

Vergaderjaar 1995–1996

24 575

Wijziging van de Ambtenarenwet en de Militaire Ambtenarenwet 1931 in verband met het verrichten van nevenwerkzaamheden

A

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 20 september 1995 en het nader rapport d.d. 21 december 1995, aangeboden aan de Koningin door de minister van Binnenlandse Zaken, mede namens de staatssecretaris van Defensie. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 20 april 1995, no. 95.003209, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Binnenlandse Zaken, mede namens de Staatssecretaris van Defensie, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet met memorie van toelichting tot wijziging van de Ambtenarenwet en de Militaire Ambtenarenwet 1931 in verband met het verrichten van nevenwerkzaamheden.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 20 april 1995, nr. 95.003209, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij en in afschrift aan de Staatssecretaris van Defensie te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 20 september 1995, nr. W04.95.0187, bied ik U hierbij aan.

1. In het algemeen deel van de toelichting wordt gesteld dat een meldingsplicht en een registratie van nevenwerkzaamheden een waardevolle bijdrage kunnen leveren aan de bescherming van de integriteit van het openbaar bestuur. De meldingsplicht is geclausuleerd, in die zin dat het slechts die nevenwerkzaamheden betreft «die de belangen van de dienst voor zover deze in verband staan met de functie vervulling, kunnen raken». Deze clausulering betekent dat de ambtenaar die bepaalde nevenwerkzaamheden aanvaardt in eerste instantie zelf zal moeten beoordelen of deze moeten worden gemeld. Dit zal ertoe kunnen leiden dat bepaalde nevenwerkzaamheden ten onrechte niet zullen worden aangemeld. De vraag rijst dan ook of de voorgestelde regeling inderdaad zo effectief zal zijn als in de toelichting wordt gesuggereerd. Hierop dient in de memorie van toelichting te worden ingegaan. Voorts acht de Raad van State het wenselijk dat in de toelichting nader wordt ingegaan op de vraag wat naar verwachting in de praktijk de toegevoegde waarde zal zijn van de voorgestelde bepalingen ten opzichte van het bestaande systeem, dat is neergelegd in artikel 61 van het Algemeen Rijksambtenarenreglement.

1. De Raad van State wijst op het risico dat de ambtenaar ten onrechte bepaalde nevenwerkzaamheden niet meldt, omdat hij, in eerste instantie zelf oordelend of die nevenwerkzaamheden moeten worden gemeld, onjuist inschat of de nevenwerkzaamheden «de belangen van de dienst (...) kunnen raken».

¹ De tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Raad van State is ter inzage gelegd bij de afdeling Parlementaire Documentatie.

Dit risico is inderdaad aanwezig; het is inherent aan het uitgangspunt, zoals dat in de laatste decennia meer en meer in de rechtspositie is ingebracht, om de eigen verantwoordelijkheid van de ambtenaar voor het goed vervullen van zijn verplichtingen primair te stellen. Wij verbinden aan dat risico echter niet die mate van twijfel aan de effectiviteit van de voorgestelde regeling die de Raad daaraan lijkt te verbinden.

Wij hebben in de memorie van toelichting een passage toegevoegd over de effectiviteit die wij aan de nieuwe regeling toedichten.

Een andere toevoeging die de Raad wenselijk acht betreft de verwachte toegevoegde waarde van de voorgestelde bepalingen.

2. In de memorie van toelichting wordt met betrekking tot de bescherming van de persoonlijke levenssfeer gesteld dat volgens vaste rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens beperking van de persoonlijke levenssfeer mogelijk is, indien de beperkende maatregel een zwaarwegend maatschappelijk belang dient, proportioneel is en de rechtvaardigingsgrond relevant en voldoende is. De Raad wijst erop dat «zwaarwegend maatschappelijk belang» inderdaad in de jurisprudentie van het Hof wordt gehanteerd, maar dan niet in plaats van de beperkingsgronden doch naast de beperkingsgronden. Het is een nadere invulling van de noodzakelijkheidseis, die in artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden wordt gesteld. De toelichting noemt in algemene zin een aantal beperkingsgronden (het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten), doch vermeldt niet welke beperkingsgrond hier van toepassing wordt geacht. De toelichting behoeft op dit punt aanvulling.

2. In de toelichting is nader uitgewerkt hoe het in de jurisprudentie gebruikte begrip «zwaarwegend maatschappelijk belang» zich verhoudt tot de beperkingsgronden. Tevens is meer expliciet dan in de oorspronkelijke tekst aangegeven welke beperkingsgrond van toepassing wordt geacht.

3. In de memorie van toelichting wordt met betrekking tot de vrijheid van arbeidskeuze verwezen naar de notitie «Grondrecht van vrijheid van arbeidskeuze» (Kamerstukken II 1985/86, 19 376, nrs. 1–2). In die notitie wordt in paragraaf 4.3.1, zoals ook in de memorie van toelichting wordt vermeld, uiteengezet dat bij de toepassing van artikel 61 van het Algemeen Rijksambtenarenreglement slechts verschillende aspecten van kwaliteitsbewaking worden gediend, te weten voorkoming van schade voor de dienstvervulling, volledige beschikbaarheid voor de functie en voorkoming van overbelasting van de ambtenaar. Vanwege deze motieven wordt, aldus de notitie, niet de vrijheid van arbeidskeuze beperkt, maar slechts de wijze van beroepsuitoefening bepaald. In de memorie van toelichting wordt vervolgens gewezen op de jurisprudentie waarin een zelfde standpunt wordt aangetroffen. De conclusie die op grond hiervan in de memorie van toelichting wordt getrokken dat met het wetsvoorstel en de ter uitvoering daarvan te geven voorschriften het recht op vrije arbeidskeuze niet wordt beperkt, is naar het oordeel van de Raad niet overtuigend. De Grondwet noch de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 19, derde lid, geeft een aanknopingspunt voor de conclusie dat het verrichten van nevenwerkzaamheden niet zou behoren tot het terrein van de vrijheid van arbeidskeuze. De Raad acht uit dien hoofde een wettelijke grondslag voor het stellen van beperkingen, zoals die ook hier wordt gelegd, vereist. De Raad beveelt aan de memorie van toelichting op dit punt aan te passen.

3. De Raad merkt op dat noch de Grondwet, noch de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 19, derde lid, een aanknopingspunt geeft voor de conclusie dat het verrichten van nevenwerkzaamheden niet zou behoren tot het terrein van de vrijheid van arbeidskeuze. Deze stelling kunnen wij in haar algemeenheid onderschrijven.

In het onderhavige voorstel van wet gaat het onder meer om het verbieden van die nevenwerkzaamheden, waardoor de goede vervulling van de functie of de goede functionering van de openbare dienst, voor zover deze in verband staat met de functievervulling, niet in redelijkheid zou zijn verzekerd. Het motief voor zo'n verbod is het in goede banen leiden van de dienstvervulling met het oog op de maatschappelijk verantwoorde beroepsuitoefening en niet bij voorbeeld een beperking van de omvang van een bepaalde beroepsgroep.

In de notitie «Grondrecht van vrijheid van arbeidskeuze» (Kamerstukken II, 1985/86, 19 376, nrs. 1–2) heeft de regering het standpunt ingenomen dat dergelijke regelingen in de regel vanwege hun motief niet als beperkingen van de vrije arbeidskeuze zullen behoeven te worden beschouwd. Indien er ook andere motieven meespelen, kan een regeling wel worden beschouwd als een beperking op de arbeidskeuze. In casu is het enige motief om een nevenwerkzaamheid te verbieden de zorg voor de goede functie-uitoefening. Wij delen daarom de conclusie van de Raad niet, dat een wettelijke grondslag voor het verbieden van bepaalde nevenwerkzaamheden in verband met het recht van vrije arbeidskeuze vereist is. Dit neemt niet weg dat het onderhavige voorstel van wet – zoals de Raad ook opmerkt – wel een wettelijke grondslag daartoe biedt. Wij hebben naar aanleiding van de opmerking van de Raad de toelichting nader aangescherpt.

4. De vrijheid tot het geven van onderwijs is neergelegd in het tweede lid van artikel 23 van de Grondwet. In de memorie van toelichting wordt de vraag besproken of artikel 23 een beperking van onderwijsactiviteiten toelaat met het oog op het voorkomen van aantasting van de goede functionering van de ambtenaar of, in verband daarmee, van de openbare dienst. De tekst van dit artikellid bevat geen in dit verband relevante beperkingsclausule. Het bedoel in de toelichting mondt uit in de conclusie dat een redelijke uitleg van de in artikel 23 van de Grondwet neergelegde vrijheid tot het geven van onderwijs meebrengt dat, indien een nevenwerkzaamheid een onderwijsactiviteit betreft, de vrijheid tot het geven van onderwijs beperkt kan worden, indien door die activiteit de goede vervulling van de functie of de goede functionering van de openbare dienst voor zover deze in verband staat met de functievervulling in redelijkheid niet meer is verzekerd.

Ter motivering van deze conclusie wordt in de toelichting onder meer verwezen naar eerdere wetgeving. De Raad acht deze motivering niet relevant, omdat de eerdere wetgeving, waarop wordt gedoeld anders dan het onderhavige voorstel, niet het recht op het geven van onderwijs betreft, maar de aanstellingsvrijheid van het bijzonder onderwijs en deze wetgeving betrekking heeft op de verhouding tussen de artikelen 1 en 23 van de Grondwet. De Raad verwijst voor wat betreft de eerdere wetgeving naar zijn adviezen van 23 oktober 1990 (Kamerstukken II 1990/91, 22 014, B) en van 28 december 1994 (Kamerstukken II 1994/95, 22 149, B).

De Raad wijst er voorts op dat de keuze van een ambtenaar om een onderwijsfunctie als nevenactiviteit te vervullen zich in beginsel niet onderscheidt van elke andere keuze van nevenwerkzaamheden. Artikel 23, tweede lid, komt pas aan de orde, als het gaat om de inhoud en vorm van het onderwijs. Een verbod van onderwijswerkzaamheden vanwege de inhoud en vorm daarvan zou op gespannen voet staan met artikel 23, tweede lid, van de Grondwet. De Raad constateert dat het voorstel van wet een ander criterium hanteert. Hij acht het noodzakelijk dat de toelichting op dit punt wordt aangepast en dat hierin ook wordt aangegeven, dat de krachtens artikel 125 van de Ambtenarenwet te geven voorschriften om vorenvermelde reden geen betrekking kunnen hebben op de inhoud en vorm van het in een eventuele nevenfunctie te geven onderwijs.

4. Met de Raad zijn wij van mening dat de in de toelichting genoemde eerdere wetgeving een andere kwestie betreft dan het recht op het geven van onderwijs. Wij hebben deze passage dan ook geschrapt. Ook zijn wij met de Raad van mening dat de keuze van een ambtenaar om een onderwijsfunctie als nevenactiviteit te vervullen zich in beginsel niet onderscheidt van elke andere keuze van nevenwerkzaamheden. Dat is ook de reden waarom wij het noodzakelijk achten ook aan deze soort nevenwerkzaamheden beperkingen te kunnen stellen.

De Raad stelt verder dat een verbod van onderwijswerkzaamheden vanwege de inhoud en vorm daarvan op gespannen voet staat met artikel 23, tweede lid, van de Grondwet, maar dat het voorstel van wet een ander criterium hanteert; hij stelt voor in de toelichting op te nemen dat voorschriften krachtens artikel 125 van de Ambtenarenwet geen betrekking kunnen hebben op de inhoud en vorm van het in een eventuele nevenfunctie te geven onderwijs.

Een nevenactiviteit kan uitsluitend worden verboden, indien de uitoefening daarvan de functievervulling door de desbetreffende ambtenaar of het functioneren van het dienstonderdeel, voor zover dit in verband staat met die

functievervulling, kan schaden. De beoordeling hiervan is afhankelijk van diverse factoren, die in onderling verband met elkaar moeten worden gezien. Bij de uitoefening van een nevenfunctie in het onderwijs geldt dat ook.

Een verbod op een nevenactiviteit in het onderwijs is gerechtvaardigd indien bij voorbeeld het gevaar bestaat dat de ambtenaar in de uitoefening van zijn functie zijn onafhankelijke opstelling verliest ten opzichte van personen die hij als docent heeft leren kennen. In dat verband kan de vraag meespelen of het onderwerp van het onderwijs relatie heeft met zijn ambt of taken. De schadelijkheid voor de uitoefening van zijn hoofdfunctie treedt echter pas op, indien deze relatie in samenhang met andere factoren met zich brengt dat een onafhankelijke opstelling niet meer gewaarborgd zal zijn. Een politie-agent die in de regio waar hij zijn functie uitoefent algebra-bijlessen geeft, zal in de regel zijn onafhankelijke opstelling ten opzichte van zijn leerlingen niet verliezen. Het onderwerp van zijn onderwijsactiviteiten ligt daarvoor te ver verwijderd van zijn werkterrein. Anderzijds is er ook geen reden om een politiefunctionaris te verbieden autorijlessen te geven, indien hij deze autorijlessen in een andere regio geeft dan waar hij dienst doet. De kans dat hij in zijn functie-uitoefening geconfronteerd wordt met (oud)leerlingen is daarvoor te gering. Betreft het echter autorijlessen in de regio waar de desbetreffende functionaris verkeers-agent is, dan is de kans op confrontatie met (oud)leerlingen in zijn functie-uitoefening hoog, terwijl de relatie van het onderwijsterrein met zijn functie-uitoefening dusdanig is dat een onafhankelijke opstelling tegenover (oud)leerlingen wellicht niet meer is gewaarborgd. Begrijpen wij de Raad goed, dan acht de Raad een verbod in een dergelijke situatie geen verbod dat betrekking heeft op de vorm en inhoud van onderwijs. Wij kunnen deze zienswijze onderschrijven en hebben de toelichting in deze zin aangepast.

5. De Raad mist in de toelichting een beschouwing over de verhouding tussen artikel 125c van de Ambtenarenwet juncto artikel 33a van het Algemeen Rijksambtenarenreglement met betrekking tot het passief kiesrecht van ambtenaren en de voorgestelde aanpassing van artikel 125, eerste lid, van de Ambtenarenwet. De Raad acht een beschouwing wenselijk, opdat geen misverstand rijst over de specifieke betekenis van artikel 125c ten opzichte van artikel 125, eerste lid, van de Ambtenarenwet in de voorgestelde vorm.

5. De door de Raad gevraagde beschouwing over de verhouding tussen artikel 125c en de voorgestelde aanpassing van artikel 125, eerste lid, van de Ambtenarenwet is toegevoegd in de memorie van toelichting onder het kopje «Beperking van grondrechten».

6. In de toelichting op artikel 125, eerste lid, onderdeel j, wordt gesteld dat in het geval van nevenwerkzaamheden zonder dat er een verband is met persoonlijke functievervulling er geen aanleiding is de ambtenaar via zijn rechtspositie een halt toe te roepen. De Raad acht dit een te beperkt criterium omdat naar zijn oordeel ook maatregelen vereist zijn in de situatie dat het aanzien van de openbare dienst of onderdelen daarvan (dreigen te) worden geschaad, zonder dat de persoonlijke dienstvervulling direct in het geding is. De Raad adviseert de toelichting op dit punt aan te passen.

6. Wij gaan er van uit dat in de door de Raad geschetste situatie dat het aanzien van de openbare dienst wordt geschaad de persoonlijke dienstvervulling van de ambtenaar, zij het wellicht indirect, wel in het geding is. Ook al is op de concrete taakvervulling van de ambtenaar niets aan te merken, dan nog geldt dat de openbare dienst schade kan lijden doordat die ambtenaar in zijn privéleven een maatschappelijk gezien afkeurenswaardig gedrag vertoont of afkeurenswaardige activiteiten ontplooit; er wordt dan toch door het publiek een verband gelegd tussen die privé-omstandigheden en het gegeven dat iemand desondanks een openbaar ambt – waarvoor onkreukbaarheid en betrouwbaarheid voorwaarden zijn – kan bekleden.

In de passage in de memorie van toelichting waarop de Raad het oog heeft is met name gedacht aan een situatie dat een ambtenaar bij voorbeeld – geheel buiten het terrein waarop hij werkzaam is – een maas in de wet heeft ontdekt en adviezen weet te geven aan het bedrijfsleven waardoor de Staat inkomsten mist. Er is dan onmiskenbaar benadeling van de openbare dienst, die echter, zolang de betrokkene geen strafbaar feit begaat, niet door maatregelen tegen betrokkene ook niet omdat hij ambtenaar is – kan worden

tegengegaan. Slechts het dichten van de maas in de wet moet de oplossing brengen. De desbetreffende passage behoeft naar onze mening geen aanvulling.

Elders in de memorie van toelichting hebben wij naar aanleiding van de opmerking van de Raad van State wel een aanvulling geplaatst.

7. In hoofdstuk Algemeen van de toelichting wordt gesproken van het opleggen van een verbod of het stellen van voorwaarden. De Raad adviseert de woorden «of het stellen van voorwaarden» niet op te nemen, omdat het wetsvoorstel niet in het stellen van voorwaarden voorziet.

7. Het advies van de Raad in dezen hebben wij opgevolgd.

8. Voor enkele redactionele kanttekeningen verwijst het college naar de bij het advies behorende bijlage.

8. De memorie van toelichting is gewijzigd overeenkomstig de gemaakte redactionele kanttekeningen met één uitzondering. De alinea waarnaar de derde kanttekening verwijst is niet gewijzigd; in de in bedoelde alinea vermelde Kamerstukken gaat het om de vaststelling dat eventuele in de ambtelijke rechtspositie voorkomende beperkingen van de vrijheid van arbeidskeuze een formeel-wettelijke basis hebben en niet om een gebod dat eventuele beperkingen een formeel-wettelijke basis dienen te hebben.

De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De Vice-President van de Raad van State,
W. Scholten*

Ik moge U mede namens de Staatssecretaris van Defensie verzoeken het hierbij gevoegde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Binnenlandse Zaken,
H. F. Dijkstal

Bijlage bij het advies van de Raad van State van 20 september 1995, no. W04.95 0187, met redactionele kanttekeningen die de Raad in overweging geeft.

- In de memorie van toelichting, onder Algemeen, «is ingevolge de Grondwet een formeel wettelijke grondslag vereist» vervangen door: is ingevolge de Grondwet in het algemeen een formeel-wettelijke grondslag vereist.
- In de memorie van toelichting, onder «*De vrijheid van arbeidskeuze*», steeds aanwijzing 219 van de Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar) in acht nemen.
- In de memorie van toelichting, onder «*De vrijheid van arbeidskeuze*», in de tweede alinea «steunen» wijzigen in: dienen te steunen.
- In de memorie van toelichting, mede gelet op aanwijzing 213 Ar, vermelden dat de Samenwerkende Centrales van Overheidspersoneel over het wetsvoorstel zijn gehoord en ermee hebben ingestemd.