3 Privatisering, deprivatisering en permanente detachering

Mr. R.M. Beltzer

3.1 Inleiding

De rechtspositie van voor de overheid werkzame personen hangt samen met de vorm waarin hun verhouding met de overheid is gegoten. Personen die zijn aangesteld om in openbare dienst werkzaam te zijn (art. 1 eerste lid Ambtenarenwet), zijn ambtenaar. Daarnaast kan de overheid arbeidsovereenkomsten sluiten. Art. 7:615 BW bepaalt dat op 'personen in dienst van de staat, provincie, gemeente waterschap of enig ander publiekrechtelijk lichaam' de bepalingen van Titel 10 van Boek 7 van het BW niet van toepassing zijn, tenzij zij van toepassing zijn verklaard.[1] Deze personen worden arbeidscontractanten genoemd. Veelal is hun juridische positie in de meeste opzichten gelijk aan die van ambtenaren. De mogelijkheid arbeidscontractanten in dienst te nemen is de laatste jaren verkleind (zie paragraaf 2.8).
Een belangrijke oorzaak voor een wijziging in de rechtspositie van deze twee groepen – die hierna met de term 'overheidspersoneel' zullen worden aangeduid – doet zich voor in de situatie dat de overheid besluit bepaalde, door haar uitgevoerde werkzaamheden, aan een buiten de openbare dienst staande entiteit over te laten. Door een dergelijke overgang (waarover later meer) krijgt het betrokken overheidspersoneel te maken met een wijziging van werkgever: voor de overheid treedt een andere, private, werkgever in de plaats. Zij die voorheen ambtenaar waren verliezen die status indien de verkrijger niet tot de openbare dienst behoort.[2] Bovendien krijgen zij te maken met een ander rechtsregime: niet de speciaal voor overheidspersoneel in het leven geroepen regelingen zijn van toepassing, maar het privaatrechtelijke arbeidsrecht.
Ook de omgekeerde situatie kan zich voordoen. Een voorheen door een private werkgever uitgevoerde activiteit wordt overgedragen aan een overheidsinstelling die tot de openbare dienst behoort. Door een dergelijke deprivatisering (of nationalisering) zullen de werknemers de ambtenarenstatus kunnen verkrijgen.[3]
Deze beide situaties, privatisering en deprivatisering, zullen hierna aan de orde komen. De nadruk ligt daarbij op de in het Europese en nationale recht neergelegde regels met betrekking tot overgang van ondernemingen. Deze regels beogen een overgang van een bepaalde activiteit die als 'onderneming' kan worden gekwalificeerd op een voor het personeel zo soepel mogelijke wijze te realiseren: het personeel mag niet wegens de overgang worden ontslagen en het behoudt alle rechten en plichten die uit de arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking met de vervreemdende werkgever voortvloeien. Tot op grote hoogte bewerkstelligen deze regels dat degene die de activiteit overdraagt – de vervreemder – en degene die de activiteit overneemt – de verkrijger - als één en dezelfde werkgever worden beschouwd. Dit uit zich bijvoorbeeld in het feit dat overgegane werknemers hun anciënniteit bij de verkrijger behouden. Het Nederlandse recht biedt echter geen bevredigende regeling die een naadloze overgang van werknemerschap naar ambtenaarschap en vice versa bewerkstelligt.

---

[1] In afwijking van art. 7:615 BW worden in art. 7:662 BW de bepalingen van Afdeling 8 nochtans van toepassing verklaard op arbeidscontractanten.
[2] 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.'
[3] Uiteraard is dit geen vanzelfsprekendheid. Een ambtenaar dient immers te worden aangesteld; bovendien kan de overheid arbeidscontractanten in dienst nemen.

Voorts zal in dit hoofdstuk worden stilgestaan bij de situatie die zich de laatste decennia op verschillende overheidsniveaus heeft voorgedaan: de permanente detachering van ambtenaren. Hierbij worden de werkzaamheden weliswaar geprivatiseerd, maar het bij die werkzaamheden betrokken personeel blijft in overheidsdienst en wordt gedetacheerd naar de buiten de openbare dienst staande entiteit die de werkzaamheden uitvoert. De gedachte hierachter is meestal dat het voor de betreffende ambtenaar voordelig is in overheidsdienst te blijven. De rechtspositie van dergelijke personen – zijn zij ambtenaren en/of personen in openbare dienst? - is tot het einde van het vorige millennium niet altijd even duidelijk geweest. Dat klemde te meer, nu de groep van betrokken personen aanzienlijk in aantal was. Vooral in de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw zijn vele overheidsinstellingen geprivatiseerd; in sommige sectoren, zoals de zorg- en welzijnssector, zijn zelfs vrijwel alle instellingen geprivatiseerd. De gevolgen van de daarmee gepaard gaande permanente detachering van ambtenaren worden behandeld in paragraaf 3.5.

3.2 Privatisering en deprivatisering

Met het oog op het in de inleiding gestelde, wordt hierna onder privatisering de overgang van een openbare, tot de openbare dienst behorende onderneming naar een particuliere, niet tot de openbare dienst behorende onderneming verstaan (zie over de termen 'openbaar' en 'particulier' paragraaf 3.2). Door een dergelijke overgang krijgt het bij de privatisering betrokken personeel van de openbare onderneming te maken met een wijziging van werkgever: voor de overheid treedt een andere, private, werkgever in de plaats. Zij die voorheen ambtenaar waren verliezen die status als de verkrijger niet tot de openbare dienst behoort. De situatie dat ambtenaren bij een openbare onderneming hun ambtenarenstatus kunnen behouden omdat de verkrijger tevens tot de openbare dienst behoort, wordt niet verder besproken. Hetzelfde geldt voor de situatie dat sprake is van overgang van de ene tot de openbare dienst behorende particuliere onderneming naar de andere. In die situaties is immers geen sprake van wijziging van de ambtenaar- dan wel werknemerstatus.
Verwarring wekkend is het gegeven dat in het spraakgebruik en in de literatuur de term privatisering voor verschillende situaties wordt gebruikt. Zo spreekt men soms van privatisering wanneer de overheid die alle aandelen in een privaatrechtelijke rechtspersoon houdt, meer dan de helft daarvan aan particulieren overdraagt. Bijker heeft in haar proefschrift drie vormen van privatisering onderscheiden: afstoten, uitbesteden en verzelfstandigen.[4] Onder afstoten wordt de overgang van een openbare onderneming naar een particuliere onderneming in de private sector verstaan. Hierdoor verliest de overheid haar invloed op het voortbestaan van de voorziening. Het is de meest ingrijpende vorm van privatisering en tevens de vorm die het meest aansluit bij hetgeen in het algemeen onder privatisering wordt verstaan. Ambtenaren zullen hun ambtenarenstatus verliezen daar zij niet langer in openbare dienst werkzaam zijn. Bij de tweede vorm, uitbesteding, wordt de productie van een bepaalde functie overgedragen aan de private sector; de plannings- en financieringsfunctie blijft bij de overheid. De overheid blijft dus wel invloed houden op de beschikbaarheid van de betreffende voorziening. De gevolgen voor ambtenaren die overgaan naar de private sector zijn veelal dezelfde als die bij afstoten. Verzelfstandiging is als derde vorm van privatisering de minst ingrijpende: hieronder wordt verstaan het overdragen van overheidstaken aan verzelfstandigde organisaties, waarbij het (indirect) overheidstoezicht gehandhaafd blijft. Deze verzelfstandigde organisatie kan een bij wet op te richten rechtspersoon zijn, maar ook een privaatrechtelijk lichaam. Dergelijke organisaties

[4] Bijker 1992, p. 57.J. Zwennis'' spreekt over respectievelijk harde privatisering, gematigde privatisering en zachte privatisering (Zwennis 1986). Zie ook Kamerstukken II 1982/83, 17 938, nr. 1, p. 2.

blijven veelal tot de openbare dienst behoren. Ambtenaren zullen daardoor hun juridische status niet verliezen.
Bovengenoemd onderscheid is voor het vervolg van dit hoofdstuk niet relevant. De nadruk ligt namelijk op het onderscheid tussen overheidspersoneel en werknemers, tussen openbare en particuliere ondernemingen, en de gevolgen van dat onderscheid voor de positie van het personeel.
Het spiegelbeeld van privatisering is dat een particuliere, niet tot de openbare dienst behorende onderneming een tot de openbare dienst behorende openbare onderneming wordt. In dat geval spreekt men wel van deprivatisering. Die term kan verwarring wekken: men zou immers kunnen menen dat wordt gedoeld op het ongedaan maken van een privatisering (de-privatisering): een onderneming is geprivatiseerd en wordt vervolgens weer een openbare onderneming. Met de term wordt echter in het algemeen gedoeld op de overgang van een particuliere naar een openbare onderneming, zonder dat zich noodzakelijkerwijs in een eerder stadium een privatisering heeft voorgedaan.
Deprivatisering wordt dan gebruikt als synoniem voor nationalisering. Na de deprivatisering kunnen de in het gedeprivatiseerde lichaam werkzame werknemers de ambtenarenstatus verkrijgen, maar dat is niet noodzakelijk. De verkrijgende overheid kan immers ook werknemers met een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht in dienst hebben.[5]

3.3 De richtlijn overgang van ondernemingen

3.3.1 Inleiding

Richtlijn 77/187 van 14 februari 1977 inzake het behoud van rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan[6] is tot stand gekomen op basis van de verwachting in de jaren zeventig, dat de uitbouw van de Europese Gemeenschappen zou leiden tot concentraties en fusies van ondernemingen. Uit de stukken blijkt niet dat de opstellers van de richtlijn overgangen binnen de overheidssector op het oog hadden. Zoals hierna zal blijken, is de richtlijn echter wel op de overheidssector van toepassing. Dit is tevens van belang voor het antwoord op de vraag wat er met de ambtenarenstatus geschiedt in geval van privatisering en, omgekeerd, of een werknemer die geconfronteerd met een deprivatisering van de onderneming waar hij werkzaam is, aanspraak kan maken op het behoud van zijn arbeidsovereenkomst of dat hij automatisch de ambtenarenstatus verkrijgt.
Hoofddoel van de richtlijn is de nadelige effecten van deze fusies en concentraties voor het personeel te voorkomen. Dat doet de richtlijn door onder meer te bepalen dat alle rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking[7] in geval van overgang van een onderneming overgaan naar de verkrijger van die onderneming. De richtlijn uit 1977 is vervangen door Richtlijn 98/50 van 29 juni 1998[8] die vooral was bedoeld als verduidelijking van die uit 1977. Deze verduidelijking – die vooral de cruciale termen 'onderneming', 'overgang' en 'werknemer' betrof - is gebaseerd op de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG te Luxemburg. Met Richtlijn 2001/23 van 12 maart 2001[9] is ten slotte een

---

[5] Voor de volledigheid moet erop gewezen worden dat het mogelijk is dat vóór de deprivatisering reeds ambtenaren werkzaam waren bij de vervreemder, en wel indien die tot de openbare dienst behoorde.
[6] Pb. EG van 5 maart 1977, L 61/26.
[7] Zie over de reikwijdte van de term 'arbeidsbetrekking' (in de richtlijn van 1977 nog aangeduid als 'arbeidsverhouding') paragraaf 3.3.3.
[8] Pb. EG van 17 juli 1998, L 201/88.
[9] Pb. EG van 22 maart 2001, L 82/16.

vernummering en rationalisatie van de tekst van Richtlijn 98/50 gerealiseerd; enige inhoudelijke wijziging heeft niet plaatsgevonden.[10]
Op 27 juli 1981 trad de implementatiewet van de richtlijn uit 1977 in werking (art. 7A:1639aa-dd oud BW (thans art. 7:662-666[11] BW), 14a Wet CAO en art. 2a Wet AVV). De vervangende richtlijn uit 1998 heeft in 2002 geleid tot aanpassing van enkele artikelen uit deze afdeling, alsmede van enkele bepalingen uit andere wetten.[12] Naar aanleiding van de richtlijnen zijn nooit wettelijke maatregelen ten aanzien van overheidspersoneel genomen. Ook bij de meest recente wetswijziging heeft de wetgever expliciet afgezien van een aan de artikelen 7:662 e.v. BW vergelijkbare regeling voor ambtenaren.[13]
Voor toepasselijkheid van de richtlijn is vereist dat sprake is van een *onderneming* die krachtens overeenkomst *overgaat* (art. 1 eerste lid onder a en b van de richtlijn). Voorts beschermt de richtlijn *werknemers*, en dat zijn die personen die een *arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking* hebben (art. 2 eerste lid onder d en tweede lid van de richtlijn).

3.3.2 Het ondernemings- en overgangsbegrip

Een onderneming (of vestiging of onderdeel)[14] is 'een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt, waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan', aldus de richtlijn. Dit begrip is in de Europese rechtspraak zeer ruim uitgelegd. Zo kan een door een gemeente gesubsidieerde stichting die zich bezighoudt met gratis hulpverlening aan verslaafden onder het begrip 'onderneming' vallen.[15] Belangrijke eis is dat sprake is van een duurzaam georganiseerd geheel van personen en elementen waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend. Van overgang van een onderneming kan niet gesproken worden indien de verkrijger niet een qua aantal en deskundigheid wezenlijk deel van het personeel overneemt dat zijn voorganger speciaal voor deze taak had ingezet, noch activa van betekenis zijn overgegaan.
Van belang is dat de richtlijn van toepassing is op zowel 'particuliere' als 'openbare' ondernemingen. Blijkens rechtspraak van het Hof van Justitie wordt met die laatste term uit de richtlijn tevens gedoeld op overheidsinstellingen. Bij een openbare onderneming moet dus niet alleen gedacht worden aan een op winst gericht overheidsbedrijf. Ook een gemeente of een waterschap valt onder de definitie.
Hierbij past een belangrijke kanttekening. Hoewel een winstoogmerk niet is vereist om als onderneming te kwalificeren, dienen de over te dragen activiteiten wel van economische aard te zijn. Ook dit begrip wordt ruim uitgelegd: de overheid kan zich niet aan de werking van de richtlijn onttrekken door te stellen dat een bepaalde activiteit tot haar publieke taken dient te worden gerekend. Zo is ook het ophalen van huisvuil een economische activiteit. In

---

[10] De richtlijnen uit 1977, 1998 en 2001 worden hierna ieder afzonderlijk met 'de richtlijn' aangeduid, tenzij uitdrukkelijk anders wordt vermeld.
[11] Art. 7:666 BW, inhoudende dat de regels omtrent overgang van onderneming niet van toepassing zijn op de overgang van een failliete onderneming, is in navolging van rechtspraak van het Hof van Justitie EG bij de gelegenheid van de invoering van Titel 10 van Boek 7 BW ingevoerd.
[12] Wet van 18 april 2002 tot uitvoering van de Richtlijn 98/50/EG van de Raad van de Europese Unie van 29 juni 1998 tot wijziging van de Richtlijn 77/187/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 van ondernemingen of vestigingen, in werking getreden per 1 juli 2002 bij Koninklijk Besluit van 17 mei 2002 (Stb. 2002, 215).
[13] Kamerstukken II 2000/01, 27 469, nr. 3, p. 4-6 en 9.
[14] Deze twee termen hebben geen zelfstandige betekenis.
[15] HvJEG 19 mei 1992, NJ 1992, 476 (Sophie Redmond Stichting).

navolging van het arrest Henke/Gemeinde Schierke[16] bepaalt de richtlijn van 1998 in art. 1, eerste lid onder c dat een administratieve reorganisatie van overheidsdiensten of de overgang van administratieve functies tussen overheidsdiensten geen overgang van onderneming is. Het Hof oordeelde in dit arrest dat indien al mocht worden aangenomen dat er niettemin sprake was van enige economische activiteit, deze qua belang in het niet viel bij het niet-economische karakter van de overgedragen activiteiten. Overigens zal in de geschetste situatie meestal geen sprake zijn van privatisering of deprivatisering, maar van een overgang van activiteiten van de ene naar de andere overheidsinstelling. Dit brengt voor het betrokken personeel veelal geen wijziging in de ambtenarenstatus mee. Wel kan een dergelijke reorganisatie meebrengen dat ambtenaren onder andere regels gaan vallen, bijvoorbeeld wanneer men door de taakverschuiving niet langer als Rijksambtenaar, maar als gemeentelijke ambtenaar is te beschouwen.[18]
Voor de werking van de richtlijn dient sprake zijn van een overgang 'ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst of fusie' (art. 1, eerste lid onder a van de richtlijn). De beperking tot overeenkomst of fusie is misleidend, aangezien het overgangsbegrip, evenals het ondernemingsbegrip, door het Hof van Justitie zeer ruim is uitgelegd. Ook indien geen overeenkomst kan worden aangewezen op basis waarvan de overgang kan hebben plaatsgevonden, kan toch zijn voldaan aan het vereiste dat de overgang ten gevolge van een overeenkomst geschiedt. De omstandigheid dat de overdracht voortvloeide uit het feit dat de gemeente Groningen eenzijdig de subsidie van de ene naar de andere stichting overhevelde en niet voortvloeide uit een overeenkomst, deed volgens het Hof van Justitie niet af aan het gegeven dat moest worden aangenomen dat sprake was van een overgang van onderneming. Voldoende was dat de twee gesubsidieerde stichtingen zich bereid hadden verklaard actief mee te werken aan de overdracht van de cliënten/patiënten.[19] Zelfs een wetsbesluit tot privatisering van een overheidsdienst valt onder het begrip 'overgang ten gevolge van een overeenkomst'.[20]
In Nederland zijn het ondernemings- en overgangsbegrip opgenomen in art. 7:662 BW. De door het Hof van Justitie geformuleerde en in art. 1, eerste lid onder c van de richtlijn opgenomen uitzondering ten aanzien van een administratieve reorganisatie van overheidsdiensten of de overgang van administratieve functies tussen overheidsdiensten is niet in Nederlandse wetgeving opgenomen. De plaatsing in art. 7:662 BW levert geen problemen op voor de toepasselijkheid op openbare ondernemingen, nu art. 7:662 BW richtlijnconform wordt uitgelegd. Hetzelfde geldt voor het ontbreken van de hiervoor genoemde uitzondering. Van enige spanning tussen de in art. 7:662 BW opgenomen definities en de door het Hof van Justitie geformuleerde definities van 'onderneming' en 'overgang' is nooit sprake geweest. Anders ligt dat met het voor de werking van de richtlijn cruciale werknemersbegrip.

3.3.3 Werknemer

De regels omtrent overgang van onderneming bestaan ten behoeve van 'werknemers'. De richtlijn uit 1998 (en die uit 2001) bepaalt in art. 2, eerste lid onder d dat onder een werknemer wordt verstaan iedere persoon die krachtens de nationale arbeidswetgeving

---

[16] HvJEG 15 oktober 1996, JAR 1996/254. In casu hadden enkele gemeenten, ter verbetering van hun functioneren, een gemeenschappelijk bestuursorgaan in het leven geroepen.
[17]
[18] Zie voor een casus waarin sprake was van een deprivatisering van taken die naar het oordeel van de rechter tot de uitoefening van het openbaar gezag behoorden CRvB 31 mei 2001, TAR 2001, 107.
[19] HvJEG 19 mei 1992, NJ 1992, 476 (Sophie Redmond Stichting).
[20] HvJEG 14 september 2000, JAR 2000/225 (Collino & Chiappero/Telecom Italia).

bescherming geniet als werknemer.[21] 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'. Over het antwoord op de vraag of overheidspersoneel nu wel of niet als 'werknemers' in de zin van de richtlijn moeten worden beschouwd – in het bijzonder: of zij een arbeidsbetrekking hebben - zijn flink wat pennen in beweging geweest.[22] Zou overheidspersoneel toch onder de richtlijn vallen, dan zouden de artikelen 7:662-666 BW - die zich immers tot werknemers in de zin van Titel 10 Boek 7 BW beperken - niet volstaan. In 2000 heeft het Hof van Justitie zich in twee zaken uitgelaten op de toepasselijkheid van de richtlijn op overheidspersoneel. De eerste zaak betrof een privatisering, de tweede een privatisering.[23]

Collino & Chiappero/Telecom Italia SpA

Op 14 september 2000 wees het Hof van Justitie EG in een Italiaanse zaak een arrest waarin de vraag werd beantwoord wat de gevolgen zijn van privatisering voor het behoud van rechten en verplichtingen uit de ambtelijke aanstelling. Dit arrest is van groot belang voor de rechtspositie van Nederlandse ambtenaren en arbeidscontractanten in geval van privatisering.

Collino en Chiappero, twee Italiaanse ambtenaren, waren aangesteld bij ASST, indertijd de overheidsdienst die belast was met het beheer van telecommunicatievoorzieningen ten dienste van Italië. In navolging van de Europese wens tot privatisering van nationale nutsbedrijven te komen, gingen zij op enig moment over naar een speciaal krachtens een wet als opvolger van ASST opgerichte privaatrechtelijke vennootschap, Iritel Iritel werd 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 de Italiaanse Codice Civile) toelaten. Die specifieke bepalingen betroffen in het geval van de overgang van ASST naar Iritel wet nr. 58/92. In deze wet 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.

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 tussen Iritel en SIP enerzijds en werknemersvertegenwoordigers anderzijds gesloten collectieve overeenkomst. Uit de casus blijkt dat het hen te doen was om een anciënniteitsberekening die recht doet aan de continuïteit van hun arbeidsverhouding zoals dat volgt uit art. 2112 van de Codice Civile en de richtlijn. Daarnaast maakten Collino en Chiappero bezwaar tegen het feit dat de ontslagvergoeding waarop elke persoon in overheidsdienst recht 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

---

[21] Deze bepaling vormt de codificatie van HvJEG 7 februari 1985, NJ 1985, 901 (Wendelboe) en HvJEG 11 juli 1985, NJ 1988, 907 (Mikkelsen).

[22] Zie onder meer Beltzer & Holtzer 2000 en Heerma van Voss 2000.

[23] HvJEG 14 september 2000, JAR 2000/225 en HvJEG 26 september 2000, JAR 2000/239 (Mayeur). Zie voor een bespreking van deze twee arresten Veldman 2001, Beltzer 2000b en voor het eerste arrest tevens Van Peijpe 2000.

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 nationale 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 de Codice Civile 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 de prejudiciële vraag of een overgang van onderneming had plaatsgevonden en of de anciënniteit van Collino en Chiappero in de periode vanaf hun aanstelling bij ASST tot hun ontslag bij Telecom Italia behouden was gebleven.
Het Hof overwoog dat de richtlijn in art. 2, eerste lid onder d en het tweede lid bepaalt dat 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' hanteert.[24] Het Hof volgde die redenering niet: de richtlijn is naar zijn oordeel niet van toepassing op personen die niet krachtens nationale wetgeving als werknemer bescherming genieten, ongeacht de werkzaamheden die zij 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 was echter aan de nationale rechter zich hiervan te vergewissen.
Uit deze uitspraak heeft de Nederlandse wetgever afgeleid dat ambtenaren in geval van privatisering niet de bescherming genieten die werknemers op grond van de artikelen 7:662 e.v. BW hebben.[25] Ambtenaren vallen immers, naar analogie van hetgeen het Hof van Justitie heeft gezegd, onder 'een publiek statuut', te weten de Ambtenarenwet en andere, speciaal voor ambtenaren in het leven geroepen wetten en lagere regelingen.

Mayeur/APIM
Nog geen twee weken nadat het Hof van Justitie had geoordeeld over de positie van ambtenaren na privatisering, had hij te oordelen over de omgekeerde situatie. In de op 26 september 2000 gewezen Franse zaak Mayeur/APIM kwam het Hof van Justitie tot een ander oordeel dan het in de zaak Collino & Chiappero/Telecom Italia had gegeven. De casus was als volgt.
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. De activiteiten van

---

[24] Deze redenering is in Nederland eerder verdedigd doorBeltzer 2000a, par. 7.3.1.
[25] Kamerstukken II 2000/01, 27 469, nr. 3, p. 4-6 en 9.

APIM werden op een zeker moment overgedragen aan de stad Metz. APIM werd hierna ontbonden; op 16 september 1997 werd Mayeur op de hoogte gesteld van zijn ontslag op bedrijfseconomische gronden, gelegen in de bedrijfsbeëindiging van APIM. Mayeur vorderde voor de nationale 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 was deze rechtspraak in strijd met de richtlijn. De nationale rechter vroeg aan het Hof van Justitie of de richtlijn van toepassing is indien de bedrijfsactiviteit van een privaatrechtelijke rechtspersoon overgaat naar een publiekrechtelijke rechtspersoon.
Wat het werknemersbegrip van de richtlijn betreft, overwoog het Hof van Justitie 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. Deze bepaling geeft aan 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. Deze bepaling is in de Nederlandse wet geïmplementeerd in art. 7:665 BW.
Het Hof van Justitie geeft hiermee impliciet te kennen dat de regels omtrent overgang van onderneming wel van toepassing zijn in geval van een deprivatisering.

Commentaar
Het verschil in uitkomst tussen deze twee arresten is te verklaren indien men ervan uitgaat dat het vertrekpunt van de overgang van de onderneming doorslaggevend is voor de toepasselijkheid van de richtlijn op het personeel: Collino en Chiappero waren bij ASST, het vertrekpunt van de overgang, ambtenaren. Mayeur was echter werknemer, in welke hoedanigheid hij de bescherming van de richtlijn geniet.
Vast staat dat in geval van een *privatisering* de richtlijn niet van toepassing is op ambtenaren, mits van hen gezegd kan worden dat zij onder 'een publiek statuut' vallen, zoals het Hof van Justitie stelt. Aangenomen mag worden dat de Ambtenarenwet een dergelijk publiek statuut is. Op de overheid ligt derhalve geen plicht voor deze groep een aan de artikelen 7:662 e.v. BW gelijkluidende regeling in het leven te roepen. Dit betekent niet dat een dergelijke regeling niet in de rede zou liggen: tot op grote hoogte bevinden ambtenaren zich in een aan werknemers identieke situatie. De bestaande verschillen worden bovendien verkleind: zo zijn de laatste jaren onder andere de Wet op de ondernemingsraden, de WW en de WAO op ambtenaren van toepassing geworden.
Uit de twee arresten is voorts af te leiden dat arbeidscontractanten in geval van privatisering wel een beroep kunnen doen op de bescherming van de richtlijn, en dus op de artikelen 7:662 e.v. BW. Zij hebben immers wel een arbeidsovereenkomst en zij worden derhalve 'als werknemer' in de zin van de richtlijn beschermd. Op hen waren de artikelen 7:662 e.v. BW tot de wetswijziging van 2002 echter niet van toepassing, omdat artikel 7:615 BW dat verhinderde. Thans staat in het eerste lid van artikel 7:662 BW dat, in afwijking van artikel 7:615 BW, de artikelen 7:662 e.v. BW nochtans ook van toepassing zijn op de 'werknemer die arbeid verricht in een onderneming die in stand wordt gehouden door staat, provincie, gemeente, waterschap of enig ander publiekrechtelijk lichaam.' Werken bij een overheidsdienst zowel ambtenaren als arbeidscontractanten en zijn op de overgang van die

dienst de artikelen 7:662 e.v. BW van toepassing, dan leidt dat tot de situatie dat de ambtenaren niet verplicht overgaan, maar de arbeidscontractanten wel.
Bij een *deprivatisering* is de richtlijn wel van toepassing. Het Hof van Justitie legt echter niet op de lidstaten de plicht werknemers na deprivatisering in overheidsdienst aan te stellen. Het Hof formuleert hier in feite een inbreuk op art. 4, eerste lid van de richtlijn, dat bepaalt dat een ontslag wegens de overgang verboden is. Wellicht is die keuze ingegeven door het feit dat het Hof inziet dat een vloeiende overgang van werknemerschap naar de ambtenarenstatus in de lidstaten niet zonder meer mogelijk is en een ontoelaatbare inbreuk zou kunnen vormen op bepaalde procedures die de nationale overheden hanteren bij het aantrekken van personeel. Hierbij valt te denken aan antecedentenonderzoek, bijvoorbeeld voor functies waarbij de nationale veiligheid in het geding is. Leidt deprivatisering volgens de nationale wetgeving tot het einde van de arbeidsovereenkomsten, dan is dit een beëindiging die voor rekening van de werkgever komt, aldus het Hof. Dit kan gevolgen hebben voor een eventueel toe te kennen ontslagvergoeding.
In de volgende paragraaf worden de gevolgen van deze rechtspraak voor de Nederlandse situatie wat uitgebreider bekeken.

3.4 De gevolgen van privatisering en deprivatisering voor overheidspersoneel nader beschouwd

3.4.1 De gevolgen van privatisering

Hiervoor is aangegeven dat de richtlijn en de artikelen 7:662 e.v. BW tevens van toepassing zijn op de overheidssector, of, in de termen van de richtlijn, op openbare ondernemingen. De toepasselijkheid van het ondernemingsbegrip uit art. 7:662 BW op openbare ondernemingen mist echter veelal enig rechtsgevolg, nu de artikelen 7:662 e.v. BW niet voor ambtenaren gelden. Zij worden volgens het Hof van Justitie niet 'als werknemer' beschermd. Slechts de bij een openbare onderneming werkzame werknemers, dat wil zeggen die personen die een arbeidsovereenkomst in de zin van Titel 10 van Boek 7 van het BW hebben, behouden sinds de wetswijziging van 2002 hun rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst in het geval de onderneming waar zij werkzaam zijn wordt geprivatiseerd.
In geval van privatisering geldt voor ambtenaren dat hun eenzijdige aanstelling niet automatisch kan worden omgevormd tot een arbeidsovereenkomst. Voor de overgang naar de particuliere onderneming plaatsvindt, zal de ambtenaar uit ambtelijke dienst moeten worden ontslagen, waarna indiensttreding bij de particuliere werkgever kan plaatshebben. Nu de verkrijger ten aanzien van de inmiddels ex-ambtenaren niet gebonden is aan de artikelen 7:662 e.v. BW, behoeft hij hun oude rechten niet te eerbiedigen. Ook hun anciënniteit behoeft hij niet te eerbiedigen. Het staat hem in principe vrij met het overgenomen personeel te onderhandelen over arbeidsvoorwaarden. Omdat de artikelen 14a Wet CAO en 2a Wet AVV evenmin gelden, heeft de verkrijger direct na de overgang de mogelijkheid de voor hem geldende (algemeen verbindend verklaarde) CAO op het overgenomen personeel toe te passen.
De overheid kan aan de verkrijger op het punt van behoud van arbeidsvoorwaarden echter wel bepaalde eisen stellen. De regering heeft in het verleden enkele malen gesteld dat uitgangspunt bij privatiseringsoperaties is dat de rechten van ambtenaren in materieel opzicht zovel mogelijk behouden dienen te blijven.[26] De regering ziet echter geen grond voor een wettelijke regeling.
De rechtspositie van een ambtenaar bij de overgang van een openbare naar een particuliere onderneming wordt gewoonlijk vastgelegd in een sociaal statuut, waarbij de vakorganisaties

[26] Kamerstukken II 1985/86, 17 938, nr. 15, p. 14 en Kamerstukken II 2000/01, 27469, nr. 3, p. 6 en nr. 14.

nauw zijn betrokken. In dit statuut komen onderwerpen voor als baangarantie, garanties ten aanzien van bij de overheid opgebouwde rechten, bevoegdheden van de nieuwe werkgever en salarisperspectief.[27] Veelal kan de ambtenaar na de privatisering deelnemer blijven aan de pensioenregeling van het ABP. Art. 2.2, eerste lid onder b van het Pensioenreglement bepaalt dat het bestuur van het ABP privaatrechtelijke lichamen kan toelaten.
De verkrijgende werkgever zal niet in alle gevallen behoefte hebben aan al het personeel dat bij de betreffende openbare onderneming werkzaam is. Nu de regels omtrent overgang van onderneming niet van toepassing zijn, geldt voor hem evenmin de plicht al het personeel in dienst te nemen. Neemt de verkrijger niet al het personeel mee over, dan zal de vervreemder – de overheid – met personeel blijven zitten waarvoor het misschien geen ruimte meer heeft. De betreffende ambtenaren kunnen dan niet zonder meer worden ontslagen. De verschillende rechtspositiereglementen bepalen dat ontslag wegens opheffing van de betrekking dan wel verandering van de inrichting van het dienstonderdeel (van één van deze twee zal bij privatisering in de meeste gevallen sprake zijn) slechts kan plaatsvinden indien het na zorgvuldig onderzoek niet mogelijk is gebleken de ambtenaar binnen de openbare dienst van de overheid andere passende werkzaamheden op te dragen.[28]

Voor arbeidscontractanten geldt het bovenstaande niet. Zij kunnen zich ingevolge art. 7:662, eerste lid BW beroepen op de artikelen 7:662 e.v. BW. Zij gaan in geval van privatisering verplicht mee over naar de verkrijger met behoud van al hun rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst. Omdat arbeidscontractanten bij de overheid niet onder een CAO in de zin van de Wet CAO zullen vallen, spelen de artikelen 14a Wet CAO en 2a Wet AVV geen rol.

3.4.2 De gevolgen van deprivatisering

In deze situatie zijn de artikelen 7:662 e.v. BW wel van toepassing. Dit zou meebrengen dat werknemers hun rechten en verplichtingen uit hun arbeidsovereenkomsten bij de overheid behouden. Uit de uitspraak van het Hof van Justitie kan afgeleid worden dat op de overheid niet de plicht rust het overgenomen personeel als ambtenaar aan te stellen. Het Hof heeft geoordeeld dat indien 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. De ontslagen komen dan voor rekening van de werkgever.[29]
De betekenis van dit arrest is voor Nederland onduidelijk. De Nederlandse wetgeving *verplicht* immers niet tot ontslag van de bij de gedeprivatiseerde onderneming werkzame werknemers.[30] Wordt het personeel in geval van deprivatisering derhalve ontslagen om vervolgens te worden aangesteld als ambtenaar, dan is het de vraag of hierdoor niet in strijd met art. 4, eerste lid van de richtlijn (geïmplementeerd in art. 7:670, achtste lid BW) wordt gehandeld. In het verlengde hiervan is de vraag of voor de overheid de plicht bestaat het overgenomen personeel als arbeidscontractant in dienst te nemen, en dus met behoud van alle rechten en verplichtingen op basis van art. 7:663 BW.
Indien we ervan uitgaan dat voor de overheid niet de plicht bestaat arbeidscontracten aan te bieden en geen strijd ontstaat met de richtlijn indien het gedeprivatiseerde personeel wegens de deprivatisering wordt ontslagen en vervolgens als ambtenaar wordt aangesteld, dan doet

---

[27] Voorzaat 1999.
[28] Art. 96, eerste lid ARAR en art. 8:4:1. eerste lid UWO.
[29] Dat kan de vervreemder of de verkrijger zijn.
[30] Dit staat los van het feit dat bij de overheid steeds minder arbeidscontractanten werkzaam zijn. Dit is immers het gevolg van beleid, niet van enige wettelijke regeling.

zich de vraag voor of voor de overheid vervolgens de plicht bestaat bij aanstelling als ambtenaar de oude rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst bij de vervreemder te eerbiedigen. Soms is dat in praktische zin onmogelijk, bijvoorbeeld omdat de arbeidsvoorwaarden in de marktsector van een andere aard zijn dan die in de publieke sector. Het behouden van de rechtspositie van vóór de deprivatisering is in geval van aanstelling als ambtenaar überhaupt niet mogelijk, nu ook anderszins de rechtspositie van de ambtenaar van die van een werknemers verschilt. Te denken valt aan het ontslagrecht. Om deze redenen is er iets voor te zeggen dat het Hof van Justitie met zijn opmerking over de toepasselijkheid van art. 4, tweede lid van de richtlijn tevens oog had voor de situatie dat de overgenomen werknemers onmogelijk als ambtenaar al hun rechten en verplichtingen kunnen behouden. Is een werknemer na deprivatisering als ambtenaar slechter af, dan zal hij zich op art. 7:665 BW kunnen beroepen. Hij zal dat echter vóór de overgang moeten doen, nu hij als ambtenaar geen rechten aan art. 7:665 BW kan ontlenen.[31]
Wordt in de voorgaande redenering het personeel na ontslag niet als ambtenaar aangesteld, dan wordt dat ontslag beschouwd als voor rekening van de werkgever komend. Bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst en het bepalen van een billijke vergoeding ex art. 7:685, achtste lid BW, zal de rechter het bepaalde in art. 7:665 BW in acht moeten nemen. De vraag is echter of men wel aan deze bepaling toekomt. De gedeprivatiseerde werknemer die niet wordt aangesteld en wiens arbeidsovereenkomst niet voor de overgang wordt ontbonden, kan geen beroep op dit artikel doen. Art. 7:665 BW ziet immers slechts op ontbinding. Zit de werknemer stil, dan raakt hij vanaf het moment van overgang zelfs automatisch zijn arbeidsovereenkomst met de vervreemder kwijt, nu de onderneming en de daar werkzame personen als één geheel worden gezien.[32] Op dit punt lijkt de Nederlandse wetgever met de implementatie van de richtlijn tekortgeschoten.

3.5 Detachering

Detachering van ambtenaren bij een particuliere onderneming was in de jaren tachtig en het begin van de jaren negentig op gemeentelijk niveau geen onbekend verschijnsel. Vooral in de gezondheidssector en de sector welzijn kwam het regelmatig voor dat ambtenaren na de privatisering van een overheidsinstelling waar zij aangesteld waren hun werkzaamheden bij de particuliere onderneming voortzetten, doch niet ingevolge een arbeidsovereenkomst met de particuliere onderneming, maar ingevolge een detacheringsbesluit van de overheid. Daartoe had de gemeentelijke overheid een overeenkomst tot detachering, veelal voor onbepaalde tijd, afgesloten met de geprivatiseerde instelling. Deze instelling benoemde de ambtenaren in kwestie in definitieve functies en oefende feitelijk het werkgeverschap uit: de ambtenaar richtte zich naar de aanwijzingen van de instelling. De gemeente bleef de formele werkgever en bleef daardoor bevoegd belangrijke rechtspositionele besluiten te nemen, zoals schorsings- en ontslagbesluiten. Het beweerdelijk voordeel van deze detacheringsconstructie was dat de ambtenaren de door hen begeerde ambtenarenstatus niet hoefden in te ruilen voor een werknemerschap bij de geprivatiseerde instelling, een ruil die naast de ambtenaren ook de gemeentelijke overheden en de vakbonden niet aansprak.[33] Deze constructie ging jaren goed, tot de Centrale Raad van Beroep in de zaak Assman tegen de gemeente Zaanhorst roet in het eten gooide. Volgens de Centrale Raad bracht een permanente detachering het einde van het ambtenaarschap mee; van enige werkzaamheden 'in openbare

[31] CRvB 31 mei 2001, TAR 2001, 107.
[32] Zie HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 240 en HR 26 mei 2000, JAR 2000/152.
[33] Van Zutphen 1998.

dienst' was geen sprake meer.[34] Na de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep heeft de Hoge Raad zich in de Assmann-zaak uitgelaten over de gevolgen van het verlies van het ambtenaarschap voor de ex-ambtenaar.[35] Interessant aan deze laatste uitspraak is dat de Hoge Raad het eerdere oordeel van het Gerechtshof Amsterdam dat een deprivatisering had plaatsgevonden en dat daarop de artikelen 7:662 e.v. BW van toepassing waren, in stand liet. Het is de vraag of de Hoge Raad, na de hiervoor behandelde Europese rechtspraak, in de toekomst in gelijke zin zal oordelen. Overigens is de Centrale Raad van Beroep in 2001 teruggekomen op zijn uitspraak in de Assmann-zaak: bij nader inzien beoordeelde de Centrale Raad het verlies van het ambtenaarschap door permanente detachering als in strijd met het gesloten stelsel van ontslaggronden.[36]

---

[34] In gelijke zin had de CRvB reeds eerder geoordeeld, zie CRvB 23 oktober 1983, TAR 1984, 122, CRvB 26 november 1985, TAR 1986, 32 en CRvB 1 juli 1993, TAR 1993, 173. Zie voor een bespreking van de laatste uitspraak Binnerts 1994.
[35] CRvB 21 december 1994, TAR 1995, 63 en HR 20 juni 1997, JAR 1997/154. Zie voor een bespreking van beide uitspraken Van Zutphen 1998, alsmede van de uitspraken tot de Hoge Raad Christe 1996.
[36] CRvB 22 februari 2001, TAR 2002, 77 en CRvB 31 januari 2002, TAR 2002, 89.

[38] Alles wijst erop dat de CRvB zwaar tilde aan het feit dat de detachering permanent was. Alleen daardoor creëerde de detachering immers een 'ambtenaarschap naar de schijn'.
[39] Zie onder meer Binnerts 1994, Pasma 1995, Schaink 1995 en Christe 1996.
[40] In de zogenaamde Rijnstate-zaken concludeerde de kantonrechter te Arnhem eveneens dat door de privatisering tussen de werknemer en het ziekenhuis een privaatrechtelijk overeenkomst, niet zijnde een arbeidsovereenkomst was ontstaan (Ktg. Arnhem 17 juli 1995, JAR 1995/187).
[41] Assmann had inmiddels haar eis aangepast tot betaling van het loon, verminderd met de wachtgelduitkering die zij ontving.
[42] Wat de betekenis van deze verwijzing is, wordt uit de uitspraak niet duidelijk.
[43] Zie hierover in het bijzonder Beltzer 2000a, p. 338-339.
[44] HvJEG 14 september 2000, JAR 2000/225.
[45] Zie over deze zaak Pasma 2001.