



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Ambtenaren zonder Grenzen: naar een vrij verkeer van werknemers in de publieke sector

Libgott, R.

Citation

Libgott, R. (2008). Ambtenaren zonder Grenzen: naar een vrij verkeer van werknemers in de publieke sector. *Bestuurskundige Berichten*, 23(1), 14-17. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3211655>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Creative Commons CC BY-NC-ND 4.0 license](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3211655>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Ambtenaren zonder Grenzen

Naar een vrij verkeer van werknemers in de publieke sector

Door Ruben Libgott

Er wordt weleens gesteld dat de overheidssector de belangrijkste werkgever voor afgestudeerde bestuurskundigen is. Maar nu Nederland wordt opgeschrikt door de komst van vele arbeidsmigranten uit de nieuwe Europese lidstaten, moeten wij bestuurskundigen ons dan ook niet zorgen maken over onze concurrentiepositie op de publieke arbeidsmarkt?

Gelukkig, het vrij verkeer van werknemers zoals dat geldt binnen de Europese Unie is formeel niet van toepassing op functies binnen de overheid. Diverse uitspraken van het Europese Hof van Justitie hebben de afgelopen decennia echter de mogelijkheden verruimd voor EU-ingezetenen om werkzaam te zijn binnen overheidsdiensten van andere lidstaten.

Maar betekent dit dat wij binnenkort een Fransman als directeur-generaal van een ministerie, een Brit als loketbeampte, een Duitser als gemeentelijke beleids-medewerker en Polen in een ME-peloton in ons land mogen verwelkomen? In dit artikel aandacht voor de implicaties van dergelijke ontwikkelingen voor het openbaar bestuur.

Het vrij verkeer van arbeid binnen de Europese Unie (EU) behoort tot één van de vier economische vrijheden ter bevordering van een gemeenschappelijke Europese interne markt.

Dit recht voor grensoverschrijdende mobiliteit is vastgelegd in artikelen 39-42 van het verdrag voor de Europese Gemeenschap (EG). De kern wordt gevormd door art. 39, lid 2, dat stelt dat het vrij verkeer "de afschaffing [inhoudt] van elke discriminatie op grond van de nationaliteit tussen de werknemers der lidstaten, wat betreft de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden".

Oftewel, iedere onderdaan van een EU-lidstaat heeft het recht om zich vrij te verplaatsen in andere EU-lidstaten om er betaald werk aan te nemen en te verrichten, onder dezelfde voorwaarden als de onderdanen van de lidstaat waar hij of zij zich bevindt.

Maar is dit recht onbeperkt? Neen. Op een aantal gronden is het de lidstaten voorbehouden om werknemers alsnog te weigeren. Dit kan op basis van art. 39, lid 3 van het EG-verdrag indien de openbare orde, de openbare veiligheid of de volksgezondheid in het gedrang is. Maar met name art. 39, lid 4 van het EG-verdrag is opvallend. Hierin is te lezen dat het vrij verkeer voor werknemers niet van toepassing is op betrekkingen in overheidsdienst. Functies binnen de publieke sector blijven exclusief voorbehouden aan de eigen burgers van een lidstaat.

Jurisprudentie

Het Europese Hof van Justitie is zeer terughoudend geweest in de uitleg van artikel 39. In haar uitspraken heeft zij de gronden tot beperking van het vrij verkeer van arbeid zo veel mogelijk vermeden. In diverse

"Functies binnen de publieke sector blijven exclusief voorbehouden aan de eigen burgers van een lidstaat."

arresten heeft zij lidstaten in het ongelijk gesteld wanneer zij bepaalde vacatures in de publieke sector niet openstelden aan werknemers uit andere EU-lidstaten.

Een aantal overwegingen liggen hieraan ten grondslag. Ten eerste is er een definitieprobleem over wie of wat een 'werknemer' überhaupt is. Het Hof oordeelde vooropgesteld dat een 'werknemer' iedereen omvat die (i) reële en daadwerkelijke arbeid verricht (ii) onder leiding van iemand anders en (iii) tegen betaling.

In deze zin werd bepaald dat er geen onderscheid kan worden gemaakt tussen een ambtenaar of werknemer in de publieke sector en een collega in de private sector(1). Allen vallen conform art. 39 onder het begrip 'werknemer'(2).

Een volgend aspect betreft de vaststelling van het begrip 'overheid' of de publieke sector. Dijkstra & Van der Meer (2003) stellen dat er een

'blurring boundary' is ontstaan in het onderscheid tussen 'publiek' en 'privaat'. Op basis van het criterium dat wordt gehanteerd (juridisch, financieel/economisch of qua eigendomsbepaling) kan een organisatie al of niet behoren tot de publieke sector. Zo kan een organisatie een privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid hebben, maar overheidstaken uitvoeren.

In 1988 specificeerde de Europese Commissie de definitie van 'een betrekking in overheidsdienst'(3). Het gaat hier enerzijds om "specifieke functies van de staat en instanties die er gelijk mee te stellen zijn, zoals de strijdkrachten, de politie en andere ordehandhavers, de magistratuur, belastingdiensten en diplomatieke diensten" en anderzijds om "betrekkingen bij ministeries, regionale besturen en andere vergelijkbare instanties, centrale banken, als het gaat om personeel (ambtenaren en andere personeelsleden) dat werkzaamheden uitoefent voor een publiekrechtelijke instantie van de staat of een andere publiekrechtelijke rechtspersoon".

Hiermee wordt door de Commissie met name een juridische grondslag gebruikt om het concept 'overheid' te duiden. Voor het Europese Hof van Justitie is de scheiding publiek/privaat niet duidelijk te trekken. Met de eerder genoemde algemene definitie van het begrip 'werknemer', ging het Hof hier al aan voorbij.

"Voor het Europese Hof van Justitie is de scheiding publiek/privaat niet duidelijk te trekken."

In de bepaling van wat dan wel als een betrekking in overheidsdienst mag worden bestempeld, houdt het Europese Hof er een functionele interpretatie op na. Het betreft hierbij alleen betrekkingen "die een deelname, direct of indirect, aan de uitoefening van de openbare macht inhouden en die gekenmerkt worden door de bevoegdheid om verplichtingen op te leggen aan particulieren of door het omgaan met hogere belangen, zoals de interne of externe veiligheid van de staat"(4).

Er moet zodoende een onderscheid worden gemaakt tussen een tweetal overheidsfuncties: aan de ene kant functies die betrekking hebben op de uitoefening van overheidsgezag en de verantwoordelijkheid voor de bescherming van het algemeen belang van de staat, en alle overige functies anderzijds. Hiermee bepaalde het Hof in haar jurisprudentie dat niet elke betrekking binnen een ministerie kan worden uitgesloten van het vrije verkeer, dit zal per geval moeten worden getoetst. Functies binnen de publieke sector op het gebied van commerciële dienstverlening, de gezondheidszorg, openbaar onderwijs en burgerlijk onderzoek zijn daarmee opengesteld voor de Europese arbeidsmarkt, evenals administratieve en technische functies.

Bijzondere aard

Maar waarom is de publieke sector in eerste instantie vrijgesteld van het vrije verkeer van werknemers? Allereerst moet worden stilgestaan bij de bijzondere aard van de overheid. Een ambtenaar heeft toegang tot het aanwenden van de grootste machtsmiddelen. Het gaat hierbij niet alleen om het geweldsmonopolie, maar vooral om de mogelijkheid om éénzijdige, bindende beslissingen te nemen, die de samenleving direct kunnen raken (Rutgers, 2007; Dijkstra & Van der Meer, 2003)(5). Desalniettemin mogen niet alle bestuurs- en besluitvormingsfuncties bij de overheid worden voorbehouden aan de 'eigen' onderdanen. De post van een ambtenaar die beslissingen over vergunningen helpt voorbereiden moet openstaan voor onderdanen van andere EU-lidstaten(6).

Ook waar het gaat om de uitoefening van overheidsgezag en met name het geweldsmonopolie neemt het Europees Hof een opvallende positie in. Bewakers in privatedienst, die politietaken toebedeeld krijgen (ondermeer op het gebied van beveiliging en het aanhouden van personen) vallen onder het vrij verkeer van arbeid. Immers, zo stelt het Hof, zij zijn niet officieel in dienst van de overheid(7).

Studies

In 2006, tijdens het 'Jaar van de Europese Arbeidsmobiliteit', werd onder het toenmalige Oostenrijkse EU-voorzitterschap een studie gedaan naar de mogelijkheden voor Europese arbeidsmobiliteit in de publieke sector(8). Het onderzoek richtte zich met name op de juridische mogelijkheden in de lidstaten om de publieke sector open te stellen voor werknemers van alle EU-nationaliteiten. Hierin kwam ondermeer naar voren dat in de meeste landen bij wet is gespecificeerd welke functies worden voorbehouden aan de eigen onderdanen (zoals ondermeer in Bulgarije, Finland en Nederland) of dat dit van geval tot geval moet worden bepaald (zoals in Duitsland(9)).

Thans worden belemmeringen opgeworpen door overheden op het gebied van speciale examens, vereiste diploma's(10), anciënniteit en vooral ook taalvereisten.

Opvallend is het oordeel van het onderzoeksteam over Nederland. Zij stelt op basis van artikel 1 van de Grondwet, het non-discriminatie artikel, dat alle posities binnen de Nederlandse overheid open staan voor werknemers uit andere EU-lidstaten.

Dit zou dan echter strijdig zijn met artikel 3 van de Grondwet waarin is te lezen dat alle Nederlanders op gelijke voet in openbare dienst benoembaar zijn. Dit kan impliceren dat personen van andere nationaliteiten geen gelijke kansen genieten. Naast de genoemde studie uit 2006 vond er meer onderzoek plaats op het gebied van mogelijke ambtelijke Europese mobiliteit. In 2005 werd het Patent-project opgezet, een samenwerking van Italiaanse, Franse, Poolse en Britse universiteiten en scholen voor het openbaar bestuur(11).

Zij onderzochten de mogelijkheden voor het delen van kennis tussen hogere ambtenaren, het opzetten van uitwisselingsprogramma's van hogere ambtenaren tussen landen, om uiteindelijk te komen tot een vrij verkeer voor hoge ambtelijke posities.

Rekrutering

Rekrutering van personeel in het openbaar bestuur kan op allerlei manier geschieden. In Nederland of Frankrijk speelt het merit-principe bijvoorbeeld een belangrijke rol. Het gaat hierbij om de ook door Max Weber's ideaaltype vooropgestelde kwaliteit en competenties van de ambtenaar: de kennis, expertise, professionaliteit en ervaring waarover hij beschikt (Peters, 2001: 81, 86-7). Wanneer je als overheid de best gekwalificeerde mensen wilt, waarom zouden deze dan niet uit het buitenland mogen komen?

Een andere mogelijkheid voor het werven van personeel kan op basis van representativiteit. Het gaat er hierbij om dat de overheid de samenleving die zij dient reflecteert en zo democratischer wordt ('government by the people'). Mensen moeten gelijke kansen hebben om in dienst te kunnen treden en ook minderheden moeten worden vertegenwoordigd in het ambtelijk apparaat (Van der Meer & Roborgh, 1993: 37-9; Peters, 211: 89-90).

De regelgeving binnen de EU voor het vrije verkeer van personen en vestigingsmogelijkheden in andere lidstaten kan er in deze toe leiden dat overheden zich inderdaad moeten conformeren aan de mogelijke nieuwe demografische samenstelling van haar inwoners door de migratie. Representativiteit kan ook op een andere manier worden toegepast, zoals dat ondermeer in België gebeurt. Hier speelt het in evenwicht houden van belangen en machtsverhoudingen een belangrijke rol, met name voor wat betreft Vlaanderen en Wallonië en de Frans-Vlaamse taalstrijd die hieruit voortvloeit (Hondeghe, 2000: 43-5).

Naast rekrutering op basis van kwaliteit of representativiteit worden vooral hogere ambtenaren vaak politiek benoemd, bijvoorbeeld wanneer ministers 'gelijkgezinden' uit loyaliteitsafwegingen om zich heen vergaren in de ambtelijke top. Ook wil men soms de vertegenwoordiging van bepaalde politieke stromingen bevorderen.

In een extreem geval, zoals in de Verenigde Staten met het spoils-system, mag de winnaar van verkiezingen het hele ambtelijke apparaat vervangen door 'eigen' mensen (Peters, 2001: 88-9). Het vrije verkeer binnen de publieke sector zou middels politieke benoemingen kunnen worden ondermijnd.

"Een ambtenaar heeft toegang tot het aanwenden van de grootste machtsmiddelen. Het gaat hierbij niet alleen om het geweldsmonopolie, maar vooral om de mogelijkheid om éézijdige, bindende beslissingen te nemen, die de samenleving direct kunnen raken."

Naar een vrij verkeer voor ambtenaren?

Wanneer de publieke sector toch volledig wordt vrijgegeven voor de Europese arbeidsmarkt roept het vragen op. Hoe bijvoorbeeld om te gaan met taal- en cultuurverschillen? Het knaagt ook aan de soevereiniteit en misschien zelfs de nationale trots en identiteit van een land. In de recente discussie in de Tweede Kamer rond de dubbele nationaliteit van bewindslieden in het vierde kabinet-Balkenende zette men vraag-tekens bij hun loyaliteit aan de Nederlandse Staat en mogelijke loyaliteitsconflicten(12).

Dezelfde discussie zou kunnen worden gevoerd rond buitenlanders in overheidsdienst. Het afleggen van een ambtseed zou in deze een grotere rol kunnen spelen, om de integriteit en loyaliteit van personen aan 'de publieke zaak' te benadrukken en hun neutraliteit te bevestigen (Rutgers, 2007). Daarnaast doemen vragen op betreft legitimiteit. Zal een burger de autoriteit van een ambtenaar aanvaarden, indien deze een andere nationaliteit bezit ('wie ben jij dat jij over mij mag oordelen')? Ook in deze krijgt nationaliteit een symboolfunctie waar het gaat om het vertrouwen, de acceptatie en legitimiteit van de overheid (Stone, 2002; Friedland & Alford, 1991).

Maatschappelijke betrokkenheid wordt vaak genoemd als een motief om een baan in de publieke sector te ambiëren (Peters, 2001: 101-10). Het is dan echter de vraag of het openstellen van de grenzen dan wel leidt tot mobiliteit. Geldt de maatschappelijke betrokkenheid namelijk alleen voor het eigen land, of ook voor een ander land? In dit geval zou er misschien een hoger belang gelden: dat van Europa! Mobiliteit binnen de overheid wordt vaak gezien als een middel om verkoking tegen te gaan. Daartegenover plaatst men dat het leidt tot een verlies aan kennis en ervaring. Internationale mobiliteit biedt perspectieven

om kennis uit te wisselen, nieuwe beroepservaring op te doen en wederzijds begrip te creëren.

De deelnemers aan het genoemde Patent-project zien in de mobiliteit zelfs een middel om corruptie in landen tegen te gaan. Immers, een ambtenaar wordt weggehaald uit zijn oude situatie waarin corrupt handelen misschien 'gebruikelijk' was en werd versterkt door onderlinge contacten en relaties. Mobiliteit over en weer kan zodoende zelfs leiden tot leermomenten ter promotie van integriteit.

Tot slot biedt het vrije verkeer een extra dimensie voor overheden om met elkaar te concurreren. Zo is niet alleen de private sector een mogelijke concurrent, ook zullen overheden onderling met elkaar moeten strijden om goed gekwalificeerd personeel. Dit kan wel een nadeel zijn voor zwakkere overheden, indien zij minder in staat zijn goede arbeidsvoorwaarden aan te bieden ten opzichte van de andere landen.

Moeilijkheden overbruggen

Laten we wel wezen. Veel beleid wordt reeds in Brussel bedacht door tal van ambtenaren van verschillende nationaliteiten. In die zin kunnen buitenlandse ambtenaren reeds invloed uitoefenen op nationaal beleid (niet voor niets spreekt men vaak van de toenemende macht van 'Europa'). Het volledige openstellen van de grenzen voor arbeid in de publieke sector zou een nieuwe stap zijn in het Europeaniseringproces. Er kleven niet alleen strikte juridische haken en ogen aan, ook zullen moeilijkheden moeten worden overbrugd op het gebied van taal- en cultuurverschillen, ethische vraagstukken over loyaliteit en legitimiteit en natuurlijk de intenties bij de rekrutering van personeel.

Olsen (2003) gaat al een stap verder en vraagt zich af of er misschien zelfs een trend is om uiteindelijk te komen tot een gemeenschappelijk Europees ambtelijk apparaat, doordat overheden specifieke kenmerken of cultuurverschillen loslaten en komen tot een universele organisatievorm. Wanneer er een vrij verkeer voor ambtenaren zou gelden in Europa zou dit een nieuwe stap zijn om een einde te maken aan deze onderlinge bureaucratische verschillen. De ontwikkelingen in de uitleg van art. 39, lid 4 van het EG-verdrag bieden in elk geval een uitdaging voor jonge Leidse bestuurskundigen om het avontuur aan te gaan en te solliciteren naar een vacature in de publieke dienst van een andere lidstaat. Misschien mag je jezelf dan straks wel civil servant, Beamter, fonctionnaire of δημόσιος υπάλληλος noemen.

Noten:

1. Zie ondermeer het arrest van het Europese Hof van Justitie van 3 juli 1986, zaak 66/85.
2. Vergelijk de discussie over de eventuele normalisatie van de rechtspositie van overheidspersoneel, zoals besproken in de vorige editie van Bestuurskundige Berichten, jaargang 21 (3), pp.

30-31.

3. Zie hiervoor de verklaring van de Europese Commissie "Vrij verkeer van werknemers en de toegang tot overheidsbetrekkingen in de lidstaten - Optreden van de Commissie ter zake van de toepassing van artikel 48, lid 4, van het EEG-Verdrag", PB C 72 van 18.3.1988.

4. Zie het arrest 149/79, Commissie/België, 1980 en paragraaf 3.2.2 in: Europese Gemeenschap (1999), Europees Parlement - Directoraat-generaal Studies: Feiten over de Europese Unie, Luxemburg: Bureau voor Officiële Publicaties van de Europese Gemeenschappen.

5. Daarnaast moet ook rekening worden gehouden met de bijzondere rechtspositie van werknemers in de publieke dienst en de sociale regelingen die voor hen gelden.

6. Zie hoofdstuk 5 van de verklaring van de Europese Commissie: Vrij verkeer van werknemers : de voordelen en mogelijkheden volledig benutten, COM/2002/0694.

7. Zie zaak C-283/99, Commissie/Italië, 2001.

8. Zie het rapport: Human Resources Working Group (2006), Cross-border mobility of public sector workers, Wenen: Austrian Federal Chancellery.

9. Art. 1 van § 7 van de Duitse ambtenarenwet stelt dat de publieke dienst in Duitsland openstaat voor iedereen die conform de Duitse Grondwet een Duitser is of onderdaan is van een EU-lidstaat. Art. 3(2) beroept zich echter op beperkingen van art. 48, lid 4 van het oude EEG-verdrag (art. 39, lid 4 van het huidige EG-verdrag).

10. Het Franse ambtelijk statuut (Statut Général des Fonctionnaires) stelt in art. 5, lid 1 uit 1983 dat de publieke dienst alleen openstaat voor personen met de Franse nationaliteit. In 1996 en 2005 is dit artikel echter uitgebreid en is het ook voor onderdanen van EU-lidstaten mogelijk werkzaam te zijn binnen de Franse overheid, met beperking van de uitspraken door het Europese Hof van Justitie betreft de een deelname, direct of indirect, aan de uitoefening van de openbare macht. Frankrijk poogde echter middels opleidingsvereisten (bijv. het voltooien van de École Nationale d'Administration) haar overheidsapparaat voor buitenlandse invloed enigszins te beschermen. Echter, het Hof oordeelde in diverse arresten (bijv. recentelijk het arrest C-285/01) dat er in dat geval sprake is van discriminatie en dat de toegang openstaat mits diploma's elders behaald gelijk te stellen zijn.

11. Zie de website <http://www.patentproject.net>.

12. Zie De Volkskrant (2007), PVV veroorzaakt tumult bij benoeming Aboutaleb, 15 februari.

Geraadpleegde literatuur:

- Dijkstra, G.S.A. & F.M. van der Meer (2003), Disentangling blurring boundaries: the public/private dichotomy from an organisational perspective, in: Rutgers, M.R. (Ed.) (2003), Retracing public administration Research in public Administration, 7, Amsterdam: Elsevier Science/JAI Press.
- Friedland, R. & R.R. Alford (1991), Bringing Society Back In: Symbols, Practices, and Institutional Contradictions, in: Powell, W.W. & P.J. DiMaggio (eds.), The New Institutionalism in Organizational Analysis (pp. 63-82), Chicago: University of Chicago Press.
- Hondeghe, A. (2000), The National Civil Service in Belgium, in: Bekke, H.J.G.M. & F.M. van der Meer (red.) (2000), Western European civil service systems, Cheltenham/Aldershot: Edward Elgar.
- Meer, F.M. van der & L.J. Roborgh (1993), Ambtenaren in Nederland; Omvang, bureaucratie en representativiteit van het ambtelijk apparaat, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink.
- Olsen, J.P. (2003), Towards a European administrative space?, Journal of European Public Policy, 10, (4), pp. 506-531.
- Peters, B.G. (2001), The politics of Bureaucracy (fifth edition), Oxon: Routledge.
- Rutgers, M.R. (2007), Meten met twee maten. Over bijzondere integriteitsvereisten voor publieke functionarissen, paper presenteert tijdens symposium over de rechtspositie van ambtenaren door de Raad voor het Openbaar Bestuur, Den Haag, Juni 2007.
- Stone, D.A. (2002), Policy Paradox; The Art of Political Decision Making, Revised Edition, New York: W.W. Norton & Company.