



Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
EVGENIJA TANCHEVA
od 9. rujna 2021.¹

Predmet C-232/20

NP
protiv

Daimler AG, Mercedes-Benz Werk Berlin

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg (Zemaljski radni sud u Berlin-Brandenburgu, Njemačka))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Socijalna politika – Pojam ‚na određeno vrijeme‘ u smislu članka 1. Direktive 2008/104/EZ – Članak 5. stavak 5. Direktive 2008/104 – Prijelazna odredba kojom se isključuje pozivanje na razdoblja upućivanja radnika zaposlenog preko poduzeća za privremeno zapošljavanje poduzeću korisniku prije određenog datuma – Uvođenje u zakonodavstvo države članice maksimalnog trajanja ustupanja radnika zaposlenih preko poduzeća za privremeno zapošljavanje poduzećima korisnicima – Pravo radnika zaposlenog preko poduzeća za privremeno zapošljavanje na ugovor o radu na neodređeno vrijeme s poduzećem korisnikom u slučaju zlouporabe rada preko poduzeća za privremeno zapošljavanje”

1. Zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg (Zemaljski radni sud u Berlin-Brandenburgu, Njemačka) odnosi se na tumačenje Direktive 2008/104/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 19. studenoga 2008. o radu preko poduzeća za privremeno zapošljavanje². Sud koji je uputio zahtjev u biti traži pojašnjenje sljedećih četiriju pitanja.

2. Prvo, odnosi li se izraz „na određeno vrijeme” iz članka 1. Direktive 2008/104 samo na razdoblje ustupanje radnika zaposlenog preko poduzeća za privremeno zapošljavanje poduzećima korisnicima ili je izraz „na određeno vrijeme” povezan i s prirodom posla koji treba obaviti, tako da se ni stalna radna mjesta ni radna mjesta koja se ne obavljaju radi osiguranja zamjene za odsutne zaposlenike (u daljnjem tekstu: zamjena) ne mogu obavljati „na određeno vrijeme”?

3. Drugo, je li u skladu s pravom Unije to što zakonodavac države članice, u ovom slučaju Njemačke, uspostavlja maksimalno trajanje razdoblja nakon kojeg se ustupanje radnika zaposlenog preko poduzeća za privremeno zapošljavanje više ne može smatrati privremenim,

¹ Izvorni jezik: engleski

² SL 2008., L 327, str. 9. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 5., svezak 4., str. 280.). Vidjeti ranije presude od 11. travnja 2013., Della Rocca (C-290/12, EU:C:2013:235); od 17. ožujka 2015., AKT (C-533/13, EU:C:2015:173); od 17. studenoga 2016., Betriebsrat der Ruhrlandklinik (C-216/15, EU:C:2016:883); od 14. listopada 2020., KG (Uzastopna ustupanja u kontekstu rada preko poduzeća za privremeno zapošljavanje) (C-681/18, EU:C:2020:823) i od 3. lipnja 2021., TEAM POWER EUROPE (C-784/19, EU:C:2021:427) te moje mišljenje u predmetu Manpower LIT (C-948/19, EU:C:2021:624) (postupak u tijeku). Vidjeti također presudu Općeg suda od 13. prosinca 2016., IPSO/ESB (T-713/14, EU:T:2016:727).

istodobno sprečavajući radnike zaposlene preko poduzeća za privremeno zapošljavanje da se pozivaju na razdoblja upućivanja prije određenog datuma kako bi se utvrdilo je li to maksimalno trajanje prekoračeno, osobito ako isključenje tih razdoblja ima za posljedicu to da je poduzeće korisnik poštovalo maksimalno trajanje ustupanja?

4. Treće, sud koji je uputio zahtjev traži smjernice u pogledu toga je li sklapanje ugovora o radu na neodređeno vrijeme između poduzeća korisnika i radnika zaposlenog preko poduzeća za privremeno zapošljavanje pravni lijek koji je zajamčen pravom Unije u slučaju utvrđenja uzastopnog ustupanja radnika zaposlenog preko poduzeća za privremeno zapošljavanje istom poduzeću korisniku kako bi se zaobišle odredbe Direktive 2008/104, u suprotnosti s njezinim člankom 5. stavkom 5. (u daljnjem tekstu: zlouporaba rada preko poduzeća za privremeno zapošljavanje).

5. Četvrto, sud koji je uputio zahtjev pita se može li se na temelju Direktive 2008/104 produljenje maksimalnog trajanja ustupanja predviđeno njemačkim pravom prepustiti strankama kolektivnog ugovora. U slučaju potvrdnog odgovora: Vrijedi li to i za stranke kolektivnog ugovora koje nisu nadležne za radni odnos dotičnog radnika zaposlenog preko poduzeća za privremeno zapošljavanje, nego za sektor djelatnosti poduzeća korisnika?

6. Došao sam do zaključka da, iako pojam „na određeno vrijeme” iz članka 1. stavka 1. Direktive 2008/104 znači „koji traje samo ograničeno vrijeme” i „koji nije trajan”³, odnosi se samo na razdoblje ustupanja dotičnog radnika zaposlenog preko poduzeća za privremeno zapošljavanje, a ne na radno mjesto za koje je ustupljen, tako da stalna radna mjesta i radna mjesta koja se ne obavljaju radi zamjene nisu automatski isključena iz područja primjene Direktive 2008/104. Međutim, priroda posla, uključujući je li riječ o stalnom radnom mjestu ili ne, mora se uzeti u obzir kako bi se utvrdilo može li se uzastopno ustupanje radnika zaposlenih preko poduzeća za privremeno zapošljavanje istom poduzeću korisniku objektivno objasniti⁴, kako ne bi predstavljalo zlouporabu rada preko poduzeća za privremeno zapošljavanje, protivno članku 5. stavku 5. Direktive 2008/104⁵.

7. Osim toga, zakon države članice koji izričito isključuje uzimanje u obzir razdoblja ustupanja koja prethode određenom datumu, ali do kojih je došlo nakon datuma za provedbu Direktive 2008/104, s obzirom na to da je takvo isključenje relevantno za utvrđivanje je li došlo do zlouporabe rada preko poduzeća za privremeno zapošljavanje, protivan je članku 5. stavku 5. Direktive 2008/104 kada se njime smanjuje trajanje razdoblja zaposlenja na koje bi se radnik zaposlen kod poduzeća za privremeno zapošljavanje inače mogao pozvati. Međutim, u okviru horizontalne tužbe između dvaju pojedinaca, propisi države članice koji predviđaju takvo isključenje izuzimaju se iz primjene samo ako to ne zahtijeva tumačenje propisa dotične države članice *contra legem*, što je na sudu koji je uputio zahtjev da utvrdi⁶.

8. S obzirom na navedeno, u pravu Unije ne zahtijeva se sklapanje ugovora o radu na neodređeno vrijeme između poduzeća korisnika i radnika zaposlenog preko poduzeća za privremeno zapošljavanje kao sankcija za utvrđenje zlouporabe rada preko poduzeća za privremeno zapošljavanje⁷.

³ Kao što je to zaključeno u točki 51. mišljenja nezavisne odvjetnice Sharpston u predmetu KG (Uzastopna ustupanja u kontekstu rada preko poduzeća za privremeno zapošljavanje) (C-681/18, EU:C:2020:300).

⁴ Presuda KG (Uzastopna ustupanja u kontekstu rada preko poduzeća za privremeno zapošljavanje) (C-681/18, EU:C:2020:823, t. 71.)

⁵ Vidjeti točke 36. do 55. u nastavku ovog mišljenja.

⁶ Vidjeti točke 56. do 67. u nastavku ovog mišljenja.

⁷ Vidjeti točke 68. do 72. u nastavku ovog mišljenja.

9. Naposljetku, uzimajući u obzir utvrđeno pravilo da se odredbe direktiva Unije na području radnog prava mogu provesti ne samo putem zakonodavstva nego i putem općeprimjenjivih kolektivnih ugovora⁸, produljenje maksimalnog trajanja ustupanja predviđeno njemačkim propisom može se prepustiti strankama kolektivnog ugovora koji se primjenjuje samo u sektoru djelatnosti poduzeća korisnika. Međutim, ograničenje opisano u točki 7. primjenjuje se i na takve ugovore.

I. Pravni okvir

A. Pravo Unije

10. Članak 1. Direktive 2008/104 naslovljen je „Područje primjene”. Njegov stavak 1. glasi kako slijedi:

„Ova se Direktiva primjenjuje na radnike s ugovorom o zapošljavanju ili radnom odnosu s poduzećem za privremeno zapošljavanje koji su ustupljeni poduzećima korisnicima za rad na određeno vrijeme pod njihovim nadzorom i rukovodstvom.”

B. Njemačko pravo

11. Članak 1. stavak 1. druga rečenica Gesetza zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (njemački Zakon o ustupanju radnika, u daljnjem tekstu: AÜG), u verziji koja je bila na snazi od 1. prosinca 2011. do 31. ožujka 2017., predviđao je da je „ustupanje radnika poduzećima korisnicima privremene prirode”.

12. Iz odluke kojom se upućuje prethodno pitanje proizlazi da do travnja 2017. nije postojala posebna sankcija zbog povrede te odredbe⁹, nego je članak 9. AÜG-a proglasio ugovore sklopljene između poduzeća za privremeno zapošljavanje i poduzeća korisnika kao i između poduzeća za privremeno zapošljavanje i radnika zaposlenih preko poduzeća za privremeno zapošljavanje, među ostalima, ništavima ako poduzeće za privremeno zapošljavanje nema dozvolu koju je zahtijevao AÜG. Članak 10. AÜG-a dodaje da se u tom slučaju radni odnos između poduzeća korisnika i radnika zaposlenog kod poduzeća za privremeno zapošljavanje smatra uspostavljenim.

13. Gesetzeom zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze (Zakon o izmjenama Zakona o ustupanju radnika i drugih zakona) od 21. veljače 2017. izmijenjen je AÜG s učinkom od 1. travnja 2017. U članak 1. AÜG-a dodan je novi stavak 1.b., koji glasi:

„Pružatelj usluge ustupanja radnika ne smije istog radnika zaposlenog kod poduzeća za privremeno zapošljavanje ustupiti na dulje od 18 uzastopnih mjeseci istom poduzeću korisniku; poduzeće korisnik ne smije dopustiti da isti radnik zaposlen kod poduzeća za privremeno zapošljavanje obavlja posao dulje od 18 uzastopnih mjeseci. Razdoblje prethodnih ustupanja koja je isti ili drugi pružatelj usluge ustupanja radnika izvršio za isto poduzeće korisnika uzima se u obzir u cijelosti, ako između ustupanjâ nije prošlo više od 3 mjeseca. U kolektivnom ugovoru sklopljenom između ugovornih stranaka predmetnog sektora može se odrediti odstupanje od

⁸ Primjerice, mišljenje nezavisnog odvjetnika Szpunara u predmetu AKT (C-533/13, EU:C:2014:2392, t. 72.)

⁹ To je, međutim, osporeno u pisanim očitovanjima Savezne Republike Njemačke.

maksimalnog trajanja ustupanja koje je utvrđeno u prvoj rečenici. [...] Ugovorom na razini poduzeća ili ugovorom na razini tijela javne službe, sklopljenom na temelju kolektivnog ugovora između ugovornih stranaka predmetnog sektora, može se odrediti odstupanje od maksimalnog dopuštenog trajanja ustupanja utvrđenog u prvoj rečenici. [...]"

14. U članku 9. stavku 1. AÜG-a dodana je točka 1.b:

„Ništavi su:

1.b ugovori o radu između pružatelja usluge ustupanja radnika i radnika zaposlenog kod poduzeća za privremeno zapošljavanje koji premašuju maksimalno dopušteno trajanje ustupanja u skladu s člankom 1. stavkom 1.b, osim ako radnik poduzeća za privremeno zapošljavanje u roku od mjesec dana nakon isteka maksimalnog dopuštenog trajanja ustupanja podnese pisanu izjavu pružatelju usluge ustupanja radnika ili poduzeću korisniku u kojoj navodi da želi zadržati na snazi ugovor o radu sklopljen s pružateljem usluge ustupanja radnika,

[...]"

15. Trenutačno su pravne posljedice ništavosti utvrđene u članku 10. stavku 1. prvoj rečenici AÜG-a:

„Ako je ugovor između pružatelja usluge ustupanja radnika i radnika zaposlenog kod poduzeća za privremeno zapošljavanje ništav na temelju članka 9., radni odnos između poduzeća korisnika i radnika zaposlenog kod poduzeća za privremeno zapošljavanje smatra se sklopljenim od trenutka koji su za početak obavljanja djelatnosti predvidjeli poduzeće korisnik i pružatelj usluge ustupanja radnika; međutim, ako ništavost nastupi kod poduzeća korisnika tek nakon što se djelatnost počne obavljati, radni odnos između poduzeća korisnika i radnika poduzeća za privremeno zapošljavanje smatra se važećim od trenutka kada nastupi ništavost [...]"

16. Članak 19. stavak 2. AÜG-a sadržava prijelaznu odredbu (u daljnjem tekstu: prijelazna odredba):

„Razdoblja ustupanja prije 1. travnja 2017. ne uzimaju se u obzir prilikom izračuna maksimalnog trajanja ustupanja u skladu s člankom 1. stavkom 1.b [...]"

17. Tarifvertrag zur Leih-/Zeitarbeit in der Metall- und Elektroindustrie in Berlin und Brandenburg vom 01.06.2017 (Kolektivni ugovor od 1. lipnja 2017. o radu preko poduzeća za privremeno zapošljavanje u metalnoj industriji i elektroindustriji u Berlinu i Brandenburg) izričito upućuje na zakonsku derogatornu klauzulu iz članka 1. stavka 1.b AÜG-a. U skladu s prijelaznom odredbom, članovi radničkog vijeća trebaju dogovoriti maksimalno trajanje ustupanja. Ako se dogovor ne postigne, primjenjuje se maksimalno trajanje ustupanja od 36 mjeseci, računajući od 1. lipnja 2017.

18. Dodatni zajednički sporazum na razini poduzeća (sklopljen između tuženika i regionalnog središnjeg radničkog vijeća) od 20. rujna 2017. predviđa da ustupanje privremenih radnika u proizvodnji ne smije premašiti maksimalno trajanje od 36 mjeseci. Kad je riječ o privremenim radnicima koji su 1. travnja 2017. već bili zaposleni, u to će se razdoblje ubrajati samo razdoblja nakon 1. travnja 2017.

II. Činjenično stanje, postupak i prethodna pitanja

19. Tužitelj, osoba NP (u daljnjem tekstu: tužitelj), zaposlen je u poduzeću za privremeno zapošljavanje od 1. rujna 2014. s plaćom u iznosu od 9,36 eura po satu¹⁰. U početku je radni odnos bio u dva navrata ograničen na razdoblje od godinu dana, a nakon toga je bio na neodređeno vrijeme. Tužiteljeva upućivanja produljena su 18 puta u razdoblju od 56 mjeseci.

20. Dodatak ugovoru o radu sklopljen između tužitelja i poduzeća za privremeno zapošljavanje precizirao je da tužitelj mora obavljati poslove obrade metala za poduzeće korisnika, društvo D. (u daljnjem tekstu: tuženik), u njegovu automobilskom postrojenju u Berlinu. Zadaci koje je ondje trebao obavljati u proizvodnji motora bili su opisani u ugovoru. Tužiteljev ugovor o radu s poduzećem za privremeno zapošljavanje navodio je da se na radni odnos primjenjuju određeni kolektivni ugovori koji vrijede za sektor rada preko poduzeća za privremeno zapošljavanje.

21. Tužitelj je od 1. rujna 2014. do 31. svibnja 2019. bio ustupljen isključivo tuženiku u svojstvu poduzeća korisnika. Bez prekida je obavljao poslove proizvodnje motora. Nije bila riječ o zamjeni na radnom mjestu. To je razdoblje bilo prekinuto samo na dva mjeseca (od 21. travnja 2016. do 20. lipnja 2016.) tijekom kojih je tužitelj zbog roditeljskog dopusta bio oslobođen od obveze rada.

22. U tužbi koju je 27. lipnja 2019. podnio Arbeitsgerichtu Berlin (Radni sud u Berlinu, Njemačka) tužitelj je zahtijevao da se utvrdi postojanje radnog odnosa između stranaka od nekog od više alternativnih datuma¹¹.

23. Iz odluke kojom se upućuje prethodno pitanje proizlazi da je tužitelj u prvom stupnju, među ostalim, istaknuo da se njegovo ustupanje tuženiku više ne može smatrati ustupanjem „na određeno vrijeme” i da je prijelazna odredba predviđena člankom 19. stavkom 2. AÜG-a protivna pravu Unije.

24. Tuženik tvrdi da je zakonodavac 1. travnja 2017. pojasnio kriterij „na određeno vrijeme”. Nakon tog datuma dopuštena su odstupanja od maksimalnog trajanja ustupanja od 18 mjeseci u skladu s kolektivnim ugovorom predmetnog sektora. Nadalje, maksimalno trajanje ustupanja od 36 mjeseci predviđeno u sporazumu s regionalnim središnjim radničkim vijećem od 20. rujna 2017. nije prekoračeno jer se u obzir uzimaju samo razdoblja ustupanja od 1. travnja 2017. nadalje.

25. Arbeitsgericht Berlin (Radni sud u Berlinu) prihvatio je u presudi od 8. listopada 2019. tuženikovo stajalište.

26. Dana 22. studenoga 2019. podnesena je žalba sudu koji je uputio zahtjev. Sudu Europske unije podnesena su sljedeća prethodna pitanja:

„1. Treba li ustupanje radnika zaposlenog kod poduzeća za privremeno zapošljavanje poduzeću korisniku tumačiti na način da to ustupanje više nije ‚na određeno vrijeme’ u smislu članka 1. [Direktive 2008/104] ako se radnika zapošljava na radno mjesto koje je stalno i ako nije riječ o [osiguranju] zamjene na radnom mjestu?

¹⁰ Prema tužiteljevim pisanim očitovanjima. U istim pisanim očitovanjima navodi se da kolektivni ugovor primjenjiv na sektor metalurgije u Berlinu predviđa plaću od 15,50 eura po satu.

¹¹ Od 1. rujna 2015., podredno od 1. ožujka 2016., podrednije od 1. studenoga 2016., još podrednije od 1. listopada 2018. ili od 1. svibnja 2019.

2. Treba li ustupanje radnika zaposlenog kod poduzeća za privremeno zapošljavanje na razdoblje kraće od 55 mjeseci tumačiti na način da to ustupanje više nije ‚na određeno vrijeme‘ u smislu članka 1. [Direktive 2008/104]?

Ako je odgovor na prvo i/ili drugo pitanje potvrđan, postavljaju se sljedeća dodatna pitanja:

- 3.1. Ima li radnik poduzeća za privremeno zapošljavanje pravo na sklapanje ugovora o radnom odnosu s poduzećem korisnikom, iako se nacionalnim pravom ne predviđa takva mjera prije 1. travnja 2017.?
- 3.2. Protivi li se stoga nacionalna odredba kao što je članak 19. stavak 2. [AÜG-a] članku 1. [Direktive 2008/104] ako se tom odredbom tek od 1. travnja 2017. propisuje maksimalno pojedinačno trajanje ustupanja od 18 mjeseci, ali se izričito navodi da se prethodna razdoblja ustupanja ne uzimaju u obzir, ako se u slučaju uzimanja u obzir prethodnih razdoblja više ne može smatrati da je riječ o ustupanju na određeno vrijeme?
- 3.3. Može li se odluka o produljenju maksimalnog pojedinačnog trajanja ustupanja prepustiti strankama kolektivnog ugovora? U slučaju potvrđnog odgovora: Vrijedi li to i za strane kolektivnog ugovora koje nisu nadležne za radni odnos dotičnog radnika zaposlenog kod poduzeća za privremeno zapošljavanje, nego za sektor djelatnosti poduzeća korisnika?”

27. Pisana očitovanja Sudu podnijeli su tužitelj, tuženik, Savezna Republika Njemačka, Francuska Republika i Europska komisija. Rasprava nije održana.

III. Uvodne napomene

28. Prvo, valja istaknuti da prethodna pitanja upućuju na tumačenje pojma „privremeno” iz članka 1. Direktive 2008/104, dok se taj članak 1. zapravo odnosi na ustupanje „poduzećima korisnicima za rad na *određeno vrijeme*” (moje isticanje)¹². Zbog razloga navedenih u nastavku, predlažem da se prethodna pitanja preformuliraju. Pridjev „privremen” u njemu se također zamjenjuje prilogom „na određeno”.

29. Drugo, valja još istaknuti da je sud koji je uputio zahtjev odluku kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku uputio 13. svibnja 2020., prije nego što je Sud donio presudu od 14. listopada 2020. u predmetu KG (Uzastopna ustupanja u kontekstu rada preko poduzeća za privremeno zapošljavanje) (u daljnjem tekstu: predmet KG)¹³. Ta presuda odnosila se upravo na pitanja o kojima u ovom predmetu odlučuje sud koji je uputio zahtjev; tj. (i.) na pravne posljedice koje proizlaze iz uzastopnih ustupanja radnika zaposlenog preko poduzeća za privremeno zapošljavanje samo jednom poduzeću korisniku u pogledu radnog mjesta koje nije obuhvaćalo zamjenu i (ii.) je li tužitelj, radnik zaposlen kod poduzeća za privremeno zapošljavanje, na temelju Direktive 2008/104 imao pravo na sklapanje ugovora o radu na neodređeno vrijeme s poduzećem korisnikom u slučaju zlouporabe rada preko poduzeća za privremeno zapošljavanje.

30. Međutim, spor u predmetu KG razmatran je kao spor koji se odnosi na članak 5. stavak 5. Direktive 2008/104, a ne na njezin članak 1.; argumentacija u vezi s člankom 5. stavkom 5. Direktive 2008/104 istaknuta je u pisanim očitovanjima, iako se prethodnim pitanjima ne nastoji dobiti tumačenje te odredbe. Uzimajući u obzir sličnosti između spora u glavnom postupku i

¹² Vidjeti ispitivanje jezičnih verzija u bilješci 21. ovog mišljenja.

¹³ C-681/18, EU:C:2020:823

onoga koji je Sud ispitao u predmetu KG, problematika koja se postavlja u ovom slučaju u određenoj je mjeri ili riješena tom presudom ili je u najmanju ruku ta presuda postavila temelje na kojima se može riješiti spor u glavnom postupku. Stoga se ovo mišljenje u biti temelji na utvrđenjima Suda u presudi KG.

31. Kao treće i nastavno na to, članak 1. Direktive 2008/104, kako bi se odgovorilo na prva dva prethodna pitanja, valja tumačiti u vezi s člankom 5. stavkom 5. te direktive. Kao što je to francuska vlada istaknula u pisanim očitovanjima, iz spisa proizlazi da sud koji je uputio zahtjev zahtjevom za tumačenje pojma „na određeno vrijeme” iz članka 1. Direktive 2008/104 ne želi znati ulazi li tužitelj u područje te direktive. Nasuprot tomu, sud koji je uputio zahtjev u biti pita predstavlja li primjena uzastopnih ugovora na određeno vrijeme unutar istog poduzeća korisnika zlouporabu situacije rada preko poduzeća za privremeno zapošljavanje jer je tužitelj tvrdio da je 18 produljenja njegova ugovora tijekom razdoblja od 56 mjeseci predstavljalo zlouporabu.

32. Kao što je to također francuska vlada navela u pisanim očitovanjima, u skladu s ustaljenom sudskom praksom, „kako bi sudu koji mu je uputio prethodno pitanje dao koristan odgovor, Sud može uzeti u obzir pravila prava Unije na koja se nacionalni sud koji je uputio zahtjev nije pozvao u svojim prethodnim pitanjima”¹⁴. U tom smislu, Sud će, prema potrebi, preoblikovati pitanja¹⁵.

33. U tim okolnostima, predlažem da se prvo i drugo prethodno pitanje preformuliraju na sljedeći način:

„1. Treba li članak 5. stavak 5. prvu rečenicu Direktive 2008/104, u vezi s pojmom ‚na određeno vrijeme’ iz članka 1. Direktive 2008/104, tumačiti na način da mu se protivi ustupanje radnika zaposlenog preko poduzeća za privremeno zapošljavanje istom poduzeću korisniku u razdoblju duljem od 55 mjeseci za radno mjesto koje je stalno te ga ne obavlja kao zamjena, kao uzastopno ustupanje osmišljeno kako bi se zaobišle odredbe Direktive 2008/104?”

34. Pitanja 3.1. i 3.2. odnose se na izmjene njemačkog prava koje su stupile na snagu 1. travnja 2017. Jedna izmjena odnosi se na propisivanje maksimalnog trajanja ustupanja nakon kojeg se smatra da je došlo do zlouporabe rada preko poduzeća za privremeno zapošljavanje (vidjeti točku 13. ovog mišljenja), a druga na pravni lijek koji slijedi nakon takve povrede (vidjeti točke 14. i 15. ovog mišljenja). Stoga može biti logičnije da redoslijed pitanja bude obrnut te da tekst bude pojednostavnjen na sljedeći način:

„2. Je li zakonodavstvo države članice koje predviđa maksimalno trajanje ustupanja samo jednom poduzeću korisniku od 18 mjeseci počevši od 1. travnja 2017., ali izričito isključuje uzimanje u obzir razdoblja ustupanja koja prethode tom datumu prilikom utvrđivanja zlouporabe rada preko poduzeća za privremeno zapošljavanje, u skladu s člankom 5. stavkom 5. Direktive 2008/104, iako se ustupanje više ne bi moglo kvalificirati kao privremeno kada bi se razdoblja ustupanja prije 1. travnja 2017. uzela u obzir?”

¹⁴ Presuda od 28. veljače 2013., Petersen (C-544/11, EU:C:2013:124, t. 24. i navedena sudska praksa). Vidjeti također, primjerice, rješenje od 4. veljače 2016., Baudinet i dr. (C-194/15, neobjavljeno, EU:C:2016:81, t. 22. i navedenu sudsku praksu). Kao što je navedeno u točki 45. mojeg mišljenja u predmetu Manpower LIT (C-948/19, EU:C:2021:624), koje se odnosi na Direktivu 2008/104, u okviru postupka uspostavljenog u članku 267. UFEU-a, na Sudu je da nacionalnom sudu pruži koristan odgovor koji će mu omogućiti da riješi spor koji se pred njim vodi.

¹⁵ *Ibid.*, točka 45. i navedena sudska praksa. Vidjeti također presudu KG, točku 49. i navedenu sudsku praksu.

3. Ako je odgovor na drugo pitanje niječan, imaju li radnici zaposleni preko poduzeća za privremeno zapošljavanje na temelju Direktive 2008/104 pravo na uspostavljanje stalnog radnog odnosa s poduzećem korisnikom u slučaju utvrđenja zlouporabe rada preko poduzeća za privremeno zapošljavanje u smislu članka 5. stavka 5. Direktive 2008/104¹⁶?”

35. Pitanje 3.3. moglo bi ostati nepromijenjeno, preimenovano kao pitanje 4.

IV. Odgovori na preoblikovana pitanja

A. *Odgovor na prvo pitanje*

36. Na prvo pitanje valja odgovoriti kako slijedi:

„Kako bi se utvrdilo protivi li se članku 5. stavku 5. prvoj rečenici Direktive 2008/104, u vezi s pojmom ‚na određeno vrijeme‘ iz članka 1. Direktive 2008/104, ustupanje radnika zaposlenog preko poduzeća za privremeno zapošljavanje istom poduzeću korisniku u razdoblju duljem od 55 mjeseci za radno mjesto koje je stalno te ga ne obavlja kao zamjena, sud države članice dužan je, prema pravu Unije, provesti sljedeću analizu:

- I. Dovodi li uzastopno upućivanje radnika zaposlenog preko poduzeća za privremeno zapošljavanje istom poduzeću korisniku do razdoblja koje se više ne može razumno smatrati ustupanjem poduzeću korisniku ‚za rad na određeno vrijeme‘ u smislu članka 1. stavka 1. Direktive 2008/104?
- II. Je li odluka poduzeća korisnika da se koristi nizom uzastopnih ugovora o radu preko poduzeća za privremeno zapošljavanje objektivno opravdana?
- III. Zaobilaze li se odredbe Direktive 2008/104?
- IV. Uzevši u obzir sve te elemente i okolnosti, je li radni odnos (na neodređeno vrijeme) bio skriven iza uzastopnih ugovora o radu preko poduzeća za privremeno zapošljavanje, što je protivno članku 5. stavku 5. Direktive 2008/104?”

1. *Značenje pojma „na određeno vrijeme“*

37. Kao što je to istaknuo nezavisni odvjetnik Szpunar u mišljenju u predmetu AKT, „Direktiva 2008/104 ne definira rad preko poduzeća za privremeno zapošljavanje niti su njoj nabrojani slučajevi u kojima bi se mogla opravdati primjena tog oblika rada. Njezina uvodna izjava 12. podsjeća, nasuprot tome, da se tom direktivom namjerava poštovati raznolikost tržišta rada”¹⁷. Države članice zadržale su znatnu marginu prosudbe za određivanje situacija koje opravdavaju primjenu rada preko poduzeća za privremeno zapošljavanje¹⁸, pri čemu Direktiva 2008/104 predviđa „samo uvođenje minimalnih zahtjeva”¹⁹.

¹⁶ U prethodnom pitanju upotrebljava se pojam „iskorištavanje”. On je ovdje zamijenjen „zlouporabom” rada preko poduzeća za privremeno zapošljavanje, u skladu s tekstom članka 5. stavka 5. Direktive 2008/104.

¹⁷ C-533/13, EU:C:2014:2392, t. 113.

¹⁸ Vidjeti točku 114. navedenog mišljenja.

¹⁹ Presuda KG, t. 41.

38. Dok pojam „na određeno vrijeme” iz članka 1. Direktive 2008/104 treba tumačiti široko, kako se ne bi ugrozilo ostvarivanje ciljeva te direktive, ne dovodeći u pitanje njezin koristan učinak prekomjernim i neopravdanim ograničavanjem njezina područja primjene²⁰, u skladu s njegovim doslovnim tumačenjem, članak 1. stavak 1. Direktive 2008/104 odnosi se na trajanje ustupanja radnika zaposlenog kod poduzeća za privremeno zapošljavanje, a ne na radno mjesto.

39. Članak 1. stavak 1. odnosi se na radnike zaposlene preko poduzeća za privremeno zapošljavanje koji su ustupljeni poduzeću korisniku „za rad na određeno vrijeme”²¹. Drugim riječima, i kao što je to Komisija istaknula u svojim pisanim očitovanjima, na temelju tog teksta može se zaključiti da je radni odnos između radnika zaposlenog preko poduzeća za privremeno zapošljavanje i poduzeća korisnika onaj koji je privremen, a ne radno mjesto na koje je radnik preko poduzeća za privremeno zapošljavanje ustupljen, s obzirom na to da ništa u Direktivi ne upućuje na narav posla, tako da ništa ne upućuje na to da radno mjesto na koje je radnik poduzeća za privremeno zapošljavanje ustupljen ne može biti na neodređeno vrijeme. Isti zaključak može se izvući iz doslovnog tumačenja članka 3. stavka 1. točaka (a), (b), (c) i (e) Direktive 2008/104, u vezi s definicijama radnika, poduzeća za privremeno zapošljavanje, radnika zaposlenih preko poduzeća za privremeno zapošljavanje i upućivanja²². Naime, Sud se u presudi KG pozvao na te odredbe kako bi zaključio da je „radni odnos” s poduzećem korisnikom „po svojoj prirodi privremenog karaktera”²³.

40. Kao što je to Savezna Republika Njemačka istaknula u pisanim očitovanjima, iz teksta Direktive proizlazi da države članice imaju široku marginu diskrecije u prenošenju pojma „na određeno vrijeme”, pod uvjetom da privremeno ustupanje ne bi trebalo postati ustupanje koje traje prekomjerno, izjednačeno s trajnim ustupanjem.

41. Argumenti izneseni u tužiteljevim pisanim očitovanjima, prema kojima kontekst pojma „na određeno vrijeme” iz članka 1. stavka 1. i cilj Direktive 2008/104 sugeriraju da se odnosi na radno mjesto, kao i na ustupanje radnika zaposlenog preko poduzeća za privremeno zapošljavanje, ne mogu se prihvatiti. Naime, uvodna izjava 12. Direktive 2008/104 upućuje na poštovanje „raznolikosti tržišta rada i industrijskih odnosa”²⁴, što je cilj koji bi bio ugrožen ako bi izraz „na određeno vrijeme” bio povezan s radnim mjestom na koje je radnik zaposlen preko poduzeća za privremeno zapošljavanje upućen, što utječe na diskrecijsku ovlast države članice da odobri upućivanje radnika zaposlenih kod poduzeća za privremeno zapošljavanje na stalna radna mjesta koja se ne odnose na zamjene. Osim toga, kao što je to istaknuto u navedenoj presudi KG,

²⁰ Sud je došao do tog zaključka u pogledu pojma „radnik” iz Direktive 2008/104. Vidjeti presudu od 17. studenoga 2016., *Betriebsrat der Ruhrlandklinik* (C-216/15, EU:C:2016:883, t. 36.). U svojem mišljenju u predmetu *Manpower LIT* (C-948/19, EU:C:2021:624, t. 71.) predlažem široko tumačenje članka 1. stavka 2. Direktive 2008/104 koje se odnosi na obavljanje „gospodarskih djelatnosti” iz istog razloga.

²¹ Izraz „za rad na određeno vrijeme” odražava se u drugim jezičnim verzijama članka 1. stavka 1. Direktive 2008/104. Vidjeti, primjerice, francusku verziju, „*afin de travailler de manière temporaire*”; bugarsku verziju, „*на временна работа*”; njemačku verziju, „*um vorübergehend zu arbeiten*”; španjolsku verziju, „*a fin de trabajar de manera temporal*”; talijansku verziju, „*per lavorare temporaneamente*”; portugalsku verziju, „*temporariamente a fim de trabalharem*”; slovačku verziju, „*na dočasný výkon práce*”; češku verziju, „*po přechodnou dobu pracovali*”; poljsku verziju, „*w celu wykonywania tymczasowo pracy*”; nizozemsku verziju, „*tijdelijk te werken*”, švedsku verziju, „*för att temporärt arbeta*”. Vidjeti također analizu nezavisne odvjetnice Sharpston u predmetu KG (C-681/18, EU:C:2020:300, t. 51.). Suprotno argumentima iz tužiteljevih pisanih očitovanja, moguće nijanse u jezičnim verzijama nedostatne su za izazivanje sumnji vezanih za razlike u značenju.

²² Važno je da pojam „ustupanje” iz članka 3. stavka 1. točke (e) Direktive 2008/104 znači razdoblje tijekom kojeg je radnik zaposlen kod poduzeća za privremeno zapošljavanje ustupljen poduzeću korisniku za rad na određeno vrijeme pod njegovim nadzorom i rukovodstvom.

²³ Presuda KG, točka 61.

²⁴ Vidjeti u tom pogledu mišljenje nezavisnog odvjetnika Szpunara u predmetu AKT (C-533/13, EU:C:2014:2392, t. 113. do 115.).

Direktiva u uvodnoj izjavi 15. spominje „ugovore o zapošljavanju na neodređeno vrijeme”, to jest zajedno s člankom 6. stavkom 1. i stavkom 2. utvrđuje „stalne radne odnose” kao opći oblik radnih odnosa²⁵. Suprotnost tomu je radni odnos, ili upućivanje, koji je vremenski ograničen.

42. Osnovni ciljevi Direktive 2008/104 navedeni su u njezinu članku 2. i odnose se na stvaranje fleksibilnih oblika rada, stvaranje radnih mjesta i zaštitu radnika zaposlenih preko poduzeća za privremeno zapošljavanje²⁶. Ne postoji jasna poveznica između bilo kojeg od tih ciljeva i vezivanja pojma „na određeno vrijeme” za radno mjesto na koje je radnik zaposlen preko poduzeća za privremeno zapošljavanje upućen. Isto vrijedi za cilj svojstven Direktivi 2008/104 da primjena rada preko poduzeća za privremeno zapošljavanje ne treba postati trajno stanje²⁷. Kao što je istaknuo tuženik u svojim pisanim očitovanjima, ciljevi stvaranja radnih mjesta i uključivanja radnika na tržište rada (vidjeti uvodnu izjavu 11.) ne mogu dovesti do zaključka da su stalna radna mjesta sama po sebi isključena iz upućivanja radnika na privremenoj osnovi.

43. Naposljetku, sklon sam prihvatiti argumente Komisije i Njemačke prema kojima nastanak članka 1. stavka 1. Direktive 2008/104 ne povezuje pojam „na određeno vrijeme” s naravi radnog mjesta na koje je upućen²⁸ radnik zaposlen preko poduzeća za privremeno zapošljavanje, unatoč suprotnim tužiteljevim argumentima²⁹.

44. Stoga se izraz „na određeno vrijeme” odnosi isključivo na upućivanje radnika zaposlenog preko poduzeća za privremeno zapošljavanje i znači „koji traje samo ograničeno vrijeme”, „koji nije trajan”³⁰ te se odnosi samo na razdoblje upućivanja dotičnog radnika zaposlenog preko poduzeća za privremeno zapošljavanje.

2. Zlouporaba rada preko poduzeća za privremeno zapošljavanje

45. Međutim, suprotno onomu što je navedeno u tužiteljevim pisanim očitovanjima, ono što se predlaže ne dovodi do davanja zelenog svjetla neodređenom upućivanju radnika zaposlenih preko poduzeća za privremeno zapošljavanje na stalna radna mjesta ili na radna mjesta koja se ne obavljaju u svojstvu osiguravanja zamjene. Iako je u predmetu KG utvrđeno da se člankom 5. stavkom 5. Direktive 2008/104 „ne nalaže državama članicama da ograniče broj uzastopnih ustupanja istog radnika istom poduzeću korisniku ili da uvjetuju primjenu tog oblika rada na određeno vrijeme navođenjem tehničkih razloga ili razloga vezanih uz proizvodnju, organizaciju

²⁵ Presuda KG, točka 62.

²⁶ Vidjeti također uvodnu izjavu 18. o poboljšanju minimalne zaštite radnika zaposlenih preko poduzeća za privremeno zapošljavanje.

²⁷ Presuda KG, točka 60.

²⁸ Njemačka i Komisija pozivaju se na prvotni prijedlog Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o radnim uvjetima radnika zaposlenih preko poduzeća za privremeno zapošljavanje (COM (2002) 149 *final*); Stajalište Europskog parlamenta usvojeno u prvom čitanju od 21. studenoga 2002. s ciljem donošenja Direktive 2002/.../EZ Europskog parlamenta i Vijeća o radu preko poduzeća za privremeno zapošljavanje (SL 2004., C 25 E, str. 368.); izmijenjeni prijedlog direktive COM (2002/0701); Zajedničko stajalište Vijeća (EZ) br. 24/2008 od 15. rujna 2008. djelujući u skladu s postupkom navedenim u članku 251. Ugovora o osnivanju Europske zajednice s ciljem donošenja direktive Europskog parlamenta i Vijeća o radu preko poduzeća za privremeno zapošljavanje (SL 2008., C 254 E, str. 36.).

²⁹ Izvori koje je tužitelj odabrao ne odražavaju zakonodavnu namjeru potpunog isključenja stalnih radnih mjesta iz područja primjene Direktive 2008/104. Vidjeti Stajalište Europskog parlamenta usvojeno u prvom čitanju 21. studenoga 2002. s ciljem donošenja Direktive 2002/.../EZ Europskog parlamenta i Vijeća o radu preko poduzeća za privremeno zapošljavanje (SL 2004., C 25 E, str. 368., na str. 373.); Zajedničko stajalište Vijeća (EZ) br. 24/2008 od 15. rujna 2008. djelujući u skladu s postupkom navedenim u članku 251. Ugovora o osnivanju Europske zajednice s ciljem donošenja direktive Europskog parlamenta i Vijeća o radu preko poduzeća za privremeno zapošljavanje (SL 2008., C 254 E, str. 36., na str. 41.); Komunikaciju Komisije Europskom parlamentu u skladu s člankom 251. stavkom 2. drugim podstavkom Ugovora o EZ-u u vezi sa Zajedničkim stajalištem Vijeća s obzirom na donošenje direktive Europskog parlamenta i Vijeća o radu preko poduzeća za privremeno zapošljavanje – Politički sporazum o zajedničkom stajalištu (VMQ) (COM(2008) 569 *final*), str. 6.

³⁰ Kao što je to zaključeno u točki 51. mišljenja nezavisne odvjetnice Sharpston u predmetu KG (C-681/18, EU:C:2020:300).

ili zamjenu radnika”³¹, u tom je predmetu također utvrđeno da članak 5. stavak 5. Direktive 2008/104 obvezuje države članice da poduzimaju odgovarajuće mjere s ciljem sprečavanja zlouporabe (i.) odstupanja od načela jednakog postupanja dopuštenih tom odredbom i (ii.) uzastopnih privremenih odstupanja s namjerom izbjegavanja odredaba Direktive u cijelosti³², s obzirom na to da je potonja šira³³.

46. Tako je u presudi KG presuđeno da je na sudu koji je uputio zahtjev da provjeri pravnu kvalifikaciju radnog odnosa, kako s obzirom na samu Direktivu 2008/104 tako i s obzirom na pravo države članice kojim se ona prenosi, na način da provjeri je li riječ o radnom odnosu na neodređeno vrijeme kojem je umjetno dodijeljen oblik uzastopnih ugovora o ustupanju radnika za privremeno obavljanje poslova radi zaobilazanja ciljeva Direktive 2008/104, konkretno privremene prirode rada preko poduzeća za privremeno zapošljavanje³⁴.

47. Sud je dodao da u svrhu te ocjene sud koji je uputio zahtjev može uzeti u obzir: (a) pitanje jesu li uzastopna ustupanja istog radnika zaposlenog preko poduzeća za privremeno zapošljavanje istom poduzeću korisniku dovela do toga da rad u tom poduzeću traje dulje od onoga što se razumno može kvalificirati kao „privremeno”, što bi moglo predstavljati indiciju zlouporabe uzastopnih ustupanja u smislu članka 5. stavka 5. prve rečenice Direktive 2008/104. To je utvrđenje izvršeno osobito s obzirom na činjenicu da bi, među ostalim, uzastopna ustupanja istog radnika zaposlenog preko poduzeća za privremeno zapošljavanje istom poduzeću korisniku ugrozila ravnotežu uspostavljenu tom direktivom između fleksibilnosti za poslodavce i sigurnosti za radnike, potkopavajući potonju; (b) kada se ne pruži nikakvo objektivno objašnjenje za činjenicu da dotično poduzeće korisnik primjenjuje sklapanje niza uzastopnih ugovora o ustupanju radnika za privremeno obavljanje poslova, na nacionalnom je sudu da u kontekstu nacionalnog regulatornog okvira i uzimajući u obzir okolnosti svakog slučaja ispita zaobilazi li se jedna od odredbi Direktive 2008/104, i to tim više kada je poduzeću korisniku isti radnik ustupljen preko poduzeća za privremeno zapošljavanje na temelju niza ugovora o kojima je riječ³⁵.

48. Stoga, kao što je to istaknuto u pisanim očitovanjima francuske vlade, trajanje upućivanja na privremeni rad samo je jedan od elemenata koje treba uzeti u obzir prilikom utvrđivanja je li došlo do zlouporabe rada preko poduzeća za privremeno zapošljavanje. Kao što to proizlazi iz navedenih elemenata iz presude u predmetu KG, sud države članice dužan je, na temelju članka 5. stavka 5. Direktive 2008/104, u vezi s njezinim člankom 1. stavkom 1., provesti sljedeću procjenu:

- I. Dovodi li uzastopno upućivanje radnika zaposlenog preko poduzeća za privremeno zapošljavanje istom poduzeću korisniku do razdoblja koje se više ne može razumno smatrati ustupanjem poduzeću korisniku ‚za rad na određeno vrijeme’ u smislu članka 1. stavka 1. Direktive 2008/104?
- II. Je li odluka poduzeća korisnika da se koristi nizom uzastopnih ugovora o radu preko poduzeća za privremeno zapošljavanje objektivno opravdana?
- III. Zaobilaze li se odredbe Direktive 2008/104?

³¹ Presuda KG, točka 42. Moje isticanje

³² *Ibid.*, t. 55.

³³ *Ibid.*, t. 57.

³⁴ *Ibid.*, t. 67.

³⁵ *Ibid.*, t. 68. do 71.

IV. Uzevši u obzir sve te elemente i okolnosti, je li radni odnos (na neodređeno vrijeme) bio skriven iza uzastopnih ugovora o radu preko poduzeća za privremeno zapošljavanje, što je protivno članku 5. stavku 5. Direktive 2008/104?

49. Točka II. jest ona u kojoj narav posla na koji je radnik zaposlen preko poduzeća za privremeno zapošljavanje upućen postaje relevantna, uključujući i to je li riječ o stalnom poslu koji se ne obavlja kao zamjena. Presuda u predmetu KG ne sprečava da se „tehnički razlozi ili razlozi vezani uz proizvodnju, organizaciju ili zamjenu radnika” uzmu u obzir u ovom kontekstu, s obzirom na to da je u predmetu KG samo utvrđeno da se ti razlozi ne moraju „navesti” a da nije spomenuto ništa u pogledu njihova isključivanja iz objektivnog objašnjenja³⁶.

50. Primjerice, poduzeće koje sudjeluje u aktivnostima istraživanja i razvoja koje su u tijeku može imati potrebu proširiti svoj tim radnika zaposlenih u određenom sektoru, u kojem obično zapošljava samo radnike zaposlene na neodređeno vrijeme. Potreba za radnicima zaposlenima preko poduzeća za privremeno zapošljavanje može proizlaziti iz privremenih rezultata programa istraživanja i razvoja. Do takvog proširenja može doći, kao prvo, korištenjem radnika zaposlenih preko poduzeća za privremeno zapošljavanje jer ulagačima razvoj rezultata istraživanja još nije postao privlačan ili jer sam postupak istraživanja nije dovršen. To je vrsta objašnjenja za koje nacionalni sud, uzevši u obzir sve okolnosti, može zaključiti da predstavlja objektivno objašnjenje za korištenje ustupanja radnika zaposlenih preko poduzeća za privremeno zapošljavanje, čak i ako se predmetna radna mjesta ne izvršavaju zbog osiguravanja zamjene te su se inače obavljala na stalnoj osnovi u tom poduzeću korisniku.

51. Možda iz presude KG nije jasno je li zlouporaba rada preko poduzeća za privremeno zapošljavanje uvjetovana utvrđenjem zaobilaženja odredbi Direktive 2008/104, osim samog članka 5. stavka 5³⁷.

52. Međutim, smatram da to nije slučaj, s obzirom na to da je Sud u presudi KG presudio da uzastopna ustupanja istog radnika zaposlenog kod poduzeća za privremeno zapošljavanje istom poduzeću korisniku zaobilaze samu srž odredbi Direktive 2008/104³⁸. Osim toga, Sud je u presudi KG presudio da je jedna od dviju obveza nametnutih državama članicama člankom 5. stavkom 5. poduzimanje odgovarajućih mjera s ciljem sprečavanja uzastopnih ustupanja s namjerom izbjegavanja odredaba Direktive 2008/104 u cijelosti³⁹ i da ta direktiva zahtijeva „da države članice osiguraju da rad preko poduzeća za privremeno zapošljavanje s istim poduzećem korisnikom ne postane trajno stanje”⁴⁰.

53. Slijedom toga, presuda KG ide u prilog tumačenju da je bilo kakva povreda obveza nametnutih Direktivom 2008/104, uz one nametnute njezinim člankom 5. stavkom 5., kao što su, primjerice, jamstvo jednakosti plaća radnika zaposlenih preko poduzeća za privremeno zapošljavanje i onih koje je poduzeće korisnik izravno zaposlilo na isto radno mjesto (vidjeti članak 5. stavak 1. Direktive 2008/104, u vezi s njezinim člankom 3. stavkom 1. točkom (f))⁴¹, relevantna za konačnu odluku suda koji je uputio zahtjev, u koraku IV. (vidjeti točku 48. ovog mišljenja), o tome je li, uzevši u obzir sve okolnosti ovog predmeta, radni odnos na neodređeno vrijeme bio skriven iza

³⁶ *Ibid.*, t. 42.

³⁷ Vidjeti osobito točku 71. presude KG Tužitelj je u svakom slučaju u svojim pisanim očitovanjima istaknuo da se s njim postupalo nejednako, što nije u skladu s člankom 4. Direktive 2008/104, kako u pogledu plaće tako i rizika nezaposlenosti.

³⁸ Presuda KG, točka 70.

³⁹ Presuda KG, točka 55. Vidjeti također točku 57.

⁴⁰ Presuda KG, točka 60.

⁴¹ Kao što je to već istaknuto, u tužiteljevim pisanim očitovanjima u najmanju se ruku insinuira povreda jednakosti plaća.

uzastopnih ugovora o radu preko poduzeća za privremeno zapošljavanje, na način koji je protivan članku 5. stavku 5. Direktive 2008/104. Valja podsjetiti na to da je situacija o kojoj je riječ u glavnom postupku uključivala 18 produljenja u razdoblju od 56 mjeseci.

54. Taj pristup odražava dodatno utvrđenje iz predmeta KF prema kojem jamstvo „osnovnih uvjeta rada i uvjeta zapošljavanja” radnika zaposlenih preko poduzeća za privremeno zapošljavanje u smislu članka 5. stavka 1. Direktive 2008/104, u vezi s njezinim člankom 3. stavkom 1. točkom (f), treba široko tumačiti kako bi se osiguralo poštovanje Povelje⁴².

55. Zbog tih razloga na prvo pitanje valja odgovoriti na način naveden u točki 36. ovog mišljenja.

B. Odgovor na drugo pitanje

56. Na drugo pitanje valja odgovoriti tako da je zakon države članice koji izričito isključuje uzimanje u obzir razdoblja ustupanja koja prethode određenom datumu, ali nakon datuma za provedbu Direktive 2008/104, s obzirom na to da je takvo isključenje relevantno za utvrđivanje je li došlo do zlouporabe rada preko poduzeća za privremeno zapošljavanje, protivan članku 5. stavku 5. Direktive 2008/104 kada se njime smanjuje trajanje razdoblja zaposlenja na koje bi se radnik zaposlen kod poduzeća za privremeno zapošljavanje inače mogao pozvati. Međutim, u okviru horizontalne tužbe između dvaju pojedinaca neusklađeni propisi države članice koji predviđaju takvo isključenje izuzimaju se iz primjene samo ako to ne zahtijeva tumačenje propisa države članice *contra legem*, što je na sudu koji je uputio zahtjev da utvrdi.

57. Razlozi za to su sljedeći.

58. Provedba Savezne Republike Njemačke članka 5. stavka 5. Direktive 2008/104 bila je prvotno ograničena, na temelju članka 1. druge rečenice AÜG-a, pod uvjetom da je „ustupanje radnika poduzećima korisnicima privremene prirode”⁴³, sustavom obeštećenja koji se odnosi samo na gore navedene sankcije (vidjeti točku 12.). Iako ta provedba može biti minimalna, ne može se reći da nije poduzeta „nikakva mjera za očuvanje privremene prirode rada preko poduzeća za privremeno zapošljavanje”, na način koji je u suprotnosti s člankom 5. stavkom 5. Direktive 2008/104⁴⁴.

59. Da nije bilo zakonodavne reforme koja je stupila na snagu u Njemačkoj počevši od 1. travnja 2017. (vidjeti točke 13. do 16. ove presude) i gore navedenog ispitivanja u pogledu prvog pitanja (vidjeti točku 36. ovog mišljenja), tužitelj bi mogao istaknuti da je po pravu Unije upućivanje tuženika na četiri godine i devet mjeseci, od 1. rujna 2014. do 31. svibnja 2019., u svim okolnostima bilo jednako zlouporabi rada preko poduzeća za privremeno zapošljavanje, što je

⁴² Presuda KG, točka 54. Valja dodati da se ta obveza tumačenja nameće s obzirom na članak 5. stavak 1. i članak 3. stavak 1. točku (f) Direktive 2008/104, bez obzira na činjenicu da države članice, kada premašuju minimalne zahtjeve utvrđene Direktivom 2008/104, ne provode pravo Unije u smislu članka 51. stavka 1. Povelje. Vidjeti moje mišljenje u predmetu Manpower Lit (C-948/19, EU:C:2021:624, t. 61.).

⁴³ U verziji koja je bila na snazi od 1. prosinca 2011. do 31. ožujka 2017. Točka 11. ovog mišljenja

⁴⁴ KG, točka 63.

protivno članku 5. stavku 5. Direktive 2008/104, s obzirom na obvezu Njemačke da provede Direktivu do 5. prosinca 2011. Članak 1. stavak 1. drugu rečenicu AÜG-a treba tumačiti u skladu s tim⁴⁵.

60. Međutim, čini se da je reforma njemačkog prava koja je stupila na snagu 1. travnja 2017. zapravo ukinula tužiteljevu mogućnost korištenja tim pravnim putem. Tumačenje reformi koje zagovara tuženik uklanja razdoblje od 1. rujna 2014. do 1. travnja 2017. za potrebe ocjene je li došlo do zlouporabe rada preko poduzeća za privremeno zapošljavanje te istodobno znači da se na tužitelja nastavlja primjenjivati nova maksimalna granica od 18 mjeseci za upućivanje radnika zaposlenih preko poduzeća za privremeno zapošljavanje istom poduzeću korisniku utvrđena predmetnim propisom.

61. U pisanim očitovanjima Savezne Republike Njemačke tvrdi se da je promjena Zakona od 1. travnja 2017. bila samo jedan slučaj koji je pokazivao prelazak Njemačke s fleksibilnog načina provedbe članka 5. stavka 5. Direktive 2008/104 na fiksni, tako što je uvela gornju granicu od 18 mjeseci za upućivanje radnika zaposlenih preko poduzeća za privremeno zapošljavanje istom poduzeću korisniku.

62. Međutim, s obzirom na analizu koja se odnosi na prvo pitanje, Njemačka je prekoračila diskrecijsku ovlast koja joj je priznata člankom 5. stavkom 5. Direktive 2008/104 da odredi maksimalna razdoblja za upućivanje radnika zaposlenih preko poduzeća za privremeno zapošljavanje istom poduzeću korisniku, iako je Direktiva 2008/104 ne obvezuje da odredi takva ograničenja⁴⁶, s obzirom na to da su, kao što se to tvrdi u Komisijinim pisanim očitovanjima, reforme od 1. travnja 2017. ozbiljno smanjile koristan učinak Direktive 2008/104, u usporedbi sa zakonodavnim režimom koji je prethodno bio na snazi prema pravu države članice, a na štetu tužitelja, koji tijekom dotičnog razdoblja ima nedvojbenu status radnika zaposlenog preko poduzeća za privremeno zapošljavanje u skladu s člankom 3. stavkom 1. točkom (c) Direktive 2008/104, koji je bio „upućen” u smislu članka 3. stavka 1. točke (e) Direktive 2008/104 istom poduzeću korisniku, na razdoblje od četiri godine i devet mjeseci nakon datuma isteka roka za provedbu Direktive 2008/104, konkretno 5. prosinca 2011.⁴⁷ Takva je situacija protivna članku 10. i uvodnoj izjavi 21. Direktive 2008/104, kao i obvezi „osiguravanja zaštite radnika zaposlenih kod poduzeća za privremeno zapošljavanje” iz članka 2. te direktive i širim obvezama koje se odnose na dobru vjeru koje Savezna Republika Njemačka ima na temelju članka 4. UEU-a pri obavljanju zadaća koje proizlaze iz Ugovorâ, u vezi s člankom 288. UFEU-a, s obzirom na obvezujući učinak direktiva.

63. Ipak, iz ustaljene sudske prakse proizlazi da obveza tumačenja prestaje kada bi tumačenje prava države članice u skladu s pravom Unije dovelo do značenja prava država članica *contra legem*⁴⁸. Stoga je na sudu koji je uputio zahtjev⁴⁹ da provjeri može li se prijelazna odredba iz članka 19. stavka 2. AÜG-a, kojom se utvrđuje da se „razdoblja ustupanja prije 1. travnja 2017. ne uzimaju se u obzir prilikom izračuna maksimalnog trajanja ustupanja u skladu s člankom 1.

⁴⁵ Presuda KG, točke 64. i 65. Načelo uskladenog tumačenja nacionalnog prava, na temelju kojeg je nacionalni sud dužan tumačiti nacionalno pravo u najvećoj mogućoj mjeri u skladu sa zahtjevima prava Unije, svojstveno je sustavu uspostavljenom Ugovorima jer nacionalnom sudu omogućuje da u okviru svojih nadležnosti osigura punu učinkovitost prava Unije kada odlučuje u postupku koji se pred njim vodi. Vidjeti presudu od 17. ožujka 2021., Academia de Studii Economice din Bucurecommentaritate ti (C-585/19, EU:C:2021:210, t. 69. i navedena sudska praksa).

⁴⁶ Presuda KG, točka 42. Mišljenje nezavisne odvjetnice E. Sharpston u predmetu KG (C-681/18, EU:C:2020:300, t. 66.)

⁴⁷ Članak 11. stavak 1. Direktive 2008/104

⁴⁸ Presuda KG, točka 66., i navedena sudska praksa. Vidjeti nedavno mišljenje nezavisnog odvjetnika Szpunara u predmetu Thelen Technopark Berlin (C-261/20, EU:C:2021:620, t. 30. i 31. i navedenu sudsku praksu).

⁴⁹ Nedavno naglašeno u mišljenju nezavisnog odvjetnika Szpunara u predmetu Thelen Technopark Berlin, točka 32.

stavkom 1.b”, tumačiti, uzimajući u obzir „cjelokupno nacionalno pravo”⁵⁰, na bilo koji način osim ukidanja svakog prava tužitelja da se poziva na cijelo razdoblje ustupanja od četiri godine i devet mjeseci, koje je trajalo od 1. rujna 2014. do 31. svibnja 2019., a koje je predviđeno njemačkim pravom do 1. travnja 2017.

64. Drugim riječima, može li se rezultat predviđen Direktivom 2008/104 ostvariti jedino tumačenjem članka 1. stavka 1.b i članka 19. stavka 2. AÜG-a *contra legem*? Primjerice, jednom kada se uzme u obzir cjelokupno njemačko pravo, mogu li se te odredbe tumačiti na način da ne odstupaju u cijelosti od prethodnog pravnog sustava i da radnicima zaposlenima preko poduzeća za privremeno zapošljavanje ostavljaju mogućnost pozivanja na zlouporabu rada preko poduzeća za privremeno zapošljavanje s obzirom na kriterije utvrđene u presudi KG, koji su detaljno navedeni u odgovoru na prvo pitanje, s obzirom na cjelokupno razdoblje upućivanja. Ako je tumačenje *contra legem* ono što je potrebno za postizanje takvog rezultata, žalbeni put ostavljen tužitelju, u skladu s ustaljenom sudskom praksom Suda, sastoji se od tužbe za utvrđivanje odgovornosti Njemačke na temelju presude u predmetu Francovich⁵¹ zbog povrede obveza koje ima na temelju članka 5. stavka 5. Direktive 2008/104 da „poduzme odgovarajuće mjere [...] kako bi se izbjegle zlouporabe u primjeni ovog članka i, osobito, kako bi se izbjegla uzastopna ustupanja namijenjena izbjegavanju odredaba ove Direktive”⁵².

65. Naposljetku, Sud je presudio da se na odredbe Povelje koje su dovoljne same za sebe i ne moraju biti pojašnjene odredbama prava Unije ni nacionalnog prava kako bi se na temelju njih pojedincima dodijelilo pravo⁵³, kao što su članci 21., 47.⁵⁴ i 31. stavak 2.⁵⁵, kao na takve može pozivati i mogu dovesti do obveze da se, prema potrebi, izuzme iz primjene *svaka* protivna nacionalna odredba, čak i u horizontalnim sporovima u kojima bi se inače primjenjivala zabrana tumačenja *contra legem* prava država članica. Međutim, protivno argumentima koje je tužitelj iznio u svojim pisanim očitovanjima, članak 31. stavak 1. nije takva odredba.

66. To je tako jer je Sud presudio da „nacionalni sud nije dužan samo na temelju prava Unije izuzeti iz primjene odredbu nacionalnog prava koja je neusklađena s odredbom Povelje Europske unije o temeljnim pravima koja [...] nema izravan učinak”⁵⁶. Uzimajući u obzir otvorenost teksta članka 31. stavka 1. Povelje, prema kojem „svaki radnik ima pravo na radne uvjete kojima se čuvaju njegovo zdravlje, sigurnost i dostojanstvo”, taj članak ne ispunjava bitne zahtjeve za izravan učinak, da je dovoljno jasan, bezuvjetan i precizan⁵⁷. U tim okolnostima, na njega se ne može pozvati kako bi se sudu koji je uputio zahtjev, koji postupa u okviru svoje nadležnosti⁵⁸, naložilo

⁵⁰ Presuda KG, točka 65. i navedena sudska praksa. Vidjeti osobito presudu od 5. listopada 2004., Pfeiffer i dr. (C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584, t. 107. do 119.). Vidjeti i, primjerice, presudu Suda od 17. travnja 2018., Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, t. 71.).

⁵¹ Presuda od 9. studenoga 1995., Francovich (C-479/93, EU:C:1995:372)

⁵² Vidjeti presudu od 15. siječnja 2014., Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, t. 50. i navedenu sudsku praksu). Vidjeti noviju presudu od 7. kolovoza 2018., Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, t. 56.).

⁵³ Presuda Suda od 17. travnja 2018., Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, t. 76. i 78.)

⁵⁴ *Ibid.*, t. 78.

⁵⁵ Vidjeti presudu od 6. studenoga 2018., Bauer i Willmeroth (C-569/16 i C-570/16, EU:C:2018:871).

⁵⁶ Presuda od 24. lipnja 2019., Poplawski (C-573/17, EU:C:2019:530, t. 63. i navedena sudska praksa)

⁵⁷ Vidjeti također objašnjenja članka 31. stavka 1. Povelje. Pojašnjava se da se ta odredba zapravo temelji na direktivi, odnosno Direktivi Vijeća 89/391/EEZ od 12. lipnja 1989. o uvođenju mjera za poticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja radnika na radu (SL 1989., L 183, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 5., svezak 4., str. 50.) (usp. presudu Egenberger i preduvjet za nepostojanje potrebe za dodatnim propisima). Upućivanje u objašnjenjima na članak 156. UFEU-a u pogledu „uvjeta rada” ne daje nikakvo pojašnjenje. Kao što je to istaknula nezavisna odvjetnica Sharpston u svojem mišljenju u predmetu KG (C-681/18, EU:C:2020:300, t. 44.), članak 156. UFEU-a ne definira pojam „radni uvjeti”. O prethodnim uvjetima za izravni učinak vidjeti, primjerice, nedavnu presudu od 7. kolovoza 2018., Smith (C-122/17, EU:C:2018:631).

⁵⁸ Presuda Suda od 17. travnja 2018., Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, t. 79.)

da izuzme iz primjene članak 1. stavak 1.b i članak 19. stavak 2. AÜG-a u slučaju da sud koji je uputio zahtjev smatra da je njihov tekst *contra legem* u odnosu na jamstva koja proizlaze iz članka 5. stavka 5. Direktive 2008/104.

67. Zbog tih razloga na drugo pitanje valja odgovoriti u smislu navedenom u točki 56. ovog mišljenja.

C. *Odgovor na treće pitanje*

68. Na treće pitanje valja odgovoriti da radnik zaposlen preko poduzeća za privremeno zapošljavanje nema pravo, na temelju Direktive 2008/104, na uspostavljanje radnog odnosa na neodređeno vrijeme s poduzećem korisnikom u slučaju utvrđenja zlouporabe rada preko poduzeća za privremeno zapošljavanje u smislu članka 5. stavka 5. Direktive 2008/104. Međutim, u slučaju da sud koji je uputio zahtjev, nakon što je uzeo u obzir cjelokupno pravo države članice, odluči da tumačenje prava države članice u skladu s člankom 5. stavkom 5. Direktive 2008/104 ne zahtijeva tumačenje tog prava *contra legem*, na njemu je da provjeri jesu li dostupni odgovarajući upravni ili sudski postupci kako bi se omogućilo ispunjavanje obveza koje proizlaze iz Direktive 2008/104 i kako bi se jamčilo da pravo države članice predviđa učinkovite, proporcionalne i odvraćajuće sankcije, kako se zahtijeva člankom 10. te direktive, podložno ograničenjima ustaljene sudske prakse.

69. U presudi KG Sud je presudio da se članak 5. stavak 5. Direktive 2008/104 ne može tumačiti na isti način kao i članak 5. Okvirnog sporazuma o radu na određeno vrijeme, sklopljenog 18. ožujka 1999., navedenog u prilogu Direktivi 1999/70/EZ⁵⁹. U predmetu Sciotto⁶⁰ odlučeno je, među ostalim, da posebna obveza sprečavanje zlouporaba koje proizlaze iz primjene uzastopnih ugovora o radu iz članka 5. navedenog okvirnog sporazuma upućuje na to da je nepostojanje, čak i u slučaju zlouporabe, za radnike u sektoru opernih i simfonijskih zaklada mogućnosti pretvaranja njihovih ugovora o radu na određeno vrijeme u radne odnose na neodređeno vrijeme (bez drugih oblika zaštite, kao što je ograničavanje mogućnosti korištenja ugovora na određeno vrijeme) podrazumijevalo nepostojanje djelotvorne mjere, u smislu relevantne sudske prakse koja se odnosi na okvirni sporazum, za sankcioniranje zlouporaba ugovora o radu na određeno vrijeme⁶¹.

70. Međutim, Sud je u presudi KG presudio da, dok članak 5. navedenog Okvirnog sporazuma „predviđa posebne obveze za sprečavanje zlouporaba koje proizlaze iz primjene uzastopnih ugovora o radu na određeno vrijeme, to nije slučaj s člankom 5. stavkom 5. prvom rečenicom Direktive 2008/104”⁶². Tumačenje članka 5. Okvirnog sporazuma o radu na određeno vrijeme stoga se ne može prenijeti na članak 5. stavak 5. Direktive 2008/104⁶³. Nezavisna odvjetnica Sharpston u predmetu KG posebno se pozvala na utvrđenja iz predmeta Sciotto o pretvaranju

⁵⁹ Direktiva Vijeća od 28. lipnja 1999. o Okvirnom sporazumu o radu na određeno vrijeme koji su sklopili ETUC, UNICE i CEEP (SL 1999., L 175, str. 43.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 5., svezak 4., str. 228.)

⁶⁰ Presuda KG, točka 45. Presuda od 25. listopada 2018., Sciotto (C-331/17, EU:C:2018:859)

⁶¹ Presuda Sciotto, *ibid.*, t. 61. i 62. U tom pogledu valja istaknuti da su u svakom slučaju granice svake obveze koju države članice imaju na temelju Direktive 1999/70 da predvide mogućnosti pretvaranja ugovora na određeno vrijeme u ugovore na neodređeno vrijeme u slučaju zlouporabe u svakom slučaju podložne razvoju sudske prakse. Vidjeti, primjerice, moje mišljenje u predmetu GILDA-UNAMS i dr. (C-282/19, EU:C:2021:217).

⁶² Presuda KG, t. 45.

⁶³ *Ibid.*

ugovora o radu na određeno vrijeme u ugovore na neodređeno vrijeme, prije nego što je zaključila da predmet Sciotto nije moguće prenijeti na članak 5. stavak 5. Direktive 2008/104 jer ta odredba ne propisuje nikakvu detaljnu i posebnu obvezu⁶⁴.

71. Stoga na pitanje 3. treba odgovoriti niječno.

72. Što se tiče obveza suda koji je uputio zahtjev na temelju članka 10. Direktive 2008/104, njegov prvi stavak potvrđuje pravo na djelotvoran pravni lijek, zajamčeno člankom 47. Povelje⁶⁵. Zahtjev osiguravanja učinkovitih, proporcionalnih i odvrćućih pravnih lijekova, kako je zajamčeno člankom 10. drugim stavkom, nalaže državama članicama da uspostave mjere koje su dostatno djelotvorne za postizanje cilja Direktive 2008/104⁶⁶ i koje osiguravaju stvarno odvrćući učinak⁶⁷. Pravom Unije ne zahtijeva se da nacionalni sudovi uvedu – kako bi osigurali zaštitu prava koja pojedinci izvode iz prava Unije – pravna sredstva različita od onih utvrđenih nacionalnim pravom⁶⁸, osim ako „bi iz opće strukture odnosnog nacionalnog pravnog poretka proizlazilo da ne postoji nijedan pravni lijek”⁶⁹. Međutim, radi se o isključivanju pravnog lijeka koji dovodi do sklapanja ugovora o radu na neodređeno vrijeme između radnika zaposlenog preko poduzeća za privremeno zapošljavanje i poduzeća korisnika (zbog razloga navedenih u točkama 69. i 70. ovog mišljenja)⁷⁰ ili tumačenju prava država članica *contra legem* (točke 63. i 64. ovog mišljenja).

D. Odgovor na četvrto pitanje

73. Na četvrto pitanje valja odgovoriti tako da se produljenje maksimalnog pojedinačnog trajanja ustupanja može prepustiti ocjeni stranaka kolektivnog ugovora, uključujući stranke kolektivnog ugovora koje su nadležne samo za sektor djelatnosti poduzeća korisnika. Međutim, odgovor na drugo pitanje također se primjenjuje na takve ugovore.

74. Naime, kao što je to istaknuto u pisanim očitovanjima Njemačke, države članice ovlaštene su socijalnim partnerima prepustiti provedbu ciljeva socijalne politike⁷¹, a primjena kolektivnih ugovora izričito je predviđena Direktivom 2008/104⁷², pri čemu nije važno izvršavaju li stranke kolektivnog ugovora nadležnost za sektor djelatnosti poduzeća korisnika, a ne za radni odnos dotičnog radnika zaposlenog preko poduzeća za privremeno zapošljavanje⁷³. Međutim, dodatni zajednički sporazum na razini poduzeća (sklopljen između tuženika i regionalnog središnjeg radničkog vijeća) od 20. rujna 2017. predviđa, među ostalim, da ustupanje privremenih radnika u proizvodnji ne smije premašiti maksimalno trajanje od 36 mjeseci. Kad je riječ o privremenim

⁶⁴ Mišljenje nezavisne odvjetnice Sharpston u predmetu KG (C-681/18, EU:C:2020:300, t. 66.)

⁶⁵ Vidjeti po analogiji presudu od 15. travnja 2021., Braathens Regional Aviation (C-30/19, EU:C:2021:269, t. 33.).

⁶⁶ *Ibid.*, t. 37.

⁶⁷ *Ibid.*, t. 38.

⁶⁸ *Ibid.*, t. 55. i navedena sudska praksa

⁶⁹ Presuda od 3. listopada 2013., Inuit Tapiriit Kanatami i dr./Parlament i Vijeće (C-583/11 P, EU:C:2013:625, t. 104.). Vidjeti također presudu od 21. studenoga 2019., Deutsche Lufthansa (C-379/18, EU:C:2019:1000, t. 61.).

⁷⁰ U tom pogledu valja istaknuti da, iako je načelo ekvivalentnosti bilo relevantno za tumačenje članka 10. Direktive 2008/104, sklapanje radnog odnosa uvedeno njemačkim pravom (vidjeti točku 15. ove presude) ne odnosi se na analogni prigovor koji je potpuno nacionalne naravi, nego na zahtjev na temelju prava Unije. Vidjeti moje mišljenje u predmetu GILDA-UNAMS i dr. (C-282/19, EU:C:2021:217, bilj. 72.) (postupak u tijeku).

⁷¹ Presuda od 18. prosinca 2008., Ruben Andersen (C-306/07, EU:C:2008:743, t. 25. i 26.). Vidjeti i, primjerice, presudu od 11. veljače 2010., Ingeniørforeningen i Danmark (C-405/08, EU:C:2010:69, t. 39.).

⁷² Vidjeti članak 5. točku 1. i članak 11. točku 1., kao i uvodne izjave 16., 17. i 19. Treba odbaciti tužiteljevu tvrdnju da se odredba članka 9. stavka 1. ili članka 5. stavka 3. Direktive 2008/104 može tumačiti na način da smanjuje tu diskrecijsku ovlast jer bi takvo smanjenje diskrecijske ovlasti države članice zahtijevalo jasnu i nedvosmisleni formulaciju u tom smislu.

⁷³ Vidjeti upućeno pitanje 3.3., navedeno u točki 26. ove presude.

radnicima koji su 1. travnja 2017. već bili zaposleni, samo razdoblja nakon 1. travnja 2017. računaju se za izračun maksimalnog trajanja ustupanja od 36 mjeseci. Kao što sam to objasnio u točkama 56. do 67., to isključenje nije u skladu s člankom 5. stavkom 5. Direktive 2008/104, tako da se pravna razmatranja iz navedenih točaka primjenjuju i na takve kolektivne ugovore.

V. Zaključak

75. Stoga predlažem da se Landesarbeitsgerichtu Berlin-Brandenburg (Zemaljski radni sud u Berlin-Brandenburgu, Njemačka) odgovori na sljedeći način:

- „1. Kako bi se utvrdilo protivi li se članku 5. stavku 5. prvoj rečenici Direktive 2008/104/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 19. studenoga 2008. o radu preko poduzeća za privremeno zapošljavanje, u vezi s pojmom ‚na određeno vrijeme‘ iz članka 1. Direktive 2008/104, ustupanje radnika zaposlenog preko poduzeća za privremeno zapošljavanje istom poduzeću korisniku u razdoblju duljem od 55 mjeseci za radno mjesto koje je stalno te ga ne obavlja kao zamjena, sud države članice dužan je, prema pravu Unije, provesti sljedeću analizu:
 - I. Dovodi li uzastopno upućivanje radnika zaposlenog preko poduzeća za privremeno zapošljavanje istom poduzeću korisniku do razdoblja koje se više ne može razumno smatrati ustupanjem poduzeću korisniku ‚za rad na određeno vrijeme‘ u smislu članka 1. stavka 1. Direktive 2008/104?
 - II. Je li odluka poduzeća korisnika da se koristi nizom uzastopnih ugovora o radu preko poduzeća za privremeno zapošljavanje objektivno opravdana?
 - III. Zaobilaze li se odredbe Direktive 2008/104?
 - IV. Uzevši u obzir sve te elemente i okolnosti, je li radni odnos (na neodređeno vrijeme) bio skriven iza uzastopnih ugovora o radu preko poduzeća za privremeno zapošljavanje, što je protivno članku 5. stavku 5. Direktive 2008/104?
2. Zakon države članice koji izričito isključuje uzimanje u obzir razdoblja ustupanja koja prethode određenom datumu, ali nakon datuma za provedbu Direktive 2008/104, s obzirom na to da je takvo isključenje relevantno za utvrđivanje je li došlo do zlorabe rada preko poduzeća za privremeno zapošljavanje, protivan je članku 5. stavku 5. Direktive 2008/104 kada se njime smanjuje trajanje razdoblja zaposlenja na koje bi se radnik zaposlen kod poduzeća za privremeno zapošljavanje inače mogao pozvati. Međutim, u okviru horizontalne tužbe između dvaju pojedinaca neusklađeni propisi države članice koji predviđaju takvo isključenje izuzimaju se iz primjene samo ako to ne zahtijeva tumačenje propisa države članice *contra legem*, što je na sudu koji je uputio zahtjev da utvrdi.
3. Radnik zaposlen preko poduzeća za privremeno zapošljavanje nema pravo, na temelju Direktive 2008/104, na uspostavljanje radnog odnosa na neodređeno vrijeme s poduzećem korisnikom u slučaju utvrđenja zlorabe rada preko poduzeća za privremeno zapošljavanje u smislu članka 5. stavka 5. Direktive 2008/104. Međutim, u slučaju da sud koji je uputio zahtjev, nakon što je uzeo u obzir cjelokupno pravo države članice, odluči da tumačenje prava države članice u skladu s člankom 5. stavkom 5. Direktive 2008/104 ne zahtijeva tumačenje tog prava *contra legem*, na njemu je da provjeri jesu li dostupni odgovarajući upravni ili sudski postupci kako bi se omogućilo ispunjavanje obveza koje proizlaze iz Direktive 2008/104 i

kako bi se jamčilo da pravo države članice predviđa učinkovite, proporcionalne i odvraćajuće sankcije, kako se zahtijeva člankom 10. te direktive, podložno ograničenjima ustaljene sudske prakse.

4. Produljenje maksimalnog pojedinačnog trajanja ustupanja može se prepustiti ocjeni stranaka kolektivnog ugovora, uključujući stranke kolektivnog ugovora koje su nadležne samo za sektor djelatnosti poduzeća korisnika. Međutim, odgovor na drugo pitanje također se primjenjuje na takve ugovore.”