De gewijzigde richtlijn overgang van ondernemingen: openbare ondernemingen en overheidspersoneel

Auteurs
Mr. drs. R.M. Beltzer
Mr. M. Holtzer

1 Inleiding

Op 29 juni 1998 werd de uit 1977 daterende richtlijn overgang van ondernemingen (verder: Richtlijn 1977) vervangen door een nieuwe richtlijn.[1] De wijzigingen die deze richtlijn (Richtlijn 1998) ten opzichte van Richtlijn 1977 bevat zijn vooral van cosmetische aard of vormen een codificatie van rechtspraak van het Hof van Justitie EG. Daarnaast bevat Richtlijn 1998 een aantal inhoudelijke wijzigingen.
In het januarinummer van dit blad behandelden wij één van deze inhoudelijke wijzigingen, namelijk de nieuwe bepalingen over medezeggenschap in het kader van de overgang van een onderneming. In dit artikel willen wij ingaan op een ander onderwerp ten aanzien waarvan Richtlijn 1998 een nieuwe tekst heeft geïntroduceerd, te weten de toepasselijkheid van de richtlijn op de overgang van en naar openbare ondernemingen. Deze wijziging zal ons tot de conclusie brengen dat wetswijziging wenselijk is.

2 Openbare en particuliere ondernemingen en overheidspersoneel

Alvorens in te gaan op Richtlijn 1998 en de daarop gebaseerde artikelen 7:662 e.v. BW willen wij aangeven wat wij in het vervolg van deze bijdrage bedoelen met de in de titel genoemde termen "openbare ondernemingen" en "overheidspersoneel".
Onder openbare onderneming verstaan wij in dit artikel de entiteit die in het leven is geroepen door middel van een publiekrechtelijke rechtshandeling en die al dan niet een publiekrechtelijke rechtspersoon in de zin van artikel 2:1, eerste of tweede lid BW[2] is. Rechtspersoonlijkheid is dus geen vereiste voor onze definitie. Wij gebruiken de term "onderneming" omdat de richtlijn en de artikelen 7:662 e.v. BW die term ook gebruiken. Bij een openbare onderneming moet dus niet alleen gedacht worden aan een op winst gericht overheidsbedrijf. Ook een gemeente of een waterschap valt onder onze definitie.
Ondernemingen in een privaatrechtelijke rechtsvorm zullen wij hierna, eveneens in navolging van Richtlijn 1998, aanduiden met "particuliere ondernemingen". Daaronder verstaan wij ook entiteiten met een privaatrechtelijke rechtsvorm die een publieke taak uitoefenen. Daarbij kan het gaan om een door de overheid gecontroleerde stichting of besloten vennootschap.
Hier is ook het begrip "openbare dienst" van belang. Indien een particuliere onderneming wordt beheerst door de staat of een openbaar lichaam kan zij tot de openbare dienst in de zin

---

[1] Richtlijn van 29 juni 1998 tot wijziging van Richtlijn 77/189/EEG inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan (Richtlijn 98/50/EG).
[2] In het eerste lid van artikel 2 staat kort gezegd dat alle lichamen waaraan volgens de Grondwet verordenende bevoegdheid is verleend rechtspersoonlijkheid toekomt. Het tweede lid bepaalt dat andere lichamen met een overheidstaak slechts rechtspersoon zijn als dat uit het bij of krachtens de wet bepaalde volgt.

van de Ambtenarenwet behoren.[3] Het gevolg daarvan is dat de bij die onderneming werkzame personen de status van ambtenaar kunnen hebben.
De overgang van de ene particuliere onderneming naar de andere blijft verder buiten beschouwing. De reden voor deze buitensluiting is dat de toepasselijkheid van Richtlijn 1998 en de artikelen 7:662 e.v. BW op die situatie – of een particuliere onderneming nu door de overheid worden gecontroleerd of niet - geen onderwerp van discussie is. Voldoet de overgang aan de eisen die Richtlijn 1998 en de artikelen 7:662 e.v. BW stellen, dan zij die regelingen van toepassing.
Onder "overheidspersoneel" verstaan wij personen die als ambtenaar in de zin van de Ambtenarenwet of als arbeidscontractant werkzaam zijn bij een openbare onderneming. Personen met een arbeidsovereenkomst waarop de bepalingen van Titel 10 van Boek 7 van toepassing zijn, blijven verder buiten beschouwing. De reden hiervoor is – opnieuw – dat het aan geen twijfel onderhevig is dat zij onder de werkingssfeer van Richtlijn 1998 en de artikelen 7:662 e.v. BW vallen, ongeacht of zij voor een openbare of particuliere onderneming werken.

3 Toepasselijkheid van Richtlijn 1998

De eerste vraag die wij willen beantwoorden is of Richtlijn 1998 van toepassing is op de overgang van of naar een openbare onderneming en of overheidspersoneel onder de werking van de richtlijn valt.
Allereerst bepaalt Richtlijn 1998 in het eerste lid van artikel 1 onder b dat zij van toepassing is indien sprake is van een "overgang met het oog op voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt, waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan." Deze definitie vormt geen inhoudelijke wijziging ten opzichte van Richtlijn 1977 en is de codificatie van het relatief grote aantal onder de vigeur van die richtlijn gewezen arresten. In deze arresten heeft het ondernemingsbegrip een zeer ruime definitie gekregen.[4]
Nieuw in Richtlijn 1998 is de in het eerste lid onder c opgenomen bepaling dat de richtlijn van toepassing is op openbare en particuliere ondernemingen die een economische activiteit uitoefenen, waarbij het er niet toe doet of zij een winstoogmerk hebben. Hiermee staat vast dat de richtlijn voor haar toepasselijkheid geen onderscheid maakt tussen openbare en particuliere ondernemingen, zolang er maar sprake is van de uitoefening van een economische activiteit. Nergens staat bijvoorbeeld als vereiste opgenomen dat het moet gaan om een onderneming met een privaatrechtelijke rechtsvorm. Ook indien de overgang zich geheel binnen de publieke sfeer voltrekt – en er dus geen sprake is van overgang van (deprivatisering) of naar (privatisering) een particuliere onderneming - kan Richtlijn 1998 van toepassing zijn. Daarop bestaat een belangrijke uitzondering die is opgenomen in de slotzin van het eerste lid van artikel 1 onder c. Deze zin is de codificatie van het arrest Henke/Gemeinde Schierke.[5] In dat arrest is bepaald dat de richtlijn weliswaar van toepassing is op openbare en particuliere ondernemingen die een economische activiteit uitoefenen (waarbij het er niet toe doet of zij een winstoogmerk hebben), maar dat een enkele

---

[3] Het tweede lid van artikel 1 van de Ambtenarenwet geeft aan dat instellingen met een privaatrechtelijke rechtsvorm tot de openbare dienst kunnen behoren: "Tot den openbaren dienst behooren alle diensten en bedrijven door den Staat en openbare lichamen beheerd."
[4] Zie o.a. HvJ EG 18 maart 1986, *NJ* 1987, 502 (Spijkers), HvJ EG 14 april 1994, *JAR* 1994/107 (Schmidt), HvJ EG 12 november 1992, *JAR* 1993/15 (Watson Rask), HvJ EG 19 september 1995, *NJ* 1996, 520 (Rygaard), HvJ EG 11 maart 1997, *JAR* 1997/91 (Süzen).
[5] HvJ EG 15 oktober 1996, *JAR* 1996/254. Zie voor een bespreking M.O. Meulenbelt, "Reorganisatie van overheidstaken: overgang van ondernemingen?", *ArbeidsRecht* 1997, 6.

administratieve reorganisatie van overheidsdiensten of de overgang van administratieve functies tussen overheidsdiensten geen overgang in de zin van de richtlijn is.
Ten aanzien van de vraag of overheidspersoneel onder de werking van Richtlijn 1998 valt, bepaalt de richtlijn in artikel 2, eerste lid onder d dat onder een werknemer wordt verstaan iedere persoon die krachtens de nationale arbeidswetgeving bescherming geniet als werknemer. Ook deze regeling is te beschouwen als een codificatie van onder de vigeur van Richtlijn 1977 gewezen rechtspraak.[6] Het tweede lid van artikel 2 bepaalt verder dat de richtlijn geen afbreuk doet aan het nationale recht met betrekking tot de definitie van een "arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking"[7]. Over de ratio van het opnemen van zowel de term arbeidsovereenkomst als arbeidsbetrekking merken wij op dat de Europese wetgever hiermee heeft gepoogd tegemoet te komen aan de verschillende gekozen terminologieën in de verschillende lidstaten. De Nederlandse wetgever heeft gemeend dat met arbeidsovereenkomst en arbeidsbetrekking inhoudelijk slechts één zaak wordt beoogd. Voor het Nederlandse recht zou het gebruik van het begrip "arbeidsbetrekking" overbodig zijn. Uit de bewoordingen van de richtlijn zou volgens de wetgever niet mogen worden afgeleid, dat er een verplichting zou zijn naast de maatregelen ten aanzien van de arbeidsovereenkomst nog andere regelingen te treffen.[8]
Deze redenering van de Nederlandse wetgever is echter niet op enige bepaling van of toelichting op de Richtlijnen 1977 en 1998 te baseren, noch op rechtspraak van het Hof van Justitie. De beide richtlijnen laten zich er helemaal niet over uit of met beide termen hetzelfde wordt bedoeld of niet.[9] Naar onze mening ziet de richtlijn voor Nederland in principe alleen op werknemers. Met andere woorden: de zinsnede "bescherming genieten als werknemer" staat onzes inziens gelijk aan "bescherming genieten in de hoedanigheid van werknemer", maar niet aan "dezelfde bescherming genieten als zij, die de hoedanigheid van werknemer bezitten". Met dit laatste bedoelen wij, dat personen die op grond van een wettelijke bepaling voor de toepassing van díé bepaling met werknemers worden gelijkgesteld, niet onder de werking van Richtlijn 1998 vallen. Ter illustratie: delen van het sociale-zekerheidsrecht gelden eveneens voor personen die geen arbeidsovereenkomst hebben.[10] Deze personen voldoen ook niet aan de vereisten voor werknemerschap, zoals bedoeld in Titel 10 van Boek 7 BW (ware dit wel zo, dan waren zij immers gewoon werknemers): er moet sprake zijn van hoogstpersoonlijke verrichting van werkzaamheden, tegen loon, gedurende bepaalde tijd, waarbij de één in dienst is van de ander. Met name uit dit laatste criterium blijkt de onzelfstandigheid van de arbeid en juist door dat criterium wordt voeding gegeven aan de gedachte dat de betreffende persoon bij de uitvoering van zijn werkzaamheden bescherming behoeft ten opzichte van de leiding van de onderneming, ook wanneer deze werkzaamheden door overgang van de onderneming onder een nieuwe ondernemingsleiding komen te vallen.
Deze redenering gaat echter niet op voor ambtenaren. Dat zij geen werknemer kunnen heten, heeft niets te maken met de hiervoor genoemde eisen die aan werknemerschap worden gesteld. Dat iemand ambtenaar is en geen werknemer, is een kwestie van etikettering, niet van inhoudelijk verschil. En juist voor ambtenaren, ten aanzien van wie het begrip "arbeidsovereenkomst" niet voldoet om hun relatie met hun werkgever weer te geven, kan

---

[6] HvJ EG 7 februari 1985, *NJ* 1985, 901 (Wendelboe) en HvJ EG 11 juli 1985, *NJ* 1988, 907 (Mikkelsen).
[7] Richtlijn 1977 gebruikte in plaats van "arbeidsbetrekking" de term "arbeidsverhouding".
[8] *Kamerstukken II* 1979/1980, 15 940, nr. 3, p. 6.
[9] Opmerkelijk is in dit verband dat de Economische en Monetaire commissie van de EG destijds concludeerde dat de Nederlandse vertaling van artikel 4 – dat over ontslagbescherming gaat – waarin alleen het begrip "arbeidsovereenkomst" voorkomt, als een onjuiste vertaling van de richtlijn beschouwde (Zittingsdocument EP nr. 385/74/rev., p. 29).
[10] Zie bijvoorbeeld de artikelen 4 en 5 van de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering.

daarom de in Richtlijn 1998 gehanteerde term arbeidsbetrekking als "achtervang" fungeren; voor hen die materieel, doch niet formeel werknemer zijn kan de term uitkomst bieden om toch onder de bescherming van Richtlijn 1998 te vallen. Juist met het oog op hen wordt in Richtlijn 1998 de term arbeidsbetrekking gehanteerd.
Als argument vóór toepasselijkheid van Richtlijn 1998 op ambtenaren wijzen wij verder op de Richtlijn collectief ontslag uit 1975[11], dus daterend van vóór de Richtlijn 1977. De Richtlijn collectief ontslag sluit uitdrukkelijk personen met een dienstbetrekking bij de overheid van de werking van die richtlijn uit. Noch Richtlijn 1977, noch Richtlijn 1998 kent een dergelijke uitsluiting. De tegenwerping als zou het hier om een omissie van de Europese wetgever gaan is moeilijk vol te houden, nu zowel Richtlijn 1977 als Richtlijn 1998 wel een andere uitsluiting kennen: op grond van het derde lid van artikel 1 is de richtlijn niet van toepassing op zeeschepen. Als het nu werkelijk de bedoeling was geweest overheidspersoneel van de werking van de richtlijn uit te sluiten, wat was dan makkelijker en meer voor de hand liggend geweest dan die uitsluiting daadwerkelijk op te nemen zoals in de Richtlijn collectief ontslag al eerder was gebeurd? Bij gebreke van een dergelijke bepaling ligt het voor de hand aan te nemen dat nu de Richtlijn collectief ontslag overheidspersoneel expliciet van de werking van de richtlijn uitsluit en de Richtlijnen 1977 en 1998 dat niet doen (maar wel een andere categorie van de werking uitsluiten), terwijl alle drie de richtlijnen op artikel 177 EEG-verdrag zijn gebaseerd, laatstgenoemde richtlijnen - die van recenter datum zijn dan de eerstgenoemde - wél van toepassing zijn op ambtenaren.
Gezien het voorgaande is onze conclusie dat de werkingssfeer van Richtlijn 1998 zich uitstrekt tot openbare ondernemingen en overheidspersoneel.[12] Vanzelfsprekend moet voor toepasselijkheid van de richtlijn worden voldaan aan de overige eisen die zij stelt. Zo zal in principe sprake moeten zijn van het uitoefenen van een economische activiteit. Een ander vereiste waaraan in sommige gevallen niet wordt voldaan, is dat de overgang moet plaatsvinden in het kader van een overeenkomst.[13] Weliswaar heeft het begrip "overeenkomst" door de rechtspraak van het Hof van Justitie een zeer ruime inhoud gekregen,[14] maar aan dit zeer ruime overeenkomstvereiste is desalniettemin niet voldaan indien bijvoorbeeld een privatisering van een openbare onderneming op basis van een formele wet is geschied.[15]

4 Toepasselijkheid van de artikelen 7:662 e.v. BW

Het antwoord op de vraag of de artikelen 7:662 e.v. BW van toepassing zijn op de overgang van of naar een openbare onderneming alsmede op overheidspersoneel valt anders uit. De Nederlandse wetgever heeft door de jaren heen hierover geen eenduidig standpunt ingenomen. Dat komt voor een deel doordat in de verschillende Kamerstukken geen

---

[11] Richtlijn 75/129/EEG van 17 februari 1975 betreffende de aanpassing van wetgevingen van de lidstaten inzake collectief ontslag, *PB EG* 22 februari 1975, L 48/29.
[12] Anders: J.C. Binnerts, "Privatisering en ambtenaarschap", *SR* 1994, p. 312-314, noot 8: (…) dat ook de richtlijn (…) zelf toepassing mist op de overheidssector wordt hier te lande vrij algemeen aangenomen". De volgende auteurs gaan wel uit van toepasselijkheid van de richtlijn: Fase, Lutjens, Bijker, Luttmer-Kat, Van Peijpe, Nieuwe Weme, Holtzer en – voorzichtig – Meulenbelt en Van Zutphen. Christe laat het in het midden, daar de artikelen 7:662 e.v. BW volgens hem in ieder geval niet van toepassing zijn en een direct beroep op de richtlijn niet mogelijk is.
[13] Zie artikel 1, eerste lid onder a van Richtlijn 1998 en artikel 7:662, eerste lid onder b BW.
[14] Zie o.a. HvJ EG 17 december 1987, *NJ* 1989, 674 (Ny Mølle Kro), HvJ EG 5 mei 1988, *NJ* 1989, 712 (Besi Mill), HvJ EG 10 februari 1988, *NJ* 1990, 423 (Daddy's Dance Hall), HvJ EG 19 mei 1992, *NJ* 1992, 476 (Sophie Redmond Stichting).
[15] Zoals in het geval van privatisering van de PTT.

onderscheid werd gemaakt tussen toepasselijkheid op openbare ondernemingen enerzijds en toepasselijkheid op overheidspersoneel anderzijds. Wij gaven hiervoor aan dat de Nederlandse wetgever in 1979 meende dat Richtlijn 1977 niet van toepassing was op overheidspersoneel.[16] Korte tijd later gaf de wetgever aan dat een onderneming in de zin van artikel 7:662 BW ook een publiekrechtelijke instelling kan zijn.[17] Weer enkele jaren later blijkt dat de wetgever van mening was dat de hele overheidssector van de werkingssfeer van de artikelen 7:662 e.v. BW is uitgesloten.[18] Ten slotte wijzen wij als recenter voorbeeld op de gang van zaken rond de privatisering van het regionale openbaar vervoer. De Minister van Verkeer en Waterstaat stelde voor dat de artikelen 7:662 e.v. BW gedurende tien jaren toepasselijk zouden zijn op ambtenaren die in dienst zouden komen van de regionale vervoersbedrijven.[19] Hieruit blijkt dat blijkbaar de gedachte is dat de artikelen 7:662 e.v. BW normaal gesproken niet van toepassing zijn op ambtenaren.
Wat is uit de tekst van de artikelen 7:662 e.v. BW zelf af te leiden? Volgens artikel 7:662 onder a BW moet onder "onderneming" tevens een dienst of instelling worden begrepen. Deze termen zijn zo uit te leggen dat daar ook openbare ondernemingen onder vallen. Over deze termen zei de wetgever bij de implementatie van Richtlijn 1977 door middel van de artikelen 7A:1639aa-dd (oud) BW dat hieronder in ieder geval de non-profitsector moet worden begrepen.[20] De wetgever verwees daarbij echter naar diensten en instellingen met een privaatrechtelijke rechtsvorm waar op basis van arbeidsovereenkomsten werkzaamheden worden verricht, zoals particuliere ziekenhuizen het Leger des Heils.[21] Openbare ondernemingen worden nergens genoemd.
Hoewel het oordeel van de wetgever naar alle waarschijnlijkheid is dat de artikelen 7:662 e.v. BW niet van toepassing zijn op openbare ondernemingen, menen wij dat het ondernemingsbegrip van artikel 7:662 BW in overeenstemming met Richtlijn 1998 moet worden uitgelegd. Daar is geen wetswijziging voor nodig.
Over de toepasselijkheid op overheidspersoneel kunnen we het volgende constateren. Een ambtenaar valt niet onder de bepalingen van Titel 10, dus ook niet onder de artikelen 7:662 e.v. BW, maar onder de Ambtenarenwet, waar geen aan de artikelen 7:662 e.v. BW gelijke bepaling staat opgenomen. Bovendien bepaalt artikel 7:615 BW ten aanzien van "personen in dienst van staat, provincie, gemeente, waterschap of enig ander publiekrechtelijk lichaam" dat de bepalingen uit Titel 10 niet van toepassing zijn, tenzij zij van toepassing zijn verklaard. Hiermee wordt gedoeld op arbeidscontractanten. Zij hebben weliswaar een arbeidsovereenkomst met de overheid, maar op hen zijn de bepalingen van Titel 10 in principe niet van toepassing. Veelal is hun juridische positie vergelijkbaar met die van ambtenaren.
Al is de openbare onderneming dus met behulp van een richtlijnconforme uitleg binnen het bereik van de artikelen 7:662 e.v. BW te brengen, door het verschil in toepasselijke wetsbepalingen op respectievelijk de ambtelijke aanstelling en de arbeidsovereenkomst, alsmede door de werking van artikel 7:615 BW, blijft van de werking van de artikelen 7:662 e.v. BW feitelijk niets over. Dat was niet anders geweest als de wetgever alsnog de term "arbeidsbetrekking" in artikel 7:663 BW had opgenomen: het probleem van niet-toepasselijkheid op ambtenaren heeft immers niets uit te staan met het feit dat ambtenaren geen arbeidsovereenkomst hebben, maar met het feit dat heel Titel 10 van Boek 7 BW überhaupt niet op ambtenaren en arbeidscontractanten van toepassing is.

---

[16] *Kamerstukken II* 1979/1980, 15 940, nr. 3, p. 6.
[17] *Kamerstukken I* 1980/1981, 15 940, nr. 3, p. 5
[18] *Kamerstukken II* 1985/1986, 17 938, nr. 15, p. 13.
[19] *Kamerstukken II* 1996/1997, 25 088, nr. 2, p. 106-107.
[20] *Kamerstukken II* 1979/1980, 15 940, nr. 3, p. 4-5.
[21] *Kamerstukken II* 1979/1980, 15 940, nr. 10, p. 3.

5 Geen onderscheid naar situaties

Uit de twee voorgaande paragrafen volgt onze conclusie dat Richtlijn 1998 van toepassing is op de overgang van of naar een openbare onderneming, alsmede op overheidspersoneel. De artikelen 7:662 e.v. BW zijn door middel van een juiste uitleg van het ondernemingsbegrip wel van toepassing op openbare ondernemingen, maar niet op overheidspersoneel.
Wij maken geen onderscheid tussen de drie mogelijke situaties van overgang waarbij openbare ondernemingen zijn betrokken: overgang van de ene openbare onderneming naar de andere openbare onderneming, overgang van een openbare onderneming naar een particuliere onderneming (privatisering) en overgang van een particuliere onderneming naar een openbare onderneming (deprivatisering). In de rechtspraak en de literatuur wordt daar wel eens anders over gedacht. Toepasselijkheid van de artikelen 7:662 e.v. BW is door sommige rechterlijke instanties aangenomen, zowel ten aanzien van privatisering als ten aanzien van deprivatisering.[22] Het bekendste voorbeeld hiervan is de veelbesproken zaak Assman/Gemeente Zaanhorst: het Hof Amsterdam nam aan dat de privatisering van een gemeentelijk bejaardentehuis een overgang van onderneming bewerkstelligde; de Hoge Raad liet dit oordeel in cassatie in het midden.[23]
Wat de standpunten in de literatuur betreft, willen wij reageren op wat "de these van de predominantie van het vertrekpunt" kan worden genoemd. Deze door Nieuwe Weme[24] geïntroduceerde these houdt in dat voor het antwoord op de vraag of de artikelen 7:662 e.v. BW van toepassing kunnen zijn op een overgang waar een openbare onderneming bij betrokken is, het punt van vertrek bepalend is. Is het punt van vertrek een particuliere onderneming, dan kunnen de artikelen 7:662 e.v. BW van toepassing zijn. De plaats van aankomst is in het geheel niet van belang. Dit betekent dat de artikelen 7:662 e.v. BW wel van toepassing zouden kunnen zijn op een deprivatisering – het vertrekpunt is immers een particuliere onderneming – maar niet bij een privatisering, noch bij een overgang waarbij alleen openbare ondernemingen betrokken zijn. Helaas wordt deze these maar matig toegelicht: Nieuwe Weme wijst slechts op "de aard van de regeling", zonder aan te geven wat die aard inhoudt of meebrengt.
Los van het feit dat de redenering achter de stelling ons niet duidelijk is, delen wij haar niet. Wij zien niet in waarom de hoedanigheid van vervreemder van de onderneming met voorrang op die van de verkrijger bepaalt of werknemers in geval van een overgang van een onderneming bescherming van de artikelen 7:662 e.v. BW kunnen verwachten. Zit hier soms de gedachte achter dat de bescherming van personeel ten opzichte van de vervreemder

---

[22] Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 30 juni 1997, *TAR* 1997, 198 en 23 november 1998, *JAR* 1999/27 (deprivatisering). Anders: Ambtenarengerecht Rotterdam 16 mei 1984, *TAR* 1994, 164, Rb. Haarlem 18 maart 1998, *TAR* 1998, 123.
[23] HR 20 juni 1997, *JAR* 1997/165. Zie voor een bespreking van deze uitspraak A.H. van Zutphen, "De status van bij geprivatiseerde instellingen permanent gedetacheerde ambtenaren", *ArbeidsRecht* 1998, 2. Vreemd aan de zaak Assmann is dat de Hoge Raad hiermee tevens de vraag in het midden heeft gelaten of tussen Assmann en de vervreemdende gemeente een rechtsverhouding overbleef. Was er wel sprake geweest van een overgang van onderneming, dan was die verhouding vervallen.
[24] M.P. Nieuwe Weme, "Overheid en overgang van onderneming", in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Overheid en onderneming. Tussen publiek en privaat ondernemen.* Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 128. Ook van Zutphen, a.w., p. 10-11, lijkt deze stelling te onderschrijven: "Op het moment van de overgang (de privatisering) zijn betrokkenen in dienst van de overheidsinstelling, zodat niet titel 7.10 BW, maar de Ambtenarenwet en de rechtspositieregelingen van toepassing zijn. Daarin is niet een met art. 7:662 e.v. BW vergelijkbare regeling opgenomen, zodat ook niet op grond daarvan sprake is van overgang van rechtswege van de ambtenaren naar de geprivatiseerde instelling."

belangrijker is dan ten opzichte van de verkrijger? Noch het systeem van de wet, noch enige wettelijke bepaling in het bijzonder leidt tot die conclusie. Welke gedachtegang er ook achter moge zitten, naar onze mening blijkt uit niets dat het vertrekpunt beslissend moet zijn voor de toepasselijkheid van de artikelen 7:662 e.v. BW. Er is eenvoudig geen juridische kapstok te vinden om die stelling aan op te hangen. Die kapstok is er wel voor de stelling dat de artikelen 7:662 e.v. BW überhaupt niet van toepassing zijn op overheidspersoneel. Wij gaven reeds aan dat de bepalingen uit Titel 10 Boek 7 BW - dus ook de artikelen 7:662 e.v. BW – niet van toepassing zijn op overheidspersoneel, ongeacht of zij nu bij een openbare of een particuliere onderneming in dienst zijn. Verder spreekt artikel 7:663 BW over de werkgever (de vervreemder) en de verkrijger, en bepaalt dat de vervreemder naast de verkrijger nog gedurende een jaar aansprakelijk is voor rechten en verplichtingen uit de *arbeidsovereenkomst*, zoals die op het moment van overgang bestonden. Bij een deprivatisering, de enige situatie waarbij volgens de these van de predominantie van het vertrekpunt de artikelen 7:662 e.v. BW van toepassing zijn, is echter na de overgang geen sprake meer van een arbeidsovereenkomst die wordt beheerst door Titel 10.[25] Vervreemder en verkrijger kunnen dus niet na de overgang samen gedurende een jaar aansprakelijk zijn voor de nakoming van verplichtingen uit een *arbeidsovereenkomst*.

6 Oplossing discrepantie werkingssfeer Richtlijn 98/artikelen 7:662 e.v. BW

Nu wij hiervoor tot de conclusie kwamen dat Richtlijn 1998 van toepassing is op openbare ondernemingen en overheidspersoneel, leidt dat tot de constatering dat de Nederlandse wetgever is tekortgeschoten bij de implementatie van Richtlijn 1998 (en voorheen ook al bij Richtlijn 1977). Het probleem ligt niet zozeer bij het begrip "onderneming". We merkten immers reeds op dat artikel 7:662 BW eenvoudig zo te interpreteren is dat openbare ondernemingen daar onder vallen. Het probleem ligt bij de niet-toepasselijkheid van de artikelen 7:662 e.v. BW op overheidspersoneel. Er zijn verschillende manieren denkbaar om dit probleem op te lossen.
De eenvoudigste manier is het doen van een direct beroep op de bepalingen van de richtlijn. Maar het Hof van Justitie heeft in 1986 beslist dat een richtlijn uit zichzelf geen verplichtingen kan opleggen aan private personen en dat een bepaling van een richtlijn niet tegen een privaat persoon kan worden ingeroepen.[26] Hiermee is de horizontale werking van richtlijnen - dus ten opzichte van private personen - afgewezen. Dat betekent dat een (gewezen) ambtenaar tegenover de geprivatiseerde onderneming geen beroep kan doen op Richtlijn 1998. Maar een direct beroep tegenover de overheid is wel mogelijk. Het Hof staat verticale werking van richtlijnen wel toe. Dat betekent dat in geval van een deprivatisering of een overgang van de ene openbare onderneming naar de andere een direct beroep op Richtlijn 1998 tegenover de overheid wel mogelijk zou kunnen zijn. Maar tegelijkertijd is het vaste rechtspraak van het Hof dat een dergelijk direct beroep alleen mogelijk is indien de bepalingen in de betreffende richtlijn zo nauwkeurig, concreet en onvoorwaardelijk zijn geformuleerd, dat zij door iedere rechterlijke instantie kunnen worden toegepast. Aan die voorwaarden lijkt ons bij Richtlijn 1998 niet te zijn voldaan.[27]

---

[25] Men wordt immers ófwel ambtenaar, ófwel arbeidscontractant.
[26] HvJ EG 26 februari 1986, zaak 152/84, *Jur*. 1986, p. 723.
[27] Evenzo o.a. Nieuwe Weme, a.w., p. 131 en D. Christe, "Wie bergt de geloste ambtenaar?", *ArbeidsRecht* 1996, 74, p. 17: "Een rechtstreeks beroep op de richtlijn is onmogelijk omdat uitvoeringswetgeving noodzakelijk is om bij een overgang van een publiekrechtelijke onderneming naar een stichting de ambtelijke rechtsposities te doen converteren in gelijkwaardige civielrechtelijke

Een verwante manier is om nationale wetgeving in de pas te laten lopen bij Europese richtlijnen door middel van "richtlijnconforme interpretatie" van die wetgeving. Volgens het Hof van Justitie moeten bepalingen van nationale wetgeving die zijn vastgesteld ter uitvoering van een richtlijn in het licht van het doel van de betreffende richtlijn worden uitgelegd.[28] Toegepast op het huidige onderwerp zou de werking van Richtlijn 1998 voor ambtenaren en arbeidscontractanten alsnog verzekerd kunnen worden door de nationale wetgeving zo te interpreteren dat zij onder de werking van de artikelen 7:662 e.v. BW vallen. De wetgeving moet daartoe dan wel de ruimte bieden. Er moet dus wel "iets te interpreteren" zijn. Zo valt de Ambtenarenwet niet richtlijnconform te interpreteren, omdat er in het geheel geen regeling is opgenomen ten aanzien van het behoud van arbeidsvoorwaarden in geval van overgang. Maar ook de artikelen 7:662 e.v. BW zijn naar onze mening niet op die wijze richtlijnconform te interpreteren, dat overheidspersoneel onder de werking ervan zou kunnen vallen. De bewoordingen van de artikelen 7:662 e.v. BW, de plaats ervan – in het BW – in combinatie met het feit dat ambtenaren geen overeenkomst hebben en daarom niet onder de bepalingen van Titel 10 Boek van 7 BW vallen, alsmede de duidelijke bewoordingen van artikel 7:615 BW verhinderen naar onze mening een richtlijnconforme interpretatie van de artikelen 7:662 e.v. BW.[29] Het enige wat dan in de huidige situatie resteert is de Staat aan te spreken uit onrechtmatige daad wegens het verzuim de richtlijn ook voor ambtenaren te implementeren.[30]
De uitspraak in de zaak Assmann/Gemeente Zaanhorst biedt overigens een opening voor een andere oplossing. De CRvB had in die zaak bepaald dat langdurige detachering verlies van ambtenaarschap meebrengt.[31] In de daaropvolgende civiele zaak concludeerde het Hof Amsterdam dat tussen Assmann en het geprivatiseerde bejaardentehuis een arbeidsovereenkomst was ontstaan. Daarbij overwoog het gerechtshof dat er een overgang van onderneming was geweest waarop de artikelen 7:662 e.v. BW van toepassing waren. De Hoge Raad liet in het midden of dat een juist oordeel was, doch meende wel dat de verhouding tussen Assmann en het geprivatiseerde bejaardentehuis alle kenmerken van een arbeidsovereenkomst in zich droeg.[32] Zoals uit het voorgaande is gebleken, delen wij de conclusie van het gerechtshof over de toepasselijkheid van de artikelen 7:662 e.v. BW niet, doch dat neemt niet weg dat de uitspraak de mogelijkheid biedt verder te denken over een (naadloze) overgang van ambtenaarschap naar werknemerschap, alsmede over de spiegelbeeldige situatie - overgang van werknemerschap naar ambtenaarschap – nu wij niet op voorhand inzien dat die overgang essentieel andere vragen oproept.
Natuurlijk zijn hier vele hordes te nemen en vele vragen te beantwoorden, waarop wij in deze bijdrage niet kunnen ingaan.[33] Interessant is in dit verband de conclusie in het proefschrift van Sprengers dat deze hordes niet onoverkomelijk zijn.[34]

---

arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder met het oog op de sociale uitkeringsregelingen en het pensioen."
[28] Zie o.a. HvJ EG 8 oktober 1987, *NJ* 1988, 1029.
[29] Vgl. E. Lutjens, "Personele aspecten van privatisering", *TvO* 1987, p. 243-246. Bij deze stelling gaan wij uit van een aantal vooronderstellingen met betrekking tot de grenzen van richtlijnconforme interpretatie, zoals dat een richtlijnconforme interpretatie de rechter niet kan nopen tot een contra legem-toepassing van het nationale recht. Zie voor een overzicht van deze grenzen T. Heukels, "Richtlijn- en gemeenschapsconforme interpretatie: nieuwe internationale dimensies", *NJB* 1997, p. 1845-1850.
[30] Zo ook A.H. van Zutphen, "De status van bij geprivatiseerde instellingen permanent gedetacheerde ambtenaren", *ArbeidsRecht* 1998, 2, p. 10.
[31] CRvB 21 december 1994, *TAR* 1995, 63.
[32] HR 20 juni 1997, *JAR* 1997/165.
[33] Wij refereren aan de in noot 28 opgenomen opmerking van Christe.

Niettemin geven wij geven de voorkeur aan een wettelijke regeling, al was het maar omdat daarmee beter gewaarborgd is dat de nodige eenvormigheid en duidelijkheid wordt geschapen. Om de bepalingen uit Richtlijn 1998 in Nederland op ambtenaren toepasselijk te laten zijn, lijkt ons aanpassing van Titel 10 van Boek 7 BW onwenselijk, nu die titel gereserveerd is voor werknemers. Daarom bepleiten wij een aanpassing van de Ambtenarenwet. De meest praktische oplossing is de artikelen 7:662 e.v. BW – afgezien van enkele in de rede liggende aanpassingen - in de Ambtenarenwet van toepassing te verklaren op ambtenaren. Zoals gezegd vormt de in artikel 7:662 BW gebezigde term "onderneming" hiervoor geen belemmering. Deze aanpassing van de Ambtenarenwet is echter nog niet voldoende om te voorzien in de situatie van overgang van en naar ambtenaar- respectievelijk werknemerschap, privatisering en deprivatisering dus. De artikelen 7:662 e.v. BW zijn immers uitsluitend van toepassing op werknemers en de alsdan aangepaste Ambtenarenwet uitsluitend op ambtenaren. Daarom zal de wetgever op de een of andere manier – in het BW, de Ambtenarenwet of beide - rekening moeten houden met de situatie van overgang van ambtenaarschap naar werknemerschap en vice versa.

Conclusie

Privatisering, deprivatisering en een overgang waarbij alleen openbare ondernemingen zijn betrokken vallen alle onder de werkingssfeer van Richtlijn 1998. Het nieuwe artikel 1, eerste lid onder c in Richtlijn 1998 bevestigt die opvatting. De in Richtlijn 1998 gebezigde term "arbeidsbetrekking" ziet op ambtenaren en arbeidscontractanten.
Ten onrechte loopt de Nederlandse wetgeving niet in de pas met Richtlijn 1998. De artikelen 7:662 e.v. BW zijn weliswaar eenvoudig zo te interpreteren dat zij van toepassing zijn op de overgang van of naar een openbare onderneming, maar overheidspersoneel is van de werking van die artikelen uitgesloten. Een direct beroep op Richtlijn 1998 of richtlijnconforme interpretatie van Nederlandse wetgeving kan geen soelaas bieden. Wij spreken een voorkeur uit voor een wijziging van de Ambtenarenwet waarmee de regeling van de artikelen 7:662 e.v. BW ook daar wordt opgenomen. Bij een wetswijziging zal rekening moeten worden gehouden met de overgang van of naar het ambtenaarschap.

R.M. Beltzer is onderzoeker bij het Hugo Sinzheimer Instituut te Amsterdam.
M. Holtzer is advocaat bij Clifford Chance te Amsterdam.

---

[34] L.C.J. Sprengers, *De wet op de ondernemingsraden bij de overheid*, Deventer: Kluwer 1998, hoofdstuk 13 (p. 691 e.v.). Deze hordes zullen in de toekomst wellicht nog makkelijker te nemen zijn wanneer in het kader van de "normalisatie van de ambtenarenstatus" de rechtsregels ten aanzien van het werknemerschap en die van het ambtenaarschap steeds minder van elkaar gaan verschillen.