



Datum van inontvangstneming : 10/05/2022

**Zaak C-159/22**

**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:**

3 maart 2022

**Verwijzende rechter:**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Spanje)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

3 februari 2022

**Verzoekende partij:**

IK

**Verwerende partij:**

Agencia Madrileña de Atención Social de la Comunidad de Madrid

---

**Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

Sociaal beleid – Richtlijn 1999/70/EG – Raamovereenkomst van het EVV, de Unice en het CEEP inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd – Clausules 2 en 5 – Overheidssector – Tijdelijke werknemers – Maatregelen ter voorkoming en 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) 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?

- B) 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?
- C) 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?
- D) 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?
- E) 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?
- F) 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, mogelijksterwijs 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 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 bijlage, clausules 2, 3 en 5

Arresten van het Hof van Justitie van 7 september 2006 in de zaken C-53/04, ██████████ en C-180/04, ██████████ 4 juli 2006 in zaak C-212/04; 3 juli 2014 in de gevoegde zaken C-362/13, C-363/13 en C-407/13, ██████████ e.a.; 14 september 2016 in de zaken C-184/15 en C-197/15, ██████████ ██████████ 7 maart 2018 in zaak C-494/16, ██████████ 25 oktober 2018 in zaak C-331/17, ██████████ 8 mei 2019 in zaak C-494/17, ██████████ Conservatorio di Musica ██████████ 11 februari 2021 in zaak C-760/18, M.V e.a. (Opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in de overheidssector), en 3 juni 2021 in zaak C-726/19, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario, alsmede beschikkingen van 11 december 2014 in zaak C-86/14, ██████████ en 21 september 2016 in zaak C-614/15, ██████████

### **Aangevoerde bepalingen van nationaal recht**

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 werknemersstatuut (Estatuto de los Trabajadores, 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 arbeidsrechters 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 bestuursrechters, 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 komt zij voor in de vijftiende aanvullende bepaling van de ET, waarin de verplichting wordt herhaald om in de vacatures te voorzien.

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 gegrond tuchtrechtelijk 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.

In de vijfde plaats zijn bij wet nr. 20/2021 van 28 december 2021 inzake dringende maatregelen om tijdelijke dienstverbanden in de overheidssector te verminderen, bepaalde aspecten van koninklijk besluit met kracht van wet nr. 14/2021 herhaald en zijn de processen voor het bestendigen van door tijdelijk personeel bezette posities gewijzigd. De belangrijkste wijzigingen zijn als volgt:

- a) voor de selectieprocedures in het kader van de voor 2017 en 2018 geplande bestendigingsprocessen wordt nog steeds gebruikgemaakt van oproepen tot het indienen van sollicitaties, maar indien er voor de betrokken posities op 30 december 2021 geen opgeroepen hebben plaatsgevonden, of indien er wel oproepen zijn geweest maar die posities niet zijn ingevuld, worden die posities opgenomen in het in de nieuwe wet geregelde bestendigingsproces, samen met alle andere in de begroting voorziene structurele posities die gedurende ten minste de drie aan december 2020 voorafgaande jaren ononderbroken op tijdelijke basis zijn bezet.
- b) Er wordt een tijdsschema opgesteld voor de goedkeuring van de vacatures (juni 2022), de bekendmaking van de oproepen tot het indienen van sollicitaties (december 2022) en de voltooiing van de selectieprocedures (december 2024). De openstelling voor andere kandidaten wordt gehandhaafd, maar met de nieuwigheid dat de overheidsinstelling in de oproep tot het indienen van sollicitaties mag vermelden dat de proeven in de selectiefase geen uitsluiting tot gevolg hebben. De betaling van een financiële vergoeding gelijk aan twintig dagen vaste bezoldiging per

dienstjaar, met een maximum van twaalf maandelijke betalingen, wordt gehandhaafd voor ambtenaren ad interim of tijdelijke functionarissen die, terwijl zij als zodanig in actieve dienst zijn, hun relatie met de overheid beëindigd zien omdat zij het selectieve bestendigingsproces niet hebben doorstaan.

- c) Nieuw is dat een uitzonderlijke oproep wordt gedaan voor alle structurele posten, met een begrotingstoewijzing, die vóór 1 januari 2016 ononderbroken op tijdelijke basis zijn bezet. Bij deze oproep tot het indienen van sollicitaties worden de ambten toegevoegd middels vergelijkende onderzoeken op de grondslag van schriftelijke bewijsstukken (puntschaal) en niet op grond van een vergelijkend onderzoek op basis van een examen, hoewel het vergelijkend onderzoek open moet staan voor alle sollicitanten die aan de vereisten voldoen. Er is niet uitdrukkelijk voorzien in een vergoeding indien de tijdelijke werknemer die de positie bezet niet wordt gekozen.

### **Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding**

- 1 IK werkt voor de Agencia Madrileña de Atención Social de la Comunidad de Madrid (bureau voor sociale zorg van de gemeente Madrid) en heeft een diploma als opvoedkundige. Zij heeft de volgende arbeidsovereenkomsten gehad:
- tijdelijk contract voor vervangers in de kerstvakantie, ondertekend op 21.12.98, dat afliep op 31.12.98;
  - tijdelijk contract voor de kerstvakantie, gesloten op 01.01.99, dat afliep op 10.01.99;
  - tijdelijk contract ter vervanging van een tijdelijk arbeidsongeschikte werknemer, gedateerd 25.03.99, eindigend op 03.05.99;
  - tijdelijk contract ter vervanging van een tijdelijk arbeidsongeschikte werknemer, gedateerd 29.11.10, eindigend op 28.12.10;
  - tijdelijk contract voor bepaalde tijd ter vervanging van een werknemer die met onbetaald verlof is, d.d. 04.02.11, dat op 02.10.11 is afgelopen;
  - tijdelijk contract voor bepaalde tijd ter vervanging van een werknemer die met onbetaald verlof was, d.d. 20.10.11, dat op 04.01.12 is afgelopen;
  - tijdelijk contract voor bepaalde tijd ter vervanging van een werknemster met onbetaald verlof, d.d. 18.02.12, dat op 31.07.16 is afgelopen wegens vrijwillig ontslag van de werknemster;

- voltijds contract ad interim om te voorzien in vacature 18473 in verband met het eerste vergelijkend onderzoek voor overplaatsing dat op 31.07.16 wordt gehouden.
- 2 Op 14 oktober 2020 heeft IK bij de Juzgado de lo Social (arbeidsrechter) een vordering ingesteld tegen de Agencia Madrileña de Atención Social de la Comunidad de Madrid en gevorderd tot vaststelling dat haar arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is (met anciënniteit vanaf 29 november 2010) of, subsidiair, een overeenkomst voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband is.
  - 3 IK had eerder een vordering ingesteld tot erkenning van haar hoedanigheid van werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband, wegens misbruik van tijdelijke overeenkomsten. Deze vordering is uiteindelijk bij arrest van 26 april 2019 door de Tribunal Superior de Justicia de Madrid afgewezen op grond dat, afgezien van de contracten van 1998 en 1999, waarna er een onderbreking van vele jaren is geweest, de vijf contracten die de werknemer sinds 2010 heeft gehad, met inbegrip van het huidige, een geldige reden van tijdelijkheid hebben en, wat het laatste ad-interimcontract ter invulling van een vacature betreft, dat de termijn van drie jaar die is vastgesteld in art. 70, lid 1, van de Estatuto Básico del Empleado Público niet is vervuld.
  - 4 De Juzgado de lo Social heeft de vordering afgewezen op grond dat de wettigheid van de vier overeenkomsten die de werknemer sinds 2010 had gesloten, reeds bij een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing was vastgesteld en dat alleen moest worden uitgemaakt of er bij de huidige arbeidsovereenkomst, een op een ad-interimovereenkomst ter invulling van een vacature, sprake was van misbruik omdat de overeenkomst langer dan drie jaar was gehandhaafd. Volgens de Juzgado de lo Social was dat niet het geval gelet op de destijds door de Sala de lo Social del Tribunal Supremo toegepaste doctrine, volgens welke de ad-interimovereenkomst ter invulling van een vacature niet aan een bepaalde maximumduur was gebonden en de in artikel 70 van de Estatuto Básico del Empleado Público gestelde termijn van drie jaar voor de uitvoering van aanbiedingen van overheidsbanen niet van toepassing was.
  - 5 IK heeft bij de verwijzende rechter hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de Juzgado de lo Social. Deze is van mening dat de het hoger beroep uitsluitend betrekking heeft op de meest recente overeenkomst, die in 2016 is gesloten, en dat, wat de voornaamste aanspraak op een vast dienstverband betreft, te weten de hoedanigheid van verzoekster als werkneemster voor onbepaalde tijd zonder nadere omschrijving (dus niet voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband), het noodzakelijk is om clause 5 van richtlijn 1999/70 correct toe te passen op het onderhavige geval.
  - 6 De verwijzende rechter is van oordeel dat het hoger beroep, zoals verzoekster betoogt, moet worden toegewezen op grond dat het verwerende overheidsorgaan misbruik heeft gemaakt van tijdelijke overeenkomsten. Bij de laatste overeenkomst van 31 juli 2016 – een interimovereenkomst ter dekking van een

vacature totdat daarin overeenkomstig de wettelijke regeling is voorzien – is namelijk de maximumtermijn van drie jaar overschreden, welke termijn in de rechtspraak op basis van het arrest van de Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (voltallige zitting van de vierde kamer van de hoogste rechterlijke instantie) van 31 juni 2021, dat is geweest na het arrest van de Tribunal de Justicia van 3 juni 2021 in zaak C-726/19, voor dergelijke overeenkomsten als maximumtermijn is vastgesteld. De conclusie is dat het overheidsorgaan, door de overeenkomst van de werknemer stilzwijgend te verlengen door jaar na jaar geen procedures voor de positie te organiseren en aldus de in de rechtspraak vastgestelde maximumduur (drie jaar) te overschrijden, misbruik heeft gemaakt van tijdelijke overeenkomsten, hetgeen in strijd is met clause 5 van de bijlage bij richtlijn 1999/70.

- 7 De verwijzende rechter is evenwel van mening dat een uiterst belangrijke vraag nog moet worden beantwoord, namelijk of de schending van deze bepaling tot gevolg moet hebben dat de werknemer als een vaste werknemer dan wel als een werknemer voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband moet worden beschouwd. Het is op dit punt dat de twijfel rijst over de uitlegging van het recht van de Unie die aanleiding geeft tot deze prejudiciële verwijzing.
- 8 Verweerster betoogt dat de prejudiciële vraag niet moet worden gesteld omdat zij van mening is dat het arrest van het Hof van Justitie van 3 juni 2021 in zaak C-726/2019 deze vraag in wezen reeds heeft beantwoord. Volgens de verwijzende rechter doet lezing van dit arrest echter twijfel rijzen over de vraag of het Hof wel voldoende uitleg heeft gekregen over het begrip werknemer met een „overeenkomst voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband”, dan wel of het Hof dit begrip heeft gelijkgesteld met een werknemer in vaste dienst door niet duidelijk het verschil tussen beide begrippen aan te geven, doordat er verwarring bestond als gevolg van de dubbelzinnige benaming van het begrip dat door de Spaanse rechtspraak is gecreëerd. De verwijzende rechter is van oordeel dat het hier niet gaat om een acte clair, maar dat er met dit arrest nadere verwarring is ontstaan en dat er dus gronden zijn om het Hof van Justitie een tweede uitspraak te vragen over deze specifieke kwestie.
- 9 De verwijzende rechter heeft daarom besloten om de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof van Justitie een aantal prejudiciële vragen te stellen.

### **Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding**

- 10 Verzoekster stelt dat zij sinds 21 december 1998, en sinds 29 november 2010 ononderbroken, op basis van tijdelijke contracten voor verweerster heeft gewerkt, steeds in dezelfde categorie van opvoedkundige. Zij verrichtte ook steeds dezelfde werkzaamheden. Zij stelt dat haar huidige ad-interimovereenkomst ter tijdelijke invulling van een vacature tijdens de selectieprocedure, gedateerd 1 augustus 2016, onrechtmatig is omdat de maximale geldigheidsduur ervan is overschreden, aangezien de werkgever sinds 2000 geen enkele openbare arbeidsaanbieding heeft

goedgekeurd en geen enkele vacature heeft bekendgemaakt, zulks in strijd met artikel 70 van de Estatuto Básico del Empleado Público, dat voorschrijft dat de positie binnen een termijn van maximaal drie jaar moet worden ingevuld. Tot staving van haar vordering beroept zij zich, behalve op de Spaanse wettelijke regeling en rechtspraak, op richtlijn 1999/70 en op de rechtspraak van het Hof van Justitie.

- 11 Haars inziens moet de arbeidsverhouding – met toepassing van de theorie van de wezenlijke eenheid van de contractuele verhouding – worden gekwalificeerd als een arbeidsverhouding voor onbepaalde tijd, rekening houdend met het feit dat zij sinds 29 november 2010 zonder onderbreking haar werkzaamheden verricht. Indien dit verzoek niet wordt ingewilligd, moet de arbeidsverhouding volgens verzoekster subsidiair worden erkend als een overeenkomst voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband, met de voormelde anciënniteit.
  
- 12 Voor de verwijzende rechter betoogt verzoekster dat de bestreden uitspraak in strijd is met artikel 70 van het basisstatuut voor overheidspersoneel en met de artikel 4, lid 1, artikel 4, lid 2, onder b), en artikel 8, lid 2, van koninklijk besluit 2720/1998 van 18 december 1998, juncto clause 5 van de aan richtlijn 1999/70 gehechte raamovereenkomst (hierna: „raamovereenkomst”), alsmede met de rechtspraak die onder meer is vervat in het arrest van de Tribunal Supremo van 14 oktober 2017. Zij wijst op de toepasselijkheid van de maximumtermijn van drie jaar voor de duur van de ad-interimovereenkomst ter tijdelijke invulling van een vacature tijdens de selectieprocedure op basis van artikel 70 van het basisstatuut voor overheidspersoneel, en merkt op dat het overheidsorgaan geen openbaar aanbod tot tewerkstelling heeft goedgekeurd of kennisgeving van vacature heeft gedaan, hetgeen getuigt van de passieve houding van het overheidsorgaan om de vacature definitief in te vullen. Zij voegt daaraan toe dat het Hof van Justitie in zijn arrest van 14 september 2016, gewezen in de zaak [REDACTED] heeft geoordeeld dat voor de naleving van clause 5, lid 1, onder a), van de raamovereenkomst vereist is „dat in concreto wordt nagegaan of de vernieuwing van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd in tijdelijke behoeften beoogt te voorzien en of een nationale bepaling als in het hoofdgeding niet in werkelijkheid wordt gebruikt om te voorzien in permanente en blijvende personeelsbehoeften van de werkgever”. In casu blijkt uit de duur van de overeenkomsten dat er sprake is van een permanente behoefte, aldus verzoekster. Ten slotte beroept zij zich ter rechtvaardiging van haar voornaamste argument (het gaat om een arbeidsverhouding voor onbepaalde tijd) ook op clause 5 van richtlijn 1999/70 en op het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 19 maart 2020 in de gevoegde zaken C-103/18, [REDACTED] en C-429/18, [REDACTED] Servicio madrileño de Salud (SERMAS). Zij voegt daaraan toe dat, om het overheidsorgaan ervan te weerhouden dergelijke feiten opnieuw te plegen, moet worden voorzien in een compensatie die voldoende doeltreffend en afschrikkend is en tevens de overheidswerknemer afdoende beschermt. Haars inziens is de enige oplossing die aan de voorwaarden van de rechtspraak van het Hof voldoet, de verklaring van onbepaalde duur van de arbeidsverhouding. Subsidiair vordert zij dat de

arbeidsverhouding wordt verklaard een overeenkomst voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband te zijn.

- 13 Het hoger beroep wordt aangevochten door de Agencia Madrileña de Atención Social de la Comunidad de Madrid, die eraan herinnert dat in de uitspraak in eerste aanleg is geoordeeld over de juridische en arbeidsrechtelijke gronden van de laatste overeenkomst en dat de stelling dat deze niet langer tijdelijk zou zijn daarin werd verworpen. Volgens de rechtspraak van de Tribunal Supremo is de periode van drie jaar van artikel 70 van het basisstatuut voor overheidspersoneel immers niet van toepassing als maximumduur voor ad-interimovereenkomsten ter tijdelijke invulling van een vacature tijdens de selectieprocedure.

### **Korte motivering van het verzoek om een prejudiciële beslissing**

- 14 Deze vraag betreft de gevolgen van de niet-naleving van clause 5 van de raamovereenkomst in het geval van een werknemer uit de Spaanse overheidssector.
- 15 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:
- 16 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.
- 17 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.
- 18 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.

- 19 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.
- 20 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.
- 21 De prejudiciële vragen (A) en (B) zijn gerechtvaardigd in het licht van bovenstaande overwegingen.
- 22 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.
- 23 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, hetgeen is bekrachtigd bij wet nr. 20/2021 van 28 december 2021 inzake dringende maatregelen om tijdelijke dienstverbanden in de overheidssector te verminderen. De verwijzende rechter betwijfelt echter 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.
- 24 Prejudiciële vraag C) is gerechtvaardigd in het licht van bovenstaande overwegingen.
- 25 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.
- 26 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.
- 27 In het Spaanse recht worden tegenstrijdige uitspraken gedaan over de kwalificatie van werknemers voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband als tijdelijke werknemers. 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.

- 28 Ook de Spaanse wetgeving maakt een onderscheid tussen drie soorten arbeidscontractanten in dienst van de overheid: vast, voor onbepaalde tijd en tijdelijk.
- 29 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.
- 30 Indien de zogenaamde overeenkomst voor onbepaalde tijd zonder een vast dienstverband als een overeenkomst voor bepaalde tijd wordt beschouwd, lijkt het uiteraard absurd om ervan uit te gaan dat schending van clause 5 van de raamovereenkomst met betrekking tot een tijdelijke werknemer leidt tot de omzetting van de overeenkomst in een overeenkomst voor onbepaalde tijd zonder vast dienstverband, dus in een ander soort tijdelijke overeenkomst waarbij er geen sprake is van een vast dienstverband.
- 31 Prejudiciële vraag (D) is gerechtvaardigd in het licht van bovenstaande overwegingen.
- 32 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 grondwetshervorming

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.

- 33 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.
- 34 Prejudiciële vraag E) is gerechtvaardigd in het licht van bovenstaande overwegingen.
- 35 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 en wet nr. 20/2021 van 28 december 2021 inzake dringende maatregelen om tijdelijke dienstverbanden in de overheidssector te verminderen zijn 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.
- 36 Het belangrijkste verschil dat bij wet nr. 20/2021 is ingevoerd, is dat deze wet voorziet in de mogelijkheid om met betrekking tot vergelijkende onderzoeken op basis van een examen vast te stellen dat de fase van het examen niet leidt tot uitsluiting, zodat het mogelijk is om over te gaan naar de selectieprocedure op basis van het cv, om de verdiensten te doen gelden, zonder een voldoende te hebben behaald in de fase van het examen, hetgeen betekent dat de positie zal worden toegewezen rekening houdend met de score in beide fasen, wat in beginsel het toewijzen van de aangeboden posities aan de tijdelijke werknemers die deze posities bezetten moet vergemakkelijken.

- 37 Voorts verplicht wet nr. 20/2021 de overheidsdiensten om middels vergelijkende onderzoeken procedures te organiseren ter invulling van structurele posities die, ongeacht of zij al dan niet op de lijsten van vacatures voorkomen, in de begroting zijn opgenomen en vóór 1 januari 2016 ononderbroken op tijdelijke basis zijn bezet. Het verschil met het vorige systeem is dat het systeem voor de toewijzing van de posities uitsluitend via een vergelijkend onderzoek zal verlopen, waarbij de verdiensten van de sollicitant volgens een objectieve schaal zullen worden beoordeeld, maar zonder dat er een selectietest hoeft te worden afgelegd, wat het toewijzen van de aangeboden posities aan de tijdelijke werknemers die ze bezetten, dient te vergemakkelijken, hoewel dit niet gegarandeerd is, omdat het vergelijkend onderzoek open moet staan voor andere kandidaten.
- 38 Al 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 automatisch recht geeft op een vast dienstverband.
- 39 Prejudiciële vraag F) is gerechtvaardigd in het licht van de bovenstaande overweging.