De geloste ambtenaar mist de bus

R.M. Beltzer*

Al jaren wordt in Nederland discussie gevoerd over het antwoord op de vraag of overheidsinstellingen en het daar aanwezige personeel kunnen overgaan in de zin van de Richtlijn inzake overgang van ondernemingen (Richtlijn 98/50/EEG, voorheen 77/187/EEG).[1] Het Hof van Justitie lijkt nu met twee in september gewezen uitspraken[2] het lot van de (ex-)ambtenaar te hebben bezegeld.

Collino & Chiappero/Telecom Italia SpA

In deze op 14 september jl. onder de oude richtlijn gewezen Italiaanse zaak ging het in hoofdzaak om de gevolgen van een privatisering voor de anciënniteit van het personeel. Collino en Chiappero waren tot 1 november in dienst geweest van ASST, indertijd de overheidsdienst die belast was met het beheer van telecommunicatievoorzieningen ten dienste van Italië. Op 1 november gingen zij over naar Iritel, een vennootschap die krachtens een wet was opgericht als rechtsopvolgster van ASST. Iritel werd op 16 mei 1994 op haar beurt overgenomen door SIP, later Telecom Italia geheten.
Volgens de Italiaanse wet is het in geval van een overgang van een overheidsdienst of overheidsinstelling mogelijk specifieke bepalingen in het leven te roepen die een afwijking van de normale regels inzake overgang van onderneming (opgenomen in art. 2112 van het Italiaanse BW) toelaten. Die specifieke bepalingen waren er in het geval van de overgang van ASST naar Iritel: bij wet nr. 58/92 was onder meer geregeld dat de personeelsleden van ASST de keuze hadden in overheidsdienst te blijven of bij Iritel in loondienst te treden. Daarnaast was voorzien in de mogelijkheid via collectieve onderhandelingen de werknemers te verzekeren van een financiële behandeling die over het geheel genomen niet minder gunstig zou zijn dan hun vroegere situatie. Hiermee zou tegemoetgekomen kunnen worden aan de veel gehoorde wens de arbeidsvoorwaardenregelingen van vervreemder en verkrijger op elkaar te laten aansluiten, vooral in een situatie van (de)privatisering. Hierbij moet echter bedacht worden dat het Hof van Justitie de mogelijkheid ter gelegenheid van de overgang "te plussen en te minnen" uitdrukkelijk heeft uitgesloten.[3]
De inmiddels gepensioneerde Collino en Chiappero daagden Telecom Italia op 16 oktober 1997 voor de Italiaanse rechter omdat zij het niet eens waren met de voorwaarden waaronder hun overgang van ASST naar Iritel was geschied. Zij betwistten de geldigheid van de op basis van de hiervoor genoemde wet nr. 58/92 op 8 april 1993 tussen Iritel en SIP enerzijds en werknemersvertegenwoordigers anderzijds gesloten collectieve overeenkomst. In deze overeenkomst was geregeld dat de berekening van salarisverhogingen van de op 1 november overgegane personen zou geschieden volgens de voor pas aangeworven werknemers geldende criteria zoals opgenomen in art. 24, derde alinea van de nationale werknemersovereenkomst. Wat die criteria precies zijn, blijkt niet uit de casus, maar erg

---

* Mr. R.M. Beltzer is onderzoeker bij het Hugo Sinzheimer Instituut te Amsterdam.
[1] Zie voor bijdragen hierover in dit blad: P.R.W. Schaink, "Ontslag van in de private sector gedetacheerde ambtenaren: een doolhof", *ArbeidsRecht* 1995/11, 63, D. Christe, "Wie bergt de geloste ambtenaar?", *ArbeidsRecht* 1996/12, 74, M.O. Meulenbelt, "Mist de geprivatiseerde ambtenaar de bus?", *ArbeidsRecht* 1998/11, 66 en A.H. van Zutphen, "De status van bij geprivatiseerde instellingen permanent gedetacheerde ambtenaren", *ArbeidsRecht* 1998/1, 2.
[2] HvJEG 14 september 2000, *JAR* 2000/225 (Collino & Chiappero/Telecom Italia) en HvJEG 26 september 2000, *JAR* 2000/239 (Mayeur/APIM).
[3] HvJEG 10 februari 1988, *NJ* 1990, 423 (Daddy's Dance Hall).

gunstig voor hun anciënniteitsberekening zal het niet zijn geweest. Collino en Chiappero meenden namelijk in aanmerking te komen voor een anciënniteitsberekening volgens datzelfde art. 24, maar dan volgens de eerste en tweede alinea. Die regeling gold volgens de collectieve overeenkomst voor werknemers die door de SIP op 30 juni 1992 – een datum waarop van de latere overgang van Iritel naar SIP dus nog bijna twee jaren op zich zou laten wachten - reeds waren aangeworven. Die laatste regeling zou meer recht doen aan de continuïteit van hun arbeidsverhouding zoals dat volgt uit art. 2112 van het Italiaanse BW. Daarnaast maakten Collino en Chiappero bezwaar tegen het feit dat de ontslagvergoeding waar elk persoon in overheidsdienst recht op heeft hun reeds was uitgekeerd toen zij ASST verlieten. Bij pensionering hadden zij van SIP eveneens een ontslagvergoeding ontvangen die was gebaseerd op hun anciënniteit vanaf de datum van overgang naar Iritel. Zij hadden de van ASST ontvangen vergoeding liever teruggestort aan SIP, omdat in dat geval SIP met hun totale anciënniteit rekening had moeten houden en hun ontslagvergoeding die ze bij pensionering van SIP dan zouden ontvangen hoger zou uitvallen dan de bedragen van de twee nu door hen ontvangen ontslagvergoedingen tezamen.
Telecom Italia bestreed de vorderingen met de stelling dat tussen ASST en Iritel geen overgang van onderneming had plaatsgevonden, nu een openbare instelling als ASST niet als onderneming was te beschouwen. Bovendien moest voor de betrokken activiteiten een overheidsconcessie zijn verleend. De Italiaanse rechter overwoog dat er objectief gezien wel sprake was geweest van een overgang van onderneming, maar dat wet nr. 58/92 afwijkingen van art. 2112 van het Italiaanse wetboek mogelijk heeft gemaakt, zodat Collino en Chiappero zich niet op dit artikel konden beroepen. De rechter twijfelde echter aan de verenigbaarheid van deze wet met de richtlijn overgang van ondernemingen en stelde het Hof van Justitie een aantal prejudiciële vragen. De rechter wenste te vernemen of er een overgang van onderneming was geweest en of de anciënniteit van Collino en Chiappero behouden was gebleven.
Het Hof had eerst te oordelen over de ontvankelijkheid. Telecom Italia had gesteld dat de richtlijn niet toepasbaar was, nu uitsluitend particulieren tegenover elkaar stonden en aan richtlijnen geen horizontale werking toekomt. Het Hof volgde die redenering, maar plaatste er twee kanttekeningen bij. Ten eerste dient de nationale rechter de nationale wetgeving uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn. Daarnaast geldt dat wanneer iemand zich tegenover de staat op een richtlijn kan beroepen, hij dit kan doen ongeacht de hoedanigheid waarin de staat handelt, als werkgever of als overheid. Tot de rechtssubjecten tegenover welke een beroep kan worden gedaan op bepalingen van een richtlijn die rechtstreekse werking kunnen hebben behoort in ieder geval, ongeacht de juridische vorm, een lichaam dat krachtens een overheidsmaatregel is belast met de uitvoering van een dienst van openbaar belang, onder toezicht van de overheid, en dat hiertoe over speciale bevoegdheden beschikt. Het staat volgens het Hof aan de nationale rechter om te bepalen of de richtlijn kon worden ingeroepen tegen Iritel.
De vraag of er een onderneming was overgegaan, beantwoordde het Hof, niet verrassend, bevestigend: er was sprake geweest van overgang van een eenheid met een economische activiteit. Hier was dus geen sprake geweest van slechts een structuurwijziging van openbare lichamen of een overgang van bestuurstaken, een situatie die de richtlijn nu in navolging van het arrest Henke[4] in art. 1, eerste lid onder c van haar werking heeft uitgesloten. Ook aan het overeenkomstvereiste was voldaan: dat de overgang voorvloeide uit een overheidsconcessie kon de toepasselijkheid van de richtlijn evenmin uitsluiten.[5]
Dan bleef de vraag over of Collino en Chiappero wel als werknemer in de zin van de richtlijn waren te beschouwen. De richtlijn bepaalt in art. 2, eerste lid onder d en het tweede lid dat

---

[4] HvJEG 15 oktober 1996, *JAR* 1996/254 (Henke/Gemeinde Schierke).
[5] Vgl. HvJEG 19 mei 1992, *NJ* 1992, 476 (Sophie Redmond Stichting).

onder werknemer eenieder is te scharen die krachtens nationale wetgeving als werknemer bescherming geniet, waarbij de richtlijn niets afdoet aan het nationale recht met betrekking tot de definitie van een arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking. Op het moment van overgang waren Collino en Chiappero ambtenaar bij ASST. De Commissie en de Finse regering meenden dat op hen de richtlijn van toepassing was wanneer zou blijken dat de door de bij ASST werkzame personen uitgevoerde werkzaamheden in wezen overeenkwamen met die van werknemers van een privaatrechtelijke vennootschap. Deze uitlegging vond volgens hen steun in het feit dat de richtlijn naast het begrip "arbeidsovereenkomst" ook het begrip "arbeidsbetrekking" (voorheen: "arbeidsverhouding") hanteert. Het Hof volgde die redenering niet: de richtlijn is niet van toepassing op personen die niet krachtens nationale wetgeving als werknemer bescherming genieten, ongeacht de werkzaamheden die die personen uitoefenen. Uit het dossier maakte het Hof op dat de werknemers van ASST op het moment van overgang onder een publiekrechtelijk statuut vielen en niet onder het Italiaanse arbeidsrecht. Het staat echter aan de nationale rechter zich hiervan te vergewissen.
Op de tweede vraag, die naar het behoud van anciënniteit, antwoordde het Hof dat werknemers inderdaad hun anciënniteit behouden. Dat is geen verrassing. Opmerkelijk is 's Hofs opmerking dat die anciënniteit op zich geen recht is dat zij bij hun nieuwe werkgever geldend kunnen maken. Deze wat raadselachtige zin wordt als volgt verduidelijkt: de anciënniteit is medebepalend voor bepaalde (financiële) rechten van de werknemers en de verkrijger zal die rechten *op dezelfde voet als bij de vervreemder* moeten handhaven. De verkrijger moet dus bij de berekening van financiële rechten rekening houden met alle dienstjaren die bij de vervreemder en bij hemzelf zijn doorgebracht en wel overeenkomstig de in de verhouding tussen de overgegane werknemers en de vervreemder overeengekomen voorwaarden. Dit neemt niet weg dat indien de verkrijger op basis van het nationale recht de mogelijkheid heeft die financiële rechten te wijzigen, hij dit ook in geval van overgang van onderneming kan doen. De overgang zelf mag echter geen grond voor wijziging zijn.

Mayeur/APIM

In deze Franse zaak, gewezen op 26 september jl., ging het juist om een deprivatisering. Mayeur was op 1 september 1989 in dienst getreden bij APIM, een vereniging zonder winstoogmerk. Volgens haar statuten had APIM tot doel met alle middelen de stad Metz en omgeving onder de aandacht van het publiek te brengen. Zij liet hiertoe brochures, tijdschriften en folders drukken en verspreiden en zij verzorgde de uitgave van het blad "Vivre à Metz". Bij de exploitatie van dit blad was Mayeur betrokken: als reclamemedewerker had hij tot taak advertenties te verkopen, contracten en facturen op te maken en een maandelijks overzicht op te stellen van de aangegane verplichtingen. Op een gegeven moment werden de activiteiten van APIM overgedragen aan de stad Metz en werd APIM ontbonden; op 16 september 1997 werd Mayeur op de hoogte gesteld van zijn ontslag op bedrijfseconomische gronden, te weten de bedrijfsbeëindiging van APIM. Op 10 februari vorderde Mayeur voor de Franse rechter een schadevergoeding wegens onrechtmatig ontslag, nu hij als enige werknemer als gevolg van de ontbinding van APIM en de overgang van de activiteiten van APIM naar de stad Metz zijn baan had verloren.
Volgens vaste Franse rechtspraak zijn de in de Franse wet opgenomen bepalingen omtrent overgang van onderneming niet van toepassing wanneer de door een privaatrechtelijke rechtspersoon verrichte activiteit overgaat op een administratieve overheidsinstelling, maar wel indien die activiteit overgaat op een industriële en commerciële overheidsinstelling (tot welke categorie de stad Metz niet is te rekenen).

Volgens Mayeur is deze rechtspraak in strijd met de richtlijn overgang van ondernemingen. De Franse rechter vroeg aan het Hof of de richtlijn van toepassing is indien de bedrijfsactiviteit van een privaatrechtelijke rechtspersoon overgaat naar een publiekrechtelijke rechtspersoon, voorts vroeg de rechter of het er daarbij nog toe doet dat die laatste rechtspersoon een administratieve overheidsdienst is.
In lijn met eerdere rechtspraak overwoog het Hof dat het enige criterium dat er toe doet is of er een economische eenheid overgaat. Of die eenheid nu overgaat van of naar een particuliere of openbare onderneming is irrelevant. Het Hof stelde vast dat zich hier niet de hiervóór genoemde situatie als genoemd in art. 1, eerste lid onder c van de richtlijn voordeed.
De Franse regering en APIM hadden voorts voor het Hof aangevoerd dat de onderneming van APIM door de overgang haar identiteit had verloren, aangezien de overname van de activiteiten door de stad Metz had meegebracht dat er een grote verandering was opgetreden in de wijze van beheer en exploitatie en de wijze van functioneren van de overgedragen eenheid. De Stad Metz is immers gebonden aan specifieke regels inzake beheer, exploitatie en werking. Bovendien zou een openbare dienst als de stad Metz de door APIM aangegane arbeidsovereenkomsten niet kunnen voortzetten, omdat personeelsleden van openbare overheidsdiensten publiekrechtelijke functionarissen zijn die volgens bijzondere regels worden aangeworven en wier statuut door het administratieve recht wordt beheerst.
Het Hof antwoordde hierop dat het niet uitgesloten was dat de identiteit van de onderneming inderdaad was veranderd. Hoewel het laatste woord hierover door de nationale rechter zou moeten worden gesproken, meende het Hof uit het feit dat de stad Metz de activiteiten van APIM geheel had overgenomen waarbij zij het blad "Vivre á Metz" in ongewijzigde vorm was blijven uitgeven, te mogen opmaken dat het er de schijn van had dat de identiteit bewaard was gebleven.
Dan bleef het punt van werknemerschap over. Deed zich hier immers geen vergelijkbare, hoewel omgekeerde, situatie voor als in de zaak van Collino en Chiappero tegen Telecom Italia? Wie een herhaling van de overwegingen van het Hof uit dat arrest verwacht, komt bedrogen uit. Het Hof overwoog dat wanneer het nationale recht ertoe verplicht dat in geval van een deprivatisering de arbeidsovereenkomsten worden beëindigd, deze beëindigingen vallen onder de werking van art. 4, tweede lid van de richtlijn. Hierin staat dat indien zich een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer voordoet die rechtstreeks het gevolg is van de overgang en de arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking daarom wordt verbroken, die arbeidsovereenkomst in dat geval moeten worden geacht voor te zijn verbroken door toedoen van de werkgever.

Wat is nieuw?

De twee arresten werpen een nieuw licht op de interpretatie van de richtlijn en hebben gevolgen voor het nationale recht. Op een aantal punten ga ik hieronder in.

Directe werking?

Ofschoon de uitspraak er wellicht toe uitnodigt, zou het mijns inziens onjuist zijn uit de zaak van Collino en Chiappero tegen Telecom Italia de conclusie te trekken dat de richtlijn overgang van ondernemingen directe werking heeft en dus tegen de overheid – in welke hoedanigheid zij ook handelt – kan worden ingeroepen. Het Hof reageerde immers slechts op de stelling van Telecom Italia dat de richtlijn niet toepasbaar was, nu uitsluitend particulieren tegenover elkaar stonden. Die stelling betrof dus de *horizontale* werking van de richtlijn. Het Hof stelde dat het aan de nationale rechter is om te bepalen of de richtlijn kon

worden ingeroepen tegen Iritel. Bij die bepaling dient de nationale rechter niet alleen te bezien of Iritel mocht worden gezien als "lichaam dat krachtens een overheidsmaatregel is belast met de uitvoering van een dienst van openbaar belang, onder toezicht van de overheid, en dat hiertoe over speciale bevoegdheden beschikt", maar tevens of aan de bepaling van de richtlijn waarop een beroep wordt gedaan, directe werking toekomt.

Definitieve breuk met het overeenkomstvereiste

Een onderneming moet overgaan, en wel "ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst of fusie" (art. 1, eerste lid onder a). Dat dit begrip niet zo moet worden verstaan dat de overgang op grond van een overeenkomst moet plaatsvinden, was al uit eerdere rechtspraak van het Hof gebleken. Een eenzijdige rechthandeling, zoals de opzegging van een pachtovereenkomst,[6] geschiedt ook in het kader van een overeenkomst en kan dus onder de richtlijn vallen. Wijziging van een subsidiebesluit, waardoor een gemeentelijke subsidie van de ene stichting naar de andere stichting wordt overgeheveld, lijkt niet te geschieden "in het kader van een overeenkomst", maar het Hof stelde in het arrest Sophie Redmond Stichting dat in dat geval toch aan het overeenkomstvereiste was voldaan: "in sommige lidstaten worden subsidies verleend bij eenzijdige rechtshandeling onder bepaalde voorwaarden, in andere bij subsidieovereenkomsten. In alle gevallen vindt de wijziging van de subsidieontvanger plaats in het kader van contractuele verhoudingen in de zin van de richtlijn."[7] Kon het Hof hier nog wijzen op verschillen in de lidstaten waar het de juridische techniek van subsidietoekenning betreft, in de zaak Collino en Chiappero tegen Telecom Italia lijkt dat niet mogelijk. De overgang van ASST naar Iritel was gebaseerd op een wet. Een rechtvaardiging voor de stelling dat voldaan is aan het overeenkomstvereiste gezien de in de lidstaten verschillende gehanteerde technieken lijkt mij hier minder goed denkbaar. Niettemin vond het Hof ook hier dat aan het overeenkomstvereiste was voldaan. Met een enkele verwijzing naar het Sophie Redmond Stichting-arrest stelde het Hof dat de toepasselijkheid van de richtlijn niet kan worden uitgesloten op de grond dat de overgang voortvloeit uit eenzijdige overheidsbesluiten en niet uit de wilsovereenstemming tussen partijen.
Het komt mij voor dat het nu onmogelijk is geworden nog langer van een overeenkomstvereiste te spreken. De conclusie moet zijn dat als er maar een besluit aan de overgang ten grondslag ligt, aan het vereiste is voldaan, of dat besluit nu als een overeenkomst, een eenzijdige rechthandeling, een rechterlijke uitspraak of een wet te bestempelen is.

Onderscheid tussen privatisering en deprivatisering

Het belangrijkste aspect aan deze uitspraken is dat Het Hof heeft gekozen voor een onderscheid tussen privatisering en deprivatisering. Dat onderscheid zit niet in het ondernemingsbegrip of het overgangsbegrip: zoals uit beide uitspraken blijkt kan immers in beide gevallen sprake zijn van overgang van een onderneming. Het verschil zit in de toepasselijkheid van de richtlijn op het betrokken personeel.[8] Op Collino en Chiappero was de richtlijn niet van toepassing omdat, zo lijkt het, zij op het moment van de overgang ambtenaren waren en onder een "publiek statuut" vielen. Wat met dat laatste precies wordt bedoeld, wordt niet duidelijk, maar het lijkt mij zeer goed denkbaar dat hieraan de conclusie

---

[6] HvJEG 17 december 1987, *NJ* 1989, 674 (Ny Mølle Kro).
[7] HvJEG 19 mei 1992, *NJ* 1992, 476 (Sophie Redmond Stichting).
[8] Zoals uit de twee uitspraken bleek, kan zowel bij privatisering als bij deprivatisering sprake zijn van een *onderneming* die *overgaat*.

moet worden verbonden dat ook onze Ambtenarenwet hieronder valt. Mayeur was daarentegen juist werknemer die ambtenaar wilde worden. Dat het Hof op hem de richtlijn wel van toepassing achtte, kan worden afgeleid uit het feit dat het Hof art. 4, tweede lid van de richtlijn op hem van toepassing acht. Als de overgang van werknemerschap naar ambtenaarschap niet naadloos kan verlopen en de betrokken werknemers deswege moeten worden ontslagen, komt dat ontslag, kort gezegd, voor rekening van de werkgever. Deze bepaling is geïmplementeerd in art. 7:665 BW. Het Hof had ook een andere weg kunnen bewandelen. De richtlijn verbiedt immers ontslag wegens de overgang (art. 4, eerste lid van de richtlijn). Was hier in het geval van Mayeur nu niet juist sprake geweest? Wordt die vraag bevestigend beantwoord, dan zou dat tot gevolg hebben dat zijn ontslag als niet-gegeven zou moeten worden beschouwd, doch daar zou Mayeur waarschijnlijk weinig mee zijn opgeschoten, omdat uit de Franse wet nu eenmaal voortvloeit dat Mayeur bij de stad Metz als ambtenaar werkzaam zou moeten zijn. De overgang van werknemerschap naar ambtenaarschap kan in Frankrijk niet naadloos geschieden; daarvoor gelden speciale regels en procedures. Het Hof respecteert dus die speciale regels. Dan blijft nog wel de vraag over wat er gebeurt als Mayeur niet door de speciale, voor ambtenaren geldende, wervingsprocedure komt. Mag hij ervan uitgaan dat hem de aanstelling wordt verleend? De zaak Collino en Chiappero roept ten slotte bij mij de vraag op of de zaak Assmann[9], indien die nu zou worden gewezen, anders zou zijn afgelopen. In die zaak besliste het Hof Amsterdam dat de privatisering van een gemeentelijk bejaardentehuis naar een privaatrechtelijke stichting een overgang van onderneming constitueerde. Assmanns aanstelling als ambtenaar veranderde op dat moment volgens het Hof in een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht. De Hoge Raad hield dat oordeel in cassatie overeind. Hoewel deze uitspraak afwijkt van de regel in Collino en Chiappero, hoeft zij er niet mee in strijd te zijn. Mij lijkt er niets aan in de weg te staan dat een lidstaat besluit de bescherming van de richtlijn toch op ambtenaren van toepassing te laten zijn.

---

[9] HR 20 juni 1997, *JAR* 1997/154 (Assmann/Gemeente Zaanhorst). Deze zaak is in dit blad besproken door D. Christe, "Wie bergt de geloste ambtenaar?", *ArbeidsRecht* 1996/12, 74 en A.H. van Zutphen, "De status van bij geprivatiseerde instellingen permanent gedetacheerde ambtenaren", *ArbeidsRecht* 1998/1, 2.