

## Arbeidsrecht

115

**HvJ EU: overgang van onderneming bij overheidsaanbesteding en behoud van anciënniteit voor berekening ketenregeling**

Hof van Justitie EU  
24 juni 2021, nr. C-550/19, ECLI:EU:C:2021:514  
(Kumin, Xuereb, Ziemele)  
Noot mr. S. Palm

**Bepaalde tijd. Ketenregeling. Overgang van onderneming. Anciënniteit. Doelstelling en anciënniteit.**

[Richtlijn 1999/70/EG; BW art. 7:668a, 7:663]

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

*Samenvatting: 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', dat 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 overeenkomst, 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 Richtlijn 1999/70/EG en hoe bij overgang van onderneming de anciënniteit voor de ketenregeling dient mee te tellen.*

*Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt.*

*Het Hof heeft herhaaldelijk geoordeeld dat de vernieuwing van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd om te voor-*

*zien 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 voor bepaalde tijd te voorkomen en, in voorkomend geval, te bestraffen, of 'gelijkwaardige wettelijke maatregelen' te treffen 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.*

*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.*

*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 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 aanlei-*

ding 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 art. 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 art. 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 art. 27 van deze collectieve overeenkomst.

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 art. 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 toege-

kend 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 in het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak. Bovendien sluit art. 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 art. 27 van die collectieve overeenkomst. Deze uitzondering waarborgt immers dat de overgegangene 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 art. 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.

EV

tegen

Obras y Servicios Públicos, SA,  
Acciona Agua, SA

Arrest

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van clause 4, lid 1, van de op 18 maart 1999 gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (hierna: 'raamovereenkomst'), die is opgenomen in de bijlage bij richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de Unice en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten

voor bepaalde tijd (PB 1999, L 175, blz. 43), alsmede van artikel 1, lid 1, en artikel 3, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (PB 2001, L 82, blz. 16).

2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen EV enerzijds en Obras y Servicios Públicos SA, zijn voormalige werkgever, en Acciona Agua SA, zijn huidige werkgever, anderzijds, over de erkenning van zijn anciënniteit voor de jaren van verrichte arbeid en over de onbepaalde duur van zijn arbeidsverhouding.

#### *Toepasselijke bepalingen Unierecht*

##### *Raamovereenkomst*

3. Clausule 4 van de raamovereenkomst, met als opschrift 'Non-discriminatiebeginsel', bepaalt in lid 1:

'Met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden worden werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd louter op grond van het feit dat zij voor bepaalde tijd werken, niet minder gunstig behandeld dan vergelijkbare werknemers in vaste dienst, tenzij het verschil in behandeling om objectieve redenen gerechtvaardigd is.'

4. Clausule 5 van de raamovereenkomst, met als opschrift 'Maatregelen ter voorkoming van misbruik', bepaalt in lid 1:

'Teneinde misbruik als gevolg van het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd te voorkomen, voeren de lidstaten, na raadpleging van de sociale partners overeenkomstig de nationale wetgeving, collectieve overeenkomsten of gebruiken, en/of de sociale partners, wanneer er geen gelijkwaardige wettelijke maatregelen ter voorkoming van misbruik bestaan, op een wijze die rekening houdt met de behoeften van bepaalde sectoren en/of categorieën werknemers, een of meer van de volgende maatregelen in:

- a) vaststelling van objectieve redenen die een vernieuwing van dergelijke overeenkomsten of verhoudingen rechtvaardigen;
- b) vaststelling van de maximale totale duur van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd;
- c) vaststelling van het aantal malen dat dergelijke overeenkomsten of verhoudingen mogen worden vernieuwd.'

##### *Richtlijn 2001/23*

5. Overweging 3 van richtlijn 2001/23 luidt als volgt: 'Voorzietingen zijn nodig om de werknemers bij verandering van ondernemer te beschermen, in het bijzonder om het behoud van hun rechten veilig te stellen.'

6. Artikel 1, lid 1, onder a) en b), van die richtlijn luidt als volgt:

'a) Deze richtlijn is van toepassing op de overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen op een andere ondernemer ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst of een fusie.

b) Onder voorbehoud van het bepaalde onder a) en van de hiernavolgende bepalingen van dit artikel wordt in deze richtlijn als overgang beschouwd, de overgang, met het oog op voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt, waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan.'

7. In artikel 3, lid 1, eerste alinea, van deze richtlijn is bepaald: 'De rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking, gaan door deze overgang op de verkrijger over.'

#### *Spaans recht*

##### *Wet 32/2006*

8. De derde aanvullende bepaling van Ley 32/2006 reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción (wet 32/2006 betreffende onderaanneming in de bouwsector) van 18 oktober 2006 (BOE nr. 250 van 19 oktober 2006, blz. 36317) bepaalt:

'Teneinde de kwaliteit van de werkgelegenheid van werknemers in de bouwsector en derhalve hun gezondheid en veiligheid op het werk te verbeteren, kunnen collectieve onderhandelingen op nationaal niveau in de bouwsector de algemeen geldende contractuele voorwaarden voor een duidelijk omschreven werk of dienst aanpassen door te voorzien in formules die meer stabiliteit in de werkgelegenheid van de werknemers waarborgen, in soortgelijke bewoordingen als die welke thans op dit onderhandelingsgebied zijn geregeld.'

##### *Werknemersstatuut*

9. Het Estatuto de los Trabajadores (werknemersstatuut), in de versie van Real Decreto legislativo 2/2015 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (koninklijk wetgevend besluit 2/2015 tot goedkeuring van de herziene tekst van de wet houdende het werknemersstatuut) van 23 oktober 2015 (BOE nr. 255 van 24 oktober 2015, blz. 100224; hierna: 'werknemersstatuut'), bepaalt in zijn derde aanvullende bepaling:

'Het bepaalde in artikel 15, lid 1, onder a), en lid 5, en artikel 49, lid 1, onder c), laat onverlet wat in collectieve onderhandelingen overeenkomstig de derde aanvullende bepaling van [wet 32/2006] is vastgesteld of kan worden vastgesteld met betrekking tot de arbeidsovereenkomst "fijo de obra", met inbegrip van de beëindigingsvergoeding.'

10. Artikel 15 van het werknemersstatuut, met als opschrift 'Duur van de overeenkomst', bepaalt in de leden 1 en 5:

'1. De arbeidsovereenkomst kan worden aangegaan voor onbepaalde tijd of voor bepaalde tijd.

Een overeenkomst voor bepaalde tijd kan worden aangegaan wanneer:

a) de werknemer in dienst treedt om een bepaalde taak of dienst te voltooien die losstaat van de normale activiteiten van de onderneming en waarvan de tijdsduur voor de uitvoering weliswaar beperkt, maar in beginsel onzeker is. Een dergelijke overeenkomst heeft een maximale duurtijd van drie jaar, die met twaalf maanden kan worden verlengd bij nationale sectorale collectieve overeenkomst of, bij gebreke daarvan, bij sectorale collectieve overeenkomst op een lager niveau. Aan het einde van deze perioden krijgen de werknemers de hoedanigheid van werknemers in vaste dienst van de onderneming. [...]

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

terbeschikkingstelling door uitzendbureaus, onder dezelfde of verschillende contractuele voorwaarden voor bepaalde tijd. Het bepaalde in het vorige lid is ook van toepassing in geval van overgang van een onderneming of van subrogatie van een onderneming overeenkomstig de wet of de collectieve arbeidsovereenkomst.

[...]

*Algemene collectieve arbeidsovereenkomst voor de bouwsector*

11. De Convenio colectivo general del sector de la construcción (algemene collectieve arbeidsovereenkomst voor de bouwsector), die is geregistreerd en gepubliceerd bij de Resolución de la Dirección General de Empleo (resolutie van het directoraat-generaal Werkgelegenheid) van 21 september 2017 (BOE nr. 232 van 26 september 2017, blz. 94090), in de ten tijde van de feiten van het hoofdgeding toepasselijke versie (hierna: ‘betrokken collectieve arbeidsovereenkomst’), bepaalt in artikel 2, met als opschrift ‘Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor een duidelijk omschreven werk in de bouwsector, genaamd “fijo de obra”:

[...]

2. Deze overeenkomst wordt in het algemeen gesloten voor één enkel bouwproject, ongeacht de duur ervan, en eindigt wanneer de werkzaamheden die in het kader van dit bouwproject moeten worden verricht, en die deel uitmaken van het beroep en de categorie waartoe de werknemer behoort, zijn voltooid. Deze overeenkomst wordt steeds schriftelijk vastgelegd.

Het bepaalde in artikel 15, lid 1, onder a), eerste alinea, [van het werknemersstatuut] is dus niet van toepassing, ongeacht de duur van de overeenkomst, en de werknemers behouden de “fijo de obra”-status, zowel in de in deze bepaling bedoelde gevallen als in het geval van overgang van een onderneming in de zin van artikel 44 [van het werknemersstatuut], of bij een overgang van personeel in de zin van artikel 27 van de collectieve arbeidsovereenkomst.

3. Aangezien het karakter van één enkele overeenkomst blijft bestaan, kunnen de “fijo de obra”-werknemers evenwel, zonder dit statuut te verliezen, diensten aan dezelfde onderneming aanbieden in verschillende vestigingen van dezelfde provincie, mits voor elk van de verschillende opeenvolgende vestigingen een uitdrukkelijk akkoord is gesloten voor een periode van ten hoogste 3 achtereenvolgende jaren, tenzij de werkzaamheden in het kader van hun specialisme op het laatste werk langer dan deze termijn duren, in welk geval zij daarvoor het overeenkomstig het model van bijlage II overeenkomende document ontvangen en recht hebben op de overeenkomstige compenserende vergoedingen voor hun verplaatsingen. In dat geval zijn de bepalingen van artikel 15, lid 1, onder a), eerste alinea, en artikel 15, lid 5, van het werknemersstatuut, ongeacht de totale duur van de vergoeding, evenmin van toepassing en behouden de werknemers het statuut “fijo de obra” zoals aangegeven.

[...]

5. De aanstelling voor verschillende arbeidsplaatsen, met of zonder onderbreking, door middel van ten minste twee “fijo de obra”-overeenkomsten die in de periode en binnen de in artikel 15, lid 5, [van het werknemersstatuut] gestelde termijn met dezelfde onderneming of met dezelfde groep ondernemingen zijn aangegaan, impliceert dus niet dat het statuut van werknemer in vaste dienst in de zin van deze bepaling wordt verkregen.

[...]

Het statuut van werknemer in vaste dienst wordt evenmin verkregen bij overgang van een onderneming in de zin van artikel 44 [van het werknemersstatuut] of bij overgang van personeel als bedoeld in artikel 27 van deze collectieve overeenkomst.

[...]

12. Artikel 27 van de betrokken collectieve arbeidsovereenkomst, met als opschrift ‘Overgang van personeel bij overheidsopdrachten voor het onderhoud van wegen of spoorwegen, waternetten of gemeentelijke concessies voor het onderhoud en het herstel van trottoirs, bestratingen, openbare wegen en rioolnetten’, bepaalt in lid 2:

‘In alle gevallen van beëindiging, verlies, annulering of overdracht van een overheidsopdracht, alsmede in alle andere gevallen waarin entiteiten of natuurlijke personen of rechtspersonen die de betrokken opdracht uitvoeren, worden vervangen, gaan de met die opdracht belaste werknemers van de vertrekkende onderneming over op de nieuwe onderneming of entiteit die de betrokken activiteit moet uitoefenen, waarbij deze de rechten en verplichtingen moet eerbiedigen die de werknemers genoten bij de onderneming die zij vervangt.

Aangezien de in dit artikel bedoelde overgang een verbetering inhoudt van de geldende wetgeving, is uitdrukkelijk bepaald dat deze rechten en verplichtingen beperkt zijn tot uitsluitend de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de laatste overeenkomst die de werknemer met de overdragende onderneming heeft gesloten, zonder dat de onderneming die daartoe toetreedt gebonden is door een eerder contract of eerdere overeenkomst, in het bijzonder ten behoeve van de dienstjaren, vergoedingen bij beëindiging van de overeenkomst en elk ander mechanisme waarbij de duur van de dienstverlening in aanmerking wordt genomen, tenzij die rechten voor de overgang reeds aan de werknemer werden 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 dit artikel.

[...]

*Hoofdgeding en prejudiciële vragen*

13. 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.

14. 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.

15. 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.

16. Volgens de verwijzende rechter valt een situatie als die in het hoofdgeding, waarin een overheidsopdracht is gegund aan een onderneming die in het kader daarvan een wezenlijk deel heeft overgenomen van het personeel dat de vertrekkende onderneming voor de uitvoering van deze overheidsopdracht had ingezet, krachtens artikel 1, lid 1, van richtlijn 2001/23 binnen de werkingssfeer van deze richtlijn.

17. In dit verband is deze rechter met name van oordeel dat een activiteit als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die geen specifiek materieel vereist, kan worden beschouwd als een activiteit die hoofdzakelijk op arbeidskrachten berust. Bijgevolg zou een groep werknemers die duurzaam een gemeenschappelijke werkzaamheid van renovatie en reparatie verricht, bij gebreke van andere productiefactoren een economische eenheid kunnen vormen die haar identiteit behoudt in de zin van artikel 1, lid 1, eerste alinea, onder b), van deze richtlijn, mits de verkrijger een wezenlijk deel van het personeel van die eenheid overneemt, hetgeen in casu het geval is.

18. Bovendien moet artikel 3, lid 1, eerste alinea, van deze richtlijn aldus worden uitgelegd dat de overnemende onderneming niet alleen rekening moet houden met de laatste overeenkomst tussen de overgenomen werknemers en de vertrekkende onderneming, maar ook met alle dienstjaren van het overgegangene personeel, voor zover deze verplichting voortvloeit uit de arbeidsverhouding tussen dat personeel en laatstgenoemde onderneming.

19. Wat clause 4, lid 1, van de raamovereenkomst betreft, stelt de verwijzende rechter met name in antwoord op het verzoek om inlichtingen van het Hof van 7 oktober 2019, dat werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die de hoedanigheid van werknemer in vaste dienst verweren door het sluiten van opeenvolgende overeenkomsten voor bepaalde tijd voor een bepaald werk met een duur van meer dan drie jaar, zich in een situatie bevinden die vergelijkbaar is met die van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die, zoals verzoeker in het hoofdgeding, een reeks opeenvolgende ‘fijo de obra’-overeenkomsten hebben gesloten.

20. De verwijzende rechter stelt tevens dat de betrokken collectieve arbeidsovereenkomst, die de toepassing van het werknemersstatuut uitsluit, van toepassing is op het hoofdgeding en precificeert dat er geen objectieve reden is om van artikel 15, leden 1 en 5, van dit statuut af te wijken.

21. In die context heeft deze rechter twijfels over de verenigbaarheid van artikel 24, leden 2 en 5, en artikel 27 van die collectieve overeenkomst met clause 4, lid 1, van de raamovereenkomst en artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/23.

22. Tegen deze achtergrond heeft de Juzgado de lo Social n° 14 de Madrid de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

‘1) Moeten clause 4, lid 1, van de [...] raamovereenkomst [...] en richtlijn 2001/23, aldus worden uitgelegd dat er geen objectieve reden is die rechtvaardigt dat de [betrokken] collectieve arbeidsovereenkomst – waarvan artikel 24, lid 2, bepaalt dat de bepalingen van artikel 15, lid 1, onder a), van het [werknemersstatuut] niet van toepassing zijn, ongeacht de

duur van de overeenkomst die in het algemeen wordt gesloten voor één enkel bouwproject, en dat de werknemers hun statuut van “fijo de obra” behouden, zowel in de in deze bepaling bedoelde gevallen als in geval van overgang van een onderneming in de zin van artikel 44 [van dit statuut] of overgang van personeel als bedoeld in artikel 27 van [die] collectieve arbeidsovereenkomst – ingaat tegen de Spaanse wetgeving, waarvan het [werknemersstatuut] in artikel 15, lid 1, onder a), bepaalt dat “[d]ergelijke overeenkomsten [...] een maximale duurtijd van drie jaar hebben, die met twaalf maanden kan worden verlengd bij nationale sectorale collectieve arbeidsovereenkomst of, bij gebreke daarvan, bij sectorale collectieve arbeidsovereenkomst op een lager niveau. Aan het einde van deze perioden krijgen de werknemers de hoedanigheid van werknemers in vaste dienst van de onderneming”?

2) Moeten clause 4, lid 1, van de [...] raamovereenkomst [...] en richtlijn 2001/23, aldus worden uitgelegd dat er geen objectieve reden is die rechtvaardigt dat de [betrokken] collectieve arbeidsovereenkomst [...] – waarvan artikel 24, lid 5, bepaalt dat [het afsluiten met of zonder onderbreking] van twee of meer “fijo de obra”-overeenkomsten met dezelfde onderneming of groep van ondernemingen in de periode en gedurende de termijn die zijn vastgesteld in artikel 15, lid 5, van het [werknemersstatuut], niet leidt tot verwerving van de in die bepaling bedoelde hoedanigheid van werknemer in vaste dienst, zowel in de in deze bepaling bedoelde gevallen als in geval van overgang van onderneming in de zin van artikel 44 [van het werknemersstatuut], of overgang van personeel als bedoeld in artikel 27 van die collectieve arbeidsovereenkomst – ingaat tegen de Spaanse wetgeving (waarvan het [werknemersstatuut] in artikel 15, lid 5, bepaalt dat “[o]nverminderd het bepaalde in de leden 1, onder a), 2 en 3, van het onderhavige artikel [...] de hoedanigheid van werknemer in vaste dienst [wordt] toegekend aan werknemers die binnen een periode van 30 maanden en voor meer dan 24 maanden, met of zonder onderbreking, waren aangesteld om dezelfde of een andere functie te vervullen in dezelfde onderneming of dezelfde groep van ondernemingen, op basis van minstens twee overeenkomsten voor bepaalde tijd, hetzij rechtstreeks hetzij via terbeschikkingstelling door uitzendbureaus, onder dezelfde of verschillende contractuele voorwaarden voor bepaalde tijd. Het bepaalde in het vorige lid is ook van toepassing in geval van overgang van onderneming of bedrijfssubrogatie overeenkomstig de wet of de collectieve arbeidsovereenkomst.”)?

3) Moet artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/23 aldus worden uitgelegd dat het zich er tegen verzet dat de rechten en verplichtingen die de nieuwe onderneming of entiteit die de in de overheidsopdracht aan de orde zijnde activiteit moet uitoefenen op grond van de [betrokken] collectieve overeenkomst moet naleven, beperkt zijn tot uitsluitend de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de laatste overeenkomst tussen de werknemer en de vertrekkende onderneming, en wel in die zin dat dit niet een objectieve reden vormt die rechtvaardigt dat deze collectieve arbeidsovereenkomst ingaat tegen de Spaanse wetgeving, waarvan het [werknemersstatuut] in artikel 44 voorziet in subrogatie van de nieuwe werkgever in alle rechten en verplichtingen van de oude werkgever, zonder enige beperking tot de laatste overeenkomst?

*Beantwoording van de prejudiciële vragen**Bevoegdheid van het Hof*

23. De Spaanse regering betwijfelt of het Hof bevoegd is om uitspraak te doen op het verzoek om een prejudiciële beslissing, op grond dat de verwijzende rechter met zijn vragen in werkelijkheid beoogt een uitlegging te verkrijgen met betrekking tot het verband tussen verschillende bepalingen van nationaal recht.

24. In dit verband zij eraan herinnerd dat uit vaste rechtspraak van het Hof volgt dat het niet aan het Hof staat om in het kader van de prejudiciële procedure nationale wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen uit te leggen (arrest van 30 september 2020, CPAS de Liège, C-233/19, EU:C:2020:757, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

25. In casu moet het verzoek om een prejudiciële beslissing echter aldus worden opgevat dat de verwijzende rechter het Hof geen vragen stelt over de uitlegging van het verband tussen de betrokken collectieve arbeidsovereenkomst en het werknemersstatuut, maar de vraag stelt of clause 4, lid 1, van de raamovereenkomst en artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/23 aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen nationale regelingen als artikel 24, leden 2 en 5, en artikel 27, lid 2, van die collectieve overeenkomst.

26. Voor de vaststelling of het Hof bevoegd is om de prejudiciële vragen te beantwoorden, dient bovendien te worden nagegaan of het hoofdgeding een aanknopingspunt heeft met het Unierecht (arrest van 7 mei 2020, Parking en Interplastics, C-267/19 en C-323/19, EU:C:2020:351, punt 27).

27. In dit verband kan worden volstaan met de vaststelling dat richtlijn 2001/23 op zijn minst niet kennelijk niet van toepassing is op het hoofdgeding, zodat zij het aanknopingspunt met het Unierecht vormt dat rechtvaardigt dat het Hof bevoegd is om de vragen van de verwijzende rechter te beantwoorden (zie naar analogie arrest van 7 mei 2020, Parking en Interplastics, C-267/19 en C-323/19, EU:C:2020:351, punt 28).

28. Uit het voorgaande volgt dat het Hof bevoegd is om uitspraak te doen op het verzoek om een prejudiciële beslissing.

*Ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen*

29. De Spaanse regering en de Europese Commissie zijn van mening dat de vragen niet-ontvankelijk zijn omdat zij hypothetisch zijn, er geen feitelijke gegevens zijn op basis waarvan het Hof ze kan beantwoorden, en de beschrijving van het nationale rechtskader onvolledig is.

30. Volgens vaste rechtspraak rust er een vermoeden van relevantie op de vragen betreffende de uitlegging van het Unierecht die de nationale rechter heeft gesteld binnen het onder zijn eigen verantwoordelijkheid geschetste feitelijke en wettelijke kader, ten aanzien waarvan het niet aan het Hof is de juistheid te onderzoeken. Het Hof kan slechts weigeren uitspraak te doen op een verzoek om een prejudiciële beslissing van een nationale rechter wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het Unierecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, of wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is of het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die noodzakelijk zijn om een zinvol antwoord te geven op de aan het Hof gestelde vragen (arrest van 30 januari 2020, I.G.I., C-394/18, EU:C:2020:56, punt 56 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

31. Tevens is het vaste rechtspraak dat de nationale rechter wegens het vereiste om tot een voor hem nuttige uitlegging van het Unierecht te komen, een omschrijving dient te geven

van het feitelijke en wettelijke kader waarin de gestelde vragen moeten worden geplaatst, of ten minste de feiten moet uiteenzetten waarop die vragen zijn gebaseerd. Voorts moet de verwijzingsbeslissing de precieze redenen vermelden waarom de nationale rechter twijfelt over de uitlegging van het Unierecht en het noodzakelijk acht om een prejudiciële vraag aan het Hof voor te leggen (arrest van 30 januari 2020, I.G.I., C-394/18, EU:C:2020:56, punt 57 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

32. In casu zet de verwijzende rechter in zijn verzoek en in zijn antwoord op het verzoek om inlichtingen van het Hof niet alleen voldoende uiteen waarom hij het Hof een vraag heeft gesteld over de wijze waarop clause 4, lid 1, van de raamovereenkomst en artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/23 moeten worden uitgelegd, maar ook waarom deze uitlegging noodzakelijk is voor de beslechting van het hoofdgeding.

33. Deze rechter is namelijk van oordeel dat die bepalingen van Unierecht in de weg staan aan bepalingen van nationaal recht, zoals artikel 24, leden 2 en 5, en artikel 27, lid 2, van de betrokken collectieve arbeidsovereenkomst, die relevant lijken te zijn voor de beslechting van het hoofdgeding, aangezien verzoeker in het hoofdgeding in totaal zes opeenvolgende 'fijo de obra'-overeenkomsten heeft gesloten, waarvan de laatste sinds meer dan zeven jaar van kracht is. Zo is zowel lid 2 van artikel 24 van deze collectieve arbeidsovereenkomst, volgens hetwelk de 'fijo de obra'-overeenkomst een onbepaalde duur heeft, als lid 5 van dat artikel, dat voorziet in het sluiten van opeenvolgende 'fijo de obra'-overeenkomsten, volgens die rechter in casu van toepassing. Voorts blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat er sprake is van overgang van het personeel in het kader van overheidsopdrachten voor het onderhoud van waternetten in de zin van artikel 27 van die collectieve overeenkomst.

34. De gevraagde uitlegging is bijgevolg niet kennelijk zonder verband met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding en de opgeworpen problemen zijn niet hypothetisch van aard, maar hebben betrekking op feiten waarover tussen partijen in het hoofdgeding discussie bestaat, die door de verwijzende rechter moet worden afgebakend.

35. Bovendien beschikt het Hof over de gegevens, feitelijk en rechtens, die noodzakelijk zijn om een nuttig antwoord te geven op de vragen van de verwijzende rechter. Het staat immers vast dat verzoeker in het hoofdgeding opeenvolgende overeenkomsten met Obras y Servicios Públicos heeft gesloten en uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat het gaat om 'fijo de obra'-overeenkomsten. Bovendien mag het Hof zich bij de toepassing van de relevante nationale regeling enkel laten leiden door de feiten die de verwijzende rechter als vaststaand beschouwt (zie in die zin arrest van 8 juni 2016, Hünnebeck, C-479/14, EU:C:2016:412, punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

36. Uit het voorgaande volgt dat de prejudiciële vragen ontvankelijk zijn.

*Ten gronde**Eerste en tweede vraag*

37. Om te beginnen moet eraan worden herinnerd dat het volgens vaste rechtspraak van het Hof in het kader van de bij artikel 267 VWEU ingestelde procedure van samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof, de taak is van het Hof om de nationale rechter een nuttig antwoord te geven aan de hand waarvan deze het bij hem aanhangige geding kan beslechten. Daartoe kan het nodig zijn dat het Hof

de voorgelegde vragen herformuleert. De omstandigheid dat een nationale rechterlijke instantie bij de formulering van een prejudiciële vraag formeel heeft verwezen naar bepaalde voorschriften van het Unierecht, staat er niet aan in de weg dat het Hof deze rechterlijke instantie alle uitleggingsgegevens verschaft die nuttig kunnen zijn voor de beslechting van de bij die rechterlijke instantie aanhangige zaak, ongeacht of deze voorschriften in de vragen worden genoemd. Het staat in dit verband aan het Hof om uit alle door de nationale rechter verschaft gegevens, en met name uit de motivering van de verwijzingsbeslissing, de elementen van het Unierecht te putten die, gelet op het voorwerp van het geschil, uitlegging behoeven [arrest van 23 april 2020, Land Niedersachsen (Eerdere periodes van relevante werkzaamheden), C-710/18, EU:C:2020:299, punt 18 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

38. Met de eerste en de tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of clause 4, lid 1, van de raamovereenkomst en richtlijn 2001/23 aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale regeling op grond waarvan, in afwijking van de algemene regeling van het nationale recht, opeenvolgende overeenkomsten voor bepaalde tijd, 'fijo de obra'-overeenkomsten, kunnen worden gesloten, ongeacht de duur ervan.

39. In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat de verwijzende rechter in zijn eerste en zijn tweede vraag weliswaar naar richtlijn 2001/23 verwijst, maar dat de motivering die hij in dit verband geeft in werkelijkheid de derde vraag betreft, aangezien die motivering betrekking heeft op artikel 27, lid 2, van de betrokken collectieve arbeidsovereenkomst, zodat de door die rechter opgeworpen punten die verband houden met die richtlijn, in het kader van deze laatste vraag zullen worden onderzocht.

40. In de tweede plaats kan clause 4, lid 1, van de raamovereenkomst, anders dan de verwijzende rechter oordeelt, niet van toepassing zijn op een situatie als die in het hoofdgeding.

41. Deze rechter beroept zich op een met deze clause strijdige discriminatie van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die, zoals verzoeker in het hoofdgeding, een reeks opeenvolgende 'fijo de obra'-overeenkomsten hebben gesloten, ten opzichte van werknemers voor bepaalde tijd die voor occasionele taken overeenkomsten hebben gesloten en die het statuut van werknemer in vaste dienst verkrijgen na het sluiten van een aantal van dergelijke overeenkomsten wanneer de gecumuleerde duur ervan langer is dan drie jaar. Hij doet dit evenwel zonder nader in te gaan op de voorwaarden waaronder de relevante referentiegroep met het oog op die vergelijking kan worden afgebakend. De twee soorten werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd bevinden zich volgens hem in een vergelijkbare situatie in de zin van die clause.

42. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt echter dat, aangezien aan het non-discriminatiebeginsel in de raamovereenkomst uitsluitend uitvoering en invulling is gegeven met betrekking tot verschillen in behandeling tussen werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en werknemers in vaste dienst die zich in een vergelijkbare situatie bevinden, eventuele verschillen in behandeling tussen bepaalde categorieën personeel met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet onder het in deze raamovereenkomst neergelegde non-discriminatiebeginsel vallen (arrest van 22 januari 2020, Baldonado Martín, C-177/18, EU:C:2020:26, punt 52 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

43. Daarentegen is, zoals de Commissie betoogt, de problematiek die inherent is aan het hoofdgeding, gelegen in het even-

tuele misbruik van overeenkomsten voor bepaalde tijd genaamd 'fijo de obra'. In deze omstandigheden en gelet op de door de verwijzende rechter verstrekte gegevens, is het noodzakelijk de eerste en de tweede vraag te herformuleren teneinde de verwijzende rechter nuttige uitleggingsgegevens te verschaffen.

44. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt immers dat de Juzgado de lo Social nr. 14 de Madrid zich met deze vragen in werkelijkheid afvraagt of clause 5, lid 1, van de raamovereenkomst aldus moet worden uitgelegd dat zij in de weg staat aan een nationale regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, op grond waarvan arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd genaamd 'fijo de obra' opeenvolgend kunnen worden gesloten, zodat werknemers die dergelijke overeenkomsten hebben gesloten hun hoedanigheid van werknemers voor bepaalde tijd voor onbepaalde tijd behouden, dan wel of de verlenging van deze overeenkomsten daarentegen als gerechtvaardigd kan worden beschouwd om 'objectieve redenen' in de zin van lid 1, onder a), van deze clause om de enkele reden dat deze nationale regeling bepaalt dat deze overeenkomsten over het algemeen zijn gesloten voor één enkel bouwproject ongeacht de duur ervan.

45. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat clause 5 van de raamovereenkomst, waarmee wordt beoogd uitvoering te geven aan een van de doelstellingen ervan, namelijk het vaststellen van een kader voor het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd, in lid 1 de lidstaten de verplichting oplegt om ten minste één van de in die bepaling genoemde maatregelen op effectieve en bindende wijze vast te stellen wanneer er in hun nationale recht geen gelijkwaardige wettelijke maatregelen bestaan. De drie in lid 1, onder a) tot en met c), van die clause genoemde maatregelen betreffen respectievelijk de objectieve redenen die een vernieuwing van dergelijke arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen rechtvaardigen, de maximale totale duur van deze opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen, en het aantal malen dat dergelijke overeenkomsten of verhoudingen mogen worden vernieuwd [arrest van 11 februari 2021, M.V. e.a. (Opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in de overheidssector), C-760/18, EU:C:2021:113, punt 54 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

46. De lidstaten beschikken in dat verband over een beoordelingsmarge, aangezien zij naar keuze een of meer van de in clause 5, lid 1, onder a) tot en met c), van de raamovereenkomst genoemde maatregelen kunnen invoeren, of gebruik kunnen maken van bestaande gelijkwaardige wettelijke maatregelen, op een wijze die rekening houdt met de behoeften van bepaalde sectoren en/of categorieën werknemers. Aldus stelt clause 5, lid 1, van de raamovereenkomst de lidstaten een algemeen doel, bestaande in het voorkomen van het bedoelde misbruik, maar laat zij hun de vrijheid om de middelen voor het bereiken daarvan te kiezen, mits daarmee geen afbreuk wordt gedaan aan het doel of het nuttige effect van de raamovereenkomst [arrest van 11 februari 2021, M.V. e.a. (Opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in de overheidssector), C-760/18, EU:C:2021:113, punten 55 en 56 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

47. Clause 5 van de raamovereenkomst voorziet niet in specifieke sancties voor het geval dat misbruik wordt vastgesteld. In een dergelijk geval staat het aan de nationale instanties om maatregelen vast te stellen die niet alleen evenredig moeten zijn, maar ook voldoende effectief en afschrikkend om ervoor te zorgen dat de krachtens deze raamovereenkomst vastgestel-

de normen hun volle uitwerking krijgen [arrest van 11 februari 2021, M.V. e.a. (Opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in de overheidssector), C-760/18, EU:C:2021:113, punt 57 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

48. Uit clause 5 van de raamovereenkomst vloeit dus geen algemene verplichting van de lidstaten voort om te voorzien in de omzetting van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in een overeenkomst voor onbepaalde tijd. De interne rechtsorde van de betrokken lidstaat moet niettemin voorzien in een andere effectieve maatregel ter voorkoming en, in voorkomend geval, ter bestraffing, van het misbruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd [arrest van 11 februari 2021, M.V. e.a. (Opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in de overheidssector), C-760/18, EU:C:2021:113, punt 58 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

49. Wanneer misbruik als gevolg van het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd heeft plaatsgevonden, moet er een maatregel kunnen worden toegepast die voorziet 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. Volgens de tekst zelf van artikel 2, eerste alinea, van richtlijn 1999/70 moeten de lidstaten immers 'alle nodige maatregelen treffen om de in deze richtlijn voorgeschreven resultaten te allen tijde te kunnen waarborgen' [arrest van 11 februari 2021, M.V. e.a. (Opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in de overheidssector), C-760/18, EU:C:2021:113, punt 59 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

50. Bovendien zij eraan herinnerd dat het niet aan het Hof staat om uitspraak te doen over de uitlegging van bepalingen van intern recht, aangezien dit een taak is van de bevoegde nationale rechterlijke instanties, die dienen uit te maken of de bepalingen van de toepasselijke nationale regeling voldoen aan de in clause 5 van de raamovereenkomst opgesomde vereisten [arrest van 11 februari 2021, M.V. e.a. (Opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in de overheidssector), C-760/18, EU:C:2021:113, punt 60 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

51. Het staat in casu dus aan de verwijzende rechter staat om te beoordelen in hoeverre de voorwaarden voor de toepassing alsook de daadwerkelijke uitvoering van de relevante bepalingen van het interne recht kunnen worden beschouwd als een passende maatregel ter voorkoming en zo nodig bestraffing van misbruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd [zie naar analogie arrest van 11 februari 2021, M.V. e.a. (Opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in de overheidssector), C-760/18, EU:C:2021:113, punt 61 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

52. Het Hof kan in zijn prejudiciële beslissing echter preciseringen geven teneinde deze rechter bij zijn beoordeling te leiden [arrest van 11 februari 2021, M.V. e.a. (Opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in de overheidssector), C-760/18, EU:C:2021:113, punt 62 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

53. In deze context moet worden nagegaan of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling, te weten artikel 24, leden 2 en 5, van de betrokken collectieve arbeidsovereenkomst, op grond waarvan volgens de verwijzende rechter in de bouwsector opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd genaamd 'fijo de obra' kunnen worden gesloten, een van de in clause 5, lid 1, onder a) tot en met c),

van de raamovereenkomst bedoelde maatregelen kan vormen.

54. In de eerste plaats blijkt dat artikel 24 van deze collectieve arbeidsovereenkomst in de leden 2 en 5 voor de 'fijo de obra'-overeenkomsten niet voorziet in een 'maximale totale duur van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd' in de zin van lid 1, onder b), van die clause. Integendeel, uit artikel 24, lid 2, van die collectieve overeenkomst blijkt uitdrukkelijk dat 'fijo de obra'-overeenkomsten onafhankelijk van de duur ervan worden gesloten.

55. Hoewel het wettelijke en feitelijke kader onder de verantwoordelijkheid van de verwijzende rechter wordt bepaald en het niet aan het Hof staat om de juistheid ervan na te gaan, zoals blijkt uit de in de punten 30 en 35 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak, moet evenwel worden opgemerkt dat uit de schriftelijke opmerkingen van de Spaanse regering blijkt dat artikel 24, lid 3, van de betrokken collectieve arbeidsovereenkomst een maatregel kan vormen die misbruik van opeenvolgende overeenkomsten voor bepaalde tijd beoogt te voorkomen, in de zin van clause 5, lid 1, van de raamovereenkomst, en meer bepaald beoogt een 'maximale totale duur van opeenvolgende overeenkomsten voor bepaalde tijd' vast te leggen in de zin van lid 1, onder b), van die clause door het leveren van diensten aan dezelfde onderneming in verschillende werkcentra in dezelfde provincie, behoudens bijzondere voorwaarden, te beperken tot drie opeenvolgende jaren.

56. Het staat bijgevolg aan die rechter om overeenkomstig de in punt 51 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak na te gaan of die maatregel in casu een passende maatregel vormt om misbruik als gevolg van het gebruik van opeenvolgende overeenkomsten voor bepaalde tijd in de zin van die clause te voorkomen.

57. In de tweede plaats bestaat er voor dit soort overeenkomsten geen nationale maatregel waarbij een 'maximaal aantal vernieuwingen' wordt vastgesteld in de zin van clause 5, lid 1, onder c), van de raamovereenkomst. Ook dit dient door de verwijzende rechter te worden geverifieerd.

58. In de derde plaats moet worden nagegaan of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling voorziet in een maatregel die valt onder het begrip 'objectieve redenen die een vernieuwing rechtvaardigen' van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of -verhoudingen voor bepaalde tijd in de zin van clause 5, lid 1, onder a), van de raamovereenkomst.

59. Dienaangaande blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat het begrip 'objectieve redenen' in de zin van clause 5, lid 1, onder a), van de raamovereenkomst aldus moet worden opgevat dat het ziet op precieze en concrete omstandigheden die een bepaalde activiteit kenmerken en die dus kunnen rechtvaardigen dat in die bijzondere context gebruik wordt gemaakt van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Die omstandigheden kunnen met name voortvloeien uit de bijzondere aard van de taken waarvoor dergelijke overeenkomsten zijn gesloten en uit de inherente kenmerken ervan, of eventueel, uit het nastreven van een rechtmatige doelstelling van sociaal beleid van een lidstaat (arrest van 19 maart 2020, Sánchez Ruiz e.a., C-103/18 en C-429/18, EU:C:2020:219, punt 66 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

60. Daarentegen zou een nationaal voorschrift dat zich ertoe zou beperken via een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling in het algemeen en op abstracte wijze de mogelijkheid te



creëren gebruik te maken van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, niet voldoen aan de in het vorige punt van het onderhavige arrest gepreciseerde vereisten (arrest van 19 maart 2020, Sánchez Ruiz e.a., C-103/18 en C-429/18, EU:C:2020:219, punt 67 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

61. Uit een dergelijke louter formele bepaling kunnen immers geen objectieve en transparante criteria worden afgeleid om na te gaan of de verlenging van dergelijke overeenkomsten werkelijk aan een echte behoefte beantwoordt, geschikt is om de nagestreefde doelstelling te bereiken en daartoe noodzakelijk is. Die bepaling brengt dus een reëel risico van misbruik van dit type overeenkomsten met zich, en is dan ook in strijd met het doel en het nuttige effect van de raamovereenkomst (arrest van 19 maart 2020, Sánchez Ruiz e.a., C-103/18 en C-429/18, EU:C:2020:219, punt 68 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

62. Bovendien heeft het Hof 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 clausule 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 (arrest van 19 maart 2020, Sánchez Ruiz e.a., C-103/18 en C-429/18, EU:C:2020:219, punt 76 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

63. De inachtneming van clausule 5, lid 1, onder a), van de raamovereenkomst vergt dus 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 die welke in het hoofdgeding aan de orde is niet in werkelijkheid wordt gebruikt om te voorzien in permanente en blijvende personeelsbehoeften van de werkgever (arrest van 19 maart 2020, Sánchez Ruiz e.a., C-103/18 en C-429/18, EU:C:2020:219, punt 77 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

64. In elk concreet geval moeten alle omstandigheden van de zaak worden onderzocht, met name rekening houdend met het aantal opeenvolgende overeenkomsten dat met dezelfde persoon of voor het verrichten van hetzelfde werk is gesloten, om uit te sluiten dat werkgevers misbruik maken van arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd, zelfs indien deze ogenschijnlijk worden gesloten om in een behoefte aan vervangend personeel te voorzien (arrest van 26 november 2014, Mascolo e.a., C-22/13, C-61/13–C-63/13 en C-418/13, EU:C:2014:2401, punt 102 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

65. Wat het hoofdgeding betreft, blijkt uit artikel 24, lid 2, van de betrokken collectieve arbeidsovereenkomst, zoals de verwijzende rechter benadrukt, dat 'fijo de obra'-overeenkomsten in het algemeen voor één enkel bouwproject worden gesloten, ongeacht de duur ervan. Lid 5 van dit artikel bepaalt dat '[d]e aanstelling voor verschillende arbeidsplaatsen, met of zonder onderbreking, door middel van ten minste twee "fijo de obra"-overeenkomsten, [...] met dezelfde onderneming [...] niet [impliceert] dat de hoedanigheid van werknemer in vaste dienst [...] wordt verkregen'.

66. Zo kunnen op grond van artikel 24 van deze collectieve arbeidsovereenkomst opeenvolgende 'fijo de obra'-overeen-

komsten voor bepaalde tijd worden gesloten, waarbij in beginsel de tewerkstelling van de betrokken werknemer voor elke gesloten overeenkomst wordt beperkt tot één enkel bouwproject. Deze beperking van de overeenkomsten tot één enkel bouwproject werk is volgens de door de verwijzende rechter verstrekte informatie de enige maatregel voor dit type overeenkomsten die een 'objectieve reden' in de zin van clausule 5, lid 1, onder a), van de raamovereenkomst kan vormen. 67. In die omstandigheden moet rekening worden gehouden met de opmerkingen van Obras y Servicios Públicos, Acciona Agua en de Spaanse regering, volgens welke de derde aanvullende bepaling van wet 32/2006 en de derde aanvullende bepaling van het werknemersstatuut de bijzondere kenmerken van de bouwsector erkennen en de noodzaak om specifieke, meer geschikte criteria vast te stellen waarbij wordt verwezen naar collectieve onderhandelingen, die tot doel hebben de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan te passen aan een duidelijk omschreven functie of dienst door middel van formules die een grotere stabiliteit van de werkgelegenheid van de werknemers en een betere veiligheid en gezondheid op het werk garanderen. Met gebruikmaking van deze bevoegdheid heeft de betrokken collectieve arbeidsovereenkomst de 'fijo de obra'-overeenkomst ingevoerd, die voorziet in criteria ter voorkoming van misbruik in geval van een risico dat er opeenvolgende overeenkomsten worden gesloten.

68. Ook al zou het feit dat een werknemer voor 'één enkel bouwproject' is tewerkgesteld, gelet op de specifieke kenmerken van de bouwsector, een 'precieze en concrete omstandigheid die een bepaalde activiteit kenmerkt' in de zin van de in punt 59 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak kunnen vormen, moet worden opgemerkt dat, onder voorbehoud van de door de verwijzende rechter te verrichten verificaties, niet kan worden aangenomen dat artikel 24 van de betrokken collectieve arbeidsovereenkomst het gebruik van opeenvolgende overeenkomsten voor bepaalde tijd kan rechtvaardigen in de zin van de in de punten 60 en 61 van dit arrest aangehaalde rechtspraak, aangezien dit artikel een reëel risico inhoudt dat misbruik wordt gemaakt van dit type overeenkomsten.

69. Krachtens lid 2 van dit artikel is de sluiting van een 'fijo de obra'-overeenkomst immers enkel 'in het algemeen' beperkt tot één enkel bouwproject, zodat deze bepaling niet uitsluit dat een dergelijke overeenkomst voor meerdere bouwplaatsen wordt gesloten. Voorts kunnen op grond van lid 5 van dit artikel met dezelfde onderneming meerdere dergelijke overeenkomsten voor verschillende arbeidsplaatsen worden gesloten. Het lijkt er dus op dat, hoewel de in lid 2 bedoelde beperking van de overeenkomst tot één enkel bouwproject van toepassing is op elke afzonderlijk beschouwde 'fijo de obra'-overeenkomst, op grond van dat lid 5 opeenvolgend verschillende dergelijke overeenkomsten kunnen worden gesloten voor verschillende bouwplaatsen.

70. Hoe dan ook moet met de Commissie worden vastgesteld dat een regeling als die van artikel 24, leden 2 en 5, van deze collectieve arbeidsovereenkomst – op grond waarvan elke individuele aanwerving in beginsel de tewerkstelling van de betrokken werknemer tot één enkel bouwproject beperkt, maar 'fijo de obra'-overeenkomsten voor een onbepaalde duur kunnen worden verlengd – zoals blijkt uit het cumulatieve effect van deze opeenvolgende overeenkomsten of zelfs de optelling daarvan, erop neerkomt dat deze werknemer in werkelijkheid permanent en duurzaam werkzaamheden verricht die behoren tot de normale activiteit van de entiteit of onderneming die hem tewerkstelt.

71. De situatie in het hoofdgeding is een perfecte illustratie van deze vaststelling, aangezien verzoeker in het hoofdgeding zes opeenvolgende 'fijo de obra'-overeenkomsten met Obras y Servicios Públicos heeft gesloten voor een totale duur van meer dan 25 jaar.

72. Hieruit volgt, overeenkomstig de in de punten 62 tot en met 64 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak, dat een nationale regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die het mogelijk maakt om te voorzien in behoeften die niet tijdelijk, maar integendeel permanent en duurzaam zijn, niet gerechtvaardigd is uit hoofde van clause 5, lid 1, onder a), van de raamovereenkomst.

73. In die omstandigheden is een dergelijke regeling, mits er geen 'gelijkwaardige wettelijke maatregelen ter voorkoming van misbruik' in de zin van clause 5, lid 1, van deze raamovereenkomst bestaan die een kader vormen voor 'fijo de obra'-overeenkomsten – wat door de verwijzende rechter dient te worden nagegaan –, niet in staat om misbruik als gevolg van het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd te voorkomen in de zin van die clause 5, lid 1. In het kader van dat onderzoek staat het met name aan die rechter om na te gaan of, zoals Obras y Servicios Públicos en Acciona Agua betogen, aan werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die op grond van een 'fijo de obra'-overeenkomst werkzaam zijn, een beëindigingsvergoeding wordt toegekend en, in voorkomend geval, of een dergelijke vergoeding geschikt is om dergelijk misbruik te voorkomen en, indien nodig, te bestraffen, en kan worden aangemerkt als 'gelijkwaardige wettelijke maatregel' in de zin van clause 5, lid 1.

74. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het Hof heeft geoordeeld dat, om een 'gelijkwaardige wettelijke maatregel' in de zin van clause 5 van de raamovereenkomst te vormen, de toekenning van een vergoeding specifiek bedoeld moet zijn om de gevolgen van het misbruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd ongedaan te maken. Bovendien moet de toegekende vergoeding niet alleen evenredig zijn, maar ook voldoende effectief en afschrikkend om de volle werking van deze clause te waarborgen (zie arrest van 19 maart 2020, Sánchez Ruiz e.a., C-103/18 en C-429/18, EU:C:2020:219, punten 103 en 104 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

75. Voorts zij eraan herinnerd dat het Hof heeft geoordeeld dat clause 5, lid 1, van de raamovereenkomst niet onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om door particulieren voor de nationale rechter te kunnen worden ingeroepen. Een dergelijke bepaling van het Unierecht zonder rechtstreekse werking kan dus, als zodanig, in het kader van een onder het recht van de Unie vallend geding niet worden ingeroepen met het doel een daarmee strijdige bepaling van nationaal recht buiten toepassing te laten. Een nationale rechter is dus niet verplicht een bepaling van nationaal recht die in strijd is met deze clause buiten toepassing te laten (arrest van 19 maart 2020, Sánchez Ruize.a., C-103/18 en C-429/18, EU:C:2020:219, punten 118-120 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

76. Er dient niettemin aan te worden herinnerd dat de nationale rechter bij de toepassing van het interne recht dit zo veel mogelijk moet uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de betrokken richtlijn teneinde het daarmee beoogde resultaat te bereiken en aldus aan artikel 288, derde alinea, VWEU te voldoen (arrest van 19 maart 2020, Sánchez Ruiz e.a., C-103/18 en C-429/18, EU:C:2020:219, punt 121 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

77. Het is juist dat de verplichting van de nationale rechter om bij de uitlegging en toepassing van de relevante bepalingen van zijn nationale recht te refereren aan de inhoud van een richtlijn, wordt begrensd door de algemene rechtsbeginselen, met name het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht, en niet kan dienen als grondslag voor een uitlegging contra legem van het nationale recht (arrest van 19 maart 2020, Sánchez Ruiz e.a., C-103/18 en C-429/18, EU:C:2020:219, punt 123 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

78. Het beginsel van richtlijnconforme uitlegging vereist niettemin dat de nationale rechter binnen zijn bevoegdheden al het mogelijke doet om, het gehele nationale recht in beschouwing nemend en onder toepassing van de daarin erkende uitleggingsmethoden, de volle werking van de betrokken richtlijn te verzekeren en tot een oplossing te komen die in overeenstemming is met de daarmee nagestreefde doelstelling (arrest van 19 maart 2020, Sánchez Ruiz e.a., C-103/18 en C-429/18, EU:C:2020:219, punt 124 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

79. Het staat dus met name aan de verwijzende rechter om na te gaan of de rechtspraak van de Tribunal Supremo (hoogste rechterlijke instantie, Spanje) een dergelijke uitlegging van de betrokken nationale bepalingen toelaat. Volgens de Commissie past deze rechterlijke instantie de termijnen van artikel 15, lid 5, van het werknemersstatuut immers toe op de 'fijo de obra'-overeenkomsten die bij de betrokken collectieve arbeidsovereenkomst zijn geregeld, zodat een werknemer, wanneer hij ten minste twee van zulke overeenkomsten heeft gesloten en de in die bepaling bedoelde wettelijke termijn is verstreken, de hoedanigheid van werknemer in vaste dienst verkrijgt.

80. 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 staat 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.

*Derde vraag*

81. Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 3, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2001/23 aldus moet worden uitgelegd dat het zich 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.

82. In de eerste plaats bepaalt artikel 1, lid 1, onder a), van richtlijn 2001/23 dat deze richtlijn van toepassing is op de overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen op een andere ondernemer ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst of een fusie.

83. Dienaangaande volgt uit vaste rechtspraak van het Hof dat richtlijn 2001/23 van toepassing is telkens wanneer in het kader van contractuele betrekkingen een wijziging plaatsvindt van de natuurlijke of rechtspersoon die verantwoordelijk is voor de exploitatie van de onderneming en die als werkgever verplichtingen aangaat jegens de werknemers van de onderneming. Voor de toepasselijkheid van richtlijn 2001/23 is het derhalve niet noodzakelijk dat er rechtstreekse contractuele betrekkingen tussen de vervreemder en de verkrijger bestaan, aangezien de overdracht kan gebeuren via een derde (arrest van 11 juli 2018, Somoza Hermo en Ilunión Seguridad, C-60/17, EU:C:2018:559, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

84. In deze context moet worden opgemerkt dat, anders dan Acciona Agua en de Spaanse regering in wezen betogen, het feit dat het in casu gaat om een overgang van personeel ten gevolge van de nieuwe gunning van een overheidsopdracht, waarbij de overnemende onderneming een wezenlijk deel van het personeel heeft overgenomen dat de vertrekkende onderneming voor de uitvoering van deze overheidsopdracht had ingezet, niet uitsluit dat richtlijn 2001/23 van toepassing is.

85. Om te beginnen heeft het Hof namelijk reeds geoordeeld dat het feit dat de overgang voortvloeit uit een eenzijdig overheidsbesluit en niet uit een wilsovereenstemming tussen partijen, de toepassing van richtlijn 2001/23 niet uitsluit (arrest van 20 juli 2017, Piscarreta Ricardo, C-416/16, EU:C:2017:574, punt 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

86. Vervolgens heeft het ontbreken van een contractuele band tussen de twee ondernemingen waaraan achtereenvolgens de betrokken overheidsopdracht is gegund, geen invloed op de vraag of richtlijn 2001/23 al dan niet van toepassing is op een situatie als die in het hoofdgeding (zie in die zin arrest van 11 juli 2018, Somoza Hermo en Ilunión Seguridad, C-60/17, EU:C:2018:559, punt 28).

87. Ten slotte heeft de omstandigheid dat Acciona Agua bij collectieve overeenkomst verplicht was het personeel over te nemen, geen invloed op het feit dat de overgang betrekking had op een economische eenheid (zie naar analogie arrest van 11 juli 2018, Somoza Hermo en Ilunión Seguridad, C-60/17, EU:C:2018:559, punt 38).

88. In de tweede plaats wordt krachtens artikel 1, lid 1, onder b), van richtlijn 2001/23 als overgang beschouwd de overgang, met het oog op voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt, waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan. Het begrip 'eenheid' verwijst dus naar een georganiseerd geheel van personen en

goederen waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend (arrest van 27 februari 2020, Grafe en Pohle, C-298/18, EU:C:2020:121, punt 22).

89. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat het beslissende criterium om vast te stellen of er sprake is van een dergelijke overgang, de omstandigheid is dat de economische eenheid haar identiteit behoudt, wat met name blijkt uit de daadwerkelijke voortzetting of de hervatting van de exploitatie (arrest van 27 februari 2020, Grafe en Pohle, C-298/18, EU:C:2020:121, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

90. Bij de vaststelling of aan die voorwaarde is voldaan, moet rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de betreffende transactie kenmerken, waaronder met name de aard van de betrokken onderneming of vestiging, de vraag of materiële activa zoals gebouwen en roerende zaken worden overgedragen, de waarde van de immateriële activa op het tijdstip van de overgang, de vraag of de meerderheid van het personeel door de nieuwe ondernemer wordt overgenomen, de vraag of de clientèle wordt overgedragen, de mate waarin de voor en na de overgang verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen en de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten. Deze omstandigheden zijn evenwel slechts deelaspecten van de vereiste alomvattende beoordeling en mogen derhalve niet los van elkaar worden beoordeeld (arrest van 27 februari 2020, Grafe en Pohle, C-298/18, EU:C:2020:121, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

91. In het bijzonder heeft het Hof geoordeeld dat de nationale rechter bij de beoordeling van de feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken, onder meer rekening moet houden met de aard van de betrokken onderneming of vestiging. Het belang dat moet worden gehecht aan de diverse criteria die bepalen of er sprake is van een overgang in de zin van richtlijn 2001/23, verschilt dus noodzakelijkerwijs naargelang van de uitgeoefende activiteit, en zelfs van de productiewijze of de bedrijfsvoering in de betrokken onderneming, vestiging of onderdeel daarvan (arrest van 11 juli 2018, Somoza Hermo en Ilunión Seguridad, C-60/17, EU:C:2018:559, punten 31 en 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

92. Het Hof heeft er al op gewezen dat een economische eenheid in bepaalde sectoren zonder materiële of immateriële activa van betekenis kan functioneren, zodat het behoud van de identiteit van een dergelijke eenheid na de haar betreffende transactie in geen geval kan afhangen van de overdracht van dergelijke activa (arrest van 11 juli 2018, Somoza Hermo en Ilunión Seguridad, C-60/17, EU:C:2018:559, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

93. Zo heeft het Hof geoordeeld dat, voor zover in bepaalde sectoren waarin de arbeidskrachten de voornaamste factor zijn bij de activiteit – wat het geval is bij een activiteit waarvoor geen bijzondere materiële middelen hoeven te worden ingezet – een groep werknemers die duurzaam een gemeenschappelijke activiteit verricht, een economische eenheid kan vormen, een dergelijke eenheid haar identiteit ook na de overgang kan behouden, wanneer de nieuwe ondernemer niet alleen de betrokken activiteit voortzet, maar ook een wezenlijk deel – naar aantal en deskundigheid – van het personeel overneemt dat zijn voorganger speciaal voor die taak had ingezet. In dat geval verwerft de nieuwe ondernemer namelijk het georganiseerde geheel van elementen waarmee de activiteiten of bepaalde activiteiten van de overdragende onderneming duurzaam kunnen worden voortgezet (arrest van 11 juli 2018, Somoza Hermo en Ilunión Seguridad, C-60/17, EU:C:2018:559, punten 34 en 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

94. Uit het voorgaande volgt dat de kwalificatie als overgang een aantal feitelijke vaststellingen veronderstelt, zodat deze kwestie in concreto door de nationale rechter moet worden beoordeeld in het licht van de door het Hof ontwikkelde criteria, alsmede van de door richtlijn 2001/23 nagestreefde doelstellingen, zoals met name uiteengezet in overweging 3 daarvan (arrest van 27 februari 2020, Grafe en Pohle, C-298/18, EU:C:2020:121, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

95. Het staat bijgevolg aan de verwijzende rechter om in het licht van de voorgaande overwegingen en met inachtneming van alle feitelijke omstandigheden die de transactie in het hoofdgeding kenmerken, te beoordelen of deze transactie moet worden beschouwd als een overgang van onderneming in de zin van richtlijn 2001/23.

96. Daartoe dient hij in het bijzonder na te gaan of, zoals hij in de verwijzingsbeslissing vermeldt, de activiteit die in het hoofdgeding aan de orde is, geen bijzonder materieel vereist en dus hoofdzakelijk op arbeidskrachten berust, dan wel of deze activiteit, zoals Obras y Servicios Públicos en Acciona Agua betogen, daarentegen niet kan worden aangemerkt als een activiteit die hoofdzakelijk op arbeidskrachten berust, omdat deze laatste een duidelijk bijkomend element van de voor de uitvoering van de betrokken overheidsopdracht vereiste materiële middelen vormen die niet werden overgedragen.

97. Gelet op een en ander moet in de eerste plaats worden gepreciseerd dat, naast het geval waarin de activiteit hoofdzakelijk op arbeidskrachten berust, zoals bedoeld in de in punt 93 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak, in een situatie waarin materiële activa, zoals gebouwen en roerende goederen, niet onontbeerlijk zijn voor de goede werking van de betrokken entiteit, of wanneer de arbeidskrachten en de materiële activa even belangrijk zijn voor de goede werking van deze entiteit en dat de activiteit van de vertrekkende onderneming wordt voortgezet door de overnemende onderneming en het wezenlijk deel van het personeel door die laatste wordt overgenomen, het ontbreken van een overgang van materiële activa niet in de weg staat aan het oordeel dat de identiteit van de economische eenheid blijft behouden na de overgang ervan zodat een 'overgang van een onderneming' in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 2001/23 kan worden geacht te hebben plaatsgevonden.

98. Deze oplossing sluit immers niet alleen aan bij de logica van de doelstellingen van deze richtlijn, zoals die met name zijn uiteengezet in overweging 3 ervan – namelijk de werknemers beschermen bij verandering van ondernemer, teneinde het behoud van hun rechten veilig te stellen – maar is ook in overeenstemming met de in punt 92 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak, volgens welke het behoud van de identiteit van een economische eenheid die zonder materiële of immateriële activa van betekenis kan functioneren, ook na de overdracht ervan niet van de overgang van dergelijke activa afhankelijk kan zijn.

99. In de tweede plaats dient te worden herinnerd aan de rechtspraak van het Hof volgens welke het feit dat er geen overgang van enig belang van dergelijke, voor de goede werking van de entiteit onontbeerlijke activa van de vorige naar de huidige opdrachtnemer heeft plaatsgevonden, tot de conclusie leidt dat deze laatste haar identiteit niet behoudt (zie in die zin arrest van 25 januari 2001, Liikenne, C-172/99, EU:C:2001:59, punt 42).

100. Uit deze rechtspraak kan echter niet worden afgeleid dat de overgang van materiële activa in abstracto moet worden beschouwd als de enige bepalende factor voor een overgang

van een onderneming waarvan de activiteit betrekking heeft op een sector waarin materiële activa in belangrijke mate bijdragen tot de uitoefening van die activiteit. Teneinde te bepalen of het feit dat er geen bedrijfsmiddelen zijn overgedragen een beletsel vormt voor de kwalificatie als overgang van onderneming, moet de verwijzende rechter bijgevolg rekening houden met de specifieke omstandigheden van de bij hem aanhangige zaak (zie in die zin arrest van 27 februari 2020, Grafe en Pohle, C-298/18, EU:C:2020:121, punten 30 en 31).

101. In de derde plaats formuleert artikel 3, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2001/23 het beginsel dat de rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking, op de verkrijger overgaan.

102. In dit verband zij er om te beginnen aan herinnerd dat richtlijn 2001/23 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 (arrest van 26 maart 2020, ISS Facility Services, C-344/18, EU:C:2020:239, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

103. Daarnaast moet worden gepreciseerd dat overeenkomstig het doel van richtlijn 2001/23 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 (arrest van 26 maart 2020, ISS Facility Services, C-344/18, EU:C:2020:239, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

104. 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.

105. In deze context betwijfelt de verwijzende rechter of artikel 27, lid 2, tweede alinea, van deze collectieve overeenkomst

verenigbaar is met artikel 3, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2001/23.

106. In die omstandigheden moet worden vastgesteld dat het feit dat aan een werknemer in het kader van zijn arbeidsverhouding met de overnemende onderneming enkel de rechten worden toegekend die voortvloeien uit de laatste overeenkomst die hij met de vertrekkende onderneming heeft gesloten, er juist op neerkomt dat deze rechten bij de overgang van personeel behouden blijven, hetgeen strookt met het doel van deze richtlijn, te weten het behoud van de rechten van de werknemers bij verandering van ondernemer, door hen in staat te stellen in dienst van de nieuwe werkgever te blijven onder dezelfde voorwaarden als die welke met de vervreemder waren overeengekomen. Bovendien beperkt deze bepaling niet alleen de rechten, maar ook de verplichtingen van de overgedragen werknemer tot die welke voortvloeien uit de laatste overeenkomst die hij met de vertrekkende onderneming heeft gesloten.

107. 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 (arrest van 6 april 2017, *Unionen*, C-336/15, EU:C:2017:276, punt 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

108. 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.

109. 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.

110. 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, zoals blijkt uit de in punt 102 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak.

111. 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 ge-

steld binnen de termijn en op de wijze als bepaald in artikel 27 van die collectieve overeenkomst. Deze uitzondering waarborgt immers dat de overgegangene werknemer de rechten behoudt die hem in het kader van de arbeidsverhouding met de vertrekkende onderneming waren toegekend.

112. 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 clausule 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.

113. In dit verband zij eraan herinnerd dat het Hof heeft geoordeeld dat de toepasselijkheid van richtlijn 2001/23 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 (beschikking van 15 september 2010, *Briot*, C-386/09, EU:C:2010:526, punt 36).

114. Gelet op het voorgaande moet op de derde vraag worden geantwoord dat artikel 3, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2001/23 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 staat om na te gaan.

#### *Kosten*

115. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

#### *Het Hof (Zevende kamer) verklaart voor recht:*

1) Clausule 5, lid 1, van de op 18 maart 1999 gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, die is opgenomen in de bijlage bij richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de Unice en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, dient aldus te worden uitgelegd dat het aan de nationale rechter staat 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 mis-

bruik als gevolg van het gebruik van opeenvolgende arbeids-overeenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd te voorkomen en, in voorkomend geval, te bestraffen, of 'gelijkwaardige wettelijke maatregelen' zijn in de zin van clausele 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 clausele 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.

2) Artikel 3, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, dient aldus te 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 staat om na te gaan.

## NOOT

### Inleiding

1. Deze annotatie richt zich op twee (samenhangende) vragen die in de zaak *Obras y Servicios Públicos* een rol speelden. De eerste vraag: wat zijn de gevolgen van een overgang van onderneming als bedoeld in art. 1 Richtlijn 2001/23/EG voor rechten en verplichtingen die voortvloeien uit eerdere arbeidsovereenkomsten tussen de vervreemder en de werknemer die door deze overgang bij de verkrijger in dienst treedt? De tweede vraag: wat zijn de gevolgen van deze overgang voor de opgebouwde anciënniteit van deze werknemer?

2. In de zaak *Obras y Servicios Públicos* wenste de Spaanse rechter volgens het Hof van Justitie – onder meer – te verneemen of art. 3 Richtlijn 2001/23/EG 'zich 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.'<sup>1</sup> Art. 27 van de (ten tijde van de feiten van het hoofdgeding toepasselijke versie van de) algemene collectieve arbeidsovereenkomst voor de bouwsector bepaalt namelijk dat

de overnemende onderneming niet 'gebonden is door een eerder contract of eerdere overeenkomst, in het bijzonder ten behoeve van de dienstjaren, vergoedingen bij beëindiging van de overeenkomst en elk ander mechanisme waarbij de duur van de dienstverlening in aanmerking wordt genomen, tenzij die rechten voor de overgang reeds aan de werknemer werden 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 dit artikel.'<sup>2</sup> In het dictum verklaart het Hof van Justitie voor recht dat – onder meer – art. 3 Richtlijn 2001/23/EG zich niet verzet tegen een dergelijke nationale regeling die de door de overnemende onderneming in acht te nemen rechten en verplichtingen beperkt tot uitsluitend de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de laatste overeenkomst die deze werknemer met de vertrekkende onderneming heeft gesloten, mits de toepassing van deze nationale regeling niet meebrengt dat deze werknemer door het enkele feit van deze overgang in een minder gunstige positie wordt gebracht.<sup>3</sup>

### *Rechten en verplichtingen uit eerdere arbeidsovereenkomsten*

3. Het antwoord op de eerste in deze annotatie te behandelende vraag lijkt met dit dictum direct te zijn gegeven: rechten en verplichtingen van de vervreemder uit eerdere (op het moment van de overgang dus al geëindigde) arbeidsovereenkomsten met de overgegangene werknemer gaan niet over op de verkrijger en blijven daarom achter bij de vervreemder. Op grond van art. 3 Richtlijn 2001/23/EG gaan de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de op het moment van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst met de vervreemder over op de verkrijger en – zo zou aan die bepaling kunnen worden toegevoegd – dus ook niet meer dan dat. De beperking tot de eerbiediging van de rechten en verplichtingen uit de laatste arbeidsovereenkomst, zoals bepaald in art. 27 van de in het onderhavige arrest genoemde collectieve arbeidsovereenkomst voor de bouwsector, strookt dus met het doel van Richtlijn 2001/23/EG, aldus het Hof van Justitie.<sup>4</sup> Art. 3 Richtlijn 2001/23/EG ziet overigens niet alleen op rechten en verplichtingen die partijen uitdrukkelijk overeen zijn gekomen, maar strekt zich tevens uit tot wettelijke verplichtingen die voortvloeien uit deze arbeidsovereenkomst.<sup>5</sup> Uit een eerder oordeel van het Hof van Justitie – de zaak *TGSS* – blijkt bijvoorbeeld dat 'ook de door de vervreemder verschuldigde bijdragen aan het wettelijk stelsel van de sociale zekerheid' op de verkrijger overgaan.<sup>6</sup> En in de Nederlandse zaak *GOM* oordeelde de Hoge Raad dat een bedrijfstakpensioenfonds een eigen vorderingsrecht jegens de verkrijger heeft voor door de vervreemder niet betaalde (dus achterstallige) pen-

2 Punt 12 van de uitspraak.

3 Dictum van de uitspraak.

4 Punt 106 van de uitspraak. Uit de zaak *Abels* was al bekend dat schulden van de vervreemder die voortvloeiden uit de laatste arbeidsovereenkomst wel overgaan op de verkrijger (HvJ EG 7 februari 1985, ECLI:EU:C:1985:55, C-135/83, NJ 1985/900).

5 Zie over dit onderwerp onder meer: R.M. Beltzer, 'Overgang van wettelijke verplichtingen, het Hof van Justitie van de EU treedt wederom buiten contractuele grenzen', *ArA* 2016-3, p. 12-32.

6 HvJ EU 28 januari 2015, ECLI:EU:C:2015:46, C-688/13, «JAR» 2015/279 (TGSS).

1 Punt 81 van de uitspraak.

sioenpremies, mits de pensioenverplichtingen niet van de overgang zijn uitgesloten op grond van art. 7:664 lid 1 BW.<sup>7</sup> 4. In de meeste gevallen spelen rechten en verplichtingen uit de eerdere arbeidsovereenkomst geen rol bij een overgang van onderneming. De werknemer heeft de arbeid verricht en de werkgever heeft het loon betaald. De met die eerdere arbeidsovereenkomst aangegane verbintenissen zijn dus in zoverre ook al tenietgegaan.<sup>8</sup> Maar dat is niet altijd het geval: sommige verplichtingen uit een eerdere arbeidsovereenkomst zijn nog niet (volledig) nagekomen en die schulden bestaan dus nog. En de zaak *Obras y Servicios Públicos* lijkt aanknopingspunten te bieden voor de opvatting dat schulden uit eerdere arbeidsovereenkomsten met de overgegangene werknemer, zoals achterstallig loon, achterstallige pensioenpremies en achterstallige premies werknemersverzekeringen voortvloeiende uit een eerdere arbeidsovereenkomst, niet van de vervreemder overgaan op de verkrijger. Het Hof van Justitie stelt onder punt 106 van het arrest immers vast dat 'het feit dat aan een werknemer in het kader van zijn arbeidsverhouding met de overnemende onderneming enkel de rechten worden toegekend die voortvloeien uit de laatste overeenkomst die hij met de vertrekkende onderneming heeft gesloten', 'er juist op neerkomt dat deze rechten bij de overgang van personeel behouden blijven'. En dat – zo vervolgt het Hof van Justitie in diezelfde zin – 'strookt met het doel van deze richtlijn, te weten het behoud van de rechten van de werknemers bij verandering van ondernemer'. Een beperking tot schulden uit de laatste arbeidsovereenkomst met de overgegangene werknemer brengt mee dat die werknemer (of een ander rechtssubject, zoals een bedrijfstakpensioenfonds) alleen van de vervreemder nakoming kan vorderen van een uit een eerdere arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichting van de werkgever. Ook een stuitingshandeling als bedoeld in art. 3:316 of 3:317 BW zou bij deze strikte uitleg alleen effect hebben indien deze stuitingshandeling is gericht tot de vervreemder. Ter volledigheid: op grond van art. 7:663 tweede volzin BW blijft de vervreemder gedurende een jaar na de overgang ook aansprakelijk voor verplichtingen uit de laatste arbeidsovereenkomst.<sup>9</sup> 5. Uiteraard is ook verdedigbaar dat het doel van Richtlijn 2001/23/EG juist zou moeten meebrengen dat de verkrijger tevens aansprakelijk wordt voor schulden uit eerdere arbeidsovereenkomsten, mits die eerdere arbeidsovereenkomsten waren gesloten met werknemers die op het tijdstip van de overgang nog in dienst waren (en dus zijn overgegaan naar de verkrijger). De vervreemder is door de overgang van onderneming bijvoorbeeld mogelijk minder solvabel en dat leidt tot een verslechtering van de positie van de werknemer als schuldeiser.<sup>10</sup> Wellicht dat het Hof van Justitie aan het slot van het dictum in het arrest *Obras y Servicios Públicos* daarom nog het voorbehoud heeft gemaakt dat toepassing van deze nationale regeling niet mag meebrengen

dat deze werknemer door het enkele feit van deze overgang in een minder gunstige positie wordt gebracht. Daarnaast is niet uitgesloten dat de Nederlandse rechter art. 7:663 BW ruim uitlegt en de verkrijger (wel) aansprakelijk houdt voor schulden die voortvloeien uit eerdere arbeidsovereenkomsten tussen de vervreemder en de overgegangene werknemers. Een aanknopingspunt voor een ruime uitleg van art. 7:663 BW zou bijvoorbeeld kunnen worden gevonden in de parlementaire geschiedenis. Met betrekking tot pensioenverplichtingen heeft de regering tijdens de parlementaire behandeling van een wijziging van de Nederlandse implementatiewetgeving immers opgemerkt dat 'alle rechten en verplichtingen die op dat moment voortvloeien uit de pensioentoezegging die de vervreemder aan zijn werknemers heeft gedaan' van rechtswege overgaan op de verkrijger van de onderneming.<sup>11</sup> De regering lijkt – in relatie tot een pensioentoezegging – geen onderscheid te hebben gemaakt tussen eerdere en latere arbeidsovereenkomsten tussen de vervreemder en dezelfde werknemer. Wellicht zou voor andere schulden daarom evenmin van belang moeten zijn of deze schulden voortvloeien uit de laatste arbeidsovereenkomst tussen de vervreemder en de werknemer. Bovendien is in sommige gevallen, zoals bij een aansprakelijkheid op grond van art. 7:658 BW, niet altijd duidelijk of de schuld (uitsluitend) voortvloeit uit de laatste arbeidsovereenkomst tussen partijen.

6. Een scheiding tussen rechten en verplichtingen van de vervreemder die voortvloeien uit enerzijds de 'op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst' en anderzijds de eerdere arbeidsovereenkomst kan ook leiden tot discussies over de vraag in welke gevallen tussen dezelfde partijen een nieuwe arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen. Is bijvoorbeeld sprake van een nieuwe arbeidsovereenkomst indien partijen gedurende de looptijd van een voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst – bijvoorbeeld in verband met een promotie – een nieuw schriftelijk contract met andere rechten en verplichtingen ondertekenen? Men zou kunnen stellen dat dan sprake is van een nieuwe arbeidsovereenkomst, zeker als de overeengekomen arbeid en het salaris fundamenteel wijzigen. Maar de argumenten voor het standpunt dat in dat geval geen sprake is van een nieuwe arbeidsovereenkomst lijken overtuigender. Ten eerste is – in meer abstracte zin – nog steeds sprake van dezelfde voor de arbeidsovereenkomst kenmerkende verplichtingen, te weten: de verplichting van de werknemer tot arbeidsverrichting in dienst van de werkgever en de verplichting van de werkgever tot betaling van loon. Ten tweede, sinds de invoering per 1 juli 2015 van art. 7:670b BW, eindigt een arbeidsovereenkomst slechts indien sprake is van een schriftelijk aangegane overeenkomst tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst.<sup>12</sup> En ook voor 1 juli 2015 gold een strikte toets.<sup>13</sup> Verdedigbaar is dat partijen die gedurende de looptijd van een arbeidsovereenkomst een geheel nieuw contract met andere rechten en verplichtingen ondertekenen niet de bedoeling hebben de bestaande arbeidsovereenkomst te beëindigen en een nieuwe arbeidsovereenkomst te sluiten, maar slechts

7 HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2375, «JAR» 2016/268 (GOM); B. Degelink, 'Overgang van onderneming en pensioenpremienschulden', *ArbeidsRecht* 2020/14.

8 Door nakoming gaan verbintenissen in de regel teniet, aldus C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

9 De Nederlandse wetgever heeft aldus gebruikgemaakt van de mogelijkheid die art. 3 tweede alinea Richtlijn 2001/23/EG biedt.

10 Vgl. de conclusie van A-G Gordon Slynn bij HvJ EG 7 februari 1985, ECLI:EU:C:1985:55, C-135/83, NJ 1985/900 (*Abels*).

11 *Kamerstukken I* 2001/02, 27469, nr. 163, p. 5 (memorie van antwoord).

12 Wet van 14 juni 2014, *Stb.* 2014, 216 (Wet werk en zekerheid).

13 Zie over de rechtspraak van de Hoge Raad bijvoorbeeld: R.A.A. Duk, 'De Hoge Raad en het ontslag met wederzijds goedvinden', *TRA* 2012/34.

beogen de uit die bestaande arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen te wijzigen. Ten derde, de rechtsonzekerheid neemt toe als de mate waarin de rechten en verplichtingen zijn veranderd beslissend zou zijn voor het antwoord op de vraag of sprake is van een nieuwe arbeidsovereenkomst. Bij een verlenging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd ligt deze kwestie volledig anders. Goed verdedigbaar is dat elke verlenging – ongeacht de wijze waarop die verlenging is vormgegeven – moet worden beschouwd als een nieuwe arbeidsovereenkomst. De uit de eerste arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichting tot verrichting van de arbeid in dienst van een werkgever tegen betaling van loon eindigt immers op een specifieke datum. Als de arbeidsovereenkomst vervolgens echter stilzwijgend wordt voortgezet, kan wel weer een discussie ontstaan over de vraag of in die situatie sprake is van een nieuwe arbeidsovereenkomst.

#### *Anciënniteitsbehoud*

7. Dan de tweede in deze annotatie te behandelen vraag: wat zijn de gevolgen van deze overgang voor de opgebouwde anciënniteit van de werknemer? Anciënniteit is als zodanig immers geen recht of verplichting.<sup>14</sup> Het Hof van Justitie benadrukt in de zaak *Obras y Servicios Públicos* evenwel dat hij eerder heeft geoordeeld dat anciënniteit wel meetelt voor de berekening van rechten van financiële aard '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'. Onder rechten van financiële aard verstaat het Hof van Justitie in elk geval vergoedingen bij afloop van een arbeidsovereenkomst, salarisverhogingen en de opzegtermijn, zo blijkt uit de zaken *Collino & Chiappero/Telecom Italia en Unionen*.<sup>15</sup> Met betrekking tot nieuwe anciënniteitafhankelijke arbeidsvoorwaarden, die nog niet golden toen de werknemer bij de vervreemder in dienst was, dwingt Richtlijn 2001/23/EG als zodanig niet tot behoud van bij de vervreemder opgebouwde anciënniteit. Uit de zaak *Scattolon/Ministerio dell'Instruzione* blijkt evenwel dat als een overgang van onderneming tot gevolg heeft dat op de overgedragen werknemers onmiddellijk de bij de verkrijger van kracht zijnde collectieve arbeidsovereenkomst van toepassing wordt en de voorwaarden voor beloning in deze collectieve arbeidsovereenkomst met zijn name zijn gekoppeld aan de anciënniteit, art. 3 Richtlijn 2001/23/EG zich verzet tegen een wezenlijk salarisverlies in vergelijking met de situatie van de werknemers onmiddellijk voorafgaand aan de overgang indien bij de bepaling van hun aanvangssalaris bij de verkrijger geen rekening wordt gehouden met hun bij de vervreemder opgebouwde anciënniteit. Het Hof van Justitie achtte in die zaak tevens relevant dat de door de werknemers bij de vervreemder opgebouwde anciënniteit gelijkwaardig was aan de anciënniteit van werknemers die al voorafgaand aan de overgang bij de verkrijger in dienst waren, want de taken van beide groepen werknemers vertoonden zeer veel gelijkenissen.<sup>16</sup>

8. In de zaak *Obras y Servicios Públicos* volstaat het Hof van Justitie met de constatering dat uit de verwijzende beslissing blijkt dat de eerste werkgever de werknemer een anciënniteit heeft toegekend die werd berekend vanaf de laatste arbeidsovereenkomst (en anciënniteit op basis van de eerdere arbeidsovereenkomst dus niet meetelde).<sup>17</sup> Voor zover art. 27 van de (ten tijde van de feiten van het hoofdgeding toepasselijke versie van de) algemene collectieve arbeidsovereenkomst voor de bouwsector de anciënniteit beperkt, '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', aldus het Hof van Justitie.<sup>18</sup> De werknemer is dus niet slechter, maar ook niet beter geworden van de werkgeverswissel. Het Hof van Justitie brengt tevens in herinnering dat Richtlijn 2001/23/EG niet met succes kan worden ingeroepen met het oog op een verbetering van de bezoldigingsvoorwaarden of van andere arbeidsvoorwaarden naar aanleiding van een overgang van onderneming.<sup>19</sup>

#### *Samenloop: opbouw anciënniteit via eerdere arbeidsovereenkomsten*

9. De in deze annotatie besproken (mogelijke) beperking tot de overgang van rechten en verplichtingen voortvloeiende uit de laatste arbeidsovereenkomst en het uitgangspunt dat anciënniteit in beginsel slechts behouden blijft voor de berekening van de uit de laatste arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten van financiële aard leiden tot lastige vragen over het in Nederland op anciënniteit gebaseerde systeem van werknemersbescherming, in het bijzonder over het afspiegelingsbeginsel (paragraaf 4 Ontslagregeling) en de ketenregeling (art. 7:668a BW). Tellen eerdere arbeidsovereenkomsten tussen de werknemer en vervreemder niet (meer) mee voor het afspiegelingsbeginsel en de ketenregeling indien de wisseling van werkgever moet worden aangemerkt als een overgang van onderneming?

10. Bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel 'komen per leeftijdsgroep binnen een categorie uitwisselbare functies de werknemers met het kortste dienstverband het eerst voor ontslag in aanmerking', aldus art. 11 Ontslagregeling. Wat moet in het geval van een overgang onder het dienstverband worden verstaan? Op het eerste gezicht zijn drie antwoorden mogelijk. Eerste antwoord: het dienstverband telt *vanaf* het tijdstip van de overgang van onderneming mee, want het afspiegelingsbeginsel is geen recht van financiële aard en de anciënniteit blijft dus niet behouden. Tweede antwoord: de laatste arbeidsovereenkomst telt volledig mee (dus ook de onder die laatste arbeidsovereenkomst doorgebrachte tijd bij de vervreemder), want het begrip dienstverband behoort op één lijn te worden gesteld met het begrip arbeidsovereenkomst. De eerdere arbeidsovereenkomsten met de vervreemder tellen niet mee. Ter verdere onderbouwing van dit tweede antwoord zou dan moeten worden betoogd dat Richtlijn 2001/23/EG weliswaar niet voorschrijft dat

zer & F. Koopman, 'Overgang van onderneming in een triptiek: economische activiteiten, anciënniteit en cao's', *ArA* 2012-2, p. 36-51; R.M. Beltzer, 'De zaak Scattolon – één arrest, twee belangwekkende conclusies', *ArbeidsRecht* 2012/1.

17 Punt 13 en 109 van de uitspraak.

18 Punt 109 van de uitspraak.

19 Punt 102 van de uitspraak, met een verwijzing naar HvJ EU 6 maart 2020, C-344/18, ECLI:EU:C:2020:239 (*ISS Facility Services*), «JAR» 2020/110, punt 25, en de aldaar genoemde rechtspraak.

14 Zie uitgebreid: R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming*, Amsterdam: COREL 2020, p. 116-121.

15 HvJ EG 14 september 2000, ECLI:EU:C:2000:441, C-343/98, «JAR» 2000/225 (*Collino & Chiappero/Telecom Italia*); HvJ EU 6 april 2017, ECLI:EU:C:2017:276, C-336/15, «JAR» 2017/118 (*Unionen*).

16 HvJ EU 6 september 2011, ECLI:EU:C:2011:542, C-108/10, «JAR» 2011/262 (*Scattolon/Ministerio dell'Instruzione*); zie ook R.M. Belt-



een werknemer zijn anciënniteit voor de toepassing van het afspiegelingsbeginsel moet behouden, maar dat art. 8 Richtlijn 2001/23/EG gunstigere bepalingen uitdrukkelijk toelaat. En art. 11 Ontslagregeling is een voor de overgegangene werknemer gunstigere bepaling. (Een kanttekening bij deze nadere onderbouwing is dat behoud van anciënniteit van de overgegangene werknemers een negatief effect kan hebben op werknemers die al voor de overgang bij de verkrijger in dienst waren; een wijziging van de ontslagvolgorde is per definitie voor een of meer werknemers ongunstig.) Derde antwoord: ook alle eerdere arbeidsovereenkomsten met de vervreemder tellen mee. Op grond van art. 15 lid 1 Ontslagregeling tellen namelijk elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten met dezelfde werkgever mee en op basis van lid 2 van datzelfde artikel tellen elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten met verschillende werkgevers ook mee, indien die verschillende werkgevers redelijkerwijze geacht moeten worden ten aanzien van de verrichte arbeid elkaars opvolger te zijn (opvolgend werkgeverschap). Houweling en anderen merken op dat art. 15 Ontslagregeling strikt genomen geen antwoord geeft op de vraag in welke mate de anciënniteit bij de vervreemder meetelt, omdat op het moment van de overgang geen nieuwe arbeidsovereenkomst tot stand komt. Toch zijn de auteurs van mening dat bij een overgang van onderneming de bij de vervreemder opgebouwde anciënniteit voor de toepassing van het afspiegelingsbeginsel behouden blijft. Op basis van de oude Beleidsregels ontslagtaak UWV telde in het geval van een overgang van onderneming de volledige diensttijd namelijk mee en uit niets blijkt dat met de nieuwe Ontslagregeling een afwijking van het oude beleid is beoogd, zo stellen Houweling en anderen.<sup>20</sup> Tijdens de parlementaire behandeling heeft de minister inderdaad uitdrukkelijk opgemerkt dat met art. 7:669 BW en de daarop gebaseerde Ontslagregeling in beginsel geen wijziging is beoogd ten opzichte het oude Ontslagbesluit en de daarop gebaseerde Beleidsregels ontslagtaak UWV.<sup>21, 22</sup> Een redelijke uitleg (die bovendien conform de bedoeling van de wetgever is) brengt aldus mee dat art. 15 lid 1 Ontslagregeling zo moet worden uitgelegd dat ook in het geval van een overgang van onderneming alle eerdere arbeidsovereenkomsten met de vervreemder meetellen voor de berekening van de duur van het dienstverband, tenzij die eerdere arbeidsovereenkomsten zijn onderbroken door een periode van meer dan zes maanden

als bedoeld in art. 15 lid 1 Ontslagregeling of drie maanden als bedoeld in art. 15 lid 4 Ontslagregeling. (Bij een overgang van onderneming hoeft dus niet te worden getoetst of de vervreemder en de verkrijger als opvolgend werkgever in de zin van art. 15 lid 3 Ontslagregeling zijn te beschouwen.) 11. Ten aanzien van de ketenregeling moet worden benadrukt dat een overgang van onderneming als zodanig niet resulteert in een nieuwe schakel in de keten. Zoals hiervoor al opgemerkt in relatie tot het afspiegelingsbeginsel, door de overgang van onderneming loopt de laatste arbeidsovereenkomst in beginsel door. Maar, stel dat enige tijd na de overgang een nieuwe (opvolgende) arbeidsovereenkomst met de verkrijger wordt gesloten: in hoeverre tellen arbeidsovereenkomsten met de vervreemder dan mee voor de toepassing van de ketenregeling? Verdedigbaar is dat deze eerdere arbeidsovereenkomsten mee (blijven) tellen onder het systeem van art. 7:668a BW, tenzij sprake is van een onderbrekingsperiode van meer dan zes maanden tussen elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten. Het arbeidsrechtelijke uitgangspunt is immers een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Dat uitgangspunt rechtvaardigt een ruime toepassing van de ketenregeling, zodat de opbouw onder de ketenregeling niet wordt verbroken of wordt beperkt door een overgang van onderneming. Deze uitleg van art. 7:668a BW is in lijn met de uitspraak *Obras y Servicios Públicos*. Enerzijds stelde het Hof van Justitie in die concrete (Spaanse) zaak immers vast dat de eerdere arbeidsovereenkomsten met de vervreemder ook vóór de overgang niet meetelden. De rechtspositie van de betrokken werknemer veranderde in dat concrete geval dus niet door de overgang. Anderzijds benadrukte het Hof van Justitie dat Richtlijn 2001/23/EG tot doel heeft om te voorkomen dat een betrokken werknemer uitsluitend als gevolg van de overgang van onderneming in een minder gunstige positie komt te verkeren. Dus als eerdere arbeidsovereenkomsten met de vervreemder vóór de overgang van onderneming meetelden, dan is goed verdedigbaar dat deze ook na deze overgang (moeten) blijven meetellen. Overigens is dan nog wel de vraag of de doortelling plaatsvindt onder art. 7:668a lid 1 of lid 2 BW. Tijdens de overgang van onderneming is de toets van opvolgend werkgeverschap als zodanig niet relevant, want de laatste arbeidsovereenkomst loopt in beginsel door en dat zou kunnen impliceren dat art. 7:668a lid 1 BW van toepassing blijft. Indien door de overgang van onderneming ook eerdere arbeidsovereenkomsten op basis van lid 2 van art. 7:668a BW meetellen, zou de positie van de werknemer door de overgang van onderneming ook kunnen zijn verbeterd omdat (anders dan bij lid 1 van dat artikel) ook voorafgaande arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd kunnen meetellen in de keten.<sup>23</sup>

#### Slotopmerking

12. Als gezegd, voor het antwoord op de eerste in deze annotatie gestelde vraag biedt de tekst van Richtlijn 2001/23/EG en het arrest *Obras y Servicios Públicos* aanknopingspunten voor de conclusie dat bij een overgang van onderneming de rechten en verplichtingen van de vervreemder uit eerdere (op het moment van de overgang dus al geëindigde) arbeidsovereenkomsten tussen de vervreemder en de overgegangene

20 A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata II*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 580, voetnoot 138; aldus ook L.G. Verburg, 'Cao-recht: enige beschouwingen over het Nederlandse cao-recht en de richtlijn overgang van ondernemingen', TAP 2010/3, p. 109.

21 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 98 (memorie van toelichting); vgl. HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:182, «JAR» 2018/72 (*Decor Handelsmaatschappij*), r.o. 3.4.7, alsook punt 3.10 van de conclusie van A-G De Bock bij dit arrest (ECLI:NL:PHR:2017:1058).

22 Interessant is in dit verband het arrest van het hof Den Haag 8 juni 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1023, «JAR» 2021/173. Het hof Den Haag oordeelde in die zaak dat de voormalige vrachtvliegers van Martinair op grond van een overgang van onderneming ex art. 7:662 e.v. BW in dienst zijn getreden bij KLM, maar dat de door deze vrachtvliegers gevraagde verklaring voor recht die ziet op een plaatsing van de vrachtvliegers op de senioriteitslijst van KLM in algemene zin en in het kader van eventuele boventaligheid of overtaligheid (uitgaande van behoud van bij Martinair opgebouwde senioriteit) zal worden afgewezen.

23 In gevallen waarin men doortelt onder art. 7:668a lid 1 BW kan een voorafgaande arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd niettemin leiden tot extra bescherming op grond van de zogeheten Ragetlie-regel als bedoeld in art. 7:667 lid 4 BW.

werknemer in beginsel niet overgaan op de verkrijger. Die conclusie – als die inderdaad juist is, want er zijn de nodige argumenten tegen in te brengen – kan in de praktijk ingewikkelde en onduidelijke gevolgen hebben. Ten aanzien van de tweede in deze annotatie gestelde vraag (omtrent behoud van anciënniteit) is duidelijk dat per arbeidsrechtelijke regel of arbeidsvoorwaarde moet worden beoordeeld of de vóór de overgang opgebouwde anciënniteit (nog) meetelt. Voor die beoordeling is niet alleen de uitleg van Richtlijn 2001/23/EG en de Nederlandse implementatie van belang, maar ook de uitleg en ratio van de concrete arbeidsrechtelijke regel of arbeidsvoorwaarde.

mr. S. Palm

Windt Le Grand Leeuwenburgh Advocaten

## 116

### HR: Creative Director Talpa geen billijke vergoeding

Hoge Raad

7 mei 2021, nr. 20/00377, ECLI:NL:HR:2021:701

(mr. Streefkerk, mr. Kroeze, mr. Sieburgh, mr. Watten-dorff, mr. Lock)

(Concl. A-G Langemeijer)

Noot mr. M. Boot

**Ontbinding. Billijke vergoeding. Ernstig verwijtbaar handelen. Schorsing. Re-integratie. Asscher-escape. Art. 81 Wet RO.**

[BW art. 7:669 lid 3 sub g; Wet RO art. 81]

*Essentie: De Creative Director van Talpa komt geen billijke vergoeding toe. Dat de werkgever mogelijk een verwijt kan worden gemaakt van de verstoorde arbeidsrelatie, doet niet af aan de situatie dat de verhoudingen zijn verstoord. Onterechte schorsing levert op zichzelf geen ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever op.*

*Samenvatting: Werknemer is sinds 1 februari 2011 in dienst van Talpa Media B.V. (hierna: Talpa), tot 1 januari 2016 in de functie van creatief directeur en nadien in de functie van Creative Director. Vanaf 2017 krijgt werknemer meermaals te horen dat hij niet naar behoren functioneert en dat de kwaliteit van de televisieprogramma's waar werknemer verantwoordelijk voor is onvoldoende is. Op 6 oktober 2017 is werknemer vanwege zijn onvoldoende functioneren geschorst. Deze schorsing is op verzoek van werknemer in kort geding ongedaan gemaakt. Sinds 7 maart 2018 is werknemer arbeidsongeschikt. Vanaf augustus 2018 zijn partijen in gesprek over de re-integratie van werknemer. De re-integratie is nauwelijks van de grond gekomen. Talpa heeft begin 2019 een ontbindingsverzoek ingediend bij de kantonrechter vanwege een verstoorde arbeidsverhouding. De kantonrechter heeft dit verzoek toegewezen. Voorts heeft de kantonrechter Talpa veroordeeld om aan werknemer een transitievergoeding (€ 39.972 bruto) en een billijke vergoeding (€ 1.026.449,08 bruto) te betalen. Talpa heeft volgens de kantonrechter ernstig verwijtbaar gehandeld door werknemer in 2017 geen verbetertraject aan te bieden, maar hem te schorsen. Voorts heeft zij werknemer de kans ontnomen zich te rehabiliteren. De ont-*

*binding van de arbeidsovereenkomst hield in hoger beroep stand. De toekenning van de billijke vergoeding niet. Het hof kwam tot het oordeel dat Talpa niet ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. In cassatie klaagt werknemer dat het hof ten onrechte niet in de beslissing over het ontbindingsverzoek heeft betrokken in welke mate de verstoorde arbeidsverhouding te wijten is aan Talpa, in het bijzonder doordat deze ten onrechte tot schorsing is overgegaan. Ook bestrijdt werknemer in cassatie het oordeel dat Talpa niet ernstig verwijtbaar zou hebben gehandeld.*

*De A-G overweegt dat het hof in r.o. 5.13 heeft verwezen naar HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220 (zie AR 2018-0216). Daarin is onder meer overwogen dat voor toepassing van de g-grond niet vereist is dat sprake is van enige mate van verwijtbaarheid aan de zijde van de werknemer en dat de omstandigheid dat de werkgever van het ontstaan of voortbestaan van de verstoring in de arbeidsverhouding een verwijt kan worden gemaakt op zichzelf evenmin in de weg staat aan ontbinding op de g-grond. Bij de beoordeling of sprake is van een zodanig verstoorde arbeidsverhouding dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, kan de mate waarin de verstoorde arbeidsverhouding aan een partij (of aan beide partijen) verwijtbaar is, wel gewicht in de schaal leggen, maar die omstandigheid behoeft op zichzelf niet doorslaggevend te zijn. In de zaak van HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2218 (zie AR 2018-1350) heeft de Hoge Raad een verduidelijking gegeven van voornoemde regel en geoordeeld dat de rechter de mate waarin de verstoorde arbeidsverhouding aan de werkgever te verwijten is, zal moeten betrekken bij de beoordeling of van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. De rechter kan daarin aanleiding zien te oordelen dat niet aan de maatstaf voor ontbinding op de g-grond is voldaan. De A-G constateert dat het hof naar laatstgenoemde uitspraak niet expliciet heeft verwezen, maar uit het samenstel van overwegingen blijkt dat het hof de in die beschikking neergelegde rechtsregel niet heeft miskend. Het hof gaat er immers veronderstellenderwijs van uit dat Talpa een verwijt kan worden gemaakt van de verstoring van de arbeidsrelatie en overweegt vervolgens dat dit niet afdoet aan de situatie dat de arbeidsverhouding inmiddels wel ernstig en duurzaam is verstoord. Het hof heeft derhalve in de veronderstelde verwijtbaarheid aan de zijde van Talpa geen aanleiding gezien om te komen tot het oordeel dat niet aan de maatstaf voor ontbinding op de g-grond is voldaan. Tegen deze achtergrond heeft het hof volgens de A-G de beslissing tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst in stand kunnen laten.*

*Werknemer keert zich verder tegen het oordeel van het hof dat het 'enkel maken van een fout' nog geen ernstige verwijtbaarheid oplevert en dat 'bijkomende omstandigheden' daarvoor nodig zijn. In het oordeel van het hof ligt besloten dat Talpa werknemer niet had mogen schorsen en in zoverre een fout heeft gemaakt. De A-G acht die vaststelling niet onverenigbaar met het oordeel dat het schorsen van werknemer op zichzelf niet wordt aangemerkt als ernstig verwijtbaar. Weliswaar wordt deze fout door het hof aan Talpa als werkgever toegerekend, maar er bestaat geen rechtsregel die inhoudt dat het ten onrechte schorsen van een werknemer steeds moet worden aangemerkt als zijnde ernstig verwijtbaar. De omstandigheid dat Talpa werknemer niet vrijwillig weer heeft toegelaten tot het werk en dit eerst heeft gedaan nadat zij in kort geding daartoe was veroordeeld, doet niet af aan de constatering dat Talpa haar fout (de schorsing) heeft hersteld. Het*