



DE GRONDWET - ARTIKEL 109 - RECHTSPOSITIE AMBTENAREN

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

WETENSCHAPPELIJK COMMENTAAR ARTIKEL 109 - RECHTSPOSITIE AMBTENAREN - S. JELLINGHAUS & E. HUISMAN

Inhoudsopgave

1. Grondslag van het ambtenarenrecht
2. Ambtenaar en grondrechten
3. Jurisprudentie
4. Literatuur
5. Historische versies

Editie juni 2018

1. GRONDSLAG VAN HET AMBTENARENRECHT

Dit artikel is in 1983 opgenomen in de Grondwet.^[1] Reden voor het opnemen van dit artikel is dat de regering de destijds bestaande bepalingen uit de sfeer van het beheer van de algemene geldmiddelen wilde halen, het onderscheid tussen burgerlijke en militaire ambtenaren wilde laten vervallen en de strekking van de bepalingen wilde uitbreiden tot de gehele ambtelijke rechtspositie in plaats van het te beperken tot bepalingen over bezoldiging en pensioen.^[2] Met de tekst van dit artikel en daarmee met het feit dat de wet de rechtspositie van de ambtenaren regelt, kwalificeert de rechtspositie van de ambtenaar niet meer als ‘maatregel van inwendig bestuur’. Dit was tot de grondwetswijziging van 1983 wel het geval. Over de reikwijdte van dergelijke maatregelen maar vooral over het gevolg van een dergelijke kwalificatie heeft lange tijd discussie bestaan. Deze discussie liet zich van oorsprong kenmerken door de vraag of de Koning gerechtigd was om zelfstandig maatregelen van inwendig bestuur uit te vaardigen. De discussie spitste zich toe op de vraag of de Koning hiertoe gerechtigd was zonder dat dit steunde op een wettelijke bepaling. T.J. Buys bepleitte hierover het volgende: “de bemoeiingen van den Staat bepalen dus de bemoeiingen van den Koning, - en natuurlijk want de Koning is zijn vertegenwoordiger – maar zoodra de verzorging van de staatsbelangen tot daden van wetgeving leiden moet, wordt zijne anders onvoorwaardelijke bevoegdheid eene voorwaardelijke, en behoeft hij om verder te

kunnen gaan voor den inhoud van zulk eene wet de toestemming van anderen”.^[3] Van wetgeving is vervolgens volgens Buys pas onder de volgende voorwaarden sprake: “het uitvaardigen van een voor de burgers bindenden rechtsregel” en Buys vervolgt: “Zoodra dus de bemoeiingen van het regeeringsgezag niet meer den Staat zelve betreffen, maar zich oplossen in daden, welke op een gedwongen wijziging van den rechtstoestand der burgers neerkomen, houdt de bevoegdheid des Konings om zelfstandig te regelen ook op”.^[4] De regelingen omtrent ambtenaren werden geschaard onder maatregelen van inwendig bestuur.

Voorafgaand aan de wijziging van de Grondwet in 1983, vond de regering het opnemen van een aparte grondwetsbepaling ten aanzien van ambtenaren gerechtvaardigd, gezien de noodzaak van een ambtelijke dienst, de bijzondere betekenis van ambtenaren in de uitvoering van de overheidstaak en het feit dat de werkgeefster tevens hoedster van het algemeen belang is. Blijkens de memorie van toelichting beoogde dit artikel niet het publiekrechtelijke karakter van de arbeidsverhoudingen te waarborgen.^[5] Hieraan is in het licht van de aankomende normalisering tijdens de parlementaire behandeling in de Tweede Kamer nog aan gerefereerd. Allereerst is er gewezen op het feit dat de regering met de wijziging van de Grondwet niet heeft willen uitsluiten dat onderdelen van de rechtspositie bij cao zouden worden geregeld.^[6] Gelet daarop wordt met de normalisering voldaan aan de in artikel 109 Grondwet vastgestelde opdracht.^[7]

Het begrip ‘ambtenaar’ is in de memorie van toelichting ten tijde van de grondwetswijziging uit 1983 niet omschreven. Het aanwijzen van de functionarissen die ambtenaar zijn, is (bewust) aan de wetgever overgelaten. Artikel 109 bepaalt niets over het rechtskarakter van de ambtenaarsverhouding. Op dit moment is het arbeidsrecht voor de ambtenaren nog publiekrechtelijk van karakter. Inmiddels is gepubliceerd de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren.^[8] De vermoedelijke inwerkingtreding is 1 januari 2020. Zoals al beschreven zal als gevolg hiervan de ambtelijke aanstelling (eenzijdig en bestuursrechtelijk regime) worden vervangen door een arbeidsovereenkomst (tweezijdig en een privaatrechtelijk regime). De Ambtenarenwet wordt bovendien grondig gewijzigd. In de Ambtenarenwet zullen dan uitsluitend die bepalingen zijn opgenomen die nauw verbonden zijn aan en met het bijzondere karakter van het ambtenaarschap (denk daarbij aan bepalingen omtrent de integriteit en de beperking van grondrechten). Uitgezonderd van de gevolgen van het wetsvoorstel zijn het defensie- en politiepersoneel, de rechterlijke macht en (waarnemend) notarissen (zie voor de volledige opsomming artikel 3 Ambtenarenwet 2017). De uitgezondere groepen behouden een publiekrechtelijke aanstelling.

Redenen om de rechtspositie van ambtenaren onder werking van het private arbeidsrecht te brengen zijn onder meer de volgende. Allereerst wordt er gewezen op het feit dat het niet meer te rechtvaardigen is dat ambtenaren en werknemer verschillend worden behandeld terwijl de aard van de arbeidsverhouding met hun

werkgever in beide gevallen dezelfde is. Daarnaast wordt ook gewezen op het feit dat het arbeidsrecht meer geschikt zou zijn voor het oplossen van arbeidsgeschillen.^[9]

Ook overheidspersoneel dat werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst, kan door de wetgever tot de ambtenaren worden gerekend. Artikel 109 heeft betrekking op de rechtspositie van alle ambtenaren, dus ook op die van ambtenaren bij de andere publiek-rechtelijke lichamen dan het Rijk, zoals de gemeenten en provincies.

Met de terminologie ‘de wet regelt’ blijft delegatie door de wetgever in formele zin aan een lagere regelgever mogelijk. Artikel 109 bepaalt niet dat het gehele ambtenarenrecht of de grondslag daarvan in één wet in formele zin moet worden geregeld.^[10] Er bestaat geen formeel-wettelijke regeling van de rechtspositie van ambtenaren. De Ambtenarenwet 1929 (waarschijnlijk per 1 januari 2020 gewijzigd door de Ambtenarenwet 2017) en de Militaire Ambtenarenwet 1931 bevatten nauwelijks enig materieel ambtenarenrecht. De beide wetten regelen voornamelijk de rechtsbescherming van de ambtenaren. Artikel 125 Ambtenarenwet geeft aan de regering en de besturen van andere overheidslichamen de opdracht om een aantal met name genoemde onderwerpen te regelen. Tot die onderwerpen behoren onder andere de bescherming bij de arbeid (artikel 125, eerste lid, onder g) en de medezeggenschap (artikel 125, eerste lid, onder i).

De overige materiële bepalingen zijn opgenomen in de verschillende rechtspositionele regelingen, waarvoor in artikel 109 evenmin een beperking wordt gevonden (denk aan het Algemeen Rijksambtenarenreglement (‘ARAR’) voor rijksambtenaren, de Collectieve Arbeidsvoorwaarden-regeling en Uitwerkingsovereenkomst (‘CAR-UWO’) voor gemeenteambtenaren en de Collectieve Arbeidsvoorwaardenregeling Provincie (‘CAP’) voor de provincieambtenaren). Artikel 109 bepaalt uitsluitend dat er steeds enige regeling bij formele wet aan ten grondslag moet liggen.^[11] Zie als voorbeeld de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 24 november 1999^[12] waarin – kortweg – de casus voorligt of een ambtenaar kan worden overgeplaatst op grond van een Raamovereenkomst. De rechter overweegt dat “uit het samenstel van bepalingen van artikel 109 Grondwet en 125 Ambtenarenwet volgt dat de rechtspositie van ambtenaren, zoals regels aangaande aanstelling, schorsing, ontslag en disciplinaire straffen, in ieder geval in wetgeving in materiële zin – in casu een verordening – moet zijn verankerd. Ten aanzien van de mogelijkheid tot het treffen van een maatregel als overplaatsing is dit niet anders. De Raamovereenkomst kan naar dezerzijds voorlopig oordeel niet als zodanig worden gekwalificeerd (...).”

Na de inwerkingtreding van de Ambtenarenwet 2017 wordt het uitgangspunt dat er cao’s afgesloten worden. Indien dit op het tijdstip van inwerkingtreding nog niet is gebeurd, zullen de huidige rechtspositieregelingen werken als cao’s (zie artikel 17

Ambtenarenwet 2017).

2. AMBTENAAR EN GRONDRECHTEN

De grondrechten gelden onverkort voor de ambtenaren. Beperkingen van grondrechten moeten aan de grondwettelijke vereisten voldoen. De bijzondere positie van de ambtenaren kan echter vereisen dat hun meer beperkingen dan anderen worden opgelegd.^[13] Om aan die beperkingen de vereiste wettelijke basis ten grondslag te leggen, bevatten de artikelen 125a-125g Ambtenarenwet regels in verband met de vrijheid van meningsuiting, het recht tot vereniging, tot vergadering en betoging, de vrijheid van godsdienst of levensovertuiging, het passief kiesrecht, het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, het recht op onaantastbaarheid van het lichaam en het recht het land te verlaten. Een goed voorbeeld van beperking van grondrechten in het ambtenarenrecht is de wijze waarop de wet is aangepast naar aanleiding van de ontwikkeling dat sommige (bijzondere) ambtenaren van de burgerlijke stand weigerden het huwelijk te voltrekken van lesbische stellen in verband met geloofsovertuiging (de zogenoemde ‘weigerambtenaar’). Dit heeft geleid tot een wijziging van artikel 16 van boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en van artikel 5 van de Algemene wet gelijke behandeling. Kortweg leiden deze aanpassingen ertoe dat gemeenten een persoon die in de uitoefening van zijn ambt onderscheid maakt als bedoeld in artikel 1 van de Algemene wet gelijke behandeling niet meer tot (buitengewoon) ambtenaar van de burgerlijke stand kunnen benoemen.

Na de inwerkingtreding van de Ambtenarenwet 2017 zijn de grondrechten als volgt geregeld:^[14]

Artikel 10

1. *De ambtenaar onthoudt zich van het openbaren van gedachten of gevoelens of van de uitoefening van het recht tot vereniging, tot vergadering en tot betoging, indien door de uitoefening van deze rechten de goede vervulling van zijn functie of de goede functionering van de openbare dienst, voor zover deze in verband staat met zijn functievervulling, niet in redelijkheid zou zijn verzekerd.*

2. *Het eerste lid is, voor wat betreft het recht van vereniging, niet van toepassing op het lidmaatschap van:*

- a. een politieke groepering waarvan de aanduiding is ingeschreven overeenkomstig de Kieswet;*
- b. een vakvereniging.*

Artikel 11

De ambtenaar is verplicht tijdens het verblijf op zijn werk zich te onderwerpen aan een in het belang van de dienst door de overheidswerkgever gelast onderzoek aan zijn lichaam of aan zijn kleding of van zijn daar aanwezige goederen. De overheidswerkgever op wiens last het onderzoek plaatsheeft, neemt de nodige maatregelen ten einde daarbij een onredelijke of onbehoorlijke bejegening te

voorkomen.

De nieuwe Ambtenarenwet gaat niet gelden voor de ambtenaren die een publiekrechtelijke aanstelling zullen behouden. Dit betreft de volgende groepen overheidsmedewerkers (zie artikel 3 Ambtenarenwet 2017):

- eenhoofdige bestuursorganen, leden organen/colleges publieke rechtspersonen;
- rechterlijke ambtenaren (rechters, OM) en deskundige en militaire leden;
- leden van de Hoge Colleges van Staat;
- notarissen;
- deurwaarders;
- politieambtenaren;
- militaire, burgerlijke ambtenaren defensie en dienstplichtigen.

Op dit moment is men druk doende om ook voor de uitgezondere groepen de organieke wetgeving (de Politiewet 2012 en de Militaire ambtenarenwet 1931) aan te passen om onder meer invulling te kunnen geven aan de grondwettelijke opdracht en meer in het bijzonder de mogelijkheid om onder meer grondrechten te beperken een wettelijke basis te geven. De wettelijke basis van de Ambtenarenwet valt voor de uitgezonderde groepen overheidsmedewerkers immers weg omdat die groepen niet meer vallen onder de Ambtenarenwet 2017. Dit volgt uit het feit dat de medewerkers niet kwalificeren als ambtenaar in de zin van de Ambtenarenwet 2017 of uit het feit dat het overheidsorgaan niet kwalificeert als overheidswerkgever in de zin van de Ambtenarenwet 2017.

3. JURISPRUDENTIE

CRvB 16 november 1989, AB 1991, 24, m.nt. HH.

4. LITERATUUR

- Ambtenaar met gewetensbezwaren, NJB 1989, p. 171.
- E.F.C. Francken i.s.m. P.L. de Vos, Compendium van het ambtenarenrecht, Deventer 1992.
- H.J.M. Jeukens, Het Ambtenarenrecht, Alphen a/d Rijn 1959.
- Handelingen 1982 der Nederlandse Juristen-Vereniging, deel 1, eerste stuk, preadviezen E.P. de Jong en C.R. Niessen, Zwolle 1982.
- M.J.S. Korteweg-Wiers e.a., Hoofdlijnen van het ambtenarenrecht, 's-Gravenhage 1988.
- H. Krabbe, De Burgerlijke staatsdienst in Nederland.
- C.J.G. Olde Kalter, Overheidspersoneel en grondrechten, Preadvies VAR 1979.
- C.J.G. Olde Kalter, Wijziging Ambtenarenwet 1929 ter zake van de uitoefening van grondrechten, AA 1989, p. 277.
- Rapport: De ambtenaar met gewetensbezwaren, Ministerie van Binnenlandse Zaken, Den Haag 1983.
- S.F.H. Jellinghaus en E. Huisman, Wet normalisering rechtspositie ambtenaren, Tekst & Toelichting, BerghauserPont 2016

- S.F.H. Jellinghaus en K. Maessen, Normalisatie van het ambtenarenrecht, Vakmedia 2017
- B. Barendse, N. Hummel en S.F.H. Jellinghaus (red.), van ambtenaar naar ambtenaar: de Wet Normalisering Rechtspositie Ambtenaren, Celcius Juridische Uitgeverij 2018.

5. HISTORISCHE VERSIES

Art. 39 Gw 1814: De Souvereine Vorst beschikt over de Vloten en Legers. Alle de militaire Officieren worden door Hem benoemd en, daartoe termen zijnde, op pensioen gesteld of, des noods, ontslagen.

Art. 40 Gw 1814: De Souvereine Vorst heeft het opperbestuur der algemeene geldmiddelen. Hij regelt de tractementen van alle Kollegien en Ambtenaren, welke uit 's Lands kasse betaald worden, en brengt dezelve op de begrooting der staats-behoeften. Art. 59 Gw 1815: De Koning heeft het oppergezag over de vloten en legers. De Militaire-Officieren worden door Hem benoemd en ontslagen, of, daartoe termen zijnde, op pensioen gesteld (art. 58 Gw 1840).

Art. 61 Gw 1815: De Koning heeft het opperbestuur van de algemene geldmiddelen. Hij regelt de bezoldiging van alle collegien en ambtenaren die uit 's Lands kas betaald worden, en brengt dezelve op de begrooting der staatsbehoeften (art. 60 Gw 1840). Art. 58 Gw 1848: De Koning heeft het oppergezag over zee- en landmagt. De militaire officieren worden door hem benoemd. Zij worden door hem bevorderd, ontslagen of op pensioen gesteld, volgens de regels door de wet te bepalen.

De pensioenen worden door de wet geregeld (art. 60 Gw 1887; art. 59 Gw 1922; art. 61 Gw 1938; art. 68 Gw 1953; art. 68 Gw 1956, behoudens dat de woorden 'zee- en landmagt' zijn vervangen door: de krijgsmacht). De bezoldiging der ambtenaren van de regterlijke magt wordt door de wet geregeld (art. 60 Gw 1840). Art. 61, eerste, tweede en vierde lid, Gw 1848: De Koning heeft het opperbestuur van de algemene geldmiddelen. Hij regelt de bezoldiging van alle collegien en ambtenaren, die uit 's Lands kas worden betaald. De wet regelt de bezoldiging van de ambtenaren der regterlijke macht. De pensioenen der ambtenaren worden door de wet geregeld.

Art. 63, eerste, tweede en vierde lid, Gw 1887:

De Koning heeft het opperbestuur van de algemeene geldmiddelen. Hij regelt de bezoldiging van alle collegien en ambtenaren, die uit 's Rijks kas worden betaald.

De wet regelt de bezoldiging van den Raad van State, van de Algemeene Rekenkamer en van de regterlijke Magt.

De pensioenen der ambtenaren worden door de wet geregeld (art. 65, eerste en tweede en vierde lid, Gw 1938; art. 72, eerste, tweede en vierde lid, Gw 1953).

NOTEN

1. Stb. 1983, 70.
2. Kamerstukken II 1977/ 78, 15 048, nr. 3.
3. J.T. Buys, De Grondwet, Toelichting en Kritiek, deel I, Arnhem 1883, p. 336.
4. Ibid.
5. Kamerstukken II 1977/ 78, 15 048, nr. 3, p. 4- 5 (Nng Vd, p. 125- 126).
6. Kamerstukken II 2010/ 11, 32 550, nr. 3, p. 13.
7. Ibid.
8. Stb. 2017, 123.
9. Kamerstukken II 2010/ 11, 32 550, nr. 3, p. 10.
10. Kamerstukken II 1977/ 78, 15 048, nr. 3, p. 6.
11. Kamerstukken II 1979/ 80, 15 048, nr. 7. p. 4.
12. ECLI:NL:RBAMS:1999:AA4285.
13. Kamerstukken II 1975/ 76, 13 872.
14. Handelingen I 2016- 2017, nr. 1, item 8.

CITEER SUGGESTIE

S. Jellinghaus & E. Huisman, Commentaar op artikel 109 van de Grondwet, in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht (red.), Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet, webeditie 2019 (www.Nederlandrechtsstaat.nl).