

ANNOTATIE

Overgang van onderneming in de publieke sector

mr. dr. L.C.J. Sprengers

Annotatie bij Hof van Justitie van de Europese Unie, 20-07-2017, ECLI:EU:C:2017:574 (AR-2017-0929)

1. Inleiding

Recent heeft het HvJ EU zich gebogen over de vraag of de Richtlijn 2001/23 inzake overgang van onderneming (hierna: de richtlijn) ook van toepassing is op een (eenzijdig) overheidsbesluit om een onderneming waar een gemeente enig aandeelhouder van is te ontbinden en de activiteiten deels over te hevelen naar de gemeente en deels naar een andere onderneming waarvan de gemeente eveneens enig aandeelhouder is. Het HvJ heeft in deze uitspraak het toetsingskader overzichtelijk op een rij gezet. Ik zal hierna eerst kort de inhoud van de uitspraak weergeven. Vervolgens zal ik ingaan op gevolgen voor de Nederlandse praktijk. Tot slot sta ik stil bij wat de gevolgen van deze uitspraak kunnen zijn nadat de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (WNRA) van kracht gaat. Door inwerkingtreding van die wet zullen de bepalingen over overgang van onderneming uit het BW ook van toepassing zullen gaan zijn voor een groot deel van de ambtenaren, die een arbeidsovereenkomst gaan krijgen. Ik beperk me in deze annotatie tot de aspecten die met de publieke sector te maken hebben. Daarom besteed ik geen aandacht aan de overigens ook interessante tweede vraag die het HvJ heeft beantwoord, namelijk dat een persoon die wegens de schorsing van zijn arbeidsovereenkomst niet in actieve dienst is, valt onder het begrip ‘werknemer’ in de zin van artikel 2 lid 1 onderdeel d van de richtlijn voor zover hij krachtens de betrokken nationale wettelijke regeling bescherming geniet als werknemer, hetgeen evenwel door de verwijzende rechter dient te worden nagegaan.

2. Uitspraak HvJ

Feiten

Piscarreta Ricardo, directeur van Portimão Urbis, een onderneming waarvan de gemeente enig aandeelhouder is, heeft een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, maar is vanaf september 2011 tot september 2015 met onbezoldigd verlof. In oktober 2014 heeft de gemeente Portimão besloten om Portimão Urbis te ontbinden. Een deel van de activiteiten van dat bedrijf is overgenomen door de gemeente Portimão. De overige activiteiten van Portimão Urbis zijn uitbesteed aan Emarp, een bedrijf waarvan de gemeente eveneens enig aandeelhouder is. Over overgang van personeelsleden daarbij zijn afspraken gemaakt, maar Piscarreta Ricardo is buiten beschouwing gelaten. Hij beroept zich op overgang van onderneming. Dit is aanleiding voor de Portugese rechter om onder meer de navolgende vraag aan het Europees HvJ voor te leggen: Is op grond van artikel 1 lid 1 onderdeel b van Richtlijn 2011/23 sprake van overgang van onderneming in deze situatie?

Het HvJ beantwoordt de vraag bevestigend aan de hand van de volgende vier stappen:

Richtlijn ook van toepassing op openbare ondernemingen

De omstandigheid dat in het kader van die transactie de vervreemder een gemeentebedrijf was en de verkrijgers een gemeente en een ander gemeentebedrijf, sluit op zich niet uit dat de richtlijn op die transactie van toepassing is. Het HvJ heeft namelijk reeds geoordeeld dat de omstandigheid dat de verkrijger een publiekrechtelijke rechtspersoon is, niet uitsluit dat sprake is van overgang in de zin van de richtlijn, ongeacht of die rechtspersoon een voor een publieke dienst verantwoordelijk overheidsbedrijf is dan wel een gemeente.

Economische activiteit

Onder het begrip 'economische activiteit' worden activiteiten verstaan die bestaan in het aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt. De activiteiten die tot de uitoefening van openbaar gezag behoren zijn in beginsel uitgesloten van een kwalificatie als economische activiteit. Dat neemt niet weg dat diensten die worden verzekerd in het openbaar belang en zonder winstoogmerk en die concurreren met diensten die door marktdeelnemers met winstoogmerk worden aangeboden, kunnen worden aangemerkt als 'economische activiteit' in de zin van artikel 1 lid 1 onderdeel c van de richtlijn. In casu lijkt het bij de verschillende activiteiten die werden uitgeoefend door Portimão Urbis en zijn overgenomen door de gemeente Portimão en Emarp (het beheer van het vervoersysteem, het beheer van de uitrusting voor economische groei, zoals de markt voor groothandel, het terrein voor beurzen en tentoonstellingen en het multifunctionele paviljoen, het beheer van straatverkopen en traditionele markten en beurzen, het beheer van de openbare ruimte, daaronder begrepen reclameactiviteiten in de openbare ruimte, het gebruik van de openbare

weg, het openbaar parkeren in de stad in bovengrondse en ondergrondse parkeergarages en, ten tweede, het beheer van gemeenschapsvoorzieningen en maatschappelijke dienstverlening en dienstverlening op het vlak van onderwijs, cultuur en sport) niet te gaan om uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag, zodat die activiteiten als economische activiteiten in de zin van artikel 1 lid 1 onderdeel c van de richtlijn kunnen worden aangemerkt.

Eenzijdig overheidsbesluit

Het feit dat de overgang voortvloeit uit een eenzijdig overheidsbesluit en niet uit een wilsovereenstemming tussen partijen, sluit de toepassing van de richtlijn niet uit. De loutere omstandigheid dat een overgang, zoals hier aan de orde, het gevolg is van de ontbinding van een gemeentebedrijf krachtens een besluit van het uitvoerend orgaan van de betrokken gemeente, lijkt dus niet uit te sluiten dat sprake is van overgang in de zin van de richtlijn, aangezien een dergelijke transactie een verandering van ondernemer veronderstelt.

Identiteit

Ten slotte is volgens artikel 1 lid 1 onderdeel b van de richtlijn deze richtlijn slechts van toepassing wanneer de overgang betrekking heeft op een economische entiteit die haar identiteit na de overname door de nieuwe werkgever behoudt. Uit het loutere feit dat een economische eenheid de economische activiteit van een andere eenheid heeft overgenomen, kan niet worden afgeleid dat laatstgenoemde haar identiteit behoudt. De identiteit van een eenheid kan namelijk niet worden gereduceerd tot de activiteit waarmee zij is belast. Haar identiteit blijkt uit meerdere onlosmakelijk verbonden elementen, zoals de personeelssamenstelling, de leiding, de taakverdeling, de bedrijfsvoering of, in voorkomend geval, de beschikbare productiemiddelen. Voorts herhaalt het HvJ dat niet het behoud van de specifieke wijze waarop de ondernemer de verschillende overgedragen productiefactoren had georganiseerd relevant is om te besluiten dat de identiteit van de overgegane entiteit is bewaard, maar wel het behoud van de functionele band die maakt dat die factoren onderling samenhangen en elkaar aanvullen. Dat een economische eenheid is ontbonden en haar activiteiten naar twee andere eenheden zijn overgegaan, sluit op zich niet uit dat de richtlijn van toepassing is.

Conclusie

Uit het voorgaande volgt dat artikel 1 lid 1 van de richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat een situatie waarin een gemeentebedrijf met als enige aandeelhouder de gemeente wordt ontbonden krachtens een besluit van het uitvoerend orgaan van die gemeente en waarbij de

door dit bedrijf uitgeoefende activiteiten ten dele overgaan op die gemeente, die deze rechtstreeks zal uitoefenen, en ten dele op een ander gemeentebedrijf, dat te dien einde opnieuw is samengesteld en dat eveneens de gemeente als enige aandeelhouder heeft, binnen de werkingssfeer van genoemde richtlijn valt, op voorwaarde dat de identiteit van het betrokken bedrijf na de overgang blijft behouden, hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan.

3. Gevolgen voor Nederlandse praktijk

Op dit moment is het merendeel van de mensen die werkzaam zijn in de publieke sector als ambtenaar aangesteld in de openbare dienst. Mocht er sprake zijn van een privaatrechtelijke arbeidsovereenkomst dan geldt op grond van artikel 7:615 BW dat de bepalingen van titel 10 van Boek 7 van het BW niet van toepassing zijn, tenzij zij (bepaalde bepalingen) van toepassing zijn verklaard. Voor de toepasselijkheid van artikel 7:662 e.v. BW heeft de wetgever wel bepaald dat in afwijking van artikel 7:615 BW deze bepaling van toepassing is op werknemers die arbeid verrichten in een onderneming in stand gehouden door een publieke rechtspersoon. Dit betekent dat de bepalingen van artikel 7:662 BW bij privatiseringsbesluiten niet van toepassing zijn voor zover het de ambtenaren betreft. Niet omdat dit op grond van de richtlijn niet mogelijk zou zijn, maar omdat de wetgever dit niet nodig heeft geacht, mede vanwege het feit dat bij een privatisering gezien de bepalingen in de rechtspositieregelingen er altijd overleg met de vakorganisaties plaats zal vinden waarin er ook aandacht besteed zal worden aan de opvang van de personele gevolgen door de transitie van ambtenaarschap naar een arbeidsovereenkomst (*Kamerstukken II 2000/01, 27469, 3, p. 4 e.v.*).

Over de vraag of het overheidspersoneel toch onder de richtlijn zou kunnen vallen is de nodige discussie geweest. In het jaar 2000 heeft het HvJ in twee zaken zich uitgelaten over de toepasselijkheid van de richtlijn op overheidspersoneel. De eerste zaak had betrekking op een privatisering (HvJ EG 14 september 2000, *JAR 2000/225* (Collino en Chiappero/Telecom Italië)). Het geschil had betrekking op de vraag of na een privatisering voor de anciënniteitsberekening met betrekking tot een ontslagvergoeding ook de jaren onder de ambtelijke aanstelling mee moesten worden genomen. Het HvJ overwoog dat de richtlijn bepaalt dat onder 'werknemer' een ieder 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. Het HvJ gaf aan dat de richtlijn niet van toepassing is op personen die niet krachtens nationale wetgeving als werknemer bescherming genieten, ongeacht de werkzaamheden die zij uitoefenen. Zeker na dit arrest wordt ervan uitgegaan dat bij privatisering de bepalingen vanuit de richtlijn over overgang van onderneming niet van toepassing zijn op de overgang van de rechtspositie van een ambtenaar naar werknemer (zie hierover R.M. Beltzer, 'Privatisering, deprivatisering en

permanente detachering', opgenomen in E. Verhulp, *Inleiding Nederlands ambtenarenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, 3de druk, p. 95-110). De andere vraag waar het HvJ zich in 2000 over gebogen heeft is of de omgekeerde beweging, ook wel aangeduid als deprivatisering, wel onder de richtlijn valt. Dat betreft situaties waarbij de overheid activiteiten overneemt die voor die tijd door een private ondernemer werden uitgevoerd. In de zaak *Mayeur/APIM* (HvJ EG 26 september 2000, *JAR* 2000/239) ging het over de vraag of de heer Mayeur werkzaam voor het blad *Vivre à Metz* dat door een private uitgever werd uitgegeven waarmee hij een arbeidsovereenkomst had, op grond van de richtlijn was overgegaan naar de gemeente Metz, die deze activiteiten had overgenomen. Uit deze uitspraak viel af te leiden dat het HvJ ervan uitging dat bij deprivatisering de regels van overgang van onderneming wel van toepassing zijn. Als vanuit een werknemerssituatie overgegaan wordt naar een publieke werkgever, zoals een gemeente, valt dit onder de reikwijdte van de richtlijn. Probleem hierbij is dat daarmee van rechtswege de rechten en verplichtingen van de werknemer overgaan naar de overheidswerkgever, maar dat dat niet impliceert dat daarmee ook van rechtswege de arbeidsovereenkomst in een aanstelling als ambtenaar is omgezet. Het van toepassing zijn van de regels over overgang van onderneming brengt mee dat de rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst behouden blijven. Er zijn opvolgende rechtshandelingen nodig ingeval bijvoorbeeld een overheidswerkgever, zoals de rijksoverheid in Nederland, geen arbeidsovereenkomsten kent maar alleen met aanstellingen werkt om de ambtelijke rechtspositie van toepassing te laten zijn.

Het hierboven aangehaalde arrest van het HvJ inzake *Piscarreta Ricardo* brengt geen wijziging in de onderverdeling die in 2000 is aangebracht met betrekking tot het niet van toepassing zijn van de richtlijn bij privatisering en wel bij deprivatisering. De uitspraak gaat in op de vraag of bij (gedeeltelijke) deprivatisering de bepalingen over overgang van onderneming van toepassing zijn. In de richtlijn is in artikel 1 lid 1 sub b aangegeven dat de richtlijn van toepassing is op een economische eenheid die met het oog op voortzetting van al dan niet hoofdzakelijk economische activiteiten haar identiteit behoudt. In artikel 1 lid 1 sub c is aangegeven dat de richtlijn van toepassing is op openbare en particuliere ondernemingen, die een economische activiteit uitoefenen, al dan niet met winstoogmerk. Een administratieve reorganisatie van overheidsdiensten of de overgang van administratieve functies tussen overgangsdiensten is geen overgang in de zin van de richtlijn. In de Nederlandse wetgeving is dit vertaald in artikel 7:662 lid 2 sub b BW waarbij het begrip economische eenheid gedefinieerd is als een geheel van georganiseerde middelen, bestemd tot het ten uitvoer brengen van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit. Hiermee is beoogd te vertalen hetgeen in de richtlijn is geregeld. In het *Henkel*-arrest (HvJ EG 15 oktober 1996, *JAR* 1996/254) was al geoordeeld dat overheveling van administratieve taken van een gemeenschappelijke regeling naar een gemeente niet onder de reikwijdte van de richtlijn viel

omdat er geen sprake was van overgang van een economische eenheid. In het *Piscarreta Ricardo*-arrest wordt nader omschreven wanneer er geen sprake is van een economische activiteit: als het gaat om activiteiten die tot uitoefening van openbaar gezag behoren. Maar gaat het om diensten die worden verzekerd in het openbaar belang, zonder winstoogmerk maar die concurreren met diensten die door marktdeelnemers met winstoogmerk worden aangeboden, kunnen deze wel aangemerkt worden als een economische activiteit. Bij activiteiten als het beheer van het vervoersysteem, het beheer van de uitrusting voor economische groei zoals de markt voor groothandel, terrein voor beurzen, het beheer van straatverkopen en traditionele markten en beurzen, alsook het openbaar parkeren in de stad is geen sprake van activiteiten die vallen onder uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag.

Enige tijd terug heeft zich in de Nederlandse situatie de vraag voorgedaan, waar overigens geen rechtspraak over voorhanden is, of het overhevelen van het innen van de werkgeverspremie van het UWV naar de Belastingdienst onder de bescherming van de Wet overgang onderneming viel. Bij het UWV wordt op basis van een arbeidsovereenkomst gewerkt, hetgeen in beginsel bij een deprivatisering zou betekenen dat er sprake is van het van toepassing zijn van de bepalingen over overgang van onderneming. Er werd echter van uitgegaan dat het hier niet een economische activiteit betrof, maar een administratieve reorganisatie van overheidsdiensten. Het innen van premies kan in de woorden van dit arrest niet beschouwd worden als een activiteit die kan concurreren met diensten die door marktdeelnemers met winstoogmerk ook worden aangeboden. Het gaat hier om de uitvoering van een publieke taak bij wet toebedeeld.

In dit arrest wordt voorts wederom bepaald dat er niet in alle gevallen een overeenkomst of wilsovereenstemming tussen de partijen waar het personeel naar toe zou overgaan aan de orde hoeft te zijn. Het feit dat de overgang voortvloeit uit een eenzijdig overheidsbesluit sluit niet uit dat er sprake is van een overgang in de zin van de richtlijn. Zoals bijvoorbeeld eerder ook al is uitgemaakt dat het stopzetten van de subsidie aan een stichting door de gemeente en het toekennen van deze subsidie voor dezelfde activiteit aan een andere stichting, toch met zich mee kon brengen dat er sprake was van overgang in de zin van de richtlijn, hoewel beide stichtingen onderling geen overeenkomst met elkaar hadden afgesloten (HvJ EG 19 mei 1992, *NJ 1992/476* (Sophie Redmond Stichting)).

Tot slot gaat het HvJ ook nog in op de vraag of de identiteit van de eenheid behouden is gebleven. Een vraag waarover het HvJ reeds in vele arresten heeft geoordeeld, waarnaar het HvJ verwijst. Zie voor een recent overzicht ook van de Nederlandse rechtspraak hierover M.A. de Blécourt, 'Overgang van onderneming vaststellen volgens een vast patroon in de Spijkers-criteria', *TRA 2016/92*.

4. Gevolgen na invoering WNRA

Er is een grote verandering op til met betrekking tot de rechtspositie van ambtenaren. De WNRA is aangenomen door de Eerste en Tweede Kamer en in het Staatsblad verschenen (Wet 9 maart 2017, *Stb.* 2017/123). Op een later moment zal de invoeringsdatum nog bepaald moeten worden, waarbij op dit moment 1 januari 2020 als richtdatum wordt gehanteerd. Vanaf dat moment treedt de nieuwe Ambtenarenwet in werking met een nieuwe definitie van het begrip ambtenaar, te weten degene die met een overheidswerkgever een arbeidsovereenkomst heeft. Dit heeft tot gevolg dat het arbeidsovereenkomstenrecht voor het grootste deel van het huidige ambtenarenbestand van toepassing gaat zijn. Artikel 7:615 BW komt te vervallen. Dan zal, anders dan nu, ook bij privatiseringen artikel 7:662 e.v. BW van toepassing zijn op de ambtenaren met (dan) een arbeidsovereenkomst. Maar dit betekent niet automatisch dat in iedere situatie de bepalingen over overgang van onderneming van toepassing zullen zijn. Immers, indien er geen sprake is van een economische activiteit die overgaat, is er geen sprake van een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 e.v. BW. In die zin zal deze uitspraak in de toekomst nog meer van belang zijn, omdat zich meer dan thans de vraag zal voordoen of het gaat om activiteiten die tot de uitoefening van het openbaar gezag behoren en/of in concurrentie plaatsvinden met diensten die door marktdeelnemers met winstoogmerk worden aangeboden. Indien de Wet overgang van onderneming niet van toepassing zal zijn, zal extra aandacht nodig zijn van vakbonden en de ondernemingsraden bij het overleg voorafgaand aan een dergelijke privatisering om de gevolgen daarvan goed te ondervangen.

Ook ten aanzien van de deprivatiseringsbesluiten zal het van toepassing zijn van de WNRA gevolgen meebrengen. Namelijk daar waar bij een deprivatisering de bepalingen over overgang van onderneming van toepassing zijn, is het in de huidige situatie zo dat de werknemer die overgaat naar een overheidswerkgever niet van rechtswege een ambtenarenstatus op grond van een aanstelling krijgt. Zijn juridische positie is daardoor nu niet duidelijk. Na het van kracht zijn van de WNRA zullen deze werknemers met behoud van hun rechtspositie van werknemer overgaan naar de overheidswerkgever. De huidige onduidelijkheid is dan niet meer van toepassing. Dit is een van de aspecten die door de indieners van het wetsontwerp als een voordeel van het toepassen van het arbeidsovereenkomstenrecht bij de overheid is benoemd (*Kamerstukken II* 2010/11, 32550, 3, p. 18).

5. Conclusie

Dit arrest maakt duidelijk dat de invoering van de WNRA niet tot gevolg zal hebben dat in alle gevallen de bepalingen over overgang van onderneming van toepassing zullen zijn bij

privatiseringsbeslissingen. Er is niet gekozen voor een verruiming van het begrip economische entiteit bij het onderbrengen van het grootste deel van de ambtenaren onder het arbeidsovereenkomstenrecht. Dit brengt met zich dat in die situaties in het overleg tussen overheidswerkgever en vakbonden en ondernemingsraad maatwerkafspraken van belang zullen blijven zijn. Voor privatiseringen waarbij sprake is van een overgang van economische activiteiten en bij deprivatiseringen heeft de WNRA wel tot gevolg dat van rechtswege alle rechten en verplichtingen voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomsten over zullen gaan op grond van artikel 7:662 e.v. BW.