

Strafvordering op zee: Enkele aspecten van opsporingsbevoegdheden tijdens maritieme rechtshandhaving.

DOOR MR. DR. DRs. P.J.J. VAN DER KRUIT¹

Commandanten krijgen steeds meer te maken met extraterritoriale strafvordering, vooral op zee. Denk hierbij aan de bestrijding van zeeroof en drugsmokkel. Hiertoe dient de commandant goed op de hoogte te zijn met het strafprocesrecht. Aangezien de krijgsmacht optreedt voor alle vier de landen van het Koninkrijk der Nederlanden, moet een commandant zich verdiepen in meerdere wetboeken van strafvordering. Deze bijdrage onderzoekt enkele aspecten van maritieme rechtshandhaving, zoals opsporingsbevoegdheid en de bevoegdheid om dwangmiddelen toe te passen door niet opsporingsambtenaren.

I. Inleiding

In de negentiende eeuw hadden marine officieren op basis van meerdere bijzondere wetten opsporingsbevoegdheden, inclusief de bevoegdheid om dwangmiddelen toe te passen. Zij konden deze bevoegdheden buiten Nederland toepassen op iedereen die verdacht werd van het plegen van bepaalde strafbare feiten.² Deze bevoegdheden werden aan het eind van de vorige eeuw uit de bijzondere wetgeving verwijderd, maar waren inmiddels geïntroduceerd in het Wetboek van Strafvordering (WvSv), met als doel meer duidelijkheid te verschaffen. Deze duidelijkheid is heden ten dage nog steeds van belang voor commandanten die zich bezig houden met bijvoorbeeld zeeroof- of drugsbestrijding.

Met opsporing wordt in dit artikel bedoeld opsporing van strafbare feiten als onderdeel van strafvordering. Bij opsporing behoren bevoegdheden om dwangmiddelen toe te passen, voor zover het volkenrecht en het interregionale recht³ dit toelaten.

Volgens het WvSv is de commandant de bevelhebber van een Nederlands oorlogsschip of een Nederlands militair luchtvaartuig.⁴ Dit zijn militairen van de Nederlandse krijgsmacht. Omdat de taken van deze krijgsmacht zich uitstrekken binnen het gehele Koninkrijk, onderzoekt dit artikel

¹ Peter van der Kruit werkt als Senior Onderzoeker bij de Nederlandse Defensie Academie (NLDA). Deze bijdrage is geschreven op persoonlijke titel.

² Wet tot vaststelling van bepalingen tegen vissen door opvarenden van vreemde vaartuigen in de territoriale wateren van het Rijk van 26 oktober 1889, *Stb.* 135. Wet ter voorkoming van aanvaringen of aandrijvingen van 11 juli 1882, *Stb.* 86. Zeeaanvaringsreglement, KB 21 november 1953, *Stb.* 531.

³ Onder interregionaal recht wordt verstaan het recht dat de onderlinge verhouding regelt tussen de landen binnen het Koninkrijk.

⁴ Artikel 136a lid 4 WvSv.

BESCHOUWING

bepalingen uit de vijf (verschillende) wetboeken van strafvordering binnen het Koninkrijk.⁵

De Wet militaire strafrechtspraak (WMS) en een rijkswet⁶ kennen ook opsporingsbevoegdheden toe aan een commandant. Hoewel al deze wetten naar elkaar verwijzen, worden het WMS en de rijkswet hier niet verder onderzocht, omdat het artikel anders te lang zou worden.

Eerst worden de opsporingsbevoegdheden van de commandant volgens het Nederlandse WvSv onderzocht, gevolgd door die uit de WvSv zoals die gelden binnen het Caribische gedeelte van het Koninkrijk. In de concluderende opmerkingen wordt vervolgens een vergelijking getroffen.

2. Opsporingsbevoegdheden volgens het Nederlandse WvSv

2.1. Op zee

Titel VIA Vierde Boek WvSv spreekt over strafvordering buiten het rechtsgebied van een rechtbank en geeft de commandant hierbij een grote rol. Deze titel is in 1967 in het WvSv ingevoegd, met als doel om een algemene regel te geven voor strafvordering buiten de rechtsgebieden van de Nederlandse rechtbanken. Hierdoor werd een eind gemaakt aan de versplintering van de extraterritoriale strafvordering en werd het wetboek voorbereid op de internationalisering van het recht.⁷

Op land loopt de grens van het rechtsgebied van een rechtbank gelijk met de landsgrens. Op zee ligt de grens van het rechtsgebied van een rechtbank bij de basislijn zoals die is vastgelegd in het VN-Zeerechtverdrag.⁸ Deze basislijn geeft de grens aan tussen de maritieme binnenwateren en de territoriale zee van Nederland. De Nederlandse territoriale zee en verder zeewaarts (op zee), inclusief de luchtkolom daarboven, valt buiten het rechtsgebied van een rechtbank, waardoor de bepalingen van Titel VIA Vierde Boek WvSv hier van kracht zijn.

Nationaal luchtruim		Internationaal luchtruim	
Grondgebied & Maritieme binnenwateren	Basislijn	Territoriale zee	Volle Zee
		Titel VIA Vierde Boek WvSv (NL)	
		Titel VI Zevende Boek WvSv (CARIB)	

⁵ Wetboek van Strafvordering van respectievelijk Nederland, Aruba, Curaçao, Sint Maarten en de BES eilanden (Bonaire, Sint Eustatius en Saba).

⁶ Zie voor de WMS, Coolen, G.L., *Militair straf- en strafprocesrecht*, vierde druk, Deventer: Kluwer 2004 en Coolen, G.L. & Walgemoed, G.F., *Militair strafrecht*, vijfde druk, Deventer: Kluwer 2008. Zie ook Rijkswet Kustwacht voor Aruba, Curaçao en Sint Maarten alsmede voor de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba, 's Gravenhage, 25 februari 2008.

⁷ Kamerstukken II 1964/65, 7979, nr. 3 (MvT), Regeling van de strafvordering buiten het rechtsgebied van een rechtbank en enige daarmee verband houdende voorzieningen.

⁸ VN-Verdrag inzake het Recht van de Zee, Montego Bay, Jamaica 10 december 1982, *Trb.* 1984, 55.

Dit impliceert dat de bevoegdheden van Titel VIA Vierde Boek WvSv toegekend worden aan officieren van de Koninklijke Marine (KM) in hun functie als commandant van een oorlogsschip en aan officieren van de krijgsmacht in hun functie van (vlucht)commandant van een Nederlands militair luchtvaartuig.

Op grond van het WvSv kunnen commandanten buiten het rechtsgebied van een rechtbank (op zee) worden belast met opsporing⁹, waarbij hun bevoegdheden worden toegekend om bepaalde dwangmiddelen toe te passen. Commandanten kunnen op twee manieren deze bevoegdheden verkrijgen volgens het WvSv.

2.2. Bevoegdheid bij bepaalde strafbare feiten

Artikel 539d WvSv stelt dat de minister van Veiligheid en Justitie in overeenstemming met de minister van Defensie alle of bepaalde commandanten kan belasten met de opsporing van bepaalde strafbare feiten, we spreken dan van een 'bevoegde commandant'.

Deze opsporingsbevoegdheid was aan alle commandanten van oorlogsschepen en militaire luchtvaartuigen toegekend¹⁰, maar is in 2004 ingetrokken omdat de regeling zijn betekenis zou hebben verloren.¹¹

Op het moment van schrijven is er geen commandant aangewezen ex artikel 539d WvSv, maar een ministeriële regeling kan hier zo weer verandering inbrengen, indien omstandigheden hiertoe nopen. Denk hierbij aan de steun die de KM op dit moment veelvuldig verleent bij maritieme rechtshandavingsoperaties rond Somalië in het kader van zeeroofbestrijding. Het misdrijf zeeroof werd ook expliciet genoemd in de aanwijzingsregeling van commandanten tot opsporingsambtenaar ex 539d WvSv.

De bevoegde commandant mag zijn opsporingsbevoegdheden alleen toepassen bij de strafbare feiten zoals deze hem zijn toegewezen. Dit zijn geen individuele strafbare feiten, maar bepaalde soorten strafbare feiten, zoals delicten op het gebied van slavenhandel, zeeroof, milieu en visserij.¹² Artikel 12 Uitvoeringswet Visserijverdrag stelt expliciet dat de commandant ex 539d WvSv is belast met de opsporing van feiten die deze wet strafbaar stelt.¹³

Een bevoegde commandant kan een gedeelte van zijn bevoegdheid opdragen aan een onder zijn bevel staand officier. De bevoegde commandant maakt zelf een proces-verbaal (PV) op indien hij gebruik heeft gemaakt van zijn opsporingsbevoegdheden. Hij doet dit zo snel mogelijk. Dit PV heeft bijzondere ofwel unieke bewijskracht, omdat een bevoegde commandant in deze gelijk gesteld is met een opsporingsambtenaar. Indien de commandant een gedeelte van zijn opsporingsbevoegdheden heeft opgedragen aan één van zijn officieren, dan maakt die zo snel mogelijk een PV op. Dat PV wordt mede ondertekend door de bevoegde commandant.

⁹ In dit artikel worden niet de opsporingsbevoegdheden van een commandant in het buitenland onderzocht, omdat dit buiten het bestek van dit artikel valt.

¹⁰ Aanwijzing van commandant tot opsporingsambtenaar van bepaalde strafbare feiten, nr. 278/268 's-Gravenhage, 5 juli 1968, *Stcrt.* 1968, 133.

¹¹ Artikel VIIIb Justitie-intrekingsregeling van 6 december 2004, nr. 5321265/04/6, *Stcrt.* 2004, 254.

¹² Artikel I Aanwijzing van commandant tot opsporingsambtenaar van bepaalde strafbare feiten.

¹³ Uitvoeringswet Visserijverdrag 1967, *Stb.* 1973, 476.

2.3. Bevoegdheid voor bepaalde dwangmiddelen

De Tweede Afdeling van Titel VIA Vierde Boek WvSv¹⁴ beschrijft de dwangmiddelen die de commandant op zee tot zijn beschikking heeft, en gebruikt de term 'toepassing van enige bijzondere dwangmiddelen'. Titel IV Eerste Boek WvSv¹⁵ beschrijft de dwangmiddelen in algemene zin (binnenland) zoals die toekomen aan opsporingsambtenaren en gebruikt de term 'enige bijzondere dwangmiddelen'. Het verschil zit hem blijkbaar in het woord 'toepassing', waardoor op het eerste gezicht de 'bijzondere dwangmiddelen' ex Titel IV Eerste Boek WvSv (binnenland) en Titel VIA Vierde Boek WvSv (op zee) het zelfde zijn. Hieronder zal worden beweerd dat deze 'bijzondere dwangmiddelen' niet exact hetzelfde zijn, soms zijn de bepalingen ex Titel VIA Vierde Boek WvSv (op zee) enger en soms ruimer dan de pendanten in Titel IV Eerste Boek WvSv (binnenland).

Waar Titel VIA Vierde Boek WvSv (op zee) afwijkende regels bevat, treden de regels zoals die vastgelegd zijn in Titel IV Eerste Boek WvSv (binnenland) terug.

2.4. Voorwaarden

De bevoegdheid tot het toepassen van bepaalde dwangmiddelen ex Tweede Afdeling Titel VIA Vierde Boek WvSv (op zee) mag alleen worden uitgeoefend onder aanwijzing van de Ovj, tenzij deze aanwijzingen niet kunnen worden afgewacht. Indien de commandant gebruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid tot het toepassen van bepaalde dwangmiddelen, dan stelt hij de Ovj zo snel mogelijk op de hoogte van wat hij heeft gedaan. Het niet tijdig rapporteren door de commandant levert een strafbaar feit op.¹⁶

De bevoegde commandant ex artikel 539d WvSv (algemene opsporingsbevoegdheid voor bepaalde strafbare feiten) mag optreden zonder de aanwijzingen van de Ovj af te wachten, ook indien er geen spoed is geboden, omdat hij optreedt als opsporingsambtenaar.¹⁷

De term 'aanwijzing' kan worden uitgelegd als dirigerend en coördinerend, waarbij moet worden gedacht aan het feit dat de commandant niet altijd bekend is met het vigerende vervolgingsbeleid van het OM. Ook houdt de Ovj toezicht op de proportionaliteit bij het toepassen van dwangmiddelen door de commandant.

De Ovj kan de commandant ook opdragen (bevelen) om een bepaald dwangmiddel toe te passen. De term 'bevelen' laat geen twijfel bestaan. Indien de commandant een bevel krijgt van de Ovj om een persoon aan te houden dan dient hij aan dit bevel te voldoen. Indien de commandant weigert om een bevel van de Ovj op te volgen, pleegt hij een strafbaar feit.¹⁸

Een PV van de commandant heeft geen bijzondere of unieke bewijskracht, met uitzondering van de commandant ex artikel 539d WvSv.¹⁹

¹⁴ Genaamd: 'Eenige rechtsplegingen van bijzonderen aard'.

¹⁵ Genaamd: 'Algemene bepalingen'.

¹⁶ Artikel 446a Sr.

¹⁷ Kamerstukken II 1964/65, 7979, nr. 3 (MvT), Regeling van de strafvordering buiten het rechtsgebied van een rechtbank en enige daarmee verband houdende voorzieningen. Anders: Borghouts, H.C.J.L., c.s., *Evaluatie toepassing militair strafprocesrecht bij uitzendingen*, Haarlem, 31 augustus 2006, p. 19.

¹⁸ Artikel 184 Sr.

¹⁹ Kamerstukken II 1964/65, 7979, nr. 3, p. 11 (MvT), Artikel 539f van de Ontwerp Regeling van de strafvordering buiten het rechtsgebied van een rechtbank en enige daarmee verband houdende voorzieningen, en nr. 10 (Tweede nota van wijziging), Regeling van de strafvordering buiten het rechtsgebied van een rechtbank en enige daarmee verband houdende voorzieningen.

2.5. Dwangmiddelen

Hierboven werd gesproken over de bevoegde commandant die algemene opsporingsbevoegdheden tot zijn beschikking heeft voor bepaalde strafbare feiten. Deze commandant heeft voor andere strafbare feiten ook de bepaalde bevoegdheden tot zijn beschikking zoals die worden beschreven in de Tweede Afdeling van Titel VIA Vierde Boek WvSv (op zee).

De dwangmiddelen van de commandant ex Titel VIA Vierde Boek WvSv (op zee) worden hieronder opgesomd. De afwijking met de dwangmiddelen zoals die gelden binnen Nederland voor opsporingsambtenaren wordt summier aangegeven.

- Verzamelen inlichtingen en bewijzen (art.539c WvSv).
- Staande houden (art.539g WvSv).
- Aanhouden

Deze bevoegdheid biedt de mogelijkheid voor de commandant om, buiten heterdaad, een verdachte van elk misdrijf aan te houden (art.539h WvSv). Deze bevoegdheid is ruimer dan die binnen Nederland, omdat daar de bevoegdheid niet voor elk misdrijf geldt.

- Verhoren (art.539j WvSv).
- Ophouden voor verhoor (art.539k WvSv).
- Onderzoek aan lichaam of kleding (art.539o WvSv).
- Inbeslagneming (art.539p WvSv)

Bij afwezigheid van een opsporingsambtenaar mag de commandant, bij heterdaad, overgaan tot inbeslagneming van alle daarvoor vatbare voorwerpen, dus niet alleen de voorwerpen die een verdachte 'met zich voert', zoals artikel 95 WvSv stelt.

- Toegang tot plaatsen en woongedeelten (art. 539s WvSv)

Ter aanhouding van de verdachte of ter inbeslagneming van voorwerpen mag de commandant alle plaatsen betreden, inclusief woongedeelten. Hiervoor is geen toestemming nodig. Binnen Nederland is wel toestemming van de bevoegde autoriteit vereist om een woning te betreden.

3. Caribische gedeelte van het Koninkrijk

3.1. Inleiding

In het Caribische gedeelte van het Koninkrijk gelden vier wetboeken van strafvordering. Curaçao, Sint Maarten en de BES eilanden hebben elk een Openbaar Ministerie (OM) en een Parket in Eerste Aanleg, maar een gezamenlijke Procureur Generaal (PG). Aruba heeft een eigen PG, OM en Parket in Eerste Aanleg.

Naast deze vier wetboeken van strafvordering kent de Rijkswet Kustwacht²⁰ ook bevoegdheden toe aan de commandant van een oorlogsschip of van een militair luchtvaartuig, indien deze taken uitvoert voor de Kustwacht in het Caribisch Gebied. Deze bevoegdheden verschillen significant van de bevoegdheden volgens het WvSv, maar worden hier verder niet beschreven.

3.2. Op zee

De vier wetboeken van strafvordering die in het Caribische gedeelte van het Koninkrijk van kracht zijn bevatten bepalingen die niet overeenkomen met de bepalingen uit het Nederlandse

²⁰ Supra noot 6.

WvSv. Met de term ‘de commandant’ wordt in deze vier wetboeken van strafvordering ook de commandant van een oorlogsschip of van een militair luchtvaartuig bedoeld, maar de uitdrukking ‘buiten het rechtsgebied van een land’ verschilt duidelijk van de uitdrukking ‘buiten het rechtsgebied van een rechtbank’ zoals die voorkomt in het Nederlandse WvSv.

Het rechtsgebied van een land kan worden uitgelegd als het territoire, ofwel het grondgebied samen met de territoriale zee die bij een land hoort, inclusief de luchtkolom daarboven.

Het verschil tussen de term ‘buiten het rechtsgebied van een land’ en de term ‘buiten het rechtsgebied van een rechtbank’ is, naar de mening van de auteur, dan ook de territoriale zee van een land, inclusief de luchtkolom erboven.

Op basis van Titel VIA Vierde Boek van het Nederlandse WvSv heeft de commandant bepaalde bevoegdheden in de Nederlandse territoriale zee en verder zeewaarts, maar in het Caribische gedeelte van het Koninkrijk heeft de commandant op grond van een aldaar geldend WvSv geen bevoegdheid in een territoriale zee van een land van het Koninkrijk. Daar mogen bepaalde dwangmiddelen door de commandant pas worden toegepast vanaf de territoriale zee en zo verder zeewaarts (zie ook de figuur hiervoor).

De bevoegdheden tot het toepassen van bepaalde dwangmiddelen en de dwangmiddelen zelf verschillen niet opvallend in de respectieve wetboeken van strafvordering. Daarom wordt er hier niet verder op ingegaan.

4. Enkele concluderende opmerkingen

In 1967 is er een speciale titel ingevoegd in het WvSv met als doel om een algemene regel te krijgen voor extraterritoriale strafvordering. In deze titel wordt aan de commandant de bevoegdheid toegekend om bepaalde dwangmaatregelen toe te passen. Dit zijn algemene opsporingsbevoegdheden voor bepaalde strafbare feiten of bepaalde opsporingsbevoegdheden voor alle strafbare feiten.

De voorwaarden voor de bevoegdheid tot het toepassen van dwangmiddelen zijn niet altijd het zelfde, terwijl binnen het Koninkrijk de gebieden voor het toepassen van dwangmiddelen onderling significant verschillen. Van belang voor de commandant is om te weten voor welk land van het Koninkrijk hij zijn opsporingsbevoegdheden toepast, ofwel welk OM de leiding heeft bij het opsporingsonderzoek.

De commandant dient zijn keuzes te maken op basis van zijn kennis op het gebied van opsporing en dwangmiddelen. In 2006 stelde Borghouts dat de kennis van de commandant van het strafprocesrecht niet altijd in voldoende mate aanwezig is.²¹ Tijdens de officiersopleidingen bij de Nederlandse Defensie Academie (NLDA) wordt hier aandacht aan besteed, maar niet voor alle officieren.

In de negentiende eeuw, toen marine officieren op basis van meerdere bijzondere wetten verschillende opsporingsbevoegdheden hadden, bleek de praktijk niet altijd even duidelijk. Het is de vraag of de huidige praktijk begrijpelijker is geworden voor de commandant.

²¹ Borghouts, H.C.J.L., c.s., *Evaluatie toepassing militair strafprocesrecht bij uitzendingen*, Haarlem, 31 augustus 2006, p. 55. Zie ook aanbeveling 13 in Hoofdstuk 4 van dit rapport.

Ontwikkelingen in de militaire rechtspositie: het Flexibel Personeelssysteem in vogelvlucht

DOOR MR. G.J. TUMMERS¹

Inleiding

Historische momenten zijn er in soorten en maten. Sommige zijn erg klein, maar daardoor niet per definitie onbeduidend. Met aanvang van 1 januari 2008 werd de aanstelling van alle militairen, die voor onbepaalde tijd waren aangesteld bij hun krijgsmachtdeel, van rechtswege omgezet naar een aanstelling bij (het beroeps- of reservepersoneel van) de krijgsmacht. Militairen die voor een bepaalde tijd waren aangesteld bij hun krijgsmachtdeel, gingen (in die hoedanigheid) tot een uitstervende soort behoren.

Het begin van 2008 markeert het begin van een belangrijke gefaseerde structuurwijziging van de militaire rechtspositie. Deze structuurwijziging hangt voor een groot deel samen met de introductie van het Flexibel Personeelssysteem (FPS), maar kan niet geheel los worden gezien van het gelijktijdig in bredere zin herformuleren van de rechtsverhouding tussen de staat en zijn militaire onderdanen.

Met deze bijdrage wil ik u in een notendop inzicht verschaffen in de belangrijkste juridische aspecten die samengaan met de introductie van het FPS en de gevolgen die dat heeft voor de militaire rechtspositie². Daartoe zal ik achtereenvolgens ingaan op enkele basiskennmerken van de structuur van de militaire rechtspositie vóór 1 januari 2008. Tevens zal ik ingaan op de redenen die hebben geleid tot het herformuleren van de rechtsverhouding met militaire ambtenaren en de introductie van het FPS. Ik besluit met de uitgangspunten die bij het FPS worden gehanteerd.

Globale structuur van de militaire rechtspositie vóór 1 januari 2008

Om in te kunnen gaan op de wijzigingen die het FPS in de militaire rechtspositie brengt, is het noodzakelijk om op hoofdlijnen in te gaan op de structuur die de militaire rechtspositie vóór 1 januari 2008 kende.

Die structuur werd hoofdzakelijk beheerst door de gedachten achter de personeelsbeleidsbrief van 4 november 1986³, waarin de toenmalige staatssecretaris van Defensie zich verplichtte om 'van confectie naar maatwerk' te gaan. Het beleid moest sterker op het individu worden gericht: de juiste man/vrouw moest op de juiste plaats komen. Het individu werd in hoge mate verantwoordelijk gemaakt voor de loopbaan (!), hetgeen onder meer tot uitdrukking kwam in een gewijzigde systematiek voor functietoewijzing (meer betrokkenheid militair vs. kennis- en ervaringseisen) en een gewijzigd bevorderingsbeleid (rang volgt functie in plaats van blokbevordering). Het voorgaande werd neergelegd in een belangrijke wijziging van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR)⁴, waarmee de

¹ Geert Tummers is sectiehoofd bezwaar en beroep bij het DienstenCentrum Juridische Dienstverlening (JDV).

² Voor de volledigheid zij opgemerkt dat het FPS alleen op militairen betrekking heeft. Voor geestelijke verzorgers geldt dat delen van het FPS van toepassing zijn. Thans wordt nog bezien of er in de toekomst aspecten van het FPS tevens zullen worden toegepast op andere (burger) ambtenaren van de sector Defensie.

³ Tweede Kamer, vergaderjaar 1986-1987, 19227, nr. 11.

⁴ Besluit van 28 augustus 1989, Stb. 1989, 386.

BESCHOUWING

hoofdstructuur van de militaire rechtspositie, zoals die tot 1 januari 2008, gold kwam vast te staan.

Het voert te ver om in het kader van deze bijdrage alle facetten van de militaire rechtspositie te bespreken. Zo blijven belangrijke onderwerpen als functietoewijzing en bevordering onbesproken. Omwille van de leesbaarheid beperk ik mij tot een aantal FPS-gerelateerde ijkpunten, voor zover deze relevant zijn voor de rechtsverhouding tussen de militaire ambtenaar en het Ministerie van Defensie:

- de aanstelling
- de aan de aanstelling verbonden verplichting
- de bestemming
- de opleiding
- het ontslag
- enkele bijzondere verplichtingen

Bij het bespreken van deze ijkpunten ga ik uit van de stand van zaken op 31 december 2007. Ook de gebruikte artikelnummers verwijzen naar de bepalingen, zoals die vóór 1 januari 2008 luiden.

De aanstelling

De ambtelijke rechtsverhouding vangt ook bij militairen aan met een aanstelling in openbare dienst. Artikel 1, eerste lid, van de Militaire Ambtenarenwet 1931 (MAW1931) omschreef militaire ambtenaren als 'zij die zijn aangesteld in militaire openbare dienst om bij de landmacht, de zeemacht of de luchtmacht werkzaam te zijn'. In het tweede lid werden ook militairen die deel uitmaken van het reservepersoneel van de reeds genoemde krijgsmachtdelen onder het begrip 'militair ambtenaar' geschaard. De Wet voor het reservepersoneel der krijgsmacht regelde vervolgens de bijzondere rechtsverhouding tussen de staat en militairen die bij het reservepersoneel zijn aangesteld.

De militair was dus aangesteld bij een krijgsmachtdeel. Volledigheidshalve zij vermeld dat de sinds 1998 bestaande status van de Koninklijke Marechaussee als apart krijgsmachtdeel in deze wet niet tot uitdrukking kwam. Militairen van de Koninklijke Marechaussee waren formeel aangesteld bij de Koninklijke Landmacht en ingedeeld bij het wapen der Koninklijke Marechaussee.

De militair die over wilde gaan van het ene naar het andere krijgsmachtdeel, moest door deze constellatie in vroeger tijden ontslagen en opnieuw aangesteld worden. Sinds 1 januari 1990 was het evenwel mogelijk om over te gaan van het ene krijgsmachtdeel door (slechts) het aanstellingsbesluit te wijzigen⁵.

In artikel 4 van het AMAR waren nadere regels gesteld over de aanstelling, waaronder een aantal varianten:

1. de aanstelling bij het beroepspersoneel (van de zee-, land-, of luchtmacht) voor onbepaalde tijd (BOT) of voor een bepaalde tijd (BBT);
2. de aanstelling bij het reservepersoneel (van de zee-, land-, of luchtmacht) voor onbepaalde tijd (ROT) of voor een bepaalde tijd (RBT)⁶.

⁵Verwezen zij naar het toenmalige artikel 20 AMAR (wijzigen van bestemming) zoals dat werd gewijzigd bij besluit van 28 augustus 1989, Stb 1989, 386.

⁶De vorm van de dienst- en de reserveplichtige (beiden niet aangesteld) laat ik hier om praktische redenen onbesproken.

Artikel 6 AMAR maakte het mogelijk om de duur van een aanstelling voor een bepaalde tijd te wijzigen. Dat kon met instemming van de militair.

Met het voorgaande zijn niet alle varianten van de militaire aanstelling genoemd. Op grond van artikel 11 van het AMAR was (en is) het mogelijk om een militair tijdelijk (voor de duur van een functievervulling) aan te stellen bij het beroepspersoneel. Na ontheffing uit de functie, eindigt deze aanstelling van rechtswege⁷.

Bij het verlenen van een aanstelling werden leeftijdscriteria gesteld. Deze waren beleidsmatig vastgelegd. In de op 1 juni 2004 van kracht geworden Beleidsregel aanstelling, functietoewijzing en bevordering defensiepersoneel, die in de plaats trad van krijgsmachtdeelbeleid omtrent aanstelling, werd gewag gemaakt van de aspirant-militair ambtenaar. De aspirant-militair ambtenaar is gepresenteerd als een soort tussenvorm, waarbij de betrokken aspirant geen functie mag worden toegewezen en niet op enigerlei wijze, laat staan gewapend, mag worden ingezet. De aspirant werd pas volwaardig militair ambtenaar bij het bereiken van de leeftijd van 18 jaar, waarmee de ondergrens van een aanstelling als militair ambtenaar is gededd.

Ten aanzien van een maximum-leeftijd voor aanstelling gold het volgende. BBT'ers moesten hun aanstellingsduur hebben volbracht vóór hun 35^e; voor vliegers, (tand-)artsen, apothekers en klinisch psychologen moest de aanstellingsduur voor het 40^e levensjaar zijn volbracht. Hierbij moet worden opgemerkt dat de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGGL), in werking getreden op 1 mei 2004, verbiedt om bij de arbeid onderscheid te maken naar leeftijd, tenzij het onderscheid objectief kan worden gerechtvaardigd door een legitiem doel. Formeel gezien deed die objectieve rechtvaardiging er vóór 1 januari 2008 niet toe omdat Defensie gebruik maakte van een overgangsbepaling in de WGGL (artikel 17) die bepaalt dat het verbod op onderscheid naar leeftijd tot uiterlijk 1 januari 2008 niet van toepassing is op militaire ambtenaren. Hierop kom ik nog terug.

Ten aanzien van het verbinden van een proeftijd aan de aanstelling is vermeldenswaard dat artikel 9 AMAR in een discretionaire bevoegdheid hiertoe voorzag. De proeftijd kon volgens het AMAR ten hoogste 12 kalendermaanden zijn. Beleidsmatig waren deze 12 kalendermaanden echter teruggebracht naar 6 kalendermaanden; deze proeftijd kon evenwel onder voorwaarden worden verlengd of achterwege gelaten.

De aan de aanstelling verbonden verplichting

Aan een aanstelling als militair ambtenaar was (en is) de verplichting verbonden om gedurende een nader te bepalen termijn deel uit te maken van het beroeps- of het reservepersoneel. Militairen op wie deze verplichting rust, zijn niet vrij om desgewenst ontslag te nemen. Een ontslaanvraag kon, getuige het toenmalige artikel 42 eerste lid onder d van het AMAR, worden afgewezen.

De aan de aanstelling verbonden verplichting, ook wel de dienverplichting genoemd, vond vóór 1 januari 2008 geen directe grondslag in een formele wet, maar een indirecte, te weten via artikel 7 van het AMAR. Deze bepaling werd uitgewerkt in -en dat is met het oog op de

⁷ Deze aanstellingsvorm wordt wel eens gebruikt om iemand tijdelijk te 'militariseren'. Zie hieromtrent het bepaalde in Aanwijzing CDS A-148.

BESCHOUWING

ordering van regelgeving enigszins merkwaardig- beleidsregels op krijgsmachtdeelniveau. Sinds 2004 zijn de bepalingen terzake gebundeld in de eerder genoemde Beleidsregel aanstelling, functietoewijzing en bevordering defensie. De uit de aanstelling voortvloeiende dienverplichting zag er schematisch als volgt uit:

	BOT	BBT	ROT/ RBT
Omvang dienverplichting	gedurende de initiële opleiding en aansluitend minimaal 5 doch maximaal 7 jaar	voor de duur van de aanstelling, minimaal 2,5 jaar	een bij aanstelling bepaalde periode, doch uiterlijk tot de leeftijd van 45 jaar
	vliegers: gedurende de initiële opleiding en aansluitend 10 jaar	tot het bereiken van de leeftijd van 45 jaar deel uitmaken van het reservepersoneel.	
	tot het bereiken van de leeftijd van 45 jaar deel uit te maken van het reservepersoneel.		

Daarnaast bestond de mogelijkheid de militair een extra verplichting op te leggen in verband met een opleidingsinspanning in het kader van een vervolgopleiding als bedoeld in de toenmalige artikelen 14 en 15 AMAR en de daarop gebaseerde Regeling opleidingen militairen. De uit een aanvullende opleidingsinspanning voortvloeiende dienverplichting gold voor zowel BBT'ers als BOT'ers en zag er als volgt uit:

- maximaal 5 jaar bij omscholing / bijscholing - niet bij loopbaanopleidingen
- twee maal de duur van een opleiding waarvoor men volledig is vrijgesteld
- twee maal het aantal dagen dat de opleiding werd gevolgd, indien men niet volledig was vrijgesteld.

De bestemming

Bij de aanstelling wordt de militair bestemd voor een bepaalde functie of -meestal- voor een groep van functies. Bij een groep van functies moet worden gedacht aan functies binnen wapens, dienstvakken, (sub-)dienstgroepen, vakgroepen, korpsen en gelijksoortige aanduidingen (elk krijgsmachtdeel kent zijn eigen folklore).

Ingevolge het toenmalige artikel 20 van het AMAR was het mogelijk om bestemd te worden voor een andere functie of groep van functies. Een dergelijke herbestemming leidt tot een wijziging van de aanstelling. Verder is van belang dat een gedwongen herbestemming bij een ander krijgsmachtdeel slechts mogelijk is indien de militair daarmee instemt.

Opleiding

De rechtspositionele grondslagen voor de opleidingen waarvoor de militair kon worden aangewezen, kunnen als volgt worden geschetst.

- de initiële opleiding (artikel 13 AMAR). In deze opleiding wordt de militair opgeleid tot militair en als zodanig klaargestoomd voor het vervullen van de eerste functie(s).
- de bijscholingsopleiding (artikel 14 AMAR). Deze opleidingsgrondslag is primair bedoeld voor de ontwikkeling van de militair, voor zover deze niet is te vatten onder initiële opleiding of omscholingsopleiding.
- de omscholingsopleiding (artikel 15 AMAR). Door het volgen van een dergelijke opleiding wordt de militair geschikt gemaakt voor een andere functie (of groep van functies) dan die waarvoor hij is bestemd.
- voor BOT-militairen bestond een aanspraak op studiefaciliteiten in het kader van de interne werkzekerheid (artikel 17b AMAR). Afhankelijk van de mate van relevantie voor de dienst, kon de BOT-militair in aanmerking komen voor een tegemoetkoming in of vergoeding van de op eigen rekening gemaakte kosten voor een opleiding.
- eveneens bestond voor BOT-militairen een aanspraak op studiefaciliteiten in het kader van de externe werkzekerheid (artikel 17c AMAR). Voorwaarde was dat er tijdens de dienst opgelopen scholingsachterstand mee moest worden ingelopen.
- voor BBT-militairen was er de Premiereregeling en aanvullende voorzieningen beroepsmilitairen van de krijgsmacht. Op deze algemene maatregel van bestuur was onder meer de Regeling cursusfaciliteiten en studietoelagen gebaseerd. Deze regelgeving bood eveneens aan BBT-militairen studiefaciliteiten die gericht waren op de externe werkzekerheid. De achtergrond hiervan was de gevoelde maatschappelijke plicht om de herinstroom van deze militairen op de arbeidsmarkt te vergemakkelijken.

Het ontslag

Met het verlenen van ontslag, al dan niet op aanvraag, eindigt de rechtsverhouding tussen de staat en de militaire ambtenaar. In zoverre behoeft ontslag hier geen uitgebreide bespreking. Slechts twee (op zich los van elkaar staande) aspecten kunnen in het kader van deze bijdrage niet onvermeld blijven:

1. op grond van het toenmalige artikel 39, tweede lid, onderdeel b van het AMAR kon de BBT'er worden ontslagen 'ter zake van het eindigen van de tijd waarvoor de aanstelling is geschied'.
2. Een ontslag op aanvraag kon, net als nu, gehonoreerd worden. In het toenmalige artikel 42 van het AMAR stonden de omstandigheden⁸ opgesomd waaronder een ontslag op aanvraag kon worden afgewezen.

⁸ Bijvoorbeeld in geval van buitengewone omstandigheden of een nog steeds geldende dienverplichting.

Een andere rechtsverhouding met militaire ambtenaren na 1 januari 2008

De wettelijke basis voor de rechtsverhouding tussen het Ministerie van Defensie en militaire ambtenaren wordt gevormd door de MAWI931. Op 1 januari 2008 trad een belangrijke wijziging van deze wet in werking⁹.

Het doel van deze wijziging is het opnieuw formuleren en vastleggen van de specifieke aspecten van de rechtsverhouding tussen de staat en de militaire ambtenaren, tegen de achtergrond van het waarborgen van een goede uitvoering van de grondwettelijke taken van de krijgsmacht¹⁰. De inhoud van de wijziging bestreekt een reeks onderwerpen¹¹. Gelet op de aard van deze bijdrage zal ik mij beperken tot het FPS en de daaraan deels te relateren dienverplichting.

In 2000¹², maar ook al daarvoor, constateerde men dat de personeelsopbouw van Defensie niet ideaal was (grafisch weergegeven niet piramidaal maar uivormig). De ontstane onevenwichtigheden werden toegeschreven aan de combinatie van levenslange loopbaanpatronen en de in de jaren 90 ontplooidde initiatieven in het kader van herstructurering en verkleining van de krijgsmacht. Men achtte deze niet aansluiten op de eisen die aan 'een moderne, flexibele, snel inzetbare en professionele krijgsmacht' worden gesteld, omdat vergrijzing werd verwacht. Men ging streven naar een verjonging van het personeelsbestand.

Met de personeelsbrief¹³ die op 21 september 2004 naar de Tweede Kamer werd gestuurd, werden de contouren voor een, reeds in 2003 aangekondigd, nieuw personeelsstelsel uitgewerkt waarmee een dergelijke verjonging kon worden bereikt. Het zou niet langer vanzelfsprekend dat militairen 'life time employed' zouden zijn bij Defensie.

De rijping van het FPS duurde hierna nog enkele jaren, maar uiteindelijk kwamen de beleidsmatige uitgangspunten vast te staan. Enerzijds wordt beoogd om een evenwichtige opbouw van het personeelsbestand te bewerkstelligen; anderzijds wordt talentontwikkeling van het personeel nagestreefd (een ambitie die lijkt op die van het vroegere 'van confectie naar maatwerk'-beleid).

De ondersteuning van dit beleid, alsmede genoemde wijziging van de MAWI931 noopte tot een ingrijpende wijziging van onderliggende algemene maatregelen van bestuur. Deze wijzigingen konden, als gevolg van de nog niet geheel afgeronde beleidsvoorbereiding van het FPS, niet gelijktijdig tot stand komen, hetgeen in de afgelopen drie jaar tot de nodige rechtspositionele en daardoor praktische onduidelijkheden heeft geleid.

Met het Besluit van 11 december 2007¹⁴ werd, zij het rudimentair, een basis in het AMAR gelegd voor het FPS. Daarbij werd vooral beoogd een grondslag te bieden voor

⁹ Stb. 2007, 480.

¹⁰ Memorie van toelichting bij wetsvoorstel 30674, Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-2006, 30674, nr. 3.

¹¹ Het FPS, de inrichting van de militaire gezondheidszorg, de mogelijkheid tot het voeren van collectieve acties, de verplichtingen tot het verrichten van bepaalde werkzaamheden, de dienverplichting, verplichtingen van het reservepersoneel (onder intrekking van de Wet voor het reservepersoneel der krijgsmacht) alsmede de verplichting zich te onderwerpen aan een onderzoek van adem of urine.

¹² Defensienota 2000, Tweede Kamer, vergaderjaar 1999-2000, 26 900, nrs. 1-2.

¹³ Tweede Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 29800 X, nr. 5.

¹⁴ Stb. 2007, 576.

het vanaf 1 januari 2008 aanstellen van nieuw personeel onder het regime van het FPS. De Premiereregeling en aanvullende voorzieningen beroepsmilitairen van de krijgsmacht, die door de introductie van het FPS overbodig was geworden, werd gelijktijdig ingetrokken. In overgangsrecht werd voorzien; daarover later meer.

Met het besluit van 24 januari 2011¹⁵ werd de rechtspositionele borging van het FPS op het niveau van algemene maatregel van bestuur volledig gemaakt. Het AMAR is daartoe ingrijpend geherstructureerd. Waar voorheen aparte hoofdstukken waren opgenomen over opleidingen, functietoewijzing en bevordering, is nu vanwege de onderlinge samenhang van deze onderwerpen gekozen voor een hoofdstuk waarin zowel opleidingen, functietoewijzing en bevordering alsmede loopbaanbegeleiding is opgenomen. Onder het laatste onderwerp vallen ook de voorschriften over functioneringsgesprekken en beoordelingen, die eerst in hoofdstuk 11b van het AMAR waren geregeld. Tevens werd een nieuw hoofdstuk geïntroduceerd waarin de doorstroom van de militair naar fase 3 wordt geregeld.

Tevens is de gelegenheid gebruikt voor een grondige herschikking van lagere regelgeving die in het verleden ter uitwerking van het AMAR is vastgesteld. Dat moet resulteren in een Uitvoeringsregeling AMAR (URAMAR), waarin per AMAR-hoofdstuk de van toepassing zijnde uitvoeringsbepalingen zijn gebundeld. In de toekomstige URAMAR wordt gekozen voor een artikelnummering, waarmee is te zien bij welk AMAR-hoofdstuk de bewuste bepaling hoort. Tevens vergemakkelijkt dit het toekomstig invoegen van nieuwe bepalingen.

De URAMAR is er in formele zin nog niet omdat over deze ministeriële regeling, op het moment van publiceren van deze bijdrage, nog geen overeenstemming bestaat met de centrales van overheidspersoneel. Indien in deze bijdrage aan de URAMAR wordt gerefereerd, wordt vooralsnog bedoeld op de 'voorlopige voorziening' URAMAR, die vanaf 1 februari 2011 met informeel goedvinden van de eerder genoemde centrales wordt toegepast.

Aldus ontstaat het volgende beeld.

De aanstelling

De eerder genoemde wijziging van de MAW1931 bracht een fundamentele verandering met zich mee. Artikel 1 van de MAW1931 omschrijft militaire ambtenaren als zij, die zijn aangesteld bij het beroepspersoneel van de krijgsmacht of bij het reservepersoneel¹⁶ van de krijgsmacht om in militaire openbare dienst werkzaam te zijn. Militairen zijn daarmee vanaf 1 januari 2008 dus aangesteld bij het beroeps- of reservepersoneel van de krijgsmacht en niet meer –zoals voorheen– bij een krijgsmachtdeel.

Het gewijzigde eerste artikel van de MAW1931 noopt tot aanpassing van het al eerder genoemde artikel 4 van het AMAR. De varianten van de aanstelling vanaf 1 januari 2008 zijn:

- bij het beroepspersoneel
- bij het reservepersoneel

¹⁵ Stb. 2011, 21.

¹⁶ De Wet voor het reservepersoneel van de krijgsmacht werd op 1 januari 2008 ingetrokken.

BESCHOUWING

De tijdelijke aanstelling op grond van artikel 11 AMAR is ongewijzigd gebleven. Het fenomeen BOT en BBT verdween dus. Gelijktijdig werden in de rechtspositie loopbaanfasen geïntroduceerd. Deze loopbaanfasen zijn als volgt te schetsen:

- fase 1: de periode waarin op de militair een dienverplichting rust;
- fase 2: de periode tussen het einde van de dienverplichting en de doorstroom naar fase 3 dan wel de uitstroom;
- fase 3: de periode na een doorstroombesluit waarbij is bepaald dat de loopbaan bij Defensie wordt voortgezet.

De fases 1 en 2 kunnen grofmazig (maar niet geheel) worden vergeleken met de oude BBT-situatie. De BBT-aanstelling was naar zijn aard tijdelijk, al kon deze aanstelling worden verlengd (toenmalig artikel 6 AMAR) of omgezet naar een BOT-aanstelling. Tijdens de fases 1 en 2 staat nog niet vast of iemand 'life time employed' zal zijn bij het Ministerie van Defensie. Hoewel sommigen op enig moment zullen doorstromen naar fase 3 teneinde het hogere segment van de organisatie te vullen, zal het verblijf binnen Defensie voor de meesten echter tijdelijk van aard zijn. Het voert echter te ver om de fases 1 en 2 te vergelijken met een aanstelling in tijdelijke dienst. Fase 3 is te vergelijken met de oude BOT-situatie, temeer nu deze fase, indien niet tussentijds op enige grond ontslag wordt verleend, eindigt met het functioneel leeftijdsontslag.

Eerder in deze bijdrage werd melding gemaakt van artikel 17 van de WGBL, waarin stond vermeld dat het in die wet neergelegde verbod van onderscheid 'niet van toepassing is ten aanzien van militaire ambtenaren als bedoeld in artikel 1 van de MAWI931 tot 1 januari 2008, of tot een eerdere datum waarop in de MAWI931 een regeling is getroffen ten aanzien van het gebruik van leeftijds grenzen binnen de krijgsmacht betreffende aanstelling, functietoewijzing, aanwijzing voor een opleiding en ontslag'. Voor de uitgebreide ratio achter deze bepaling zij korthedshalve verwezen naar de brief d.d. 5 september 2003 die toenmalig minister Kamp hierover aan de Tweede Kamer zond¹⁷. Met de bepaling kreeg de krijgsmacht een aantal jaren respijt om zich aan te passen aan de WGBL. De wetgever wilde daarmee enerzijds vermijden dat de krijgsmacht anders behandeld zou worden dan andere sectoren en anderzijds de operationele gereedheid en de slagkracht van de krijgsmacht waarborgen. Bij de parlementaire behandeling werd tevens aangegeven dat, waar onderscheid naar leeftijd in de toekomst zou worden toegepast, dit onderscheid zou aansluiten bij de normering en de daarbij gehanteerde criteria over objectieve rechtvaardiging zoals dat ook voor andere sectoren geldt. In dit geval zou een en ander in de MAWI931 moeten worden neergelegd.

De wetgever hield woord. Met het verstrijken van het jaar 2007, verstreek eveneens de werking van artikel 17 van de WGBL¹⁸. Tegelijkertijd werd in de MAWI931 voorzien in een wettelijke basis voor het stellen van leeftijds grenzen ten aanzien van in- door- en

¹⁷ Tweede Kamer, vergaderjaar 2002-2003, 28170, nr. 19.

¹⁸ Voor de volledigheid zij vermeld dat Nederland er niet voor heeft gekozen de strijdkrachten uit te zonderen van de onderliggende Europese Richtlijn 2000/78/EG.

uitstroom, dus ook voor een militaire aanstelling. Deze wettelijke basis is het vanaf 1 januari 2008 geldende artikel 12quinquies van de MAWI931. Deze bepaling kan worden gekenschetst als een kernbepaling van het Flexibel Personeelssysteem, omdat daarmee de in-, door- en uitstroom kan worden gereguleerd.

Ondanks het feit dat het te maken leeftijdsonderscheid een wettelijke basis heeft gekregen in de MAWI931, moet het onderscheid, gelet op het voorgaande, eveneens worden gedragen door de WGBL.

De WGBL laat onderscheid op grond van leeftijd toe wanneer dit objectief is gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Hoewel de doelstellingen van het Flexibel Personeelssysteem breder zijn dan slechts het bereiken en handhaven van een evenwichtige opbouw van het personeelsbestand, heeft de Centrale Raad van Beroep¹⁹ in het verleden geoordeeld dat in een evenwichtige – piramidale – opbouw van het personeelsbestand naar rang en leeftijd een groot organisatiebelang besloten ligt. Daarin is een redelijke en te objectiveren rechtvaardigingsgrond gelegen om onderscheid naar leeftijd te maken.

In de paragraaf over doorstroom wordt hierop nog nader teruggekomen. Voor deze paragraaf volstaat de constatering dat er, in beginsel, leeftijdsgrenzen mogen worden gesteld.

Voor het aanleggen van een minimale leeftijdseis bij het verlenen van een aanstelling als militair ambtenaar, bestaat sinds 1 mei 2009 een wettelijke basis in de vorm van het nieuwe artikel 1a van de MAWI931. Hiermee is uitvoering gegeven aan het Facultatief Protocol bij het Verdrag inzake de rechten van het kind inzake de betrokkenheid van kinderen bij gewapende conflicten.²⁰ Goed beschouwd is met deze nieuwe bepaling het reeds bestaande beleid gecodificeerd. Voor een aanstelling tot militair ambtenaar moet de leeftijd van 18 jaar zijn bereikt; daarvóór is men hooguit aspirant-militair ambtenaar met de beperkingen die daarbij horen²¹.

Artikel 12 quinquies, aanhef en onderdeel b, van de MAWI931 geeft aan dat regels kunnen worden gesteld met betrekking tot maximum leeftijden voor een aanstelling als militair ambtenaar en voor functietoewijzing. Ten aanzien van de aanstelling zijn deze regels gesteld in het nieuwe artikel 5a van het AMAR. Deze bepaling werd ruimer geformuleerd dan de tot dan toe geldende beleidsbepaling. Waar het om gaat is dat de militair bij aanstelling een zodanige leeftijd heeft dat de aanstelling loopbaantechnisch zinvol is en de gewenste personeelsopbouw niet wordt verstoord.

In artikel 2:1 van de URAMAR zijn voor sommige categorieën militairen concrete leeftijdsgrenzen gesteld. Het voert te ver om deze categorieën hier allemaal te benoemen, temeer nu de organisatie hiermee flexibel kan omgaan door –op basis van de organisatiebehoefte- te schuiven met genoemde leeftijdsgrenzen. Toch een voorbeeld: voor de soldaat, ingedeeld bij het CLAS, acht men het zinvol dat deze bij aanstelling (te beginnen met

¹⁹ Uitspraak van 16 december 2004, gepubliceerd in het Tijdschrift voor Ambtenarenrecht 2005, nr. 38, LJN AR7745.

²⁰ Trb. 2001, 36 en 131.

²¹ Er kan aspirant-militairen geen functie worden toegewezen. Evenmin kunnen zij worden ingezet voor wat voor gewapende dienst dan ook.

fase I) een maximumleeftijd van 27 jaar heeft. Bij het kiezen van deze leeftijd is rekening gehouden met de omvang van de dienverplichting voor deze categorie (initiële opleiding + twee jaar) alsook de maximale looptijd in rang (dan wel stand), waarop later in deze bijdrage wordt teruggekomen. Op deze wijze zouden soldaten, ouder dan 35 jaar, een uitzondering moeten zijn.

In het derde lid van artikel 5a werd de reeds langer bestaande rendementseis voor toegang tot de Uitkeringswet gewezen militairen (UGM) gecodificeerd. In verband met de op de begroting drukkende uitvoeringskosten van de UGM alsmede de kosten van de daarmee verband houdende fiscaliteit werd wenselijk gevonden om een militair aan te stellen als hij minimaal 15 jaar verwijderd zou zijn van het moment dat hem leeftijdsontslag zou worden verleend (en daarmee toegang tot de aanspraken op grond van de UGM). Per 1 september 2009²² werd eerder genoemd derde lid genuanceerd naar aanleiding van gewijzigde afspraken in de sectorcommissie Defensie. Deze nuance hield in dat de genoemde 15 jaar werd verlaagd naar 12 jaar en in sommige gevallen, namelijk daar waar sprake is van een militair die eerder al minimaal twee jaar bij het beroepspersoneel aangesteld was, naar 10 jaar.

In het herziene artikel 9 AMAR is bepaald dat, in tegenstelling tot eerst, aan een aanstelling een proeftijd van zes kalendermaanden is verbonden. Als een hernieuwde aanstelling wordt verleend, is het daaraan verbinden van een proeftijd discretionair van aard en kan deze ten hoogste slechts drie kalendermaanden bedragen.

De aan de aanstelling verbonden verplichting

De dienverplichting heeft vanaf 1 januari 2008 een basis in de MAWI931, meer in het bijzonder in de artikelen 12k (beroepspersoneel) en 12l (reservepersoneel). Vanwege de mogelijke inbreuk op het grondwettelijke recht op vrije arbeidskeuze vond de wetgever het regelen van de dienverplichting op het niveau van formele wet juist.

In artikel 12k wordt de omvang van de dienverplichting voor militairen die een meerjarige officiersopleiding of een opleiding tot vlieger volgen, rechtstreeks en dwingend voorgeschreven. De rest is op het niveau van algemene maatregel van bestuur uitgewerkt. Artikel 7 van het AMAR is in verband hiermee aangepast en biedt de mogelijkheid om voor bepaalde groepen personeel maatwerk te leveren. Als basis geldt voor een aanstelling bij het beroepspersoneel een dienverplichting gedurende de initiële opleiding en aansluitend 4 jaar. Ingevolge artikel 2:4 van de URAMAR geldt voor soldaten en korporals die bij het CLAS zijn ingedeeld een periode van 2 jaar, aansluitend op de initiële opleiding. Voor artsen, tandartsen en apothekers geldt een dienverplichting die na de initiële opleiding nog drie jaar duurt.

De achtergrond van de dienverplichting blijft onveranderd. Enerzijds moet de krijgsmacht altijd kunnen beschikken over voldoende personeel; anderzijds is er de connexiteit tussen een in verband met de aanstelling door Defensie te verzorgen opleidingsinspanning en het rendement dat Defensie daarvan wil hebben. Deze rendementseis geldt nog sterker

²² Stb. 2009, 75.

BESCHOUWING

bij de (langduriger) opleidingen tot officier of vlieger. In de nieuwe constellatie ziet de uit de aanstelling voortvloeiende dienverplichting er als volgt uit:

	Beroepspersoneel	Reservepersoneel
Omvang dienverplichting	gedurende de initiële opleiding en aansluitend 4 jaar	gedurende de initiële opleiding en aansluitend 4 jaar
	In de URAMAR benoemde categorieën. Thans zijn dat sld'n/kpl's CLAS: gedurende de initiële opleiding en aansluitend minimaal 2 jaar	
	<ul style="list-style-type: none">- bestemd voor meerjarige officiersopleiding: opleiding en aansluitend 7 jaar- bestemd voor opleiding tot vlieger: opleiding en aansluitend 10 jaar	

Let wel: als geen sprake is van een initiële opleiding, is evenmin sprake van een dienverplichting. Dat laatste zou zich voor kunnen doen bij herinstreamers.

De mogelijkheid om de militair zo nodig daarnaast een extra verplichting op te leggen in verband met een aanvullende opleidingsinspanning blijft bestaan. Ingevolge artikel 12k, derde lid, van de MAWI 1931 geldt voor militairen die desgevraagd voor een opleiding worden aangewezen en die daarvoor geheel of gedeeltelijk worden vrijgesteld van hun werkzaamheden of diensten, een dienverplichting van twee maal de omvang van die vrijstelling.

De bestemming

In het nieuwe artikel 12a (voorheen artikel 20) van het AMAR is, naast het al bestaande begrip 'bestemming' het begrip 'indeling' toegevoegd. Met dat begrip wordt aangeduid tot welk operationeel commando (daaronder in rechtspositionele zin mede de Koninklijke Marechaussee begrepen) de militair behoort.

Bij de aanstelling wordt de militair nog immer bestemd voor een bepaalde functie of -meestal- voor een groep van functies. Hoewel de militair inmiddels bij de krijgsmacht is aangesteld, is de systematiek van herbesteding en herindeling, als product van overleg tussen Defensie en de centrales van overheidspersoneel, ongewijzigd gebleven. Herbesteding en in voorkomend geval herindeling op initiatief van de organisatie kan alleen bij gebleken noodzaak en met instemming van de militair.

Het spreekt voor zich (en dat is als gezegd al sinds 1 januari 1990 zo) dat overgang van het ene naar het andere operationeel commando niet vergt dat de militair achtereenvolgens wordt ontslagen en opnieuw wordt aangesteld. Helaas is af en toe een andere praktijk zichtbaar.

Opleidingen

Anders dan voorheen, is het aanwijzen voor een opleiding geregeld in de eerste paragraaf van het nieuwe hoofdstuk 'Opleiding, functietoewijzing en bevordering alsmede functie- en loopbaanbegeleiding'. Naast het kwalificeren en gekwalificeerd houden van de militair voor de te vervullen functies, stelt Defensie zich ten doel om de militair gedurende zijn verblijf binnen de krijgsmacht naar een hoger opleidingsniveau te brengen, waarbij wordt aangesloten bij de niveaus die worden onderscheiden in de Wet educatie en beroepsonderwijs.

De rechtspositionele instrumenten om aan deze doelstellingen bij te dragen, laten zich als volgt beschrijven.

- De initiële opleiding (artikel 13 AMAR). Aan het karakter van deze opleiding is, vergeleken met de situatie van vóór 1 januari 2008, niets veranderd. Het oogmerk van deze categorie opleidingen blijft het klaarstomen van de militair voor de eerste functie of groep van functies.
- De functieopleiding (artikel 14 AMAR). Hiermee wordt, althans rechtspositioneel, een nieuwe categorie opleidingen geïntroduceerd. Opleidingen die onder deze categorie vallen zijn gericht op het verkrijgen van de benodigde kennis en vaardigheden voor de vervulling van de huidige functie, voor vervolgfuncties die passen in de functiegroep waarbinnen de loopbaan wordt vervuld of voor vervolgfuncties die in een andere functiegroep liggen dan waarvoor de militair oorspronkelijk is bestemd. Een aanwijzing voor een functieopleiding heeft veelal een relatie met afspraken over de militaire loopbaan; aldus bestaat een link met het nieuwe artikel 28a AMAR (loopbaangesprek), waarop later wordt teruggekomen.
- De loopbaanopleiding (artikel 15 AMAR). Ook deze categorie is nieuw, hetgeen net als bij functieopleidingen niet betekent dat de daaronder vallende opleidingen nieuw zijn. Loopbaanopleidingen zijn gericht op het verwerven van kennis en vaardigheden die nodig zijn voor het vervullen van functies waaraan een hogere rang is verbonden dan de rang die wordt bekleed. Loopbaanopleidingen hebben daarom een rechtstreekse relatie met het loopbaanbeleid en de daarmee samenhangende loopbaanpatronen. Ook voor een aanwijzing voor een loopbaanopleiding geldt de link met het nieuwe artikel 28a.
- Opleidingen in het kader van de persoonlijke ontwikkeling (artikel 16 AMAR). Deze opleidingen richten zich niet zozeer op het kwalificeren voor een functie (of groep daarvan), maar op het algemeen functioneren van de militair. Het gaat dan niet alleen om maatwerkopleidingen die aansluiten op de wensen en capaciteiten van de militair, maar ook de behoefte van en de mogelijkheden binnen de organisatie. Aanwijzing voor een opleiding in het kader van de persoonlijke ontwikkeling geschiedt op aanvraag en kan plaatsvinden indien de behoefte daartoe is gebleken in een loopbaangesprek.
- Opleidingen, gericht op een loopbaan buiten Defensie (artikel 16a AMAR). Deze opleidingsvariant wordt gebruikt bij opleidingen waarvoor de militair, op diens aanvraag, wordt aangewezen als deze, gelet op de gewenste omvang en opbouw van de organisatie, Defensie moet verlaten. In een vroegtijdig stadium raakt het DienstenCentrum Externe Bemiddeling Defensie (DC EBD) betrokken bij de begeleiding van de militair en daarmee ook bij het aanwijzen voor de hier bedoelde opleiding. Het is echter ook mogelijk dat deze opleidingsvariant wordt ingezet voor de militair die Defensie *wil* verlaten.

BESCHOUWING

De beroepswensen van de militair zijn leidend, maar worden ingekaderd door de aanwezige competenties, de opgedane werkervaring en de situatie waarin de arbeidsmarkt zich op dat moment bevindt. De opleidingskosten worden vergoed, zij het dat de vergoeding is gemaximeerd in de gevallen waarin de militair buiten Defensie in een ander functiegebied dan wel een hoger werkniveau werkzaam wil zijn. In artikel 3:5 van de URAMAR is deze maximering verder uitgewerkt. Daarbij geldt dat de vergoeding hoger is naarmate de militair langer bij Defensie heeft gewerkt. Ook kan een aanvulling worden verkregen die is gerelateerd aan de lengte van het uitzendverleden.

Met de introductie van de twee laatstgenoemde opleidingsvarianten, zijn de artikelen 17b en 17c, gericht op studiefaciliteiten in het kader van de interne respectievelijk de externe werkzekerheid uit het AMAR verdwenen.

In de URAMAR zijn bij het voorgaande uitvoeringsbepalingen gegeven, waardoor de Regeling opleidingen militairen van 18 mei 2004 kon worden ingetrokken. Ten aanzien van de ordening van regelgeving zij opgemerkt dat de voorschriften ten aanzien van vrijstelling van een (deel van de) opleiding, het ontheffen van de opleiding en de terugbetalingsverplichting anders dan voorheen niet meer per opleiding zijn geregeld, maar in een drietal nieuwe bepalingen, te weten de artikelen 16b, 16d en 16e AMAR. Artikel 16e (terugbetalingsverplichting) is verder uitgewerkt in de artikelen 3:6 en 3:7 van de URAMAR waarmee, eenvoudiger dan voorheen, het terug te betalen bedrag en de duur van de betalingsverplichting is vast te stellen.

Tot slot zij opgemerkt dat de militair vanaf 1 februari 2011 door of namens de minister wordt aangewezen voor een opleiding en niet meer namens de commandant van het desbetreffende operationele commando of het hoofd defensieonderdeel.

Functietoewijzing en bevordering

Aan de systematiek van functietoewijzing en bevordering is in essentie niets gewijzigd, waardoor bespreking daarvan, behoudens een klein aantal opvallende zaken, achterwege kan blijven.

De Beleidsregel aanstelling, functietoewijzing en bevordering defensiepersoneel van 2 juni 2004 is ten aanzien van militairen ingetrokken. De inhoud is, waar nodig en noodzakelijk, verweven in de AMAR-paragrafen over functietoewijzing en bevordering. Zo is daarin thans onder meer de functieervullingsduur geregeld. Het bestaande beleid is, zij het iets flexibeler, neergelegd in het nieuwe artikel 17, tweede lid, van het AMAR en komt neer op het beginsel toewijzen van een functie voor een periode van minimaal twee en maximaal drie jaar, waarbij het maximum na instemming van de militair naar vijf jaar kan worden verschoven. In afwijking hiervan maakt het zevende lid het evenwel mogelijk de functieervullingsduur vast te stellen op maximaal zeven jaar, waarbij kan worden bepaald dat de militair (in afwijking van het vierde lid) voor de duur van maximaal vier jaar niet beschikbaar is voor functietoewijzing. Dit kan alleen bij bijzondere functiegroepen (waarvan veel binnen de Koninklijke Marechaussee), die staan vermeld in de bijlage waarnaar artikel 3:8 van de URAMAR verwijst.

Een andere opvallende zaak is de bevoegdheid tot functietoewijzing. Ingevolge de gedachte achter het aangesteld zijn bij de krijgsmacht, is de bevoegdheid tot functietoewijzing in attributie bij de minister belegd, waar deze voorheen tot de prerogatieven van de bevelhebber dan wel diens rechtsopvolger de commandant operationeel commando behoorde. In het mandaat-

besluit uitvoerende bevoegdheden AMAR, zoals dat sedert 27 mei 2011 luidt, is voorzien in een getrapte mandatering, waarbij de Secretaris-Generaal namens de minister functies toewijst aan militairen met de rang van kolonel en hoger. Commandanten van operationele commando's en hun onderhebbers wijzen, wederom namens de minister, functies toe aan militairen tot en met de rang van kapitein-luitenant ter zee / luitenant-kolonel.²³

De bepalingen omtrent bevordering tijdens opleiding, door ervaringsopbouw of als gevolg van een gewijzigde waardering van de functie, die voor militairen tot 1 februari 2011 in de Beleidsregel aanstelling, functietoewijzing en bevordering waren belegd, staan nu in hoofdstuk 3, paragraaf 3 van het AMAR, met als uitwerking paragraaf 3.3 van de URAMAR. Deze herschikking van regelgeving heeft niet tot inhoudelijke wijzigingen geleid.

Loopbaanbegeleiding

Volledig nieuw in het kader van het FPS, is een paragraaf over functie- en loopbaanbegeleiding in het herziene hoofdstuk 3.

Defensie heeft zich verplicht een militair gedurende zijn loopbaan te begeleiden. Hoewel loopbaanbegeleiding meer invalshoeken kent, geven de nieuwe artikelen 27 tot en met 28c van het AMAR een aantal rechtspositionele instrumenten voor deze begeleiding:

- het functioneringsgesprek (artikel 28 AMAR). Deze bepaling is grotendeels overgenomen uit het oude artikel 131 AMAR en bestaand beleid daaromtrent. In een functioneringsgesprek wordt tussen de militair en de functionele chef²⁴ besproken wat van de militair wordt verwacht en hoe de wijze van functioneren zich heeft ontwikkeld.
- het loopbaangesprek (artikel 28a). Deze bepaling is nieuw. Het 'loopbaangesprek', dat tussen de militair en een loopbaanbegeleider wordt gevoerd, is geïntroduceerd om de militair gedurende zijn loopbaan in brede zin te begeleiden. Gezien de veronderstelde behoefte aan loopbaangesprekken is een differentiatie aangebracht tussen militairen in fase één en militairen in fase twee of drie, waarbij geldt dat met militairen in fase één in ieder geval een jaar voor het einde van die fase een loopbaangesprek wordt gevoerd. Voor militairen in fase twee of drie geldt dat eenmaal per functievervulling of in elk geval een keer per drie jaar een loopbaangesprek wordt gevoerd. In een loopbaangesprek kunnen afspraken worden gemaakt. Deze afspraken moet reëel en uitvoerbaar zijn. Zij worden opgenomen in het persoonlijk ontwikkelplan (POP), bekrachtigd door zowel militair, loopbaanbegeleider en commandant operationeel commando en hebben een functieduuroverstijgende werking. Gelet op het zevende lid, zijn dergelijke afspraken (bijvoorbeeld het kunnen volgen van een bepaalde opleiding) niet vrijblijvend (afpraak=afpraak), noch voor de organisatie, noch voor de militair. Nu de verbindendheid van een POP-afpraak zo expliciet is verankerd in het AMAR, is dezerzijds het beeld dat het nakomen daarvan ook juridisch afdwingbaar is. Het handelen of nalaten in strijd met een POP-afpraak levert een appellabel besluit²⁵ op waarbij

²³ Eveneens nieuw, maar uitwerking daarvan voert hier te ver, is dat het onder voorwaarden mogelijk is dat een militair voor een door hem geambieerde functie wordt afgewezen door een functionaris van Bestuursstaf, Commando DienstenCentra of Defensie Materieel Organisatie.

²⁴ Zie voor een definitie van functionele chef artikel 1, eerste lid, onderdeel u van het AMAR.

²⁵ Of daarmee gelijk te stellen handeling als genoemd in artikel 8:1, tweede lid, Algemene wet bestuursrecht.

men zich op het bindende karakter van de POP-afpraak kan beroepen. Niettemin kan er van een zwaarwegend en onvoorzien dienstbelang sprake zijn, waardoor een POP-afpraak niet kan worden nagekomen. Het betreffende operationeel commando is dan verplicht om de militair een gelijkwaardig alternatief te bieden. In artikel 3:28 van de URAMAR wordt een 'afpraak=afpraak-commissie' ingesteld die, op verzoek van de militair, adviseert over een oplossing indien een dergelijk gelijkwaardig alternatief, naar de mening van de betreffende militair, niet wordt geboden. In de commissie zijn, naast defensiemedewerkers, ook vertegenwoordigers van de centrales van overheidspersoneel opgenomen. Vooralnog ressorteert de commissie onder de verantwoordelijkheid van de Hoofddirecteur Personeel.

- de beoordeling (artikel 28b). Deze bepaling is grotendeels overgenomen uit het oude artikel 131a AMAR en bestaand beleid daaromtrent.
- het ambtsbericht (artikel 28c). Hoewel aan het regelen van het ambtsbericht in het AMAR strikt genomen geen FPS-gerelateerde overwegingen ten grondslag liggen, kan er niet aan worden ontkomen het te benoemen, temeer nu het ambtsbericht is gepositioneerd als onderdeel van de functie- en loopbaanbegeleiding. In bepaalde gevallen is het immers niet wenselijk of mogelijk om een beoordeling vast te stellen. Sinds jaar en dag bestaat echter de mogelijkheid om gegevens over gedragingen of omstandigheden van een militair vast te leggen in een ambtsbericht. Dit bericht heeft een zelfstandige betekenis naast het functioneringsgesprek of de beoordeling en is qua status met een beoordeling te vergelijken, temeer nu de informatie uit een ambtsbericht gebruikt kan worden voor de onderbouwing van een in de toekomst te nemen rechtspositioneel besluit. Een ambtsbericht is daarom in de regel als appelabel besluit juridisch aanvechtbaar.²⁶

Het ambtsbericht is in de defensiepraktijk niet nieuw en werd tot op heden procedureel op defensieonderdeelniveau geregeld. Met het nieuwe artikel 28c is beoogd deze procedure-regels te harmoniseren. Bepaald is voorts dat een ambtsbericht door of namens de minister wordt vastgesteld en dat het een 'houdbaarheid' kent van zes jaar.

In verband met al het voorgaande kon de Beleidsregel functioneringsgesprekken en beoordelingen defensie d.d. 11 juni 2003 worden ingetrokken, althans ten aanzien van militairen. Hetzelfde geldt voor procedures die op OPCO-niveau van kracht waren ten aanzien van het vaststellen van ambtsberichten.

Doorstroom naar fase drie

De vanaf 1 februari 2011 van kracht zijnde wijziging van het AMAR heeft voorzien in een nieuw hoofdstuk 4, waarin onder meer de (intern gerichte) doorstroom naar fase 3 is geregeld. De inhoud van dit hoofdstuk kan met recht de ruggengraat van het FPS worden genoemd en is rechtstreeks verbonden met artikel 12 quinquies van de MAWI 1931. Het gaat in dit hoofdstuk vooral om de invulling van de daar genoemde sturingsinstrumenten.

Ondanks het feit dat deze sturingsinstrumenten een wettelijke basis in de MAWI 1931 kennen, moet als eerder gezegd bij het gebruik van aan leeftijd gerelateerde criteria rekening gehouden

²⁶ Verwezen zij naar vaste rechtspraak van de CRvB, onder meer van 27 februari 1997, LJN ZB6878 en 24 oktober 2002, LJN AK8347.

BESCHOUWING

worden met de randvoorwaarden van de WGBL. Het maken van een leeftijdsonderscheid mag dientengevolge pas wanneer het onderscheid objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen om dat doel te bereiken passend en noodzakelijk zijn.

Mede hierom had de uitwerking van artikel 12 quinquies in het AMAR de nodige voeten in de aarde. De Raad van State heeft er in zijn advies d.d. 16 juli 2010 (No.W07.10.0169/II) over het ontwerpbesluit dat uitmondde in het wijzigingsbesluit van 24 januari 2011 op gewezen dat de in het besluit vervatte leeftijdsriteria en looptijd in rang binnen het kader van de WGBL-eis van objectieve rechtvaardiging moeten blijven. De Raad van State verwees daarbij als indicatie naar een oordeel d.d. 28 mei 2010 van de Commissie Gelijke Behandeling (CGB)²⁷. In dit CGB-dossier lag de vraag voor of de minister een korporaal, ingedeeld bij het CLSK, ontslag mocht verlenen op grond van het feit dat verzoeker de leeftijd van 35 jaar heeft bereikt, tegen een datum waarop hij verwacht dat hiervoor een formele grondslag zal zijn opgenomen in het AMAR. De CGB beoordeelde per doel (onderscheiden werd: het in balans brengen van de leeftijdsopbouw van het personeelsbestand, het in balans brengen van het aantal militairen per rang, een goede operationele inzetbaarheid van de krijgsmacht en het vergroten van de instroommogelijkheden op de civiele arbeidsmarkt) of het legitiem is en of het middel, ontslag bij het bereiken van de leeftijd van 35 jaar, passend en noodzakelijk is om dat doel te bereiken. De CGB vond uiteindelijk het middel 'ontslag bij 35' niet noodzakelijk nu het doel 'aantal militairen per rang' ook met een alternatief bereikt zou kunnen worden. Evenmin kon de CGB inzien dat het ontslag zou kunnen bijdragen aan de goede operationele inzetbaarheid van de krijgsmacht.

De hierboven beschreven CGB-zaak leidde tot een verschil van inzicht tussen Defensie en de centrales van overheidspersoneel over de mate waarin en de wijze waarop de wettelijk mogelijk gemaakte sturingsinstrumenten in het AMAR werden uitgewerkt. Uiteindelijk is gekozen voor een systeem waarin ten behoeve van de doorstroom geen leeftijds grenzen worden gebruikt maar de looptijd in rang. Daarnaast kan overigens met enige nuance worden gekeken, nu het gekozen systeem bij een 'normaal' carrièrepatroon impliciet een vorm van leeftijds onderscheid in zich zou kunnen dragen. Het voorgaande laat onverlet dat de wet de mogelijkheid biedt, in een later stadium alsnog leeftijds grenzen te stellen ten behoeve van het doorstroomproces.

Het doorstroom- en selectieproces is opgenomen in de artikelen 29 tot en met 31 van het AMAR en verder uitgewerkt in de artikelen 4:1 tot en met 4:5 van de URAMAR. Vanaf het moment van aanstelling hebben alle militairen tijdens fase 1 en 2 de mogelijkheid zich via werkervaring en opleidingen op enigerlei wijze te kwalificeren voor doorstroom naar fase 3.

Deze weg naar kwalificatie voor doorstroom is als volgt geregeld:

- maximum aantal militairen in een bepaalde rang (artikel 29). Deze bepaling is verbonden aan artikel 12 quinquies, onderdeel c, van de MAW1931 en geeft de minister de mogelijkheid te sturen op het aantal militairen dat een bepaalde rang mag bekleden. Onder meer hiermee kan de gewenste omvang en opbouw van de organisatie worden beïnvloed. Het beeld is overigens dat de minister dat ook zonder deze bepaling kan. Wat daarvan ook zij: de minister

²⁷ Gedoeld wordt op CGB-oordeel 2010-82.

BESCHOUWING

heeft de Hoofddirecteur Personeel mandaat verleend om, in overleg met de Commandant der Strijdkrachten, het aantal militairen vast te stellen dat een bepaalde rang mag bekleden.²⁸ Ten tijde van het schrijven van deze bijdrage worden besluiten met een dergelijke strekking genomen onder de noemer 'numerus fixus'. Hierin wordt, per operationeel commando, het maximum aantal personeelsleden dat een bepaalde rang mag bekleden, vastgesteld²⁹.

- doorstroombepaling voor soldaten (artikel 29a). Voor soldaten (daaronder voor de toepassing van deze bepaling enkel soldaten ingedeeld bij land- en luchtmacht verstaan³⁰) geldt dat deze maximaal acht jaar de stand van soldaat mogen bekleden. Als een soldaat langer bij Defensie werkzaam wil blijven, zal hij zich een functie moeten verwerven waaraan de rang van korporaal is verbonden. In de hoedanigheid van soldaat of korporaal is doorstromen naar fase drie nimmer mogelijk. Daartoe zal men eerst bestemd moeten worden voor functies als onderofficier of officier. Na uiterlijk zes jaar de stand van soldaat te hebben bekleed, wordt namens de minister bepaald of er in de komende twee jaar een bevordering kan plaatsvinden. Is dat besluit negatief voor de militair, dan levert dit een ontslaggrond op basis van het nieuwe artikel 39, tweede lid, onderdeel i AMAR op. Op dit ontslag wordt later teruggekomen.
- doorstroombepaling voor korporaals en overeenkomstige rangen (artikel 29b). Hieronder moeten, althans voor de toepassing van deze bepaling, mede worden verstaan matrozen en mariniers der eerste klasse. Niet inbegrepen zijn korporaals die bij het Commando Zee-strijdkrachten zijn ingedeeld. Voor de in deze bepaling omschreven doelgroep geldt een looptijd in rang van acht jaar. De hier bedoelde korporaals kunnen (althans in die hoedanigheid) nimmer doorstromen naar fase drie. Daartoe zal men, na omscholing, eerst bestemd moeten worden voor functies als onderofficier of officier. Uiterlijk twee jaar voor het verstrijken van de maximale looptijd in rang wordt namens de minister bepaald of er in de komende twee jaar een bevordering kan plaatsvinden. Is dat besluit negatief voor de militair, dan levert dit een ontslaggrond op basis van het nieuwe artikel 39, tweede lid, onderdeel i AMAR op.
- doorstroombepaling voor onderofficieren en officieren (artikel 29c). Slechts voor korporaals, ingedeeld bij het CZSK alsmede sergeanten (der eerste klasse)/wachtmeesters (der eerste klasse) ingedeeld bij één der overige OPCO's bedraagt de maximum looptijd in rang tien jaar. Voor luitenants ter zee der tweede klasse en kapiteins bedraagt de maximum looptijd in rang negen jaren. Uiterlijk drie jaar voor het verstrijken van de maximale looptijd in rang wordt namens de minister bepaald of doorstroom naar fase drie tot de mogelijkheden behoort. Als doorstroom er niet in zit, levert dit wederom een ontslaggrond op basis van het nieuwe artikel 39, tweede lid, onderdeel i AMAR op.

Voor alle hierboven genoemde categorieën geldt dat bij ministeriële regeling³¹, afhankelijk van de behoefte van de krijgsmacht, afwijkende grenzen kunnen worden gesteld ten aanzien van de maximale looptijd in rang.

Met inachtneming van het voorgaande, blijft een categorie personeel over die in aanmerking

²⁸ Artikel 2 Mandaatbesluit uitvoerende bevoegdheden AMAR.

²⁹ Ten aanzien van burgerpersoneel vindt een gelijksoortige beweging plaats.

³⁰ De overeenkomstige rangen bij CZSK en KMar zijn namelijk opleidingsrang.

³¹ Gedoeld wordt op de Uitvoeringsregeling AMAR (URAMAR).

BESCHOUWING

komt voor doorstroom naar fase 3 en aldus een status verkrijgt die te vergelijken is met de oude BOT-status. Het voornemen van de organisatie is om zo vroeg mogelijk duidelijkheid te bieden omtrent de mogelijkheden tot doorstroom, met name voor de categorieën personeel waarvoor een lange dienverplichting geldt.

In het nieuwe artikel 30 wordt de selectie voor doorstroom, rekening houdend met hetgeen over looptijden in rang is bepaald, geregeld. De hoofdregel is dat de minister een militair voor doorstroom voordraagt. Daarbij is, gelet op het vijfde lid van de artikelen 29a en 29b, de bedoeling dat alleen onderofficieren en officieren doorstromen naar fase drie. De gekozen systematiek maakt het echter niet onmogelijk om ook manschappen voor te dragen, zij het dat dit een uitzondering zal zijn (het systeem voorziet er eigenlijk niet in). De betreffende militair zal dan overigens (moeten) worden aangewezen voor een omscholingsopleiding tot onderofficier of officier. Van een voordracht is ook sprake wanneer een militair opteert voor een functie waarvan toewijzing gepaard gaat met doorstroom naar fase drie. Los van de voordracht, kan een militair ook zelf opteren voor doorstroom naar fase drie. Dat kan maximaal drie keer.

Het nieuwe artikel 31 regelt vervolgens het doorstroombesluit. Het doorstroombesluit is een nieuwe loot aan de stam van binnen Defensie gehanteerde rechtspositionele besluiten. Door of namens de minister wordt binnen uiterlijk zes (te verlengen tot tien) weken op de voordracht of aanvraag besloten op basis van de beschikbaarheid aan functies, het aantal militairen dat een bepaalde rang mag bekleden (zie artikel 29) en de geschiktheid van de militair voor functievervulling in fase drie. In het tweede lid is, niet limitatief, bepaald welke gegevens in elk geval worden betrokken bij het bepalen van de geschiktheid van de militair. Het doel is dat de geschiktheid zo objectief mogelijk komt vast te staan aan de hand van bijvoorbeeld vooropleiding, beoordelingen, de uitkomst van een loopbaangesprek of de mate waarin de militair naar verwachting, tot aan zijn leeftijdsontslag, emplooi kan worden geboden in fase 3.

Het doorstroombesluit kent drie mogelijke varianten:

- a. de militair stroomt door naar fase drie (rechtsgevolg is dat de militair vanaf dat moment in fase drie functioneert);
- b. de militair stroomt nog niet door naar fase drie (rechtsgevolg is dat de militair doorgaat met functioneren in fase 2, waarbij niet wordt uitgesloten dat functioneren in fase 3 in de toekomst mogelijk is);
- c. de militair stroomt niet door naar fase drie (rechtsgevolg is dat de militair doorgaat met functioneren in fase 2).

Voor b en c geldt dat, wanneer op enig moment de maximale looptijd in rang wordt bereikt, er ontslag volgt op grond van artikel 39, tweede lid, onderdeel i van het AMAR.

Beoogde gevolgen sturingsmaatregelen

Er zijn minimale en maximale leeftijden voor aanstelling. Er kan in de toekomst categoriegevijs worden bepaald hoeveel militairen er mogen zijn die een bepaalde rang bekleden. Reeds nu

is categoriegewijs een looptijd in rang vastgesteld. Met inachtneming van de gevolgen daarvan, vindt al dan niet doorstroom naar fase drie plaats. De opbouw van de organisatie wordt hiermee beïnvloed. Aldus ontstaat een dynamiek waarbij:

- de minimale en maximale leeftijd bij aanstelling;
- de looptijd in rang;
en
- de mogelijkheid van doorstroom;

bepalen of en zo ja in welk leeftijdsbereik er ontslag plaatsvindt indien het betreffende personeelslid niet van categorie wijzigt.

Uitstroom

Voor de militair die de maximale looptijd in rang heeft bereikt en die niet zal doorstromen naar fase drie, is voorzien in een nieuwe aanspraak. In deze aanspraak, die is neergelegd in het nieuwe artikel 31a AMAR, wordt begeleiding naar een functie buiten Defensie gefaciliteerd. Ten minste één jaar voor het ontslagmoment gaat het DienstenCentrum Externe Bemiddeling zich inspannen voor begeleiding naar een functie buiten Defensie. Deze inspanning kan zich op uiteenlopende manieren manifesteren. Voornamelijk gaat het om arbeidsbemiddeling, onder meer door het leggen van contacten met externe bemiddelingsorganisaties. Ook het aanwijzen van de militair voor een opleiding, gericht op een loopbaan buiten Defensie als bedoeld in artikel 16a behoort tot de mogelijkheden. Begeleiding naar de arbeidsmarkt is ook mogelijk voor de militair die de organisatie op eigen initiatief wil verlaten.

Afspraken die in het kader van de externe bemiddeling worden gemaakt zijn bindend en komen, net als andere afspraken over de loopbaan, terecht in het persoonlijke ontwikkelplan, zoals dat in artikel 28a, zesde lid, is benoemd. De bepalingen die zien op het niet nakomen van dergelijke afspraken zijn van overeenkomstige toepassing in de situatie waarin sprake is van externe bemiddeling.

Uiteindelijk is er sprake van ontslag. In artikel 39 van het AMAR zijn de meest gebruikelijke ontslaggronden benoemd. De bepaling over het ontslag van een militair die voor een bepaalde tijd bij het beroepspersoneel was aangesteld is verdwenen. Daarentegen is een andere ontslaggrond toegevoegd met het nieuwe onderdeel i van het tweede lid. Aangehaakt wordt op hetgeen in de doorstroombepalingen 29a, 29b en 31 is voorgeschreven. Ten aanzien van soldaten en korporaals die niet tijdig werden bevorderd en onderofficieren en officieren die niet tijdig doorstroonden naar fase drie, ontstaat om die reden een ontslaggrond.

Het ontslagmoment sluit voor soldaten en korporaals aan op het bepaalde in de artikelen 29a en 29b en ligt twee jaar na het besluit over het uitblijven van een bevordering gedurende de resterende looptijd in rang. Voor onderofficieren en officieren geldt dat uiterlijk drie jaar na het besluit waarin is bepaald dat geen doorstroom naar fase drie zal plaatsvinden, ontslag volgt.

Omdat een ontslag op grond van artikel 39, tweede lid, onderdeel i, het karakter heeft van een onvrijwillig ontslag, bestaat na dit ontslag aanspraak op een uitkering ingevolge de Werkloosheidswet en –in voorkomend geval– het Besluit bovenwettelijke uitkeringen bij werkloos-

heid voor de sector Defensie. Aanspraak op een dergelijke uitkering is uiteraard alleen actueel indien (nog) geen andere werkkring is gevonden³².

Ten slotte dient ten aanzien van uitstroom nog het volgende te worden opgemerkt. Deze opmerking heeft geen direct verband met het flexibel personeelssysteem, maar kan in dat verband niet geheel onbenoemd blijven. De wijziging van de MAWI 1931 introduceerde een nieuw artikel 12m. In dit artikel is geregeld wanneer een ontslaanvraag mag worden afgewezen of een reeds verleend ontslag kan worden opgeschort of ingetrokken. De aard van deze bepaling maakte regeling op het niveau van formele wet noodzakelijk. Artikel 42 van het AMAR werd daarmee overbodig en is ingetrokken, al is de strekking daarvan ongewijzigd terecht gekomen in het eerder genoemde artikel 12m van de MAWI 1931.

Overgangsrecht

Het overgangsrecht dat in verband met al het voorgaande getroffen moest worden, verdient bijzondere aandacht. Op 1 januari 2008 werd het FPS deels ingevoerd, waarbij het accent op de aanstelling lag. Al het andere, waaronder doorstroom en ontslag, werd enige jaren later, te weten bij eerder gememoreerd Besluit van 24 januari 2011 geregeld. Dat betekende het nodige voor het overgangsrecht, hetgeen zich als volgt laat omschrijven.

Met het Besluit van 11 december 2007, dat zoals reeds gezegd op 1 januari 2008 in werking trad, werd hoofdstuk 12 van het AMAR aangevuld met een paragraaf “Overgangsbepalingen in verband met de introductie van het flexibel personeelssysteem”. In de artikelen 154 en 154a van het AMAR wordt een uitspraak gedaan over wat er gebeurt met het bestaande bestand aan BOT’ers en BBT’ers³³. BOT’ers verkregen op 1 januari 2008 van rechtswege een aanstelling bij het beroepspersoneel van de krijgsmacht en werden –voor de toepassing van het AMAR-gelijkgesteld met militairen die in fase drie functioneren. Voor BBT’ers gold het principe van het uitdienen van de aanstelling voor een bepaalde tijd. Bestaande dienverplichtingen werden voortgezet. De ontslaggrond voor BBT’ers werd overgebracht van artikel 39 naar artikel 154b. Ter ondersteuning van het bestaande BBT-bestand werd in de artikelen 154c tot en met 154i van het AMAR de ingetrokken ‘Premieregeling en aanvullende voorzieningen beroepsmilitairen van de krijgsmacht’ bij wijze van overgangsrecht voortgezet.

Voor BBT’ers werd de mogelijkheid opengehouden om tussentijds of aan het einde van de BBT-aanstelling de aanstelling onder voorwaarden te laten omzetten naar een aanstelling (FPS) bij het beroepspersoneel.³⁴ Defensie is hiertoe echter niet verplicht.³⁵

In het overgangsrecht werden dus in eerste instantie maar een handvol zaken geregeld,

³² Kortheidshalve zij verwezen naar de artikelen 9 en 10 van het Besluit bovenwettelijke uitkeringen bij werkloosheid voor de sector Defensie.

³³ Met de artikelen 154j en 154k werd voor reservisten (ROT en RBT) op soortgelijke wijze in overgangsrecht voorzien.

³⁴ De BBT’er die een initiële aanstelling ‘openbrak’, kwam in fase 1; de rest kwam in fase 2 terecht.

³⁵ Verwezen zij naar vaste rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep, onder meer de uitspraak van 5 juni 2003, gepubliceerd in het Tijdschrift voor Ambtenarenrecht 2003, 171, LJN AH9041, waaruit volgt dat de omstandigheid dat een ambtenaar in tijdelijke dienst voor bepaalde tijd is aangesteld voortvloeit dat het bestuursorgaan niet gehouden is die aanstelling na afloop van die termijn te verlengen of om te zetten in een aanstelling voor onbepaalde tijd, tenzij er een verplichting bestaat tot voortzetting van het dienstverband, dan wel het niet verlengen in strijd zou komen met enige regel van ongeschreven recht of enig algemeen rechtsbeginsel.

BESCHOUWING

omdat verdere uitwerking van de regelgeving snel werd verwacht. Toen die uitwerking uitbleef, ontstonden bepaalde knelpunten. Deze knelpunten hingen voornamelijk samen met de personeelsopbouw (en het ontwricht raken daarvan), maar er waren ook juridische knelpunten. De belangrijkste:

- Onduidelijkheid over de voorwaarden waaraan een BBT'er moest voldoen om zijn aanstelling te laten omzetten;
- Geen eenduidige voorschriften om van fase twee naar fase drie te geraken;
- Ontbreken van een juridische grondslag voor het ontslaan van een militair in fase twee.

Om deze knelpunten zoveel mogelijk het hoofd te bieden, is in de afgelopen drie jaar een aantal ministeriële nota's³⁶ uitgevaardigd met daarin aanwijzingen over hoe, bij wijze van voorlopige voorziening, binnen de bestaande juridische kaders kan worden gehandeld. Het ontbreken van een ontslaggrond kon evenwel niet worden opgelost. Militair personeel dat in fase twee belandde, is geïnformeerd over het feit dat ontslag in deze fase niet mogelijk zou zijn tot het moment van realisatie van een formele ontslaggrond in het AMAR.

Die ontslaggrond is er nu. Om te voorkomen dat er militairen in fase twee van de ene op de andere dag worden geconfronteerd met een ontslag, was aanvullend overgangsrecht nodig. Met artikel III van het Besluit van 24 januari 2011 is daarin voorzien. Dit overgangsrecht geldt, gelet op het hiervoor vermelde, voor militairen die zich op dat moment in fase twee bevinden en de maximale looptijd in rang hebben overschreden of binnen een jaar bereiken. Voor deze militairen geldt dat zij tussen de twaalf en achttien maanden na 1 februari 2011 alsnog ontslagen worden op grond van artikel 39, tweede lid, onderdeel i van het AMAR. In verband daarmee is voorzien in onmiddellijke aanmelding bij het DienstenCentrum Externe Bemiddeling Defensiepersoneel. Het voorgaande hoeft, gelet op het tweede lid, niet plaats te vinden indien alsnog een doorstroombesluit wordt genomen waardoor de militair in fase drie belandt. Met dit overgangsrecht zal binnen maximaal 18 maanden het 'teveel' aan militairen in fase twee, dat is ontstaan door de lange periode tussen 1 januari 2008 en 1 februari 2011 zijn opgelost.

Toch is dit niet het hele verhaal. Voor sommige categorieën personeel volstaat het voorgaande niet. In de jaren die voorafgingen aan de wijzigingen van het AMAR per 1 februari 2011, werd uitgegaan van implementatie van een maximale leeftijd voor functietoewijzing. Overschrijding van die leeftijd (variërend van 30 tot 35 jaar), zou tot ontslag leiden. In de diverse communicatie-uitingen van het Ministerie van Defensie, werd militair personeel op deze praktijk voorbereid. De maximale leeftijd voor functietoewijzing kwam er echter niet; wél de maximale looptijd in rang. Vanwege deze omstandigheid is, ter uitvoering van artikel III van het Besluit van 24 januari 2011, besloten tot aanvullend overgangsbeleid dat is neergelegd in bijlage 5 van de URAMAR. Dat beleid komt hierop neer dat de militair in fase 1 of 2, die op 1 februari een functie bekleedde, mag kiezen tussen het voor hem/haar gunstigste ontslagmoment: het moment dat het gewijzigde AMAR voorschrijft op basis van de maximale looptijd in rang óf de leeftijd die

³⁶ Korteheidshalve zij verwezen naar de nota's van 13 december 2007 (P/2007033713), 8 december 2008 (P/2008032240), 11 februari 2009 (P/2009001938) en 4 maart 2010 (BS/2010007928) Deze nota's zijn inmiddels, met uitzondering van die van 4 maart 2010, ingetrokken.

BESCHOUWING

in de communicatie-uitingen van vóór 1 februari 2011 werd voorgespiegeld, waarbij de laatste als ondergrens geldt.

Tot slot

Nog niet alle uitvoeringsaspecten van het FPS zijn op dit moment geregeld. Aan het URAMAR wordt nog steeds gewerkt, onder meer ten aanzien van het operationaliseren van het doorstroomproces. Het belangrijkste juridische kader staat echter:

Defensie bevindt zich momenteel aan de vooravond van een ingrijpende bezuinigingsoperatie. De ministeriële beleidsbrief van 8 april 2011 en de daaruit voortkomende maatregelen (waaronder de numerus fixus en de aangekondigde reorganisaties) moeten leiden tot een defensieorganisatie die zowel op het gebied van formatie als de bezetting daarvan 'op orde' is. Eerst daarna zal kunnen blijken in hoeverre de sturingsmiddelen die het FPS biedt, voldoende zijn om de gewenste personeelsopbouw te bereiken en de organisatie ook op de langere termijn op orde te houden.
