

## RECHTSPRAAK

***Permanente tijdelijkheid niet toegestaan. Overgang van onderneming bij (her)aanbesteding. Anciënniteit en ketenregeling bij overgang van onderneming.****Feiten*

Op 8 januari 1996 heeft verzoeker in het hoofdgeding met Obras y Servicios Públicos een eerste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gesloten voor een duidelijk omschreven voltijds werk in de bouwsector, genaamd 'fijo de obra', die op 16 januari 1997 is geëindigd. Vanaf 24 januari 1997 hebben deze twee partijen vijf andere soortgelijke overeenkomsten gesloten, die elkaar onafgebroken zijn opgevolgd. Obras y Servicios Públicos heeft aan verzoeker een anciënniteit toegekend die was berekend vanaf 1 januari 2014, te weten vanaf de datum van sluiting van de laatste van die overeenkomsten, die nog steeds niet is beëindigd. Op 3 oktober 2017 is Acciona Agua in de plaats getreden van Obras y Servicios Públicos, als werkgever van verzoeker in het hoofdgeding, nadat haar een overheidsopdracht was gegund voor 'spoedeisende renovatie] en reparatiewerkzaamheden aan het toeleverings] en hergebruiknetwerk van Canal de Isabel II Gestión SA (dossier nr. 148/2016, perceel 2)', die tot dan toe door Obras y Servicios Públicos was uitgevoerd. In het kader van deze vervanging heeft Acciona Agua een wezenlijk deel, in aantal en deskundigheid, van de werknemers die in dienst waren van Obras y Servicios Públicos voor de uitvoering van deze overheidsopdracht overgenomen. Ongeveer een maand voor die vervanging, namelijk op 5 september 2017, heeft verzoeker in het hoofdgeding bij de Juzgado de lo Social nr. 14 de Madrid (arbeidsrechtbank nr. 14 van Madrid, Spanje) tegen deze twee vennootschappen een vordering tot erkenning van rechten ingesteld, strekkende tot, ten eerste, toekenning van een anciënniteit vanaf 8 januari 1996, dat wil zeggen de datum van sluiting van zijn eerste overeenkomst met Obras y Servicios Públicos, en, ten tweede, bevestiging van zijn vast dienstverband. De verwijzende rechter vraagt zich af of de zogenoemde 'fijo de obra' (ongelimiteerde tijdelijke contracten) niet in strijd is met de Richtlijn 1999/70/EG en hoe bij overgang van onderneming de anciënniteit voor de ketenregeling dient mee te tellen.

*Oordeel*

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt.

*Tijdelijke arbeidsovereenkomst of misbruik van recht*

Het Hof heeft herhaaldelijk geoordeeld dat de vernieuwing van arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd om te voorzien in behoeften die in feite niet tijdelijk,

maar permanent en blijvend zijn, niet gerechtvaardigd is in de zin van clause 5 lid 1 onder a van de raamovereenkomst, aangezien een dergelijk gebruik van arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd lijnrecht ingaat tegen de premisse waarop de raamovereenkomst berust, namelijk dat arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd de normale arbeidsverhouding zijn, zelfs al zijn arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd typisch voor sommige sectoren, beroepen of activiteiten (HvJ EU 19 maart 2020, gevoegde zaken C-103/18 en C-429/18, ECLI:EU:C:2020:219 (*Sánchez Ruiz e.a.*), punt 76 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Verzoeker in dit geding heeft zes opeenvolgende ‘fijo de obra’-overeenkomsten met Obras y Servicios Públicos gesloten voor een totale duur van meer dan 25 jaar. Gelet op het voorgaande dient op de eerste en de tweede vraag te worden geantwoord dat clause 5 lid 1 van de raamovereenkomst aldus moet worden uitgelegd dat het aan de nationale rechter is om overeenkomstig alle toepasselijke regels van nationaal recht te beoordelen of de beperking tot drie opeenvolgende jaren, behoudens bijzondere voorwaarden, van de tewerkstelling van werknemers voor bepaalde tijd krachtens ‘fijo de obra’-overeenkomsten bij dezelfde onderneming op verschillende arbeidsplaatsen in dezelfde provincie, en de toekenning aan deze werknemers van een beëindigingsvergoeding – in de veronderstelling dat deze nationale rechter vaststelt dat deze maatregelen daadwerkelijk zijn genomen ten aanzien van deze werknemers – geschikte maatregelen vormen om misbruik als gevolg van het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd te voorkomen en, in voorkomend geval, te bestraffen, of ‘gelijkwaardige wettelijke maatregelen’ zijn in de zin van clause 5 lid 1. Hoe dan ook mag een dergelijke nationale wettelijke regeling door de autoriteiten van de betrokken lidstaat niet op zodanige wijze worden toegepast dat de verlengingen van de opeenvolgende arbeidsovereenkomsten van bepaalde tijd genaamd ‘fijo de obra’ gerechtvaardigd kunnen worden door ‘objectieve redenen’ in de zin van clause 5 lid 1 onder a van deze raamovereenkomst louter op grond dat elk van die overeenkomsten in het algemeen wordt gesloten voor één enkel bouwproject, ongeacht de duur ervan, aangezien een dergelijke nationale wettelijke regeling in de praktijk niet verhindert dat de betrokken werkgever door een dergelijke verlenging tegemoetkomt aan permanente en duurzame personeelsbehoeften.

#### *Overgang van onderneming*

Het Hof zet uiteen dat aanbesteding van overheidsopdrachten een overgang van onderneming niet uitsluit. Integendeel. Ook verduidelijkt het Hof de *Spijkers*-criteria door de ‘aard van de onderneming’ als gezichtspunt te noemen, en – onder verwijzing naar *Grafe en Pohle* – alle omstandigheden van het geval leidend te laten zijn.

#### *Overgang van ketenanciënniteit?*

De kernvraag is of de eventuele anciënniteit voor de ketenregeling overgaat naar de verkrijger. In dit verband zij er om te beginnen aan herinnerd dat Richtlijn 2001/23/EG beoogt te verzekeren dat werknemers bij verandering van ondernemer hun rechten behouden en op dezelfde voorwaarden als zij met de vervreemder waren overeengekomen, in dienst van de nieuwe werkgever kunnen blijven. Deze richtlijn heeft tot doel de ongewijzigde voortzetting

van de arbeidsovereenkomsten of |verhoudingen met de verkrijger zo veel mogelijk te verzekeren, om te voorkomen dat de betrokken werknemers uitsluitend ten gevolge van de overgang in een minder gunstige positie komen te verkeren. De richtlijn kan echter niet met succes worden ingeroepen met het oog op een verbetering van de bezoldigingsvoorwaarden of van andere arbeidsvoorwaarden naar aanleiding van een overgang van onderneming (HvJ EU 26 maart 2020, C-344/18, ECLI:EU:C:2020:239 (*ISS Facility Services*), punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Daarnaast moet worden gepreciseerd dat overeenkomstig het doel van Richtlijn 2001/23/EG weliswaar de belangen van de door de overgang geraakte werknemers moeten worden beschermd, maar dat niet mag worden voorbijgegaan aan de rechten van de verkrijger, die de aanpassingen en veranderingen moet kunnen doorvoeren waartoe de voortzetting van zijn activiteiten noopt. Deze richtlijn beoogt in het geval van overgang van een onderneming niet alleen de belangen van de werknemers te beschermen, maar wil een billijk evenwicht verzekeren tussen hun belangen en die van de verkrijger (*ISS Facility Services*, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak). In casu volgt uit artikel 27 lid 2, eerste alinea, van de betrokken collectieve arbeidsovereenkomst dat de overnemende onderneming de rechten en verplichtingen moet eerbiedigen die in het kader van de arbeidsverhouding met de vertrekkende onderneming aan de overgedragen werknemers waren toegekend. Bovendien zijn deze rechten en verplichtingen krachtens artikel 27 lid 2, tweede alinea, van deze collectieve overeenkomst beperkt tot uitsluitend die welke voortvloeien uit de laatste overeenkomst die deze werknemers met de vertrekkende onderneming hebben gesloten, zonder dat de overnemende onderneming gebonden is door een eerder contract of eerdere overeenkomst, in het bijzonder met het oog op de overname van de vervulde dienstjaren, tenzij dergelijke rechten van de werknemer vóór de overgang reeds aan de werknemer waren toegekend bij een in kracht van gewijsde gegaan vonnis, en de overnemende onderneming van die rechten op de hoogte werd gesteld binnen de termijn en op de wijze als bepaald in artikel 27 van deze collectieve overeenkomst.

#### *Anciënniteit*

Wat in het bijzonder de anciënniteit betreft, zij eraan herinnerd dat het Hof heeft geoordeeld dat de verkrijger bij de berekening van rechten van financiële aard, zoals een vergoeding bij beëindiging van de overeenkomst of salarisverhogingen, alle door het overgedragen personeel vervulde dienstjaren moet samentellen, voor zover die verplichting voortvloeide uit de arbeidsverhouding van dit personeel met de vervreemder en overeenkomstig de in het kader van die arbeidsverhouding overeengekomen voorwaarden (HvJ EU 6 april 2017, C-336/15, ECLI:EU:C:2017:276 (*Unionen*), punt 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak). In casu volstaat de vaststelling dat uit de verwijzingsbeslissing niet blijkt dat de anciënniteit die krachtens artikel 27 lid 2 van de betrokken collectieve arbeidsovereenkomst door de overnemende onderneming wordt toegekend aan werknemers die het voorwerp uitmaken van een overgang van personeel in de zin van deze bepaling, voor deze werknemers minder gunstig is dan de anciënniteit die hun vóór die overgang door de vertrekkende onderneming was toegekend. Integendeel, uit die beslissing blijkt dat Obras y Servicios Públicos verzoeker in het hoofdgeding een anciënniteit heeft toegekend die werd berekend vanaf 1 januari 2014,

hetgeen overeenstemt met de anciënniteit die voortvloeit uit de laatste overeenkomst die hij met die vennootschap had gesloten. Voor zover de tweede alinea van die bepaling de anciënniteit beperkt die Acciona Agua dient toe te kennen aan verzoeker in het hoofdgeding tot de anciënniteit die voortvloeit uit de laatste overeenkomst die hij met Obras y Servicios Públicos heeft gesloten, heeft de toepassing van deze bepaling dus tot gevolg dat de anciënniteit die deze vennootschap hem had toegekend, in het kader van zijn overgang is gehandhaafd. Wanneer daarentegen bij de overgang van personeel aan die werknemer rechten, met name anciënniteit, worden toegekend die hij vóór die overgang niet genoot, zou dit een verbetering zijn van zijn arbeidsvoorwaarden, waarin niet is voorzien in Richtlijn 2001/23/EG, zoals blijkt uit de in punt 102 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak. Bovendien sluit artikel 27 lid 2, tweede alinea, van de betrokken collectieve arbeidsovereenkomst aan bij deze logica doordat het voorziet in een uitzondering op de beperking van de rechten van de overgedragen werknemer tot die welke voortvloeien uit de laatste overeenkomst die hij met de vertrekkende onderneming heeft gesloten, wanneer dergelijke rechten voor de overgang reeds aan de werknemer zijn toegekend bij een in kracht van gewijsde gegaan vonnis en de overnemende onderneming van die rechten op de hoogte is gesteld binnen de termijn en op de wijze als bepaald in artikel 27 van die collectieve overeenkomst. Deze uitzondering waarborgt immers dat de overgegane werknemer de rechten behoudt die hem in het kader van de arbeidsverhouding met de vertrekkende onderneming waren toegekend. In deze context rijst voor de verwijzende rechter enkel de vraag – die het voorwerp vormt van de eerste twee prejudiciële vragen – welke rechten verzoeker in het hoofdgeding vóór zijn overgang bij Obras y Servicios Públicos genoot, en met name of hij het slachtoffer was van misbruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in de zin van clause 5 lid 1 van de raamovereenkomst, in welk geval hij bijgevolg vóór zijn overgang de hoedanigheid van werknemer in vaste dienst had moeten verkrijgen, die hij dan in het kader van de overgang had moeten behouden.

In dit verband zij eraan herinnerd dat het Hof heeft geoordeeld dat de toepasselijkheid van Richtlijn 2001/23/EG niet vooruitloopt op de bescherming die een werknemer kan genieten tegen misbruik als gevolg van het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd op grond van andere bepalingen van het Unierecht, met name de raamovereenkomst, noch op de uitlegging die het daaraan moet geven (HvJ EG 15 september 2010, C-386/09, ECLI:EU:C:2010:526 (Briot), punt 36). Gelet op het voorgaande moet op de derde vraag worden geantwoord dat artikel 3 lid 1, eerste alinea, Richtlijn 2001/23/EG aldus moet worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een nationale regeling volgens welke bij een overgang van personeel in het kader van overheidsopdrachten de rechten en verplichtingen van de overgedragen werknemer die de overnemende onderneming in acht moet nemen, beperkt zijn tot uitsluitend die welke voortvloeien uit de laatste overeenkomst die deze werknemer met de vertrekkende onderneming heeft gesloten, mits de toepassing van deze regeling niet met zich meebrengt dat deze werknemer door het enkele feit van deze overgang in een minder gunstige positie wordt gebracht, hetgeen aan de verwijzende rechter is om na te gaan.

**Instantie:** Hof van Justitie van de Europese Unie

**Datum uitspraak:** 24-06-2021

**ECLI:** ECLI:EU:C:2021:514

**Zaaknummer:** C-550/19

**Rechters:** A. Kumin, P.G. Xuereb en I. Ziemele

**Wetsartikelen:** Richtlijn 1999/70/EG, 7:668a BW , 7:662 BW en 7:663 BW