



Datum van
inontvangstneming

:

10/05/2022

Zaak C-110/22

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

17 februari 2022

Verwijzende rechter:

Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Spanje)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

21 december 2021

Verzoekende partij:

IP

Verwerende partij:

Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

Voorwerp van het hoofdgeding

Sociale politiek – Richtlijn 1999/70/EG – Raamovereenkomst EVV, Unice en CEEP inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd – Clausules 2 en 5 – Overheidssector – Werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband – Maatregelen ter voorkoming en ter bestraffing van misbruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd – Vereisten

Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing

Verzoek om een prejudiciële beslissing – Artikel 267 VWEU – Verenigbaarheid van een nationale bepaling en nationale rechtspraak met richtlijn 1999/70/EG

Prejudiciële vragen

„A) Moet een werknemer ‚voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband’, zoals beschreven in deze beslissing, voor de toepassing van clause 2 van de

raamovereenkomst in de bijlage bij richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de Unice en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd worden beschouwd als een ‚werknemer met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd‘ en worden geacht binnen de werkingssfeer van de raamovereenkomst en in het bijzonder van clause 5 te vallen?

B) Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, moet dan voor de toepassing van clause 5 van de raamovereenkomst in de bijlage bij richtlijn 1999/70/EG, worden geacht sprake te zijn van het ‚gebruik van opeenvolgende‘ tijdelijke overeenkomsten of opeenvolgende vernieuwingen in het geval van een werknemer die door een overeenkomst voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband verbonden is aan een overheidsinstantie, wanneer die overeenkomst geen specifieke looptijd kent, maar bij de toekomstige aankondiging en invulling van de vacante positie wordt beëindigd en tussen 2002 en het eerste halfjaar van 2021 geen aankondiging heeft plaatsgevonden?

C) Moet clause 5 van [de raamovereenkomst in de bijlage bij richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de Unice en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staat aan een uitlegging van artikel 15, lid 5, van het werknemersstatuut (dat de omzetting van de richtlijn behelst en daartoe bepaalt dat de totale duur van opeenvolgende tijdelijke overeenkomsten van werknemers niet langer mag zijn dan 24 maanden binnen een referentieperiode van 30 maanden) volgens welke de tijdvakken waarin met een overeenkomst voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband is gewerkt niet worden meegeteld omdat voor een dergelijke overeenkomst geen beperkingen gelden, noch wat de duur, het aantal of de reden voor vernieuwing ervan betreft, noch wat de opeenvolging met andere overeenkomsten betreft?

D) Staat clause 5 van de raamovereenkomst in de bijlage bij richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de Unice en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in de weg aan een nationale wettelijke regeling die geen enkele beperking (wat aantal, duur of redenen betreft) stelt aan uitdrukkelijke of stilzwijgende vernieuwingen van een bepaald soort tijdelijke overeenkomst, zoals de overeenkomst voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband in de overheidssector, en slechts een beperking stelt aan de duur van de opeenvolging van een dergelijke overeenkomst met andere tijdelijke overeenkomsten?

E) Is er, gelet op het feit dat de Spaanse wetgever niet heeft voorzien in regels ter beperking van de uitdrukkelijke of stilzwijgende vernieuwing van overeenkomsten van werknemers voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband, sprake van schending van clause 5 van de raamovereenkomst in de bijlage bij richtlijn 1999/70/EG in het geval van een werknemer in overheidsdienst, zoals de werknemer in casu, die een overeenkomst voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband heeft waarvan de geplande looptijd nooit is vastgesteld of

gespecificeerd en die tussen ten minste 2002 (tijdstip waarop hij na ontslag opnieuw in dienst is getreden) en 2021 is verlengd zonder dat er een selectieprocedure is georganiseerd om zijn positie in te vullen en een einde te maken aan het tijdelijke dienstverband?

F) Kan de nationale wettelijke regeling worden geacht maatregelen te bevatten die een voldoende afschrikkende werking hebben tegen het met clause 5 van de raamovereenkomst strijdige gebruik van opeenvolgende overeenkomsten of vernieuwingen van tijdelijke overeenkomsten en voldoen aan de vereisten die worden genoemd in de rechtspraak van het Hof van Justitie in de arresten van 7 maart 2018, ██████ (C-494/16), en 8 mei 2019, ██████ (C-494/17), waar het gaat om de vergoeding van de door de werknemer geleden schade door herstel in de vorige toestand, wanneer deze regeling slechts voorziet in een vaste en objectieve vergoeding (twintig dagen salaris per gewerkt jaar, met een maximum van één jaarsalaris), maar niet in een aanvullende vergoeding ter volledige vergoeding van de geleden schade indien deze dat bedrag overschrijdt?

G) Kan de nationale wettelijke regeling worden geacht maatregelen te bevatten die een voldoende afschrikkende werking hebben tegen het met clause 5 van de raamovereenkomst strijdige gebruik van opeenvolgende overeenkomsten of vernieuwingen van tijdelijke overeenkomsten en voldoen aan de vereisten die worden genoemd in de rechtspraak van het Hof van Justitie in de arresten van 7 maart 2018, ██████ (C-494/16), en 8 mei 2019, ██████ (C-494/17), waar het gaat om de vergoeding van de door de werknemer geleden schade, wanneer deze regeling slechts voorziet in een vergoeding die verschuldigd is bij beëindiging van de overeenkomst wegens invulling van de positie, maar niet in een vergoeding die verschuldigd is tijdens de looptijd van de overeenkomst als alternatief voor de omzetting van de overeenkomst in een overeenkomst voor onbepaalde tijd? Moet in een geschil waarin alleen aan de orde is of de werknemer een vast dienstverband heeft, maar de overeenkomst niet is beëindigd, een vergoeding voor de door het tijdelijke dienstverband veroorzaakte schade worden toegekend als alternatief voor de omzetting van dat dienstverband in een vast dienstverband?

H) Kan de nationale wettelijke regeling worden geacht maatregelen te bevatten die een voldoende afschrikkende werking hebben tegen het met clause 5 van de raamovereenkomst strijdige gebruik door overheidsinstanties en -lichamen van opeenvolgende overeenkomsten of vernieuwingen van tijdelijke overeenkomsten, waarmee ook bij andere en toekomstige werknemers misbruik van overeenkomsten voor bepaalde tijd door de werkgever wordt voorkomen en bestraft, en die voldoen aan de vereisten die worden genoemd in de rechtspraak van het Hof van Justitie in de arresten van 7 maart 2018, ██████ (C-494/16), en 8 mei 2019, ██████ (C-494/17), wanneer er sprake is van wettelijke voorschriften die vanaf 2017 zijn ingevoerd (34e aanvullende bepaling van wet nr. 3/2017 van 27 juni 2017 betreffende de algemene staatsbegroting voor 2017, 43e aanvullende bepaling van wet nr. 6/2018 van 3 juli 2018 betreffende de algemene staatsbegroting voor 2018 en koninklijk besluit met kracht van wet nr. 14/2021 van 6 juli 2021) en daarin is vastgesteld dat bij „onrechtmatige handelingen”

wordt overgegaan tot aansprakelijkstelling, zonder dat dit – afgezien van een algemene verwijzing naar een niet nader genoemde regeling – nader wordt gespecificeerd en zonder dat er zich aantoonbaar een concreet geval van aansprakelijkstelling heeft voorgedaan, ondanks de duizenden uitspraken waarbij werknemers als werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband zijn aangemerkt wegens overtreding van de voorschriften inzake tijdelijke overeenkomsten?

I) Indien die maatregelen worden geacht een voldoende afschrikkende werking te hebben, kunnen zij dan, gelet op het feit dat zij pas in 2017 zijn genomen, worden toegepast om te voorkomen dat overeenkomsten worden omgezet in overeenkomsten voor onbepaalde tijd wanneer de vereisten voor een dergelijke omzetting wegens schending van clause 5 van de raamovereenkomst reeds eerder bestonden, of zou dit ertoe leiden dat die maatregelen met terugwerkende kracht worden toegepast en dat een reeds verworven recht wordt ontnomen?

J) Indien wordt geoordeeld dat de Spaanse wettelijke regeling geen maatregelen met een voldoende afschrikkende werking bevat, moet de schending van clause 5 van de raamovereenkomst in de bijlage bij richtlijn 1999/70/EG door een werkgever in de overheidssector dan tot gevolg hebben dat de overeenkomst wordt omgezet in een overeenkomst voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband, of moet de werknemer zonder meer ten volle worden aangemerkt als werknemer in vast dienstverband?

K) Brengt het beginsel van voorrang van het Unierecht mee dat de overeenkomst in een vaste overeenkomst moet worden omgezet ingevolge de raamovereenkomst in de bijlage bij richtlijn 1999/70/EG en de rechtspraak van het Hof van Justitie betreffende de uitlegging van die richtlijn wanneer artikel 23, lid 2, en artikel 103, lid 3, van de Spaanse grondwet aldus zijn uit te leggen dat toegang tot overheidsfuncties, ook als er sprake is van indiensttreding op basis van een arbeidsovereenkomst, slechts mogelijk is na het succesvol doorlopen van een vergelijkende selectieprocedure waarin de beginselen van gelijkheid, verdienste, bekwaamheid en openbaarheid worden toegepast, en de omzetting zich dus niet verdraagt met die bepalingen van de grondwet? Moet het beginsel van Unierechtconforme uitlegging, aangezien een andere uitlegging zoals die van het grondwettelijk hof mogelijk is, worden toegepast op de grondwettelijke bepalingen van de lidstaat, zodat de uitlegging die deze bepalingen verenigbaar maakt met het Unierecht moet worden gehanteerd, hetgeen in dit geval zou betekenen dat artikel 23, lid 2, en artikel 103, lid 3, van de grondwet geen verplichting inhouden tot toepassing van de beginselen van gelijkheid, verdienste en bekwaamheid bij het in dienst nemen van arbeidscontractanten?

L) Is de omzetting van de overeenkomst in een vaste overeenkomst zoals die voortvloeit uit de raamovereenkomst in de bijlage bij richtlijn 1999/70/EG en de rechtspraak van het Hof van Justitie betreffende de uitlegging van die richtlijn, mogelijkwijs niet vereist wanneer, voordat deze omzetting door de rechter wordt gelast, bij wet is voorzien in een in de komende jaren te verrichten procedure voor

het bestendigen van tijdelijke dienstverbanden die inhoudt dat vergelijkende onderzoeken worden georganiseerd om de door een werknemer bezette positie in te vullen, en bij die procedure de ‚inachtneming van de beginselen van vrije toegang, gelijkheid, verdienste, bekwaamheid en openbaarheid’ wordt gewaarborgd, zodat die werknemer ten aanzien van wie opeenvolgende tijdelijke overeenkomsten of opeenvolgende vernieuwingen zijn gebruikt mogelijksterwijs in vast dienstverband kan treden, maar mogelijksterwijs ook niet omdat een andere persoon zijn positie krijgt toegewezen, in welk geval zijn overeenkomst wordt beëindigd met een vergoeding van twintig dagen salaris per gewerkt jaar, met een maximum van één jaarsalaris?”

Aangevoerde rechtspraak van de Unie en bepalingen van Unierecht

Richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de Unice en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (hierna: „richtlijn 1999/70”); artikelen 1 en 2, en de bijlage, alsmede clausules 2, 3 en 5

Arresten van het Hof van Justitie van 7 september 2006, ██████████ (C-53/04), en ██████████ (C-180/04); 4 juli 2006, ██████████ (C-212/04); 15 april 2008, Impact (C-268/06); 23 april 2009, ██████████ (C-378/07 tot C-380/07); 26 januari 2012, ██████████ (C-586/10); 8 maart 2012, ██████████ (C-251/11); 13 maart 2014, ██████████ (C-190/13); 3 juli 2014, ██████████ (C-362/13, C-363/13 en C-407/13); 26 november 2014, ██████████ (C-22/13, C-61/13 tot C-63/13 en C-418/13); 26 februari 2015, Commissie/Luxemburg (C-238/14); 14 september 2016, ██████████ ██████████ ██████████ ██████████ (C-184/15 en C-197/15), ██████████ ██████████ (C-16/15); 7 maart 2018, ██████████ (C-494/16); 25 oktober 2018, ██████████ (C-331/17); 8 mei 2019, ██████████ Conservatorio di Musica ██████████ ██████████ (C-494/17); 22 januari 2020, ██████████ ██████████ (C-177/18); 19 maart 2020, ██████████ (C-103/18 en 429/18); 11 februari 2021, M.V e.a. (Opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in de overheidssector) (C-760/18), en 3 juni 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario (C-726/19), alsmede beschikkingen van 11 december 2014, ██████████ (C-86/14), en 21 september 2016, ██████████ (C-614/15)

Aangevoerde nationale rechtspraak en bepalingen van nationaal recht

Spaanse wettelijke regeling voor tijdelijke dienstverbanden en gevolgen van de inbreuk: omzetting van de overeenkomst in een overeenkomst voor onbepaalde tijd

Artikel 15 van het Estatuto de los Trabajadores (werknemersstatuut), zoals gewijzigd bij Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (koninklijk

besluit met kracht van wet nr. 2/2015 van 23 oktober 2015 tot goedkeuring van de geconsolideerde tekst van de wet op het werknemersstatuut) (hierna: „ET”):

„3. *Tijdelijke overeenkomsten die in strijd met de wet zijn gesloten, worden verondersteld te zijn aangegaan voor onbepaalde tijd.*

[...]

5. *Onverminderd het bepaalde in de leden 1, onder a), 2 en 3 van het onderhavige artikel wordt de hoedanigheid van werknemer in vaste dienst toegekend aan werknemers die binnen een periode van 30 maanden meer dan 24 maanden, al dan niet aaneengesloten, waren aangesteld om dezelfde of een andere functie te bekleden in dezelfde onderneming of dezelfde groep van ondernemingen, op basis van minstens twee overeenkomsten voor bepaalde tijd, hetzij rechtstreeks hetzij via terbeschikkingstelling door uitzendbureaus, onder dezelfde of verschillende contractuele voorwaarden voor bepaalde tijd.*

[...]

6. *Werknemers met een overeenkomst voor bepaalde tijd hebben dezelfde rechten als werknemers met een overeenkomst voor onbepaalde tijd, onverminderd de specifieke kenmerken van elk van de contractuele regelingen met betrekking tot het einde van de overeenkomst en die welke uitdrukkelijk in de wet zijn vastgelegd met betrekking tot opleidingsovereenkomsten. Indien dit gepast is ingevolge hun aard, worden deze rechten naar evenredigheid, op basis van de gewerkte tijd, erkend in wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen en in collectieve overeenkomsten.*

[...]”

De huidige wetgevingstechniek is gebaseerd op het beginsel dat de overeenkomst voor onbepaalde tijd (ook wel vaste overeenkomst genoemd) de gewone arbeidsovereenkomst is en dat werkgevers en werknemers in specifieke gevallen tijdelijke arbeidsovereenkomsten kunnen aangaan.

Volgens de rechtspraak moet een tijdelijke overeenkomst als een overeenkomst voor onbepaalde tijd worden aangemerkt wanneer onrechtmatig gebruik wordt gemaakt van tijdelijke dienstverbanden. In deze context zijn de begrippen „overeenkomst voor onbepaalde tijd” en „vaste overeenkomst” synonieme en gelijkwaardige juridische termen. De Tribunal Supremo (hoogste rechterlijke instantie, Spanje) heeft deze gelijkwaardigheid in zijn rechtspraak doorbroken voor overheidsdiensten door een onderscheid in te voeren tussen vaste overeenkomsten en overeenkomsten voor onbepaalde tijd maar zonder vast dienstverband (die in Spanje bekend staan als „indefinidos no fijos”).

Beperking van de opeenvolging van tijdelijke overeenkomsten

Bepaalde tijdelijke overeenkomsten vallen niet binnen de werkingssfeer van artikel 15, lid 5, ET en tellen niet mee voor de daarin gestelde termijnen (dit betreft met name ad-interimovereenkomsten). Bovendien is de in dat artikel gestelde termijn niet van toepassing in geval van een enkele overeenkomst, ongeacht de looptijd ervan. Deze bepaling is ook van toepassing op overheidsinstanties. Er bestaat geen specifieke regeling met betrekking tot de vraag of de beperking die uit hoofde van dit artikel is gesteld aan de opeenvolging van overeenkomsten, van invloed is op werknemers in de overheidssector die zijn aangemerkt als werknemers voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband.

Grondwettelijke beginselen van gelijkheid bij de toegang tot overheidsfuncties en van verdienste, bekwaamheid en openbaarheid: niet van toepassing op arbeidscontractanten

Spaanse grondwet, artikel 23, lid 2 (recht op gelijke toegang tot overheidsbetrekkingen en -functies) en artikel 103, lid 3 (beginselen van verdienste en bekwaamheid bij de toegang tot overheidsfuncties)

Gelijke toegang tot overheidsfuncties houdt in dat deze toegang moet worden verleend op basis van vergelijkende onderzoeken en door middel van een procedure die in de openbaarheid wordt gevoerd en waaraan vrijelijk kan worden deelgenomen door burgers die dat wensen en die aan de per geval gestelde eisen voldoen, waarbij de deelnemers worden geselecteerd op grond van de beginselen van verdienste en bekwaamheid.

Het personeel in overheidsdienst bestaat uit ambtenaren en arbeidscontractanten die in overeenstemming met het arbeidsrecht in dienst zijn getreden. Volgens vaste rechtspraak van de Tribunal Constitucional (grondwettelijk hof, Spanje) is het in artikel 23, lid 2, van de grondwet erkende grondrecht niet van toepassing op de aanwerving van arbeidscontractanten in overheidsdienst. De Tribunal Supremo heeft dat criterium incidenteel gehanteerd. Hoewel de grondwet niet vereist dat overheidsdiensten bij de aanwerving van arbeidscontractanten de beginselen van openbaarheid, verdienste en bekwaamheid toepassen, belet zij echter evenmin dat dit vereiste bij wet wordt vastgesteld. Dit is het geval in het Estatuto Básico del Empleado Público (basisstatuut voor overheidspersoneel), waarin thans is voorgeschreven dat de selectieprocedures voor arbeidscontractanten openbaar moeten zijn en dat daarbij de beginselen van gelijkheid, verdienste en bekwaamheid in acht moeten worden genomen.

Rechtsfiguur van werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband in de rechtspraak van de Tribunal Supremo

Anders dan de Tribunal Constitucional heeft de Tribunal Supremo verklaard dat de toegang tot overheidsfuncties door middel van de aanwerving van arbeidscontractanten wel degelijk binnen de werkingssfeer van artikel 23, lid 2, en artikel 103, lid 3, van de grondwet valt, en dat deze aanwerving derhalve met openbaarheid en met inachtneming van de beginselen van gelijkheid, verdienste

en bekwaamheid moet plaatsvinden. Hieruit volgt dat wanneer een overheidsdienst onrechtmatig gebruikmaakt van tijdelijke dienstverbanden, het door de wetgever beoogde gevolg (namelijk een vaste dienstbetrekking voor de werknemer) moet wijken voor de noodzaak om ervoor te zorgen dat de door de werknemer bezette positie openbaar wordt aangeboden in het kader van een procedure waarbij de inachtneming van de grondwettelijke beginselen wordt gewaarborgd.

Door het begrip „overheidsfuncties” ruim uit te leggen (anders dan de Tribunal Constitucional) en daarin ook arbeidscontractanten op te nemen, heeft de Tribunal Supremo de jurisprudentiële figuur van werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband in het leven geroepen, welke figuur is te onderscheiden van de werknemer in vast dienstverband.

Het verschil tussen een werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband in overheidsdienst en een werknemer in vast dienstverband bestaat er bijgevolg in dat de beëindiging van de overeenkomst van laatstgenoemde werknemer is onderworpen aan de redenen en algemene voorwaarden die in het ET zijn vastgesteld, terwijl voor de beëindiging van de overeenkomst van eerstgenoemde werknemer nog een andere reden geldt: de overheidsdienst die de werknemer in dienst heeft genomen, is verplicht de procedure voor de wettelijke invulling van de positie in te leiden, met inachtneming van de beginselen inzake openbaarheid, gelijkheid, verdienste en bekwaamheid. Zodra de positie is ingevuld, wordt de overeenkomst van de werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband beëindigd, tenzij deze werknemer heeft deelgenomen aan de procedure voor de invulling van de positie en deze positie hem is toegewezen.

Deze door de rechtspraak in het leven geroepen figuur is op grote schaal toegepast in geschillen met betrekking tot werknemers in overheidsdienst, zodat de figuur allerlei soorten gevallen bestrijkt waarin de werkgever een overheidsinstantie is en het arbeidsrecht hem verplicht het vaste dienstverband te erkennen van een werknemer die in overeenstemming met het arbeidsrecht in dienst is genomen. In deze gevallen wordt het vaste dienstverband waarin het arbeidsrecht voorziet, niet erkend, maar wordt de werknemer aangemerkt als werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband, en moet de overheidsinstantie de procedure voor de wettelijke invulling van de positie organiseren. Wanneer deze positie wordt toegewezen, wordt de overeenkomst van de werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband beëindigd.

Doordat deze figuur wijdverbreid is geraakt, is in de hele overheidssector een groot aantal werknemers werkzaam die zijn aangemerkt als werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband en die door een rechterlijke uitspraak als zodanig zijn erkend.

Dat zoveel werknemers onder die figuur vallen, kan worden verklaard door het feit dat de overgrote meerderheid van de overheidsdiensten in de loop der jaren – met name wegens budgettaire beperkingen – niet heeft voldaan aan hun

verplichting om de procedures te organiseren voor het invullen van posities die worden bezet door werknemers die door de rechter zijn aangemerkt als werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband. Hoewel de arbeidsrechtshouders in hun uitspraken hebben benadrukt dat overheidsinstanties verplicht zijn om de desbetreffende procedures te organiseren voor het invullen van de posities die door werknemers voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband worden bezet, hebben deze uitspraken geen gevolgen, omdat dergelijke procedures moeten worden opgenomen in het jaarlijkse overzicht van vacatures in de overheidssector. De bestuursrechtshouders, die bevoegd zijn om uitspraak te doen over eventuele bezwaren tegen de overzichten van vacatures in de overheidssector, hebben geoordeeld dat deze verplichting niet bestaat, op grond van de bevoegdheid van de overheid om zichzelf te organiseren. Bovendien kan het overzicht van vacatures in de overheidssector onwettig zijn indien het aantal vacante posities groter is dan wat er is bepaald in de begrotingswetten, en is het voorts zo dat voor de invulling van de vacatures in dat overzicht een vervaltermijn van drie jaar geldt overeenkomstig het basisstatuut voor overheidspersoneel.

Met betrekking tot de vraag of de overeenkomst van een werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband als tijdelijke dan wel vaste overeenkomst moet worden aangemerkt, heeft de Tribunal Supremo aanvankelijk geoordeeld dat de situatie van werknemers voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband gelijk was aan die van tijdelijke werknemers met een ad-interimovereenkomst ter invulling van een vacante positie. Aangezien voor laatstgenoemde overeenkomst bij wet niet wordt voorzien in een vergoeding in het geval van beëindiging wegens invulling van de positie, heeft de Tribunal Supremo ook geen vergoeding om deze reden erkend ten gunste van werknemers voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband.

Deze gelijkstelling werd onhoudbaar toen de Tribunal Supremo het recht van werknemers voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband erkende om onder dezelfde voorwaarden als werknemers in vast dienstverband deel te nemen aan procedures voor interne mobiliteit binnen de overheid. Dit recht werd hen toegekend omdat zij ingevolge richtlijn 1999/70 als tijdelijke werknemers werden beschouwd, hetgeen heeft geleid tot het verbod op discriminatie ten opzichte van werknemers in vast dienstverband. Volgens de Tribunal Supremo zijn werknemers voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband niet gebonden aan een vacature of een specifieke positie, in tegenstelling tot werknemers die ad interim in dienst zijn genomen ter invulling van een vacante positie, die noodzakelijkerwijs gebonden zijn aan de vacante positie waarvoor zij uitdrukkelijk in dienst zijn genomen.

Hoewel er nog enige twijfel bestaat (die nog niet is weggenomen door de Tribunal Supremo) over de vraag op welk tijdstip een concrete positie wordt geacht te zijn aangekondigd en wanneer deze wordt geacht te zijn ingevuld, heeft de Tribunal Supremo geoordeeld dat het overeenkomsten betreft die zijn gebonden aan een termijn, en niet aan een voorwaarde, en dat het bijgevolg tijdelijke overeenkomsten betreft, omdat de aankondiging van de vacature niet facultatief is voor de overheid.

Bijgevolg beschouwt de Tribunal Supremo werknemers voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband als tijdelijke werknemers in de zin van richtlijn 1999/70, hoewel deze rechter niet aangeeft welke van de in de Spaanse wetgeving geregelde arbeidsverhoudingen van toepassing is (duidelijk is dat een tijdelijk dienstverband ter invulling van een vacante positie, waarbij geen vergoeding bij beëindiging wordt uitgekeerd, moet worden uitgesloten). De Tribunal Supremo heeft geoordeeld dat werknemers voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband vallen onder artikel 49, lid 1, onder c), ET, dat voorziet in een vergoeding van twaalf dagen salaris per gewerkt jaar (zonder kwantitatieve beperking) bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Later heeft deze rechter dit criterium herzien en geoordeeld dat de relevante vergoeding twintig dagen salaris per gewerkt jaar bedraagt, met een maximum van één jaarsalaris, hetgeen overeenkomt met de vergoeding waarin artikel 53 ET voorziet voor ontslagen om economische, technische, organisatorische of productieve redenen. Dit oordeel was gebaseerd op de gelijkenis tussen de beëindiging van de overeenkomst wegens de invulling van de vacante positie en het ontslag om voornoemde redenen.

Het resultaat is dat er drie verschillende categorieën werknemers met een arbeidsovereenkomst bij de overheid in dienst zijn: werknemers in vast dienstverband, werknemers voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband en tijdelijke werknemers. Werknemers voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband zijn dus noch tijdelijke noch vaste werknemers, maar vormen een eigen categorie. Deze categorie stemt in alle opzichten precies overeen met die van werknemers in vast dienstverband, behalve dat voor hen een extra reden voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst bestaat waarin niet is voorzien voor werknemers in vast dienstverband, namelijk de wettelijke invulling van hun positie, wat neerkomt op een objectieve reden voor beëindiging als bedoeld in artikel 52 ET en hun recht geeft op de eerder genoemde vergoeding van twintig dagen salaris per gewerkt jaar.

Rechtsfiguur van de werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband in de Spaanse wetgeving

Deze jurisprudentiële figuur is, net als de rechtspositie ervan, niet uitdrukkelijk bij wet geregeld, hoewel zij op zichzelf voorkomt in een aantal specifieke regelingen.

In de eerste plaats wordt in de vijftiende aanvullende bepaling van het ET de verplichting herhaald om vacante posities in te vullen en is daarin vastgesteld dat de overschrijding van het maximale aantal opeenvolgende tijdelijke overeenkomsten tot gevolg heeft dat de betrokken werknemer wordt aangemerkt als werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband, en niet als werknemer in vast dienstverband (hoewel deze figuren niet uitdrukkelijk worden genoemd). Derhalve geldt impliciet dat de overeenkomsten van werknemers voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband niet worden meegeteld in de opeenvolging van tijdelijke overeenkomsten.

In de tweede plaats worden in het basisstatuut voor overheidspersoneel drie soorten arbeidscontractanten erkend, naargelang de duur van de overeenkomst: in vast dienstverband, voor onbepaalde tijd en in tijdelijk dienstverband. In de overheidssector verschillen vaste overeenkomsten dus van overeenkomsten voor onbepaalde tijd, die op hun beurt verschillen van tijdelijke overeenkomsten. Hoewel de wetgever deze begrippen niet definieert, is er in de rechtspraak duidelijk van uitgegaan dat de verwijzing naar overeenkomsten voor onbepaalde tijd betrekking heeft op werknemers voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband.

In de derde plaats is in de 34e aanvullende bepaling van Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 (wet nr. 3/2017 van 27 juni 2017 betreffende de algemene staatsbegroting voor 2017), zoals vervangen door de 43e aanvullende bepaling van Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (wet nr. 6/2018 van 3 juli 2018 betreffende de algemene staatsbegroting voor 2018), uitdrukkelijk vastgesteld dat de beginselen van gelijkheid, openbaarheid, verdienste en bekwaamheid bij de toegang tot overheidsfuncties van toepassing zijn op arbeidsovereenkomsten voor arbeidscontractanten en is bepaald dat deze arbeidsovereenkomsten moeten voldoen aan de voorschriften van het ET en andere arbeidswetgeving. Krachtens deze bepaling kan de hoedanigheid van werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband uitsluitend bij rechterlijke uitspraak worden erkend en wordt bij onrechtmatige handelingen op dit gebied overgegaan tot aansprakelijkstelling (zonder nadere specificaties en met een algemene verwijzing naar een niet nader genoemde regeling). Hoewel deze bepaling in een begrotingswet is opgenomen, geldt zij voor onbepaalde tijd en is zij van toepassing op handelingen die na de inwerkingtreding ervan plaatsvinden.

In de vierde plaats zijn verschillende nieuwe elementen ingevoerd bij Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (koninklijk besluit met kracht van wet nr. 14/2021 van 6 juli 2021 inzake dringende maatregelen om tijdelijke dienstverbanden in de overheidssector te verminderen). Zo is een nieuwe zeventiende aanvullende bepaling in het basisstatuut voor overheidspersoneel ingevoerd, waarin dezelfde algemene aansprakelijkstelling voor onrechtmatige handelingen wordt overgenomen en waarin ook in een compensatie wordt voorzien voor tijdelijke arbeidscontractanten ten aanzien van wie de ketenregeling niet in acht is genomen. Deze compensatie, die alleen verschuldigd is bij daadwerkelijke beëindiging van het dienstverband, komt niet in de plaats van de vergoeding die mogelijk verschuldigd is bij schending van de specifieke arbeidsrechtelijke regeling, en bestaat uit het verschil tussen het maximum van twintig dagen salaris per gewerkt jaar, met een bovengrens van twaalf maandsalarissen, en de vergoeding die mogelijk verschuldigd is bij beëindiging van de overeenkomst; deze compensatie wordt uitsluitend berekend op basis van de overeenkomst die aan de inbreuk ten grondslag ligt en wordt niet uitgekeerd in geval van een gegronde tuchtrechtelijke ontslag of een vrijwillig vertrek. Het koninklijk besluit met kracht van wet beoogt de situatie van tijdelijke

arbeidscontractanten die in werkelijkheid vaste posities bekleden, te regulariseren door middel van stabilisatieprocedures die open moeten staan voor andere kandidaten dan de werknemers die de posities bezetten, en die moeten worden uitgevoerd met inachtneming van de beginselen van vrije toegang, gelijkheid, verdienste, bekwaamheid en openbaarheid. Het voorziet ook in een compensatie van twintig dagen vaste uitkering per gewerkt jaar, met een maximum van twaalf maandsalarissen, bij beëindiging van een overeenkomst omdat de tijdelijke arbeidscontractant die als zodanig werkzaam was, de selectieprocedure niet heeft doorstaan.

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 In september 2020 heeft IP een vordering ingesteld tegen de Universidad Nacional de Educación a Distancia (hierna: „UNED”), strekkende tot rechterlijke erkenning van zijn recht op zijn positie als werknemer voor onbepaalde tijd in vast dienstverband, dan wel, subsidiair, indien die vordering niet wordt ingewilligd, tot toewijzing van die positie door middel van een vergelijkend onderzoek op grond van verdiensten. De vordering beruiste op het feit dat IP sinds 11 februari 1994 op basis van tijdelijke overeenkomsten (eerst van bestuursrechtelijke aard en sinds 1 juli 1996 van arbeidsrechtelijke aard, afgewisseld met enkele bestuursrechtelijke overeenkomsten) voor verweerster werkzaam is als videoproductiemedewerker, en vanaf die datum tot de datum van de vordering, dat wil zeggen gedurende meer dan 26 opeenvolgende jaren, dezelfde positie heeft bekleed en dezelfde taken heeft verricht.
- 2 De vordering was ingesteld bij de Juzgado de lo Social número 42 de Madrid (arbeidsrechtbank nr. 42 Madrid, Spanje) en werd bij vonnis van 1 juni 2021 niet toegewezen.
- 3 In dat vonnis werd de opeenvolging van de tijdelijke overeenkomsten tussen verzoeker en de UNED van 1994 tot 2001 bewezen verklaard. In dat jaar heeft de Juzgado de lo Social número 15 de Madrid (arbeidsrechtbank nr. 15 Madrid, Spanje) bij vonnis van 29 september 2001 geoordeeld dat de werknemer de hoedanigheid van werknemer „voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband” had. Voorts werd bewezen verklaard dat de UNED de werknemer op 30 juni 2001, in de loop van de vorige gerechtelijke procedure, had ontslagen. Dit ontslag is aangevochten en nietig verklaard bij vonnis van 16 februari 2002 van de Juzgado de lo Social número 7 de Madrid (arbeidsrechtbank nr. 7 Madrid, Spanje). Aangezien tegen het vonnis geen hoger beroep is ingesteld, werd het onherroepelijk. Op 16 april 2002 is de werknemer opnieuw in dienst getreden, met herstel van de arbeidsverhouding en van het loon vanaf de datum van het ontslag. Vervolgens is de positie die verzoeker als werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband bezet, formeel op de lijst van vacatures van de UNED geplaatst. Hieruit volgt dat verzoeker op 13 juli 2020 een erkende anciënniteit van 26 jaar, 6 maanden en 10 dagen bij de UNED heeft. Op 23 februari 2010 was in een overeenkomst tussen de directie van de UNED en de ondernemingsraad een

tijdsschema vastgesteld voor de aankondiging van vacatures in de jaren 2010 tot en met 2012, waarin de door verzoeker bezette positie niet was opgenomen. Op 13 december 2012 was tussen de directie van de UNED en de vakbondsorganisaties een nieuwe overeenkomst over het personeelsbeheer gesloten. Er werd evenwel geen vacature voor de positie van verzoeker aangekondigd. Op 14 december 2019 was een buitengewoon overzicht van vacatures in de overheidssector goedgekeurd dat ook de positie van verzoeker omvatte en de vacature voor zijn positie zou in de tweede helft van 2021 worden aangekondigd.

- 4 Gelet op deze bewezen feiten heeft de Juzgado de lo Social n.º 42 de Madrid de vordering tot erkenning van een vast dienstverband verworpen op grond dat in het vonnis van de Juzgado de lo Social n.º 15 de Madrid van 29 september 2001 is verklaard dat de werknemer de hoedanigheid van „werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband” had en dat deze verklaring gezag van gewijsde heeft in die procedure.
- 5 Tegen het vonnis van de Juzgado de lo Social n.º 42 de Madrid heeft IP hoger beroep ingesteld bij de verwijzende rechter. Het hoger beroep berust op één middel, ontleend aan schending van artikel 14, artikel 23, lid 2, en artikel 103 van de Spaanse grondwet, artikel 15, lid 3, en de artikelen 54 en 55, ET, artikel 11, lid 1, en artikel 70 van het Estatuto Básico del Empleado Público (basisstatuut voor overheidspersoneel), alsmede richtlijn 1999/70 en de daaraan gehechte raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.
- 6 Aangezien voor de beslechting van het hoger beroep een regel van het Unierecht moet worden toegepast, namelijk clause 5 van de raamovereenkomst in de bijlage bij richtlijn 1999/70, heeft de verwijzende rechter besloten de behandeling van de procedure te schorsen en de partijen te horen teneinde hen in de gelegenheid te stellen hun standpunt kenbaar te maken over de vraag of het Hof van Justitie om een prejudiciële beslissing moet worden verzocht. Beide partijen hebben argumenten aangevoerd, waarbij de Abogado del Estado (lid van de juridische dienst van de Staat) zich namens verweerster tegen deze prejudiciële verwijzing heeft verzet en verzoeker ervoor heeft gepleit om prejudiciële vragen te stellen.
- 7 De verwijzende rechter heeft zich uitgesproken over de gegrondheid van de prejudiciële verwijzing door de tegenargumenten te onderzoeken die de Abogado del Estado namens verweerster heeft aangevoerd.
- 8 Wat in de eerste plaats de kwestie van het gezag van gewijsde en de toepassing van een regel met rang van wet zoals het basisstatuut voor overheidspersoneel betreft, is de verwijzende rechter van oordeel dat de eventuele strijdigheid tussen het beginsel van het gezag van gewijsde dat voortvloeit uit de toepassing van een nationale wettelijke regeling, en de toepassing van regels van Unierecht en de rechtspraak van het Hof van Justitie een Unierechtelijke aangelegenheid is, en dat in dit verband het beginsel van voorrang van het Unierecht boven het nationale

procesrecht moet worden toegepast. De verwijzende rechter is van oordeel dat de kwalificatie van de arbeidsverhouding als arbeidsverhouding voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband, waartoe in het vonnis van 2001 is besloten, niet kan worden gewijzigd door de tenuitvoerlegging van het vonnis houdende nietigverklaring van het ontslag en het opnieuw in dienst treden van de werknemer. Deze factoren zijn evenmin relevant voor het gezag van gewijsde. De verwijzende rechter acht andere omstandigheden echter wel relevant. Ten eerste moeten op de onderhavige zaak nieuwe regels worden toegepast, met name richtlijn 1999/70, alsmede de nieuwe rechtspraak van het Hof van Justitie, volgens welke de vordering van verzoeker thans binnen een ander rechtskader moet worden beslecht dan het in 2001 geldende rechtskader. Ten tweede is de verwijzende rechter van mening dat er nieuwe feiten relevant zijn voor de toepassing van clause 5 van de raamovereenkomst, aangezien het feit dat verzoeker na het vonnis van 2001 gedurende bijna twintig jaar als werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband werkzaam was, op zich de vaststelling van een inbreuk op deze clause zou kunnen rechtvaardigen. De verwijzende rechter is bijgevolg van oordeel dat er geen sprake is van gezag van gewijsde en dat hij de zaak ten gronde moet onderzoeken om uitspraak te doen en dat hij daarbij het Unierecht moet toepassen.

- 9 Wat in de tweede plaats het argument betreft dat op het geschil nationale rechtsregels moeten worden toegepast die niet vatbaar zijn voor uitlegging door het Hof van Justitie, is de verwijzende rechter van oordeel dat er een tegenstrijdigheid kan bestaan tussen de regels van het Unierecht en de regels van het nationale recht, en dat deze omstandigheid noopt tot het indienen van een verzoek om een prejudiciële beslissing.
- 10 Wat in de derde plaats het bestaan van een „acte clair” betreft, heerst bij de verwijzende rechter onduidelijkheid omtrent de vraag of het begrip „indefinido no fijo” (werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband) voldoende is toegelicht aan het Hof van Justitie, en of het Hof van Justitie het begrip heeft gelijkgesteld met een werknemer in vast dienstverband, omdat het verschil tussen beide begrippen niet duidelijk gemaakt en er verwarring is ontstaan als gevolg van de dubbelzinnige benaming van de rechtsfiguur die door de Spaanse rechtspraak in het leven is geroepen. De verwijzende rechter is van oordeel dat er geen sprake is van een „acte claire”, maar dat het arrest IMIDRA (C-729/19) de verwarring heeft vergroot. De verwijzende rechter voegt daaraan toe dat, indien het Hof van Justitie van oordeel is dat die vraag reeds is beantwoord, het artikel 99 van het Reglement voor de procesvoering kan toepassen en bij met redenen omklede beschikking uitspraak kan doen.
- 11 Wat in de vierde plaats het argument betreft dat het Koninkrijk Spanje richtlijn 1999/70 heeft nageleefd, is de verwijzende rechter van oordeel dat de maatregelen ter voorkoming van de erkenning van het vaste dienstverband niet voldoen aan de in de rechtspraak van het Hof van Justitie gestelde vereisten om als afschrikkend te worden beschouwd. Aangezien verzoeker sinds 2001 de hoedanigheid van werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband

heeft en de door verweerster aangevoerde regels die voorzien in het alternatief voor het vaste dienstverband dateren van 2008 en 2021, merkt de verwijzende rechter voorts op dat het erop lijkt dat verzoeker op het tijdstip van de vaststelling van de betrokken regels reeds voldeed aan de voorwaarden voor de vaststelling van een inbreuk op clause 5 van de raamovereenkomst.

- 12 Tot slot moeten met het oog op de beslechting van de onderhavige procedure voorafgaand enkele vragen betreffende de uitlegging van regels van Unierecht worden beantwoord. Bijgevolg heeft de verwijzende rechter de behandeling van het hoger beroep geschorst en het Hof van Justitie om een prejudiciële beslissing verzocht.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 13 Verzoeker stelt dat hij al 27 jaar lang dezelfde post bekleedt in het kader van tijdelijke overeenkomsten en dat de erkenning van zijn vast dienstverband (die niet de erkenning als ambtenaar inhoudt, maar alleen die als vaste arbeidscontractant) in overeenstemming is met artikel 14, artikel 23, lid 2, en artikel 103 van de grondwet. Volgens hem staat de inaanmerkingneming van de anciënniteit immers niet los van het begrip verdienste en bekwaamheid, ten eerste omdat volgens de rechtspraak van de Tribunal Constitucional de anciënniteit een afspiegeling kan vormen van de geschiktheid of bekwaamheid om een openbare functie of een openbaar ambt uit te oefenen en aan die uitoefening ook verdiensten verbonden kunnen zijn die kunnen worden erkend en beoordeeld, en ten tweede omdat verzoeker in casu in dienst is genomen na een onderhoud en een praktijktest en hij de positie gedurende 27 jaar en zeven maanden heeft bekleed. Hij betoogt voorts dat zijn vordering niet alleen is gebaseerd op het vonnis van 2001 maar ook op latere gebeurtenissen, en dat het door de UNED opgelegde ontslag nietig is verklaard en hij bovendien een werknemersvertegenwoordiger was en dat nog steeds is. Hij stelt dat de hoedanigheid van werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband die hem na zijn wederindiensttreding is toegekend en tot op heden is gehandhaafd, betekent dat de overheidsinstantie buiten de wet staat, aangezien het misbruik van tijdelijke dienstverbanden blijft bestaan. Vervolgens verwijst hij naar het recht van de Unie, namelijk richtlijn 1999/70 en de raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, en haalt hij het arrest van het Hof van Justitie van 25 oktober 2018 (C-331/17), en met name punt 60, aan.
- 14 Volgens verzoeker wordt met de rechtsfiguur werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband geen einde gemaakt aan een met richtlijn 1999/70 strijdig tijdelijk dienstverband en bestond er gedurende alle jaren na de aanmerking van de werknemer als werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband en tot op de datum van zijn juridische actie geen doeltreffende en afschrikkende maatregel ter voorkoming van misbruik van tijdelijke overeenkomsten. Hij voegt daaraan toe dat het vergelijkend onderzoek op basis van schriftelijke bewijsstukken en een examen niet voldoet aan de vereisten van

die richtlijn en het misbruik van de afgelopen 27 jaar verergert, aangezien het om een open procedure gaat die de werknemer geen vaste dienstbetrekking garandeert (onder verwijzing naar de beschikking van het Hof van Justitie van 2 juni 2021). Indien zijn overeenkomst wordt beëindigd doordat een andere persoon in het kader van de selectieprocedure zijn positie krijgt toegewezen, zal hij bovendien 63 jaar oud zijn, zodat zijn vooruitzichten om een andere baan te vinden zeer gering zijn. Kort gezegd stelt hij dat de overeenkomst van een werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband neerkomt op een tijdelijk dienstverband zonder enige tijdsbeperking, hetgeen in strijd is met voornoemde richtlijn. Deze omstandigheden moeten worden beoordeeld in een context waarin het in de Spaanse wetgeving ontbreekt aan doeltreffende en afschrikkende maatregelen en het voornoemde vergelijkend onderzoek niet kan worden geacht deel uit te maken van dergelijke maatregelen, daar het twintig jaar later wordt georganiseerd en geen garantie biedt voor de toewijzing van de positie die hij gedurende 27 jaar heeft bezet en die bij de UNED een structureel en permanent karakter heeft. De enige uitkomst is dan ook dat het vaste dienstverband wordt erkend overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie.

- 15 Het hoger beroep wordt door de Abogado del Estado, die de UNED vertegenwoordigt, betwist op grond dat de vordering van de werknemer in het bestreden vonnis is afgewezen aangezien in het vonnis van de Juzgado de lo Social número 15 de Madrid van 29 september 2001 reeds is verklaard dat de werknemer de hoedanigheid van werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband heeft, en dat dit vonnis gezag van gewijsde heeft ten aanzien van het onderhavige geding. De Abogado del Estado betoogt dat de werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband thans hoe dan ook in de wetgeving is opgenomen, meer bepaald in de artikelen 8 en 11 van Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (koninklijk besluit met kracht van wet nr. 5/2015 van 30 oktober 2015 tot goedkeuring van de geconsolideerde tekst van de wet op het basisstatuut voor overheidspersoneel), en dat er dus geen sprake is van schending van de wetgeving wanneer een werknemer in die categorie wordt ingedeeld. Onder verwijzing naar de rechtspraak ter zake van de kamer voor arbeidszaken van de Tribunal Supremo voegt hij daaraan toe dat de erkenning van het vaste dienstverband van de werknemer, die nooit een selectieprocedure voor indiensttreding bij de UNED heeft doorlopen, duidelijk in strijd zou zijn met de beginselen van gelijkheid, verdienste en bekwaamheid, die de basis vormen voor de toegang van burgers tot overheidsfuncties en die niet alleen op het niveau van het normale recht worden erkend, maar ook in artikel 103, lid 3, en artikel 23, lid 2, van de grondwet. De toepassing van clause 5 van richtlijn 1999/70 en de rechtspraak van het Hof van Justitie betreffende de uitlegging van die richtlijn zijn volgens hem niet van invloed op verzoeker, aangezien er geen sprake is van een gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of -verhoudingen voor bepaalde tijd en de werknemer daarentegen sinds 2001 ononderbroken als werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband werkzaam is geweest. Voorts betoogt hij dat een schending van voornoemde richtlijn volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie niet automatisch wordt bestraft door de

arbeidsverhouding om te zetten in een arbeidsverhouding van onbepaalde tijd, maar dat de betrokken werknemer enerzijds het recht kan worden toegekend om zijn dienstbetrekking voort te zetten totdat de werkgever de door hem uit te voeren analyse van de personeelsbehoefte heeft verricht en de daaruit voortvloeiende verplichtingen is nagekomen, en de betrokken medewerker anderzijds een recht kan worden toegekend op volledig herstel van de door het misbruik geleden schade. Deze maatregelen moeten vergezeld gaan van een bestraffingsmechanisme dat doeltreffend en afschrikkend is, zodat bijvoorbeeld te denken valt aan de aanvullende verplichting tot het betalen van een forfaitaire vergoeding die hoog genoeg is om afschrikkend te kunnen werken, waarbij door de nationale rechters dient te worden beoordeeld of de vergoeding voor onrechtmatig ontslag aan deze voorwaarden voldoet (zesde prejudiciële vraag in zaak C-103/18 en vierde, vijfde, zesde en zevende prejudiciële vraag in zaak C-429/18). Ten slotte wijst hij erop dat wordt getracht de problemen in verband met tijdelijke dienstverbanden bij de overheid op te lossen middels procedures voor het bestendingen van die dienstverbanden. Deze procedures zijn momenteel aan de gang en kunnen niet worden omzeild door met behulp van de rechter een vast dienstverband te verkrijgen zonder die procedures met succes te doorlopen. Dit houdt in dat verzoeker moet deelnemen aan de aangekondigde bestendingsprocedure, waarbij zijn verdiensten – waaronder zijn ervaring – worden beoordeeld volgens de vereisten die zijn vastgesteld in de desbetreffende collectieve arbeidsovereenkomst, waar geen afbreuk aan kan worden gedaan (in dit verband haalt de Abogado del Estado artikel 37 van de grondwet en de artikelen 82 en volgende van het ET aan).

Korte uiteenzetting van de motivering van de prejudiciële verwijzing

- 16 De verwijzende rechter staat bij de uitlegging en de toepassing van het Unierecht voor de volgende vraagstukken: ten eerste, of een werknemer die als werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband is aangemerkt, binnen de werkingssfeer van de raamovereenkomst valt; ten tweede, zo ja, of het langdurige dienstverband als werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband een inbreuk vormt op clause 5 van de raamovereenkomst, en ten derde, zo ja, wat de gevolgen van de inbreuk moeten zijn in het geval van een werknemer in de Spaanse overheidssector.
- 17 Wat ten eerste de **werkingssfeer** betreft, rijst de vraag of een werknemer die overeenkomstig de in de rechtspraak van de Tribunal Supremo vastgestelde criteria als werknemer voor onbepaalde tijd zonder dienstverband in overheidsdienst is aangemerkt, voor de toepassing van de raamovereenkomst kan worden beschouwd als een „werknemer met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd”. Aanvankelijk beschouwde de Tribunal Supremo deze werknemers als tijdelijke werknemers en werden zij gelijkgesteld met werknemers die ad interim zijn aangeworven ter invulling van een vacante positie. Deze rechter oordeelde later dat het een bijzondere soort tijdelijke overeenkomsten betrof en verklaarde, gelet op beide criteria, dat er in de overheidssector drie categorieën

werknemers bestaan: werknemers in vast dienstverband, werknemers voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband en tijdelijke werknemers. Vervolgens heeft deze rechter deze werknemers voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband aangemerkt als tijdelijke werknemers.

- 18 Ook de Spaanse wetgeving maakt een onderscheid tussen drie soorten arbeidscontractanten in dienst van de overheid: vast, voor onbepaalde tijd en tijdelijk.
- 19 De rechtspraak van het Hof van Justitie is op haar beurt niet duidelijk. Volgens de verwijzende rechter berust de uitlegging van het Spaanse recht in de beschikking in zaak C-86/14, ██████████, op een onjuiste veronderstelling, aangezien de verklaring dat een werknemer, zoals verzoeker in het hoofdgeding, een werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband is, in de plaats treedt van de overeenkomsten die deze werknemer eventueel voordien had en de arbeidsverhouding een verhouding voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband wordt. Tijdelijke overeenkomsten zijn niet langer van kracht, ook al wordt de op grond van die overeenkomsten verworven anciënniteit erkend.
- 20 In het onderhavige geval kan om twee redenen geen rekening worden gehouden met de tijdelijke overeenkomsten die de werknemer eerder had. In de eerste plaats dateren die overeenkomsten van vóór 10 juli 2001, de datum waarop richtlijn 1999/70 in het Spaanse recht moest zijn omgezet. In de tweede plaats zijn deze tijdelijke overeenkomsten reeds aan de orde geweest in een onherroepelijk vonnis waarbij de werknemer in 2001 als werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband werd aangemerkt, zodat moet worden verduidelijkt of richtlijn 1999/70 op hem van toepassing is op grond van het enkele feit dat hij sindsdien voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband werkzaam is, zonder dat er rekening wordt gehouden met de eerdere overeenkomsten.
- 21 Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie bestond de passende sanctie er, bij gebreke van andere maatregelen in de wetgeving, in de overeenkomst aan te merken als vaste overeenkomst. In een aantal arresten (C-184/15, ██████████ ██████████ C-726/19, IMIDRA) heeft het Hof van Justitie echter geoordeeld dat het volstaat om een dergelijke overeenkomst aan te merken als een overeenkomst voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband. Indien deze uitspraak wordt bevestigd, kan de werknemer voor onbepaalde tijd niet worden aangemerkt als een werknemer voor bepaalde tijd, aangezien dit tot een absurd resultaat zou leiden. Volgens de verwijzende rechter zou het absurd zijn om misbruik van tijdelijke dienstverbanden te bestraffen door de overeenkomst van de betrokken werknemer om te zetten in een tijdelijke overeenkomst, ook al betreft het een andere soort overeenkomst. Indien werknemers voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband als tijdelijke werknemers worden beschouwd, zou het evenzeer absurd zijn om misbruik bij de opeenvolgende inzet van dergelijke werknemers te bestraffen door hun arbeidsovereenkomst om te zetten in een overeenkomst voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband, aangezien zij reeds een dergelijke overeenkomst hebben. De verwijzende rechter sluit niet uit dat een

ontoereikende toelichting bij de destijds voorgelegde prejudiciële vragen in verband met het begrip werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband, samen met de door de benaming van deze figuur veroorzaakte verwarring („voor onbepaalde tijd”), het Hof van Justitie in die arresten ertoe heeft gebracht ten onrechte aan te nemen dat het eenvoudigweg om een soort werknemer in vaste dienst gaat. De verwijzende rechter merkt immers op dat in andere arresten met betrekking tot niet-Spaanse zaken (bijvoorbeeld in het arrest in zaak C-494/16, ██████████ het begrip „overeenkomst voor onbepaalde tijd” wordt gebruikt als synoniem voor „vaste overeenkomst”, hetgeen de zienswijze ondersteunt dat de Spaanse terminologie („*contrato indefinido no fijo*” – overeenkomst voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband) verwarring doet ontstaan over de aard van de overeenkomst.

- 22 Indien, zoals vermeld, een werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband niet als tijdelijke werknemer wordt beschouwd, vormt deze een derde categorie, die ook niet volledig gelijk is aan die van een werknemer in vast dienstverband. De lengte van zijn dienstverband is immers afhankelijk van de aankondiging en de wettelijke invulling van de vacante positie die hij bezet, waardoor deze categorie eerder duidelijke gelijkenissen vertoont met een dienstverband ad interim ter invulling van een vacante positie, hoewel ook deze twee niet gelijk zijn.
- 23 Prejudiciële vraag A) is gerechtvaardigd in het licht van bovenstaande overwegingen.
- 24 Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, moet worden uitgemaakt of clause 5 van de raamovereenkomst van toepassing is, die tot doel heeft „misbruik als gevolg van het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd te voorkomen.” Het Hof van Justitie heeft in zijn arrest van 23 april 2009, ██████████ (C-378/07 tot C-380/07), geoordeeld dat clause 5 niet van toepassing is één enkele tijdelijke overeenkomst, maar wel op vernieuwingen of opeenvolgende overeenkomsten. Volgens het arrest van 3 juli 2014, ██████████ (C-362/13, C-363/13 en C-407/13), legt de raamovereenkomst de lidstaten niet de verplichting op een maatregel vast te stellen volgens welke elke eerste of enige arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd om een objectieve reden gerechtvaardigd moet zijn, aangezien clause 5 van de raamovereenkomst „alleen ziet op het voorkomen van misbruik als gevolg van het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd, zodat de in punt 1, sub a, van die clause bedoelde objectieve redenen alleen gelden voor de „vernieuwing van dergelijke overeenkomsten of verhoudingen””. In zijn arrest van 22 januari 2020, ██████████ (C-177/18), heeft het Hof van Justitie voorts geoordeeld dat clause 5 van de raamovereenkomst niet van toepassing is wanneer niet vaststaat dat de werknemer door de onderneming in dienst is genomen in het kader van verschillende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen, of dat de situatie die aan de orde is in het hoofdgeding naar Spaans recht moet worden beschouwd als een situatie die wordt gekenmerkt door opeenvolgende arbeidsovereenkomsten

of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd, maar blijkt dat de arbeidsverhouding tussen de partijen de eerste en enige arbeidsverhouding is die tussen hen tot stand is gekomen, en de werknemer voortdurend en ononderbroken dezelfde post heeft bezet.

- 25 In casu kan de verwijzende rechter met het oog op zijn uitspraak enkel de situatie van de werknemer als werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband na 2001 beoordelen en houdt hij rekening met één enkele voortdurende arbeidsverhouding als werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband, namelijk die welke bij het verstrijken van de omzettingstermijn van richtlijn 1999/70 bestond – na het opnieuw in dienst treden van de werknemer na zijn ontslag – en die tot op heden ononderbroken is gehandhaafd.
- 26 Volgens de arresten ██████████ (C-378/07 tot C-380/07) en ██████████ (C-177/18) zou een dergelijke situatie in beginsel buiten de werkingssfeer van clause 5 van de raamovereenkomst vallen. In het arrest IMIDRA (C-726/19) heeft het Hof van Justitie echter geoordeeld dat deze clause van toepassing is in het geval van een werknemer met een tijdelijke overeenkomst terwijl een vacature wordt ingevuld, wanneer de specifieke datum van beëindiging niet is bepaald en alle regels inzake de invulling van de vacature worden geschonden, zodat de overeenkomst met vele jaren wordt verlengd. In die zaak heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat er sprake was van stilzwijgende vernieuwingen van de overeenkomst.
- 27 In casu loopt de situatie van de werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband gelijk met die van de werknemer met een ad-interimovereenkomst ter invulling van een vacante positie. In beide gevallen is de overheid ook verplicht de procedure voor de invulling van de vacante positie te organiseren. Het lijkt er dus op dat de overschrijding van de normale termijnen voor de invulling van een vacante positie neerkomt op een gebruik van opeenvolgende overeenkomsten dat binnen de werkingssfeer van clause 5 van de raamovereenkomst valt. In het onderhavige geval is de werknemer na zijn ontslag in 2002 opnieuw in dienst genomen en sindsdien bezet hij dezelfde positie op basis van dezelfde overeenkomst. Het was de bedoeling dat de vacature in de tweede helft van 2021 zou worden aangekondigd, maar het is niet bekend of dat inmiddels is gebeurd.
- 28 Prejudiciële vraag B) is gerechtvaardigd in het licht van bovenstaande overwegingen.
- 29 Wat ten tweede de **vaststelling van een eventuele inbreuk op clause 5 van de raamovereenkomst** betreft, moeten twee soorten inbreuken worden onderscheiden: een inbreuk op de wettelijke verplichtingen (dat wil zeggen het verzuim van de staat om vóór 12 juli 2001 de in clause 5 van de raamovereenkomst bedoelde wettelijke maatregelen vast te stellen), waardoor de overheid zich in casu tegenover de betrokkene niet op goede gronden op deze inbreuk zou kunnen beroepen om zich aan haar aansprakelijkheid te onttrekken;

en een inbreuk op de interne wetgeving die de staat daadwerkelijk heeft vastgesteld (een aangelegenheid van intern recht die niet in aanmerking komt voor een prejudiciële verwijzing).

- 30 Wat de eventuele inbreuk op de wettelijke verplichtingen betreft, zij erop gewezen dat clausule 5 van de raamovereenkomst de staten „[ter voorkoming van] misbruik als gevolg van het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd” verplicht om „een of meer van de volgende maatregelen” vast te stellen, namelijk: „a) vaststelling van objectieve redenen die een vernieuwing van dergelijke overeenkomsten of verhoudingen rechtvaardigen; b) vaststelling van de maximale totale duur van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd; c) vaststelling van het aantal malen dat dergelijke overeenkomsten of verhoudingen mogen worden vernieuwd”.
- 31 Indien de overeenkomsten van werknemers voor onbepaalde tijd zonder dienstverband in de overheidssector als overeenkomsten voor bepaalde tijd worden beschouwd, dan zouden zij ook moeten vallen onder de door de staat genomen maatregelen ter voorkoming van het opeenvolgende gebruik van dergelijke overeenkomsten. Aangezien het hier in het geval van Spanje om een door de rechtspraak in het leven geroepen rechtsfiguur gaat, bestaat er geen systematische regeling in de wetgeving en zijn er geen beperkingen gesteld aan de vernieuwing van dergelijke overeenkomsten, noch in de vorm van objectieve redenen, noch in de vorm van een maximumaantal vernieuwingen, en ook al niet in de vorm van een maximale duur van de overeenkomst zelf.
- 32 Er kan twijfel rijzen over de vraag of er een wettelijke maatregel bestaat waarin een maximale duur is vastgesteld voor opeenvolgende tijdelijke overeenkomsten en waar overeenkomsten voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband onder vallen. Opgemerkt zij dat dergelijke beperkingen in Spanje pas zijn ingevoerd bij Real Decreto-ley 5/2006 (koninklijk besluit met kracht van wet nr. 5/2006), waarbij artikel 15, lid 5, ET is gewijzigd om beperkingen te stellen aan de opeenvolging van tijdelijke overeenkomsten, in de vorm van een maximale totale duur van 24 maanden binnen een referentieperiode van 30 maanden, die alleen van toepassing is wanneer de werknemer aan de onderneming verbonden is geweest door twee of meer tijdelijke overeenkomsten. De tweede overgangsbepaling van dat koninklijk besluit met kracht van wet bepaalde dat het alleen van toepassing zou zijn op overeenkomsten die worden gesloten na de inwerkingtreding van dat koninklijk besluit, namelijk vanaf 15 juni 2006. In het arrest van 15 april 2008, Impact (C-268/06), gewezen door de Grote kamer, heeft het Hof van Justitie echter geoordeeld dat richtlijn 1999/70 haar nuttig effect zou verliezen indien een autoriteit van een lidstaat die handelt als werkgever in de openbare sector, in de periode tussen het verstrijken van de termijn voor uitvoering van die richtlijn (10 juli 2001) en de datum van inwerkingtreding van de wet ter uitvoering van die richtlijn arbeidsovereenkomsten voor een ongebruikelijk lange tijd zou mogen verlengen, met als gevolg dat de betrokkenen gedurende een onredelijk lange tijd het voordeel zou worden ontnomen van de

maatregelen die de nationale wetgever heeft vastgesteld ter uitvoering van clause 5 van de raamovereenkomst. Voor de toepassing van artikel 15, lid 5, ET, althans in de bewoordingen die daaraan zijn gegeven bij koninklijk besluit met kracht van wet nr. 5/2006, moeten derhalve op grond van dit criterium en voor zover het een werkgever in de overheidssector betreft alle overeenkomsten in aanmerking worden genomen die de werknemer sinds 10 juli 2001 heeft ondertekend.

- 33 Het is echter niet duidelijk of de overeenkomsten van werknemers voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband meetellen voor de maximale duur van opeenvolgende tijdelijke overeenkomsten, als vastgesteld in artikel 15, lid 5, ET, omdat krachtens de vijftiende aanvullende bepaling van het ET, in het geval van overheidsinstanties, voorrang moet worden gegeven aan de beginselen van gelijkheid, verdienste en bekwaamheid, en derhalve in elk geval „de verplichting om in de desbetreffende functies te voorzien volgens de gebruikelijke procedures, overeenkomstig de bepalingen neergelegd in de toepasselijke regeling” moet worden gehandhaafd. Indien op grond van deze bepaling de uitlegging zou worden gevolgd dat overeenkomsten voor onbepaalde duur zonder vast dienstverband zijn uitgesloten van de toepassing van artikel 15, lid 5, ET, zou de wetgever geen van de in clause 5 bedoelde beperkingen hebben vastgesteld die op dergelijke overeenkomsten van invloed zijn, ondanks dat deze tijdelijke overeenkomsten niet worden vermeld in clause 2, lid 2, van de raamovereenkomst, die de staat de mogelijkheid biedt om bepaalde overeenkomsten van de toepassing ervan uit te sluiten. Bijgevolg is het aannemelijk dat het beginsel van conforme uitlegging aan deze uitlegging in de weg staat en integendeel noopt tot de uitlegging dat alle overeenkomsten voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband moeten worden meegeteld voor de enige beperking op de opeenvolging van tijdelijke overeenkomsten waarin de Spaanse wetgeving voorziet, namelijk die van artikel 15, lid 5, ET.
- 34 Prejudiciële vraag C) is gerechtvaardigd in het licht van bovenstaande overwegingen.
- 35 Zelfs indien ervan wordt uitgegaan dat overeenkomsten voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband in de overheidssector worden meegeteld voor de in artikel 15, lid 5, ET bedoelde beperking op de opeenvolging van tijdelijke overeenkomsten, zou er in de Spaanse wetgeving geen beperking bestaan voor de duur of vernieuwing – uitdrukkelijk of stilzwijgend – van overeenkomsten voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband. Met andere woorden, in het geval van één enkele overeenkomst voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband zou er, ook al wordt deze uitdrukkelijk of stilzwijgend vernieuwd, geen enkele wettelijke beperking bestaan omdat het voornoemde artikel alleen beperkingen in de tijd stelt aan de opeenvolging ervan met andere tijdelijke overeenkomsten.
- 36 Het is dus niet duidelijk of een overheidsregeling die geen beperkingen stelt (in de vorm van gerechtvaardigde redenen, maximale duur of maximumaantal) aan stilzwijgende of uitdrukkelijke vernieuwingen van overeenkomsten voor

onbepaalde tijd zonder vast dienstverband, en die slechts voorziet in een beperking in de tijd waar het gaat om de opeenvolging met andere tijdelijke overeenkomsten, verenigbaar is met de richtlijn.

- 37 Prejudiciële vraag D) is gerechtvaardigd in het licht van bovenstaande overwegingen.
- 38 De verwijzende rechter acht een inbreuk op de wettelijke verplichtingen zeer waarschijnlijk, hetzij omdat artikel 15, lid 5, ET niet aldus kan worden uitgelegd dat het overeenkomsten voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband omvat, in welk geval er geen regeling van toepassing zou zijn op dergelijke overeenkomsten, hetzij omdat die regeling – ook al zou zij van toepassing zijn – ontoereikend zou zijn, aangezien er geen regeling bestaat die het aantal vernieuwingen beperkt. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat, wil er sprake zijn van een inbreuk op clause 5 van de raamovereenkomst die de situatie van de bij het geding betrokken werknemer beïnvloedt, het niet volstaat dat de staat heeft nagelaten een regeling ter uitvoering van deze clause vast te stellen, maar dat er ook sprake moet zijn van een abnormaal lang tijdelijk dienstverband waarvoor elke rechtvaardiging ontbreekt. In dit opzicht kunnen begrotingsredenen niet ter rechtvaardiging van die situatie worden aangevoerd.
- 39 Wat het tijdelijke dienstverband tijdens de organisatie van selectieprocedures betreft, heeft het Hof van Justitie in het arrest van 26 november 2014, [REDACTED] (C-22/13, C-61/13 tot C-63/13 en C-418/13), verklaard dat „objectief kan worden gerechtvaardigd dat de beschikbare posten in afwachting van de afronding van vergelijkende onderzoeken worden bezet door middel van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd”, maar dat „de concrete toepassing van deze [objectieve] reden, gelet op de bijzondere kenmerken van de betrokken activiteit en de voorwaarden voor de uitoefening ervan, in overeenstemming moet zijn met de vereisten van de raamovereenkomst” en „de bevoegde instanties dus objectieve en transparante criteria [moeten] kunnen uitwerken om na te gaan of de vernieuwing van dergelijke overeenkomsten beantwoordt aan een werkelijke behoefte, geschikt is om de nagestreefde doelstelling te bereiken, en daartoe noodzakelijk is”, zodat tijdelijke dienstverbanden „niet in werkelijkheid [worden] gebruikt om te voorzien in permanente en blijvende personeelsbehoeften van de werkgever”. Tevens heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat „[b]ij gebreke van een precieze datum voor de organisatie en de afronding van vergelijkende onderzoeken die een einde maken aan de vervangingen en dus van een reële limiet aan het aantal vervangingsovereenkomsten voor de duur van een schooljaar door dezelfde werknemer voor dezelfde vacante post, [...] een dergelijke regeling immers in strijd met clause 5, punt 1, sub a, van de raamovereenkomst [kan] toelaten dat arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd worden vernieuwd om behoeften te dekken die in feite niet tijdelijk zijn, maar integendeel permanent en blijvend, wegens het structurele tekort aan posten voor personeel in vaste dienst in de betrokken lidstaat”. In de beschikking van 21 september 2016, [REDACTED] (C-614/15), heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat wanneer wordt aangevoerd dat de vernieuwing van de overeenkomst of het gebruik van opeenvolgende

arbeidsverhoudingen objectief gerechtvaardigd is „in afwachting van de afronding van vergelijkende onderzoeken voor de aanwerving van vast personeel”, de vernieuwing van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd om personeel te vervangen in afwachting van de afronding van vergelijkende onderzoeken kan worden beschouwd als een objectieve reden, maar dat de concrete toepassing van die reden moet worden onderzocht om na te gaan of deze in overeenstemming is met de vereisten van de raamovereenkomst, die vergt dat in concreto wordt nagegaan of de vernieuwing van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd niet wordt gebruikt om te voorzien in permanente en blijvende personeelsbehoeften van de werkgever. Daarbij heeft het Hof van Justitie beklemtoond dat het ontbreken van „informatie [...] over het verloop zelf van de vergelijkende onderzoeken, zodat de afloop van die onderzoeken a fortiori meer dan onzeker was”, een element is dat in aanmerking moet worden genomen om uit te sluiten dat deze objectieve reden voor de vernieuwing correct is aangevoerd. Verder heeft het Hof van Justitie in het arrest van 25 oktober 2018, ██████████ (C-331/17), geoordeeld dat „een nationale regeling die de verlenging van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd toestaat ter vervanging van personeel in afwachting van de uitkomst van vergelijkende onderzoeken – die worden georganiseerd met het oog op het in dienst nemen van werknemers voor onbepaalde tijd – op zich niet in strijd is met de raamovereenkomst en om een objectieve reden gerechtvaardigd kan zijn” maar dat „[d]e concrete toepassing van die reden [...], gelet op de bijzondere kenmerken van de betrokken activiteit en de voorwaarden voor de uitoefening ervan, in overeenstemming [moet] zijn met de vereisten van de raamovereenkomst” en er „gegevens [beschikbaar moeten zijn] over de vraag of verzoekster in het hoofdgeding heeft kunnen deelnemen aan door haar werkgever georganiseerde vergelijkende onderzoeken”.

- 40 De verwijzende rechter is van oordeel dat de verlenging van de oorspronkelijke situatie (1994) tot 2021 zonder organisatie van een selectieprocedure niet toelaat dat de noodzaak om een selectieprocedure te organiseren om de positie rechtmatig in te vullen, wordt aangevoerd als rechtvaardiging van het tijdelijke dienstverband of de vernieuwingen.
- 41 Prejudiciële vraag E) is gerechtvaardigd in het licht van bovenstaande overwegingen.
- 42 Wat ten derde de **gevolgen van de inbreuk** betreft, kan het – afhankelijk van de antwoorden op de vorige vragen – zijn dat de staat inbreuk heeft gemaakt op de wetgeving door niet de regelingen te hebben vastgesteld die noodzakelijk zijn om clause 5 van de raamovereenkomst toe te passen op werknemers voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband, of kan het zijn dat, afhankelijk van de wijze waarop artikel 15, lid 5, ET wordt uitgelegd (indien deze bepaling wordt geacht van toepassing te zijn op arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd zonder dienstverband en te volstaan ter omzetting van de richtlijn), de werkgever in de overheidssector mogelijk inbreuk heeft gemaakt op deze bepaling. In beide gevallen moeten de gevolgen van de inbreuk worden vastgesteld.

- 43 Het Hof van Justitie heeft deze kwestie nader behandeld in twee arresten, namelijk van 7 maart 2018, ██████ (C-494/16), en van 8 mei 2019, ██████ (C-494/17). Uit deze arresten kan het volgende worden geconcludeerd:
- 44 Wanneer misbruik als gevolg van het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd heeft plaatsgevonden, moeten er maatregelen kunnen worden toegepast die voorzien in effectieve en op het gebied van de werknemersbescherming gelijkwaardige garanties, teneinde dit misbruik naar behoren te bestraffen en de gevolgen van de schending van het Unierecht ongedaan te maken.
- 45 Het is aan de staat om binnen zijn beoordelingsvrijheid dergelijke maatregelen vast te stellen, zodat het Unierecht „niet algemeen de verplichting oplegt om te voorzien in de omzetting van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd”, maar alleen op voorwaarde dat de staat een andere effectieve maatregel heeft genomen ter voorkoming, en in voorkomend geval ter bestraffing, van het misbruik van opeenvolgende overeenkomsten voor bepaalde tijd. Er bestaat dus een alternatief: ofwel heeft de staat doeltreffende maatregelen genomen ter voorkoming en ter bestraffing van het misbruik van opeenvolgende overeenkomsten voor bepaalde tijd, ofwel – in het tegenovergestelde geval – moeten overeenkomsten voor bepaalde tijd worden omgezet in overeenkomsten voor onbepaalde tijd.
- 46 Om te beslissen of de alternatieve maatregel toereikend en passend is, bestaan er minimumeisen die zijn gebaseerd op de toepassing van de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. In het arrest ██████ heeft het Hof van Justitie erkend dat een vaste vergoeding een passende maatregel is, die evenwel niet toereikend is, omdat deze gepaard moet gaan met twee andere maatregelen. Bij de eerste maatregel moet de werknemer de mogelijkheid hebben om van de werkgever een vaste noch beperkte vergoeding te vorderen die is gericht op volledige vergoeding van de schade. Bij de tweede maatregel moeten voor de overheidssector afschrikkende sancties worden vastgesteld, waarbij bijvoorbeeld de overheidsdiensten worden verplicht om de aan de werknemers uitgekeerde bedragen ter vergoeding van de geleden schade terug te vorderen van de verantwoordelijke bestuurders wanneer de regelingen inzake selectie opzettelijk of als gevolg van een grove fout zijn geschonden, of waarbij de schending in aanmerking wordt genomen bij de beoordeling van de prestaties van deze bestuurders zodat zij geen prestatiebonussen ontvangen, of waarbij overheidsdiensten die bepalingen op dit gebied hebben geschonden, gedurende drie jaar na de schending geen selectieprocedures mogen uitvoeren. Het staat aan de rechter om na te gaan of deze maatregelen doeltreffend zijn en een afschrikkende werking hebben.
- 47 In de Spaanse wetgeving zijn de volgende maatregelen vastgesteld: wat de vergoeding betreft, heeft de Tribunal Supremo werknemers voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband bij beëindiging van hun overeenkomst wegens de invulling van een vacante positie een objectief vastgestelde vergoeding toegekend

die wordt berekend op grond van de anciënniteit (twintig dagen salaris voor elk gewerkt jaar, met een maximum van één jaarsalaris). Koninklijk besluit met kracht van wet nr. 14/2021 bevat een soortgelijke regeling die voorziet in de organisatie van selectieprocedures voor de invulling van zogenaamde „structurele” posten en die gevolgen zal hebben voor talrijke werknemers voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband van wie de overeenkomst zal worden beëindigd, indien zij de procedure niet met succes doorlopen.

- 48 De verwijzende rechter merkt op dat deze regelingen om twee redenen niet voldoen aan de vereisten van het arrest ██████ Ten eerste voorzien de toepasselijke regelingen, naast in de vaste vergoeding, niet in een andere vergoeding voor eventuele extra schade die aan de omstandigheden van het concrete geval is aangepast en op volledige vergoeding van de schade is gericht. Ten tweede wordt alleen voorzien in een vergoeding bij beëindiging van de overeenkomst, maar wordt deze niet toegekend terwijl de overeenkomst van kracht is als compensatie voor de tijd die onrechtmatig in tijdelijk dienstverband is doorgebracht. In een geval als in het hoofdgeding, waarin er geen sprake is van een ontslag, maar enkel een vast dienstverband wordt gevorderd, zou dus een compenserende vergoeding voor de geleden schade moeten worden toegekend, teneinde te voldoen aan de in de rechtspraak van het Hof van Justitie gestelde voorwaarde om te voorkomen dat de overeenkomst wordt aangemerkt als overeenkomst voor onbepaalde tijd.
- 49 De prejudiciële vragen F) en G) zijn gerechtvaardigd in het licht van bovenstaande overwegingen.
- 50 Volgens de rechtspraak moet in de overheidssector niet alleen worden voorzien in schadevergoeding, maar ook in afschrikkende sancties. Volgens het Hof van Justitie is het de taak van de nationale rechterlijke instanties om de doeltreffendheid en de afschrikkende werking van concrete maatregelen te beoordelen.
- 51 De na 2017 vastgestelde Spaanse wetgeving bepaalt dat bevoegde organen die onrechtmatige handelingen op het gebied van tijdelijke dienstverbanden verrichten, op passende wijze aansprakelijk zullen worden gesteld, hoewel de verwijzende rechter betwijfelt of het doeltreffendheidsbeginsel in acht is genomen. In de eerste plaats komt dit omdat de wettelijke bepaling weliswaar kennelijk doortastend is, maar geen specifieke inhoud heeft en evenmin vaststelt wat deze aansprakelijkstelling juist behelst. Er wordt slechts in algemene bewoordingen verwezen naar de voor elk van de overheidsdiensten geldende regelingen. Deze rechter kan niet aangeven om welke regelingen het precies gaat en in welke soort aansprakelijkstelling deze regelingen voorzien. In de tweede plaats komt dit omdat niets erop wijst dat er ooit een politieke of administratieve ambtsdrager van een overheidsinstantie concreet aansprakelijk is gesteld voor het bevorderen of afsluiten van tijdelijke overeenkomsten die ertoe hebben geleid dat werknemers worden aangemerkt als werknemers voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband.

- 52 Bovendien is de verwijzende rechter van oordeel dat, zelfs wanneer op basis van de vanaf 2017 vastgestelde regelingen zou kunnen worden geconcludeerd dat aan dit vereiste is voldaan, die regelingen niet kunnen worden toegepast om te voorkomen dat de overeenkomst van de werknemer wordt omgezet in een overeenkomst voor onbepaalde tijd indien de aan deze omzetting ten grondslag liggende feiten reeds aanwezig waren op het tijdstip van de inwerkingtreding van die regelingen, aangezien dat erop zou neerkomen dat met terugwerkende kracht een verworven recht wordt ontnomen. Het ontnemen van een reeds verworven recht (vast dienstverband) door de toepassing met terugwerkende kracht van deze regelingen zou in strijd kunnen zijn met artikel 17 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Toen deze regelingen in 2017 werden vastgesteld, waren er al genoeg jaren verstreken om de vacante positie in te vullen in plaats van de situatie zo lang te laten aanslepen, zodat verzoekster op dat moment had kunnen worden beschouwd als werknemer voor onbepaalde tijd indien de Spaanse wetgeving niet voldeed aan de vastgestelde vereisten ter afschrikking van dergelijke handelingen.
- 53 De prejudiciële vragen H) en I) zijn gerechtvaardigd in het licht van bovenstaande overwegingen.
- 54 De verwijzende rechter acht het aannemelijk dat de Spaanse wetgeving moet worden geacht niet te voldoen aan het doeltreffendheidsvereiste, omdat een met het herstel in de vorige toestand overeenstemmende vergoeding voor de betrokken werknemer ontbreekt, evenals een regeling die een doeltreffende en voldoende afschrikkende aansprakelijkstelling waarborgt. In dergelijke omstandigheden is het vaste rechtspraak dat dit tot gevolg heeft dat de arbeidsovereenkomst van de werknemer wordt omgezet in een overeenkomst voor onbepaalde tijd – een begrip dat in de meeste van de hierboven aangehaalde arresten van het Hof van Justitie equivalent is aan het begrip vaste overeenkomst.
- 55 In punt 53 van het arrest van 14 september 2016, ██████████ ██████████ (C-184/15 en C-197/15), en in punt 73 van het arrest van 3 juni 2021, IMIDRA (C-726/19), erkent het Hof van Justitie in twee zaken betreffende Spaanse overheidsinstanties evenwel dat de omzetting van een tijdelijke overeenkomst in een overeenkomst voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband een passende sanctie zou zijn voor het misbruik van opeenvolgende tijdelijke overeenkomsten. Zoals in vraag A) aan de orde is gesteld, zou de situatie waarin de zogenaamde „overeenkomst voor bepaalde tijd zonder vast dienstverband” in de Spaanse overheidssector wordt beschouwd als een tijdelijke overeenkomst, duidelijk tot een absurd resultaat leiden omdat de schending van clause 5 van de raamovereenkomst met betrekking tot een werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband, zoals in het onderhavige geval, zou betekenen dat deze als werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband wordt aangemerkt. Met andere woorden, aan deze schending zouden niet echt consequenties verbonden zijn.

- 56 Prejudiciële vraag J) is gerechtvaardigd in het licht van bovenstaande overwegingen.
- 57 Wat betreft de inachtneming van de in de Spaanse grondwet neergelegde beginselen van gelijkheid, verdienste en bekwaamheid bij de toegang tot overheidsfuncties en gelet op het feit dat enerzijds de Tribunal Constitucional van oordeel is dat deze beginselen niet van toepassing zijn op de indienstneming van arbeidscontractanten en anderzijds de Tribunal Supremo van oordeel is dat deze beginselen wel van toepassing zijn en daarom de rechtsfiguur van werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband in het leven heeft geroepen, leidt de door de Tribunal Supremo voorgestane uitlegging van de grondwet tot een conflict tussen de naleving van het recht van de Unie en de Spaanse grondwet. Deze uitlegging van de grondwet is de uitlegging die de verwijzende rechter in beginsel moet volgen. Als gevolg daarvan rijst de vraag of het beginsel van voorrang van het recht van de Unie ook geldt met betrekking tot grondwettelijke bepalingen. Deze vraag is niet noodzakelijkerwijs opgelost in het arrest *M.V. e.a./Organismos Topikis Aftodioikisis (OTA) „Dimos Agiou Nikolaou”* (C-760/18). In die zaak ging het namelijk om een nationale grondwets hervorming na de toetreding van de staat (in casu de Helleense Republiek) tot de Europese Unie, welke hervorming er uiteindelijk toe strekte de toepassing van het recht van de Unie te verhinderen. De desbetreffende regel was duidelijk in strijd met het recht van de Unie en een conforme uitlegging was niet mogelijk. Deze omstandigheden doen zich hier niet voor.
- 58 De rechtspraak van de Tribunal Constitucional loopt echter niet gelijk met die van de Tribunal Supremo. Volgens de rechtspraak van de Tribunal Constitucional verdwijnt de eventuele tegenstrijdigheid tussen het recht van de Unie en de grondwet. Derhalve kan worden aangenomen dat het beginsel van conforme uitlegging moet worden toegepast, hetgeen tot het inzicht zou leiden dat artikel 23, lid 2, en artikel 103, lid 3, van de grondwet geen verplichting inhouden tot toepassing van de beginselen van gelijkheid, verdienste en bekwaamheid bij de indienstneming van arbeidscontractanten. Dit is een kwestie die juridisch en maatschappelijk zeer gevoelig ligt, gelet op het aantal betrokken personen en de grondwettelijke beginselen die op het spel staan.
- 59 Prejudiciële vraag K) is gerechtvaardigd in het licht van bovenstaande overwegingen.
- 60 Ten slotte moet de verwijzende rechter er rekening mee houden dat na het vonnis van de Juzgado de lo Social waartegen in deze procedure wordt opgekomen, koninklijk besluit met kracht van wet nr.14/2021 van 6 juli 2021 inzake dringende maatregelen om tijdelijke dienstverbanden in de overheidssector te verminderen is vastgesteld. Daarin wordt voorzien in de toekomstige organisatie van procedures ter bestendinging van tijdelijke dienstverbanden waarbij „de inachtneming van de beginselen van vrije toegang, gelijkheid, verdienste, bekwaamheid en openbaarheid” moet worden gewaarborgd, zodat de werknemer ten aanzien van wie opeenvolgende tijdelijke overeenkomsten of vernieuwingen

zijn gebruikt mogelijkerwijs niet in vast dienstverband kan treden omdat een andere persoon zijn positie toegewezen krijgt, in welk geval zijn overeenkomst wordt beëindigd met een vergoeding van twintig dagen salaris per gewerkt jaar, met een maximum van één jaarsalaris. In feite waren reeds vóór dit koninklijk besluit met kracht van wet soortgelijke procedures voor het bestendigen van dienstverbanden gestart in het kader van de wetten betreffende de algemene staatsbegroting voor de jaren 2017 en 2018, waarvan de uitvoering nog steeds wordt voortgezet. In het kader van deze procedures zou de vacature voor de door verzoeker bezette positie in de tweede helft van 2021 worden aangekondigd. Deze procedures voor het bestendigen van dienstverbanden zijn een poging van de wetgever om de overheidssector minder afhankelijk te maken van tijdelijke overeenkomsten en tegelijkertijd de toepassing van de beginselen van gelijkheid, vrije toegang, openbaarheid, verdienste en bekwaamheid te handhaven. Daardoor kunnen werknemers voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband die reeds vele jaren hun positie bezetten, hun baan verliezen indien zij niet slagen voor die procedures, aangezien de opvatting heerst dat het enkele feit dat zij hun positie reeds jaren bekleden, geen recht geeft op een vast dienstverband.

- 61 Prejudiciële vraag L) is gerechtvaardigd in het licht van de bovenstaande overweging.