke uiteenzetting geven. Horizontale werking van dit grondrecht is trouwens geen vraag: het behoort tot de meer moderne grondrechten welke beogen zowel op werknemers in overheidsdienst, als op die in particuliere dienst van toepassing te zijn. Dit geldt voor meer rechten uit de bovenstaande opsomming. Over elk daarvan zou wel iets op te merken zijn (165), maar ik wil mij

(164) Zie de nota van de toenmalige Tweede Kamer-leden Franssen, Roethof en Van Thijn, gevoegd bij het voorlopig verslag inzake het wetsontwerp grondwetswijziging (eerste lezing) inzake de sociale grondrechten (Kamerstuk 1975—1976, 13873, nr. 6). Het onderwerp 'Grondrechten individuele werknemers' komt ook voor in het PvdA-Fasenplan wetgeving Weerwerk (een gefaseerd plan voor de wetgeving van een nieuw kabinet), van april 1981.

(165) Ik kan het niet nalaten toch een enkele opmerking te maken over een enkel recht dat ik hieronder niet zal behandelen. De eerste opmerking betreft het recht op informatie omtrent het bedrijf, meer speciaal omtrent het reilen en zeilen van de onderneming in totaal. Wat dat betreft, is de directie, als het de onderneming naar den vleze gaat, meestal zeer open. Zodra er echter tegenwind gaat waaien, is zij geneigd — de praktijk leert dat — weinig informatief te zijn. Zelfs de commissarissen en de ondernemingsraad worden pas ingelicht over tegenslagen, als het werkelijk niet meer anders kan. Voor zover het verstrekken van informatie afhankelijk is van de persoon die over die informatie beschikt, dient het nut van vastlegging in de wet van het recht op informatie omtrent de algehele toestand van het bedrijf, gerelativeerd te wor-

in dit bestek beperken tot enkele van de meer klassieke grondrechten, die in het voorstel van de PvdA-nota horizontale werking door middel van wetgeving zouden moeten verkrijgen.

Op een aantal punten is inmiddels wetgeving tot stand gekomen, of in voorbereiding. Ik denk hierbij aan de verschillende wetten betreffende gelijke behandeling van mannen en vrouwen (de Wet gelijk loon voor vrouwen en mannen — Stb. 1975, 129, de Wet houdende tijdelijke voorziening met betrekking tot de gelijke behandeling van mannen en vrouwen en van gehuwden en ongehuwden ingeval van beëindiging van de dienstbetrekking — Stb. 1979, 278; de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen — Stb. 1980, 86) (166). Ik wijs verder op het voorontwerp van een wet gelijke behandeling, dat ik in par. 6.2.3. al noemde. Het voorontwerp heeft, zoals ik aldaar vermeldde, de strekking de reeds bestaande wetten inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen te vervangen; voorts verboden te verklaren onderscheid te maken op grond van geslacht, homofilie en huwelijkse staat of gezinsverantwoordelijkheid, welk verbod zou moeten gelden op een breed terrein van het maatschappelijk leven, inclusief het arbeidsleven. Daarmee zijn nog niet voorzieningen getroffen op het gehele terrein van (on)gelijke behandeling. Voor wat betreft de opheffing

→
den. Als het gaat om informatie aan de individuele werknemer omtrent de concrete werkomstandigheden — dit is mijn tweede opmerking — wijs ik op de artt. 6 en 7 van de Arbeidsomstandighedenwet (Stb. 1980, 664). Vooral voor jeugdige werknemers bevat deze wet een gedetailleerde opsomming van onderwerpen, waarover aan hen informatie dient te worden verschaft. Wat het recht op werkoverleg betreft — derde opmerking — valt te wijzen op art. 16 van deze wet, waarin voorgeschreven wordt dat regelmatig werkoverleg moet worden gepleegd voor zover de veiligheid, de gezondheid of het welzijn van de betrokken werknemers dat vereist. Over de Arbeidsomstandighedenwet nader: C. de Meester, in *S.M.A.* 1978, blz. 604 e.v., J. Bloemarts, in *S.M.A.* 1978, blz. 590 e.v., J.J. van Dodeweert, in *S.M.A.* 1980, blz. 215 e.v., F. Koning, in *S.M.A.* 1980, blz. 497 e.v. Deze wet zal gefaseerd worden ingevoerd, afhankelijk van het tijdstip waarop de uit deze wet voortvloeiende maatregelen genomen zijn. Juist omdat zij naast veiligheid en gezondheid, mede het welzijn van de arbeidende mens op het oog heeft, heeft zij — vierde opmerking — de potentie in zich de toon te zetten voor (verdere) verbetering van de kwaliteit van de arbeid.

(166) Zie over de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ook G.J. Veerman, *S.M.A.* 1980, blz. 196 e.v., en de preadviezen van A.W. Govers en A.E. Bosscher voor de gezamenlijke Vergadering van de Vereniging voor Arbeidsrecht en de Vereniging voor Europees Recht 1981, Alphen aan den Rijn 1981.

van ongelijkheden staat ons nog het een en ander aan wijziging van bestaande wetgeving te wachten in het kader van de Nota 'Anders geregeld' (167). Voortgaand streven naar de verwezenlijking van het gelijkheidsideaal acht ik van wezenlijke betekenis voor de democratische rechtsstaat, die Nederland pretendeert te zijn.

Dit geldt in zekere mate ook voor de opheffing van de ongerechtvaardigde ongelijkheden waarop de Nota van de PvdA-fractie speciaal het oog heeft: onderscheid in bedrijfskantines tussen hoger en lager personeel, onderscheid in uitmonstering van de kantoorruimte en toiletfaciliteiten naar gelang de hoogte van de functie. Het lijken zo op het oog kleine ongelijkheden, maar zij kunnen als zeer grievend worden ervaren indien bepaalde verschillen niet kunnen worden gemotiveerd met overwegingen, ontleend aan het verschil in aard van de functie van betrokkenen. Toch zijn de hier aangeduide ongelijkheden van een andere orde dan de ongelijkheden naar geslacht, ras etc. Ook is er voor de beantwoording van de vraag of dit soort ongelijkheden al dan niet functioneel zijn, een beoordeling nodig van de concrete omstandigheden. Ik zie daarom niet zoveel in een wettelijk voorschrift dat gelijke behandeling tout court op dit terrein zou voorschrijven, maar meer in een wettelijke verplichting voor werkgevers om deze aangelegenheden aan de orde te stellen in het overleg met de ondernemingsraad.

Op het stuk van de discriminatie naar ras zou een wettelijke regeling, strekkende tot gelijke behandeling, mijns inziens zeer wenselijk zijn. Voor een algemene non-discriminatiewet is de tijd misschien nog niet rijp. Een specifieke wettelijke regeling voor het tegengaan van discriminatie in de arbeidssfeer (bij het aangaan en beëindigen van de arbeidsovereenkomst, bij de arbeidsvoorwaarden, de arbeidsomstandigheden, de functiewaardering, de bevordering enz.) zou in een behoefte voorzien. Ik denk hierbij niet aan een strafrechtelijke voorziening (art. 429quater Sr., zoals laatstelijk gewijzigd bij de wet van 22 mei 1981, Stb. 1981, 306, biedt wat dat betreft reeds uitkomst), maar om een voorziening van institutioneel karakter.

In dat kader kan een commissie gelijke behandeling naar ras, overeenkomstig — eventueel samenvallend met — de Commissie voor

gelijke behandeling als bedoeld in het eerder genoemde voorontwerp van een wet gelijke behandeling, goede diensten verrichten. Zo'n commissie zou tot taak kunnen krijgen (naast advisering aan de regering) een oordeel uit te spreken (niet een rechterlijk maar hopelijk wel een gezaghebbend oordeel) over de vraag of een bepaalde gedraging in de sfeer van de arbeid een niet toegelaten onderscheid naar ras inhoudt. Daarbij zou de commissie ook een bemiddelende en voorlichtende rol kunnen vervullen. Ik heb niet de illusie dat de werkzaamheid van deze commissie mensen verdraagzamer zou kunnen maken; wèl dat de samenleving als geheel op den duur dragelijker wordt.

Dan kom ik tot de gelijke behandeling ongeacht godsdienst of levensovertuiging. Ik heb in par. 6.2.3. al uiteengezet, dat voor ambtenaren en arbeidscontractanten in de rijksdienst art. 21 van het ARAR, respectievelijk art. 20 van het Arbeidsovereenkomstenbesluit, geldt.

Het B.W. bevat voor particuliere werknemers slechts het voorschrift (art. 1638w), dat de werkgever gehouden is de arbeid zo te regelen dat de werknemer geen arbeid hoeft te verrichten op zondag of op dagen die volgens het plaatselijk gebruik ten aanzien van de bedongen arbeid met zondagen worden gelijkgesteld, behalve voor zover het tegendeel bedongen is of uit de aard van de arbeid voortvloeit. De gedachtenlijn die in de Nota van de PvdA-fractie is ontwikkeld, voortzettend, stel ik voor de wettelijke regeling voor particuliere werknemers zo uit te bouwen, dat zij gelijkwaardige voorzieningen biedt als voor het overheidspersoneel gelden, en voorts in de regelingen voor overheidspersoneel (zie par. 6.2.3.) en particulier personeel aandacht te wijden aan de religieuze feestdagen van andersdenkenden. Daarbij valt met name te denken aan de Islamieten onder de buitenlandse werknemers. In sommige cao's komen reeds bepalingen voor die ertoe strekken dat aan buitenlandse werknemers verlof wordt gegeven (snipperdagen) op een of meer voor hen geldende religieuze feestdagen (168).

Ten aanzien van de vrijheid van meningsuiting merk ik het volgende op. Hier zou de wet voor de individuele werknemer een regeling ter bescherming kunnen treffen overeenkomstig de toekomstige regeling van de grondrechten voor overheidspersoneel: het begin-

(168) Zie CAO-nieuws 1979, 2e druk, uitgave Loonbureau april 1980.

sel van de vrijheid van meningsuiting, zowel binnen het bedrijf, als buiten over het bedrijf, dient vooropgesteld te worden. De grenzen dienen daar te liggen, waar de strafwet (bijv. de strafrechtelijke belediging, de schending van geheimen) wordt overtreden, waar sprake is van civielrechtelijke onrechtmatigheid en indien en voor zover de goede vervulling van de functie van de betrokkene of, in relatie tot de functie van betrokkene, de goede functionering van het werkverband wordt verstoord.

De afweging in het concrete geval tussen vrijheid van meningsuiting enerzijds, en onrechtmatigheid en goede functievervulling anderzijds zal *ultima ratione* door de rechter moeten worden verricht, bijv. bij de beoordeling van een beding in de arbeidsovereenkomst of van een concrete meningsuiting van de werknemer. In dat verband lijkt de evenredigheidstoetssteen, door met name Alkema aangereikt (169), goed bruikbaar. Beoordeeld dient te worden het doel van de arbeidsovereenkomst en de evenredigheid van de beperking. Om een voorbeeld dat Alkema geeft, aan te halen: de chemicus die in dienst treedt van een chemische fabriek kan zich contractueel verplichten tot volledig zwijgen over het fabrieksprocedé. Deze grondrechtsbeperking is als evenredig te beschouwen; het beding kan door de civielrechtelijke beugel. Anders wordt het, indien van hem bedongen wordt zich te onthouden van iedere meningsuiting op chemisch gebied, met inbegrip van publicaties in vaktijdschriften of krantenartikelen over milieuverontreiniging. Dan is de evenredigheid tussen het doel van de arbeidsovereenkomst en datgene dat van betrokkene in het kader van die doelstelling verwacht mag worden bij de vervulling van zijn functie enerzijds, en de onderhavige beperking van de vrijheid van meningsuiting, zoek.

Het individuele klachtrecht van werknemers (170) is nauw verwant aan de vrijheid van interne meningsuiting. Daarover heeft de SER in oktober 1981 advies uitgebracht (171). De Raad betoont

(169) E.A. Alkema, *Studies over Europese Grondrechten*, Deventer 1978, blz. 256–257.

(170) Zie ook de IAO-Aanbeveling nr. 130, betreffende het onderzoek van klachten 1967, Trb. 1969, nr. 174.

(171) Publikatie SER 81/14. Men zie ook de daarbij als bijlage gevoegde adviesaanvraag van de Minister van Sociale Zaken, dd. 13 oktober 1977, en de aldaar vermelde resultaten van een onderzoek onder auspiciën van de toenmalige SER-Commissie Opvoering Productiviteit uit 1975.

zich daarin voorstander van een wettelijke regeling van dit klacht-recht, met als elementen:

- a. erkenning van het recht van iedere werknemer bij zijn werkgever te klagen over hem persoonlijk betreffende aangelegenheden verband houdende met zijn arbeidsovereenkomst, zonder dat hij wegens het indienen van de klacht nadeel of schade in zijn positie ondervindt;
- b. erkenning van het recht op een schriftelijk en gemotiveerd antwoord op die klacht binnen een redelijke termijn;
- c. erkenning van het recht om zich bij het indienen van de klacht en de verdere behandeling daarvan te doen bijstaan door een collega-werknemer (de zgn. klachtenbegeleider), die daarvoor passende faciliteiten van de werkgever dient te verkrijgen, en die dezelfde bescherming in zijn positie zal genieten als de klagende werknemer.

Over de vraag of daarenboven de wet de opdracht aan de werkgevers zou moeten inhouden tot nadere uitwerking van dit recht in een reglement, is de SER verdeeld. Ik sluit mij aan bij dat deel van de Raad, dat voorstander is van het opnemen in de wet van deze opdracht. Alleen dan kan m.i. het klachtrecht betekenis in de praktijk verkrijgen, indien in de wet een aantal minimumvereisten worden gesteld, waaraan een klachtreglement zou moeten voldoen. Te denken valt hierbij aan voorschriften omtrent de wijze van klagen, de klachtenopvang, de faciliteiten voor de klachtenbegeleider, eventueel het inschakelen van een externe adviesinstantie voordat op de klacht wordt beslist, de mogelijkheden van bezwaar bij of beroep op een hoger echelon binnen de onderneming.

Op het grensgebied van het recht tot vereniging, meer bepaald de vakverenigingsvrijheid, en het recht tot vergadering bevindt zich — ik gaf dat in par. 6.2.3. al aan — het recht op faciliteiten voor vakbondswerk in de onderneming. Hierover is in 1981 een wetsontwerp ingediend (172). Daarin is de beginsel-verplichting neerge-

(172) Kamerstuk 1980–1981, 16703. Zie ook IAO-verdrag nr. 136, betreffende de bescherming van de vertegenwoordigers van de werknemers in de onderneming en de hun te verlenen faciliteiten (Trb. 1971, nr. 207; goedgekeurd bij wet van 25 juni 1978 (Stb. 1975, 481) en IAO-Aanbeveling nr. 143, betreffende hetzelfde onderwerp, 1971 (Trb. 1973, nr. 41). Verder ook het SER-advies van 27 mei 1977 (uitg. SER 77/11).

legd per onderneming faciliteiten te verlenen, alsmede de verplichting voor de ondernemer om over aard en omvang van de faciliteiten overleg te plegen met de vakbond die daarom verzocht heeft. De wettelijke regeling verplicht daarnaast tot het in elk geval verstrekken van de volgende faciliteiten:

- het verschaffen van toegang tot de onderneming voor namens de vakbond optredende personen die niet zelf in de onderneming werkzaam zijn;
- het geven van de mogelijkheid voor vakbondswerkers om in de onderneming schriftelijke informatie van en over een vakbond te verspreiden;
- het geven van gelegenheid aan dezen om bij de leden van hun vakbond contributies en andere geldelijke bijdragen te innen;
- het beschikbaarstellen aan vakbondswerkers van ruimte op publicatieborden voor mededelingen betreffende de vakbond en het vakbondswerk;
- het buiten werktijd beschikbaar stellen van vergaderruimte;

Verder bevat het ontwerp rechtsbeschermingsvoorschriften ten behoeve van de vakbondswerker. Deze mag niet op grond van zijn activiteiten ten behoeve van het vakbondswerk nadeel ondervinden in zijn positie in de onderneming. Tevens beoogt het wetsontwerp hem ontslagbescherming te bieden (173).

In het wetsontwerp is sterk de nadruk gelegd op de vakbond (174). In aanmerking genomen hetgeen ik hierboven, bij de vrijheid van meningsuiting heb gezegd, zouden naar mijn mening het recht om over de gang van zaken in en met het bedrijf geschriften te verspreiden binnen de onderneming en mededelingen op te hangen op publikatieborden aan alle werknemers dienen toe te komen.

(173) Ik begrijp niet goed, waarom deze bescherming tegen ontslag niet op dezelfde leest is geschoeid als voor de leden van de ondernemingsraad. T.a.v. deze laatsten geldt een ontslagverbod; voor de vakbondswerker is ontslag mogelijk, doch gebonden aan de eis van voorafgaande toestemming van de kantonrechter (zie art. 21, derde lid, van de WOR, t.a.v. kandidaten voor de ondernemingsraad en voormalige leden daarvan). Juist vakbondswerkers kunnen en moeten soms als lastige horzels fungeren; met het oog daarop verdient hun positie meer bescherming dan in het wetsontwerp voorzien.

(174) Een voorkeurspositie is geschapen voor de vakbond die 3% of meer, maar tenminste 10 van de in de onderneming werkzame personen onder zijn leden telt.

Dit geldt eveneens voor het ter beschikking stellen door de werkgever van ruimte om met collega's van gedachten te wisselen over het reilen en zeilen van de onderneming. Met dit onderwerp ben ik aangeland bij de vergadervrijheid. Ik ga overigens niet zover — en de nota van de PvdA-fractie doet dat evenmin —, dat de werkgever zou moeten toestaan, dat deze vergaderingen binnen werktijd plaatsvinden.

Tenslotte het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Het valt op, dat in de nota van de PvdA-fractie daaraan geen aandacht wordt besteed (175).

Het lijkt mij toc, dat te dezer zake de wetgever regels zou dienen te stellen met de volgende minimumgarantics voor de werknemer (176):

- erkenning van het recht op inzage in de gegevens die in het bedrijf zijn vastgelegd over hem;
- de erkenning van het recht op verbetering van die gegevens;
- het verbod gericht tot de werkgever, persoonsgegevens van de werknemer ter inzage te geven aan derden zonder toestemming van betrokkene;
- het verbod gericht tot de werkgever, gegevens vast te leggen omtrent ras, godsdienst of levensovertuiging, politieke gezindheid, straf- of tuchtrechtelijk verleden of sexuele gerichtheid van de werknemer.

(175) Wellicht vonden de opstellers van de nota het voldoende, dat de nieuwe Grondwet de opdracht aan de wetgever bevat om regels te stellen ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer in verband met het vastleggen en verstrekken van persoonsgegevens, en om regels te stellen inzake de aanspraken van personen op kennisneming van over hen vastgelegde gegevens en van het gebruik dat daarvan wordt gemaakt, alsmede op verbetering van zodanige gegevens (art. 1.10, tweede en derde lid, van de nieuwe Grondwet). Bij het uitvoering geven aan die opdracht is de wetgever evenwel niet aan een termijn gebonden. Ik acht het arbeidsovereenkomstenrecht te behoren tot de terreinen die het eerst in aanmerking komen om daarop voorzieningen te treffen ten behoeve van de in het navolgende te vermelden elementen van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

(176) In enkele bedrijfstak-cao's in de groothandelssector (geldend voor ca. 28 000 werknemers) is een garantiebepaling opgenomen over de privacy van de werknemer, waarin een of meer van de bovengenoemde elementen voorkomen (bron: CAO-nieuws 1979, 2e druk, april 1980, blz. 35). Zie ook S.M. Bartman en F. de Graaf, over bescherming van persoonsgegevens in de arbeidsrelatie, in *S.M.A.* 1981, blz. 466 e.v.

De opnemng van de hier genoemde elementen vindt haar motief hierin, dat op grond van de in het bedrijf aanwezige informatie omtrent de persoon van de werknemer, belangrijke beslissingen kunnen worden genomen over de positie en loopbaan van de werknemer in het bedrijf. Uit dien hoofde heeft hij er recht op, te weten wat voor informatie over hem aanwezig is in het bedrijf, en te eisen dat zij niet alleen in overeenstemming met de werkelijkheid is maar ook geen gegevens bevat die niet relevant zijn voor zijn functioneren binnen het bedrijf. Sommige gegevens zullen (vaak ook in het belang van de werknemer, bijv. in verband met een sollicitatie elders) aan derden moeten worden verstrekt, maar zulks dient niet tegen zijn wil te gebeuren, opdat de betrokkene inzicht krijgt in het doel waarvoor deze gegevens aan derden worden verstrekt.

Voor een gedeelte beoogt het ontwerp van Wet op de persoonsregistraties (177) in deze materie te voorzien. Het ontwerp bevat een fijnmazig netwerk van voorzieningen, in eerste instantie voor geautomatiseerde bestanden van persoonsgegevens, zowel buiten als binnen de overheid. Bij a.m.v.b. kunnen niet-geautomatiseerde persoonsregistraties, die privacy-gevoelige gegevens bevatten of door derden kunnen worden geraadpleegd, onder de werkingssfeer van de wet worden gebracht (artt. 85 en 86). Onder 'gevoelig gegeven' dient te worden verstaan: een persoonsgegeven betreffende iemands godsdienst of levensovertuiging, ras, politieke gezindheid, strafrechtelijk of tuchtrechtelijk verleden, lichamelijke of geestelijke gesteldheid, sexuele gerichtheid of intiem levensgedrag (art. 1). Bevat een registratie gevoelige gegevens of gegevens die door derden kunnen worden geraadpleegd, dan valt zij in de 'zwaarste' categorie voor persoonsregistraties, de vergunningsplichtige registraties (met name de artt. 40-54).

Iets lichtere eisen worden gesteld aan zgn. reglementsplichtige persoonsregistraties, die geen gevoelige gegevens mogen bevatten en in beginsel slechts voor intern gebruik bestemd zijn (m.n. de artt. 40-43). De lichtste eisen worden gesteld aan registraties die geen gevoelige gegevens bevatten en waaruit ook geen gegevens aan derden mogen worden verstrekt; deze registraties zijn meldingsplichtig (m.n. de artt. 38-39). De geregistreerde heeft inzage en correctierecht (de artt. 75 e.v.), met beroep op de rechter. Het

(177) Kamerstuk 1981-1982, 17207.

ontwerp bevat verder een protocolplicht voor de houders van de 'zwaarste' categorie registraties, d.i. de verplichting om aantekening te houden van de verstrekking van gegevens aan derden (artt. 81–82). Ook kent het ontwerp een regeling inzake schadevergoeding (art. 87), als ten opzichte van iemand in strijd met de wettelijke regels is gehandeld. Een Registratiekamer wordt belast met de zorg voor de uitvoering van de wet; zij zal toezien op de naleving van de wettelijke regels (artt. 5–14).

Het zal nog wel enige jaren duren voordat de gehele wettelijke regeling is ingevoerd. Als zij eenmaal in het Staatsblad staat, moet de Registratiekamer worden samengesteld en van een staf worden voorzien, moeten de uitvoerings-a.m.v.b.'s worden voorbereid en afgekondigd, moet de inschrijving in het register van persoonsregistraties op gang komen en moeten de diverse uitvoeringshandelingen worden verricht.

Vergeleken daarmee hebben mijn boven weergegeven voorstellen op het stuk van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de verhouding werknemer–werkgever – welke voorstellen trouwens van een ander vertrekpunt uitgaan dan het ontwerp van Wet op de persoonsregistraties – het voordeel van de eenvoud, en kunnen zij betrekkelijk snel worden ingevoerd. Ik pleit er dan ook voor om de totstandkoming van de door mij bedoelde wettelijke regeling niet afhankelijk te stellen van het verdere verloop van het ontwerp van Wet op de persoonsregistraties. Bij de uitwerking van deze suggestie verdient het voorbeeld van de in de rijksdienst voorkomende reglementen voor geautomatiseerde gegevensbestanden (zie par. 6.2.3.) navolging (178).

(178) Ik ben nog niet zover, dat ik de opvattingen van S.M. Bartman en F. de Graaf in *S.M.A.* 1981, m.n. blz. 477, deel, dat de bewijslast moet worden gelegd op de werkgever. Deze zou hebben te bewijzen, dat in zijn bestand voorkomende gegevens over ras, politieke en godsdienstige overtuiging en seksuele geaardheid, in zijn besluitvorming over het betrokken personeelslid, geen rol van betekenis hebben gespeeld. Ten aanzien van ontslag is het wellicht wenselijk te bepalen, dat de werkgever dient te bewijzen dat het ontslag op andere grond is gegeven dan wegens betrokkene's ras, gezindheid of geaardheid. Ten aanzien van andere besluiten die de positie van het personeelslid in het bedrijf betreffen, is het bewijzen van 'negativa' moeilijker. Ligt op het punt van de vaststelling van de feiten in het concrete geval niet ook een taak voor de commissie gelijke behandeling, als bedoeld in het voorontwerp van wet gelijke behandeling?

6.4. Evaluatie

De in verdragen en in de Grondwet vastgelegde klassieke grondrechten gelden voor het overheidspersoneel rechtstreeks, omdat de overheid als overheid de grondrechten van de burgers, met inbegrip van hen die behoren tot het overheidsapparaat, in acht behoort te nemen.

In de verhouding tussen het particuliere personeel en de werkgever kunnen klassieke grondrechten doorwerken, indien de rechter daarin aanknopingspunten vindt om ze in zijn overwegingen te betrekken bij de uitleg van een arbeidsovereenkomst: horizontale werking van grondrechten via rechterlijke tussenkomst. Verscheidene argumenten pleiten ervoor, dat horizontale werking van (bepaalde) grondrechten in de verhouding particuliere werknemer/particuliere werkgever wordt bewerkstelligd door de wetgever. Met name telt voor mij, dat de primaire functie van de klassieke grondrechten is, de zwakkeren te beschermen tegen instellingen en personen met meer macht, in casu in de verhouding van werknemer tegenover de werkgever.

Het tij lijkt mij gunstig voor zodanige wetgeving nu in het arbeidsvoorwaardenoverleg in het bedrijfsleven, gezien de huidige economische omstandigheden, weinig aan financiële verbetering van de positie van de werknemer kan worden gedaan. De meer immateriële elementen in de rechtspositie zullen in die omstandigheden meer aandacht krijgen.

In dit hoofdstuk heb ik een aantal elementen uit het grondrechtenbestand gelicht en belicht. In principe zie ik geen reden om hier een onderscheid te maken tussen particuliere werknemers en overheidspersoneel. Slechts op het punt van het betogen in uniform door militairen en politiepersoneel maakte ik een voorbehoud op dit beginsel (een voorbehoud dat voor politiepersoneel verder gaat dan voor militair personeel). Echter niet omdat hierbij de idee van de overheid als overheid de doorslag geeft, maar omdat het risico dreigt dat het dragen van het uniform door deze categoriën overheidspersoneel bij betogingen misverstand wekt bij het publiek.

Op het stuk van de vrijheid van meningsuiting en van het recht op privacy i.v.m. persoonsgegevens pleit ik voor het scheppen van overeenkomstige garanties voor particulier personeel, als voor overheidspersoneel in de toekomst zullen gelden. Ten aanzien van

de gelijke behandeling ongeacht geslacht, sexuele gerichtheid en huwelijkse of niet-huwelijkse staat is wetgeving in voorbereiding die mede de particuliere en de openbare dienst zal betreffen. Ik verwacht veel van de in het desbetreffende voorontwerp van wet voorziene commissie gelijke behandeling. Zo'n institutionele voorziening zou ook goede diensten kunnen doen in het kader van de gelijke behandeling naar ras.

Voor wat betreft de gelijke behandeling ongeacht godsdienst of levensovertuiging zouden zowel voor de overheidsdienst, als de particuliere dienst voorschriften kunnen worden gegeven ter vergroting van de faciliteiten voor personen die niet de zondag, de Sabbat of de Zevendedag viëren. Ten aanzien van het individuele klachtrecht van werknemers en het recht op faciliteiten voor vakbondswerk zie ik geen aanleiding om voor overheids personeel een van het particulier personeel in alle opzichten afwijkende regeling te treffen.

7. STAKINGSRECHT

7.1. Inleiding

Aan het stakingsrecht wijd ik een afzonderlijk hoofdstuk. Niet omdat het onderwerp niet zou passen in het vorige hoofdstuk, maar omdat de lengte van mijn betoog op dit punt hoofdstuk 6 enigszins onevenwichtig zou maken.

Het stakingsrecht beschouw ik als een grondrecht van de werknemer (179). 'Staking' is hier te verstaan als een collectieve actie van werknemers, bestaande uit het tijdelijk neerleggen van het werk teneinde bepaalde wensen kracht bij te zetten. Het is een connex recht bij de vrijheid van vakvereniging, zoals ook het recht op toelating tot de onderhandelingstafel (voor het overheidsper-

(179) Men zie ook de — nogal vinnige — redactionele discussie in *S.M.A.* 1977 tussen H. Gritter, die het stakingsrecht als grondrecht beschouwt (blz. 313-314) en A. Bockwinkel, die het tegendeel beweert (blz. 161 en 314-315). In de boezem van de commissie-Toxopeus II was blijkbaar ook enige aarzeling om in dit verband te spreken van een grondrecht, getuige de noot op blz. 15 van haar rapport: 'Binnen de commissie is de vraag gerezen of het begrip "recht" hier wel op zijn plaats is. Niettemin hanteert de commissie deze term in navolging van de relevante verdragen.'

soneel: tot de overlegtafel) een connex recht is bij de vrijheid van vakvereniging (180). Voorts is het stakingsrecht met zoveel woorden neergelegd in het Internationale verdrag economische sociale en culturele rechten (art. 8) en het Europees Sociaal Handvest (art. 6, ten vierde).

De stelling, dat een staking op zich 'onrecht behoudens uitzonderingen' en (een soort van) eigenrichting zou zijn (181), kan ik niet delen. Tegen de eerstgenoemde kwalificatie is in te brengen, dat het stakingsrecht een grondrecht is, en dat de jurisprudentie over dit onderwerp voor wat betreft de particuliere sector tot erkenning in beginsel van de rechtmatigheid van dit middel is gekomen. Die ontwikkeling wordt in een volgende paragraaf nog kort weergegeven.

Als (een soort van) eigenrichting is een staking op zich evenmin te beschouwen. Een staking is een van de middelen voor werknemers om kracht bij te zetten aan bepaalde verlangens; het is niet het nemen zelve van het verlangde tegen de wil van de wederpartij. Na deze korte uiteenzetting (182) ga ik over tot het beschrijven van de ontwikkeling in het denken over het stakingsrecht in de openbare dienst.

7.2. Stakingsrecht in de openbare dienst

7.2.1. Twee markante punten op de weg naar erkenning van het stakingsrecht in de openbare dienst.

Op 16 januari 1980 trad in werking de wet van 14 december 1979, Stb. 693. Deze wet schafte het sinds 1903 bestaande strafrechtelijk

(180) Vgl. de opvattingen van het Comité van Deskundigen en het 'Freedom of Association Committee' ten aanzien van de IAO-verdragen nrs. 87 en 98. Deze opvattingen vindt men verkort weergegeven in de bijlage bij het rapport-Toxopeus II, blz. 57—59.

(181) Deze beide karakteriseringingen zijn te vinden bij Bockwinkel, t.a.p. Zie voor de kwestie, of een staking eigenrichting is of niet, M.G. Rood, Naar een stakingswet? Deventer 1978, blz. 93 e.v., en de daar vermelde literatuur. Ik sluit in het navolgende nauw aan bij zijn conclusie, dat staking geen eigenrichting is.

(182) Meer fundamenteel vindt men het onderwerp behandeld onder meer in M.G. Rood, Naar een stakingswet? Deventer 1978, en in F.P. de Jong, Een inleiding tot het denken over arbeidsconflictenrecht, Deventer 1975. Voor een uitgebreide behandeling van het stakingsrecht van ambtenaren zie men



stakingsverbod voor ambtenaren en spoorwegpersoneel af (183). Op 22 mei 1980 trad voor het Koninkrijk het Europees Sociaal Handvest in werking. Van het ESH handelt art. 6, ten vierde, over het recht van werknemers en werkgevers op collectief optreden in geval van belangengeschillen, met inbegrip van het stakingsrecht. Deze verdragsbepaling is voor Nederland slechts geratificeerd voor wat betreft de werknemers die niet in overheidsdienst zijn. Kort gezegd: het stakingsrecht van overheidspersoneel werd buiten de ratificatie gelaten.

Wat betekenen de twee rechtsfeiten die ik vermeldde, voor het stakingsrecht voor overheidspersoneel? Niet meer, maar ook niet minder dan twee stappen op weg naar de erkenning van dat recht. Dat mag ten aanzien van het tweede rechtsfeit paradoxaal klinken. Niettemin gaat het ook daarbij om een markant punt in de ontwikkeling in het denken over het stakingsrecht van overheidspersoneel, omdat het voorbehoud waarvan hier sprake is (184), door de regering als tijdelijk bedoeld was. De regering ging ervan uit, dat het voorbehoud zou kunnen worden opgeheven, zodra er een wettelijke regeling van het stakingsrecht voor overheidspersoneel tot stand zou zijn gekomen (185).

De Tweede Kamer heeft die tijdelijkheid van het voorbehoud nog eens beklemtoond, door een motie-De Voogd/Van Dam aan te nemen (186), waarin — kort gezegd — de regering werd uitgenodigd om voor 1 januari 1981 met nadere voorzieningen te komen ter

→
A.J.D. Seelen, *De werkstaking van ambtenaren*, 's-Gravenhage z.j.; voor wat betreft Westduitsland: W. Däubler, *Der Streik im öffentlichen Dienst*, 2e dr. Tübingen, 1971.

(183) Het ontwerp van deze wet was als Kamerstuk genummerd 11001. In het navolgende zal dit kamerstuknummer enkele malen vermeld worden.

(184) Formeel-juridisch gaat het hier niet om een voorbehoud in de eigenlijke zin van het woord. De techniek bij het ESH is, dat de verdragstaat een minimum aantal verdragsverplichtingen op zich neemt. In casu nam Nederland de verplichting van art. 6, ten vierde, ESH, slechts op zich voor de werknemers niet in overheidsdienst. Het is juridisch zuiverder om in dit verband te spreken van een 'buiten-goedkeuring-laten' van het stakingsrecht voor overheidspersoneel. Voor het gemak evenwel spreek ik in het navolgende van een voorbehoud.

(185) Men zie in het bijzonder hierover Kamerstuk 8606 (R533), nr. 13, Nota n.a.v. het Eindverslag Tweede Kamer inzake het ontwerp van Rijkswet tot goedkeuring van het ESH.

(186) Kamerstuk 8606 (R533), nr. 21.

regeling van de uitoefening van het stakingsrecht door overheids-personeel.

Door deze gang van zaken werd duidelijk, dat naar het oordeel van de regering en de meerderheid der Tweede Kamer (en de Eerste Kamer heeft daartegen niet geopponeerd) de weg vrij was voor een erkenning ten principale van het stakingsrecht van overheids-personeel. Slechts restte er een praktisch punt: de totstandkoming van een wettelijke regeling 'ter voorziening in het ongestoord functioneren van de openbare dienst op essentiële onderdelen ook in de situatie waarin art. 6, lid 4, van het Handvest onverkort zal zijn geratificeerd . . .' (de bewoordingen van de motie-De Voogd/Van Dam).

Ik benadruk, dat het bij de twee beschreven rechtsfeiten gaat om *stappen op de weg naar* erkenning ten principale van het stakingsrecht van overheids-personeel. Het enkele feit, dat het strafrechtelijk stakingsverbod voor ambtenaren is opgeheven heeft niet automatisch meegebracht, dat het stakingsrecht van ambtenaren werd erkend (187). Voor de eigenlijke erkenning van dit recht is ook nodig, dat het voorbehoud ten aanzien van art. 6, ten vierde, wordt opgeheven (188).

Zolang dat voorbehoud nog van kracht is, bevinden alle 'werknemers die in overheidsdienst zijn' (naar de bewoordingen van het voorbehoud) zich (nog) niet in dezelfde rechtssituatie v.w.b. het stakingsrecht, als de werknemers in de particuliere sector (189),

(187) T.a.v. de gelijktijdige afschaffing van het strafrechtelijke stakingsrecht voor spoorwegpersoneel ligt de zaak anders. Dit personeel is niet begrepen onder het voorbehoud dat t.a.v. art. 6, ten vierde, ESH is gemaakt, en daardoor bevindt het zich thans naar mijn opvatting in dezelfde rechtssituatie v.w.b. het stakingsrecht, als de werknemers in particuliere sector.

(188) Aldus ook de regering onder meer bij de openbare behandeling in de Tweede Kamer van wetsontwerp 11001, IIand. II 1973-1974, blz. 3092 e.v., en in de Nota n.a.v. het Eindverslag Eerste Kamer terzake van wetsontwerp 11001, stuk nr. 17, blz. 1.

(189) Anders M.G. Rood in *N.J.B.* 1978, blz. 733-734. Deze voert als argument aan, dat er voor ambtenaren geen wetsebepaling is, die hen een recht op werkstaking toestaat, en evenmin een wetsebepaling die hen deelname aan een werkstaking verbiedt. Dat erken ik, maar ik trek er niet de consequentie uit die Rood in 1978 eraan verbond (in *N.J.B.* 1981, blz. 253-254, brengt hij in zijn opvatting nuances aan), nl. dat voor de werknemers in de overheidssector dezelfde wettelijke situatie zou zijn gaan gelden als voor hun collega's in de particuliere sector. Ik wijs erop, dat voor de laatstgenoemden art. 6,

→

voor wie het stakingsrecht in principe in de jurisprudentie is erkend (zie nader par. 7.3.) (190).

7.2.2. *Enkele principiële kwesties bij het stakingsrecht in de openbare dienst*

Uit de voorgaande par. kan worden geconcludeerd, dat in politiciens de zaak van het stakingsrecht van overheidspersoneel beklonken lijkt in die zin, dat op zeker moment in de toekomst (nl. bij de

→ ten vierde, ESH, zonder voorbehoud is geratificeerd, en dat anticiperend op dat feit de rechter geoordeeld heeft, dat een staking in de particuliere sector in beginsel geoorloofd is (Hof Amsterdam 13 april 1972, *N.J.* 1972, 192). T.a.v. een staking van overheidspersoneel ligt de zaak anders; thans is in mijn ogen, juist wegens het bestaan van het voorbehoud bij art. 6, ten vierde, ESH, zulk een staking niet in beginsel geoorloofd te achten. Voorts kan in de huidige situatie een ambtenaar die aan een staking deelneemt 'getoetst' worden aan het ambtenarentuchtrecht (art. 50 ARAR en aanverwante regelingen). Ook de regering is die opvatting toegedaan, zij het dat zij daarbij in het midden laat, of zo'n toetsing opportuun is. Men zie de Memorie van Antwoord Tweede Kamer inzake het wetsontwerp 16162 (grondwetswijziging bepalingen inzake de justitie), nr. 8, blz. 13. De uitspraak van het Ambtenarengerecht Utrecht, dd. 19 mei 1981, moet in dit opzicht beschouwd worden als die ene zwaluw die nog geen zomer maakt. Op de door het Ag. gehanteerde redenering dat het stakingsrecht voor overheidspersoneel formeel rechtens niet erkend is, maar door de regering feitelijk wel aanvaard is, en dat het betrokken bevoegde gezag (de gemeente Zeist) met de ontwikkelingen rekening had behoren te houden, valt juridisch heel wat af te dingen. Beroep tegen deze uitspraak is aangetekend.

(190) Men zou kunnen menen, dat het in par. 7.1 genoemde art. 8 van het Internationale verdrag economische, sociale en culturele rechten (voor Nederland reeds in werking getreden) meebrengt, dat erkenning van het stakingsrecht voor overheidspersoneel in ons land reeds geldend recht is. Aangezien echter dit verdrag n.m.m. geen rechtstreekse werking heeft (zie mijn bespreking van het verdrag in *S.M.A.* 1976, met name blz. 361 en blz. 365, 366), kan aan de genoemde verdragsbepaling geen argument worden ontleend voor deze stelling. E.W. Vierdag (*The legal nature of the rights granted by the International Covenant on economic, social and cultural rights*, in: *Netherlands Yearbook of International Law*, volume IX, 1978, Alphen aan den Rijn 1979, blz. 69 e.v.) merkt op, dat art. 8 van dit verdrag spreekt van een 'recht', en wel 'to something that is immediately available at no cost, and thus not inherently unenforceable' (blz. 80 en 102). Ik stel daartegenover, dat uit art. 2 van het verdrag, stellende het beginsel van de progressieve implementatie, en uit art. 16, bevattende de rapportageplicht over de vorderingen die de lidstaten hebben gemaakt, het karakter van 'promotional rights' van alle economische, sociale en culturele rechten uit het verdrag blijkt.

inwerkingtreding van de betrokken wettelijke regeling, en/of bij de opheffing van het voorbehoud bij het ESH) het stakingsrecht van overheidspersoneel ten principale zal zijn erkend. Ook de commissie-Toxopeus II bleek als uitgangspunt voor haar rapport te nemen, dat de kwestie, of stakingsrecht zich zou verdragen met het karakter van de openbare dienst, niet meer ten principale aan de orde behoefde te worden gesteld. De commissie volstaat met de constatering (blz. 15 rapport), dat in politicus het verlangen is uitgesproken te komen tot een wettelijke regeling, en gaat vervolgens over tot de praktische arbeid: het ontwerpen van zulk een regeling.

In par. 7.2.3. ga ik in op de hoofdlijnen van de inhoud van het ontwerp van de commissie-Toxopeus II; hier wil ik de principiële kwesties die t.a.v. de erkenning van het stakingsrecht van overheidspersoneel zijn gerezen, bespreken. Voor het antwoord op de vraag, of op dit punt de rechtspositionele verschillen tussen werknemers in de particuliere dienst en die in de overheidssector al dan niet zouden dienen te verdwijnen, is het van belang te weten of de positie van het overheidspersoneel zich principieel zou verzetten tegen erkenning van het stakingsrecht voor dat personeel.

Er is in het verleden wel gesteld, dat erkenning van het stakingsrecht van overheidspersoneel niet verenigbaar zou zijn met het bijzondere karakter van de ambtenaarsverhouding. Een ambtenarenstaking zou zich niet slechts richten tegen de overheid als werkgeefster, maar ook tegen de overheid als draagster van overheidsgezag (191). Verder zou een ambtenarenstaking zich richten tegen wettelijke voorschriften, omdat de arbeidsvoorwaarden van het overheidspersoneel veelal in wettelijke voorschriften worden neergelegd (192).

(191) Aldus bijv. de meerderheid van de Staatscommissie van advies inzake de status van ambtenaren, blz. 106 e.v.

(192) In deze geest bijv. J.G. Rietkerk, in de bundel 'Stakingsrecht voor ambtenaren', Deventer 1970, blz. 36-37; en in Stakingsrecht ter sprake, Scheveningen, z.j., blz. 89 e.v. Voor een uitvoerige uiteenzetting over de hier aangesneden kwesties zie men A.J.D. Seelen, De werkstaking van ambtenaren, 's-Gravenhage, z.j. Ik noemde hier Rietkerk speciaal, omdat naderhand een ander lid van de Tweede Kamerfractie der VVD, J.D. de Voogd, bij de openbare behandeling van het wetsontwerp tot goedkeuring van het ESH namens zijn fractie het standpunt verkondigde, dat stakingsrecht van ambtenaren acceptabel kan worden geacht, zij het als ultimum remedium. In de

In hoofdstuk 2 heb ik reeds mijn opvatting geschetst over de positie van het overheidspersoneel. Aan het overheidspersoneel kan mijns inziens niet met een beroep op een status-begrip, dat de overheidswerknemer in een bijzondere, van de werknemer in particuliere dienst principieel afwijkende positie plaatst, het stakingsrecht worden ontzegd. Toekenning van het stakingsrecht aan de werknemers in openbare dienst past in het streven, ook in de publieke sector de gelijkwaardigheid van partijen in het overleg over de arbeidsvoorwaarden zoveel mogelijk gestalte te geven. Erkenning van het stakingsrecht is niet meer, maar ook niet minder dan het doortrekken van deze ontwikkelingslijn.

Degenen die van oordeel zouden zijn, dat het stakingsrecht niet moet worden erkend, omdat het zich niet verdraagt met het systeem van eenzijdige vaststelling der arbeidsvoorwaarden, zouden daarbij tevens de vraag moeten beantwoorden of dan het voeren van overleg zelf met genoemd systeem te rijmen is. Evenmin als een stelsel waarbij de vakorganisaties van overheidspersoneel invloed kunnen uitoefenen op de vaststelling der arbeidsvoorwaarden, in strijd te achten is met het systeem van eenzijdige vaststelling, kan het stakingsrecht geacht worden daarmee in strijd te zijn. Het stakingsrecht immers staat niet op zichzelf. Het is een middel — zo men wil: een uiterste middel — ter versteviging van de onderhandelingspositie van de vertegenwoordigers van het overheidspersoneel in het overleg.

In hoofdstuk 3 heb ik reeds uiteengezet, dat in het bestaande eenzijdige stelsel het stakingsmiddel een (verdere) versterking zou betekenen van de tweezijdige elementen in dat systeem. Om het met Albada te zeggen (193): de mogelijkheid van staking is een

→
door hem geschetste gedachtengang richt een ambtenarenstaking zich niet tegen bestaande wettelijke voorschriften, maar beoogt zij de inhoud van nog vast te stellen voorschriften te beïnvloeden (Hand. II, 1977—1978, blz. 1860—1861). De motie-De Voogd/Van Dam, die ik in par. 7.2.1. vermeldde, is mede van zijn hand. Voor W.F. de Gaay Fortman was, zo is mijn indruk, deze nieuwe opvatting van de VVD-fractie zo verrassend, dat hij in een rede voor de Nederlandse Bond van Gemeente-Ambtenaren (zie *Bondsblad* van 14 jan. 1981, nr. 2, blz. 7) de motie-De Voogd/Van Dam toeschreef aan het toenmalige PvdA-kamerlid J.J. Voogd.

(193) W. Albada, *Arbeidsverhoudingen in Nederland*, 2e dr., blz. 83. Hij doet de geciteerde uitspraak in een betoog over het arbeidsvoorwaardenoverleg in het bedrijfsleven. Zij lijkt mij ook toepasselijk voor het overleg over de arbeidsvoorwaarden in de overheidssector.

onderstreping van de ernst en het *ruil* karakter van de onderhandelingen (cursivering van mij; GRN).

Dan kom ik tot het argument dat een ambtenarenstaking 'staken tegen de wetgever', of 'staken tegen de overheid' betekent. Indien overheidspersoneel in staking gaat tegen beslissingen omtrent zijn arbeidsvoorwaarden, is de staking op zich niet gericht tegen het staatsbestel als zodanig. Dat de arbeidsvoorwaarden van het overheidspersoneel vervat worden in de vorm van een wettelijk voorschrift, is in het geldende stelsel sinds lang een gegeven. De staking omtrent arbeidsvoorwaarden richt zich echter niet tegen de vorm, maar tegen de inhoud van het besluit of het voorgenomen besluit van de werkgever (i.c. de overheid), zoals ook het overleg over het voorgenomen besluit tussen de werknemers(-vertegenwoordigers) en de (vertegenwoordigers van de) werkgever betrekking heeft niet op de vorm van een wettelijk voorschrift, maar op de inhoud van de arbeidsvoorwaarden van het overheidspersoneel. Erkenning van het stakingsrecht van overheidspersoneel is, zoals ook eerder tot uitdrukking kwam, niet anders dan het doortrekken van de lijn van de gedachte van deelneming van de werknemers (middels hun vertegenwoordigers) aan het proces van vaststelling der arbeidsvoorwaarden. In dat proces zal niet altijd overeenstemming of een vergelijk kunnen worden bereikt. Een staking is dan een — uiterste — middel voor de werknemers om hun standpunt uit het overleg, dat in hun ogen in het besluit van de werkgever niet of onvoldoende gehonoreerd is of zal worden, kracht bij te zetten. Dat dat (voorgenomen) besluit in de vorm van een wettelijk voorschrift tot stand wordt gebracht, doet zowel voor het overleg, als voor het stakingsrecht niet ter zake. Het gaat, zoals gezegd, om de inhoud van het besluit van de overheid als werkgever. Ook in het geval, dat de inzet van een staking onderdelen van de arbeidsvoorwaarden zou betreffen die in de formele wet zijn of worden vastgelegd, bijv. in de Ambtenarenwet 1929 of de Pensioenwet, gaat het om (voorgenomen) besluiten van de overheid als werkgever, niet om beslissingen van de overheid als overheid.

Alleen: een staking tegen een eenmaal vastgestelde beslissing heeft slechts praktische zin, als het met de staking beoogde doel, nl. bewerkstelligen dat de beslissing wordt teruggedraaid of omgebogen, betrekkelijk snel of eenvoudig zou kunnen worden gerealiseerd. In het geval, dat een formele wet of een besluit, met (uitdrukke-

lijke, resp. stilzwijgende) instemming van de volksvertegenwoordiging, betrekkelijk kort geleden tot stand is gekomen, is een staking tegen die wet of dat besluit niet principieel ongeoorloofd, maar kan zij weinig praktisch resultaat opleveren (194, 195).

Tenslotte in het kort de vraag of solidariteitsstakingen van overheidspersoneel geoorloofd zijn. De commissie-Toxopeus II is van mening dat dergelijke stakingen niet zouden moeten worden toegestaan (196). Ik sluit mij aan bij hetgeen de Werkgroep ASIO opmerkt (197): mits de acties betrekking hebben op de rechtstoestand van ambtenaren, behoren zowel stakingen uit solidariteit met andere groepen ambtenaren, als die uit solidariteit met werknemers uit de particuliere sector geoorloofd te zijn. Dat laatste

(194) Wellicht ten overvloede: met het voorgaande heb ik niet willen zeggen, dat de echte 'politieke staking' van overheidspersoneel ook geoorloofd zou zijn. Onder 'politieke staking' versta ik, in navolging van de Werkgroep ASIO (rapport, blz. 47-49), maar met enige nuance, de staking die gericht is tegen een op democratische wijze gekozen of tot stand gekomen orgaan, met het oogmerk dit orgaan ten val te brengen n.a.v. een aangelegenheid die niet de rechtstoestand van het overheidspersoneel betreft. Ik durf niet te zeggen, dat deze definitie sluitend is. In elk geval vallen stakingen tegen een vijandelijke bezetter buiten de omschrijving, en kunnen met deze omschrijving acties om de overheid te beïnvloeden t.a.v. bijv. een voorgenomen loonmaatregel niet gemakkelijk worden bestempeld als politieke staking (vgl. Pres. Rb. Amsterdam 10 maart 1980, *N.J.* 1980, 165).

(195) Ik ben geneigd om dezelfde redenering te volgen t.a.v. stakingen van particuliere werknemers tegen een kortelings tot stand gekomen loonwet o.i.d. Ik neem aan, dat verantwoordelijke vakorganisaties de zinloosheid van zo'n actie ook zullen inzien. Ingeval toch een staking wordt uitgeroepen, is het n.m.m. afhankelijk van de inhoud van de betrokken wettelijke regeling of de actie de werkgever tot zodanige ongehoorzaamheid aan de regeling poogt te bewegen, dat de staking als onrechtmatig jegens de werkgever kan worden gekwalificeerd. Enigszins anders: M.G. Rood, in *S.M.A.* 1980, blz. 342 e.v. over de vakbondsacties begin 1980 tegen de loonpolitiek van de regering. Rood meent, dat acties tegen een juist aangenomen wet eerder voor ongeoorloofd moeten worden gehouden, dan die tegen een bejaarder product van de wetgever. Maar z.i. zijn dergelijke acties niet steeds onrechtmatig; daarvoor is ook van belang of de actievoerenden verplichtingen die de wet hen oplegt, naast zich neerleggen (blz. 351-352). Vgl. het betoog van de toenmalige Minister van Justitie Van Agt bij de openbare behandeling in de Tweede Kamer van wetsontwerp 11001, *Hand.* 1973-1974, blz. 3099 e.v.

(196) Rapport, blz. 15.

(197) Rapport, par. 5.4.1.

omdat de rechtstoestand van ambtenaren betrokken kan zijn bij een actie van particuliere werknemers via het trendbeleid.

7.2.3. *Regeling van het stakingsrecht van overheidspersoneel*

Het rapport van de commissie-Toxopeus II bevat een voorontwerp voor een regeling van stakingen van overheidspersoneel (198, 199). In hoofdlijnen komt deze regeling op het volgende neer. Deze stakingen moeten geacht kunnen worden aangelegenheden te betreffen, die van algemeen belang zijn voor de rechtstoestand van ambtenaren. Zij moeten tevoren worden aangezegd aan het 'bevoegde gezag'. De uitoefening van het recht op collectieve actie wordt niet tot erkende vakbonden beperkt, maar aan alle 'groups existing in practice' toegestaan (200). De ambtenaar die deelneemt aan een staking (en in verband daarmee geen werk verricht) verliest zijn aanspraak op bezoldiging. Het bevoegd gezag heeft het recht ambtenaren van een dienstonderdeel dat getroffen wordt door een staking, de toegang tot het werk te ontzeggen (uitsluiting). De Minister van Binnenlandse Zaken heeft de bevoegdheid een voorgenomen of aangevangen staking ontoelaatbaar te verklaren,

(198) De regeling is ruimer; zij betreft ook andere vormen van collectieve actie ('elk ander gezamenlijk optreden van ambtenaren, dat strekt tot een functievervulling op een andere wijze dan waartoe zij buiten dit optreden als goed ambtenaar zijn gehouden'). In het bestek van dit preadvies moet ik die andere vormen van collectieve actie buiten beschouwing laten.

(199) Op het moment, waarop ik dit preadvies moest afsluiten, was een ontwerp van regeringszijde nog niet aanhangig gemaakt bij de Tweede Kamer. Wel is onder het bewind van het Kabinet-Van Agt I een voorontwerp opgesteld, dat in april 1981 naar het centraal georganiseerd overleg is gestuurd. Het voorontwerp is niet openbaar gemaakt, maar is wel langs onnaspeurlijke wegen terechtgekomen in de documentatiemap voor een recente PAO-cursus over het ESH. Inmiddels is bekend geworden, dat de huidige Minister van Binnenlandse Zaken de inhoud van dit voorontwerp niet voor zijn rekening wil nemen. Mede daarom leek het mij niet praktisch, dit voorontwerp bij de bespreking te betrekken. Om de nieuwsgierigheid die bij sommigen zou kunnen ontstaan, te bevredigen, vermeld ik, dat het voorontwerp op tenminste drie punten afwijkt van het voorstel van de commissie-Toxopeus II: het bevat een kortere lijst van categorieën die van het stakingsrecht zijn uitgezonderd; het bevat minder 'spelregels', en de mogelijkheid van uitsluiting als strijdmiddel is niet overgenomen.

(200) De term 'group existing in practice' stamt uit de 'jurisprudentie' van de toezichthoudende organen van het ESH. Zie nader het rapport van de commissie-Toxopeus II, blz. 60.

voorzover hij dit noodzakelijk oordeelt in verband met de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen, de openbare orde, de nationale veiligheid of de volksgezondheid (201). Verder zijn stakingen eo ipso verboden voor ambtenaren die een functie uitoefenen welke op de 'negatieve lijst', die bij het voorontwerp hoort, zijn opgenomen (202).

In het bijzonder de twee laatstgenoemde aspecten: de mogelijkheid van ontoelaatbaarverklaring en de wettelijk uitgezonderde categorieën, zijn ingegeven door de gedachte, dat op de overheid de taak rust, zwaarwegende belangen onder alle omstandigheden te waarborgen. Daar is, gezien de gedachtenlijnen die ik in hoofdstuk 2 trok, op zichzelf niets tegen. De overheid is gehouden, diensten die voor de samenleving essentieel zijn, voortgang te doen vinden.

Vervolgens rijst de vraag: *a.* welke diensten zo essentieel zijn, dat er geen enkele onderbreking an de voortgang kan worden geduld (de absolute uitzonderingen op het stakingsrecht) en *b.* welke diensten zo essentieel zijn, dat onder omstandigheden onderbreking van de voortgang niet of niet langer kan worden geduld (de relatieve uitzonderingen op het stakingsrecht). Voor de beantwoording van vraag *a.* vormt de door de commissie-Toxopeus II ontworpen 'negatieve lijst' niet het ideale uitgangspunt. Daarop paraiseren niet alleen politie-, brandweer- en militair defensiepersoneel, maar ook personeel belast met bewaking en beveiliging van overheidsgebouwen, personeel werkzaam bij de vleeskeuringsdiensten, de grensbewaking en nog veel meer. Wij komen ook erop tegen de leden van rechterlijke colleges met rechtspraak belast, het personeel werkzaam bij het O.M. en bij de Staten-Generaal.

Mijns inziens dient de 'negatieve lijst' beperkt te worden tot de meest vitale onderdelen van de openbare dienst, t.w. politie, brand-

(201) Vgl. de uitzonderingsgronden in art. 31 ESH. De bescherming van de goede zeden ontbreekt in het rijtje, want 'de commissie kon zich daarbij in dit verband geen goede voorstelling maken' (rapport, blz. 24). In het rapport van de Werkgroep ASIO merkt de overheidsdelegatie in dit verband op, dat haar voorstellingsvermogen geen hogere vlucht bleek te kunnen nemen dan die van de commissie-Toxopeus II (par. 5.8).

(202) Met name de mogelijkheid van uitsluiting en de lengte van de negatieve lijst zijn voorwerp van kritiek van de ambtenarenorganisaties. Ik verwijs voor deze kritiek, en ook voor de bezwaren op andere punten naar het rapport van de Werkgroep ASIO.

weer en defensie (203). De taken van deze dienstonderdelen op het stuk van de handhaving van de openbare orde, de voorkoming en opsporing van strafbare feiten, het beperken en bestrijden van brand en het beperken van ongevallen bij brand, en de verdediging van de nationale veiligheid laten niet toe dat de voortgang van deze diensten op enig moment wordt onderbroken.

Vervolgens vraag *b.*, betreffende de essentiële diensten waarvan de voortgang onder omstandigheden geen (langere) onderbreking mag lijden. Omschrijvingen van deze categorie diensten vallen niet met mathematische scherpheid te geven. De denkbare casuïstiek is zo veelvormig, dat de wetgever niet tevoren kan aangeven welke onderdelen in welke gevallen niet of niet langer zouden mogen staken. Ik geef het voorbeeld van een staking in een overheidsziekenhuis. Als overbelasting van naburige ziekenhuizen dreigt, of als geen enkele vervangende ziekenhuisdienst in de buurt (meer) aanwezig is (bijv. omdat ook in het particuliere ziekenhuiswezen een staking is uitgebroken), kan het noodzakelijk zijn, een staking van het personeel in overheidsziekenhuizen niet, of geen minuut langer te tolereren.

Aan de commissie-Toxopeus II staat voor ogen, dat de Minister van Binnenlandse Zaken voor zulke gevallen het instrument van de ontoelaatbaarverklaring ten dienste staat. De huidige Minister van Binnenlandse Zaken is blijkens persberichten (o.a. Trouw en De Volkskrant 7 januari 1982) kennelijk van oordeel dat die bevoegdheid hem te ver gaat. Wellicht zal de bewindsman willen volstaan met het aanspannen van een kort geding tegen de bonden,

(203) S.o.r. voor de overige bovengenoemde categorieën personeel. In de Werkgroep ASIO (rapport, par. 5.8) heeft de overheidsdelegatie (met uitzondering van de Defensie-vertegenwoordiger, die het burgerpersoneel van Defensie dat onder het regime van de 'negatieve lijst' zou vallen, meer gespecificeerd aangewezen wil zien) voorgesteld, de lijst beperkt te houden tot brandweer- en politiepersoneel, militair personeel, alsmede burgerpersoneel van Defensie, dat voor de krijgsmacht essentiële taken verricht. De vertegenwoordigers der ambtenarenorganisaties in de Werkgroep ASIO reageerden hierop verdeeld. Die van ACOP en RKCOP menen dat in beginsel aan geen enkele categorie het stakingsrecht mag worden ontzegd, met uitzondering misschien van het militair personeel. De vertegenwoordigers van AC, CCOOP en CMHA kunnen zich vinden in het alleen opnemen in de 'negatieve lijst' van politie- en brandweerpersoneel en militair personeel. Slechts van CMHA-zijde wordt daarnaast het opnemen van burgerpersoneel dat voor de krijgsmacht essentiële taken verricht, nodig geacht.

als een staking is uitgeroepen of aangevangen en te grote ontwrichting van het maatschappelijk leven als gevolg daarvan dreigt. Persoonlijk ben ik geneigd het instrument van de ontoelaatbaarverklaring — mits zo genormeerd als in het voorstel van de commissie-Toxopeus II, dus slechts binnen de door art. 31 ESH aangegeven grenzen te hanteren — een praktisch middel te vinden (204). Op die wijze kan de overheid een slagvaardige reactie geven op elk gewenst moment (sneller althans dan via de kort-gedingprocedure), ingeval een concrete staking of stakingsdreiging risico's oproept voor bijv. de nationale veiligheid of de volksgezondheid. Naarmate de 'negatieve lijst' korter is, zal zich, zo is mijn taxatie, met des te meer klem in de praktijk de behoefte aan het middel van de ontoelaatbaarverklaring doen gevoelen. Voorts valt te bedenken, dat de beslissing tot gebruikmaking van dit middel onder politieke controle staat van het parlement en dat slechts één instantie — een Minister, en niet alle andere autoriteiten die 'bevoegd gezag' zijn t.a.v. overheidspersoneel — bevoegd is die beslissing te nemen. Een actie uit onrechtmatige daad zou evenwel door elk 'bevoegd gezag' kunnen worden ingesteld. Verder staan de ambtenarenorganisaties niet met lege handen tegenover de ontoelaatbaarverklaring; zij kunnen alsnog via een kort geding bij de burgerlijke rechter pogen te bewerkstelligen, dat het middel niet wordt gehanteerd, of de ontoelaatbaarverklaring wordt ingetrokken. Zulks onder aanvoering van bijv. het argument dat in dit concrete geval gebruikmaking van het middel onrechtmatig is, omdat zij niet noodzakelijk te achten is voor de bescherming van de in art. 31 ESH opgesomde belangen (205).

(204) M.i. is het ook geen 'ontoelaatbaar' middel, zoals W.J.P.M. Fase, in *T.v.O.* 1980, blz. 374—375, en M.G. Rood in *N.J.B.* 1981, blz. 256, blijken te menen. Art. 31 van het ESH staat n.m.m. wel toe, dat in het concrete geval een bestuursorgaan beslist of de in art. 31 ESH vermelde belangen gevaar lopen, m.a.w.: toepassing geeft aan de beperkingsclausule van die verdragsbepaling in het concrete geval, mits dit orgaan de bevoegdheid daartoe aan een wettelijke voorschrift ontleent en de beslissing noodzakelijk is met het oog op de bescherming van die belangen.

(205) Impliciet geef ik hiermee te kennen, dat ik de concrete verklaring dat een bepaalde staking ontoelaatbaar is, niet beschouw als een voor Arob-be-roep vatbare beschikking. Het gaat hier om een besluit t.a.v. een groep die 'in haar geheel en in abstracto is omschreven' (zie K.B. 23 april 1974, *A.B.* 1975, 189, voor wat betreft de Wet BAB, en de uitspraak van de Voorzitter Afd. rechtspraak dd. 20 april 1978, *A.B.* 1978, 405). Anders evenwel de overheidsdelegatie in de Werkgroep ASIO (rapport, par. 5.8, onder f.).

Bij deze sombere beelden van beperkingen van stakingsrecht en ontoelaatbaarverklaringen van stakingen wil ik het niet laten. In de eerste plaats kan een open en reëel overleg over de arbeidsvoorwaarden in het huidige stelsel en in een toekomstig stelsel als in par. 3.2.4. beschreven, de behoefte bij de bonden om een staking uit te roepen, verminderen. In de tweede plaats kan een geschillenregeling, als in hoofdstuk 4 aan de orde gekomen, bevorderen dat de stakingskans verkleind wordt.

In de derde, maar zeker niet in de laatste plaats, dient vertrouwd te worden op het verantwoordelijkheidsgevoel van het overheids-personeel en zijn vertegenwoordigers. Zij zullen zeker in hun overwegingen betrekken, dat een staking in een overheidsdienst niet in alle gevallen de sympathie van het publiek zal weten te verwerven. Bijv. niet, als het doel waarvoor gestaakt wordt, de bevolking niet zal aanspreken. Met name niet, als door een staking de 'consumenten van overheidsdiensten' (het beeld is door H.L. Bakels gebruikt in een niet-gepubliceerde lezing voor rechterlijke ambtenaren op 19 januari 1982) — onder welke 'consumenten' zich ook werknemers bevinden — meer worden getroffen dan de werkgever.

Vervolgens aandacht voor de in het ontwerp van de commissie-Toxopeus II vervatte bepaling omtrent de uitsluiting. Het gaat hier om de bevoegdheid van het bevoegde gezag om ambtenaren de toegang tot het werk te ontfagen indien hun onderdeel wordt getroffen door een collectieve actie (206). De hierbedoelde uitsluiting kan het karakter dragen van een 'lay off', als alleen de diensten worden gesloten die door een staking elders niet meer verantwoord kunnen functioneren. De uitsluiting kan evenwel ook als strijdmiddel door de werkgever worden gehanteerd als de toegang wordt gesloten tot het dienstonderdeel waar de staking feitelijk plaatsvindt (de beperkte 'lock out'). Daargelaten dat m.i. het bevoegd gezag deze bevoegdheid ook zonder wettelijke regeling zou bezitten, ware daarvan geen melding te maken in een toekomstige

(206) Rapport, blz. 24. De commissie wees een verder gaande bevoegdheid tot uitsluiting, nl. het ontfagen van de toegang ook tot dienstonderdelen die niet door een collectieve actie worden getroffen, af. Niet alleen omdat een zo ver gaand strijdmiddel niet nodig is in de Nederlandse verhoudingen, maar ook omdat de overheid bij hantering van dat middel zelf de goede functionering van de openbare dienst zou aantasten.

wettelijke regeling van het stakingsrecht van overheidspersoneel. Voor zover de uitsluiting als strijdmiddel kan worden gehanteerd, dient te worden opgemerkt dat zij onherroepelijk leidt tot escalatie van het arbeidsconflict. Het argument van de overheidsdelegatie in de Werkgroep ASIO (207), dat met het oog op een evenwichtige regeling aan de overheid ook een strijdmiddel moet worden gegeven, overtuigt mij niet. De gelijkheid van wapens tussen de partijen is reeds hierin gelegen dat de overheid over het middel beschikt van weigering om toe te geven (208).

7.3. STAKINGSRECHT IN DE PARTICULIERE SECTOR

7.3.1. *Inwerkingtreding ESH*

Ook op het terrein van het stakingsrecht in de particuliere sector vormt de datum van 22 mei 1980, de dag waarop het ESH voor het Koninkrijk in werking trad, een markant punt in de ontwikkelingsgang. Art. 6, ten vierde, van het ESH, dat ik al eerder noemde, brengt mee, dat Nederland de verdragsplicht op zich neemt het stakingsrecht te erkennen. Het Hof Amsterdam had reeds in het RSV-arrest (209) geanticipeerd op de goedkeuring van het ESH; het voornemen van de regering daartoe vormde een van de overwegingen om te concluderen, dat een oproep tot staking in beginsel rechtmatig kan zijn. In zoverre kan men de inwerkingtreding van het ESH voor het Koninkrijk beschouwen als een bevestiging van hetgeen de jurisprudentie reeds had erkend.

Verder betekent deze inwerkingtreding, dat de rechtssituatie in Nederland met betrekking tot het stakingsrecht onderworpen wordt aan het controlemechanisme, dat in het ESH is voorzien. Ten aanzien van het recht in andere landen is reeds een zekere 'jurisprudentie' ontwikkeld door de toezichthoudende organen

(207) Rapport, par. 5.9.

(208) Zie over de uitsluiting in het algemeen nader: M.G. Rood, Naar een stakingswet, Deventer 1978, blz. 87 e.v. en de aldaar aangehaalde literatuur. (209) Hof Amsterdam 13 april 1972, *N.J.* 192. In wezen heeft het Hof Amsterdam met dit arrest het Panhonlibco-arrest van de Hoge Raad (H.R. 15 jan. 1960, *N.J.* 84) 'overruled'. Men vergelijk ook het vonnis van de Pres. Rb. Utrecht van 15 juni 1979, *N.J.* 355. Daarin werd v.w.b. NS-personeel geanticipeerd op de ratificatie van het ESH.

(210). Om een voorbeeld te noemen: de uitoefening van het stakingsrecht mag volgens het Comité van Onafhankelijke Deskundigen niet worden voorbehouden aan (erkende) vakbonden en hun leden. Zij dient ook te worden toegestaan aan een groep van werknemers die geen wettelijke status heeft ('group existing in practice').

Voor de Nederlandse rechter betekent de inwerkingtreding van het ESH voor Nederland een richtpunt bij zijn oordeelsvorming. Niet minder dan dat, maar ook: niet meer dan dat. Dat laatste, omdat naar mijn opvatting art. 6, ten vierde, ESH, geen rechtsstreekse werking heeft. Deze opvatting is omstreden (211). Ik baseer haar in het bijzonder op de overweging, dat de Bijlage bij het ESH (die blijkens art. 38 van het ESH een integrerend bestanddeel van het Handvest vormt) uitdrukkelijk zegt, dat het Handvest juridische verplichtingen van internationale aard bevat, waarvan de toepassing uitsluitend onderworpen is aan het toezicht zoals dat in het ESH zelf is geregeld (212).

7.3.2. *Andere ontwikkelingen*

Het objectieve recht met betrekking tot het stakingsverschijnsel in de civiele sector is met name door de jurisprudentie opgebouwd. Pogingen om wetgeving tot regeling van het stakingsrecht zelve in die sector tot stand te brengen, zijn gestrand (213). Zie ik het goed,

(210) Een overzicht van de hoofdpunten biedt het rapport van de commissie-Toxopeus II, blz. 59 e.v.

(211) Zie M.G. Rood, in *N.J.B.* 1981, blz. 250-252 en de daar aangehaalde literatuur.

(212) Van regeringszijde is ook meermalen deze opvatting uitgedragen, bijv. in de gewisselde stukken bij het wetsontwerp tot goedkeuring van het ESH (Kamerstuk 8606 (R533)). Voorzover ik kon nagaan, is door de regering slechts één keer een tegenovergesteld betoog gehouden (Hand. TK 10 februari 1977, blz. 3120 e.v.). M.G. Rood (in *N.J.B.* 1981, blz. 251) stelt die uitspraak op naam van Minister De Ruiter; het was evenwel de toenmalige Minister van Justitie Van Agt.

(213) Ik doel hier op wetsontwerp 10111. Dit is inmiddels ingetrokken (zie 10111, nr. 5, brief van de Minister van Justitie van 18 juni 1980). Het wetsontwerp 10110 inzake de commissies van onderzoek bij werkstaking, beschouw ik niet als regeling van het stakingsrecht. Evenmin trouwens het voorontwerp tot centralisatie van de rechtspraak in stakingsgeschillen. Over dit voorontwerp heeft de Staatscommissie herziening rechterlijke organisatie een negatief advies uitgebracht. Hoofdbezwaren van de Staatscommissie wa-

dan is de heersende mening van regering, parlement en bedrijfsleven, dat voor het vervolg voorlopig vertrouwd moet worden op de lijnen die in de jurisprudentie getrokken zijn. Wel heeft de regering in gebeurtenissen rond recente arbeidsconflicten aanleiding gezien zich te richten tot de Stichting van de Arbeid met de vraag, of het invoeren van een stakingscode, niet door de overheid, maar door belanghebbenden zelf ontwikkeld, een bijdrage zou kunnen leveren voor de oplossing van een aantal bijverschijnselen van een werkstaking, zoals de gevolgen voor derden en werkwilligen. Tevens werd de vraag voorgelegd hoe zo'n code voor het gedrag van de bij een staking betrokken partijen nader zou moeten worden invuld (214).

De regering geeft daarbij enkele voorzetten. Gedacht zou kunnen worden aan normering via de code van o.a.:

- gedragingen van stakers en hun leiders;
- reacties van de ondernemingsleiding;
- reacties van werkwilligen;
- het doen van een aanzegging van een ultimatum, met inbegrip van aanzegtermijn en vorm van de aanzegging;
- het aanwijzen van het bedrijf(sonderdeel) dat door staking zal worden getroffen;
- het bevorderen van een oplossing van het geschil bijv. door bemiddeling of arbitrage.

Ik moest dit preadvies op een zodanig tijdstip afsluiten, dat ik geen rekening kon houden met de reactie van de Stichting van de Arbeid op deze adviesaanvraag. Zelf zie ik de totstandkoming van een gedragscode, hoe nuttig op zichzelf ook, slechts als een oplos-

ren, dat het voorontwerp onvoldoende helder aangaf, voor welke geschillen de centralisatie van de rechtspraak zou gelden; dat het kort geding voor een college een novum is, waarvan de theoretische rechtvaardiging wordt betwist; dat dit novum in elk geval praktische bezwaren oplevert, en dat bij stakingsgeschillen de plaatselijke omstandigheden een belangrijke rol spelen. Een regeringsstandpunt over deze materie is — op het moment waarop ik dit preadvies inleverde — nog niet bepaald. Wel is in de Tweede Kamer een motie aangenomen in december 1980 (Hand. TK, 1980—1981, 16400, XV, nr. 21) waarin tot uitdrukking wordt gebracht dat centralisatie van rechtspraak in stakingsgeschillen toch wenselijk is. Zie de kritiek daarop van S. Boas, in *N.J.B.* 1981, blz. 572 e.v.

(214) Brief van de Minister van Sociale Zaken van 30 september 1980.

sing voor de korte termijn, ingegeven door de slechte ervaringen die in de gang van zaken m.b.t. wetsontwerp 10111 zijn opgedaan. Voor de langere termijn verdient het m.i. aanbeveling te onderzoeken of niet toch tot wettelijke regeling kan worden gekomen (215). Een wettelijke regeling, die zich beperken zou tot regulering van het stakingsrecht in de civiele sector. De hierboven aangegeven onderwerpen voor een stakingscode zouden heel goed passen in zo'n wettelijke regeling. Sterker nog: ik acht een code niet de juiste plaats om gedragingen van werkwilligen en van ongeorganiseerden (het stakingsrecht komt immers ook toe aan 'groups existing in practice') te normeren; dat hoort thuis in een wettelijke regeling. Sprekend in de categorieën die Rood in zijn proefschrift aangeeft (216) zie ik in de toekomst een taak voor de wetgever ter 'regulering naar spelregels'. 'Regulering naar doeleinden' van een staking ware naar mijn mening — in zoverre valt lering te trekken uit de lotgevallen van wetsontwerp 10111 — aan de rechter en aan de partners in het bedrijfsleven over te laten.

7.4. Evaluatie

We komen nu tot een vergelijking van de rechtspositie v.w.b. het stakingsrecht van de werknemers in de publieke sector met die van werknemers in de civiele sector. Al aanstonds valt op, dat t.a.v. beide categorieën de kwestie van de erkenning van het stakingsrecht niet sterk verschillend ligt. Voor de civiele werknemers is het stakingsrecht in beginsel erkend, voornamelijk via de jurisprudentie; voor de werknemers in de publieke sector is het tijdstip van daadwerkelijke erkenning-in-beginsel van het stakingsrecht niet veraf meer — indien inderdaad een wettelijke regeling op dit stuk tot stand kan worden gebracht en/of het 'voorbehoud' bij art. 6, ten vierde, ESH zal kunnen worden opgeheven. In zoverre zijn de rechtsposities van beide categorieën al naar elkaar toegroeid. Een verschil is, dat voor het overheidspersoneel misschien een wettelijke regeling van het stakingsrecht tot stand zal komen, maar dat daarop geen uitzicht bestaat in de particuliere sector. Hierboven (par. 7.3.) heb ik evenwel gepleit voor een wettelijke 'regulering naar spelregels' t.a.v. de uitoefening van particuliere werknemers.

(215) Ik blijf hiermee bij mijn standpunt in *S.M.A.* 1976, blz. 290.

(216) M.G. Rood, *Naar een stakingswet*, Deventer 1978, m.n. blz. 158 e.v.

Wat de publieke sector betreft, acht ik de totstandkoming van een wettelijke regeling wenselijk. Het voorontwerp van de commissie-Toxopeus II geeft mijns inzien een goede aanzet daarvoor, zij het dan, dat ik de 'negatieve lijst' van categoriën die a priori van het stakingsrecht uitgezonderd zijn, te lang vind en wettelijke regeling van de uitsluiting als strijdmiddel onwenselijk (zie par. 7.2.3.). Het voorontwerp bevat 'regulering naar doeleinden' (de staking moet een aangelegenheid betreffen die van algemeen belang is voor de rechtstoestand van de aan de actie deelnemende ambtenaren) en 'regulering naar spelregels' (geen collectieve actie als het overleg nog niet is afgesloten; aanzegging en aanzeggingstermijn).

Waarom pleit ik t.a.v. de publieke sector voor een wettelijke regeling? Zou niet het voorbehoud bij art. 6, ten vierde, ESH kunnen worden ingetrokken, en zou niet, gelijk voor de particuliere werknemers het geval is, de beoordeling van de rechtmatigheid van een staking aan de rechter kunnen worden overgelaten? Ik meen van niet. De overheid heeft te zorgen voor de voortgang van bepaalde diensten, die essentieel zijn voor de samenleving. Op bepaalde onderdelen kan zij zelfs geen tijdelijke onderbreking van het functioneren toestaan (de eigenlijke politietaak, brandweertak, verdedigingstaak (217), op andere onderdelen alleen maar een tijdelijke onderbreking (huisvuilophaaldiensten, ziekenhuiswezen), als tenminste de omstandigheden zulk een tijdelijke onderbreking ook zouden toelaten. De absolute uitzonderingen op het stakingsrecht behoren wettelijk geregeld te worden. T.a.v. de relatieve uitzonderingen acht ik een wettelijk te regelen bevoegdheid voor het bevoegd gezag tot ontoelaatbaarverklaring van een dreigende of reeds lopende staking een praktisch instrument om slagvaardig te reageren op ontwikkelingen.

Samenvattend: voor beide categorieën van personeel sta ik voor een wettelijke regeling van het stakingsrecht, daarin voor beide 'regulering naar spelregels'; t.a.v. het overheidspersoneel extra-voorschriften, wegens belangen die de overheid in de samenleving heeft te behartigen.

(217) Men lette op de nuance: niet het totale personeel van bijv. de politie is met een daadwerkelijke politietaak belast, noch daarvan een essentieel ondersteunend onderdeel. Zo men het gehele politiepersoneel uitzondert van het stakingsrecht, dan is dat op praktische overwegingen gebaseerd (differentiatie van taken binnen het politieapparaat valt moeilijk in een wetstekst sluitend te omschrijven), niet op principiële.

De vraag die het bestuur van de N.J.V. aan de orde heeft gesteld, is: bestaat er aanleiding de rechtspositionele verschillen tussen ambtenaren en civielrechtelijke werknemers te handhaven? Bij de beantwoording van deze vraag heb ik allereerst onderzocht, of de verhouding tussen de overheid en haar personeel zo principieel bepaald is en zich zo principieel onderscheidt van particuliere arbeidsverhoudingen, dat daarin een belemmering gelegen zou kunnen zijn voor opheffing van bestaande rechtspositionele verschillen (hoofdstuk 2).

Een zodanige belemmering acht ik niet gelegen in de aard van de overheidswerkzaamheden. Naast de 'klassieke' taak van de overheid, te weten handhaving van de rechtsorde d.m.v. gezagsuitoefening, is in de loop der tijden de overheid verzorgende taken op zich gaan nemen. Dit brengt mee, dat binnen het overheidsapparaat een diversiteit van werkzaamheden verricht wordt, die lang niet alle direct betrokken zijn op de gezagsfunctie van de staat, en waarvan sommige ook in particuliere dienst verricht kunnen worden. De werkzaamheid van overheidspersoneel is daardoor minder 'bijzonder' geworden.

Ook in de stelling, dat de overheidswerkzaamheden altijd gericht zouden dienen te zijn op het algemeen belang, en dat zulks speciale eisen zou meebrengen voor het ambtenarencorps, zie ik onvoldoende grond voor het handhaven van rechtspositionele verschillen tussen overheidspersoneel en particulier personeel. Evenzo in de stelling, dat de noodzaak van de continuïteit van de openbare dienst de positie van het overheidspersoneel een bijzondere zou doen zijn.

Wel erken ik, dat het bijzondere van de relatie overheid/overheids-personeel gelegen is in de dubbelrol die de overheid vervult. Zij is werkgeefster ten opzichte van haar personeel, maar zij is tegelijkertijd overheid. Dit levert een spanningsveld op tussen de verschillende bevoegdheden en verplichtingen die de overheid in beide rollen heeft.

Wijst men met mij het als a priori hanteren van een bijzondere status die ambtenaren zouden hebben af, dan dient elk element in de rechtspositie van overheidspersoneel op zijn eigen merites te worden beoordeeld, en te worden nagegaan of de bevoegdheden of verplichtingen van de overheid in haar verschillende rollen ten

aanzien van het onderzochte rechtspositionele element tot afwijking van de rechtspositie van particuliere werknemers nopen.

Vervolgens heb ik getracht enkele rechtspositionele elementen op hun merites te onderzoeken. Ik begon met de wijze van vaststelling van de arbeidsvoorwaarden (hoofdstuk 3). Het verschil tussen de daarvoor gebruikte methode in de openbare dienst (georganiseerd overleg) en die in het bedrijfsleven (collectief onderhandelen) zie ik als graduëel, niet als principieel.

Noch aan het staatsrecht, noch aan een beweerde bijzondere status van de ambtenaren kunnen m.i. principiële argumenten ontleend worden tegen wijziging van het huidige stelsel van georganiseerd overleg over de arbeidsvoorwaarden van overheids personeel tot een meer tweezijdig stelsel. Ook bij een meer tweezijdig stelsel zijn het budgetrecht van het parlement en het beginsel van de ministeriële verantwoordelijkheid intact te houden, mits de betrokken bewindsman ervoor zorgt dat hij gemachtigd is de uitgaven te doen waartoe hij zich jegens de vakorganisaties heeft verplicht. Anders brengt ons staatsrecht — in theorie althans, en hopelijk alleen in theorie — een aantal eigenaardige consequenties mee voor de bewindsman die daar niet voor zorgt.

Een andere vraag is of wijziging van het huidige stelsel van georganiseerd overleg wenselijk is. Ik heb gepoogd voor- en nadelen van een volledig tweezijdig stelsel tegen elkaar af te wegen. Volledige tweezijdigheid tussen ambtenarencentrales en overheid bij het proces van vaststelling van de arbeidsvoorwaarden van overheids personeel, hoe nastrevenswaard op zich ook, is geen panacee tegen alle pijnen. Ook dient te worden bedacht, dat het onvermijdelijk is eenzijdige elementen bij die vaststelling te handhaven, al was het alleen maar omdat de overheid haar sociaal-economische beleid moet kunnen realiseren, en omdat zij rechtsgelijkheid in haar personeelsbeleid moet kunnen blijven bevorderen.

Het voorstel van de Werkgroep ASIO, strekkende tot invoering van een materieel tweezijdig stelsel bij handhaving van de formele eenzijdigheid biedt een goede tussenoplossing tussen het huidige stelsel en een systeem met volledige tweezijdigheid. Deze werkgroep heeft daarbij voor ogen een opzet waarin over de hoofdlijnen van het arbeidsvoorwaardenbeleid tussen bonden en overheid overeenstemming moet worden bereikt (meer te leggen in een schriftelijke overeenkomst) alvorens de overheid tot eenzijdige vaststelling kan overgaan. Tezamen met erkenning van het stakingsrecht

voor overheidspersoneel betekent dit systeem een verdere versterking van de beïnvloedingsmogelijkheden van de werknemersvertegenwoordigers. Het stelsel heeft de mogelijkheid in zich te functioneren als een bijna volledig tweezijdig systeem, en aldus zal het op dit punt bestaande verschil tussen overheidswerknemers en particuliere werknemers verder worden genivelleerd.

Een onderdeel van het voorstel van de werkgroep ware m.i. niet in te voeren, nl. de suggestie, dat voor het aangaan van de overeenkomst overeenstemming met een meerderheid van de vertegenwoordigende centrales voldoende zou zijn. Met een stelsel, waarin meer centrales tot het overleg zijn toegelaten, lijkt niet te rijmen, dat de één overstemd wordt door de ander. Komt geen (unanieme) overeenkomst tot stand, dan gelden de 'oude' arbeidsvoorwaarden, of is de werkgever bevoegd eenzijdig nieuwe arbeidsvoorwaarden te hanteren.

Daarna kwam in dit precadvies aan de orde de regeling van geschillen in het overleg over de arbeidsvoorwaarden (hoofdstuk 4). De mogelijkheid om een procedure voor geschillenregeling te starten hebben partijen in het arbeidsvoorwaardenoverleg in het bedrijfsleven. Voor het centrale georganiseerde overleg is geen formele regeling getroffen te dien aanzien. Een regeling voor in dit overleg opkomende geschillen heeft mijns inziens nut als middel om stakingen te voorkomen en om een verziekte sfeer in het overleg weer te doen opklaren.

Verschillende mogelijkheden zijn denkbaar voor de inhoud van een geschillenregeling: niet-bindend advies van een derde, bemiddeling door een derde, beslechting van het geschil door een derde. Bij de laatstgenoemde variant doet zich de vraag voor van de staatsrechtelijke gecoorloofdheid van arbitrage. Ik acht arbitrage voor geschillen uit het arbeidsvoorwaardenoverleg staatsrechtelijk niet ongeoorloofd. Toch kan ons staatsrecht — in theorie — enkele eigenaardige consequenties meebrengen ingeval de volksvertegenwoordiging, c.q. het toezichthoudend gezag (voor wat betreft het overleg op het niveau der lagere publiekrechtelijke lichamen) weigert medewerking te verlenen, c.q. goedkeuring onthoudt aan het tot stand brengen van regelingen ter uitvoering van de arbitrale uitspraak.

Ter voorkoming van deze eigenaardige consequenties past voor de overheidsvertegenwoordigers in het arbeidsvoorwaardenoverleg voorzichtigheid bij het geven van hun instemming met voorlegging

van een geschil aan arbiters. Wellicht valt het terrein waarop arbitrage dan zal voorkomen, nog te verruimen door in de desbetreffende wettelijke regeling te bepalen dat de uitkomst van de arbitrale procedure onder voorbehoud gaat van goedkeuring van de vertegenwoordigende organen, c.q. van het hoger gezag.

Naar mijn mening dient de beslissing om een geschil aan arbitrage te onderwerpen door alle deelnemende partijen aan het arbeidsvoorwaardenoverleg in de openbare dienst in vrijwilligheid te worden genomen. Consequentie daarvan is, dat voor die beslissing unanimiteit vereist is. Voor de beslissing, advies te vragen aan een derde behoeft unanimiteit niet formeel als vereiste te worden gesteld. Maar unanimiteit bij die beslissing is wel wenselijk.

Bij de bespreking van de rechtsfiguur van de aanstelling in ambtelijke dienst (hoofdstuk 5) heb ik gesteld geen aanleiding voor, maar juist bezwaar te zien tegen wijziging van de formeel eenzijdige aanstelling, indien daarmee de ambtenarenrechtspraak 'op de tocht' zou komen te staan. Overigens: de aanstelling is de formele bevestiging van een rechtsverhouding waaraan materieel wilsovereenstemming ten grondslag ligt.

In mijn uiteenzetting over de grondrechten van het personeel (hoofdstuk 6) heb ik o.m. betoogd dat het overheidspersoneel zich in een in zekere zin bevoorrechte positie te dien aanzien bevindt. Voor hen gelden de klassieke grondrechten rechtstreeks, aangezien de overheid als overheid in alle verhoudingen waarin zij tot de burger staat (dus ook de arbeidsverhouding) de grondrechten heeft te respecteren.

T.a.v. het personeel in particuliere dienst zou horizontale werking van de klassieke grondrechten d.m.v. rechterlijke tussenkomst enige grondrechtenbescherming tegenover de werkgever kunnen bieden. Meer dan een argument pleit evenwel voor optreden van de wetgever (naast de rechter) op dit terrein.

Ik wijdde aandacht aan enkele elementen uit het grondrechtenbestand en vergeleek hetgeen ik te dezer zake wenselijk vind aan verbetering van de rechtspositie van het overheidspersoneel, met hetgeen ik aanbevelingswaardig acht voor de verbetering van de rechtspositie van particulier personeel. Bij enkele van de door mij behandelde onderwerpen verklaarde ik mij voorstander van een wettelijke regeling die zowel de overheidsdienst als de particuliere dienst (mede) zou omvatten (gelijke behandeling); op andere punten voorstander van het brengen van de rechtspositie van werkne-

mers in overheidsdienst en die in particuliere dienst op een overeenkomstig niveau (vrijheid van meningsuiting, recht op privacy i.v.m. persoonsgegevens, individueel klachtrecht werknemers, recht op faciliteiten voor vakbondswerk).

Voor wat betreft het stakingsrecht (hoofdstuk 7) zijn de posities van het personeel in particuliere dienst en dat in overheidsdienst naar elkaar toe gegroeid. Voor beide bepleit ik de totstandkoming van een wettelijke regeling van de in acht te nemen 'spelregels'. Voor de overheidsdienst ga ik nog iets verder, en bepleit ik extra-voorschriften wegens de belangen die de overheid in de samenwerking heeft te behartigen.

Aan het slot van mijn betoog kom ik terug op de vraag die het bestuur van de N.J.V. gesteld heeft. Die vraag valt niet met een eenvoudig en allesomvattend 'ja' of 'neen' te beantwoorden, doch dient, zoals ik eerder aangaf, per rechtspositioneel element te worden beantwoord, althans voor wat betreft de meer immateriële zaken die in dit preadvies zijn besproken. Bij sommige elementen die ik aan de orde heb gesteld in dit preadvies zei ik — met nuances en 'indiens' —: neen, op dit punt bestaat geen aanleiding verschil te maken tussen de werknemers in overheidsdienst en die in particuliere dienst. Op een enkel ander punt zei ik evenwel het tegenovergestelde — ook weer genuanceerd —, maar niet op grond van het argument dat een bijzondere status van ambtenaren zich tegen opheffing van het onderwerpelijke verschil zou verzetten. Bij de stemming op de vergadering van de N.J.V. over de nog te formuleren vraagpunten zullen de door mij aangebrachte nuances wellicht verloren gaan. Maar indien dit preadvies en de bespreking daarvan op de vergadering reeds dit nut zouden hebben, dat elk rechtspositioneel verschil op zijn eigen innerlijke waarde wordt beoordeeld en dat niet langer het begrip 'bijzondere status' van ambtenaren wordt gehanteerd als een automatische belemmering voor verdere discussies over de wenselijkheid van het al dan niet handhaven van een rechtspositioneel verschil, dan zou mijns inziens al veel gewonnen zijn.

31 januari 1982