

ANNOTATIE

Het non-discriminatiebeginsel van richtlijn 1999/70/EG: geen anciënniteitstoelage voor tijdelijk vertrouwenspersoneel in dienst van Spaanse overheid

prof. mr. dr. S.S.M. Peters

Annotatie bij Hof van Justitie van de Europese Unie, 09-07-2015, ECLI:EU:C:2015:450 (AR-2015-0629)

1. Inleiding

De Spaanse overheid gunt haar vaste personeel graag een anciënniteitstoelage, maar vindt dat kennelijk te veel van het goede voor haar tijdelijke personeel. Zij blijkt daarin ook tamelijk hardleers: dit arrest is er een in een reeks Europese uitspraken over de Spaanse driejaarlijkse anciënniteitstoelage (zie voor een overzicht r.o. 43). In de onderhavige zaak gaat het om de uitsluiting van een specifieke categorie tijdelijke werknemers in overheidsdienst van deze toelage, te weten werknemers met een bijzondere vertrouwens- of adviesfunctie ('personal eventual'). De kernvraag is of die uitsluiting een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling oplevert van deze tijdelijke werknemers ten opzichte van vergelijkbare vaste werknemers in de zin van richtlijn 1999/70/EG.

Jurisprudentie inzake Richtlijn 1999/70/EG betreft meestal het misbruikverbod van clause 5 (ketens van opvolgende tijdelijke contracten). Deze zaak betreft echter clause 4 – het discriminatieverbod. Het is interessant te bezien welke aanwijzingen het Hof geeft voor de toetsing aan het non-discriminatiebeginsel van die clause: wanneer is sprake van vergelijkbare gevallen ofwel van 'hetzelfde of soortgelijk werk'? Wat kan, indien sprake is van ongelijke behandeling van gelijke gevallen, gelden als objectieve rechtvaardigingsgrond en kunnen bij die laatste toets dezelfde factoren in aanmerking worden genomen als bij de eerste? In deze beschouwing wordt tevens bekeken tot welke uitkomsten de aanwijzingen van het Hof zullen (moeten) leiden in de Spaanse zaak.

2. De zaak

Mevrouw Regojo Dans is al meer dan drie decennia in dienst van de Spaanse overheid. De eerste zestien jaar werkte zij voor het Constitutioneel Hof; vanaf 1996 werkt zij voor de Consejo de Estado (Raad van State), als hoofd van het secretariaat van een van de presidenten van de Raad. Regojo Dans behoort tot een bijzondere categorie overheidsperoneel, namelijk het 'personal eventual'. Het gaat om werknemers die alleen op tijdelijke basis worden aangesteld en die uitsluitend functies vervullen die uitdrukkelijk zijn aangemerkt als vertrouwensfuncties of als specifieke adviesfuncties. Aanstelling en ontslag van dit personeel zijn niet aan de normale arbeidsrechtelijke voorwaarden onderworpen, maar behoren tot de bevoegdheid van ministers en staatssecretarissen. De ambtsdrager voor wie de vertrouwens/adviesfunctionaris werkzaam is, kan vrijelijk over het ontslag beslissen (ontslag *ad nutum*). Bovendien wordt de vertrouwens-/adviesfunctionaris automatisch ontslagen bij het einde van het mandaat van die ambtsdrager.

Volgens het Spaanse recht ontvangen ambtenaren in vaste dienst een anciënniteitstoelage die wordt toegekend per tijdvak van drie dienstjaren. Hetzelfde geldt voor 'normale' ambtenaren in tijdelijke dienst. Hoewel de algemene bepalingen met betrekking tot ambtenaren in vaste dienst van toepassing zijn verklaard op het 'personal eventual', geldt dat uitdrukkelijk niet voor deze driejaarlijkse toelage. Het verzoek van Regojo Dans om haar recht op de toelage te erkennen en de toelage over de laatste vier jaar uit te betalen, is daarom afgewezen door haar werkgever, onder verwijzing naar de bijzondere status van het personal eventual'. Volgens Regojo Dans maakt deze weigering inbreuk op het beginsel van non-discriminatie zoals neergelegd in clause 4 van de raamovereenkomst.

3. Oordeel HvJ EU

De eerste vraag die het Spaanse Hooggerechtshof (Tribunal Supremo) aan het HvJ EU voorlegt, is of tijdelijke vertrouwens-/adviesfunctionarissen zoals Regojo Dans vallen onder het begrip 'werknemer met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd' van clause 3 van de raamovereenkomst. Het Hof overweegt dat de raamovereenkomst, blijkens haar clauses 2 en 3, een ruime personele werkingssfeer heeft. Gezien het belang van de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie, die tot de algemene beginselen van het Unierecht behoren, moet aan de bepalingen van richtlijn en raamovereenkomst algemene gelding worden toegekend. Het gaat hier immers om bijzonder belangrijke voorschriften van het sociaal recht van de Unie, die voor alle werknemers gelden als minimumbeschermingsvoorschriften (r.o. 32). Dat betekent volgens het Hof dat richtlijn 1999/70 van toepassing is op alle werknemers die in het kader van een voor bepaalde tijd bestaande arbeidsverhouding met hun werkgever tegen betaling arbeid verrichten. De enkele omstandigheid dat een werknemer naar nationaal recht als tijdelijke medewerker met een bijzondere vertrouwens- of adviesfunctie wordt aangemerkt, is hierbij niet relevant. Evenmin relevant is de enkele omstandigheid dat de arbeidsovereenkomst een aantal specifieke aspecten kent, zoals een niet aan voorwaarden onderworpen aanstelling en ontslag en het feit dat de werknemer geacht wordt een specifieke vertrouwens- of adviesfunctie te vervullen. De effectiviteit van richtlijn en raamovereenkomst en de uniforme toepassing daarvan in de lidstaten zouden immers in gevaar worden gebracht 'wanneer de lidstaten de door deze instrumenten van de Unie gewenste bescherming naar

eigen goeddunken aan bepaalde categorieën personen zouden kunnen voorbehouden' (r.o. 34). Voorts gaat het hier om een contract voor bepaalde tijd, nu de arbeidsovereenkomst van tijdelijke vertrouwens-/adviesfunctionarissen automatisch eindigt bij het einde van het mandaat van de ambtsdrager voor wie zij werkzaam zijn. Het einde wordt dus bepaald door 'het intreden van een bepaalde gebeurtenis' in de zin van clause 3.

In de tweede plaats wil het Tribunal Supremo weten of de uitsluiting van deze functionarissen van de anciënniteitstoelage in strijd is met het discriminatieverbod van clause 4 van de raamovereenkomst. Het Hof overweegt dat clause 4 een beginsel van sociaal recht van de Unie uitdrukt dat niet restrictief mag worden uitgelegd. Het had al eerder geoordeeld dat de driejaarlijkse anciënniteitstoelage een arbeidsvoorwaarde is als bedoeld in genoemde clause. Dit betekent dat conform clause 4 lid 1 moet worden beoordeeld of in casu de tijdelijke werknemers ongunstiger worden behandeld dan 'vergelijkbare werknemers in vaste dienst' en, zo ja, of daarvoor een objectieve rechtvaardiging aanwezig is. Om te beoordelen of werknemers 'hetzelfde of soortgelijk werk' verrichten, moet volgens het Hof rekening worden gehouden met factoren zoals de aard van hun werk, hun kwalificaties en bekwaamheden, de opleidingsvereisten en de arbeidsomstandigheden (r.o. 46). Volgens de Spaanse regering onderscheidt het 'personal eventual' zich van de andere categorieën overheidspersoneel, zowel wat betreft de arbeidsverhouding en vervulde functies en taken als wat betreft de aanstellingseisen en bezoldiging. Zij wijst op de bijzondere aanstellings- en ontslagregeling en stelt dat die wordt gerechtvaardigd door 'de bijzondere aard van de aan dat tijdelijk personeel opgedragen functies, die gebaseerd zijn op vertrouwen en worden uitgeoefend in het kader van politieke of soortgelijke posten'. Het Hof overweegt daarop dat uit de verwijzingsbeslissing 'evenwel' naar voren lijkt te komen dat de door Regojo Dans specifiek vervulde functie 'niet ziet op het uitvoeren van openbaregezagtaken, maar wel op het verrichten van ondersteunende taken met betrekking tot activiteiten van administratieve aard', maar laat de beoordeling vervolgens aan de verwijzende rechter.

Mocht die laatste oordelen dat Regojo Dans zich in een vergelijkbare situatie als een (vergelijkbare) ambtenaar in vaste dienst bevindt, dan moet worden nagegaan of er een objectieve rechtvaardiging voor het verschil in behandeling is, conform clause 4 lid 1 van de raamovereenkomst. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof verlangt het begrip 'objectieve redenen' dat 'de geconstateerde ongelijke behandeling wordt gerechtvaardigd door precieze en concrete gegevens, die kenmerkend zijn voor de betreffende arbeidsvoorwaarde, in de bijzondere context waarin deze voorwaarde is gesteld en op grond van objectieve en transparante criteria, zodat kan worden nagegaan of deze ongelijkheid voorziet in een werkelijke behoefte, geschikt is om de nagestreefde doelstelling te bereiken en daartoe noodzakelijk is. Dergelijke gegevens kunnen met name voortvloeien uit de bijzondere aard van de taken waarvoor overeenkomsten voor bepaalde tijd zijn gesloten en uit de daaraan inherente kenmerken, of eventueel uit het nastreven van een legitieme doelstelling van sociaal beleid van een lidstaat'. Ook deze beoordeling is aan de verwijzende rechter, maar, zo waarschuwt het Hof, 'de omstandigheid dat tijdelijk personeel met een bijzondere of adviesfunctie niet permanent is, [kan] in geen geval worden aangemerkt als een dergelijke

reden' (r.o. 59). In de daaropvolgende rechtsoverwegingen vult het Hof echter die beslissingsruimte zelf al in:

'Voorts is het zo dat bepaalde verschillen met betrekking tot de aanstelling van ambtenaren in vaste dienst, de vereiste kwalificaties en de aard van de taken waarvoor zij de verantwoordelijkheid dragen, in beginsel weliswaar een verschil in behandeling met tijdelijk personeel met een bijzondere of adviesfunctie ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden kunnen rechtvaardigen (...), maar dat dit niet het geval blijkt te zijn in het hoofdgeding.'

Uit de relevante Spaanse wet 'blijkt immers dat ambtenaren in vaste dienst die, in actieve dienst of in het kader van een detachering, voor tijdelijke medewerkers met een bijzondere of adviesfunctie gereserveerde functies vervullen, de (...) driejaarlijkse anciënniteitstoelage ontvangen. Dat (...) weerlegt het argument dat de bijzondere aard van de aan tijdelijk personeel met een bijzondere of adviesfunctie opgedragen vertrouwensfuncties en specifieke adviesfuncties leidt tot een onderscheid tussen beide soorten personeel en een verschil in behandeling ten aanzien van de toekenning van de toelage rechtvaardigt.'

Volgens het Hof sluit de Spaanse regeling 'zonder enige objectieve rechtvaardiging' het tijdelijke vertrouwens-/adviespersoneel uit van de driejaarlijkse anciënniteitstoelage. Indien de verwijzende rechter oordeelt dat dit tijdelijke personeel en ambtenaren in vaste dienst zich ten aanzien van die toelage in een vergelijkbare situatie bevinden, dan is de Spaanse regeling in strijd met clausule 4 lid 1 van de raamovereenkomst (r.o. 62).

4. Commentaar

Hierna zal ik enkele punten uit het arrest lichten die een nadere bespreking waard zijn. Vooraf merk ik op dat in deze zaak lid 4 van clausule 4 geen rol speelt. Dat onderdeel ziet op de wijze waarop de anciënniteit wordt vastgesteld met betrekking tot bepaalde arbeidsvoorwaarden. Het is bijvoorbeeld van toepassing indien een regeling zou bepalen dat, bijvoorbeeld ten aanzien van promotie of beloning, de anciënniteit verworven op basis van tijdelijke contracten niet of slechts ten dele meetelt. In casu gaat het niet om discriminatie van tijdelijke werknemers bij de vaststelling van de anciënniteit, maar om het uitsluiten van deze werknemers van de arbeidsvoorwaarde 'driejaarlijkse anciënniteitstoelage' omdat zij niet de hoedanigheid van ambtenaar in vaste dienst hebben. Daarmee is lid 1 van clausule 4 van toepassing en daaraan wordt door het Hof getoetst.

4.1 Materiële werkingssfeer richtlijn 1999/70/EG: begrippen werknemer en arbeidsovereenkomst

De verwijzende rechter twijfelde of mevrouw Regojo Dans wel als werknemer met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in de zin van de raamovereenkomst kan worden gekwalificeerd. Dat het hier om een contract voor *bepaalde tijd* gaat is mijns inziens evident en laat ik verder onbesproken. Wel interessant is te bezien welke arbeidsovereenkomsten (en arbeidsverhoudingen) onder de werkingssfeer van de richtlijn vallen en aan wie het is dat te bepalen.

In beginsel is het aan de lidstaten zelf om te bepalen wat een arbeidsovereenkomst vormt (of arbeidsverhouding, maar dat begrip laat ik hier voor het gemak buiten beschouwing) die onder de raamovereenkomst valt, zie clause 2 lid 1. In beginsel, want deze definities mogen niet indruisen tegen de inhoud van de raamovereenkomst (punt 17 van de preambule van de richtlijn). Hoewel het dus niet aan het Hof van Justitie is een communautaire definitie van 'arbeidsovereenkomst' te geven, stelt het Hof wél voorwaarden aan de definities die de lidstaten hanteren. Het Hof heeft reeds eerder geoordeeld dat de lidstaten overheidswerknemers niet kunnen uitsluiten van de bescherming van de richtlijn. De definities mogen dus geen onderscheid maken naar de publieke of private aard van de werkgever. Het Hof eist voorts dat de in de lidstaat geldende criteria van de arbeidsovereenkomst op gelijke wijze worden toegepast op alle personen die aanspraak maken op de bescherming van de richtlijn. Bepaalde categorieën personen mogen dus niet willekeurig daarvan worden uitgesloten. Het gaat er dus om vast te stellen wie volgens het nationale recht een arbeidsovereenkomst heeft (en werknemer is) – waarvoor veelal de criteria van loon, arbeid en ondergeschiktheid zullen gelden. Voldoet de arbeidsverhouding daaraan, dan kan de nationale wetgever vervolgens deze niet uitzonderen van de werkingssfeer van de richtlijn, bijvoorbeeld omdat het om een specifieke functie gaat of omdat de arbeidsovereenkomst een aantal specifieke kenmerken heeft, zoals in casu de arbeidsverhouding van Regojo Dans. Ook een andere, fictieve, kwalificatie van de arbeidsverhouding, terwijl het in wezen gaat om een 'gewone' arbeidsverhouding volgens het nationale recht, kan dus niet door de Europeesrechtelijke beugel (HvJ EU 3 juli 2014, C-362/13, EU:C:2014:2044 (Fiamingo), r.o. 31). Lidstaten mogen wel leerovereenkomsten en van de overheid uitgaande gesubsidieerde praktijkleerwerkplek overeenkomsten en dergelijke uitzonderen. Dat wordt namelijk uitdrukkelijk toegestaan door de raamovereenkomst (clause 2 lid 2). Bij deze gesubsidieerde werkplekken kan gedacht worden aan de Nederlandse I/D-banen (die overigens wél verplicht meetellen voor het getalscriterium voor de bepaling of sprake is van een collectief ontslag (richtlijn 98/59), zo blijkt uit een ander op 9 juli jongstleden gewezen arrest (Balkaya, C-229/14)).

Ten slotte zijn uitzendkrachten, ook als zij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd hebben, uitgesloten van de bescherming van de richtlijn. Dat is uitdrukkelijk bepaald in de vierde alinea van de preambule bij de raamovereenkomst, maar lijkt niet te zijn terug te vinden in de tekst van de raamovereenkomst zelf. Dat laatste is wel van belang omdat de preambule van een Uniehandeling volgens de rechtspraak van het Hof geen bindende kracht heeft. Volgens het Hof komt deze uitzondering van uitzendkrachten echter tot uitdrukking in lid 1 van clause 3, dat bepaalt dat alleen de 'rechtstreeks' met de werkgever aangegane arbeidsovereenkomst onder de raamovereenkomst valt. Daarom valt zowel de arbeidsverhouding met het uitzendbureau als die met de inlener buiten de werkingssfeer van deze raamovereenkomst (HvJ EU 11 april 2013, C-290/12 (Della Rocca), EU:C:2013:235). Voor het Nederlandse recht wringt deze jurisprudentie wat betreft de 'rechtstreekse' arbeidsovereenkomst met het uitzendbureau. Hoe dit ook zij, krachtens het Europese recht kunnen uitzendkrachten zich slechts beroepen op het beginsel van gelijke behandeling van richtlijn 2008/104 betreffende uitzendarbeid. Zij hebben gedurende de duur van de opdracht

bij de inlener recht op dezelfde arbeidsvoorwaarden als zouden gelden indien zij rechtstreeks bij de inlener in dienst waren genomen, maar dat recht op gelijke behandeling geldt, anders dan krachtens richtlijn 1999/70/EG, slechts ten aanzien van de essentiële arbeidsvoorwaarden (zoals arbeidstijd, vakantie en bezoldiging).

4.2 Toetsing aan het non-discriminatiebeginsel

Het non-discriminatiebeginsel eist dat vergelijkbare situaties gelijk worden behandeld, tenzij een verschil in behandeling objectief gerechtvaardigd is. In casu mogen tijdelijke werknemers met betrekking tot arbeidsvoorwaarden niet zonder objectieve rechtvaardigingsgrond minder gunstig worden behandeld dan 'vergelijkbare werknemers in vaste dienst' (clause 4 lid 1 raamovereenkomst). Een 'vergelijkbare werknemer in vaste dienst' is een werknemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in dezelfde vestiging, die 'hetzelfde of soortgelijk werk verricht of een soortgelijke functie uitoefent, waarbij rekening wordt gehouden met kwalificaties/bekwaamheden'. Als in dezelfde vestiging geen vergelijkbare werknemer in vaste dienst werkzaam is, dan wordt de vergelijking gemaakt op basis van de geldende cao of bij het ontbreken daarvan, overeenkomstig de wetgeving of gebruiken (clause 3 lid 2; dit laatste laat ik hier buiten beschouwing, zie daarover de conclusie van A-G Mengozzi, punt 69-75).

Deze toetsing komt erop neer dat in de eerste plaats beoordeeld moet worden of tijdelijke medewerker Regojo Dans zich kan vergelijken met (vergelijkbare) ambtenaren in vaste dienst (stap 1). Indien dat zo is, dan moet vervolgens worden onderzocht of er een objectieve rechtvaardiging voor de ongelijke behandeling bestaat (stap 2). Tussen bedoelde stappen moet ook nog worden gezien of er daadwerkelijk sprake is van ongelijke behandeling, maar die neem ik hier als uitgangspunt, nu zij overduidelijk gelegen is in het niet toekennen van de anciënniteitstoelage. De vraag is welke factoren bij stap 1 en stap 2 in aanmerking moeten worden genomen en in hoeverre die factoren dezelfde kunnen zijn. De toetsing is uiteindelijk aan de nationale rechter, maar het Hof is wel bevoegd criteria te geven om die beoordeling te sturen en maakt van die bevoegdheid ook gebruik.

In de eerste plaats moet dus worden vastgesteld of sprake is van een 'vergelijkbare gevallen'. Is er een werknemer in vaste dienst die 'vergelijkbaar' is, i.e. die hetzelfde of soortgelijk werk verricht of een soortgelijke functie uitoefent in dezelfde vestiging? In het onderhavige arrest overweegt het Hof dat om te beoordelen of werknemers hetzelfde of soortgelijk werk verrichten, rekening moet worden gehouden 'met een reeks van factoren, zoals de aard van hun werk, hun kwalificaties en bekwaamheden, de opleidingsvereisten en de arbeidsomstandigheden' (r.o. 46). Deze factoren lijken sterk op die het Hof hanteert bij de beoordeling of sprake is van 'gelijke of gelijkwaardige arbeid' in het kader van het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers van artikel 157 lid 1 VWEU (vergelijk conclusie A-G, punt 46). Bij stap 2, de objectieve rechtvaardigingstoets, kunnen in aanmerking worden genomen 'bepaalde verschillen met betrekking tot de aanstelling van ambtenaren in vaste dienst, de vereiste kwalificaties en de aard van de taken waarvoor zij de verantwoordelijkheid dragen' (r.o. 60). De bij stap 1 genoemde factoren lijken natuurlijk op die van stap 2, maar worden door het Hof wel anders geformuleerd in zijn jurisprudentie (zie

bijvoorbeeld ook HvJ EU 8 september 2011, C-177/10 (Rosado Santana), EU:C:2011:557, r.o. 66 en 73). Daarbij lijkt met name relevant dat het Hof bij stap 1 spreekt over ‘de aard van hun werk’ en bij stap 2 van de ‘aard van de taken’. De toets van de aard van het werk is minder specifiek dan de toetsing voor welke soort taken werknemers verantwoordelijkheid dragen. Een ruimere toetsing bij de beoordeling of sprake is van ‘hetzelfde of soortgelijk werk’ ligt voor de hand. Bij een te strenge ofwel te specifieke toetsing zou de tijdelijke werknemer die meent te zijn gediscrimineerd immers zijn ‘maatman in vaste dienst’ ontnomen worden. Daarmee zou de werkingssfeer van clause 4 in strijd met de doelstelling ervan worden ingeperkt. Het Hof overweegt in dit arrest ook in algemene zin dat clause 4 niet restrictief mag worden uitgelegd (r.o. 42). Het lijkt mij dat dit niet alleen geldt ten aanzien van het begrip ‘arbeidsvoorwaarden’, maar ook bij de vraag of er een maatman in vaste dienst kan worden aangewezen (vergelijk conclusie A-G punt 50 e.v.).

Kortom: bij stap 1 gaat het om een vergelijking van de aard van ‘het werk’ in algemene zin. Is er daarmee een ‘maatman in vaste dienst’ gevonden en de ongelijke behandeling van de tijdelijke werknemer ten opzichte van die maatman vastgesteld (in casu: de maatman ontvangt de toelage, de tijdelijke vertrouwens-/adviesfunctionaris niet), dan volgt stap 2: is er een objectieve rechtvaardiging voor de ongelijke behandeling? Bij die beoordeling wordt specifiek gekeken naar hetgeen de werknemers doen. Hier worden wel de verrichte taken in aanmerking genomen en gekeken naar ‘de bijzondere aard van de taken waarvoor overeenkomsten voor bepaalde tijd zijn gesloten’ en ‘de daaraan inherente kenmerken’, dit alles in het licht van de desbetreffende arbeidsvoorwaarde (Regojo Dans, r.o. 55; Rosado Santana, r.o. 73). A-G Mengozzi benadrukt het belang van het daadwerkelijk onderscheid maken tussen de aard van het werk en de aard van de taken. De nationale rechter kan namelijk niet eerst oordelen dat sprake is van hetzelfde of soortgelijk werk en een ongelijke behandeling constateren, en vervolgens de ongelijke behandeling rechtvaardigen door de verschillende aard van het verrichte werk (vergelijk conclusie A-G, punt 54).

Dat laatste zal ook gelden voor de overige door het Hof genoemde factoren, zoals kwalificaties, bekwaamheden en opleidingsvereisten. In de onderhavige zaak spelen die echter nauwelijks een rol. Reden daarvoor is dat het hier gaat om een algemene uitsluiting van een bijzondere categorie overheidspersoneel dat een tijdelijke vertrouwens- en adviesfunctie vervult, van een reguliere arbeidsvoorwaarde die aan al het ‘normale’ vaste én tijdelijke overheidspersoneel toekomt. De functie waar het hier om gaat, hoofd van het secretariaat, kan en wordt ook door ‘normaal’ personeel uitgeoefend. Uit het arrest lijkt te volgen dat dat ook geldt voor andere functies die het vertrouwens- en adviespersoneel vervult. De voor dat bijzondere personeel gereserveerde functies worden soms vervuld door ‘gewoon’ personeel (r.o. 60). Dat wijst erop dat er geen relevant verschil in kwalificaties en opleidingsvereisten is.

4.3 Toepassing van deze factoren

Vergelijkbare gevallen – hetzelfde of soortgelijk werk

Voor de beoordeling of sprake is van hetzelfde of soortgelijk werk (stap 1) is uiteindelijk

slechts relevant de door de Spaanse regering aangevoerde ‘bijzondere aard van de aan dat tijdelijk personeel opgedragen functies, die gebaseerd zijn op vertrouwen en worden uitgeoefend in het kader van politieke of soortgelijke posten’. Het Hof zegt daarover, alvorens deze beoordeling naar de verwijzende rechter te schuiven, slechts het volgende:

‘Uit de verwijzingsbeslissing blijkt evenwel naar voren te komen dat de door verzoekster in het hoofdgeding specifiek vervulde functie niet ziet op het uitvoeren van openbare gezagtaken, maar wel op het verrichten van ondersteunende taken met betrekking tot activiteiten van administratieve aard.’ Deze ‘aanwijzing’ is wel zeer summier. Zij is bovendien verwarrend omdat hierin wél in het kader van de beoordeling van de vergelijkbaarheid van de gevallen (stap 1) van ‘taken’ wordt gesproken. Hieruit blijkt al dat het door de A-G benadrukte onderscheid tussen aard van het werk (stap 1) en aard van de taken (stap 2) in de praktijk niet altijd scherp te maken is. De beoordeling van het Spaanse argument dat werknemers als Regojo Dans een bijzondere vertrouwens-/adviesfunctie vervullen, ofwel werk doen van een bijzondere aard, impliceert nu eenmaal een toets of die aangevoerde vertrouwensband inderdaad zo bijzonder is dat deze categorie tijdelijke werknemers andersoortig werk doet dan de maatman in vaste dienst. Daarvoor moet toch worden bekeken wat dat werk inhoudt.

Uit deze aanwijzing aan de Spaanse rechter leid ik af dat het Hof het ‘vertrouwen’ slechts als relevant verschil in de ‘aard van het werk’ ziet, indien de functie deelname aan openbaar gezag behelst (‘het uitvoeren van openbare gezagtaken’). Wat dat inhoudt is uitgemaakt in de jurisprudentie van het Hof inzake discriminatie op grond van nationaliteit in het kader van het vrije verkeer van werknemers. Er moet sprake zijn van werkzaamheden die strekken tot bescherming van de algemene belangen van de staat of van andere openbare lichamen, en die dus een bijzondere solidariteitsband van de functionaris ten opzichte van de staat veronderstellen. De toegang tot vertrouwelijke overheidsstukken is daarbij bijvoorbeeld een relevante factor. Bovendien moet de uitoefening van die bevoegdheden niet slechts een zeer gering deel van de werkzaamheden vormen (art. 45 lid 4 VWEU, zoals uitgelegd in bijvoorbeeld HvJ EG 30 september 2003, C-47/02 (Anker)). Tot welk oordeel zou dit de Spaanse rechter in het geval van Regojo Dans moeten leiden? Haar functie, hoofd van het secretariaat, is in beginsel een gewone administratieve functie. Zij zal in die functie, ook al oefent zij die uit bij een van de presidenten van de Consejo de Estado, waarschijnlijk niet of hooguit in zeer beperkte mate optreden als vertegenwoordiger van het openbaar gezag (vergelijk Anker, r.o. 62). Het gaat met andere woorden niet om een bijzondere openbaargezagsfunctie en dus is ‘vertrouwen’ geen onderscheidend kenmerk ten opzichte van andere, vergelijkbare administratieve functies die in vaste dienst worden uitgeoefend. Ook in die vergelijkbare functies zal immers vertrouwen van de meerdere veelal noodzakelijk zijn, zoals de A-G in zijn conclusie bij het onderhavige arrest opmerkt (punt 63). Ten slotte: het feit dat de maatmannen in vaste dienst soms de voor het bijzondere vertrouwenspersoneel gereserveerde functies vervullen, wijst er eveneens op dat ‘vertrouwen’ niet een onderscheidende factor is.

Objectieve rechtvaardiging

Ervan uitgaande dat sprake is van vergelijkbare gevallen, komen we bij de vraag of de weigering om aan tijdelijk vertrouwens-/adviespersoneel de anciënniteitstoelage te betalen kan worden gerechtvaardigd. Beoordeeld moet volgens het Hof worden of een objectieve rechtvaardiging voor de ongelijke behandeling van deze tijdelijke werknemers kan worden gevonden in 'bepaalde verschillen met betrekking tot de aanstelling van ambtenaren in vaste dienst, de vereiste kwalificaties en de aard van de taken waarvoor zij de verantwoordelijkheid dragen' (r.o. 60). Waarom zou het recht op een anciënniteitstoelage niet gelden voor dit hoofd van een secretariaat?

Uit paragraaf 3 bleek reeds dat het Hof ook in zijn aanwijzingen voor de objectieve rechtvaardigingstoets bondig is. Het stelt dat een ongelijke behandeling gerechtvaardigd kan zijn, gelet op de bijzondere aard van de taken waarvoor de tijdelijke contracten zijn gesloten en de daaraan inherente kenmerken. Het Hof kan een onderzoek naar die bijzondere aard en kenmerken echter achterwege laten, nu vaststaat dat ook de maatmannen – ambtenaren in vaste dienst – soms deze bijzondere vertrouwens-/adviesfuncties vervullen, en dan wél de driejaarlijkse anciënniteitstoelage (blijven) ontvangen. Daarmee is het argument dat de bijzondere aard van de aan het 'personal eventual' opgedragen vertrouwens-/adviestaken een verschil in behandeling ten aanzien van de toekenning van de toelage rechtvaardigt, al weerlegd.

Ik meen dat, los daarvan, de door de Spaanse regering aangevoerde argumenten die ongelijke behandeling niet kunnen rechtvaardigen. Kort gezegd had zij de volgende 'objectieve redenen' aangevoerd (blijkend uit r.o. 58):

1. Tijdelijk vertrouwens-/adviespersoneel wordt aangesteld om een functie te vervullen die tijdelijk is. Aangezien het hier om specifieke vertrouwens- en adviesfuncties gaat, kunnen zij niet gelijk worden gesteld met functies die permanente taken binnen de administratieve organisatie omvatten.
2. De aanstelling en het ontslag van dergelijk personeel zijn niet aan de normale arbeidsrechtelijke voorwaarden onderworpen.
3. Deze vertrouwens-/adviesfuncties vormen een uitzondering en de als zodanig aangestelde werknemers blijven in de regel niet lang in dienst.
4. De anciënniteitstoelage is een beloning voor het personeel dat in dienst blijft bij de overheid en er zuiver administratieve taken vervult, zodat het inconsistent zou zijn als deze toelage ook zou worden toegekend aan tijdelijk personeel met een vertrouwens-/adviesfunctie, dat die kenmerken niet heeft.

Het is van belang in het oog te houden dat bij deze beoordeling volgens vaste jurisprudentie van het Hof specifiek naar de arbeidsvoorwaarde die in het geding is – in casu de driejaarlijkse anciënniteitstoelage – moet worden gekeken ('precieze en concrete gegevens, die kenmerkend zijn voor de betreffende arbeidsvoorwaarde, in de bijzondere context waarin deze voorwaarde is gesteld'). De genoemde Spaanse argumenten zien echter veeleer op de rechtvaardiging van het feit dat deze vertrouwens-/adviesfunctionarissen slechts tijdelijk worden aangesteld en geen aanspraak maken op een vast dienstverband.

Uiteraard, en daarop wijst het Hof ook uitdrukkelijk (r.o. 56-57, 59), kan de enkele tijdelijkheid

van de tewerkstelling geen objectieve reden voor het niet toekennen van de toelage vormen. Daarmee zou afbreuk worden gedaan aan de doelstellingen van richtlijn 1999/70. Het eerste argument is daarmee al van tafel. Dat argument is ook merkwaardig nu het om een anciënniteitstoelage gaat: blijven de tijdelijke werknemers daadwerkelijk kort in dienst, dan zullen zij sowieso geen of slechts een beperkt recht op die toelage verkrijgen. Wat het tweede argument betreft: deze categorie tijdelijke werknemers ontbeert de normale ontslagbescherming. Ook hun aanstelling is niet aan de normale regels gebonden. Ik kan mij nog voorstellen dat dit, indien er inderdaad een meer dan normale vertrouwensband is tussen deze functionarissen en de ambtsdrager voor wie zij werkzaam zijn, noodzakelijk wordt gevonden. Ik zie echter niet in waarom het feit dat deze functies buiten de normale aanstellings- en ontslagvoorwaarden vallen, mee zou brengen dat deze werknemers, indien zij die functies langer vervullen, daarvoor niet de normale anciënniteitsbeloning zouden kunnen ontvangen. Het derde argument wordt al weerlegd door de feiten van de onderhavige casus: Regojo Dans is al meer dan dertig jaar ‘tijdelijk’ in dienst! Ten slotte lijkt het niet gewaagd aan te nemen dat het belangrijkste deel van haar werk uit administratieve taken zal bestaan (argument 4).

Alle argumenten overziende heb ik de indruk dat de Spaanse wetgever de anciënniteit van het ‘personal eventual’ vooral niet beloningswaardig vindt, omdat het voortduren van de arbeidsverhouding uitsluitend afhangt van de wil en van de ambtstermijn van de ambtsdrager voor wie wordt gewerkt. Is die anciënniteit daarom niet relevant? Een anciënniteitstoelage beoogt in de regel ervaring te belonen (omdat ervaring werknemers meestal in staat stelt hun werk beter te doen) en trouwe dienst. Het lijkt mij dat die aspecten evenzeer bij de anciënniteitsjaren van dit bijzondere personeel spelen. Dat de ambtsdrager elk moment een einde aan de arbeidsverhouding kan maken, ‘ad nutum’ of als gevolg van het einde van zijn mandaat, doet daar niets aan af.

Ik zie, concluderend, geen reden waarom zo’n tijdelijke medewerker het recht op de normale anciënniteitstoelage kan worden ontzegd, enkel – want dat resteert mijns inziens als enige relevante onderscheidende kenmerk – vanwege het gewicht dat wordt toegekend aan de vertrouwensband tussen deze medewerkers en de ambtsdrager voor wie zij werkzaam zijn.

5. Tot slot

Het HvJ EU legt niet alleen de misbruikbepaling van clause 5, maar ook het non-discriminatiebeginsel van clause 4 van de in richtlijn 1999/70/EG opgenomen raamovereenkomst ruim uit. Daarmee zorgt het Hof ervoor dat de bescherming van de raamovereenkomst daadwerkelijk toekomt aan alle tijdelijke werknemers die de Europese sociale partners daarmee op het oog hadden. Lidstaten maken weinig kans aan de werkingssfeer van de richtlijn te ontsnappen door te beweren dat bepaalde arbeidskrachten (al dan niet in dienst van de overheid) geen ‘werknemer’ zijn volgens het nationaal recht. De vaststelling of sprake is van ‘vergelijkbare gevallen’, dus of er een vergelijkbare werknemer in vaste dienst kan worden aangewezen, gebeurt op vrij algemene wijze. Bij de toetsing of sprake is van een objectieve rechtvaardigingsgrond, laatste strohalm om de ongelijke behandeling te

sauveren, wordt specifiek gekeken naar met name de (verschillende) taken die de tijdelijke werknemer en de maatman in vaste dienst uitoefenen. Daarbij moet echter in het oog worden gehouden dat eventuele verschillen relevant moeten zijn specifiek in relatie tot de arbeidsvoorwaarde die de tijdelijke werknemer wordt onthouden.

Clausule 5 van de raamovereenkomst beoogt te voorkomen dat werkgevers werknemers jarenlang voor zich laten werken op basis van opeenvolgende tijdelijke contracten. Op een gegeven moment moet aan tijdelijke krachten de zekerheden – ontslagbescherming, een toekomstperspectief – toekomen, die horen bij een vast contract. Dat is het uitgangspunt van de richtlijn (daargelaten dat daarop uitzonderingen mogelijk zijn, bijvoorbeeld vanwege de behoeften van een bepaalde sector). In de praktijk blijken dit niettemin werknemers te zijn die al jarenlang ‘tijdelijk’ bij dezelfde werkgever in dienst zijn (en dat hoeft niet eens in strijd met de richtlijn te zijn!). De drie decennia in tijdelijke overheidsdienst van mevrouw Regojo Dans is daarvan een aardige illustratie, evenals de dertien contracten in elf jaar tijd van mevrouw Küçük bij het Amtsgericht Köln (HvJ EU 26 januari 2012, C-586/10). In het bijzonder voor die ‘tijdelijke’ werknemers is de ruime uitleg die het Hof aan het non-discriminatiebeginsel van clausule 4 geeft, van groot belang. Deze werknemers mogen dan verstoken blijven van een vast contract en de daarbij behorende zekerheden, zij hebben in ieder geval recht op een gelijke beloning als werknemers in vaste dienst. Uit deze Spaanse zaak blijkt echter dat in de praktijk ook dit laatste niet altijd een zekerheidje is.