

**Naschrift bij 'Een overeenkomst met de ambtenaar. Wat mag en wat mag niet?', door mevrouw mr. S. van Waegeningh, TAR 2007, p. 63**

door *mr. drs. A.M.M.M. Bots*<sup>1</sup>

1. In het vorige nummer van dit tijdschrift verscheen van de hand van mevrouw mr. S. Waegeningh een bijdrage over 'ambtenaarrechtelijke' overeenkomsten. De bijdrage stipt een belangrijk vraagstuk aan en geeft een goed beeld van de problemen die in dat kader kunnen spelen. Aan zo'n overzicht bestaat behoefte, te meer omdat de laatste vergelijkbare bijdrage die in TAR over de behandelde thema's verscheen, alweer dateert uit 1991 (zie P. Nicolai, 'De overeenkomst in het ambtenarenrecht', TAR 1991, p. 271-277) en bovendien overeenkomsten in het bestuursrecht, ook in het ambtenarenrecht, een steeds belangrijker rol spelen. Een en ander geeft aanleiding tot de navolgende kanttekeningen bij (c.q. aanvullingen op) de bovengenoemde bijdrage.
2. Allereerst is van belang op te merken dat in het geval van sluiting van een overeenkomst tussen de ambtenaar en zijn werkgever sprake is van gebruik van een privaatrechtelijke rechtsfiguur in het kader van een publiekrechtelijke rechtsverhouding. Daarmee komen we op het raakvlak publiek-/privaatrecht en dat roept altijd specifieke problemen en vragen op. De belangrijkste daarvan komen ook in de genoemde bijdrage aan de orde, maar ik formuleer ze hier, ter benadrukking van de publiekrechtelijke optiek, net iets anders, namelijk: mag de overheid wel een overeenkomst aangaan ter zake van de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden, zoals in casu de aanstellings- en ontslagbevoegdheid op grond van de ambtenaarrechtelijke regelgeving? En zo ja, is de overheidswerkgever dan op dezelfde wijze als de werkgever in een civiele arbeidsrechtelijke verhouding gebonden aan zo'n overeenkomst? Of dient toch rekening te worden gehouden met de 'eigenstandige' positie van de overheid in het kader van de ambtenaarrechtelijke rechtsverhouding? (er is immers niet voor niets een apart - publiekrechtelijk - ambtenarenrecht). Deze vragen zijn overigens - ik wil dat even memoreren hoewel de bijdrage daar verder niet op in gaat - mede van belang in het kader van de huidige discussie over de opheffing van de status aparte van de ambtenaar (zie tevens de diverse bijdragen, van Niessen, Sprengers, Brouwers/Ter Meulen en Van Bon, die met betrekking tot deze opheffing het afgelopen jaar in TAR zijn verschenen). Dan is het belangrijk dat men zich rekenschap geeft welke implicaties deze status aparte heeft - zo die implicaties er zijn - voor vraagstukken zoals hier aan de orde.
3. In de bijdrage van Van Waegeningh wordt naar mijn gevoel iets te gemakkelijk heen gestapt over het gegeven dat we hier te maken hebben met die ineenstrengeling van publiek- en privaatrecht. Dit is al te zien bij de eerste kwestie die aan de orde komt: de toelaatbaarheid van een overeenkomst als boven beschreven. De auteur meldt slechts dat in de rechtspraak van de Centrale Raad overeenkomsten binnen de ambtenaarrechtelijke rechtsverhouding toelaatbaar worden geacht en 'dat zo'n overeenkomst wordt gezien als een nadere regeling van de aan het bevoegd gezag toekomende bevoegdheden (o.a. aanstellings- en ontslagbevoegdheid) met betrekking tot deze rechtsverhouding'. Wat wordt daar nu eigenlijk mee bedoeld?

1. Mevrouw mr. drs. Annette M.M.M. Bots is werkzaam bij de sectie bestuursrecht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Radboud Universiteit Nijmegen

Wat is nu precies – publiekrechtelijk bezien – het karakter van een aldus gesloten overeenkomst? Het gaat hier om een overeenkomst ter zake van de wijze waarop de overheidswerkgever in het concrete geval gebruik zal gaan maken van een hem toekomende *publiekrechtelijke bevoegdheid*. Van een dergelijke bevoegdheid spreken we als op grond van de wet (in casu de ambtenaarrechtelijke wetgeving), alleen de overheid die bevoegdheid kan uitoefenen (en alleen de overheid kan ambtenaren benoemen) en de overheid daarbij eenzijdig de rechten en plichten van die burger kan bepalen. Op die eenzijdigheid valt in de ambtenaarrechtelijke rechtsverhouding in zoverre iets af te dingen dat de ambtenaar moet instemmen met zijn benoeming tot ambtenaar. In ieder geval is het voorwerp van de overeenkomst de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid en spreken we in dit verband van een 'bevoegdhedenovereenkomst' (zie over het onderscheid met andere 'publiekrechtelijk getinte' overeenkomsten, zoals de beleidsovereenkomst, het handboek Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male, *Hoofdstukken van Bestuursrecht*, hoofdstuk 6, § 11, en hoofdstuk 9, § 2; en Nicolai, hiervoor al vermeld, met name p. 273 en ook p. 276 over het rechtskarakter van 'ambtenaarrechtelijke overeenkomsten'). De aanvaardbaarheid van een bevoegdhedenovereenkomst hangt niet alleen af van de eisen die het Burgerlijk Wetboek aan het sluiten van een overeenkomst stelt, maar ook – en zelfs niet in de laatste plaats – van de publiekrechtelijke rechtsnormen die gelden voor de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid waarop de overeenkomst betrekking heeft (zie in deze ook de schakelbepalingen van art. 3:14 BW en art. 3:1 lid 2 Awb). Meer precies gaat het dan om de toepasselijke ambtenaarrechtelijke (materieële) wetgeving, de Algemene wet bestuursrecht, en ongeschreven publiekrechtelijke rechtsnormen en rechtsbeginselen, zoals het niet gecodificeerde vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel. Vanuit publiekrechtelijke optiek is ook van belang dat de overheid (in casu als werkgever) met betrekking tot de te contracteren publiekrechtelijke bevoegdheid beschikt over beleidsvrijheid omdat alleen dan de ruimte bestaat om terzake in een overeenkomst afspraken te maken. Bij zogeheten gebonden bevoegdheden is die beleidsvrijheid en daarmee de contractsvrijheid afwezig of in ieder geval sterk beperkt. Hier geldt dus niet onverkort de contractsvrijheid die wel centraal wordt gesteld ten aanzien van een 'zuiver' privaatrechtelijke overeenkomst.

4. Het bovenstaande geldt ook voor de vaststellingsovereenkomst waarnaar Van Waegeningh in haar bijdrage verwijst. Of van een dergelijke overeenkomst sprake is, wordt bepaald door art. 7:900 BW en niet zozeer hoe partijen de onderling gesloten overeenkomst duiden (in de bijdrage wordt die suggestie enigszins gewekt). De vraag in de bijdrage of in een vaststellingsovereenkomst gemakkelijker voorbij kan worden gegaan aan de toepasselijke regelgeving, dient mijns inziens vanuit boven beschreven optiek benaderd te worden. Ook hier dient eerst aan de hand van de inhoud van de vaststellingsovereenkomst bekeken te worden hoe deze in publiekrechtelijke zin dient te worden gekwalificeerd. Veelal gaat het dan eveneens om een bevoegdhedenovereenkomst, zeker in het ambtenarenrecht. Op de vaststellingsovereenkomst in deze zin zijn niet alleen de specifieke bepalingen in art. 7:900 e.v. BW over de vaststellingsovereenkomst van toepassing (met uitzondering overigens van art. 7:902 BW waarover dadelijk meer), maar op grond van de eerder genoemde art. 3:14 BW en 3:1 lid 2 Awb eveneens weer de toepasselijke publiekrechtelijke normen.

Het genoemde art. 7:902 BW is mijns inziens op een 'ambtenaarrechtelijke' vaststellingsovereenkomst niet van toepassing omdat het in het publiekrecht – en dus ook in het ambtenarenrecht – ondenkbaar is dat met een overeenkomst dwingendrechtelijk voorgeschreven bepalingen opzij worden gezet. Op grond van art. 7:902 BW kan de rechter een overeenkomst met betrekking tot een vermogensrechtelijk onderwerp, die *achteraf* in strijd blijkt te zijn met een bepaling van dwingend recht, toch rechtsgeldig verklaren, tenzij de inhoud of strekking ervan

in strijd komt met de openbare orde of de goede zeden. Alleen in belastingzaken is dit tot op zekere hoogte aanvaard, in ambtenaarrechtelijke zaken, voor zover ik weet, echter niet (zie: P.J. Wattel, 'De reikwijdte van de fiscale vaststellingsovereenkomst', *WPNR* 1996, 6217 en 6218). Überhaupt wordt een contra legem werking (over de boeg van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur) vanwege het rechtsstatelijke legaliteitsbeginsel in het publiekrecht slechts moeizaam door de rechters aanvaard, ook al lijkt de Centrale Raad hierin iets gemakkelijker dan de Afdeling bestuursrechtspraak; dit laatstst mogelijk vanwege het veelal ontbreken van derdebelaaghebbers wier belangen daardoor in het gedrag zouden kunnen komen (zie onder andere CRvB 19 maart, AB 1988, 18, m.nt. Hennekens; CRvB 20 januari 1994, AB 1994, 259, *Domburgse wethouder*; en CRvB 2 september 1998, JB 1998, 221, m.nt. Schilbssels, *Omverzekerde eega*). Voor een verdere uitbreiding over overeenkomsten contra legem zie verder mijn bijdrage in het decembernummer van TAR 2006 (p. 649 e.v., met name p. 657-659).

5. Dan de vraag naar de gebondenheid van partijen aan een overeenkomst en het vraagstuk van de niet-nakoming; ook hier weer kan een doorwerking van de publiekrechtelijke normstelling worden waargenomen. Ten eerste door de belangrijke rol van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en dan zeker niet altijd (alleen) het rechtszekerheidsbeginsel. Bijvoorbeeld (een al wat oudere uitspraak, maar nog altijd illustratief): CRvB 11 november 1986, TAR 1987, m.nt. Van Male op p. 252, waarin de niet-nakoming van de overeenkomst over de salarisgarantie met betrekking tot reis- en verblijfkosten aan een kringhoofd dat met buiten gewoon verlof ging, vanwege de eenzijdige verlaging van het vergoedingsbedrag door het betrokken overheidsorgaan in strijd werd geacht met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, te weten het motiveringsbeginsel en het fair play beginsel. Vergelijk ook de in de rechtsliteratuur en rechtspraak geuite opvatting dat de bevoegdhedenovereenkomst publiekrechtelijk gezien kan worden opgevat als een toezegging van de zijde van de overheid in de een bepaalde wijze gebruik te maken van de haar toekomende bestuursbevoegdheid, zodat de wederpartij beroep kan doen op het vertrouwensbeginsel ingeval die toezegging niet wordt nagekomen. De bestuursrechters, ook de Centrale Raad van Beroep blijkens de in de bijdrage besproken uitspraken, lijken de in art. 6:248 en ook art. 6:258 lid 1 BW<sup>2</sup> vervatte maatstaven toe te passen, mede door ze 'in te weven' in (al naar gelang de inhoud van de overeenkomst) het rechtszekerheidsbeginsel (bijvoorbeeld bij niet-nakoming als gevolg van wijziging van beleid of regelgeving), het vertrouwensbeginsel (bij afspraken in overeenkomsten die vallen te kenschetsen als toezeggingen<sup>3</sup>), het formele zorgvuldigheidsbeginsel of, vanwege de aan de overeenkomst ten grondslag liggende beleidsvrijheid, de meer terughoudende evenredigheidsnorm van art. 3:4 lid 2 Awb.<sup>4</sup> Een evenredige belangenafweging kan bijvoorbeeld mee-

2. Art. 6:258 lid 1 BW wordt in de bijdrage niet vermeld, maar is in het kader van de nakomingsproblematiek zeker zo relevant. Dit wetsartikel luidt (voor zover hier van belang): 'De rechter kan op verlangen van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Aan de wijziging of ontbinding kan terugwerkende kracht worden verleend.'

3. Vgl. HR 25 januari 1985, NJ 1985, 559 (*Patelski/Sitraf*): niet-nakoming van de belofte door de burgemeester

om een politiefagent in vaste dienst te nemen in strijd met het vertrouwensbeginsel. Ook: Rb. 's-Gravenhage 16 juli 2002, TAR 2002, 119, niet-nakoming van de overeenkomst op het punt van pensioenreparatie in strijd met het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. CRvB 24 januari 2003, TAR 2003, 99; terugbetaling studietoelagen; gehouden van de ambtenaar tot nakoming van de bij aanstelling onderkende overeenkomst op grond van het rechtszekerheidsbeginsel. CRvB 15 mei 2003, TAR 2003, 169; weigering om in afwijking van de overeenkomst betrokken ambtenaar een persoonlijke toelage uit te betalen, aangepast aan de algemene salarisverhogingen, afwijking in strijd met evenwichtige en zorgvuldige belangenafweging.

8. Tot slot nog een laatste opvallend punt in de bijdrage: de Centrale Raad van Beroep vindt dat als het gaat om de gebondenheid aan een tussen overheid en ambtenaar gesloten overeenkomst, voor beide partijen, dus ook de ambtenaar, het rechtszekerheidsbeginsel geldt (zie met name de in de bijdrage in noot 4 vermelde uitspraak CRVB 24 januari 2003, TAR 2003, 99). Het mag opmerkelijk heten dat niet alleen overheidsorganen, maar ook burgers, in casu ambtenaren, gebonden worden geacht aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De CRVB motiveert niet, of althans niet helder, waaruit bij de ambtenaar (als burger-partij) de binding aan het rechtszekerheidsbeginsel voortvloeit. Deze problematiek is ook aangeeroerd door Nicolai, a.w., met name p. 272, en eerder De Waard waarnaar Nicolai verwijst. Mogelijke verklaring is (ook door Nicolai geconstateerd) dat de CRVB ten aanzien van 'ambtenaarrechtelijke' overeenkomsten al langer de 'zuivere eenzijdigheidsoptiek' heeft verlaten en door beide partijen te houden aan het rechtszekerheidsbeginsel. Misschien meer het wederzijdse karakter van de contractuele relatie tussen overheid en ambtenaar heeft willen benadrukken. Het is een interpretatie, maar opmerkelijk blijft het wel.

brengen dat niet-nakoming van de overeenkomst door de overheid wegens bijzondere omstandigheden (bijvoorbeeld flinke personeelsreductie) volgens de rechter alleen aanvaardbaar is als het nadeel voor de burger-contractspartij financieel is gecompenseerd.<sup>5</sup>

6. De vrijheid van de overheidscontractspartij om van een overeenkomst af te wijken (in beginsel gebaseerd op diezelfde beleidsvrijheid die ook grondslag vormde voor de bevoegdheid om een dergelijke overeenkomst aan te gaan) wordt verder beperkt doordat volgens art. 6:258 lid 1 BW daartoe 'onvoorziene omstandigheden' aanwezig moeten zijn (vgl. HR in het in noot 4 genoemde arrest *CCN/Nieuwegein* die dezelfde terminologie hanteert). In de bijdrage wordt echter gesproken van 'bijzondere omstandigheden van klemmende aard'. Is dat hetzelfde of wil de CRVB daarmee slechts de gebondenheid van de overheidswerkgever aan de overeenkomst benadrukken? De in dit verband in de bijdrage genoemde uitspraak CRVB 2 april 2004, TAR 2004, 93, heeft in ieder geval geen betrekking op de niet-nakoming van een overeenkomst.

7. Een apart aspect betreft de vraag op welke wijze een contractspartij, in het bijzonder de ambtenaar, naleving van een in het kader van de ambtenaarrechtelijke rechtsverhouding gesloten overeenkomst kan afdwingen. Welke rechtsbescherming staat hem dan ter beschikking? Deze vraag is een andere dan die welke aan de orde wordt gesteld in de bijdrage, namelijk hoe kan een overeenkomst in rechte of anderszins worden aangetast als een partij zich niet (langer) kan verenigen met de inhoud ervan.<sup>6</sup> Bij niet of niet behoorlijke uitvoering van de overeenkomst staat de ambtenaar (om me daartoe even te beperken) diverse mogelijkheden ter beschikking, al naar gelang hetgeen ter uitvoering van de gesloten overeenkomst dient te geschieden. Wordt van de overheidspartij een bepaald besluit of handeling *jegens de ambtenaar als zodanig* verlangd (art. 1 Ambtenarenwet), dan staan voor de betrokken ambtenaar op grond van art. 8:1 lid 1 jo. art. 1:3 lid 1 Awb respectievelijk art. 8:1 lid 2 Awb de rechtsmiddelen van de Awb open. In andere gevallen zou bij de burgerlijke rechter een actie uit wanprestatie kunnen worden ingesteld (art. 6:74 BW). Sinds het bekende en veel besproken *Changoe-arrest* (HR 28 februari 1992, TAR 1992, 86, m.nt. Vos in TAR 1992, p. 328-329; AB 1992, 301 m.nt. Van der Burg) heeft de burgerlijke rechter er geen moeite meer mee om ook in ambtenarenzaken, waar nodig, aanvullende rechtsbescherming te bieden, zoals in het geval dat bij de gewraakte niet-nakoming geen bij de bestuursrechter appellabel besluit of handeling betrokken is.<sup>7</sup> Bij een 'ambtenaarrechtelijke' bevoegdhedenovereenkomst kan ik me overigens niet zo snel een voorbeeld van deze laatste situatie voor de geest halen.<sup>8</sup>

5. Zie de in de bijdrage besproken uitspraak CRVB 2 april 2004, TAR 2004, 3. Vgl. ook de Hoge Raad naar aanleiding van de niet-nakoming van een zogenaamde gemeenschappelijke regeling op grond van de Wet gemeenschappelijke regelingen: arrest van 23 juni 1989, AB 1989, 551; NJ 1989, 673, m.nt. M. Scheltema; AB *Klassiek* nr. 23, m.nt. Tak (*CCN/Nieuwegein II*). In deze uitspraak volgde de Hoge Raad duidelijk een door art. 6:258 lid 1 BW geïnspireerde redenering.

6. Vgl. ook over het appellabel zijn van het besluit tot het aangaan van de overeenkomst: CRVB 24 januari 2001, AB 2002, 33, m.nt. Pennings: betreffende de wegering van de Sociale Verzekeringsbank om in het kader van EEG-recht een bevoegdhedenovereenkomst te sluiten met een Belgische instantie.

7. Zie voor eventuele schadeclaims naar aanleiding van door de bestuursrechter vernietigde besluiten (overigens wel buiten het terrein van het overeenkomstenrecht): CRVB 14 december 1995, TAR 1996, 28; CRVB 14 maart 1996, TAR 1996, 96 en ook CRVB 14 januari 1995, *Rwb* 1996, 6, m.nt. Schueler, en CRVB 3 juli 1995, *JB* 1995, 201.

8. Een voorbeeld op een ander terrein van het bestuursrecht: zie het in de vorige noot genoemde arrest inzake *CCN/Nieuwegein II*.

### Reactie op naschrift bij 'Een overeenkomst met de ambtenaar. Wat mag en wat mag niet?', TAR 2007, p. 63

door mevr. mr. S. van Waegeningh<sup>1</sup>

1. In mijn bijdrage 'Een overeenkomst met de ambtenaar. Wat mag en wat mag niet?' heb ik geprobeerd in kaart te brengen hoe in de bestuursrechtelijke rechtspraak wordt omgegaan met het leerstuk van de overeenkomst in de ambtenaarrechtelijke rechtsverhouding. Zeer recent nog heeft de Centrale Raad van Beroep zich hierover uitgesproken (9 november 2006, TAR 2007, 13). In haar naschrift bij mijn bijdrage benadrukt mevrouw mr. drs. A.M.M.M. Bots het publiekrechtelijke karakter van de ambtelijke aanstelling. Ook de overeenkomst die een bestuursorgaan met een ambtenaar kan sluiten, plaatst zij in het door haar geschetste publiekrechtelijk kader en beoordeelt zij – zo leid ik uit haar naschrift af – aan de hand van de normen die binnen dit kader gelden. Deze publiekrechtelijke normen – die zij overigens helder en overtuigend toelicht – betwist ik niet. Maar waar Bots stelt dat ik te gemakkelijk heen stap over het feit dat het hier gaat om een ineenstrengeling van publiek- en privaatrecht, benadert zij naar mijn oordeel de overeenkomst tussen bestuursorgaan en ambtenaar te eenzijdig vanuit het publiekrecht.
2. Bots schrijft dat sprake is van een publiekrechtelijke bevoegdheid als op grond van de wet alleen de overheid die bevoegdheid kan uitoefenen en daarbij eenzijdig de rechten en plichten van die burger kan bepalen. De benoeming van een ambtenaar door een bestuursorgaan heeft volgens Bots als zodanig te gelden. Uitgangspunt van de ambtenaarrechtelijke rechtsverhouding is inderdaad dat het bevoegd gezag de rechtspositie van de ambtenaar eenzijdig bepaalt. Dit uitgangspunt komt echter naar mijn oordeel in het gedrang als een bestuursorgaan met een ambtenaar een overeenkomst sluit. Deze overeenkomst wordt immers veelal gebruikt – zo volgt ook uit de rechtspraak – om wederzijdse rechten en verplichtingen van het bestuursorgaan en de ambtenaar vast te leggen. Op zichzelf is dit logisch want een overeenkomst is in beginsel niet nodig als uitsluitend eenzijdig in de rechtspositie van een ambtenaar wordt ingegrepen. Dan zal in beginsel kunnen worden volstaan met toepassing van de geldende rechtspositieregeling.
3. Is er bij gebruikmaking van een overeenkomst nog wel sprake van een zuiver publiekrechtelijke bevoegdheid die louter aan de hand van publiekrechtelijke normen kan en moet worden beoordeeld? Naar mijn mening kan de vraag welke rechtsgevolgen aan de overeenkomst moeten worden verbonden, niet enkel vanuit het publiekrecht worden beantwoord. Om die reden heb ik in mijn bijdrage betoogd dat in ieder geval voor het antwoord op de vraag hoe een ambtenaarrechtelijke overeenkomst moet worden uitgelegd, aansluiting bij het civiele recht in de rede ligt. Zoals Bots zelf aan het slot van haar naschrift suggereert, lijkt ook de Centrale Raad van Beroep in zijn rechtspraak het wederkerige karakter van een overeenkomst binnen de ambtenaarrechtelijke rechtsverhouding te onderkennen. Dit blijkt niet alleen uit het feit dat de Raad ook de ambtenaar aan het rechtszekerheidsbeginsel gebonden acht, maar komt mijns inziens tot uiting in zijn gehele wijze van beoordeling van de ambtenaarrechtelijke overeenkomst.

1. Mr. S. van Waegeningh is advocaat arbeids- en ambtenarenrecht bij Leidsegracht 3 Advocaten in Amsterdam.

4. Bots brengt terecht het onderwerp van mijn bijdrage in verband met de huidige discussie over de opheffing van de status aparte van de ambtenaar. Dit onderwerp hoort daar ook in thuis en roept minst genomen de vraag op of toenadering tot het civiele recht niet hoe langer hoe meer is aangewezen.