Een overeenkomst met de ambtenaar. Wat mag en wat mag niet?

door mevr. mr. S. van Waegeningh[1]

De ambtelijke aanstelling wordt – in ieder geval formeel gezien – door eenzijdige besluitvorming geregeld. Toch blijkt ook binnen een ambtelijke aanstelling vaak gebruik te worden gemaakt van een overeenkomst waarin de wederzijdse rechten en verplichtingen van het bestuursorgaan en de ambtenaar zijn opgenomen. Kan een bestuursorgaan wel een overeenkomst met een ambtenaar sluiten en zo ja, zijn partijen daaraan onverkort gebonden? En als één van partijen een eerder gesloten overeenkomst opzij wil zetten, welke procedure leent zich daar dan voor? In deze bijdrage probeer ik deze vragen te beantwoorden aan de hand van een analyse van de relevante rechtspraak, voornamelijk van de Centrale Raad van Beroep.

Een overeenkomst mogelijk?

De Centrale Raad van Beroep heeft inmiddels herhaaldelijk uitgesproken dat het mogelijk is binnen de ambtenaarrechtelijke rechtsverhouding een overeenkomst te sluiten. Een dergelijke overeenkomst wordt gezien als een nadere regeling van de aan het bevoegd gezag toekomende bevoegdheden (onder andere aanstellings- en ontslagbevoegdheid) met betrekking tot deze rechtsverhouding.[2]

Deze rechtspraak spitst zich overigens vooral toe op de vraag of een dergelijke overeenkomst de ambtenaar 'als zodanig' raakt en dus derhalve of de bestuursrechter (in eerste aanleg de sector bestuursrecht van de rechtbank) bevoegd is daarover te oordelen. Die vragen beantwoordt de Raad bevestigend, waarbij hij de betekenis van de overeenkomst naar burgerlijk recht niet relevant acht.[3]

Gebondenheid aan afspraken in het algemeen

Uitgangspunt bij afspraken die een bestuursorgaan met zijn ambtenaar heeft gemaakt, is dat beide partijen aan deze afspraken worden geacht te zijn gebonden. De grondslag daarvoor wordt gezocht in het rechtszekerheidsbeginsel[4], soms ook in het vertrouwensbeginsel.[5] Toch betekent dit niet dat iedere afspraak de andere partij altijd bindt. In de rechtspraak zijn uitzonderingen op deze hoofdregel geformuleerd, waarbij onderscheid kan worden gemaakt tussen de positie van het bestuursorgaan en die van de ambtenaar.

1. Mevr. mr. S. van Waegeningh is werkzaam als advocaat arbeids- en ambtenarenrecht bij Leidsegracht 3 Advocaten in Amsterdam.
2. CRvB 4 november 2004, *TAR* 2005, 8; CRvB 15 april 2004, *TAR* 2005, 15; CRvB 16 juli 1991, *TAR* 1991, 170; CRvB 24 december 1990, *TAR* 1991, 63; CRvB 9 maart 1989, *TAR* 1989, 97; CRvB 3 januari 1985, *TAR* 1985, 57. Zo ook Pres. Rb. Assen 22 november 1994, *TAR* 1995, 55.
3. CRvB 4 november 2004, *TAR* 2005, 8 en CRvB 24 januari 2003, *TAR* 2003, 99.
4. Zie o.a. Rb. Arnhem 14 april 2006, *LJN*: AW2168, CRvB 4 november 2004, *TAR* 2005, 8; CRvB 1 juli 2004, *LJN*: AP8085; CRvB 15 april 2004, *TAR* 2005, 15; CRvB 27 mei 2004, *TAR* 2005, 6; CRvB 24 januari 2003, *TAR* 2003, 99; CRvB 17 mei 1984, *TAR* 1984, 152; CRvB 14 juli 1983, *TAR* 1984, 7.
5. Rb. 's-Gravenhage 16 juli 2002, *TAR* 2002, 119.

Gebondenheid ambtenaar

Met betrekking tot de gebondenheid van de ambtenaar aan door hem met het bestuursorgaan gemaakte afspraken, heeft de Centrale Raad van Beroep een norm geformuleerd die in diverse uitspraken terugkeert.[6]

Deze norm luidt als volgt:

'(...) dat de gebondenheid van de ambtenaar aan de inhoud van de overeenkomst niet voortvloeit uit het burgerlijk recht, doch berust op het beginsel van de rechtszekerheid, dat niet alleen voor de overheid maar ook voor de ambtenaar geldt. Dit beginsel brengt naar vaste jurisprudentie met zich mee dat de ambtenaar in beginsel gehouden is tot nakoming van een toezegging of akkoordverklaring welke hij vrijwillig en zonder dwaling jegens een bestuursorgaan heeft gedaan of afgelegd, tenzij het onderwerp van die toezegging of akkoordverklaring op zodanige wijze in strijd is met enig algemeen verbindend voorschrift of anderszins onhoudbaar of ontoelaatbaar is, dat het bestuursorgaan niet van de ambtenaar had mogen vergen daarmee in te stemmen.'

Hoofdregel is gebondenheid. Hierop worden twee uitzonderingen gemaakt, te weten:
(I) de ambtenaar heeft de afspraak onvrijwillig en/of onder dwaling gemaakt;
(II) het onderwerp van de afspraak is zodanig in strijd met een algemeen verbindend voorschrift of anderszins onhoudbaar of ontoelaatbaar dat het bestuursorgaan de ambtenaar niet met deze afspraak had mogen laten instemmen.

(I) Afspraak onvrijwillig en/of onder dwaling gemaakt
De uitzondering onder (I) heeft betrekking op de wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen. Civielrechtelijk vertaald gaat het bij deze uitzondering om wilsgebreken aan de zijde van de ambtenaar op grond waarvan hij tot het sluiten van een overeenkomst heeft besloten. De Raad spreekt weliswaar alleen expliciet over dwaling, maar in de rede ligt dat ook wilsgebreken als bedrog, bedreiging en misbruik van omstandigheden (vergelijk art. 3:44 BW) hieronder kunnen worden geschaard.

> Een voorbeeld van een overeenkomst waarbij werd aangenomen dat de ambtenaar niet vrijwillig had gehandeld, biedt de uitspraak van de Raad van 17 februari 2005.[7] Het betrof hier een ambtenaar van wie het bestuurorgaan beweerde dat uit zijn feitelijk handelen een ontslagverzoek kon worden afgeleid. De Centrale Raad van Beroep oordeelde dat niet uitgesloten is dat uit feitelijk handelen van een ambtenaar een verzoek om ontslag kan worden geleid. Voorwaarde is wel dat dit handelen in volledige vrijheid moet hebben plaatsgevonden. Een ambtenaar kan niet geacht worden zijn functie te hebben prijsgegeven door handelen dat onder druk, in een dwangpositie is geschied, aldus de Raad. Daarvan was hier volgens de Raad sprake. Hier dringt zich vergelijking op met het civielrechtelijke leerstuk misbruik van omstandigheden (art. 3:44 lid 4 BW).

6. Zie o.a. CRvB 9 november 2006, *TAR* 2007, 13; CRvB 27 mei 2004, *TAR* 2005, 6; CRvB 24 januari 2003, *TAR* 2003, 99; CRvB 17 mei 1984, *TAR* 1984, 152; CRvB 14 juli 1983, *TAR* 1984, 7.
7. CRvB 17 februari 2005, *TAR* 2005, 69.

> Een beroep op wilsgebreken faalde in de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 4 november 2004.[8] De ambtenaar had aangevoerd dat de betrokken overeenkomst hem door het bestuursorgaan was opgedrongen. De rechtbank overwoog dat minnelijke regelingen altijd onder enige druk tot stand komen, maar dat dit niet onaanvaardbaar is. Voor rechterlijk ingrijpen bestaat pas aanleiding als gebleken is van ongeoorloofde pressie. Daarvan was hier geen sprake, aldus de rechtbank.

(II) Strijd met wet of anderszins onhoudbaar/ontoelaatbaar
De tweede uitzondering op de gebondenheid van een ambtenaar aan met het bestuursorgaan gemaakte afspraken, heeft betrekking op de inhoud van de overeenkomst. Deze mag niet *zodanig* in strijd zijn met een algemeen verbindend voorschrift of anderszins ontoelaatbaar zijn dat van de ambtenaar niet had mogen worden gevergd daarmee in te stemmen. Wanneer is hiervan sprake?

Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat als een overeenkomst bestaat uit een min of meer analogische toepassing van een bestaande regeling, de overeenkomst al snel als toelaatbaar wordt aangemerkt.[9] Afspraken waarbij expliciet wordt afgeweken van bestaande regelgeving, worden daarentegen kritisch benaderd.

> Zo achtte de Centrale Raad van Beroep het overeenkomen van een reorganisatieontslag zonder dat zich een reorganisatie had voorgedaan, ontoelaatbaar, omdat het bestuursorgaan in die situatie de bevoegdheid miste om een zodanig ontslagbesluit te nemen.[10] Toen de ambtenaar het reorganisatiebesluit aanvocht, besloot het bestuursorgaan alsnog tot het eerder voorgenomen disciplinair ontslag over te gaan. Ook dit werd door de Centrale Raad van Beroep niet gehonoreerd. Het bestuursorgaan had namelijk geen uitvoering gegeven aan de herplaatsingsinspanningen waartoe het zich in het kader van de overeenkomst had verplicht. In dat geval kon het bestuursorgaan volgens de Raad in redelijkheid niet terugvallen op zijn voornemen tot disciplinair ontslag. Deze uitspraak laat zien hoe de inhoud van een overeenkomst die het bestuursorgaan met zijn ambtenaar als alternatief voor een inhoudelijk besluit heeft gesloten, (uiteindelijk) de inhoudelijke besluitvorming kan beïnvloeden.

Afspraken waarbij een ambtenaar op voorhand afstand doet van primaire voorzieningen die wezenlijk zijn voor zijn levensonderhoud, lijken ook niet snel te worden aanvaard. Dit strookt met het algemene uitgangspunt dat een ontslag 'op andere gronden' of 'wegens gewichtige redenen' – de ontslaggrond die veelal aan een minnelijk overeengekomen ontslag ten grondslag zal liggen – op grond van een behoorlijke belangenafweging gepaard dient te gaan met een aanspraak op een ontslaguitkering conform de geldende regeling.[11]

> De Centrale Raad van Beroep verwierp een overeenkomst waarbij een ambtenaar al bij zijn aanstelling afstand had gedaan van de wachtgeldregeling waartoe hij gerechtigd was.[12] De Raad overwoog dat een wachtgeldregeling een bij algemeen verbindend voor-

8. *TAR* 2004, 176.
9. CRvB 14 juli 1983, *TAR* 1984, 7, m.nt. C.L.R. en m.nt. G.L. Coolen in *TAR* 1985, p. 300 bij CRvB 3 januari 1985, *TAR* 1985, 57, en m.nt. M.H. Kobussen in *TAR* 1989, p. 597 bij CRvB 9 maart 1989, *TAR* 1989, 97.
10. CRvB 24 december 1990, *TAR* 1991, 63.
11. Zie o.a. CRvB 28 september 2006, *LJN*: AY9696; CRvB 24 juni 2004, *LJN*: AP5260; CRvB 25 augustus 2003, *TAR* 2004, 2.
12. CRvB 27 mei 2004, *TAR* 2005, 6.

schrift getroffen primaire voorziening is, waarmee de (gewezen) ambtenaar de mogelijkheid wordt gewaarborgd om in zijn levensonderhoud te voorzien. Volgens de Raad zal niet snel kunnen worden aanvaard dat van een dergelijke voorziening met een tot op zekere hoogte dwingend karakter, op voorhand afstand kan worden gedaan. Dat de werkgever een (financieel) belang had om deze afspraak te maken, doet de Raad af als onvoldoende om een andere conclusie te rechtvaardigen.

Er lijkt meer ruimte te bestaan voor overeenkomsten met betrekking tot een onderwerp dat niet als primaire voorziening voor levensonderhoud wordt aangemerkt. Zo liet de Centrale Raad van Beroep de afspraak dat niet-genoten vakantiedagen niet werden uitbetaald in stand.[13] Daarbij hechtte de Raad veel waarde aan de tussen partijen overeengekomen finale kwijtingsclausule.[14] Het feit dat de aanspraak op uitbetaling van niet-genoten vakantiedagen rechtstreeks voortvloeide uit de toepasselijke regelgeving en geen onderwerp was geweest van overleg, stond volgens de Raad niet aan de geldigheid van deze clausule in de weg. Voor zover uit de uitspraak valt op te maken, had de Centrale Raad van Beroep de reikwijdte van de finale kwijtingsclausule niet onderzocht. Dit had wel voor de hand gelegen, zeker nu de finale kwijting werd ingeroepen tegen een aanspraak die – zoals de Raad zelf oordeelde – rechtstreeks uit de wet voortvloeide.[15]

Enigszins vergelijkbaar met de finale kwijtingsclausule is de markering van afspraken als een vaststellingsovereenkomst in de zin van art. 7:900 BW. Art. 7:902 BW bepaalt dat een vaststelling ter beëindiging van onzekerheid of geschil – mits deze betrekking heeft op een vermogensrechtelijk onderwerp – ook geldig is als zij in strijd is met dwingend recht, tenzij zij tevens naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde. Als een bestuursorgaan en de ambtenaar hun afspraken expliciet als vaststellingsovereenkomst kwalificeren, kunnen zij dan gemakkelijker voorbijgaan aan toepasselijke regelgeving, en zo ja, in hoeverre? In de rechtspraak heb ik hierop (nog) geen antwoord kunnen vinden. Ik zou menen dat in dat geval onderzoek zou moeten worden verricht naar de inhoud van de overeenkomst en naar de wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen. Op de vraag welke criteria daarbij moeten worden gehanteerd, kom ik hieronder terug.

Gebondenheid bestuursorgaan

Ook voor het bestuursorgaan heeft de Centrale Raad van Beroep een norm geformuleerd[16] voor de gebondenheid aan met een ambtenaar gemaakte afspraken.

Deze norm luidt aldus:

'Dit beginsel (rechtszekerheid, SvW) brengt voor het bestuursorgaan met zich dat het bij de besluitvorming de gemaakte afspraken in acht dient te nemen. Dit kan anders zijn indien bijvoorbeeld sprake is van wilsgebreken of indien zich bijzondere omstandigheden voordoen van dusdanig klemmende aard dat onverkorte nakoming van de afspraken niet (meer) in redelijkheid kan worden verlangd.'

13. CRvB 4 mei 1995, *TAR* 1995, 170.
14. Zo ook in CRvB 31 maart 2005, *LJN*: AT4035.
15. Kritisch over deze uitspraak is H.J. Simon in zijn noot bij deze uitspraak, *TAR* 1996, p. 45-50.
16. CRvB 4 november 2004, *TAR* 2005, 8.

Ook hier geldt dus als hoofdregel dat het bestuursorgaan op grond van het rechtszekerheidsbeginsel gebonden is aan een overeenkomst die het met een ambtenaar heeft gesloten. Hierop gelden uitzonderingen, die kunnen worden onderverdeeld in de volgende twee categorieën:
(I) Wilsgebreken[17];
(II) Bijzondere omstandigheden van dusdanig klemmende aard dat onverkorte nakoming van de afspraken in redelijkheid niet (meer) kan worden verlangd.

(I) Wilsgebreken
Als gezegd heeft deze uitzondering betrekking op de totstandkoming van de overeenkomst. Niet alleen de ambtenaar, maar ook het bestuursorgaan kan hierop een beroep doen. Dit beroep wordt aan dezelfde toets als bij de ambtenaar onderworpen, zij het dat bij een bestuursorgaan minder snel een wilsgebrek lijkt te worden aangenomen.

Een mooi voorbeeld vormt de beëindigingsovereenkomst die de provincie Gelderland met één van zijn ambtenaren had gesloten.[18] De provincie achtte zich niet langer gebonden aan de overeenkomst omdat zij van oordeel was dat de betrokken ambtenaar haar bij de totstandkoming van de afspraken had misleid. Daartoe wees zij op het feit dat de ambtenaar niet had gemeld dat hij al een arbeidsovereenkomst met een nieuwe werkgever had gesloten. De Raad oordeelde dat nu de provincie in de ontslagregeling niet had voorzien in de situatie dat de ambtenaar bij een andere werkgever in dienst zou treden, de provincie daaraan klaarblijkelijk geen wezenlijk belang had gehecht. Van misleiding was volgens de Raad dus geen sprake. Evenmin kon worden gezegd dat de provincie op grond van door de ambtenaar veroorzaakte verkeerde voorstelling van zaken met de ontslagregeling had ingestemd. De Raad concludeerde dat de provincie ten onrechte de ontslagregeling niet langer had nageleefd. Dit was in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel, aldus de Raad.

De Rechtbank Utrecht vond dat het Academisch Ziekenhuis Utrecht wel terecht terugkwam van een aan de ambtenaar toegekende afkoopsom.[19] Volgens de rechtbank had de ambtenaar op zijn minst het ziekenhuis onvolledig voorgelicht, overigens in dit geval juist over de inhoud van de tussen partijen gesloten overeenkomst die aan betaling van de afkoopsom in de weg stond. Hoewel zij dit niet expliciet zo noemde, lijkt de rechtbank hier dwaling aan de zijde van het bestuursorgaan te hebben aangenomen.

(II) Bijzondere omstandigheden van klemmende aard
De formulering van deze uitzondering komt sterk overeen met die van art. 6:248 lid 2 BW, te weten dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid nakoming van een overeenkomst onaanvaardbaar is. De – negatieve – formulering van deze norm ademt terughoudendheid uit, en dat lijkt ook zo te zijn bedoeld. In de rechtspraak zijn vooral voorbeelden te vinden waarin deze uitzondering niet wordt aangenomen.

Zo oordeelde de Centrale Raad van Beroep op 4 november 2004[20] dat de uitleg van het College B&W van de gemeente Ter Aar ter zake van een overeengekomen wachtgeld-

17. CRvB 15 april 2004, *TAR* 2005, 15, waarin overigens enkel werd getoetst aan het (niet) bestaan van wilsgebreken.
18. CRvB 15 april 2004, *TAR* 2005, 15.
19. Rb. Utrecht 1 november 1994, *TAR* 1995, 20.
20. *TAR* 2005, 8.

regeling niet uit de overeenkomst kon worden afgeleid. De Raad las in de overeenkomst een erkenning van recht op wachtgeld. Op die erkenning kon het College volgens de Raad, behoudens zeer bijzondere omstandigheden, niet terugkomen. Daarvan was hier volgens de Raad geen sprake.

Wanneer is wel sprake van zodanig bijzondere omstandigheden dat nakoming in redelijkheid niet van het bestuursorgaan kan worden verlangd? Gedacht zou kunnen worden aan een overeenkomst die van de zijde van het bestuursorgaan door een onbevoegde is gesloten, zonder dat het bevoegde orgaan daarvan kennis droeg. Overigens zal ook dan moeten worden onderzocht of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het rechtszekerheidsbeginsel, toch niet tot nakoming nopen.

Verder kan sprake zijn van onvoorziene omstandigheden van een zodanige aard dat zij in de weg staan aan nakoming door het bestuursorgaan. Ter vergelijking wijs ik op een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep[21] waarin een aanstellingsbesluit ten aanzien van een militair ambtenaar door de Staatssecretaris van Defensie werd ingetrokken. Deze intrekking werd door de Raad aanvaard omdat na het nemen van het aanstellingsbesluit tot een personeelsreductie van 9600 functies was besloten. Dit merkte de Raad aan als zodanig bijzondere omstandigheden dat zij aan effectuering van de aanstelling in de weg stonden. Overigens achtte de Raad intrekking van het aanstellingsbesluit alleen geoorloofd omdat de betrokken ambtenaar een zekere compensatie voor zijn nadeel was geboden.

Ook is denkbaar dat een wijziging van regelgeving aan nakoming van een overeenkomst in de weg kan staan. Het zal moeten gaan om nieuwe regelgeving die geen (enkele) ruimte biedt voor de afwijking zoals door partijen is overeengekomen. Ook hier lijkt mij van belang of partijen een eventuele wijziging van regelgeving in hun afspraken hebben verdisconteerd. Hebben zij dat gedaan, dan zal een bestuursorgaan zich nauwelijks met een beroep op gewijzigde regelgeving aan zijn afspraken kunnen onttrekken.

Tot slot is verdedigbaar dat een bestuursorgaan niet, althans niet onverkort, aan een overeenkomst kan worden gehouden als de ambtenaar met wie hij deze overeenkomst heeft gesloten, zich ook niet aan de overeenkomst houdt. Zo achtte de Centrale Raad van Beroep het gewest Maastricht en Mergelland bevoegd tot eenzijdige korting op het overeengekomen salaris nu de betrokken ambtenaar een functie elders had aanvaard en daarmee niet voldeed aan de overeengekomen verplichting zich voor werkzaamheden bij het gewest Maastricht en Mergelland beschikbaar te houden.[22]

Kortom, er zijn verschillende situaties denkbaar waarin ook een bestuursorgaan in redelijkheid niet aan zijn afspraken kan worden gehouden. Het gaat hier echter nadrukkelijk om uitzonderingen. De hoofdregel van gebondenheid wordt niet snel verlaten.

21. CRvB 2 april 2004, *TAR* 2004, 93.

22. CRvB 1 september 2005, *TAR* 2005, 176.

Criteria om de gebondenheid aan een overeenkomst te beoordelen

De vraag of in een concreet geval een ambtenaar of bestuursorgaan aan een overeenkomst is gebonden, vergt een beoordeling van de inhoud van de overeenkomst en van de feitelijke achtergronden waaronder de overeenkomst tot stand is gekomen. Daarbij spelen ook de bedoelingen en verwachtingen van partijen een rol. Voor het bepalen van de criteria die bij deze beoordeling worden gehanteerd, ligt aansluiting bij het civiele recht in de rede.[23] Hierin is immers de overeenkomst geregeld (Boek 6, titel 5 BW en zie specifiek voor het leerstuk van wilsgebreken art. 3:44 BW en art. 6:228 BW). Ook in de civielrechtelijke jurisprudentie komt de overeenkomst uitvoerig aan bod. Voor wat betreft de uitleg van een overeenkomst, geldt dit in het bijzonder voor de *Haviltex-norm*.[24] Dit is de norm die wordt gehanteerd bij de uitleg van een schriftelijk contract, niet zijnde een cao of daarmee gelijk te stellen regeling.

Betwijfeld kan echter worden of ook de Centrale Raad van Beroep aansluiting bij het civiele recht voorstaat. In zijn uitspraak van 4 november 2004[25] ging de Raad expliciet voorbij aan de civielrechtelijke betekenis van de betrokken overeenkomst, nadat het bestuursorgaan met een beroep op de *Haviltex-norm een wilsgebrek probeerde aan te tonen. Ook in zijn uitspraak van 24 januari 2003* [26] oordeelde de Raad dat de gebondenheid van de ambtenaar aan een overeenkomst niet uit het burgerlijk recht voortvloeit.

Toch wijkt naar mijn mening de bestuursrechtelijke beoordeling van een overeenkomst, afgezien van de formele toetsingskaders waarbinnen de beoordeling plaatsvindt, niet wezenlijk af van de civielrechtelijke beoordeling. Zowel in het bestuursrecht als in het civiele recht geldt als hoofdregel dat afspraken moeten worden nagekomen. In beide rechtsgebieden worden daarop uitzonderingen gemaakt, min of meer ingegeven door de redelijkheid (en billijkheid). Naar mijn idee is het dan ook kunstmatig om bij de beoordeling van een overeenkomst die een bestuursorgaan met zijn ambtenaar heeft gesloten, de ogen voor het civiele recht gesloten te houden. Bovendien vindt op steeds meer terreinen van het ambtenarenrecht – sociale zekerheid, werkgeversaansprakelijkheid, medezeggenschapsrecht – toenadering tot het civiele recht plaats. Op het terrein van het overeenkomstenrecht ligt dit mijns inziens ook in de rede, alleen al om de ambtenaar en het bestuursorgaan meer houvast te bieden bij het sluiten van een overeenkomst.

Procedurele stappen om de overeenkomst aan te tasten

Hierboven is besproken dat een ambtenaar en bestuursorgaan niet aan iedere door hen gesloten overeenkomst zijn gebonden. De vraag die daarop volgt is *hoe* een overeenkomst kan worden aangetast.

23. Zo ook H.J. Simon in zijn noot bij CRvB 4 mei 1995, *TAR* 1995, 170, *TAR* 2006, p. 45-50.
24. HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635, m.nt. C.J.H. Brunner. Kort gezegd houdt deze norm in dat het bij de uitleg van een overeenkomst niet primair gaat om de taalkundige uitleg, maar aankomt op de betekenis die partijen daaraan in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs mochten toekennen en hetgeen zij op grond daarvan redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.
25. *TAR* 2005, 8.
26. *TAR* 2003, 99.

Om rechtspositionele gevolgen binnen de ambtelijke aanstelling te kunnen hebben, zal de overeenkomst zich moeten vertalen in één of meerdere besluiten in de zin van art. 1:3 lid 1 en/of art. 8:1 lid 2 Awb. Neem bijvoorbeeld een vaststellingsovereenkomst in het kader van een overeengekomen ontslag. Ongeacht hoe de voorwaarden waaronder het ontslag wordt verleend in de overeenkomst zijn geformuleerd, zal de overeenkomst moeten leiden tot een ontslagbesluit in de zin van de Awb, wil het ontslag ook daadwerkelijk worden geëffectueerd.

Zodra de overeenkomst zich heeft vertaald in een besluit in de zin van art. 1:3 lid 1 (jo. art. 8:1 lid 1) en/of een handeling als bedoeld in art. 8:1 lid 2 Awb, is wat betreft de rechtsbescherming de Algemene wet bestuursrecht van toepassing. Ook het recht op bezwaar en beroep, als recht van openbare orde, kan de ambtenaar niet worden onthouden.[27] Een afspraak dat de ambtenaar geen bezwaar en beroep instelt, is dus niet rechtsgeldig.

Als een ambtenaar de afspraken ongedaan wil maken, kan hij dus bezwaar maken tegen het op de overeenkomst gebaseerde besluit. Staat die mogelijkheid niet langer open, dan kan hij het bestuursorgaan verzoeken op het inmiddels rechtens onaantastbaar geworden besluit terug te komen. Een dergelijk verzoek zal in beginsel moeten voldoen aan de vereisten van art. 4:6 Awb. De ambtenaar zal aannemelijk moeten maken dat aan het eerdere besluit zodanige gebreken kleven dan wel zich dusdanige omstandigheden hebben voorgedaan dat het bestuursorgaan in redelijkheid niet had mogen weigeren dat eerdere besluit ongedaan te maken. Daarbij geldt een terughoudende rechterlijke toetsing.[28]

Wil een bestuursorgaan terugkomen op een met een ambtenaar gemaakte overeenkomst, dan kan hij het daarop gebaseerde besluit wijzigen of intrekken. De bevoegdheid tot het nemen van een besluit impliceert ook de bevoegdheid tot wijziging en intrekking van een besluit.[29] Wel moet die bevoegdheid worden toegepast in overeenstemming met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.[30] Zo werd een eenzijdige wijziging van een aanstellingsbesluit waarbij de rechtspositie van de ambtenaar verslechterde uit oogpunt van de rechtszekerheid niet toelaatbaar geacht.[31]

Er zijn nog meer procedurele mogelijkheden denkbaar, afhankelijk van de aard van de overeenkomst. Zo kan het terugkomen op een overeenkomst door het bestuursorgaan nopen tot het nemen van een terugvorderingsbesluit. Andersom kan een terugvorderingbesluit zich juist ook lenen voor de situatie dat een ambtenaar een overeenkomst niet nakomt en het bestuursorgaan dat door terugvordering alsnog probeert te bewerkstelligen.[32]

Procedureel is het niet zo ingewikkeld een overeenkomst aan te tasten. Een dergelijke procedure zal echter alleen tot succes leiden als er ook inhoudelijke argumenten zijn die niet-nakoming van de overeenkomst rechtvaardigen.

27. CRvB 17 mei 1984, *TAR* 1984, 152; Rb. Breda 17 januari 1995, *TAR* 1995, 82 en CRvB 16 maart 2000, *TAR* 2000, 62.
28. Van Buuren 2003 (T&C Awb), aant. 3 bij artikel 4:6, en CRvB 18 oktober 2001, *TAR* 2002, 35. Zie ook CRvB 31 maart 2005, *LJN*: AT4035.
29. Van Buuren 2003 (T&C Awb), aant. 2 bij artikel 6:18, en CRvB 12 juni 2001, *JB* 2001, 198.
30. CRvB 17 november 1994, *TAR* 1995, 14; CRvB 9 juni 1994, *TAR* 1994, 174 en CRvB 10 maart 1988, *TAR* 1988, 105.
31. CRvB 19 oktober 1989, *TAR* 1989, 242.
32. Zie o.a. CRvB 24 januari 2003, *TAR* 2003, 99; CRvB 3 juli 1997, *TAR* 1997, 194; Rb. 's-Gravenhage 23 april 1999, *TAR* 1999, 109.

De praktijk

Wat betekent het vorenstaande nu voor de praktijk? Uit praktisch oogpunt is het toe te juichen dat het is toegestaan met een ambtenaar een overeenkomst te sluiten die beide partijen in beginsel bindt. Zo kunnen afspraken worden gemaakt over onderwerpen waarin de regelgeving niet voorziet of die daar in meer of mindere mate van afwijken. Dat maakt de kaders waarbinnen de rechtspositie van een ambtenaar wordt ingevuld, aanzienlijk ruimer. Duidelijk is wel dat de contractvrijheid met een ambtenaar niet onbegrensd is. De grenzen zijn echter niet altijd eenduidig aan te wijzen. Dat komt de rechtszekerheid niet ten goede.

Zo mag de overeenkomst met een ambtenaar niet 'zozeer in strijd zijn met een algemeen verbindend voorschrift of anderszins ontoelaatbaar zijn'. Wanneer daar sprake van is, is niet altijd even duidelijk. Afspraken waarbij de ambtenaar afstand doet van een primaire voorziening voor zijn levensonderhoud, lijken niet te zijn toegestaan. Dit lijkt echter genuanceerder te liggen als partijen aan hun afspraken finale kwijting hebben verbonden en wellicht ook als zij hun afspraken als vaststellingsovereenkomst hebben aangemerkt. Enige verduidelijking over de reikwijdte van de contractsvrijheid is op haar plaats.

Verder is meer helderheid geboden over de criteria die gelden bij de uitleg van een overeenkomst die een bestuursorgaan met zijn ambtenaar heeft gesloten. Naar mijn oordeel zou hier moeten worden aangesloten bij het civiele recht. De Centrale Raad van Beroep lijkt hier echter vooralsnog weinig voor te voelen.

Om te voorkomen dat afspraken te zijner tijd bij de rechter onderuit gaan, lijkt het in ieder geval raadzaam om afspraken schriftelijk en zo expliciet mogelijk vast te leggen. Daarnaast is het verstandig om ook de achtergrond van de afspraken op papier te zetten. Tot slot verdient het aanbeveling in de afspraken een clausule op te nemen waarin partijen elkaar finale kwijting verlenen. Deze clausule zou naar mijn mening zo concreet mogelijk moeten worden geformuleerd. Zekerheid biedt dit alles niet, maar enig effect lijkt het wel te hebben.

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

door mr. drs. A.M.M.M. Bots[1]

1. In het vorige nummer van dit tijdschrift verscheen van de hand van mevr. 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. Nicolaï, '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. Mevr. 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 Nicolaï, 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 (materiële) 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. Wattèl, '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 laatste mogelijk vanwege het veelal ontbreken van derdebelanghebbenden wier belangen daardoor in het gedrang 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. Schlössels, *Onverzekerde eega*). Voor een verdere uitweiding 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 om op 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[2] 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[3]), het formele zorgvuldigheidsbeginsel of, vanwege de aan de overeenkomst ten grondslag liggende beleidsvrijheid, de meer terughoudende evenredigheidsnorm van art. 3:4 lid 2 Awb.[4] 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 (voorzover 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/Sittard*): niet-nakoming van de belofte door de burgemeester om een politieagent 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 studiekosten; gehouden van *de ambtenaar* tot nakoming van de bij aanstelling ondertekende overeenkomst op grond van het rechtszekerheidsbeginsel.
4. 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.

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.[5]

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 *GCN/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.[6] 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.[7] Bij een 'ambtenaarrechtelijke' bevoegdhedenovereenkomst kan ik me overigens niet zo snel een voorbeeld van deze laatste situatie voor de geest halen.[8]

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 (*GCN/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 weigering 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, *Rawb* 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 *GCN/Nieuwegein II*.

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 aangeroerd door Nicolaï, a.w., met name p. 272, en eerder De Waard waarnaar Nicolaï verwijst. Mogelijke verklaring is (ook door Nicolaï 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.

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[1]

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.