



# Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

E. TANCHEV

fremsat den 9. september 2021<sup>1</sup>

**Sag C-232/20**

**NP**

**mod**

**Daimler AG, Mercedes-Benz Werk Berlin**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg (regional appeldomstol i arbejdsretlige sager i Berlin-Brandenburg, Tyskland))

»Præjudiciel forelæggelse – socialpolitik – betydningen af »midlertidigt« i henhold til artikel 1 i direktiv 2008/104/EF – direktiv 2008/104, artikel 5, stk. 5, i direktiv 2008/104/EF – overgangsbestemmelser, der afskærer vikaransatte fra at påberåbe sig udsendelse til en brugervirksomhed før en bestemt dato – indførelse af maksimal udsendelsesperiode for vikaransatte hos brugervirksomheder i en medlemsstats lovgivning – vikaransattes ret til en tidsbegrænset arbejdsaftale med en brugervirksomhed ved misbrug af vikararbejde«

1. Denne præjudicielle forelæggelse fra Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg (regional appeldomstol i arbejdsretlige sager i Berlin-Brandenburg, Tyskland) (herefter »den forelæggende ret«) vedrører fortolkningen af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/104/EF af 19. november 2008 om vikararbejde<sup>2</sup>. Den forelæggende ret ønsker i det væsentlige en afklaring af nedenstående fire spørgsmål.

2. Vedrører ordet »midlertidigt« i artikel 1 i direktiv 2008/104 for det første kun den periode, hvor en vikaransat er udsendt til en brugervirksomhed, eller er ordet »midlertidigt« også knyttet til arten af det arbejde, der skal udføres, således at der hverken ved faste stillinger eller stillinger, der ikke oprettes for at få en afløser for fraværende ansatte (herefter »afløser«), på noget tidspunkt kan være tale om »midlertidigt« arbejde.

3. Er det for det andet foreneligt med EU-retten, at en medlemsstats lovgiver – i dette tilfælde Tysklands – indfører en maksimal periode, hvorefter udsendelsen af en vikaransat ikke længere kan anses for midlertidig, samtidig med at den vikaransatte afskæres fra at påberåbe sig udsendelsesperioder forud for en bestemt dato ved vurderingen af, om den maksimale periode er overskredet, navnlig når en udelukkelse af sådanne perioder medfører, at brugervirksomheden har overholdt den maksimale udsendelsesperiode?

<sup>1</sup> – Originalsprog: engelsk.

<sup>2</sup> – EUT 2008, L 327, s. 9. Jf. tidligere dom af 11.4.2013, Della Rocca (C-290/12, EU:C:2013:235), af 17.3.2015, AKT (C-533/13, EU:C:2015:173), af 17.11.2016, Betriebsrat der Ruhrlandklinik (C-216/15, EU:C:2016:883), af 14.10.2020, JH mod KG (Successive udsendelser i forbindelse med vikaransættelse) (C-681/18, EU:C:2020:823), og af 3.6.2021, TEAM POWER EUROPE (C-784/19, EU:C:2021:427), samt mit forslag til afgørelse Manpower Lit (C-948/19, EU:C:2021:624) (verserende). Jf. også Rettens dom af 13.12.2016, IPSO mod ECB (T-713/14, EU:T:2016:727).

4. For det tredje ønsker den forelæggende ret oplyst, om anerkendelse af en tidsbegrænset arbejdsaftale mellem en brugervirksomhed og en vikaransat er et retsmiddel sikret ved EU-retten, såfremt det fastslås, at den samme vikaransatte har haft successive udsendelser til samme brugervirksomhed for at omgå bestemmelserne i direktiv 2008/104 på en måde, der er i strid med artikel 5, stk. 5, i direktiv 2008/104 (herefter »misbrug af vikararbejde«).

5. For det fjerde ønsker den forelæggende ret oplyst, om forlængelsen af den maksimale individuelle udsendelsesperiode i medfør af tysk lovgivning i henhold til direktiv 2008/104 ligeledes kan overlades til overenskomstparterne? Såfremt svaret er bekræftende, gælder dette da også for overenskomstparter, som ikke har kompetence for den pågældende vikaransattes ansættelsesforhold, men for brugervirksomhedens branche?

6. Jeg er nået til den konklusion, at selv om ordet »midlertidigt« i artikel 1, stk. 1, i direktiv 2008/104 betyder »af begrænset varighed« eller »ikke permanent«<sup>3</sup>, vedrører det kun den pågældende vikaransattes udsendelsesperiode og ikke den stilling, vedkommende er udstationeret til, således at faste stillinger og stillinger, der ikke oprettes for at få afløsere, ikke automatisk er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 2008/104. Der skal dog tages hensyn til arbejdets art, herunder om det er en fast stilling, når det vurderes, om der er en objektiv forklaring på vikaransattes successive udsendelser til samme brugervirksomhed<sup>4</sup>, således at de ikke udgør misbrug af vikararbejde i strid med artikel 5, stk. 5, i direktiv 2008/104<sup>5</sup>.

7. En medlemsstats lovgivning, som udtrykkeligt udelukker, at der tages hensyn til udsendelsesperioder før en bestemt dato, selv om de ligger efter gennemførelsen af direktiv 2008/104, hvor en sådan udelukkelse er relevant for vurderingen af, om der er sket misbrug af vikararbejde, er desuden i strid med artikel 5, stk. 5, i direktiv 2008/104, når den inkluderer varigheden af en udsendelsesperiode, som en vikaransat ellers ville have kunnet påberåbe sig. Inden for rammerne af et horisontalt søgsmål mellem to privatpersoner skal der dog kun ses bort fra en medlemsstats lovgivning, der giver mulighed for en sådan udelukkelse, hvis dette ikke tjener som grundlag for en fortolkning contra legem af den pågældende medlemsstat lovgivning, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at afgøre<sup>6</sup>.

8. Når dette er sagt, kræves det i henhold til EU-retten ikke, at der foreligger en anerkendelse af en tidsbegrænset arbejdsaftale mellem en virksomhed og en vikaransat, for at det kan fastslås, at der er sket misbrug af vikararbejde<sup>7</sup>.

9. I betragtning af den faste regel om, at arbejdsretlige bestemmelser i EU-direktiver ikke blot kan gennemføres ved lov, men også ved generelle kollektive overenskomster<sup>8</sup>, bør det endelig nævnes, at forlængelsen af den maksimale individuelle udsendelsesperiode i henhold til tysk lovgivning kan overlades til overenskomstparterne, der kun har kompetence i den sektor, som brugervirksomheden tilhører. Den begrænsning, der er beskrevet i punkt 7, finder dog tilsvarende anvendelse på sådanne overenskomster.

<sup>3</sup> – Som konkluderet i punkt 51 i generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse JH mod KG (Successive udsendelser i forbindelse med vikaransættelse) (C-681/18, EU:C:2020:300).

<sup>4</sup> – JH mod KG (Successive udsendelser i forbindelse med vikaransættelse) (C-681/18, EU:C:2020:823, præmis 71).

<sup>5</sup> – Jf. nedenfor, punkt 36-55.

<sup>6</sup> – Jf. nedenfor, punkt 56-67.

<sup>7</sup> – Jf. nedenfor, punkt 68-72.

<sup>8</sup> – F.eks. generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse AKT (C-533/13, EU:C:2014:2392, punkt 72).

## I. Retsforskrifter

### A. EU-retten

10. Artikel 1 i direktiv 2008/104 har overskriften »Anvendelsesområde«. Artikel 1, stk. 1, har følgende ordlyd:

»Dette direktiv finder anvendelse på arbejdstagere, som har indgået en arbejdsaftale eller et ansættelsesforhold med et vikarbureau og udsendes til brugervirksomheder for midlertidigt at udføre arbejdsopgaver under disses tilsyn og ledelse.«

### B. Tysk lovgivning

11. Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (lov om vikararbejde) (herefter »AÜG«) indeholdt i den fra 1. december 2011 til 31. marts 2017 gældende affattelse følgende bestemmelse i § 1, stk. 1, andet punktum: »Udsendelse af arbejdstagere til brugervirksomheder sker på midlertidig basis.«

12. I henhold til forelæggelsesafgørelsen var der indtil april 2017 ikke fastsat nogen konkret sanktion for overtrædelse af denne bestemmelse<sup>9</sup>, men ifølge AÜG's § 9 var kontrakter mellem vikarbureauer og brugervirksomheder og mellem vikarbureauer og vikaransatte bl.a. ugyldige, når vikarbureauet ikke havde den tilladelse, der var krævet i henhold til AÜG. Det følger desuden af AÜG's § 10, at et ansættelsesforhold i dette tilfælde blev anset for at være etableret mellem brugervirksomheden og den vikaransatte.

13. Ved Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze (lov om ændring af lov om vikararbejde og andre love) af 21. februar 2017 blev AÜG ændret med virkning fra den 1. april 2017. I AÜG's § 1 blev der indsat et nyt stk. 1b med følgende ordlyd:

»Vikarbureauet må ikke udsende den samme vikaransatte til den samme brugervirksomhed i mere end 18 måneder i træk; brugervirksomheden må ikke have den samme vikaransatte ansat i mere end 18 måneder i træk. Perioden for tidligere udsendelser fra samme eller et andet vikarbureau til samme brugervirksomhed medregnes fuldt ud, hvis der ikke er mere end tre måneder mellem de enkelte udsendelser. I en overenskomst mellem overenskomstparter i den branche, hvor anvendelsen finder sted, kan der fastsættes en maksimal udsendelsesperiode, som afviger fra første punktum. [...] I en lokal- eller tjenesteaftale, som er indgået på grundlag af en overenskomst mellem overenskomstparter i den branche, hvor anvendelsen finder sted, kan der fastsættes en maksimal udsendelsesperiode, som afviger fra første punktum. [...]«

14. I AÜG's § 9, stk. 1, blev der indsat et nr. 1b:

»Ugyldige er:

[...]

<sup>9</sup> – Dette bestrides dog i Forbundsrepublikken Tysklands skriftlige indlæg.

1b. ansættelsesaftaler mellem vikarbureauet og den vikaransatte med overskridelse af den tilladte maksimale udsendelsesperiode i henhold til § 1, stk. 1b, medmindre den vikaransatte til udløbet af en måned efter overskridelsen af den tilladte maksimale udsendelsesperiode erklærer skriftligt over for vikarbureauet eller brugervirksomheden, at han fastholder ansættelsesaftalen med vikarbureauet

[...]«

15. I AÜG's § 10, stk. 1, første punktum, er retsvirkningen af ugyldigheden nu reguleret:

»Såfremt aftalen mellem et vikarbureau og en vikaransat er ugyldig i henhold til § 9, lægges det til grund, at der er indgået et ansættelsesforhold mellem brugervirksomheden og den vikaransatte på det tidspunkt for arbejdets begyndelse, som er aftalt mellem vikarbureauet og brugervirksomheden; såfremt ugyldigheden først indtræder, efter at arbejdet hos brugervirksomheden er indledt, anses ansættelsesforholdet mellem brugervirksomheden og den vikaransatte for indgået på det tidspunkt, hvor ugyldigheden indtrådte [...]«

16. AÜG's § 19, stk. 2, indeholder en overgangsbestemmelse (»overgangsbestemmelsen«):

»Udsendelsesperioder før den 1. april 2017 medregnes ikke ved beregningen af den maksimale udsendelsesperiode i henhold til § 1, nr. 1b [...]«

17. The »Tarifvertrag zur Leih-/Zeitarbeit in der Metall- und Elektroindustrie in Berlin und Brandenburg vom 01.06.2017« (overenskomst om vikararbejde/midlertidigt arbejde i metal- og elektroindustrien i Berlin og Brandenburg af 1.6.2017) indeholder en udtrykkelig henvisning til undtagelsesbestemmelsen i AÜG's § 1, nr. 1b. I henhold til overgangsbestemmelsen skal overenskomstparterne aftale den maksimale udsendelsesperiode på virksomheder uden lokalaftale. Hvis der ikke opnås enighed, gælder en maksimal udsendelsesperiode på 36 måneder fra den 1. juni 2017.

18. For sagsøgtes virksomhed i Berlin findes der ingen lokalaftale. Ifølge en yderligere samlet lokalaftale for virksomheden (mellem sagsøgte og det centrale personaleudvalg) af 20. september 2017 kan anvendelsen af midlertidigt beskæftigede arbejdstagere i produktionen ikke overstige en maksimal varighed på 36 måneder. For midlertidigt beskæftigede arbejdstagere, som allerede var ansat den 1. april 2017, medregnes i denne periode kun perioder efter den 1. april 2017.

## II. Faktiske omstændigheder, retsforhandlinger og de præjudicielle spørgsmål

19. Sagsøgeren, NP (herefter »sagsøgeren«), har siden den 1. september 2014 været ansat i et vikarbureau til en løn på 9,36 EUR pr. time<sup>10</sup>. Ved ansættelsesforholdets begyndelse blev varigheden af ansættelsen to gange begrænset til en periode på et år og fortsatte derefter uden tidsbegrænsning. Sagsøgerens udsendelse blev forlænget 18 gange over en periode på 56 måneder.

20. Det fremgik af tillægget til arbejdsaftalen mellem sagsøgeren og vikarbureauet, at sagsøgeren skulle arbejde som metalarbejder hos brugervirksomheden D. (herefter »den sagsøgte«) på dennes automobilvirksomhed i Berlin. De arbejdsopgaver i motorfremstillingen, som skulle udføres på

<sup>10</sup> – Ifølge sagsøgerens skriftlige indlæg. Det fremgår af samme skriftlige indlæg, at timelønnen i henhold til den kollektive overenskomst for metalsektoren i Berlin er 15,50 EUR pr. time.

virksomheden, var beskrevet i denne tillægsaftale. I henhold til sagsøgerens ansættelsesaftale med vikarbureauet fandt bestemte overenskomster med gyldighed for vikarbranchen anvendelse på ansættelsesforholdet.

21. I perioden fra den 1. september 2014 til den 31. maj 2019 var sagsøgeren udelukkende udsendt til den sagsøgte som brugervirksomhed. Han arbejdede fast i motorfremstillingen. Der var ikke tale om et vikariat. Denne periode var kun afbrudt i to måneder (fra den 21.4.2016 til den 20.6.2016), mens sagsøgeren var på forældreorlov.

22. Den 27. juni 2019 anlagde sagsøgeren sag ved Arbeitsgericht Berlin (arbejdsretten i Berlin, Tyskland) og nedlagde påstand om, at det blev anerkendt, at der havde bestået et ansættelsesforhold mellem parterne siden en bestemt dato, subsidiært en række andre datoer<sup>11</sup>.

23. Det fremgår af anmodningen om præjudiciel afgørelse, at sagsøgeren i første instans bl.a. gjorde gældende, at udsendelsen til den sagsøgte ikke kan kvalificeres som »midlertidig«, og at overgangsbestemmelsen i AÜG's § 19, stk. 2, er i strid med EU-retten.

24. Den sagsøgte er af den opfattelse, at kriteriet »midlertidig« er præciseret af lovgiver med virkning fra den 1. april 2017. Efter denne dato kan den maksimale udsendelsesperiode på 18 måneder fraviges ved overenskomst. Desuden er den maksimale udsendelsesperiode på 36 måneder, som er fastsat i den samlede lokalaftale af 20. september 2017, ikke overskredet, idet der kun skal tages hensyn til perioder efter den 1. april 2017.

25. Arbeitsgericht Berlin (arbejdsretten i Berlin, Tyskland) tilsluttede sig ved dom af 8. oktober 2019 den sagsøgte retsopfattelse.

26. Den 22. november 2019 blev sagen appelleret til den forelæggende ret. Den forelæggende ret har forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Skal udsendelse af en vikaransat til en brugervirksomhed ikke længere anses for »midlertidig« som omhandlet i artikel 1 i direktiv 2008/104 allerede af den grund, at beskæftigelsen sker på en arbejdsplads, som forefindes permanent, og som ikke besættes [af en afløser]?
- 2) Skal udsendelse af en vikaransat i en periode på under 55 måneder [ikke længere anses for at være] »midlertidig« som omhandlet i artikel 1 i direktiv 2008/104?
- 3) Såfremt det første og/eller det andet spørgsmål besvares bekræftende, opstår følgende tillægsspørgsmål:
  - 3.1) Har den vikaransatte krav på indgåelse af et ansættelsesforhold med brugervirksomheden, selv om national ret ikke indeholder en sådan sanktion før den 1. april 2017?
  - 3.2) Er en national bestemmelse som § 19, stk. 2, i [AÜG] i strid med artikel 1 i direktiv 2008/104, når den første gang med virkning fra den 1. april 2017 foreskriver en maksimal individuel udsendelsesperiode på 18 måneder, men udtrykkeligt ikke tager hensyn til tidligere udsendelsesperioder, [selv om] udsendelsen ikke længere kan kvalificeres som midlertidig, hvis de tidligere perioder medregnes?

<sup>11</sup> – Siden den 1.10.2015, subsidiært siden den 1.3.2016, mere subsidiært siden den 1.11.2016, endnu mere subsidiært siden den 1.10.2018 og mest subsidiært siden den 1.5.2019.

3.3) Kan udvidelsen af den maksimale individuelle udsendelsesperiode overlades til overenskomstparterne? Såfremt svaret er bekræftende: Gælder dette også for overenskomstparter, som ikke har kompetence for den pågældende vikaransattes ansættelsesforhold, men for brugervirksomhedens branche?«

27. Der er indgivet skriftlige indlæg til Domstolen af sagsøgeren, den sagsøgte, Forbundsrepublikken Tyskland, Den Franske Republik og Europa-Kommissionen. Der er ikke afholdt retsmøde.

### III. Indledende bemærkninger

28. Det skal for det første bemærkes, at der i de præjudicielle spørgsmål henvises til fortolkningen af ordet »midlertidig« i artikel 1 i direktiv 2008/104, selv om direktivets artikel 1 reelt henviser til udsendelse »til brugervirksomheder for *midlertidigt* at udføre arbejdsopgaver« (min fremhævelse)<sup>12</sup>. Af nedenstående årsager foreslår jeg, at de præjudicielle spørgsmål omformuleres. Derved erstattes adjektivet »midlertidig« også af adverbiet »midlertidigt«.

29. Det skal for det andet også bemærkes, at forelæggelsesafgørelsen blev fremsendt af den forelæggende ret den 13. maj 2020, inden Domstolen den 14. oktober 2020 afsagde dom i sagen JH mod KG (Successive udsendelser i forbindelse med vikaransættelse) (herefter »KG-dommen«)<sup>13</sup>. Dommen vedrørte netop de spørgsmål, som den forelæggende ret skal tage stilling til i den foreliggende sag: i) de retlige konsekvenser af flere successive udsendelser af en vikaransat til en enkelt brugervirksomhed til at udfylde en stilling, uden at der var tale om afløser, og ii) hvorvidt den vikaransatte sagsøger i henhold til direktiv 2008/104 var berettiget til at få anerkendt, at der forelå en tidsubegrænset arbejdsaftale med en brugervirksomhed, såfremt der skete misbrug af vikararbejde.

30. Tvisten i KG-sagen blev dog anset for at være en tvist om artikel 5, stk. 5, i direktiv 2008/104 og ikke direktivets artikel 1, og der figurerer også argumenter vedrørende artikel 5, stk. 5, i direktiv 2008/104 i de skriftlige indlæg, selv om de præjudicielle spørgsmål ikke vedrører en fortolkning af denne bestemmelse. I betragtning af lighederne mellem tvisten i hovedsagen og den tvist, Domstolen behandlede i KG-sagen, er de rejste problemstillinger i nærværende sag i et vist omfang enten blevet løst ved den afgørelse, eller afgørelsen har i det mindste givet et grundlag for at løse tvisten i hovedsagen. Dette forslag til afgørelse er således i vid udstrækning inspireret af Domstolens konklusion i KG-sagen

31. For det tredje skal artikel 5, stk. 5, i direktiv 2008/104 i forlængelse heraf sammenholdes med artikel 1 ved besvarelsen af de to første præjudicielle spørgsmål. Som fremhævet af den franske regering i sit skriftlige indlæg fremgår det af sagsakterne, at den forelæggende ret ved at anmode om en fortolkning af ordet »midlertidigt« i artikel 1 i direktiv 2008/104 ikke forsøger at få klarlagt, om sagsøgeren er omfattet af dette direktivs anvendelsesområde. Den forelæggende ret ønsker derimod i det væsentlige oplyst, om brugen af en række på hinanden følgende tidsbegrænsede aftaler hos samme brugervirksomhed er udtryk for misbrug af vikarbegrebet, idet sagsøgeren har gjort gældende, at 18 forlængelser af hans aftale over en periode på 56 måneder var udtryk for misbrug.

<sup>12</sup> – Jf. oversigten over forskellige sproglige versioner nedenfor i fodnote 21.

<sup>13</sup> – C-681/18 (EU:C:2020:823).

32. Som den franske regering desuden har fremhævet i sit skriftlige indlæg, følger det af fast retspraksis, at »Domstolen med henblik på at give den nationale ret, som har forelagt det præjudicielle spørgsmål, et hensigtsmæssigt svar kan inddrage EU-regler, som den nationale ret ikke har henvist til i sine præjudicielle spørgsmål«<sup>14</sup>. Det kan i givet fald påhvile Domstolen at omformulere spørgsmålene<sup>15</sup>.

33. Under disse omstændigheder foreslår jeg, at det første og det andet præjudicielle spørgsmål omformuleres til et enkelt spørgsmål:

»1) Skal artikel 5, stk. 5, første punktum, i direktiv 2008/104, sammenholdt med ordet »midlertidigt« i artikel 1 i direktiv 2008/104, læses således, at bestemmelsen udelukker, at en vikaransat kan udsendes til samme brugervirksomhed over en periode på mere end 55 måneder til en fast stilling, der ikke besættes af en afløser, ved brug af successive udsendelser, der har til formål at omgå bestemmelserne i direktiv 2008/104?«

34. Spørgsmål 3.1 og 3.2 vedrører begge ændringer i tysk lovgivning, der trådte i kraft den 1. april 2017. Den ene ændring vedrører indførelsen af en maksimal udsendelsesperiode, således at der efter udløbet af denne periode anses for at være sket misbrug af vikararbejde (jf. ovenstående punkt 13), mens den anden ændring vedrører misligholdelsesbeføjelser (jf. ovenstående punkt 14 og 15). Det kunne derfor være mere logisk at stille spørgsmålene i omvendt rækkefølge og at forenkle ordlyden som følger:

»2) Er en medlemsstats lovgivning, der efter den 1. april 2017 foreskriver en maksimal udsendelsesperiode til samme virksomhed på 18 måneder, men som udtrykkeligt undlader at tage højde for udsendelsesperioder forud for denne dato med det formål at afgøre, om der er sket misbrug af vikararbejde, forenelig med artikel 5, stk. 5, i direktiv 2008/104, når udsendelsen ikke længere kan karakteriseret som midlertidig, hvis udsendelsesperioderne før den 1. april 2017 tages med i betragtning?

3) Hvis det andet spørgsmål besvares benægtende, er en vikaransat da berettiget til i henhold til direktiv 2008/104 at blive fastansat hos brugervirksomheden, såfremt det konkluderes, at der foreligger misbrug af vikararbejde i henhold til artikel 5, stk. 5, i direktiv 2008/104<sup>16</sup>?«

35. Spørgsmål 3.3 kan forblive uændret, bortset fra, at nummereringen ændres, så det bliver det fjerde spørgsmål.

<sup>14</sup> – Dom af 28.2.2013, Petersen (C-544/11, EU:C:2013:124, præmis 24 og den deri nævnte retspraksis). Jf. f.eks. også kendelse af 4.2.2016, Baudinet m.fl. (C-194/15, ikke trykt i Sml., EU:C:2016:81, præmis 22 og den deri nævnte retspraksis). Som nævnt i punkt 45 i mit forslag til afgørelse Manpower Lit (C-948/19, EU:C:2021:624) tilkommer det i forhold til direktiv 2008/104 Domstolen i medfør af den procedure, der er fastsat i artikel 267 TEUF, at give den nationale ret et brugbart svar, som sætter retten i stand til at afgøre den verserende sag.

<sup>15</sup> – Ibidem, punkt 45 og den deri nævnte retspraksis. Jf. tilsvarende KG-dommen, præmis 49 og den deri nævnte retspraksis.

<sup>16</sup> – Der bruges udtrykket »misbrug« (på engelsk: »abuse«) i det præjudicielle spørgsmål. Udtrykket er her erstattet af »misbrug« (i betydningen »fejlagtig brug«) (på engelsk: »misuse«) af vikararbejde i overensstemmelse med ordlyden af artikel 5, stk. 5, i direktiv 2008/104.

## IV. Besvarelse af de omformulerede spørgsmål

### A. Besvarelse af det første spørgsmål

36. Det første spørgsmål bør besvares således:

»Når det afgøres, om artikel 5, stk. 5, første punktum, i direktiv 2008/104, sammenholdt med ordet »midlertidigt« i artikel 1 i direktiv 2008/104, udelukker, at en vikaransat over en periode på mere end 55 måneder kan udsendes til samme brugervirksomhed til en fast stilling, der ikke besættes af en afløser, skal den nationale domstol i en medlemsstat som følge af EU-retten foretage følgende analyse:

- i) Ligger varigheden af den samlede tjenesteperiode efter flere successive udsendelser af en vikaransat til samme brugervirksomhed inden for rammerne af det, der med rimelighed kan anses for at være en udsendelse til en brugervirksomhed »for midlertidigt at udføre arbejdsopgaver« i henhold til artikel 1, stk. 1, i direktiv 2008/104?
- ii) Er der en objektiv forklaring på beslutningen om at lade samme brugervirksomhed gøre brug af successive tidsbegrænsede aftaler med vikarbureauer?
- iii) Er bestemmelser i direktiv 2008/104 blevet omgået?
- iv) Lå der efter en afvejning af alle disse faktorer og inddragelse af alle omstændigheder bag de successive aftaler med vikarbureauer et skjult (tidsbegrænset) arbejdsforhold i strid med artikel 5, stk. 5, i direktiv 2008/104?»

#### 1. Betydningen af »midlertidigt«

37. Som fremhævet i generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse i AKT-sagen »definerer [direktiv 2008/104] ikke vikararbejde og tager heller ikke sigte på at opregne de tilfælde, som kan begrunde anvendelsen af denne form for arbejde. Det anføres derimod i 12. betragtning, at direktivet har til hensigt at respektere arbejdsmarkedernes forskellighed«<sup>17</sup>. Medlemsstaterne har bibeholdt en betydelig skønsmargen til at afgøre, om brugen af vikararbejde i den konkrete situation er berettiget<sup>18</sup>, og direktiv 2008/104 bestemmer »alene, at der skal indføres minimumskrav«<sup>19</sup>.

38. Selv om udtrykket »midlertidigt« i artikel 1 i direktiv 2008/104 ud fra en fortolkning af ordlyden skal fortolkes bredt for ikke at bringe virkeliggørelsen af disse mål eller direktivets effektive virkning i fare ved på en urimelig og ubegrundet måde at indskrænke dets anvendelsesområde<sup>20</sup>, henviser artikel 1, stk. 1, i direktiv 2008/104 til varigheden af udsendelsen af den vikaransatte og ikke til den besatte stilling.

<sup>17</sup> – C-533/13 (EU:C:2014:2392, punkt 113).

<sup>18</sup> – Ibidem, punkt 114.

<sup>19</sup> – KG-dommen, præmis 41.

<sup>20</sup> – Domstolen nåede frem til denne konklusion om betydningen af »arbejdstager« i henhold til direktiv 2008/104. Jf. dom af 17.11.2016, Betriebsrat der Ruhrlandklinik (C-216/15, EU:C:2016:883, præmis 36). I mit forslag til afgørelse Manpower Lit (C-948/19, EU:C:2021:624, punkt 71) er jeg af samme årsag fortaler for en bred fortolkning af artikel 1, stk. 2, i direktiv 2008/104 om udøvelse af »økonomisk aktivitet«.



39. Artikel 1, stk. 1, vedrører vikariansatte, der er *udsendt* til en brugervirksomhed »for midlertidigt at udføre arbejdsopgaver«<sup>21</sup>. Denne formulering tyder med andre ord på, som også Kommissionen har gjort gældende i sit skriftlige indlæg, at det er ansættelsesforholdet mellem den vikariansatte og brugervirksomheden, der er midlertidigt, og ikke den stilling, som den vikariansatte er udsendt til at beklæde, idet direktivet intet nævner om arbejdets art, og der således ikke er noget, der tyder på, at den stilling, som den vikariansatte er udsendt til at beklæde, ikke kan være en fast stilling. Der kan drages samme konklusion ved at foretage en fortolkning af ordlyden af artikel 3, stk. 1, litra a), b), c) og e), i direktiv 2008/104 med definitionen af henholdsvis arbejdstager, vikarbureau, vikariansat og udsendelse<sup>22</sup>. I dommen i KG-sagen henviste Domstolen nemlig til disse bestemmelser, da den fastslog, at det er »ansættelsesforholdet« med en brugervirksomhed, der »i sin natur er midlertidigt«<sup>23</sup>.

40. Som anført i Forbundsrepublikken Tysklands skriftlige indlæg viser direktivets ordlyd, at medlemsstaterne har vide skønsbeføjelser ved gennemførelsen af ordet »midlertidigt« under forudsætning af, at en midlertidig udsendelse ikke bliver en uforholdsmæssig lang udsendelse, der har karakter af en tidsbegrænset udsendelse.

41. Argumenterne i sagsøgerens skriftlige indlæg for, at alt ud fra den sammenhæng, hvori ordet »midlertidigt« anvendes i artikel 1, stk. 1, og formålet med direktiv 2008/104 taler for, at ordet lægger sig til den besatte stilling samt udsendelsen af den vikariansatte, kan ikke tiltrædes. I 12. betragtning til direktiv 2008/104 henvises der til, at »arbejdsmarkedernes og arbejdsmarkedsrelationernes forskellighed« skal respekteres<sup>24</sup>, og dette formål ville blive bragt i fare, hvis begrebet »midlertidigt« var knyttet til den stilling, som en vikariansat er udsendt til, og dermed ville det påvirke medlemsstaternes skønsbeføjelse til at tillade udsendelse af vikariansatte til faste stillinger, der ikke er oprettet for at få en afløser. Som det desuden blev fremhævet i KG-dommen, henviser direktivet i 15. betragtning til »[a]rbejdsaftaler uden tidsbegrænsning« samt i artikel 6, stk. 1 og 2, i direktiv 2008/104 til »faste ansættelsesforhold« som den almindelige form for ansættelsesforhold<sup>25</sup>. Det modsatte er et ansættelsesforhold eller en udsendelse, der er tidsbegrænset.

42. De væsentligste formål med direktiv 2008/104 fremgår af direktivets artikel 2 og vedrører skabelsen af fleksible former for arbejde, jobskabelse og beskyttelse af vikariansatte<sup>26</sup>. Der er ingen tydelig forbindelse mellem disse formål og det at knytte begrebet »midlertidigt« sammen med den stilling, hvortil den vikariansatte er udsendt. Det samme gælder for det formål, der ligger til grund for direktiv 2008/104, at anvendelsen af vikararbejde ikke bør ende med at blive en permanent situation<sup>27</sup>. Som den sagsøgte har fremhævet i sit skriftlige indlæg, kan det ikke udledes af

<sup>21</sup> – Udtrykket »midlertidigt at udføre arbejdsopgaver« gengives i andre sprogversioner af artikel 1, stk. 1, i direktiv 2008/104. Jf. f.eks. den engelske version: »to work temporarily«, den franske version: »afin de travailler de manière temporaire«, den bulgarske version: »на временна работа«, den tyske version: »um vorübergehend [...] zu arbeiten«, den spanske version: »a fin de trabajar de manera temporal«, den italienske version: »per lavoro temporaneo«, den portugisiske version: »temporariamente [...] a fim de trabalhar«, den slovakiske version: »na dočasný výkon práce«, den tjekkiske version: »po přechodnou dobu pracovali«, den polske version: »w celu wykonywania tymczasowo pracy«, den hollandske version: »tijdelijk te werken« og den svenske version: »för att temporärt arbeta«. Jf. også generaladvokat Sharpstons analyse i KG-sagen (C-681/18, EU:C:2020:300, punkt 51). I modsætning til det, sagsøgeren har gjort gældende i sit skriftlige indlæg, er ingen af de sproglige nuancer, der måtte være mellem de forskellige sprogversioner, tilstrækkelige til at skabe tvivl om betydningen.

<sup>22</sup> – Det er væsentligt, at der ved udtrykket »udsendelse« i medfør af artikel 3, stk. 1, litra e), i direktiv 2008/104 forstås »den periode, hvor den vikariansatte udstationeres i brugervirksomheden for midlertidigt at udføre arbejdsopgaver under dennes tilsyn og ledelse«.

<sup>23</sup> – KG-dommen, præmis 61.

<sup>24</sup> – Jf. i denne forbindelse især generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse AKT (C-533/13, EU:C:2014:2392, punkt 113-115).

<sup>25</sup> – KG-dommen, præmis 62.

<sup>26</sup> – Jf. også 18. betragtning om den forbedrede minimumsbeskyttelse af vikariansatte.

<sup>27</sup> – KG-dommen, præmis 60.

formålene om jobskabelse og integration af arbejdstagere på arbejdsmarkedet (jf. 11. betragtning), at det i sig selv er udelukket, at der kan udsendes arbejdstagere på vikarbasis til *faste stillinger*.

43. Endelig er jeg tilbøjelig til at acceptere Kommissionens og Forbundsrepublikken Tysklands argumenter om, at tilblivelseshistorien for artikel 1, stk. 1, i direktiv 2008/104 ikke knytter begrebet »midlertidigt« til arten af den stilling, som en vikaransat udsendes til<sup>28</sup>, uagtet at sagsøgeren har fremført det modsatte<sup>29</sup>.

44. Udtrykket »midlertidigt« henviser således udelukkende til udsendelsen af den vikaransatte og betyder »af begrænset varighed« og »ikke permanent«<sup>30</sup>; udtrykket vedrører kun den periode, hvori den pågældende vikaransatte er udsendt.

## 2. Misbrug af vikararbejde

45. Når dette er sagt, fører det her anførte – i modsætning til det i sagsøgerens skriftlige indlæg anførte – ikke til, at der gives grønt lys for udsendelse af vikaransatte til faste stillinger eller stillinger, der ikke er oprettet for at få afløsere, i en tidsbegrænset periode. Selv om det i KG-dommen blev konkluderet, at artikel 5, stk. 5, i direktiv 2008/104 »ikke [pålægger] medlemsstaterne at begrænse antallet af successive udsendelser af en og samme arbejdstager til en og samme brugervirksomhed eller at bestemme, at de tekniske, produktionsmæssige eller organisatoriske hensyn eller det behov for at erstatte arbejdstagere, som begrunder brugen af denne form for tidsbegrænset ansættelse, skal *angives*«<sup>31</sup>, blev det tilsvarende konkluderet i KG-dommen, at artikel 5, stk. 5, i direktiv 2008/104 har til formål at vedtage passende foranstaltninger til at forebygge misbrug i) ved anvendelsen af de fravigelser fra ligebehandlingsprincippet, som er tilladte efter denne bestemmelse, og ii) ved successive udsendelser, der har til formål at omgå bestemmelserne i direktivet som helhed<sup>32</sup>, hvor sidstnævnte forpligtelse er bredere<sup>33</sup>.

46. Det blev således fastslået i KG-dommen, at det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve den retlige kvalificering af ansættelsesforholdet i lyset af såvel selve direktiv 2008/104 som de bestemmelser i medlemsstatens lovgivning, der gennemfører direktivet, med henblik på at vurdere, om der er tale om et tidsbegrænset ansættelsesforhold, der *opretholdes kunstigt* gennem flere på hinanden følgende kontrakter om vikararbejde, *der har til formål at omgå* formålene med direktiv 2008/104, navnlig vikararbejdets midlertidige karakter<sup>34</sup>.

<sup>28</sup> – Forbundsrepublikken Tyskland og Kommissionen har henvist til det oprindelige forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om vikaransattes arbejdsforhold (KOM(2002) 149 endelig), Europa-Parlamentets holdning fastlagt ved førstebehandlingen den 21.11.2002 med henblik på vedtagelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/.../EF om vikararbejde (EUT 2004, C 25 E, s. 368), det ændrede direktivforslag (KOM(2002) 701) og fælles holdning (EF) nr. 24/2008 af 15.9.2008 fastlagt af Rådet i henhold til fremgangsmåden i artikel 251 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab med henblik på vedtagelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om vikararbejde (EUT 2008, C 254 E, s. 36).

<sup>29</sup> – De kilder, som sagsøgeren har udvalgt, afspejler ikke lovgivers hensigt om at udelukke alle faste stillinger en masse fra anvendelsesområdet for direktiv 2008/104. Jf. Europa-Parlamentets holdning fastlagt ved førstebehandlingen den 21.11.2002 med henblik på vedtagelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/.../EF om vikararbejde (EUT 2004, C 25 E, s. 368, på s. 373), fælles holdning (EF) nr. 24/2008 af 15.9.2008 fastlagt af Rådet i henhold til fremgangsmåden i artikel 251 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab med henblik på vedtagelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om vikararbejde (EUT 2008, C 254 E, s. 36, på s. 41) og meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet i henhold til EF-traktatens artikel 251, stk. 2, andet afsnit, vedrørende Rådets fælles holdning med henblik på vedtagelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om vikararbejde – Politisk enighed om en fælles holdning (beslutningstagning med kvalificeret flertal) (KOM(2008) 569 endelig), s. 6.

<sup>30</sup> – Som konkluderet i punkt 51 i generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse KG (C-681/18, EU:C:2020:300).

<sup>31</sup> – KG-dommen, præmis 42. Min fremhævelse.

<sup>32</sup> – Ibidem, præmis 55.

<sup>33</sup> – Ibidem, præmis 57.

<sup>34</sup> – Ibidem, præmis 67.

47. Domstolen tilføjede, at den forelæggende ret i forbindelse med denne vurdering kan tage hensyn til følgende: a) Hvorvidt successive udsendelser af en og samme vikariansatte til en og samme brugervirksomhed fører til en tjenesteperiode hos denne virksomhed, der er længere, end hvad der med *rimelighed kan anses* for »midlertidig«, idet dette kan tyde på, at der er tale om misbrug af successive udsendelser som omhandlet i artikel 5, stk. 5, første punktum, i direktiv 2008/104. Denne konklusion blev bl.a. draget i lyset af, at successive udsendelser af en og samme vikariansatte til en og samme brugervirksomhed påvirker den ligevægt, der med dette direktiv er opnået mellem fleksibilitet for arbejdsgiverne og sikkerhed for arbejdstagerne, ved at undergrave sidstnævnte, og b) når der i et konkret tilfælde *ikke er givet nogen objektiv forklaring* på, hvorfor den berørte brugervirksomhed tyer til flere på hinanden følgende kontrakter om vikararbejde, tilkommer det den nationale ret – inden for rammerne af de nationale retlige rammer og under hensyntagen til omstændighederne i hver enkelt sag – at tage stilling til, om en af bestemmelserne i direktiv 2008/104 er *omgået*, især når det er en og samme vikariansatte, som er udsendt til brugervirksomheden på baggrund af det pågældende sæt kontrakter<sup>35</sup>.

48. Varigheden af en udsendelse som vikariansat er, således som den franske regerings har anført i sit skriftlige indlæg, kun et af de elementer, der skal tages i betragtning, når det afgøres, om der er sket misbrug af vikararbejde. Som det fremgår af elementerne i den ovenfor gengivne afgørelse i KG-sagen, er medlemsstaternes domstole i henhold til artikel 5, stk. 5, i direktiv 2008/104, sammenholdt med direktivets artikel 1, stk. 1, forpligtet til at foretage følgende vurdering:

- i) Ligger varigheden af den samlede tjenesteperiode efter flere successive udsendelser til samme brugervirksomhed inden for rammerne af det, der med rimelighed kan anses for at være en udsendelse til en brugervirksomhed »for midlertidigt at udføre arbejdsopgaver« i henhold til artikel 1, stk. 1, i direktiv 2008/104?
- ii) Er der en objektiv forklaring på beslutningen om at lade samme brugervirksomhed gøre brug af successive tidsbegrænsede aftaler med vikarbureauer?
- iii) Er bestemmelser i direktiv 2008/104 blevet omgået?
- iv) Lå der efter en afvejning af alle disse faktorer og inddragelse af alle omstændigheder bag de successive aftaler med vikarbureauer et skjult tidsbegrænset arbejdsforhold i strid med artikel 5, stk. 5, i direktiv 2008/104?

49. Det er i nr. ii), at arten af det arbejde, som en vikariansat er udsendt til at udføre, bliver relevant, herunder hvorvidt det er en fast stilling og ikke en stilling, der er oprettet for at få en afløser. Afgørelsen i KG-sagen er ikke til hinder for, at der i denne sammenhæng tages »tekniske, produktionsmæssige eller organisatoriske« hensyn, idet det blot blev konkluderet i KG-dommen, at disse hensyn ikke skulle »angives«, uden at der blev givet en objektiv forklaring på denne undtagelse<sup>36</sup>.

50. En virksomhed med igangværende forskning og udvikling kan f.eks. have behov for at udvide gruppen af arbejdstagere inden for et bestemt fagområde, hvor virksomheden normalt kun beskæftiger fastansatte arbejdstagere. Behovet for vikariansatte kan skyldes de foreløbige resultater af et forsknings- og udviklingsprojekt. En sådan udvidelse kan i første omgang finde sted ved at gøre brug af vikariansatte, enten fordi man endnu ikke har fået tiltrukket investorer til at udvikle forskningsresultaterne, eller fordi selve forskningsarbejdet endnu ikke er afsluttet. Dette

<sup>35</sup> – Ibidem, præmis 68-71.

<sup>36</sup> – Ibidem, præmis 42.

er den form for forklaring, som en national dommer i lyset af alle omstændighederne kan nå frem til er en objektiv forklaring på, at der gentagne gange er gjort brug af vikaransatte, selv om de pågældende stillinger ikke er oprettet for at få afløsere og i øvrigt permanent er besat i den pågældende brugervirksomhed.

51. Det fremgår måske ikke tydeligt af KG-dommen, hvorvidt det er en forudsætning for, at der kan være sket misbrug af vikararbejde, at det konkluderes, at andre bestemmelser end selve artikel 5, stk. 5, i direktiv 2008/104 er blevet omgået<sup>37</sup>.

52. Jeg er dog tilbøjelig til at mene, at dette ikke er tilfældet, eftersom Domstolen konkluderede i KG-dommen, at der med successive udsendelser af en og samme vikaransatte til en og samme brugervirksomhed sker en omgåelse af selve kernen i bestemmelserne i direktiv 2008/104<sup>38</sup>. Domstolen fandt desuden i KG-dommen, at en af de *forpligtelser*, som medlemsstaterne er pålagt i medfør af artikel 5, stk. 5, er at træffe passende foranstaltninger for at undgå successive udsendelser, der har til formål at omgå bestemmelserne i direktiv 2008/104 som helhed<sup>39</sup>, og at direktiv 2008/104 »skal få medlemsstaterne til at sikre, at vikararbejdet hos en og samme brugervirksomhed ikke ender med at blive en permanent situation [...]«<sup>40</sup>.

53. Der er med afgørelsen i KG-sagen opbakning til den fortolkning, at enhver tilsidesættelse af andre forpligtelser i medfør af direktiv 2008/104 end de forpligtelser, der følger af artikel 5, stk. 5, såsom garantien for samme løn til vikaransatte og medarbejdere, der ansættes direkte af brugervirksomheden til udførelse af samme arbejdsopgave [jf. artikel 5, stk. 1, i direktiv 2008/104 i kombination med direktivets artikel 3, stk. 1, litra f)]<sup>41</sup>, er relevant for den afgørelse, der til sidst skal træffes af den forelæggende ret i forbindelse med trin iv) i rettens vurdering (se ovenstående punkt 48) af, hvorvidt der, efter at alle sagens omstændigheder er inddraget, bag de successive aftaler med vikarbureauer ligger et skjult tidsubegrænset arbejdsforhold i strid med artikel 5, stk. 5, i direktiv 2008/104. Det bemærkes, at den omhandlede situation i hovedsagen vedrører 18 forlængelser over en periode på 56 måneder.

54. Denne tilgang afspejler, som det også blev konkluderet i KG-dommen, at vikaransattes garanti for »væsentlige arbejds- og ansættelsesvilkår« i henhold til artikel 5, stk. 1, i direktiv 2008/104, sammenholdt med artikel 3, stk. 1, litra f), i direktiv 2008/104, skal fortolkes bredt for at sikre, at chartret overholdes<sup>42</sup>.

55. Af disse grunde bør det første spørgsmål besvares som anført i ovenstående punkt 36.

<sup>37</sup> – Jf. især KG-dommen, præmis 71. Sagsøgeren har under alle omstændigheder i sit skriftlige indlæg gjort gældende, at han har været udsat for urimelig behandling på en måde, der er i strid med artikel 4 i direktiv 2008/104 i forhold til både løn og risikoen for arbejdsløshed.

<sup>38</sup> – KG-dommen, præmis 70.

<sup>39</sup> – KG-dommen, præmis 55. Jf. også præmis 57.

<sup>40</sup> – KG-dommen, præmis 60.

<sup>41</sup> – Som allerede nævnt er den manglende betaling af ligeløn i det mindste påtalt af sagsøgeren i hans skriftlige indlæg.

<sup>42</sup> – KG-dommen, præmis 54. Det skal tilføjes, at denne fortolkningsmæssige forpligtelse gælder i forhold til artikel 5, stk. 1, og artikel 3, stk. 1, litra f), i direktiv 2008/104, uagtet at medlemsstaterne ikke »gennemfører« EU-retten i den i chartrets artikel 51, stk. 1, anvendte betydning, når de mere end overholder de minimumskrav, der er fastsat i direktiv 2008/104. Jf. mit forslag til afgørelse Manpower Lit (C-948/19, EU:C:2021:624, punkt 61).

## **B. Besvarelse af det andet spørgsmål**

56. Det andet spørgsmål bør besvares med, at en medlemsstats lovgivning, som udtrykkeligt udelukker, at der tages hensyn til udsendelsesperioder før en bestemt dato, selv om de ligger efter gennemførelsen af direktiv 2008/104, hvor en sådan udelukkelse er relevant for vurderingen af, om der er foregået misbrug af vikararbejde, er i strid med artikel 5, stk. 5, i direktiv 2008/104, når den inkluderer varigheden af en udsendelsesperiode, som en vikaransat ellers ville have kunnet påberåbe sig. Inden for rammerne af et horisontalt søgsmål mellem to privatpersoner skal der kun ses bort fra en medlemsstats modstridende lovgivning, der giver mulighed for en sådan udelukkelse, hvis dette ikke tjener som grundlag for en fortolkning *contra legem* af medlemsstatens lovgivning, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at afgøre.

57. Dette har følgende årsager.

58. Forbundsrepublikken Tysklands gennemførelse af artikel 5, stk. 5, i direktiv 2008/104 var i henhold til AÜG's § 1, stk. 1, andet punktum, oprindeligt begrænset til, at »udsendelse af arbejdstagere til brugervirksomheder sker på midlertidig basis«<sup>43</sup>, hvor de eneste mulige misligholdelsesbeføjelser var de ovennævnte sanktioner (jf. punkt 12). Selv om dette kunne være gennemførelse med laveste fællesnævner, er det ikke sådan, at man med gennemførelsen »undlader at træffe foranstaltninger med henblik på at sikre, at karakteren af vikararbejde forbliver midlertidig« på en måde, der er i strid med artikel 5, stk. 5, i direktiv 2008/104<sup>44</sup>.

59. Hvis det ikke var for lovreformen, der trådte i kraft i Tyskland 1. april 2017 (jf. ovenfor, punkt 13-16), og den ovenfor beskrevne analyse i forhold til det første spørgsmål (jf. punkt 36), kunne sagsøgeren have gjort gældende, at en udsendelse til den sagsøgte på fire år og ni måneder, der varede fra den 1. september 2014 til den 31. maj 2019, i henhold til EU-retten under alle omstændigheder svarede til misbrug af vikararbejde i strid med artikel 5, stk. 5, i direktiv 2008/104, når det tages i betragtning, at Forbundsrepublikken Tyskland var forpligtet til at gennemføre dette direktiv senest med virkning fra den 5. december 2011. AÜG's § 1, stk. 1, andet punktum, skal fortolkes i overensstemmelse hermed<sup>45</sup>.

60. De tyske retsreformer, der trådte i kraft den 1. april 2017, forekommer dog at have fjernet dette retsmiddel, der lå lige foran sagsøgerens fødder. Ifølge den sagsøgte udlægning af reformerne skulle perioden fra den 1. september 2014 til den 1. april 2017 udelukkes i forbindelse med vurderingen af, om der var sket misbrug af vikararbejde, og udlægningen indebar samtidig, at den nye maksimumsgrænse på 18 måneder for udsendelse af vikaransatte til samme brugervirksomhed, der var blevet indført i lovgivningen, stadig havde konsekvenser for sagsøgeren.

61. Forbundsrepublikken Tyskland har i sit skriftlige indlæg gjort gældende, at lovændringen med virkning fra den 1. april 2017 blot var et eksempel på, at Tyskland ændrede sig fra at have en fleksibel måde at gennemføre artikel 5, stk. 5, i direktiv 2008/104 på til at gennemføre bestemmelsen på en fast måde, idet der blev indført et loft på 18 måneder for udsendelse af vikaransatte til samme brugervirksomhed.

<sup>43</sup> – I den affattelse, der var gældende fra den 1.12.2011 til den 31.3.2017. Ovenfor, punkt 11.

<sup>44</sup> – KG-dommen, præmis 63.

<sup>45</sup> – KG-dommen, præmis 64 og 65. Princippet om, at national lovgivning skal fortolkes i overensstemmelse med EU-retten, hvilket indebærer en forpligtelse for en national domstol til i videst muligt omfang at fortolke national lovgivning i overensstemmelse med de EU-retlige krav, ligger til grund for traktatsystemet og gør den pågældende nationale domstol i stand til inden for rammerne af dennes kompetence at lade EU-rettens bestemmelser få fuld virkning i forbindelse med afgørelsen af den verserende tvist. Jf. dom af 17.3.2021, *Academia de Studii Economice din București* (C-585/19, EU:C:2021:210, præmis 69 og den deri nævnte retspraksis).

62. I lyset af analysen af det første spørgsmål har Forbundsrepublikken Tyskland dog overskredet sin skønsbeføjelse i henhold til artikel 5, stk. 5, i direktiv 2008/104 til at fastsætte maksimumsperioder for udsendelse af vikaransatte til samme brugervirksomhed, selv om der ikke i direktiv 2008/104 er en forpligtelse til at fastsætte sådanne grænser<sup>46</sup>, eftersom reformerne pr. 1. april 2017, som Kommissionen har gjort gældende i sit skriftlige indlæg, dels aktivt har frataget direktiv 2008/104 sin »effet utile«, sammenholdt med den tidligere retsorden i den pågældende medlemsstat, dels skader sagsøgeren, der i hele den pågældende periode har haft status som vikaransat i henhold til artikel 3, stk. 1, litra c), i direktiv 2008/104, uden at dette er blevet anfægtet, og som har været »udsendt« – i den betydning, dette ord er tillagt i artikel 3, stk. 1, litra e), i direktiv 2008/104 – til samme brugervirksomhed i en periode på fire år og ni måneder efter den 5. december 2011, der var fristen for gennemførelse af direktiv 2008/104<sup>47</sup>. En sådan situation er i strid med artikel 10 i og 21. betragtning til direktiv 2008/104 samt med forpligtelsen i medfør af artikel 2 i direktivet til at »beskytte vikaransatte« og med de mere vidtgående forpligtelser, der påhviler Forbundsrepublikken Tyskland til i god tro i henhold til artikel 4 TEU at gennemføre de opgaver, der følger af traktaterne, og til at overholde artikel 288 TEUF vedrørende direktivers bindende virkning.

63. Alligevel følger det af fast retspraksis, at forpligtelsen til overensstemmende fortolkning møder begrænsninger, når en fortolkning af national ret i overensstemmelse med EU-retten ville medføre en fortolkning af national lovgivning, der er *contra legem*<sup>48</sup>. Det tilkommer således den forelæggende ret<sup>49</sup> at vurdere, om overgangsbestemmelsen i AÜG's § 19, stk. 2, hvoraf det fremgår, at bestemmelsen »[u]dsendelsesperioder før den 1. april 2017 medregnes ikke ved beregningen af den maksimale udsendelsesperiode i henhold til § 1, stk. 1b [...]«, når »den nationale [lovgivning] i dens helhed«<sup>50</sup> tages i betragtning, ikke kan fortolkes på nogen anden måde end ved i det hele at fratage sagsøgeren muligheden for at støtte ret på hele udsendelsesperioden på fire år og ni måneder, der varede fra den 1. september 2014 til den 31. maj 2019, hvilket sagsøgeren havde kunnet efter tysk lovgivning frem til den 1. april 2017.

64. Kan det resultat, der tilsigtes med direktiv 2008/104, med andre ord kun nås ved at fortolke AÜG's § 11, stk. 1b, og § 19, stk. 2, *contra legem*? Hvis tysk lovgivning i sin helhed tages i betragtning, kan disse bestemmelser da forstås således, at de ikke erstatter den tidligere retlige orden i sin helhed og giver vikaransatte mulighed for at hævde, at der foreligger misbrug af vikararbejde med henvisning til de kriterier, der er fastsat i KG-dommen og uddybet i besvarelsen af det første spørgsmål vedrørende den fulde samlede udsendelsesperiode? Hvis der kræves en fortolkning *contra legem* for at opnå et sådant resultat, er det eneste retsmiddel, som ansøgeren i henhold til Domstolens faste praksis har mulighed for at gøre brug af, at anlægge sag mod Forbundsrepublikken Tyskland om statens ansvar i medfør af principperne fra Francovich-dommen<sup>51</sup> for tilsidesættelse af statens forpligtelser i henhold til artikel 5, stk. 5, i direktiv 2008/104 til at »[træffe] passende foranstaltninger [...] med henblik på at forebygge misbrug ved anvendelsen af denne artikel og navnlig forebygge successive udsendelser, der har til formål at omgå dette direktivs bestemmelser«<sup>52</sup>.

<sup>46</sup> – KG-dommen, præmis 42. Generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse KG (C-681/18, EU:C:2020:300, punkt 66).

<sup>47</sup> – Artikel 11, stk. 1, i direktiv 2008/104.

<sup>48</sup> – Forslag til afgørelse i KG-sagen, punkt 66 og den deri nævnte retspraksis. Jf. senest f.eks. generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse Thelen Technopark Berlin (C-261/20, EU:C:2021:620, punkt 30 og 31 og den deri nævnte retspraksis).

<sup>49</sup> – Dette blev for nylig understreget i generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse i sagen Thelen Technopark Berlin, ibidem, punkt 32.

<sup>50</sup> – KG-dommen, præmis 65 og den deri nævnte retspraksis. Jf. også især dom af 5.10.2004, Pfeiffer m.fl. (C-397/01 – C-403/01, EU:C:2004:584, præmis 107-119). Jf. også f.eks. Domstolens dom af 17.4.2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, præmis 71).

<sup>51</sup> – Dom af 9.11.1995, Francovich (C-479/93, EU:C:1995:372).

<sup>52</sup> – Jf. dom af 15.1.2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, præmis 50 og den deri nævnte retspraksis). Jf. senest dom af 7.8.2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, præmis 56).

65. Endelig har Domstolen fastslået, at chartrets bestemmelser – der i sig selv er tilstrækkelige og ikke skal præciseres ved bestemmelser i EU-retten eller i national lovgivning for at tillægge private en ret<sup>53</sup>, såsom artikel 21 og 47<sup>54</sup> og artikel 31, stk. 2<sup>55</sup> – kan påberåbes som sådan og indebærer en forpligtelse til om nødvendigt at undlade at anvende *enhver* modstridende national bestemmelse selv i horisontale tvister, hvor forbuddet mod fortolkning *contra legem* af medlemsstaternes lovgivning generelt finder anvendelse. I modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende i sit skriftlige indlæg, er chartrets artikel 31, stk. 1, dog ikke en sådan bestemmelse.

66. Grunden hertil er, at Domstolen har fastslået, at »den nationale ret ikke [har] pligt til alene på grundlag af EU-retten at se bort fra en bestemmelse i national ret, der er uforenelig med en bestemmelse i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, hvis denne [...] ikke har direkte virkning«<sup>56</sup>. I betragtning af den tidsubegrænsede bestemmelse i chartrets artikel 31, stk. 1, hvorefter enhver »arbejdstager har ret til sunde, sikre og værdige arbejdsforhold«, opfylder denne artikel ikke de grundlæggende forudsætninger om at være klar, præcis og ubetinget<sup>57</sup>. Under disse omstændigheder er det ikke muligt at påberåbe sig, at den forelæggende ret, der handler inden for rammerne af sine beføjelser<sup>58</sup>, skal forpligtes til at undlade at anvende AÜG's § 1, stk. 1b, og § 19 stk. 2, såfremt den forelæggende ret måtte finde, at bestemmelsernes ordlyd er *contra legem* i forhold til de garantier, der er afledt af artikel 5, stk. 5, i direktiv 2008/104.

67. Af disse grunde skal det andet spørgsmål besvares på den måde, der er anført i ovenstående punkt 56.

### ***C. Besvarelse af det tredje spørgsmål***

68. Det tredje spørgsmål bør besvares med, at en vikaransat ikke er berettiget til i henhold til direktiv 2008/104 at få et tidsubegrænset ansættelsesforhold hos en brugervirksomhed, såfremt det konkluderes, at der foreligger misbrug af vikararbejde i henhold til artikel 5, stk. 5, i direktiv 2008/104. Hvis den forelæggende ret efter at have taget den pågældende medlemsstats lovgivning i sin helhed i betragtning derimod finder, at en fortolkning af den pågældende lovgivning i overensstemmelse med artikel 5, stk. 5, i direktiv 2008/104 ikke fremtvinger en fortolkning *contra legem* af medlemsstatens lovgivning, skal den afgøre, hvorvidt der findes passende administrative eller retslige procedurer til at sikre – som krævet i henhold til dette direktivs artikel 10 med forbehold af de begrænsninger der følger af fast retspraksis – at de forpligtelser, der følger af direktiv 2008/104, kan håndhæves, samt sikre, at medlemsstatens lovgivning fastsætter sanktioner, der er effektive, står i et rimeligt forhold til overtrædelserne og har en afskrækkende virkning.

<sup>53</sup> – Domstolens dom af 17.4.2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, præmis 76 og 78).

<sup>54</sup> – Ibidem, præmis 78.

<sup>55</sup> – Jf. dom af 6.11.2018, Bauer og Willmeroth (C-569/16 og C-570/16, EU:C:2018:871).

<sup>56</sup> – Dom af 24.6.2019, Poplawski (C-573/17, EU:C:2019:530, præmis 63 og den deri nævnte retspraksis).

<sup>57</sup> – Jf. også forklaringerne til chartrets artikel 31, stk. 1. Det fremgår, at bestemmelsen reelt er baseret på et direktiv, nemlig Rådets direktiv 89/391/EØF af 12.6.1989 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed under arbejdet (EFT 1989, L 183, s. 1) (jf. Egenberger-sagen og forudsætningen om, at der ikke er behov for yderligere lovgivning). Henvielsen i forklaringerne til artikel 156 TEUF om »arbejdsvilkår« giver ingen yderligere præcisering. Som generaladvokat Sharpston fremhævede i sit forslag til afgørelse KG (C-681/18, EU:C:2020:300, punkt 44), giver artikel 156 TEUF ingen definition af »arbejdsvilkår«. Jf. vedrørende forudsætningerne om direkte virkning f.eks. senest dom af 7.8.2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631).

<sup>58</sup> – Domstolens dom af 17.4.2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, præmis 79).

69. I KG-sagen fandt Domstolen, at artikel 5, stk. 5, i direktiv 2008/104 ikke kan fortolkes på samme måde som § 5 i rammeaftalen vedrørende tidsbegrænset ansættelse, der er indgået 18. marts 1999 og knyttet som bilag til direktiv 1999/70/EF<sup>59</sup>. I Sciotto-sagen<sup>60</sup> blev det bl.a. fastslået, at det er en følge af den særlige forpligtelse til at forhindre misbrug af flere på hinanden følgende tidsbegrænsede kontrakter, der er uddybet i ovennævnte rammeaftales § 5, hvorefter arbejdstagere inden for sektoren for opera- og koncerthusfonde selv ikke ved misbrug har ret til at få deres tidsbegrænsede kontrakter ændret til tidsubegrænsede kontrakter (i mangel af andre former for beskyttelse, såsom fastsættelse af en begrænsning af muligheden for at anvende tidsbegrænsede kontrakter), at der ikke var effektive foranstaltninger som omhandlet i den for rammeaftalen relevante retspraksis, der sanktionerede misbrug af tidsbegrænsede kontrakter<sup>61</sup>.

70. I KG-dommen fandt Domstolen, at selv om rammeaftalens § 5 »indeholder specifikke foranstaltninger, der skal forhindre misbrug som følge af anvendelsen af flere på hinanden følgende tidsbegrænsede ansættelseskontrakter, er det samme ikke tilfældet med artikel 5, stk. 5, første punktum, i direktiv 2008/104«<sup>62</sup>. Fortolkningen af rammeaftalens § 5 kunne derfor ikke overføres til artikel 5, stk. 5, i direktiv 2008/104<sup>63</sup>. I KG-sagen henviste generaladvokat Sharpston specifikt til konklusionen i dommen i Sciotto-sagen vedrørende automatisk ændring af tidsbegrænsede kontrakter til tidsubegrænsede kontrakter, inden hun vurderede, at Sciotto-sagen ikke kunne overføres til artikel 5, stk. 5, i direktiv 2008/104, idet der i denne bestemmelse ikke er en uddybning af en specifik forpligtelse<sup>64</sup>.

71. Det tredje spørgsmål skal således besvares benægtende.

72. I forhold til den forelæggende rets forpligtelser i henhold til artikel 10 i direktiv 2008/104 bekræfter artikel 10, stk. 1, således retten til adgang til effektive retsmidler som fastsat i chartrets artikel 47<sup>65</sup>. Forpligtelsen til i medfør af artikel 10, stk. 2, at fastsætte sanktioner, der er effektive, står i et rimeligt forhold til overtrædelsen og har en afskrækkende virkning, pålægger medlemsstaterne at gennemføre foranstaltninger, der er tilstrækkeligt effektive til, at målet med direktiv 2008/104 faktisk nås<sup>66</sup>, og som giver en tilstrækkelig afskrækkende virkning<sup>67</sup>. Medlemsstaterne er ikke i medfør af EU-retten forpligtet til at indføre andre søgsmålmuligheder ved de nationale domstole med henblik på at beskytte de rettigheder, som EU-retten medfører for borgere, end dem, der findes i national ret<sup>68</sup>, medmindre »det fulgte af den omhandlede nationale retsordens opbygning, at der ikke forelå et retsmiddel«<sup>69</sup>. Dermed

<sup>59</sup> – Rådets direktiv 1999/70/EF af 28.6.1999 om rammeaftalen vedrørende tidsbegrænset ansættelse, der er indgået af EFS, UNICE og CEEP (EUT 1999, L 175, s. 43).

<sup>60</sup> – KG-dommen, præmis 45. Dom af 25.10.2018, Sciotto (C-331/17, EU:C:2018:859).

<sup>61</sup> – Sciotto-dommen, ibidem, præmis 61 og 62. Det bemærkes, at konturerne for en eventuel forpligtelse, som medlemsstaterne måtte have i henhold til direktiv 1999/70 til at fastsætte en ret til at få ændret tidsbegrænsede kontrakter til tidsubegrænsede kontrakter i tilfælde af misbrug, under alle omstændigheder i øjeblikket udvikler sig i retspraksis. Jf. især mit forslag til afgørelse GILDA-UNAMS m.fl. (C-282/19, EU:C:2021:217) (verserende).

<sup>62</sup> – KG-dommen, præmis 45.

<sup>63</sup> – Ibidem.

<sup>64</sup> – Generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse KG (C-681/18, EU:C:2020:300, punkt 66).

<sup>65</sup> – Jf. analogt dom af 15.4.2021, Braathens Regional Aviation (C-30/19, EU:C:2021:269, præmis 33).

<sup>66</sup> – Ibidem, præmis 37.

<sup>67</sup> – Ibidem, præmis 38.

<sup>68</sup> – Ibidem, præmis 55 og den deri nævnte retspraksis.

<sup>69</sup> – Dom af 3.10.2013, Inuit Tapiriit Kanatami m.fl. mod Parlamentet og Rådet (C-583/11 P, EU:C:2013:625, præmis 104). Jf. tilsvarende dom af 21.11.2019, Deutsche Lufthansa (C-379/18, EU:C:2019:1000, præmis 61).



udelukkes dog søgsmål, der medfører anerkendelse af en tidsubegrænset arbejdsaftale mellem en vikaransat og en brugervirksomhed (af de årsager, der er anført ovenfor i punkt 69 og 70)<sup>70</sup>, og fortolkning contra legem af medlemsstatens lovgivning (ovenfor i punkt 63 og 64).

#### **D. Besvarelse af det fjerde spørgsmål**

73. Det fjerde spørgsmål skal besvares med, at udvidelsen af den maksimale udsendelsesperiode kan overlades til overenskomstparterne, herunder overenskomstparter, der kun har kompetence i den branche, som brugervirksomheden tilhører. Besvarelsen af det andet spørgsmål gælder dog tilsvarende sådanne aftaler.

74. Som fremhævet i Forbundsrepublikken Tysklands skriftlige indlæg kan medlemsstaterne frit overlade gennemførelsen af socialpolitiske mål til arbejdsmarkedets parter<sup>71</sup>, og brugen af kollektive overenskomster er udtrykkeligt beskrevet i direktiv 2008/104<sup>72</sup>, uden at det er væsentligt, om det ikke er for den pågældende vikaransattes ansættelsesforhold, men for brugervirksomhedens branche, at overenskomstparterne har kompetence<sup>73</sup>. Ifølge tillægget til den supplerende samlede lokalaftale for virksomheden (mellem sagsøgte og det centrale personaleudvalg) af 20. september 2017 kan anvendelsen af midlertidigt beskæftigede arbejdstagere i produktionen dog ikke overstige en maksimal varighed på 36 måneder. For midlertidigt beskæftigede arbejdstagere, som allerede var ansat den 1. april 2017, medregnes i beregningen af den maksimale udsendelsesperiode på 36 måneder kun perioder efter den 1. april 2017. Som forklaret i punkt 56-67 er denne udelukkelse i strid med artikel 5, stk. 5, i direktiv 2008/104, således at den lovgivning, der er gennemgået i de nævnte punkter, tilsvarende finder anvendelse på sådanne kollektive overenskomster.

#### **V. Forslag til afgørelse**

75. På denne baggrund foreslår jeg, at Domstolen besvarer de af Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg (regional appeldomstol i arbejdsretlige sager i Berlin-Brandenburg, Tyskland) forelagte spørgsmål således:

»1) Når det afgøres, om artikel 5, stk. 5, første punktum, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/104/EF af 19. november 2008 om vikararbejde, sammenholdt med ordet »midlertidigt« i artikel 1 i direktiv 2008/104, udelukker, at en vikaransat over en periode på mere end 55 måneder kan udsendes til samme brugervirksomhed til en fast stilling, der ikke besættes af en afløser, skal den nationale domstol i en medlemsstat som følge af EU-retten foretage følgende analyse:

<sup>70</sup> – Det bemærkes, at selv om ækvivalensprincippet var relevant for fortolkningen af artikel 10 i direktiv 2008/104, støtter kravet om at få anerkendt ansættelsesforhold i henhold til tysk lovgivning (jf. ovenstående punkt 15) ikke tilsvarende ret udelukkende på national ret, men på EU-retten. Jf. mit forslag til afgørelse GILDA-UNAMS m.fl. (C-282/19, EU:C:2021:217, fodnote 72) (verserende).

<sup>71</sup> – Dom af 18.12.2008, Ruben Andersen (C-306/07, EU:C:2008:743, præmis 25 og 26). Jf. også f.eks. dom af 11.2.2010, Ingeniørforeningen i Danmark (C-405/08, EU:C:2010:69, præmis 39).

<sup>72</sup> – Jf. artikel 5, stk. 1, og artikel 11, stk. 1, samt 16., 17. og 19. betragtning. Sagsøgerens påstand om, at hverken artikel 9, stk. 1, eller artikel 5, stk. 3, i direktiv 2008/104 kan fortolkes således, at bestemmelsen reducerer den eksisterende skønsmåling, skal afvises, idet en sådan indskrænkning af medlemsstaternes skønsmålinger ville kræve, at det fremgik tydeligt og utvetydigt af bestemmelsens ordlyd.

<sup>73</sup> – Jf. det forelagte spørgsmål 3.3 og gengivet ovenfor i punkt 26.

- i) Ligger varigheden af den samlede tjenesteperiode efter flere successive udsendelser af en vikaransat til samme brugervirksomhed inden for rammerne af det, der med rimelighed kan anses for at være en udsendelse til en brugervirksomhed »for midlertidigt at udføre arbejdsopgaver« i henhold til artikel 1, stk. 1, i direktiv 2008/104?
  - ii) Er der en objektiv forklaring på beslutningen om at lade samme brugervirksomhed gøre brug af successive tidsbegrænsede aftaler med vikarbureauer?
  - iii) Er bestemmelser i direktiv 2008/104 blevet omgået?
  - iv) Lå der efter en afvejning af alle disse faktorer og inddragelse af alle omstændigheder bag de successive aftaler med vikarbureauer et skjult tidsbegrænset arbejdsforhold i strid med artikel 5, stk. 5, i direktiv 2008/104?
- 2) En medlemsstats lovgivning, som udtrykkeligt udelukker, at der tages hensyn til udsendelsesperioder før en bestemt dato, selv om de ligger efter gennemførelsen af direktiv 2008/104, hvor en sådan udelukkelse er relevant for vurderingen af, om der er sket misbrug af vikararbejde, er i strid med artikel 5, stk. 5, i direktiv 2008/104, når den inkluderer varigheden af en udsendelsesperiode, som en vikaransat ellers ville have kunnet påberåbe sig. Inden for rammerne af et horisontalt søgsmål mellem to privatpersoner skal der kun ses bort fra en medlemsstats modstridende lovgivning, der giver mulighed for en sådan udelukkelse, hvis dette ikke tjener som grundlag for en fortolkning contra legem af medlemsstatens lovgivning, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at afgøre.
  - 3) En vikaransat er ikke berettiget til i henhold til direktiv 2008/104 at få et tidsbegrænset ansættelsesforhold hos en brugervirksomhed, såfremt det konkluderes, at der foreligger misbrug af vikararbejde i henhold til artikel 5, stk. 5, i direktiv 2008/104. Hvis den forelæggende ret efter at have taget den pågældende medlemsstats lovgivning i sin helhed i betragtning derimod finder, at en fortolkning af den pågældende lovgivning i overensstemmelse med artikel 5, stk. 5, i direktiv 2008/104 ikke fremtvinger en fortolkning contra legem af medlemsstatens lovgivning, skal den afgøre, hvorvidt der findes passende administrative eller retslige procedurer til at sikre, at de forpligtelser, der følger af direktiv 2008/104, kan håndhæves, samt sikre, at medlemsstatens lovgivning fastsætter sanktioner, der er effektive, står i et rimeligt forhold til overtrædelsen og har en afskrækkende virkning som krævet i henhold til artikel 10 i direktiv 2008/104, med forbehold af de begrænsninger, der følger af fast retspraksis.
  - 4) Udvidelsen af den maksimale udsendelsesperiode kan overlades til overenskomstparterne, herunder overenskomstparter, der kun har kompetence i den branche, som brugervirksomheden tilhører. Besvarelsen af det andet spørgsmål gælder dog tilsvarende sådanne aftaler.«