CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. SZPUNAR
van 26 oktober 2017 [1]

Zaak C-494/16

Giuseppa Santoro
tegen
Comune di Valderice,
Presidenza del Consiglio dei Ministri

[verzoek van de Tribunale civile di Trapani (rechter in eerste aanleg, sectie civiel, Trapani, Italië) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Sociale politiek – Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd – Met een werkgever uit de publieke sector gesloten overeenkomsten – Maatregelen ter bestraffing van misbruik van overeenkomsten voor bepaalde tijd – Gelijkwaardigheidsbeginsel en doeltreffendheidsbeginsel"

I. Inleiding

1. Dit verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van 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, en de raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, die op 18 maart 1999 werd gesloten (hierna: „raamovereenkomst") en die is opgenomen in de bijlage bij die richtlijn [2]. Het verzoek ligt in de lijn van een aantal verwijzingen door Italiaanse rechterlijke instanties met betrekking tot de verenigbaarheid van het verbod om binnen de publieke sector overeenkomsten voor bepaalde tijd om te zetten in één enkele overeenkomst voor onbepaalde tijd in geval van misbruik door een werkgever van overeenkomsten voor bepaalde tijd. [3]

2. Anders dan in de voorgaande verzoeken vraagt de verwijzende rechter zich in casu evenwel af welke maatregelen moeten worden getroffen ter bestraffing van het misbruik van overeenkomsten voor bepaalde tijd, hetgeen het Hof de gelegenheid biedt tot uitbreiding van zijn rechtspraak over richtlijn 1999/70 en de raamovereenkomst.

1 Oorspronkelijke taal: Frans.

2 PB 1999, L 175, blz. 43.

3 Zie arresten van 7 september 2006, Marrosu en Sardino (C-53/04, EU:C:2006:517); 7 september 2006, Vassallo (C-180/04, EU:C:2006:518); 3 juli 2014, Fiamingo e.a. (C-362/13, C-363/13 en C-407/13, EU:C:2014:2044, punten 62-64), en 26 november 2014, Mascolo e.a. (C-22/13, C-61/13–C-63/13 en C-418/13, EU:C:2014:2401). Zie ook beschikking van de president van het Hof van 16 maart 2010, Affatato (C-3/10, niet gepubliceerd, EU:C:2010:144).

II. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

3. Richtlijn 1999/70 is volgens artikel 1 ervan gericht „op de uitvoering van de […] door de algemene branche-overkoepelende organisaties (EVV, Unice, CEEP) gesloten raamovereenkomst".

4. Artikel 2, eerste alinea, van deze richtlijn bepaalt het volgende:

„De lidstaten doen de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking treden om […] hieraan te voldoen [en moeten] alle nodige maatregelen treffen om de in deze richtlijn voorgeschreven resultaten te allen tijde te kunnen waarborgen. […]"

5. Clausule 5 van de raamovereenkomst („Maatregelen ter voorkoming van misbruik") luidt als volgt: „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.

2. De lidstaten, na raadpleging van de sociale partners, en/of, waar nodig, de sociale partners bepalen onder welke voorwaarden arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd:

a) als ‚opeenvolgend' worden beschouwd;

b) geacht worden voor onbepaalde tijd te gelden."

B. Italiaans recht

6. Richtlijn 1999/70 is omgezet in Italiaans recht bij decreto legislativo n. 368 – Attuazione della direttiva del Consiglio del 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE relativa all'accordo quadro CES, UNICE, CEEP sul lavoro a tempo determinato (wetgevend decreet nr. 368, tot omzetting van richtlijn 1999/70) van 6 september 2001 (GURI nr. 235, van 9 oktober 2001). Artikel 5, lid 2, van dit wetgevend decreet bepaalt in de redactie geldend ten tijde van feiten in het hoofdgeding, het volgende:

„Indien in het geval van een arbeidsovereenkomst van minder dan zes maanden de arbeidsbetrekking meer dan dertig dagen na afloop van die overeenkomst of na het verstrijken van de in artikel 4 bis bedoelde periode voortduurt, of in de andere gevallen meer dan vijftig dagen na het verstrijken daarvan, wordt die overeenkomst vanaf het verstrijken van bovengenoemde termijnen als een overeenkomst voor onbepaalde tijd beschouwd."

7. Artikel 5, lid 4 bis, van dit wetgevend decreet luidt als volgt:

„Onverminderd de bepalingen in de voorgaande leden betreffende opeenvolgende arbeidsovereenkomsten wordt de arbeidsverhouding tussen de werkgever en de werknemer, wanneer deze als gevolg van opeenvolgende overeenkomsten voor bepaalde tijd voor vergelijkbare functies een totale duur van zesendertig maanden overschrijdt, ongeacht perioden van onderbreking tussen de overeenkomsten onderling en met inbegrip van verlengingen en vernieuwingen, overeenkomstig lid 2 geacht te zijn gesloten voor onbepaalde tijd […].”

8. Artikel 36 van decreto legislativo n. 165 – Norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche (wetgevend decreet nr. 165 houdende algemene bepalingen inzake de regeling van het werk van de werknemers in overheidsdienst; hierna: „wetgevend decreet nr. 165/2001”) van 30 maart 2001 (gewone bijlage bij GURI nr. 106 van 9 mei 2001) bepaalt:

„1. Ter dekking van hun normale behoeften maken de overheidsorganen uitsluitend gebruik van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd […].

2. Uitsluitend ter dekking van tijdelijke, uitzonderlijke behoeften mogen de overheidsorganen met inachtneming van de geldende wervingsprocedures gebruikmaken van de flexibele vormen van overeenkomsten voor de aanstelling en de tewerkstelling van het personeel waarin het burgerlijk wetboek en de wetten inzake de arbeidsverhoudingen in loondienst in de onderneming voorzien.

[…]

5. In elk geval kan schending van dwingende bepalingen betreffende de aanstelling of de tewerkstelling van werknemers door de overheidsorganen niet leiden tot de totstandkoming van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd met die overheidsorganen, onverminderd alle aansprakelijkheid en sancties. De betrokken werknemer heeft aanspraak op vergoeding van de schade die het gevolg is van arbeid in strijd met dwingende bepalingen. […]”

9. Artikel 32, lid 5, van legge n. 183 – Deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l’impiego, di incentivi all’occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonche’ misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro (wet nr. 183 betreffende machtiging aan de regering inzake zware beroepen, reorganisatie van instellingen, verloven, verloven zonder wedde en gewettigde afwezigheden, sociale beschermingsmaatregelen, werkgelegenheidsdiensten, maatregelen ter bevordering van de werkgelegenheid, de leertijd, de tewerkstelling van vrouwelijke werkneemsters, alsmede maatregelen ter bestrijding van zwartwerk en bepalingen inzake openbaar ambt en arbeidsgeschillen; hierna: „wet nr. 183/2010”) van 4 november 2010 (gewone bijlage bij GURI nr. 262, van 9 november 2010), luidt als volgt:

„In geval van omzetting van de overeenkomst voor bepaalde tijd veroordeelt de rechter de werkgever, met inachtneming van de criteria van artikel 8 van wet nr. 604 van 15 juli 1966, tot betaling aan de werknemer van een totale vergoeding die minimaal 2,5 keer en maximaal 12 keer het laatste, daadwerkelijk ontvangen totale maandloon bedraagt.”

III. Aan het geding ten grondslag liggende feiten

10. Van 1996 tot 2002 was Giuseppa Santoro in dienst van de Comune di Valderice (gemeente Valderice, Italië) als werkneemster die maatschappelijk nuttig werk verrichtte. Vervolgens is zij bij diezelfde gemeente tot einde 2010 tewerkgesteld op basis van een overeenkomst tot gecoördineerde samenwerking. Op 4 oktober 2010 heeft zij met die gemeente een deeltijdarbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, namelijk tot en met 31 december 2012, gesloten. Deze overeenkomst, die driemaal is verlengd, is beëindigd op 31 december 2016 en heeft derhalve in totaal meer dan vijf jaar geduurd.

11. Aangezien zij van mening is dat deze opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd onrechtmatig zijn, heeft Santoro de zaak aanhangig gemaakt bij de verwijzende rechter en met name gevorderd – primair – dat voornoemde overeenkomsten met ingang van het einde van de 36e maand in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd worden omgezet en – subsidiair – vergoeding van de geleden schade.

12. De verwijzende rechter wijst er in dit verband op dat de schending door een overheidsorgaan van het verbod om bij herhaling arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te sluiten volgens artikel 36, lid 5, van wetgevend decreet nr. 165/2001 geen omzetting van die arbeidsovereenkomst in een overeenkomst voor onbepaalde tijd met zich kan brengen. Dientengevolge kan Santoro, als werkneemster in de publieke sector, enkel vergoeding vorderen van de geleden schade, die krachtens artikel 32, lid 5, van wet nr. 183/2010 beperkt is tot betaling van een totale vergoeding van minimaal 2,5 tot maximaal 12 keer het laatste daadwerkelijk genoten totale maandloon, terwijl werknemers in de particuliere sector naast deze vergoeding recht hebben op omzetting van hun overeenkomsten voor bepaalde tijd in één enkele overeenkomst voor onbepaalde tijd.

13. De Corte suprema di cassazione (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Italië), zitting houdend in verenigde kamers, heeft in zijn arrest nr. 5072/2016 van 15 maart 2016 evenwel vastgesteld dat de benadeelde werknemer – in geval van misbruik van overeenkomsten voor bepaalde tijd door een overheidsorgaan, dat onrechtmatig is op grond van het verbod van artikel 36, lid 1, van wetgevend decreet nr. 165/2001 – naast de hierboven genoemde forfaitaire vergoeding recht heeft op vergoeding van de schade in verband met het „verlies van een kans", die kan worden toegekend indien wordt aangetoond dat de werknemer kansen op een vaste baan is misgelopen.

14. Dit arrest is gewezen in de procedure waarin de rechter in eerste aanleg aan het Hof de vraag had voorgelegd of de uitsluiting van de omzetting van met overheidsorganen gesloten opeenvolgende overeenkomsten voor bepaalde tijd in één enkele arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd verenigbaar is met het Unierecht. In het arrest Marrosu en Sardino[4] heeft het Hof geantwoord dat een dergelijke uitsluiting niet onverenigbaar is met de clausules van de raamovereenkomst bij richtlijn 1999/70 mits de rechtsorde voorziet in de toepassing van een andere effectieve maatregel ter voorkoming, en in voorkomend geval ter bestraffing, van het misbruik van opeenvolgende overeenkomsten voor bepaalde tijd door werkgevers in de publieke sector.

15. Naar aanleiding van dit arrest heeft de rechter in eerste aanleg de benadeelde werknemers niet alleen een vergoeding ten bedrage van minimaal vijf maandsalarissen toegekend, maar tevens een „vergoeding ter compensatie van de gemiste re-integratie" ten bedrage van vijftien daadwerkelijk genoten maandsalarissen. Nadat de rechter in tweede aanleg deze maatregel had bevestigd, heeft de Corte suprema di cassazione in zijn arrest nr. 5072/2016 geoordeeld dat deze „niet passend" was.

4 Arrest van 7 september 2006 (C-53/04, EU:C:2006:517, punt 49).

IV. Procedure en prejudiciële vragen

16. In die context heeft de Tribunale civile di Trapani (rechter in eerste aanleg, sectie civiel, Trapani, Italië) besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vragen voor te leggen:

„1) Vormt de toekenning van een vergoeding van minimaal 2,5 keer en maximaal 12 keer het laatste maandloon (artikel 32, lid 5, van wet nr. [183/2010]) aan een werknemer in de publieke sector wiens arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd op onrechtmatige wijze verschillende keren is verlengd, en die daarnaast alleen volledige vergoeding van de schade kan verkrijgen indien hij aantoont dat hij andere tewerkstellingskansen heeft verloren of dat hij, indien volgens de regels een vergelijkend examen zou zijn georganiseerd, hij daarvoor zou zijn geslaagd, een gelijkwaardige en effectieve maatregel in de zin van de arresten van 7 september 2006, Marrosu en Sardino (C-53/04, EU:C:2006:517), en 26 november 2014, Mascolo e.a. (C-22/13, C-61/13–C-63/13 en C-418/13, EU:C:2014:2401)?

2) Moet het door het Hof (onder meer) in die arresten vermelde gelijkwaardigheidsbeginsel aldus worden begrepen dat wanneer een lidstaat besluit de in de (particuliere sector erkende) omzetting van de arbeidsverhouding niet toe te passen in de publieke sector, die lidstaat in elk geval verplicht is de werknemer eenzelfde resultaat te waarborgen, in voorkomend geval door toekenning van een schadevergoeding die moet overeenkomen met de waarde van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd?”

17. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door Santoro, de gemeente Valderice, de Italiaanse regering en de Europese Commissie; zij waren ook aanwezig op de terechtzitting op 13 juli 2017.

V. Analyse

A. Ontvankelijkheid

18. De Italiaanse regering betoogt in haar schriftelijke opmerkingen dat de verwijzende rechter het feitelijk kader niet juist heeft uiteengezet, zodat de gestelde vragen volgens haar niet-ontvankelijk zijn. Volgens die regering specificeert de verwijzing noch de publieke sector waarbinnen verzoekster in het hoofdgeding onder verschillende contractvormen werkzaam is geweest noch de functies waarin zij was aangesteld, terwijl die gegevens nodig zijn voor de beoordeling of de omstreden verlengingen van de betrokken arbeidsovereenkomsten waren gerechtvaardigd door een „objectieve reden” in de zin van clausule 5, punt 1, onder a), van de raamovereenkomst.

19. Ik vraag me af of de Italiaanse regering enkel haar twijfels over de ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen tot uitdrukking brengt of dat zij formeel bezwaar maakt ten aanzien van dit punt. Ongeacht deze onduidelijkheid slagen de argumenten van de Italiaanse regering niet.

20. Allereerst moet eraan worden herinnerd dat de verwijzingsbeslissing de basis voor de procedure voor het Hof vormt en dat het derhalve onontbeerlijk is dat de nationale rechter daarin met name het feitelijk en juridisch kader van het hoofdgeding uiteenzet.[5]

5 Beschikking van 3 juli 2014, Talasca (C-19/14, EU:C:2014:2049, punten 20 en 21).

21. Bovendien staat het niet aan het Hof om zich in het kader van een prejudiciële verwijzing uit te spreken over de uitlegging van de nationale bepalingen en te beoordelen of de verwijzende rechter deze correct uitlegt. Het Hof moet in het kader van de bevoegdheidsverdeling tussen de rechterlijke instanties van de Unie en die van de lidstaten immers acht slaan op de in de verwijzingsbeschikking omschreven feitelijke en juridische context waarin de prejudiciële vragen moeten worden geplaatst. [6]

22. In dit verband vestig ik de aandacht op het feit dat de verwijzende rechter heeft aangegeven dat Santoro in ondergeschikt verband werkte op grond van een overeenkomst voor bepaalde tijd gedurende een periode die langer heeft geduurd dan de in richtlijn 1999/70 vastgestelde maximumtermijn van 36 maanden. Bovendien wijst de verwijzende rechter er zelf op dat de prejudiciële vragen geen betrekking hebben op de beoordeling van de rechtmatigheid of onrechtmatigheid van de arbeidsovereenkomsten die door de overheidsorganen langer dan toegelaten zijn verlengd, maar enkel op de concrete vaststelling van een „afschrikkende" maatregel die moet worden toegepast in geval van misbruik dat bestaat in de opeenvolging van arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd in de publieke sector.

23. Bijgevolg lijkt voor de verwijzende rechter ondubbelzinnig vast te staan dat de gemeente Valderice misbruik heeft gemaakt van overeenkomsten voor bepaalde tijd en om die reden heeft zijn prejudiciële verwijzing alleen betrekking op de maatregelen waarmee dergelijk misbruik dient te worden bestraft

24. Derhalve stellen de door de verwijzende rechter verstrekte feitelijke gegevens mijns inziens het Hof in staat om een uitspraak te doen over de prejudiciële vragen en ben ik van mening dat de gestelde vragen ontvankelijk zijn.

B. Ten gronde

1. Inleidende opmerkingen

25. Uit clausule 1 van de raamovereenkomst volgt dat het doel daarvan is een kader vast te stellen om misbruik als gevolg van het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd te voorkomen. Bij de uitoefening van hun taak dienen de lidstaten op grond van clausule 5 van de raamovereenkomst maatregelen vast te stellen ter voorkoming van misbruik van overeenkomsten voor bepaalde tijd.

26. Wanneer zulk misbruik toch heeft plaatsgevonden, moeten sanctiemaatregelen kunnen worden toegepast. Een dergelijke maatregel met betrekking tot de omzetting in één enkele overeenkomst voor onbepaalde tijd wordt expliciet bedoeld in clausule 5, punt 2, onder b), van de raamovereenkomst.

27. Een nationale regeling die is vastgesteld om de in richtlijn 1999/70 en de raamovereenkomst voorgeschreven resultaten te waarborgen kan derhalve twee soorten maatregelen bevatten: maatregelen ter voorkoming van misbruik, opgenomen in clausule 5, lid 1, van de raamovereenkomst en sanctiemaatregelen, die met name in clausule 5, punt 2, onder b), van die raamovereenkomst zijn neergelegd. [7]

28. Volgens vaste rechtspraak moet de raamovereenkomst echter aldus worden uitgelegd dat zij in beginsel niet in de weg staat aan een nationale regeling die in geval van misbruik als gevolg van het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd door een werkgever uit de publieke sector, uitsluit dat deze worden omgezet in arbeidsovereenkomsten of

6 Arrest van 23 april 2009, Angelidaki e.a. (C-378/07–C-380/07, EU:C:2009:250, punt 48).

7 Zie in die zin mijn conclusie in de gevoegde zaken Mascolo e.a. (C-22/13, C-61/13–C-63/13 en C-418/13, EU:C:2014:2103, punt 61), en conclusie van advocaat-generaal Poiares Maduro in de zaak Marrosu en Sardino (C-53/04, EU:C:2005:569, punt 29).

arbeidsverhoudingen voor onbepaalde tijd, zoals bepaald in clausule 5, punt 2, van de raamovereenkomst, hoewel in een dergelijke omzetting wel is voorzien voor arbeidsovereenkomsten en arbeidsverhoudingen die zijn aangegaan met een werkgever uit de particuliere sector, wanneer deze regeling voorziet in een andere effectieve maatregel ter voorkoming, en in voorkomend geval ter bestraffing, van misbruik van opeenvolgende overeenkomsten voor bepaalde tijd door een werkgever uit de publieke sector.[8]

2. Prejudiciële vragen

a) Gelijkwaardigheid van de sanctiemaatregelen

1) Voorwerp van de prejudiciële vragen wat het gelijkwaardigheidsbeginsel betreft, standpunten van partijen en inleidende opmerkingen

29. Met zijn eerste prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of de door de Corte suprema di cassazione in zijn arrest nr. 5072/2016 bedoelde compenserende maatregelen gelijkwaardige en effectieve maatregelen zijn. De verwijzende rechter haalt in dit verband passages uit de arresten Marrosu en Sardino[9] en Mascolo e.a.[10] aan en stelt beide vereisten gelijk aan het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel. In zijn tweede prejudiciële vraag komt de verwijzende rechter terug op het gelijkwaardigheidsbeginsel en vraagt hij het Hof uitspraak te doen over de omvang van de schadevergoeding op grond van het verlies van een kans, die aan een werknemer in de publieke sector wordt toegekend ingeval de lidstaat – anders dan in de particuliere sector – besluit de arbeidsverhouding niet om te zetten in een arbeidsverhouding voor onbepaalde tijd. Derhalve kunnen beide vragen vanuit het oogpunt van het gelijkwaardigheidsbeginsel gezamenlijk worden geanalyseerd.

30. De verwijzende rechter is van mening dat in het onderhavige geval de naleving van het gelijkwaardigheidsbeginsel in vergelijking met de situatie van werkgevers in de particuliere sector dient te worden beoordeeld. Vanuit die veronderstelling is hij het niet eens met het standpunt van de Corte suprema di cassazione, die heeft geoordeeld dat de schadevergoeding op grond van een gemiste kans moet overeenstemmen met het herstel van de daadwerkelijke schade, zoals van toepassing in de nationale rechtsorde in burgerlijke zaken. De verwijzende rechter wijst er tevens op dat het voorwerp van de schadevergoeding enkel de waarde van de baan voor onbepaalde tijd kan zijn.

31. De Commissie is het niet eens met die veronderstelling van de verwijzende rechter. Zij is van mening dat de verenigbaarheid van de in de prejudiciële verwijzing genoemde maatregelen met het gelijkwaardigheidsbeginsel moet worden onderzocht in het licht van wat het nationale recht voor gelijksoortige gevallen betreffende dezelfde categorie werknemers in overheidsdienst bepaalt.

32. Allereerst moet eraan worden herinnerd dat het gelijkwaardigheidsbeginsel op het uitgangspunt berust dat personen die door de rechtsorde van de Unie toegekende rechten doen gelden, niet mogen worden benadeeld ten opzichte van personen die zuiver nationale rechten doen gelden. Met de maatregelen die de nationale wetgever bij de nakoming van zijn verplichtingen uit richtlijn 1999/70 heeft vastgesteld om het misbruik van overeenkomsten voor bepaalde tijd door werkgevers in de particuliere sector te bestraffen wordt nog steeds Unierecht uitgevoerd, ook al voorziet het nationale

8 Arrest van 7 september 2006, Vassallo (C-180/04, EU:C:2006:518, punt 42).

9 Arrest van 7 september 2006 (C-53/04, EU:C:2006:517).

10 Arrest van 26 november 2014 (C-22/13, C-61/13–C-63/13 en C-418/13, EU:C:2014:2401).

recht voor de publieke sector in andere maatregelen. Derhalve kunnen de voorwaarden voor beide typen maatregelen niet vanuit het oogpunt van het gelijkwaardigheidsbeginsel worden vergeleken, aangezien deze maatregelen uitsluitend betrekking hebben op de uitoefening van rechten die door de rechtsorde van de Unie zijn toegekend.

33. Gelet op het voorgaande kunnen, wat het gelijkwaardigheidsbeginsel betreft, indien de lidstaat alleen voor de publieke sector compenserende maatregelen vaststelt als sanctiemaatregelen in de zin van clausule 5, punt 2, van de raamovereenkomst, en de in de particuliere sector erkende omzetting in een arbeidsverhouding voor onbepaalde tijd uitsluit, beide situaties niet met elkaar worden vergeleken om vast te stellen of dit beginsel wordt nageleefd, aangezien in beide gevallen sprake is van de uitoefening van rechten die door de rechtsorde van de Unie zijn toegekend.

2) Algemeen beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie

34. Subsidiair kan de vraag worden gesteld of de twijfels van de verwijzende rechter over de gelijkwaardigheid van de maatregelen die gelden voor de publieke sector en die voor de particuliere sector niet in wezen berusten op het algemene beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie, dat vereist dat vergelijkbare situaties niet verschillend worden behandeld en dat ongelijke situaties niet gelijk worden behandeld, tenzij een objectieve reden een dergelijke behandeling rechtvaardigt.

35. Net als de Commissie merk ik in dit verband op dat het Hof reeds heeft geoordeeld dat clausule 5 van de raamovereenkomst zich er in beginsel niet tegen verzet dat het misbruik als gevolg van het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd verschillend wordt behandeld op basis van de sector of categorie waartoe het desbetreffende personeel behoort, mits in het recht van de betrokken lidstaat voor die sector of personeelscategorie is voorzien in een andere effectieve maatregel ter voorkoming en bestraffing van misbruik.[11]

36. Hieruit volgt dat maatregelen waarop tot verschillende categorieën behorende werknemers in het kader van richtlijn 1999/70 zich kunnen beroepen, kunnen verschillen. In die context is de vraag ten aanzien van de gelijkheid in de ruime zin van het woord – in ieder geval rechtstreeks – niet aan de orde. De doeltreffendheid van de sanctiemaatregelen daarentegen zorgt ervoor dat bedoelde werknemers niet worden behandeld op een wijze die strijdig is met het Unierecht.

3) Onderzoek naar gelijksoortige situaties naar nationaal recht

37. Desalniettemin vind ik het nuttig om het onderzoek met betrekking tot het gelijkwaardigheidsbeginsel voort te zetten, omdat mijns inziens bij de verwijzende rechter juist twijfel kan ontstaan wanneer hij naar dit beginsel verwijst en daarvoor naar passende vergelijkbare situaties moet zoeken.

38. Om passende vergelijkbare situaties te identificeren staat het volgens vaste rechtspraak aan de nationale rechterlijke instantie, de enige die rechtstreeks bekend is met de procesregels voor beroepen op het gebied van het arbeidsrecht, zowel het voorwerp als de oorzaak en de voornaamste kenmerken te onderzoeken van vorderingen op basis van nationaal recht, waarvan wordt gesteld dat het vergelijkbare vorderingen zijn.[12] Het Hof kan de nationale rechter voor de beoordeling die hij zal uitvoeren, bepaalde aanwijzingen geven met betrekking tot de uitlegging van het Unierecht.

11 Arrest van 14 september 2016, Martínez Andrés en Castrejana López (C-184/15 en C-197/15, EU:C:2016:680, punten 40, 41 en 48).

12 Zie arresten van 1 december 1998, Levez (C-326/96, EU:C:1998:577, punten 41 en 43), en 16 mei 2000, Preston e.a. (C-78/98, EU:C:2000:247, punten 55 en 56).

39. Zo heeft het Hof in het arrest Transportes Urbanos y Servicios Generales [13] reeds geoordeeld dat een aansprakelijkheidsvordering tegen de staat die gebaseerd is op schending van de nationale grondwet en een aansprakelijkheidsvordering tegen de staat die gebaseerd is op schending van Unierecht vergelijkbaar kunnen worden geacht. Het Hof heeft meer in het bijzonder geoordeeld dat vergoeding van de door de benadeelde persoon geleden schade wegens een handelen of nalaten van de staat het gemeenschappelijk voorwerp van de betrokken vorderingen vormde [14], terwijl het vereiste om alle rechtsmiddelen uit te putten hun voornaamste kenmerk was [15]. Bovendien hadden de betrokken vorderingen volgens advocaat-generaal Poiares Maduro dezelfde oorzaak, namelijk de onrechtmatigheid van het schadeveroorzakende gedrag. [16]

40. Bovendien heeft het Hof op grond van zijn taak om aanwijzingen te geven met betrekking tot de uitlegging van Unierecht, terwijl het de definitieve onderzoeken aan de nationale rechter overliet, in zijn arrest Pontin [17] de procedurevoorschriften vergeleken van de op het Unierecht gebaseerde rechtsvordering tot nietigverklaring en re-integratie van een zwangere werkneemster die tijdens haar zwangerschap is ontslagen, met die van enerzijds de rechtsvordering tot schadevergoeding, die openstaat voor elke ontslagen werknemer, en anderzijds rechtsvorderingen tot nietigverklaring en re-integratie van een wegens huwelijk ontslagen werkneemster. In dezelfde geest heeft het Hof in zijn arrest Bulicke [18] een bepaling met betrekking tot de vervaltermijn voor rechtsvorderingen inzake schadevergoeding wegens schending van het verbod op discriminatie op grond van leeftijd vergeleken met die inzake rechtsvorderingen die betrekking hebben op de bescherming tegen ontslag en ongeldigheid van een overeenkomst voor bepaalde tijd.

41. Inderdaad zijn de aanwijzingen voor de uitlegging in deze beide arresten minder eenduidig dan die in het arrest Transportes Urbanos y Servicios Generales [19], vooral ook omdat zij niet uitputtend zijn aangezien het niet aan het Hof staat om zich in de plaats te stellen van de nationale rechter en zelf vast te stellen of het gelijkwaardigheidsbeginsel is nageleefd. Mijns inziens is de aangevoerde gelijkwaardigheid van de betrokken vorderingen in de arresten Pontin [20] en Bulicke [21] niet gebaseerd op de volkomen gelijkheid van hun voorwerpen in enge zin. Sommige rechtsvorderingen hadden immers betrekking op vergoeding van geleden schade, terwijl andere betrekking hadden op de re-integratie van een werkneemster. Niettemin bevestigen beide arresten dat de gelijksoortigheid van de strekking, de oorzaken en de voornaamste kenmerken volstaat om de rechtsmiddelen als gelijksoortig te beschouwen vanuit het oogpunt van het gelijkwaardigheidsbeginsel.

42. Zo heeft de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen betoogd dat vanuit het oogpunt van het gelijkwaardigheidsbeginsel het voorwerp van de compenserende maatregelen in het Italiaanse recht bestaat in het herstel van de schade die is voortgevloeid uit misbruik door een werkgever in de publieke sector. Mijns inziens moet het onderzoek naar gelijksoortige situaties niet beperkt blijven tot situaties die dezelfde categorie werknemers in overheidsdienst betreffen.

43. Inderdaad heeft het Hof in arrest Edis [22] zijn verduidelijkingen of een nationale regeling aan het gelijkwaardigheidsbeginsel voldoet gebaseerd op de verjaringstermijn die geldt voor de terugbetaling van op het gemeenschapsrecht gebaseerde heffingen of belastingen door niet te verwijzen naar de gunstigere regels die gelden voor vorderingen tot terugvordering uit onverschuldigde betaling tussen

13 Arrest van 26 januari 2010 (C-118/08, EU:C:2010:39).

14 Arrest van 26 januari 2010, Transportes Urbanos y Servicios Generales (C-118/08, EU:C:2010:39, punt 36).

15 Arrest van 26 januari 2010, Transportes Urbanos y Servicios Generales (C-118/08, EU:C:2010:39, punt 37).

16 Conclusie van advocaat-generaal Poiares Maduro in de zaak Transportes Urbanos y Servicios Generales (C-118/08, EU:C:2009:437, punt 30).

17 Arrest van 29 oktober 2009 (C-63/08, EU:C:2009:666, punten 55 en 59).

18 Arrest van 8 juli 2010 (C-246/09, EU:C:2010:418, punten 31 en 34).

19 Arrest van 26 januari 2010 (C-118/08, EU:C:2010:39).

20 Arrest van 29 oktober 2009 (C-63/08, EU:C:2009:666).

21 Arrest van 8 juli 2010 (C-246/09, EU:C:2010:418).

22 Arrest van 15 september 1998 (C-231/96, EU:C:1998:401).

particulieren, die eveneens door de verwijzende rechter waren aangevoerd, maar naar de regels die van toepassing zijn op bezwaar en beroep tegen heffingen en andere belastingen. Het standpunt van het Hof was er echter niet op gebaseerd dat die gunstigere regels niet aan het criterium van soortgelijkheid in de zin van het gelijkwaardigheidsbeginsel zouden voldoen. Integendeel, het Hof heeft zijn standpunt gemotiveerd door erop te wijzen dat dit beginsel niet aldus kan worden uitgelegd, dat het een lidstaat verplicht zijn gunstigste nationale terugvorderingsregeling toe te passen op alle vorderingen die gebaseerd zijn op aan de rechtsorde van de Unie ontleende rechten. [23]

44. Voor het gelijkwaardigheidsbeginsel wordt de gelijksoortigheid derhalve niet gebaseerd op de gelijkheid van de partijen voor wie de betrokken maatregelen openstaan maar op de vergelijkbaarheid van de strekking, oorzaken en voornaamste kenmerken van die maatregelen. In dat licht dient te worden nagegaan of de bewijslast voor het verkrijgen van schadevergoeding wegens het verlies van een kans, de omvang van die schadevergoeding, alsmede de hoogte van de forfaitaire schadevergoeding minder gunstige regels vormen dan die welke van toepassing zijn op andere, gelijksoortige, door het nationale recht beheerste situaties, zodat zij niet in overeenstemming zijn met het Unierecht. [24]

45. Mocht de verwijzende rechter geen andere relevante vergelijking kunnen maken tussen de voorwaarden voor de omstreden vordering en de voorwaarden voor vergelijkbare nationale vorderingen, moet – onder voorbehoud van het onderzoek met betrekking tot het naleven van het doeltreffendheidsbeginsel – overeenkomstig het arrest Palmisani [25] worden geconcludeerd dat het Unierecht zich niet tegen de betrokken nationale regeling verzet. Die benadering is mijns inziens – in elk geval indirect – door het Hof bevestigd in het arrest Impact [26], dat betrekking heeft op richtlijn 1999/70 en de raamovereenkomst [27]. In die zaak had de verwijzende rechter vragen gesteld over het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel. Net als de verwijzende rechter had advocaat-generaal Kokott de betrokken problematiek vanuit het oogpunt van die twee beginselen beschouwd. [28] Zij was van mening dat in dat geval de nationale regeling beide beginselen had geschonden. [29] Het Hof had evenwel in zijn arrest enkel de schending van het doeltreffendheidsbeginsel op het oog. [30]

46. In het licht van het voorgaande ben ik van mening – waarbij ik de uiteindelijke beoordeling aan de verwijzende rechter overlaat – dat de verwijzingsbeslissing geen aanwijzingen bevat dat het gelijkwaardigheidsbeginsel niet is nageleefd, met name gezien het feit dat de verwijzende rechter geen situaties naar nationaal recht heeft weergegeven – met uitzondering van die van werknemers in de particuliere sector – die als gelijksoortig kunnen worden aangemerkt. Ik merk in dit verband op dat de Italiaanse regering ter terechtzitting heeft verklaard dat de schadevergoeding op grond van verlies van een kans, waarvoor dezelfde bewijslast geldt, in het nationale recht algemeen wordt aanvaard. Bovendien wijst de verwijzende rechter erop dat in de nationale rechtsorde in burgerlijke zaken ook het beginsel van herstel van de daadwerkelijke schade geldt. De Commissie voert in haar schriftelijke opmerkingen aan dat het Italiaanse recht eveneens een schadevergoeding lijkt te kennen waarvan de minimum- en maximumbedragen vooraf in een nationale regeling zijn bepaald, wanneer is aangetoond dat niet aan de voorwaarden voor een ontslag wegens geldige reden is voldaan. In die

23 Arrest van 15 september 1998, Edis (C-231/96, EU:C:1998:401, punten 36 en 37).

24 Zie in die zin wat betreft exemplaire of punitieve schadevergoeding arrest van 13 juli 2006, Manfredi e.a. (C-295/04–C-298/04, EU:C:2006:461, punt 99), en wat betreft de maximering van forfaitaire schadevergoedingen arrest van 22 april 1997, Draehmpaehl (C-180/95, EU:C:1997:208, punten 29-31).

25 Arrest van 10 juli 1997 (C-261/95, EU:C:1997:351, punt 39).

26 Zie arrest van 15 april 2008 (C-268/06, EU:C:2008:223).

27 Zie in die zin Póltorak, N., *European Union Rights in National Courts*, Wolters Kluwer, Warschau, 2015, blz. 74.

28 Zie de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Impact (C-268/06, EU:C:2008:2, punten 54-79).

29 Zie de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Impact (C-268/06, EU:C:2008:2, punt 80).

30 Zie arrest van 15 april 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, punten 45-55).

gevallen stijgen de minimum- en maximumbedragen van de schadevergoeding echter naar anciënniteit, hetgeen de verwijzende rechter in aanmerking zal moeten nemen bij zijn onderzoek met betrekking tot de naleving van het gelijkwaardigheidsbeginsel, voor zover hij van oordeel is dat er sprake is van een rechtsmiddel dat gelijksoortig is aan dat in het hoofdgeding.

b) Doeltreffendheid van de sanctiemaatregelen

1) Strekking van de eerste prejudiciële vraag in het licht van het nuttige effect van richtlijn 1999/70 en van het doeltreffendheidsbeginsel

47. Zoals ik al opmerkte in punt 29 van deze conclusie, wenst de verwijzende rechter met zijn eerste prejudiciële vraag met een verwijzing naar passages uit de arresten Marrosu en Sardino [31] en Mascolo e.a. [32] eveneens te vernemen of de door de Corte suprema di cassazione in zijn arrest nr. 5072/2016 bedoelde compenserende maatregelen het doeltreffendheidsbeginsel naleven.

48. De verwijzende rechter is van mening dat de mogelijkheid om het verlies van een kans op een betere baan aan te tonen – in strijd met het doeltreffendheidsbeginsel – zuiver theoretisch is, zodat de forfaitaire schadevergoeding van minimaal 2,5 tot maximaal 12 keer het laatste maandloon het enige instrument is voor de bescherming voor de werknemer, die slachtoffer is geworden van misbruik van overeenkomsten voor bepaalde tijd. Volgens diezelfde rechter kan een dergelijke forfaitaire vergoeding evenwel niet worden aangemerkt als een effectieve afschrikkende maatregel.

49. De Commissie voert in haar schriftelijke opmerkingen aan dat de betrokken compenserende maatregelen verenigbaar met het doeltreffendheidsbeginsel kunnen zijn, mits de vergoeding niet zuiver symbolisch is maar in een passend en volledig herstel van de geleden schade bestaat.

50. Ik merk op dat de verwijzende rechter met zijn verwijzing naar het begrip „gelijkwaardige en effectieve maatregel" in de zin van de arresten Marrosu en Sardino [33] en Mascolo e.a. [34] lijkt te doelen op de punten 53 respectievelijk 79 van die arresten, waarin het Hof erop heeft gewezen dat „wanneer een misbruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd heeft plaatsgevonden, er een maatregel moet kunnen worden toegepast die voorziet in *effectieve en* op het vlak van de werknemersbescherming *gelijkwaardige* garanties, teneinde dit misbruik naar behoren te bestraffen en de gevolgen van de schending van het gemeenschapsrecht ongedaan te maken". [35]

51. Deze formulering, die het Hof stelselmatig in zijn rechtspraak met betrekking tot de raamovereenkomst heeft gebruikt, is een synthese van twee uitgangspunten. Zo merkt het Hof enerzijds steeds op dat het in het kader van richtlijn 1999/70 een zaak van de nationale overheidsinstanties is passende sanctiemaatregelen vast te stellen, die niet alleen evenredig moeten zijn, maar ook voldoende effectief en afschrikkend om ervoor te zorgen dat de krachtens de raamovereenkomst vastgestelde normen hun volle uitwerking krijgen. Anderzijds wijst het Hof erop

31 Arrest van 7 september 2006 (C-53/04, EU:C:2006:517).

32 Arrest van 26 november 2014 (C-22/13, C-61/13–C-63/13 en C-418/13, EU:C:2014:2401).

33 Arrest van 7 september 2006 (C-53/04, EU:C:2006:517, punt 53).

34 Arrest van 26 november 2014 (C-22/13, C-61/13–C-63/13 en C-418/13, EU:C:2014:2401, punt 79).

35 Cursivering van mij.

dat, bij gebreke van een regeling van de Unie op dit gebied, de wijze waarop dergelijke normen ten uitvoer worden gelegd krachtens het beginsel van de procedurele autonomie van de lidstaten een zaak is van de interne rechtsorde van de lidstaten en bijgevolg moet voldoen aan het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel. [36]

52. Betoogd kan worden dat het Hof het begrip „effectiviteit" in twee verschillende contexten gebruikt: enerzijds die van de effectiviteit van het Unierecht in de ruime zin van het woord (nuttig effect) en anderzijds die van het doeltreffendheidsbeginsel, dat de grenzen weergeeft die het Unierecht stelt aan de procedurele autonomie van de lidstaten. Het is duidelijk dat vooral de effectiviteit van het Unierecht (nuttig effect) van de lidstaten verlangt dat zij maatregelen vaststellen die voldoende effectief en afschrikkend zijn om ervoor te zorgen dat de krachtens de raamovereenkomst vastgestelde normen hun volle uitwerking krijgen, terwijl het doeltreffendheidsbeginsel zich beperkt tot het waarborgen dat de regels voor de tenuitvoerlegging van de door de rechtsorde van de Unie toegekende rechten de uitoefening ervan in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken.

53. Die benadering sluit aan bij het arrest Angelidaki e.a. [37] en de beschikkingen Vassilakis e.a. [38] en Koukou [39], waarin het Hof erop heeft gewezen dat de lidstaten alle maatregelen moeten treffen die nodig zijn om enerzijds de door richtlijn 1999/70 voorgeschreven resultaten op elk moment te waarborgen, en anderzijds ervoor te zorgen dat de wijze waarop de krachtens de raamovereenkomst vastgestelde normen ten uitvoer worden gelegd, het recht op een doeltreffende bescherming in rechte met name met inachtneming van het doeltreffendheidsbeginsel waarborgt [40].

54. Gelet op het voorgaande kan de bezorgdheid van de verwijzende rechter over de effectiviteit van de door de Corte suprema di cassazione bedoelde maatregelen aldus worden verstaan dat hij enerzijds wenst te vernemen of het bewijs dat moet worden geleverd om de schadevergoeding wegens het verlies van een kans te kunnen krijgen verenigbaar is met het doeltreffendheidsbeginsel en anderzijds of het nuttige effect van richtlijn 1999/70 en de raamovereenkomst zich niet verzetten tegen de omvang van de betrokken compenserende maatregelen.

2) Ontneemt de bewijslast van het verlies van een kans de effectiviteit aan een sanctiemaatregel?

55. De schadevergoeding wegens het verlies van een kans is volgens de verwijzende rechter zuiver theoretisch, aangezien het voor de werknemer zelfs met behulp van vermoedens juridisch onmogelijk is om – zoals de Corte suprema di cassazione in zijn arrest nr. 5072/2016 vereist – te bewijzen dat hij, indien het overheidsorgaan een vergelijkend examen zou hebben georganiseerd, zou zijn geslaagd, of dat hem andere kansen op een baan zouden zijn ontnomen door de opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Volgens de verwijzende rechter heeft de benadeelde werknemer – anders dan wat volgt uit arrest nr. 5072/2016 – geen daadwerkelijke baat bij vermoedens en heeft het bestuursorgaan bovendien nooit een vergelijkend examen georganiseerd.

36 Zie arresten van 4 juli 2006, Adeneler e.a. (C-212/04, EU:C:2006:443, punten 94, 95 en 102); 7 september 2006, Marrosu en Sardino (C-53/04, EU:C:2006:517, punten 51-53); 7 september 2006, Vassallo (C-180/04, EU:C:2006:518, punten 36-38); 23 april 2009, Angelidaki e.a. (C-378/07–C-380/07, EU:C:2009:250, punten 158-160); 3 juli 2014, Fiamingo e.a. (C-362/13, C-363/13 en C-407/13, EU:C:2014:2044, punten 62 -64), en 26 november 2014, Mascolo e.a. (C-22/13, C-61/13–C-63/13 en C-418/13, EU:C:2014:2401, punten 77-79). Zie ook beschikkingen van 12 juni 2008, Vassilakis e.a. (C-364/07, niet gepubliceerd, EU:C:2008:346, punten 125-127); 24 april 2009, Koukou (C-519/08, niet gepubliceerd, EU:C:2009:269, punten 64-66); 16 maart 2010, Affatato (C-3/10, niet gepubliceerd, EU:C:2010:144, punten 45-47), en 12 december 2013, Papalia (C-50/13, niet gepubliceerd, EU:C:2013:873, punten 20-22).

37 Arrest van 23 april 2009 (C-378/07–C-380/07, EU:C:2009:250, punt 176).

38 Beschikking van 12 juni 2008 (C-364/07, niet gepubliceerd, EU:C:2008:346, punt 149).

39 Beschikking van 24 april 2009 (C-519/08, niet gepubliceerd, EU:C:2009:269, punt 101).

40 Zie beschikkingen van 12 juni 2008, Vassilakis e.a. (C-364/07, niet gepubliceerd, EU:C:2008:346, punt 149), en 24 april 2009, Koukou (C-519/08, niet gepubliceerd, EU:C:2009:269, punt 101).

56. Wat de verplichting betreft om het verlies van kansen op een baan en de hieruit voortvloeiende inkomstenderving te bewijzen, heeft het Hof in de beschikking Papalia [41] geoordeeld – waarbij het Hof de uiteindelijke beoordeling in dit verband aan de nationale rechter overliet – dat niet kan worden uitgesloten dat dit vereiste de uitoefening door die werknemer van de rechten die het Unierecht hem heeft toegekend praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk kan maken.

57. Dit geldt ook in het hoofdgeding, zodat het in casu ook aan de nationale rechter staat om dit te onderzoeken.

3) Ontneemt de omvang van de schadevergoeding wegens het missen van kansen effectiviteit aan een sanctiemaatregel?

58. Wat de omvang van de schadevergoeding wegens het missen van kansen betreft, is de verwijzende rechter van mening dat de vaststelling van effectieve sanctiemaatregelen – overeenkomstig het bepaalde in het nationale recht in burgerlijke zaken – niet beperkt mag blijven tot het herstel van de daadwerkelijke schade, maar moet overeenkomen met de waarde van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

59. Wanneer een lidstaat ervoor kiest een schending van Unierecht door een schadevergoeding te sanctioneren, dan dient die schadevergoeding volgens vaste rechtspraak effectief te zijn en een passend afschrikkend effect te hebben in die zin dat deze zorgt voor een adequaat en volledig herstel van de geleden schade. [42] Die vereisten brengen evenwel niet met zich dat aan een persoon die schade heeft geleden door de schending van Unierecht een punitieve schadevergoeding wordt toegekend die verder gaat dan de volledige vergoeding van de daadwerkelijk geleden schade en die neerkomt op een sanctie. [43]

60. Hieruit volgt dat richtlijn 1999/70 en de raamovereenkomst niet vereisen dat de schadevergoeding wegens het verlies van kansen hoger is dan de schade die de werknemer die slachtoffer is van misbruik van overeenkomsten voor bepaalde tijd, daadwerkelijk heeft geleden.

4) Is de omvang van de forfaitaire vergoeding een voldoende effectieve en afschrikkende sanctiemaatregel?

61. Wat de forfaitaire vergoeding van minimaal 2,5 en maximaal 12 keer het laatstgenoten maandloon van artikel 32, lid 5, van wet nr. 183/2010 betreft, deze komt volgens de constateringen van de verwijzende rechter in geval van omzetting van de overeenkomst voor bepaalde tijd in de particuliere sector enkel in de plaats van de inkomsten die de werknemer zou hebben genoten „in afwachting van" het moment dat hij in het gelijk wordt gesteld. In de publieke sector wordt die forfaitaire vergoeding evenwel, ondanks de bijkomende aard ervan, in de praktijk de enige sanctiemaatregel tegen het misbruik en kan zij niet worden beschouwd als een effectieve afschrikkende maatregel.

41 Zie beschikking van 12 december 2013 (C-50/13, niet gepubliceerd, EU:C:2013:873, punt 32).

42 Zie arresten van 10 april 1984, von Colson en Kamann (14/83, EU:C:1984:153, punt 28); 2 augustus 1993, Marshall (C-271/91, EU:C:1993:335, punt 26), en 17 december 2015, Arjona Camacho (C-407/14, EU:C:2015:831, punt 33).

43 Zie in die zin, wat discriminatie op grond van geslacht betreft, arrest van 17 december 2015, Arjona Camacho (C-407/14, EU:C:2015:831, punt 34).

62. Bij misbruik van overeenkomsten voor bepaalde tijd kan blijken dat de schending gedurende meerdere jaren bij herhaling en stelselmatig plaatsvond.[44] Door de omzetting ervan in één enkele overeenkomst voor onbepaalde tijd kan dit misbruik worden gesanctioneerd en kunnen de gevolgen ervan blijvend worden tenietgedaan, ongeacht het moment waarop het heeft plaatsgevonden. In casu is die mogelijkheid uitgesloten en lijken de compenserende maatregelen waarin het Italiaanse recht voorziet zonder onderscheid van toepassing op alle gevallen van misbruik en steeds binnen de grenzen van artikel 32, lid 5, van wet nr. 183/2010.

63. Volgens het arrest Asociația Accept[45] dient de strengheid van de sancties voor wat de gelijke behandeling in arbeid en beroep betreft evenwel in verhouding te staan tot de ernst van de strafbaar gestelde feiten, met name door te verzekeren dat deze sancties een reële afschrikkende werking hebben, waarbij eveneens het algemene evenredigheidsbeginsel in acht dient te worden genomen. Het lijkt me dat de draagwijdte van deze uitlegging het kader van de discriminatie van werknemers overstijgt, zodat zij ook geldt in de context van richtlijn 1999/70. Ten eerste vinden – zoals ik al opmerkte in punt 52 van deze conclusie – diezelfde criteria van evenredigheid en afschrikking als de bedoelde in arrest Asociația Accept[46] weerklank in de rechtspraak met betrekking tot de raamovereenkomst en clausule 5, punt 2, daarvan. Ten tweede heeft het Hof door in dat arrest het verband tussen de evenredigheid en de afschrikkende werking van de sancties in aanmerking te nemen, met name verwezen naar de rechtspraak met betrekking tot collectieve ontslagen, hetgeen er op wijst dat diezelfde oplossing mutatis mutandis ook buiten het kader van de antidiscriminatierichtlijnen van toepassing is.

64. Inderdaad wordt volgens de bewoordingen van artikel 32, lid 5, van wet nr. 183/2010 het uiteindelijke bedrag van de forfaitaire schadevergoeding, die minimaal 2,5 en maximaal 12 maandlonen bedraagt, vastgesteld door de nationale rechter met inachtneming van de in het Italiaanse recht geformuleerde criteria, waardoor het mogelijk is bij de hoogte van de schadevergoeding rekening te houden met de omstandigheden van het geval. In dit verband heeft de Commissie erop gewezen dat die criteria ook naar het „gedrag" van de werkgever verwijzen – hetgeen niet de stelling staaft dat de forfaitaire schadevergoeding niet als een sanctiemaatregel is bedoeld – en het bijgevolg mogelijk maken dat rekening wordt gehouden met de duur van het misbruik.

65. Wanneer het misbruik evenwel een bepaalde omvang heeft, bereikt de sanctie haar bovengrens. Enerzijds worden dientengevolge eerdere schendingen niet op een evenredige wijze bestraft wanneer sprake is van overduidelijk misbruik en anderzijds kan die standaardisatie van de sancties – in plaats van dat herhaling wordt voorkomen – juist recidive in de hand werken door het bestaan van een algemeen geldend maximum, dat ondanks het herhaaldelijk karakter van het misbruik niet kan worden overschreden. Net als de Commissie ben ik van mening dat de wanverhouding tussen de potentiële omvang van het misbruik, dat gedurende meerdere jaren gevolgen kan hebben gehad, en de forfaitaire schadevergoeding, die maximaal twaalf maandlonen bedraagt, afbreuk kan doen aan het afschrikkend effect van de sanctiemaatregelen.

66. Om een einde te maken aan voortdurende misbruiken zou het maximum van de forfaitaire vergoeding derhalve kunnen worden aangepast met inachtneming van enerzijds de totale duur van de – in strijd met de door het Unierecht toegekende rechten – afgesloten overeenkomsten voor bepaalde tijd en anderzijds het algemene evenredigheidsbeginsel.

44 Uit het verzoek om een prejudiciële beslissing blijkt dat Santoro door de gemeente Valderice gedurende meer dan vijf jaar is tewerkgesteld op basis van overeenkomsten voor bepaalde tijd, en indien ook de overige overeenkomsten met dezelfde entiteit in aanmerking worden genomen die daaraan voorafgaand zonder onderbreking zijn gesloten, zelfs gedurende niet minder dan twintig jaar, namelijk vanaf 1996. Ook blijkt uit het niet betwiste feitelijk kader van de beschikking van 12 december 2013, Papalia (C-50/13, niet gepubliceerd, EU:C:2013:873, punten 8 en 9), dat Papalia zonder onderbreking op basis van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd gedurende bijna dertig jaar, van 1983 tot 2012, bij een *Comune* had gewerkt.

45 Arrest van 25 april 2013 (C-81/12, EU:C:2013:275, punt 63 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

46 Arrest van 25 april 2013 (C-81/12, EU:C:2013:275).

5) Synergie van de sanctiemaatregelen

67. De verwijzende rechter heeft opgemerkt dat de Corte suprema di cassazione in zijn arrest nr. 5072/2016 heeft geoordeeld dat niet alleen compenserende maatregelen kunnen voldoen aan de voorwaarden die voortvloeien uit de rechtspraak van het Hof, maar ook maatregelen met betrekking tot de aansprakelijkheid van de bestuurder die verantwoordelijk kan worden gesteld voor het misbruik van de overeenkomst voor bepaalde tijd. Ik vraag me in dit verband af of zulke maatregelen een compensatie kunnen zijn voor de tekortkomingen van de forfaitaire vergoeding, die voortvloeien uit het feit dat deze geen voldoende afschrikkende maatregel is waarmee eerdere inbreuken kunnen worden bestraft en recidive kan worden voorkomen.

68. Uit het door de Italiaanse regering geschetste nationale wettelijk kader blijkt dat de nationale wetgever ten minste drie maatregelen heeft vastgesteld die betrekking hebben op de verantwoordelijken voor het misbruik van overeenkomsten voor bepaalde tijd. Vreemd genoeg heeft de verwijzende rechter die bepalingen in zijn verwijzingsbeslissing niet in aanmerking genomen. Mijns inziens moet niet elke maatregel op zich maar het geheel van sanctiemaatregelen voldoende effectief en afschrikkend zijn.

69. Een dergelijke oplossing past mijns inziens ook in de logica van de raamovereenkomst. Uit de bewoordingen van clausule 5, punt 1, van de raamovereenkomst blijkt immers dat de lidstaten teneinde misbruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd te voorkomen gehouden zijn „een of meer van de maatregelen" van die clausule vast te stellen. De lidstaten beschikken in dat verband zelfs over een nog grotere beoordelingsmarge, aangezien zij naar keuze een of meer van de in clausule 5, punt 1, van de raamovereenkomst genoemde maatregelen kunnen invoeren, of gebruik kunnen maken van bestaande gelijkwaardige wettelijke maatregelen.[47] Hetzelfde geldt mijns inziens voor de sanctiemaatregelen van clausule 5, punt 2, van de raamovereenkomst. De lidstaten zijn dus tevens vrij in hun keuze van sanctiemaatregelen en daarenboven is geen enkele sanctievorm bij voorbaat al uitgesloten.[48]

70. Op dit punt levert bovendien de rechtspraak met betrekking tot richtlijn 76/207/EEG[49] betreffende de gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers nuttige informatie op. Net als richtlijn 1999/70 schrijft die richtlijn voor de sanctiemaatregelen in geval van inbreuk op de door die richtlijn toegekende rechten niet een bepaalde vorm voor. Wanneer een lidstaat evenwel besluit om als sanctie op die inbreuk een recht op schadevergoeding toe te kennen, dan kunnen de bepalingen die een passende financiële vergoeding waarborgen, zoals het Hof heeft opgemerkt, worden „gekoppeld" aan een boeteregeling.[50]

71. Hieruit volgt dat de combinatie van verschillende maatregelen inbreuken op het Unierecht naar behoren kan bestraffen. De afschrikkende werking van de sanctiemaatregelen dient derhalve te worden beoordeeld door niet alleen de maatregelen in aanmerking te nemen die ten goede komen aan werknemers die slachtoffer van misbruik van overeenkomsten voor bepaalde tijd zijn geworden, maar ook het geheel van beschikbare maatregelen.

72. Niettemin moet erop worden gewezen dat voor ten minste één van de maatregelen waarin de door de Italiaanse regering beschreven nationale wetgeving voorziet, als voorwaarde geldt dat bij het misbruik van de overeenkomsten voor bepaalde tijd sprake was van opzet of ernstige fout. Het staat aan de verwijzende rechter om te beoordelen of die voorwaarde de verantwoordelijken in de praktijk

47 Arrest van 26 februari 2015, Commissie/Luxemburg (C-238/14, EU:C:2015:128, punt 38).

48 Zie conclusie van advocaat-generaal Kokott in de gevoegde zaken Angelidaki e.a. (C-378/07–C-380/07, EU:C:2008:686, punt 91).

49 Richtlijn van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (PB 1976, L 39, blz. 40).

50 Zie arresten van 10 april 1984, von Colson en Kamann (14/83, EU:C:1984:153, punt 18), en 10 april 1984, Harz (79/83, EU:C:1984:155, punt 18).

niet de mogelijkheid biedt om de sancties stelselmatig te ontlopen, waardoor de betrokken maatregelen hun effectiviteit en afschrikkend effect zouden verliezen. Hetzelfde geldt voor de eventuele uitsluiting van aansprakelijkheid door de autoriteiten wanneer zij een beslissing nemen over de gevolgen van het door bestuurders gepleegde misbruik.

73. Dat er meerdere sancties bestaan mag overigens niet ertoe leiden dat de effectiviteit van een van de betrokken maatregelen wordt afgezwakt doordat deze niet meer verenigbaar is met het Unierecht. De lidstaten dienen het door het Unierecht voorgeschreven resultaat te waarborgen. In ieder geval dient te worden voldaan aan het doeltreffendheidsbeginsel en – indien een passende vergelijking binnen het nationale recht kan worden gevonden – het gelijkwaardigheidsbeginsel. De beoordelingsvrijheid die aan de lidstaten is toegekend, moet ook worden gebruikt met inachtneming van het Unierecht en de algemene beginselen daarvan [51], en met name – ingeval het gaat om het recht om beroep in rechte aan te tekenen – het beginsel van doeltreffende rechtsbescherming. Dit betekent dat wanneer een lidstaat compenserende maatregelen heeft ingevoerd, een symbolische maatregel, ook wanneer er meerdere sanctiemaatregelen bestaan, nooit als een juiste en effectieve toepassing van de raamovereenkomst kan worden aangemerkt, aangezien een verwaarloosbare schadevergoeding geen passende compenserende maatregel kan vormen. Om dezelfde redenen kan een forfaitaire vergoeding, hoewel die door de nationale wetgever kan worden ingevoerd, nooit helemaal in de plaats komen van de volledige vergoeding van de geleden schade. [52]

74. Gelet op al het voorgaande geef ik het Hof in overweging de door de verwijzende rechter voorgelegde vragen aldus te beantwoorden dat richtlijn 1999/70 en de raamovereenkomst alsmede het nuttige effect van beide zich niet verzetten tegen een nationale regeling zoals die in het hoofdgeding, die in geval van misbruik van opeenvolgende overeenkomsten voor bepaalde tijd door een overheidswerkgever de omzetting van de arbeidsverhouding in de publieke sector uitsluit, terwijl deze wel in de particuliere sector als sanctiemaatregel wordt erkend, en daarentegen voorziet in:

– een forfaitaire vergoeding van minimaal 2,5 keer en maximaal 12 keer het laatste maandloon voor de werknemer in de publieke sector die slachtoffer is van misbruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, op voorwaarde dat die vergoeding een voldoende afschrikkende maatregel vormt, hetgeen met name kan worden gewaarborgd door een maximumbedrag te bepalen, dat hoger is naargelang de totale duur van het misbruik van overeenkomsten voor bepaalde tijd of door het synergetisch effect met enige andere sanctiemaatregel naar nationaal recht;

– de mogelijkheid voor de werknemer om herstel van de daadwerkelijk geleden schade te verkrijgen, wanneer voor het recht op herstel als voorwaarde geldt dat hij aantoont dat hij kansen op een vaste baan is misgelopen of dat hij, indien volgens de regels een vergelijkend examen door het overheidsorgaan zou zijn georganiseerd, daarvoor zou zijn geslaagd.

Onder voorbehoud van die bijzonderheden bevat de verwijzingsbeslissing geen aanwijzingen dat in het onderhavige geval de nationale regeling niet zou voldoen aan het doeltreffendheidsbeginsel en het gelijkwaardigheidsbeginsel. Niettemin staat het aan de nationale rechter om in dit opzicht de uiteindelijke beoordeling te verrichten.

51 Zie in die zin, vanuit het oogpunt van clausule 5, punt 1, van de raamovereenkomst, arrest van 10 maart 2011, Deutsche Lufthansa (C-109/09, EU:C:2011:129, punt 37).

52 Zie over de samenhang tussen forfaitaire compenserende maatregelen en maatregelen die zijn gebaseerd op het beginsel van volledige vergoeding van de geleden schade arrest van 22 april 1997, Draehmpaehl (C-180/95, EU:C:1997:208, punten 32-37).

Conclusie

75. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van de Tribunale civile di Trapani te beantwoorden als volgt:

„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, en de raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, die is opgenomen in de bijlage bij die richtlijn, alsmede het nuttige effect van beide verzetten zich niet tegen een nationale regeling zoals die in het hoofdgeding, die in geval van misbruik van opeenvolgende overeenkomsten voor bepaalde tijd door een overheidswerkgever de omzetting van de arbeidsverhouding in de publieke sector uitsluit, terwijl deze wel in de particuliere sector als sanctiemaatregel wordt erkend, en daarentegen voorziet in:

– een forfaitaire vergoeding van minimaal 2,5 keer en maximaal 12 keer het laatste maandloon voor de werknemer in de publieke sector die slachtoffer is van misbruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, op voorwaarde dat die vergoeding een voldoende afschrikkende maatregel vormt, hetgeen met name kan worden gewaarborgd door een maximumbedrag te bepalen, dat hoger is naargelang de totale duur van het misbruik van overeenkomsten voor bepaalde tijd of door het synergetisch effect met enige andere sanctiemaatregel naar nationaal recht;

– de mogelijkheid voor de werknemer om herstel van de daadwerkelijk geleden schade te verkrijgen, wanneer voor het recht op herstel als voorwaarde geldt dat hij aantoont dat hij kansen op een vaste baan is misgelopen of dat hij, indien volgens de regels een vergelijkend examen door het overheidsorgaan zou zijn georganiseerd, daarvoor zou zijn geslaagd.

Onder voorbehoud van die bijzonderheden bevat de verwijzingsbeslissing geen aanwijzingen dat in het onderhavige geval de nationale regeling niet zou voldoen aan het doeltreffendheidsbeginsel en het gelijkwaardigheidsbeginsel. Niettemin staat het aan de nationale rechter om in dit opzicht de uiteindelijke beoordeling te verrichten.”