

1. Inleiding

Er is al heel wat geschreven over de bijzondere positie van de ambtenaar in het arbeidsrecht. Aan een ambtenaar mogen met betrekking tot integriteit hogere eisen worden gesteld dan aan een “gewone” werknemer.² Maar hoe zit het eigenlijk met de overheidswerkgever? Is dat een “gewone” werkgever? In dit artikel wordt besproken hoe de algemene beginselen van behoorlijk bestuur doorwerken in de arbeidsrechtelijke verhouding tussen de overheid als werkgever en de ambtenaar als werknemer.

2. Van publiekrechtelijke naar civielrechtelijke rechtspositie

Met de invoering van de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (Wnra) per 1 januari 2020 is het civiele arbeidsrecht van toepassing geworden op ambtenaren die onder de werkingssfeer van de Ambtenarenwet 2017 (AW) vallen. Voor de meeste ambtenaren betekent dit dat hun rechtspositie niet langer publiekrechtelijk van aard is maar civielrechtelijk.³ Toch is een ambtenaar in de zin van de AW nog steeds geen “gewone” werknemer. Dit is ook wettelijk verankerd.

Op grond van artikel 6 AW is een ambtenaar gehouden de bij of krachtens de wet op hem rustende en uit zijn functie voortvloeiende verplichtingen te vervullen en zich ook overigens te gedragen zoals het een goed ambtenaar betaamt. Het niet naleven daarvan geldt op grond van artikel 6, lid 2, AW voor de toepassing van het Burgerlijk Wetboek als een tekortkoming in het nakomen van de plichten die de arbeidsovereenkomst aan de ambtenaar oplegt. In de jurisprudentie kent de kantonrechter bijzonder gewicht toe aan de verplichting op grond van artikel 6 AW om zich als goed ambtenaar te gedragen en wordt erkend dat een ambtenaar een bijzondere integriteitspositie heeft ten opzichte van werknemers die geen ambtenaar zijn.⁴

3. Doorwerking van publiekrecht in het civiele recht

Maar hoe zit het eigenlijk met de werkgeversrol van overheden? Zijn overheden wel “gewone” werkgevers? Of worden ook bijzondere wettelijke eisen gesteld aan een overheidswerkgever?

Het antwoord op deze vraag luidt bevestigend. Zowel in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) als in het Burgerlijk Wetboek (BW) staat een schakelbepaling opgenomen, die borgt dat het publiek- en privaatrecht met elkaar verbonden zijn.

In artikel 3:1, lid 2, Awb is bepaald dat de afdelingen 3.2 tot en met 3.4 Awb van overeenkomstige toepassing zijn op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten, voor zover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet. Dat wil zeggen dat deze afdelingen van de Awb in beginsel ook van toepassing zijn, indien een bestuursorgaan privaatrechtelijke rechtshandelingen verricht, zoals het aangaan van een (arbeids)overeenkomst.⁵

1 Mr. K.F.A.M. Weijling is advocaat bij Stuiver & Weijling Advocaten Ambtenarenrecht en Arbeidsrecht en hogeschooldocent publiekrecht aan de HU.

2 Zie bijvoorbeeld M.C.J. van der Brekel, ‘Ruim één jaar integriteit sinds de Wnra: de balans opmaken’, *ArbeidsRecht* 2021/19.

3 Ambtenaren in dienst van politie, defensie, veiligheidsregio's en de rechtelijke macht vallen niet onder de Ambtenarenwet 2017 en hebben nog een publiekrechtelijke eenzijdige aanstelling.

4 Zie bijvoorbeeld Rb. Noord-Holland 17 maart 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:2965.

5 Zie ook J.C.A. de Poorter, *T&C Algemene wet bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 103.

Een overheidswerkgever zal de algemene beginselen van behoorlijk bestuur dus ook in acht moeten nemen bij de besluitvorming ten aanzien van overheidswerknemers. Niessen betwijfelt of dit opgaat, omdat in artikel 3:1, lid 2, Awb wordt gesproken over “andere handelingen dan besluiten”.⁶ Daaraan ligt dan kennelijk de veronderstelling ten grondslag, dat een overheidswerkgever die een besluit neemt ten aanzien van een overheidswerker geen andere handeling verricht in de zin van artikel 3:1, lid 2, Awb. Ik deel die conclusie niet. Het aangaan en het uitoefenen van bevoegdheden in het kader van die arbeidsovereenkomst kan worden aangemerkt als het verrichten van een privaatrechtelijke rechtshandeling. Dat is een andere handeling dan het nemen van een besluit. Een besluit is immers op grond van artikel 1:3, lid 1, Awb een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan gericht op een publiekrechtelijke rechtshandeling.

Het spiegelbeeld van artikel 3, lid 2, Awb staat in artikel 3:14 BW. Daar is bepaald dat een bevoegdheid die iemand krachtens burgerlijk recht toekomt niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. De overheid is met andere woorden als zij civielrechtelijk handelt ook gebonden aan het publiekrecht.

De strekking van artikel 3:14 BW is ruimer dan artikel 3:1, lid 2, Awb, omdat immers wordt gesproken van geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht. De strekking is ook ruimer omdat er staat “iemand”. Het artikel richt zich dus niet alleen tot de overheid, maar ook tot privaatrechtelijke rechtspersonen en natuurlijke personen. Zo kan ook een werknemer jegens een civiele werkgever een beroep doen op eerbiediging van grondrechten (publiekrecht), zoals het recht op privacy. Een civiele partij kan jegens een andere civiele partij echter geen beroep doen op de bepalingen in de Awb en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, omdat deze zich specifiek richten tot de overheid.

Op grond van artikel 3:14 BW en artikel 3:1, lid 2, Awb is de overheid, indien zij optreedt als werkgever, naar civiel recht dus gebonden aan de geschreven en ongeschreven regels van bestuursrecht, waaronder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

4. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Om welke regels gaat het dan? In de eerste plaats om hoofdstuk 2 en de afdelingen 3.2 tot en met 3.4 Awb. Het gaat om het recht op bijstand door een gemachtigde (2:1), de doorzendplicht (2:3), het verbod op vooringenomenheid en partijdigheid, de geheimhoudingsverplichting (2:5), het gebruik van de Nederlandse taal (2:6) en afdeling 2.3 Awb, waarin het verkeer tussen overheid en burger langs elektronische weg is geregeld. Verder gaat het in afdeling 3.2 Awb om het zorgvuldigheidsbeginsel (3:2), het verbod op ‘misbruik’ van bevoegdheid (détournement de pouvoir) (3:3), de verplichte belangenafweging en het evenredigheidsbeginsel (3:4).⁷

Het motiveringsbeginsel is geregeld in afdeling 3.7 Awb, namelijk in artikel 3:46 Awb. Daarmee behoort het niet tot de geschreven regels van publiekrecht, die vallen onder de reikwijdte van de schakelbepaling in artikel 3:1, lid 2, Awb, die immers is beperkt tot de afdelingen 3.2 tot en met 3.4 Awb. Artikel 3:46 Awb valt uiteraard wel onder de reikwijdte van artikel 3:14 BW als geschreven regel van publiekrecht voor zover het gaat om besluiten in de zin van artikel 1:3, lid 1, Awb. Artikel 3:46 Awb codificeert vroegere rechtspraak. Ik zou dan ook menen dat de overheidswerkgever ook in een arbeidsrechtelijke verhouding is gebonden aan het motiveringsbeginsel.⁸ Ten slotte kennen we dan nog de andere ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het vertrouwensbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel

6 C.R. Niessen, *In het nu wat zal worden. Over toekomstig bestuursrecht (SteR nr. 41)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

7 Zie voor een uitgebreide rubricering van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur R.J.N. Schössels, *NTB 2018/66*.

8 J.C.A. de Poorter, *T&C Algemene wet bestuursrecht*, Deventer Wolters: Kluwer 2021, p. 189.

en het verbod op willekeur waarop via de schakelbepaling van artikel 3:14 BW een beroep kan worden gedaan.

5. Beginselen van goed werkgeverschap en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Een arbeidsovereenkomst is een bijzondere overeenkomst op grond van hoofdstuk 7 BW. De redelijkheid en billijkheid die in artikel 6:2 en 6:248 BW zijn geregeld voor het algemeen verbintenissenrecht, vinden in het arbeidsrecht hun nadere uitwerking in artikel 7:611 BW. Daarin wordt geregeld dat de werkgever en werknemer zich als “goed werkgever” en “goed werknemer” dienen te gedragen.⁹

Door Heerma van Voss is bepleit dat voor de invulling van het begrip “goed werkgeverschap” ex artikel 7:611 BW inspiratie gezocht kan worden bij de in het publiekrecht ontwikkelde algemene beginselen van behoorlijk bestuur.¹⁰ Op basis van zijn onderzoek komt Heerma van Voss tot de formulering van een zestal beginselen van goed werkgeverschap, te weten: het zorgvuldigheidsbeginsel, de zuiverheid van oogmerk, het motiveringsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel.¹¹ Het gaat hier dus niet om algemene beginselen van behoorlijk bestuur die gelden voor specifiek de overheidswerkgever, maar om beginselen van goed werkgeverschap die gelden voor elke werkgever op grond van artikel 7:611 BW.

Een overheidswerkgever die een overheidswerknemer zonder zorgvuldig onderzoek naar de feiten en zonder hoor en wederhoor gedwongen overplaatst, handelt dus niet als goed werkgever op grond van artikel 7:611 BW, en via de schakelbepaling ex artikel 3:1, lid 2, Awb tevens in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel, als bedoeld in artikel 3:2 Awb. De vraag is of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur materieel hetzelfde zijn als de algemene beginselen van goed werkgeverschap.

6. Jurisprudentie Hoge Raad

De Hoge Raad heeft in een recente beschikking van 24 december 2021 het civielrechtelijk handelen van de overheid via de redelijkheid en billijkheid getoetst aan het vertrouwensbeginsel.¹² In deze casus, die speelt in het omgevingsrecht, gaat het, kort gezegd, om een afspraak die de Nederlandse Staat met een burger heeft gemaakt. De staat verplichtte zich jegens de burger tot de aanleg van een brug naar de woning van de burger in het kader van het grootschalige programma “Ruimte voor de Rivier”. De staat weigerde de afspraak uiteindelijk na te komen, omdat het zeer kostbaar was en er goedkopere alternatieven voorhanden waren. De staat bood daarom compensatie aan. De burger verzocht echter in een civiele procedure nakoming van de overeenkomst. De burger deed daarbij een beroep op de redelijkheid en billijkheid ex artikel 6:2 BW. Dit houdt in dat partijen gehouden zijn zich jegens elkaar te gedragen conform de eisen van de redelijkheid en billijkheid en dat een krachtens de wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel niet van toepassing is, voor zover dit, gegeven de omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, onaanvaardbaar zou zijn.¹³ Het Hof zocht voor de inkleuring van de redelijkheid en billijkheid aansluiting bij het vertrouwensbeginsel, zoals dat invulling heeft gekregen in de bestuursrechtelijke jurisprudentie van de Raad van State. De herijkte jurisprudentie van de bestuursrechter

9 E. Verhulp, *T&C Arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 15.

10 G.J.J. Heerma van Voss, ‘De dynamiek van het goed werkgeverschap’, *TRA* 2011/77.

11 G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999.

12 HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1957.

13 Hier kan ook een parallel worden getrokken naar HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2312 (*Parallelle Entry/KLM*), waarin de Hoge Raad oordeelt dat een beroep op het beginsel dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden gelijk beloond moet worden in het kader van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is onderworpen aan het onaanvaardbaarheids criterium.

met betrekking tot het vertrouwensbeginsel (de zogenaamde drie-stappen-jurisprudentie) wordt daarbij door het Hof een-op-een toegepast op deze casus.¹⁴

De Hoge Raad bevestigt het arrest van het Hof. De HR overweegt dat het civiele recht weliswaar een andere uit artikel 6:2, lid 2, BW voortvloeiende maatstaf dan het bestuursrecht kent, maar dat de wijze waarop deze maatstaf dient te worden toegepast in een geval als het onderhavige niet verschilt van de toepassing van de bestuursrechtelijke maatstaf. Uitgangspunt is dat het overheidslichaam volgens beide maatstaven gehouden is de toezegging na te komen, dat het belang van degene die zich beroept op de toezegging zwaar weegt, maar dat zwaardere andere belangen, waaronder belangen van derden en algemene belangen, nakoming van de toezegging in de weg kunnen staan.

Met dit arrest sluit de Hoge Raad aan bij eerdere rechtspraak waarin de vraag naar de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid bij overeenkomsten tussen overheid en burger ook uitdrukkelijk werd ingevuld met een toets aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.¹⁵ Ook in aanbestedingsjurisprudentie wordt deze lijn door de Hoge Raad gevolgd.¹⁶

Kortmann stelt in zijn noot bij dit arrest dat de zinssnede “in een geval als het onderhavige” niet onderschat moet worden. De lat voor wat in het civielrecht als onaanvaardbaar wordt beschouwd ligt hoog. Kortmann wijst erop dat in het publiekrecht de regel andersom geldt, namelijk het vertrouwensbeginsel brengt niet mee dat gerechtvaardigde verwachtingen altijd moeten worden gehonoreerd. Als bij besluiten veel uiteenlopende belangen een rol spelen, zoals in het omgevingsrecht, komt aan toezeggingen maar een beperkt gewicht toe. De hoedanigheid van partijen en het object van de toezegging zijn volgens Kortmann factoren die een rol spelen bij een beroep op het vertrouwensbeginsel in het kader van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Kortmann maakt zich sterk dat als de toezegging zou zijn gedaan tussen twee commerciële partijen over een louter commerciële prestatie, de Hoge Raad een striktere benadering had gevolgd.¹⁷

Ik meen ook dat een overheid een bijzondere positie inneemt in het maatschappelijk verkeer. Enerzijds zal een overheid zich als hoeder van het algemeen belang soms meer kunnen “permitteren” dan een private partij, zoals in de casus die hiervoor uiteen is gezet. De Hoge Raad oordeelde dat de Staat niet gebonden was aan de toezegging, omdat een passende compensatie was geboden en een doelmatige besteding van publieke middelen een zo zwaarwegend belang kan zijn dat nakoming van de toezegging in de weg staat. Het aanleggen van de brug was bijzonder kostbaar en uiteindelijk was gekozen voor een ander goedkoper alternatief. Anderzijds zal onder omstandigheden een overheid zich minder kunnen permitteren dan een private partij, als het gaat om in acht te nemen zorgvuldigheid, handelen zonder vooringenomenheid en partijdigheid. Mijns inziens brengt niet alleen de bijzondere positie in het maatschappelijk verkeer dit mee, maar vloeit dit ook direct voort uit de doorwerking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het privaatrecht op grond van de schakelbepalingen in de Awb en het BW.

14 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694. Hierin overweegt de ABRvS ten aanzien van het vertrouwensbeginsel ‘nieuwe stijl’ dat drie stappen moeten worden doorlopen door de rechter om na te gaan of een bestuursorgaan aan een toezegging is gebonden. In de laatste stap wordt beoordeeld of de gerechtvaardigde verwachtingen door een bestuursorgaan moeten worden gehonoreerd. Daarbij dient een afweging van de betrokken belangen te worden gemaakt, waarbij het belang van degene bij wie het gerechtvaardigde belang is gewekt zwaar weegt, maar andere belangen, zoals strijd met de wet, het algemeen belang of belangen van derden, zwaarder kunnen wegen.

15 *JB* 2022/39, m.nt. C.L.G.F.H. Albers.

16 Zie bijvoorbeeld HR 4 april 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AF2830, m.nt. F.J. van Ommeren.

17 C.N.J. Kortmann, ‘Bindt een toezegging in het privaatrecht sterker dan in het publiekrecht?’, *AB* 2022/134.

7. Goed overheidswerkgever

De redelijkheid en billijkheid in het verbintenissenrecht ex artikel 6:2 BW worden bij een overeenkomst tussen de overheid en een burger dus ingekleurd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals die ontwikkeld zijn in het publiekrecht. Bij de uitoefening van werkgeverbevoegden is de overheid gebonden aan de geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht, c.q. de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Denk bij werkgeverbevoegdheden aan het voorbereiden en nemen van beslissingen over: het aanbieden van scholing (artikel 7:611a BW), toepassing van het eenzijdig wijzigingsbeding (artikel 7:613 BW), gebruikmaking van het recht op loonstaking (artikel 7:628 BW) en recht van loonopshorting (artikel 7:629 BW), de bevoegdheid tot het weigeren van een vakantieverzoek of het intrekken van reeds vastgestelde vakantiedagen wegens gewichtige redenen (artikel 7:638 BW), het nakomen van re-integratieverplichtingen (artikel 7:658a BW), het gebruikmaken van het instructierecht (artikel 7:660 BW). Ten slotte geldt deze normering ook bij het gebruikmaken van de werkgeversbevoegdheid om een arbeidsovereenkomst op te zeggen of ontbinding te vragen.

8. Jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zien met name ook op een zorgvuldige voorbereiding van overheidsbeslissingen en het maken van een behoorlijke belangenafweging. Zorgvuldig feitenonderzoek, onpartijdigheid en hoor- en wederhoor zijn belangrijke kernwaarden die de overheidswerkgever in acht zal moeten nemen. Wie optreedt in een arbeidsrechtelijke procedure tussen een overheidswerkgever en een overheidswerknemer doet er dus goed aan te rade te gaan bij de ambtenarenrechtelijke jurisprudentie, zoals ontwikkeld door de Centrale Raad van Beroep.

Als het bijvoorbeeld gaat om het opdragen van andere werkzaamheden of demotie, de vraag of voldoende herplaatsingsonderzoek is gedaan, of onverschuldigd betaald salaris in redelijkheid nog kan worden teruggevorderd, kan met een beroep op het zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel met verwijzing naar de relevante jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep aan de rechter worden gevraagd te toetsen of het handelen van een overheidswerkgever zich verdraagt met de algemene beginselen van goed (overheids)werkgeverschap.¹⁸

9. Conclusie

Op grond van artikel 3:14 BW en artikel 3:1, lid 2, Awb is de overheidswerkgever ook bij arbeidsrechtelijk handelen gebonden aan de geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht. In de beschikking van de Hoge Raad van 24 december 2021 wordt de lijn van de Hoge Raad doorgetrokken dat de redelijkheid en billijkheid ex artikel 6:2 BW bij een overeenkomst met de overheid worden ingekleurd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals ontwikkeld in de jurisprudentie van de bestuursrechter.

De bijzondere positie van de overheid binnen het maatschappelijk verkeer en de schakelbepalingen in de Awb en het BW brengen mee dat het begrip goed (overheids)werkgever, ex artikel 7:611 BW, nader zal dienen te worden ingekleurd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals ontwikkeld in de jurisprudentie van de CRvB. Het handelen van een overheid als civielrechtelijke werkgever dient hier dus te worden gelegd naast de publiekrechtelijke meetlat.

18 Zie voor opdragen van andere werkzaamheden bijvoorbeeld CRvB 3 december 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BK7331, voor demotie CRvB 30 juni 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:1479, voor herplaatsingsonderzoek CRvB 16 oktober 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AR4435 en voor terugvordering CRvB 5 augustus 1999, TAR 1999, 134.