

**Ambtenarenwet art. 1**

[Essentie] **Ambtenaar is in het kader van privatisering van tak van dienst gedetacheerd bij stichting, waarnaar de werkzaamheden zijn overgegaan.**

**Detachering geregeld in driepartijen-overeenkomst tussen gemeente, stichting en ambtenaar.**

**Stichting zegt overeenkomst op wegens bezwaren tegen functioneren betrokkene.**

**Bevoegd gezag besluit tot beëindiging van detachering onder toekenning voorrangrecht bij vervulling vacatures binnen gemeente. (Amsterdam)**

De rechtbank heeft overwegingen gewijd aan de vraag of appellante ook na haar detachering bij de Stichting ambtenaar in de zin van de Ambtenarenwet (AW) was. Inmiddels heeft de Raad in zijn uitspraak, gepubliceerd in AB 2001, 203, overwogen dat ambtenaarschap dat door aanstelling als zodanig is ontstaan, niet langs andere weg verloren kan gaan dan door ontslagverlening op een van de daartoe in wet- en regelgeving vastgelegde grondslagen, waartoe detachering niet behoort. De Raad stelt vast dat appellante reeds op die grond ambtenaar in de zin van de AW is gebleven.

[Tekst] Uitspraak in het geding tussen:

appellante, wonende te B.,

appellante,

en:

het College van burgemeester en wethouders van de gemeente B.,

gedaagde.

*I Ontstaan en loop van het geding*

Namens appellante is op de daartoe bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 29 februari 2000, nr. 98/5542 AW 152, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Gedaagde heeft een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 20 december 2001, waar appellante in persoon is verschenen, bijgestaan door mr S. van Waegeningh, advocaat te Den Haag.

Gedaagde heeft zich doen vertegenwoordigen door mr J.M. Dekker, werkzaam bij de gemeente B.

*II Motivering*

1 Voor een uitgebreidere weergave van de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak. De Raad volstaat met het volgende.

1.1 Appellante was in vaste dienst aangesteld bij gedaagdes gemeente en was werkzaam bij X. In het kader van de privatisering van (een deel van) enkele diensttakken van de gemeente, zijn taken van de X. overgeheveld naar de Stichting Y. (hierna: de Stichting). Daarbij zijn onder andere appellantes werkzaamheden overgegaan naar de Stichting, waardoor haar betrekking is komen te vervallen. Op 16 december 1994 is in verband daarmee een detacheringsovereenkomst gesloten tussen de gemeente B., vertegenwoordigd door de secretaris van de X., de Stichting en appellante (hierna: de overeenkomst). Daarin is vastgelegd dat appellante vanuit haar ambtelijk dienstverband bij de gemeente B. met ingang van 1 januari 1995 werd tewerkgesteld bij de Stichting.

1.2 In een schrijven van 26 september 1995 heeft de waarnemend directeur van de Stichting appellante erop gewezen dat haar functioneren ernstig tekort schoot en dat, indien daarin niet op korte termijn verbetering zou komen, het onvermijdelijk zou zijn dat het initiatief zou worden genomen tot een scheiding der wegen tussen appellante en de Stichting. Op 1 oktober 1995 heeft genoemde waarnemend directeur de Stichting verlaten en is een (nieuwe) directeur aangetreden. Op 4 december 1995 heeft het bestuur van de Stichting besloten de overeenkomst met onmiddellijke ingang op te zeggen. Hiervan is op 7 en 8 december 1995 schriftelijk mededeling gedaan aan respectievelijk gedaagde en appellante. Appellante was voorts op 4 december 1995 mondeling van deze beslissing op de hoogte gebracht door de directeur van de Stichting. Zij heeft daartegen op 7 december 1995 bij de directeur van de Stichting en op 15 januari 1996 bij gedaagde bezwaar gemaakt. Op 26 januari 1996 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen een vertegenwoordiging van de Stichting en de toenmalige gemachtigde van appellante. Van de zijde van de Stichting is in dat gesprek duidelijk gemaakt dat er geen weg terug was. De secretaris van de X. heeft appellante en de Stichting vervolgens uitgenodigd voor een gesprek op 13 februari 1996. Ook in dit gesprek is namens de Stichting naar voren gebracht dat het besluit de overeenkomst te beëindigen niet te redresseren was.

1.3 Bij besluit van 28 maart 1996 heeft de secretaris van de X. appellantes detachering bij de Stichting beëindigd en appellante in verband daarmee met ingang van 1 april 1996 de zogeheten RAP-status verleend, hetgeen inhoudt dat zij een voorrangrecht krijgt bij de vervulling van functies binnen gedaagdes gemeente. Bij het bestreden besluit van 19 juni 1998 heeft gedaagde appellantes bezwaar tegen het besluit van 28 maart 1996 ongegrond verklaard.

2 De rechtbank heeft bij de aangevallen uitspraak appellants beroep tegen het bestreden besluit ongegrond verklaard.

3 In hoger beroep is namens appellante - kort gezegd - naar voren gebracht dat gedaagde onvoldoende recht heeft gedaan aan zijn rol als werkgever en ten onrechte niet heeft gezocht naar een oplossing voor de gerezen problemen, waarbij is verwezen naar artikel 7 van de overeenkomst. Gedaagde had zich naar het oordeel van appellante niet bij de beëindiging van de overeenkomst mogen neerleggen zonder te onderzoeken of de werkverhouding tussen appellante en de Stichting zodanig was verstoord dat gesproken kan worden van zwaarwichtige redenen voor beëindiging van de overeenkomst als bedoeld in artikel 10 daarvan. Volgens appellante was geen sprake van dergelijke zwaarwichtige redenen en zij leidt uit het verslag van het gesprek op 13 februari 1996 af dat ook de secretaris van de X. die mening was toegedaan.

4 De Raad overweegt het volgende.

4.1 De rechtbank heeft overwegingen gewijd aan de vraag of appellante ook na haar detachering bij de Stichting ambtenaar in de zin van de Ambtenarenwet (AW) was. Inmiddels heeft de Raad in zijn uitspraak, gepubliceerd in AB 2001, 203, overwogen dat ambtenaarschap dat door aanstelling als zodanig is ontstaan, niet langs andere weg verloren kan gaan dan door ontslagverlening op een van de daartoe in wet- en regelgeving vastgelegde grondslagen, waartoe detachering niet behoort. De Raad stelt vast dat appellante reeds op die grond ambtenaar in de zin van de AW is gebleven.

4.2 Met betrekking tot de uit artikel 7 van de overeenkomst voortvloeiende verplichting overweegt de Raad in de eerste plaats het volgende. In dit artikel 7 is vastgelegd dat bij geschillen tussen de Stichting en appellante, zij zich zullen wenden tot de werkgever - te weten de gemeente B., vertegenwoordigd door de secretaris van de X. - en dat de werkgever en de Stichting ter zake zullen overleggen en beslissen, na appellante te hebben gehoord. Deze bepaling legde derhalve zowel aan de Stichting als aan appellante de verplichting op zich in geval van conflicten tot de secretaris van de X. te wenden. Dat appellante daarvan heeft afgezien in afwachting van de komst van een directeur per 1 oktober 1995 en haar hoop had gevestigd op verbetering van de werkverhoudingen na zijn komst, is wellicht niet onbegrijpelijk, maar doet aan het vorenstaande niet af. Beide betrokken partijen hebben aan de hun in genoemd artikel opgelegde verplichting niet voldaan.

4.3 De Raad stelt voorts vast dat artikel 7 van de overeenkomst de werkgever slechts verplicht overleg te voeren nadat een geschil aan hem is voorgelegd. De secretaris van de X. heeft aan deze verplichting voldaan door appellante en (een vertegenwoordiging van) de Stichting uit te nodigen voor een gesprek op 13 februari 1996. Betreurd kan worden dat de secretaris van de X. niet in een eerder stadium bij het conflict is betrokken, zodat wellicht bemiddeling mogelijk was geweest. Dat dit niet is gebeurd, kan gedaagde niet worden tegengeworpen.

4.4 De secretaris van de X. zag zich op dat moment geconfronteerd met de eenzijdige beëindiging van de overeenkomst door de Stichting. In meergenoemd gesprek op 13 februari 1996 heeft hij moeten vaststellen dat het bestuur van de Stichting niet bereid bleek terug te komen op zijn besluit de overeenkomst te beëindigen. Voorts heeft de secretaris aan de hand van de door appellante en de Stichting geproduceerde stukken kunnen nagaan hoe het conflict was ontstaan en zich verder had ontwikkeld. Dat de secretaris in het gesprek heeft vastgesteld dat hij, zowel staande in de schoenen van de ene als van de andere betrokkene in het zich aftekenende conflict, tot andere conclusies, afspraken en beslissingen zou zijn gekomen, doet niet af aan zijn conclusie dat inmiddels sprake was van onherstelbaar verstoorde werkverhoudingen. Gegeven deze omstandigheden, kon de secretaris namens gedaagde niet anders dan vaststellen dat de werkzaamheden bij de Stichting voor appellante feitelijk niet meer toegankelijk waren, zodat de beëindiging van de detachering onvermijdelijk was. Zijn namens gedaagde genomen besluit daartoe kan dan ook niet als onhoudbaar worden aangemerkt.

4.5 Nu namens appellante is erkend dat toekenning van de RAP-status voortvloeide uit de beëindiging van de detachering en zij tegen die toekenning op zich derhalve geen grieven heeft doen aanvoeren, leidt het vorenstaande tot het oordeel dat het bestreden besluit in rechte stand kan houden. De aangevallen uitspraak komt voor bevestiging in aanmerking.

5 De Raad acht geen termen aanwezig om toepassing te geven aan artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht.

### III *Beslissing*

De Centrale Raad van Beroep,

Recht doende:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

Deze uitspraken, waarvan de eerste ook al elders is gepubliceerd (AB 2001, 203 m. nt. HH, en TAR 2002, 77) en werd besproken (E.L.Pasma 'De gedetacheerde ambtenaar, een juridische soap', ArbeidsRecht 2001/11), verdienen het om ook te worden gesignaleerd in dit blad. Zij kunnen namelijk van belang zijn voor gemeenten die in de jaren '80 en '90 afdelingen privatiseerden en wel in die situaties, waarin ervoor werd gekozen om de bij een dergelijke afdeling werkzame ambtenaren ter behoud van hun ambtenarenstatus bij de geprivatiseerde ondernemingen te detacheren. Dergelijke detacheringsconstructies waren niet omstreden, tot de Centrale Raad deze in 1993 met een nogal verrassende uitspraak onderuit haalde. De Centrale Raad oordeelde dat als sprake was van een als definitief bedoelde tewerkstelling van ambtenaren bij geprivatiseerde ondernemingen, deze ambtenaren hun ambtenarenstatus in de zin van de Ambtenarenwet verloren (CRvB 1 juli 1993, AW 1992/243 en 244, TAR 1993, 173). Die uitspraak gaf aanleiding tot nogal wat vragen en commotie (waarover onder meer J.C. Binnerts, 'Privatisering en ambtenaarschap', Sociaal recht 1994, p.312-314; P.R.W. Schaik, 'Ontslag van in de private sector gedetacheerde ambtenaren: een doolhof', ArbeidsRecht 1995/11; E.L. Pasma, 'Verlies van ambtenaarschap bij privatisering', SMA oktober 1995, p.

578-587). De Hoge Raad moest daarna de gemoederen bedaren door in het Assman-arrest te bepalen dat zo'n geprivatiseerde werknemer dan maar geacht moest worden in dienst te zijn getreden van de geprivatiseerde onderneming (Hoge Raad 20 juni 1997, NJ 1997, 626). In bovenstaande uitspraken komt de Centrale Raad volgens eigen zeggen terug op een uitspraak van 1999 (CRvB 11 maart 1999, AB 1999, 386 m.nt. HH ). Maar in feite verlaat de Raad een jurisprudentielijn, die al in 1993 was ingezet. Dat leidt al tot net zulke juridische puzzels, als ontstonden door de uitspraak van 1993.

Gevolg van de uitspraak van 1993 was dat er een groep 'ontheemden' ontstond, waarvan aanvankelijk onduidelijk was bij wie zij - nu zij hun ambtenarenstatus leken te hebben verloren - dan wel in dienst waren en op welke voorwaarden. Met het genoemde arrest maakte de Hoge Raad daaraan een einde: betrokkenen moesten geacht worden in dienst te zijn getreden van de geprivatiseerde onderneming krachtens arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht. Het werkgeversgezag werd voortaan door die onderneming uitgeoefend genomen en niet langer door het vroegere bevoegd gezag, zoveel leek duidelijk.

Stel nu eens dat de uitoefening van dit werkgeversgezag vorm heeft gekregen doordat de geprivatiseerde onderneming aan zo'n gedetacheerde de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd of doordat de onderneming aan de kantonrechter om ontbinding van de arbeidsovereenkomst heeft gevraagd en deze ook heeft verkregen. In dergelijke gevallen zal - onder invloed van de uitspraak van 1993 - vermoedelijk niet ook nog eens een ontslag als ambtenaar zijn verleend door het bevoegd gezag: betrokkene was immers volgens die uitspraak het ambtenaarschap al kwijt en wat er resteerde - zo vulde de Hoge Raad aan - was 'slechts' een arbeidsovereenkomst met de geprivatiseerde onderneming die door deze zelf kon worden beëindigd.

Nu echter de Centrale Raad doodleuk terugkomt op haar jurisprudentie, blijkt deze premisse niet juist te zijn geweest: ondanks de privatisering blijkt betrokkene ambtenaar te zijn gebleven. Als hem of haar door het bevoegd gezag nooit een ontslag als ambtenaar is verleend, lijkt de conclusie onontkoombaar dat er nog sprake is van een nimmer beëindigde en dus doorlopende ambtelijke aanstelling. Een boeiende vraag is dan bijvoorbeeld hoe moet worden omgegaan met de aanspraken die in de tussentijd uit die aanstelling zijn voortgevloeid, maar tot dusver door niemand werden ingeroepen, omdat zij van het bestaan ervan geen weet konden hebben. En moet er alsnog naar beëindiging van die 'sluimerende' ambtelijke aanstellingen worden gestreefd? Een probleem daarbij lijkt mij dat het bevoegd gezag na het Assman-arrest het zicht daarop wel eens kan hebben verloren; de zorg voor deze groep ambtenaren leek toen immers definitief op het bordje van de geprivatiseerde onderneming te zijn beland. En wat heeft de kantonrechter eigenlijk ontbonden? Een arbeidsovereenkomst die achteraf niet blijkt te hebben bestaan?

Voor gedetacheerden die nog steeds bij de geprivatiseerde onderneming werkzaam zijn, betekent de uitspraak in feite dat zij hun - mogelijk eerder verloren gewaande - ambtenarenstatus weer terug krijgen. Voor de geprivatiseerde onderneming lijkt dit te betekenen dat deze niet meer zelf het werkgeversgezag kan uitoefenen ten aanzien van deze groep, maar het nemen van rechtspositionele maatregelen weer over moeten laten aan het vroegere - en nu opnieuw - bevoegde gezag, die daarbij vanzelfsprekend de bestuursrechtelijke weg dient te volgen. Een dergelijk rechtspositioneel besluit vormde de aanleiding tot de tweede hierboven gepubliceerde uitspraak van de Centrale Raad. Nu was een dergelijke gang van zaken bij de opzet van de detachingsconstructie indertijd ook voorzien maar de betrokken ondernemingen en het bevoegde gezag moeten zich wel realiseren dat deze weg voortaan opnieuw gevolgd moet worden.

Uit de praktijk is mij voorts bekend dat in sommige gevallen partijen bij privatiseringsoperaties die zich vervolgens de gevolgen van de uitspraak van 1993 waren gaan realiseren, nadien nadere afspraken hebben gemaakt om in die gevolgen te voorzien. Deze afspraken hielden dan de erkenning in van het verlies van het ambtenaarschap en het einde van de relatie tussen de 'ontheemde' en zijn vroegere overheidswerkgever als gevolg van de privatiseringsoperatie, en behelsden nieuwe afspraken over de voorwaarden, waarop betrokkene krachtens arbeidsovereenkomst in dienst van de geprivatiseerde onderneming trad. Zijn die afspraken nu vernietigbaar wegens dwaling? Kan een 'ontheemde' op deze wijze zijn ambtelijke status terug krijgen?

De detachingsconstructies lijken zo een juridische lijdensweg te worden, waar we nog jaren last van kunnen hebben.

J.C. Binnerts

Pot Jonker advocaten te Haarlem