



# Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

E. TANCHEV

van 9 september 2021<sup>1</sup>

**Zaak C-232/20**

**NP**

**tegen**

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

[verzoek van het Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg (arbeidsrechter van de deelstaten Berlijn en Brandenburg, Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

„Verzoek om een prejudiciële beslissing – Sociaal beleid – Betekenis van ‚tijdelijk‘ krachtens artikel 1 van richtlijn 2008/104/EG – Artikel 5, lid 5, van richtlijn 2008/104 – Overgangsbepaling op grond waarvan tijdvakken van terbeschikkingstelling van een uitzendkracht aan een inlenende onderneming vóór een specifieke datum niet in aanmerking mogen worden genomen – Instelling krachtens het recht van een lidstaat van een maximale duur van terbeschikkingstelling van uitzendkrachten aan inlenende ondernemingen – Recht van een uitzendkracht op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een inlenende onderneming in geval van misbruik van uitzendarbeid”

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing van het Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg (arbeidsrechter van de deelstaten Berlijn en Brandenburg, Duitsland; hierna: „verwijzende rechter”) betreft de uitlegging van richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid.<sup>2</sup> De verwijzende rechter wenst in wezen een antwoord te vernemen op de volgende vier vragen.

2. Ten eerste: heeft het woord „tijdelijk” in artikel 1 van richtlijn 2008/104 uitsluitend betrekking op de periode van terbeschikkingstelling van een uitzendkracht aan een inlenende onderneming? Of houdt het woord „tijdelijk” ook verband met de aard van de te verrichten werkzaamheden, zodat vaste functies of functies die niet worden uitgeoefend om afwezige werknemers te vervangen (hierna: „plaatsvervangings”) nooit „tijdelijk” kunnen worden uitgeoefend?

3. Ten tweede: is het verenigbaar met het Unierecht wanneer de wetgever van een lidstaat, in dit geval Duitsland, een maximumperiode instelt na afloop waarvan de terbeschikkingstelling van een uitzendkracht niet langer als tijdelijk kan worden beschouwd, maar tegelijkertijd bepaalt dat uitzendkrachten zich voor de vaststelling of die maximumperiode is overschreden niet mogen

<sup>1</sup> Oorspronkelijke taal: Engels.

<sup>2</sup> PB 2008, L 327, blz. 9. Zie eerder arresten van 11 april 2013, Della Rocca (C-290/12, EU:C:2013:235); 17 maart 2015, AKT (C-533/13, EU:C:2015:173); 17 november 2016, Betriebsrat der Ruhrländische Klinik (C-216/15, EU:C:2016:883); 14 oktober 2020, KG (Opeenvolgende opdrachten in het kader van uitzendarbeid) (C-681/18, EU:C:2020:823), en 3 juni 2021, TEAM POWER EUROPE (C-784/19, EU:C:2021:427), alsmede mijn conclusie in de (nog aanhangige) zaak Manpower Lit (C-948/19, EU:C:2021:624). Zie ook arrest van het Gerecht van 13 december 2016, IPSO/ECB (T-713/14, EU:T:2016:727).

baseren op tijdvakken van terbeschikkingstelling van vóór een specifieke datum, met name wanneer uitsluiting van die tijdvakken ertoe leidt dat de inlenende onderneming zich heeft gehouden aan de maximale duur van terbeschikkingstelling?

4. Ten derde: de verwijzende rechter wenst te vernemen of een verklaring voor recht dat tussen een inlenende onderneming en een uitzendkracht een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd een door het Unierecht gewaarborgde sanctie vormt ingeval wordt geconstateerd dat sprake is van achtereenvolgende opdrachten van een uitzendkracht bij dezelfde inlenende onderneming teneinde de bepalingen van richtlijn 2008/104 te omzeilen in strijd met artikel 5, lid 5, van richtlijn 2008/104 (hierna: „misbruik van uitzendarbeid”).

5. Ten vierde: de verwijzende rechter vraagt of de verlenging van de overigens in de Duitse wetgeving vastgelegde maximale duur van terbeschikkingstelling krachtens richtlijn 2008/104 ook kan worden overgelaten aan de partijen bij een collectieve arbeidsovereenkomst. Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, geldt dit dan eveneens voor partijen bij een collectieve arbeidsovereenkomst die niet bevoegd zijn voor het dienstverband van de betrokken uitzendkracht, maar wel voor de bedrijfstak van de inlenende onderneming?

6. Ik ben tot de slotsom gekomen dat het woord „tijdelijk” in artikel 1, lid 1, van richtlijn 2008/104 „slechts enige tijd durend” en „niet blijvend” betekent<sup>3</sup>, maar dat het slechts betrekking heeft op de periode van terbeschikkingstelling van de betreffende uitzendkracht en niet op de functie waarvoor hij ter beschikking is gesteld, zodat vaste functies en functies die niet bij wijze van plaatsvervangende worden uitgeoefend niet automatisch zijn uitgesloten van de werkingsfeer van richtlijn 2008/104. Met de aard van het werk, daaronder begrepen de vraag of het al dan niet een vaste functie betreft, moet echter wel rekening worden gehouden voor de vaststelling of de achtereenvolgende opdrachten van uitzendkrachten bij dezelfde inlenende onderneming objectief kunnen worden verklaard<sup>4</sup>, zodat er geen sprake is van misbruik van uitzendarbeid in strijd met artikel 5, lid 5, van richtlijn 2008/104.<sup>5</sup>

7. Voorts is de wetgeving van een lidstaat die bepaalt dat tijdvakken van terbeschikkingstelling die vóór een specifieke datum maar na de datum van omzetting van richtlijn 2008/104 liggen, uitdrukkelijk worden uitgesloten, waarbij die uitsluiting van belang is voor de vaststelling of sprake is van misbruik van uitzendarbeid, in strijd met artikel 5, lid 5, van richtlijn 2008/104, wanneer de duur van terbeschikkingstelling waarop een uitzendkracht zich anders zou kunnen baseren, op grond van die wetgeving wordt ingekort. In een horizontale procedure tussen twee particulieren dient de wetgeving van een lidstaat waarin een dergelijke uitsluiting is opgenomen, echter slechts buiten werking te worden gesteld wanneer dit niet verplicht tot een uitlegging contra legem van het nationale recht in kwestie, hetgeen door de verwijzende rechter moet worden bepaald.<sup>6</sup>

8. Evenwel is een verklaring voor recht dat tussen een inlenende onderneming en een uitzendkracht een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bestaat geen verplichte sanctie op grond van het Unierecht indien wordt geconstateerd dat sprake is van misbruik van uitzendarbeid.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Zoals geconcludeerd in punt 51 van de conclusie van advocaat-generaal Sharpston in de zaak KG (Opeenvolgende opdrachten in het kader van uitzendarbeid) (C-681/18, EU:C:2020:300).

<sup>4</sup> Arrest KG (Opeenvolgende opdrachten in het kader van uitzendarbeid) (C-681/18, EU:C:2020:823, punt 71).

<sup>5</sup> Zie hieronder punten 36-55.

<sup>6</sup> Zie hieronder punten 56-67.

<sup>7</sup> Zie hieronder punten 68-72.

9. Tot slot kan, gelet op de vaste regel dat aan de bepalingen van de Unierichtlijnen die het arbeidsrecht betreffen niet slechts uitvoering kan worden gegeven via wetgeving, maar ook via algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten<sup>8</sup>, de verlenging van de in de Duitse wetgeving vastgelegde maximale duur van de individuele terbeschikkingstelling worden overgelaten aan de partijen bij een collectieve arbeidsovereenkomst die slechts bevoegd zijn voor de bedrijfstak van de inlenende onderneming. De in punt 7 beschreven beperking geldt echter ook voor die overeenkomsten.

## I. Toepasselijke bepalingen

### A. *Unierecht*

10. Artikel 1 van richtlijn 2008/104 heeft het opschrift „Toepassingsgebied”. In lid 1 is bepaald:

„Deze richtlijn is van toepassing op werknemers met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau, die ter beschikking worden gesteld van inlenende ondernemingen om onder toezicht en leiding van genoemde ondernemingen tijdelijk te werken.”

### B. *Duits recht*

11. Het Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (Duitse wet op de terbeschikkingstelling van werknemers; hierna: „AÜG”), in de versie die van toepassing was van 1 december 2011 tot en met 31 maart 2017, bepaalde in § 1, lid 1, tweede volzin, het volgende: „de terbeschikkingstelling van werknemers aan inleners is van tijdelijke aard”.

12. Volgens de verwijzingsbeslissing stond op een schending van die bepaling tot april 2017 geen sanctie<sup>9</sup>, maar in § 9 AÜG was bepaald dat onder meer overeenkomsten tussen uitzendbureaus en inlenende ondernemingen alsook tussen uitzendbureaus en uitzendkrachten ongeldig werden verklaard indien het uitzendbureau niet beschikte over de op grond van de AÜG vereiste vergunning. § 10 AÜG voegde daaraan toe dat in dat geval werd aangenomen dat een dienstverband tussen de inlenende onderneming en de uitzendkracht tot stand was gekomen.

13. Bij het Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze (wet tot wijziging van de AÜG en andere wetten) van 21 februari 2017 werd het AÜG gewijzigd met ingang van 1 april 2017. In § 1 AÜG werd een nieuw lid 1b ingevoegd dat als volgt luidt:

„De uitlener mag dezelfde uitzendkracht niet langer dan 18 opeenvolgende maanden ter beschikking stellen van dezelfde inlener; de inlener mag dezelfde uitzendkracht niet langer dan 18 opeenvolgende maanden in dienst hebben. De tijdvakken waarin eerder door dezelfde of door een andere uitlener uitzendkrachten ter beschikking zijn gesteld van dezelfde inlener, dienen volledig in aanmerking te worden genomen indien tussen deze tijdvakken telkens niet meer dan drie maanden liggen. Bij een collectieve arbeidsovereenkomst tussen de sociale partners binnen de bedrijfstak van de inlener kan een van de eerste volzin afwijkende maximale duur van terbeschikkingstelling worden overeengekomen. [...] Bij een op grond van een collectieve arbeidsovereenkomst door de sociale partners binnen de bedrijfstak van de inlener gesloten

<sup>8</sup> Zie bijvoorbeeld de conclusie van advocaat-generaal Szpunar in de zaak AKT (C-533/13, EU:C:2014:2392, punt 72).

<sup>9</sup> In de schriftelijke opmerkingen van Duitsland wordt dit echter betwist.

zogenoemde Betriebs- of Dienstvereinbarung [(bedrijfs- of dienstakkoord)] kan een van de eerste volzin afwijkende maximale duur van terbeschikkingstelling worden overeengekomen. [...]"

14. In § 9, lid 1, AÜG werd een punt 1b ingevoegd dat luidt als volgt:

„Ongeldig zijn:

1b. arbeidsovereenkomsten tussen uitlener en uitzendkracht waarbij de toegestane maximale duur van terbeschikkingstelling zoals bepaald in § 1, lid 1b, wordt overschreden, tenzij de uitzendkracht binnen een maand na de overschrijding van de toegestane maximale duur van terbeschikkingstelling tegenover de uitlener of de inlener schriftelijk verklaart dat hij vasthoudt aan de arbeidsovereenkomst met de uitlener,

[...]"

15. In § 10, lid 1, eerste volzin, AÜG wordt het rechtsgevolg van de ongeldigheid thans geregeld als volgt:

„Indien de overeenkomst tussen een uitlener en een uitzendkracht ongeldig is op grond van § 9, wordt aangenomen dat er een dienstverband tussen inlener en uitzendkracht tot stand is gekomen op het tussen de inlener en de uitlener voor het begin van de werkzaamheden beoogde tijdstip. Indien de overeenkomst pas ongeldig wordt nadat een begin is gemaakt met de werkzaamheden bij de inlener, wordt aangenomen dat het dienstverband tussen inlener en uitzendkracht tot stand is gekomen op het tijdstip waarop de ongeldigheid is ontstaan. [...]"

16. § 19, lid 2, AÜG bevat een overgangsbepaling (hierna: „overgangsbepaling”):

„Bij de berekening van de in § 1, lid 1b, vastgestelde maximale duur van terbeschikkingstelling [...] wordt geen rekening gehouden met tijdvakken van terbeschikkingstelling vóór 1 april 2017. [...]"

17. In de „Tarifvertrag zur Leih-/Zeitarbeit in der Metall- und Elektroindustrie in Berlin und Brandenburg vom 01. Juni 2017” (collectieve arbeidsovereenkomst inzake uitzendarbeid/tijdelijke arbeid in de metaalverwerkende en elektronische industrie in Berlijn en Brandenburg van 1 juni 2017) wordt uitdrukkelijk verwezen naar de afwijkingsbepaling van § 1, lid 1b, AÜG. Op grond van de overgangsbepaling moeten de sociale partners, voor ondernemingen die geen bedrijfsakkoorden hebben gesloten, een maximale duur van terbeschikkingstelling overeenkomen. Voor zover geen overeenstemming wordt bereikt, geldt vanaf 1 juni 2017 een maximale duur van terbeschikkingstelling van 36 maanden.

18. De vestiging van verweerster te Berlijn beschikt niet over een bedrijfsakkoord. In een aanvullende Gesamtbetriebsvereinbarung (overeenkomst tussen verweerster en de centrale ondernemingsraad) van 20 september 2017 is bepaald dat de inzet van uitzendkrachten binnen de productieafdeling niet langer dan 36 maanden mag duren. Voor uitzendkrachten die reeds op 1 april 2017 werkzaam waren, worden voor de berekening van de maximale duur van terbeschikkingstelling alleen de tijdvakken vanaf 1 april 2017 in aanmerking genomen.

## II. Feiten, procedure en prejudiciële vragen

19. Verzoeker NP (hierna: „verzoeker”) was sinds 1 september 2014 als werknemer in dienst van een uitzendbureau voor een uurloon van 9,36 EUR.<sup>10</sup> Aanvankelijk was het dienstverband tweemaal voor bepaalde duur van één jaar aangegaan en was daarna sprake van een overeenkomst voor onbepaalde tijd. De inzet van verzoeker is binnen een periode van 56 maanden 18 keer verlengd.

20. In een addendum op de arbeidsovereenkomst tussen verzoeker en het uitzendbureau stond dat verzoeker zijn werkzaamheden als metaalbewerker diende te verrichten bij de inlenende onderneming D. (hierna: „verweerster”) in haar autofabriek in Berlijn. De te verrichten werkzaamheden binnen de motorenproductie waren omschreven in het addendum. Volgens verzoekers arbeidsovereenkomst met het uitzendbureau waren op het dienstverband bepaalde, voor de uitzendbranche geldende collectieve arbeidsovereenkomsten van toepassing.

21. Van 1 september 2014 tot en met 31 mei 2019 was verzoeker uitsluitend ter beschikking gesteld van verweerster als inlenende onderneming. Hij werkte steeds binnen de motorenproductie. Er was geen sprake van plaatsvervangend. Deze periode werd slechts onderbroken voor twee maanden (van 21 april 2016 tot en met 20 juni 2016) toen verzoeker ouderschapsverlof had.

22. Met het op 27 juni 2019 bij het Arbeitsgericht Berlin (arbeidsrechter in eerste aanleg Berlijn, Duitsland) ingestelde beroep vorderde verzoeker voor recht te verklaren dat tussen partijen een dienstverband bestond sinds één van meerdere alternatieve data.<sup>11</sup>

23. Volgens de verwijzingsbeslissing heeft verzoeker in eerste aanleg onder andere gevorderd dat de terbeschikkingstelling bij verweerster niet langer als „tijdelijk” kon worden aangemerkt en dat de overgangsbepaling van § 19, lid 2, AÜG in strijd was met het Unierecht.

24. Verweerster heeft zich op het standpunt gesteld dat de wetgever het criterium „tijdelijk” sinds 1 april 2017 heeft verduidelijkt. Na die datum kan bij relevante collectieve arbeidsovereenkomsten worden afgeweken van de maximale duur van terbeschikkingstelling van 18 maanden. Bovendien was de in de Gesamtbetriebsvereinbarung van 20 september 2017 vastgestelde maximale duur van terbeschikkingstelling van 36 maanden niet overschreden, aangezien alleen de tijdvakken vanaf 1 april 2017 in aanmerking kunnen worden genomen.

25. In zijn vonnis van 8 oktober 2019 is het Arbeitsgericht Berlin verweersters rechtsopvatting gevolgd.

26. Op 22 november 2019 is bij de verwijzende rechter hoger beroep ingesteld. De verwijzende rechter heeft het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Dient de terbeschikkingstelling van een uitzendkracht aan een inlenende onderneming reeds dan niet meer als ‚tijdelijk’ in de zin van artikel 1 van [richtlijn 2008/104] te worden beschouwd wanneer de arbeid wordt verricht in een functie die permanent voorhanden is en die niet wordt uitgeoefend om iemand te vervangen?

<sup>10</sup> Volgens de schriftelijke opmerkingen van verzoeker. In diezelfde schriftelijke opmerkingen staat dat in de betreffende collectieve arbeidsovereenkomst die van toepassing is op de metaalverwerkende industrie in Berlijn, een uurloon van 15,50 EUR is vastgelegd.

<sup>11</sup> Sinds 1 september 2015, subsidiair sinds 1 maart 2016, meer subsidiair sinds 1 november 2016, nog meer subsidiair sinds 1 oktober 2018 ofwel sinds 1 mei 2019.

- 2) Dient de terbeschikkingstelling van een uitzendkracht die korter duurt dan 55 maanden, niet meer als ‚tijdelijk‘ in de zin van artikel 1 van [richtlijn 2008/104] te worden beschouwd?

Indien de eerste en/of de tweede vraag bevestigend wordt/worden beantwoord, rijzen de volgende aanvullende vragen:

- 3.1) Heeft de uitzendkracht recht op de totstandbrenging van een dienstverband met de inlenende onderneming, ook al voorzag het nationale recht vóór 1 april 2017 niet in een dergelijke sanctie?
- 3.2) Is een nationale bepaling als § 19, lid 2, [AÜG] in strijd met artikel 1 van [richtlijn 2008/104] omdat bij die nationale bepaling voor het eerst vanaf 1 april 2017 een maximale duur van de individuele terbeschikkingstelling van 18 maanden wordt voorgeschreven maar eerdere tijdvakken van terbeschikkingstelling uitdrukkelijk niet in aanmerking worden genomen, wanneer de terbeschikkingstelling niet meer als tijdelijk zou behoren te worden aangemerkt indien die tijdvakken wel in aanmerking waren genomen?
- 3.3) Kan de verlenging van de maximale duur van de individuele terbeschikkingstelling worden overgelaten aan de partijen bij een collectieve arbeidsovereenkomst? Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, geldt dit dan eveneens voor partijen bij een collectieve arbeidsovereenkomst die niet bevoegd zijn voor het dienstverband van de betrokken uitzendkracht, maar wel voor de bedrijfstak van de inlenende onderneming?”

27. Verzoeker, verweerster, de Bondsrepubliek Duitsland, de Franse Republiek en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen bij het Hof ingediend. Er heeft geen terechtzitting plaatsgevonden.

### III. Voorafgaande opmerkingen

28. In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat in de prejudiciële vragen wordt verwezen naar de uitlegging van het woord „tijdelijk” (NvdV: als bijvoeglijk naamwoord, in de Engelse taalversie „temporary”) in artikel 1 van richtlijn 2008/104, terwijl in artikel 1 van die richtlijn feitelijk het bijwoord „temporarily” is gebruikt (NvdV: in de Nederlandse taalversie is sprake van terbeschikkingstelling aan inlenende ondernemingen om „*tijdelijk* te werken”) (cursivering van mij).<sup>12</sup> Om de hierna uiteengezette redenen heb ik voorgesteld om de prejudiciële vragen te herformuleren. Daarin wordt het bijvoeglijk naamwoord „temporary” ook vervangen door het bijwoord „temporarily”.

29. In de tweede plaats zij eveneens opgemerkt dat de verwijzende rechter op 13 mei 2020 de verwijzingsbeslissing heeft verzonden voordat het Hof op 14 oktober 2020 zijn arrest wees in de zaak KG (Opeenvolgende opdrachten in het kader van uitzendarbeid; hierna: „KG”).<sup>13</sup> Die zaak ging over dezelfde vragen als door de verwijzende rechter in casu worden behandeld, te weten (i) de rechtsgevolgen van meerdere achtereenvolgende opdrachten van een uitzendkracht bij één enkele inlenende onderneming ten aanzien van een functie waarbij plaatsvervanging niet aan de orde was, en (ii) of de verzoeker/uitzendkracht krachtens richtlijn 2008/104 in het geval van misbruik van uitzendarbeid recht had op een verklaring voor recht dat tussen hem en een inlenende onderneming een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bestond.

<sup>12</sup> Zie voetnoot 21 hieronder voor een overzicht van de taalversies.

<sup>13</sup> C-681/18, EU:C:2020:823.

30. Het geschil in de zaak KG werd echter opgevat als een geschil over artikel 5, lid 5, van richtlijn 2008/104 en niet over artikel 1 van die richtlijn; in de schriftelijke opmerkingen zijn argumenten over artikel 5, lid 5, van richtlijn 2008/104 naar voren gebracht, hoewel in de prejudiciële vragen niet om een uitlegging van die bepaling is gevraagd. Gelet op de overeenkomsten tussen de kwestie in het hoofdgeding en die waarover het Hof zich in de zaak KG heeft gebogen, zijn de vragen in deze zaak in zekere zin al door dat arrest beantwoord; dat arrest heeft althans het fundament gelegd voor de beslechting van de kwestie in het hoofdgeding. Deze conclusie maakt derhalve in belangrijke mate gebruik van de bevindingen van het Hof in de zaak KG.

31. Hierop voortbordurend volgt in de derde plaats dat artikel 5, lid 5, van richtlijn 2008/104, voor de beantwoording van de eerste twee prejudiciële vragen, moet worden gelezen in samenhang met artikel 1. Zoals de Franse regering in haar schriftelijke opmerkingen heeft aangegeven, blijkt uit het procesdossier dat de verwijzende rechter met zijn vraag hoe het woord „tijdelijk” in artikel 1 van richtlijn 2008/104 moet worden uitgelegd, niet wenst te vernemen of verzoeker onder de werkingssfeer van die richtlijn valt. De verwijzende rechter vraagt veeleer of sprake is van misbruik van uitzendarbeid doordat gebruik is gemaakt van opeenvolgende uitzendovereenkomsten bij dezelfde inlenende onderneming, daar verzoeker heeft betoogd dat 18 contractverlengingen in een periode van 56 maanden misbruik opleverden.

32. Zoals de Franse regering verder nog heeft opgemerkt in haar schriftelijke opmerkingen, „[kan het Hof] [o]m de rechter die het verzoek om een prejudiciële beslissing heeft ingediend een nuttig antwoord te geven, [...], volgens eveneens vaste rechtspraak, ook bepalingen van Unierecht in aanmerking nemen die de nationale rechter in zijn prejudiciële vragen niet heeft vermeld”.<sup>14</sup> Derhalve dient het Hof de vragen in voorkomend geval te herformuleren.<sup>15</sup>

33. Derhalve stel ik voor om de eerste en de tweede vraag te herformuleren in één enkele vraag die als volgt luidt:

„1) Dient artikel 5, lid 5, eerste volzin, van richtlijn 2008/104, gelezen in samenhang met het woord ‚tijdelijk’ in artikel 1 van richtlijn 2008/104, aldus te worden uitgelegd dat het zich verzet tegen de terbeschikkingstelling van een uitzendkracht aan dezelfde inlenende onderneming, gedurende een periode van meer dan 55 maanden, in een permanente functie die niet bij wijze van plaatsvervangende wordt uitgeoefend, daar er sprake is van achtereenvolgende opdrachten om de bepalingen van richtlijn 2008/104 te omzeilen?”

34. De vragen 3.1 en 3.2 hebben beide betrekking op wijzigingen in de Duitse wetgeving die op 1 april 2017 van kracht werden. Eén wijziging betreft de oplegging van een maximale duur van terbeschikkingstelling na het verstrijken waarvan wordt aangenomen dat sprake is van misbruik

<sup>14</sup> Arrest van 28 februari 2013, Petersen (C-544/11, EU:C:2013:124, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie bijvoorbeeld ook beschikking van 4 februari 2016, Baudinet e.a. (C-194/15, niet gepubliceerd, EU:C:2016:81, punt 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zoals ik heb opgemerkt in punt 45 van mijn conclusie in de zaak Manpower Lit (C-948/19, EU:C:2021:624) over richtlijn 2008/104, staat het, in het kader van de bij artikel 267 VWEU ingestelde procedure, aan het Hof om de nationale rechter een nuttig antwoord te geven aan de hand waarvan hij het bij hem aanhangige geding kan beslechten.

<sup>15</sup> Ibidem, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak. Zie ook arrest KG, punt 49 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

van uitzendarbeid (zie punt 13 hierboven), en de andere wijziging voorziet in een sanctie na een dergelijke schending (punten 14 en 15 hierboven). Derhalve is het wellicht logischer als de volgorde van de vragen wordt omgedraaid en de formulering ervan als volgt wordt vereenvoudigd:

- „2) Is de wetgeving van een lidstaat die bepaalt dat de maximale duur van terbeschikkingstelling bij één enkele inlenende onderneming per 1 april 2017 18 maanden bedraagt, maar die uitdrukkelijk uitsluit dat tijdvakken van terbeschikkingstelling van vóór die datum in aanmerking worden genomen voor de vaststelling of sprake is van misbruik van uitzendarbeid, verenigbaar met artikel 5, lid 5, van richtlijn 2008/104, wanneer de terbeschikkingstelling niet langer als tijdelijk kan worden aangemerkt indien die tijdvakken van vóór 1 april 2017 wel in aanmerking waren genomen?
- 3) Indien de tweede vraag ontkennend moet worden beantwoord, heeft een uitzendkracht krachtens richtlijn 2008/104 recht op de totstandbrenging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met de inlenende onderneming ingeval wordt geconstateerd dat sprake is van misbruik van uitzendarbeid op grond van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2008/104?”<sup>16</sup>

35. Vraag 3.3 kan ongewijzigd blijven en wordt hernoemd als de vierde vraag.

#### IV. Antwoorden op de geherformuleerde vragen

##### A. *Antwoord op de eerste vraag*

36. De eerste vraag dient als volgt te worden beantwoord:

„Om vast te stellen of artikel 5, lid 5, eerste volzin, van richtlijn 2008/104, gelezen in samenhang met het woord ‚tijdelijk‘ in artikel 1 van richtlijn 2008/104, zich verzet tegen de terbeschikkingstelling van een uitzendkracht aan dezelfde inlenende onderneming, gedurende een periode van meer dan 55 maanden, in een permanente functie die niet bij wijze van plaatsvervangning wordt uitgeoefend, dient een rechterlijke instantie van een lidstaat volgens het Unierecht het volgende te onderzoeken:

- i) Hebben de achtereenvolgende opdrachten van een uitzendkracht bij dezelfde inlenende onderneming tot gevolg dat de duur van de activiteit redelijkerwijs niet meer kan worden aangemerkt als terbeschikkingstelling om bij een inlenende onderneming ‚tijdelijk te werken‘ in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 2008/104?
- ii) Is er een objectieve verklaring gegeven voor het feit dat de inlenende onderneming gebruikmaakt van achtereenvolgende uitzendovereenkomsten?
- iii) Wordt een van de bepalingen van richtlijn 2008/104 omzeild?
- iv) Gaat het, gelet op al deze factoren en omstandigheden, om een arbeidsverhouding (voor onbepaalde tijd) waaraan op kunstmatige wijze de vorm van opeenvolgende uitzendovereenkomsten is gegeven in strijd met artikel 5, lid 5, van richtlijn 2008/104?”

<sup>16</sup> In de prejudiciële vraag is de Engelse term „abuse” (misbruik) gebruikt. Die term is hier vervangen door „misuse” (misbruik) van uitzendarbeid overeenkomstig de bewoordingen van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2008/104.



## 1. Betekenis van „tijdelijk”

37. Zoals advocaat-generaal Szpunar in zijn conclusie in de zaak AKT heeft opgemerkt, geeft richtlijn 2008/104 „geen definitie van uitzendarbeid en zij beoogt ook geen opsomming te geven van gevallen die de inzet van uitzendarbeid kunnen rechtvaardigen. [Overweging 12 ervan] vermeldt daarentegen dat de richtlijn de diversiteit van de arbeidsmarkten eerbiedigt”.<sup>17</sup> De lidstaten behouden een aanzienlijke beoordelingsmarge bij de afbakening van situaties die de inzet van uitzendarbeid rechtvaardigen<sup>18</sup>, waarbij richtlijn 2008/104 „alleen in de invoering van minimumeisen” voorziet<sup>19</sup>.

38. Hoewel de term „tijdelijk” in artikel 1 van richtlijn 2008/104 ruim moet worden uitgelegd om de verwezenlijking van de doelstellingen ervan niet in gevaar te brengen of geen afbreuk te doen aan het nuttig effect ervan door de werkingsfeer van de richtlijn onnodig en onterecht te beperken<sup>20</sup>, verwijst artikel 1, lid 1, van richtlijn 2008/104, volgens de letterlijke uitlegging ervan, naar de duur van de terbeschikkingstelling van de uitzendkracht en niet naar de functie die wordt vervuld.

39. Artikel 1, lid 1, betreft uitzendkrachten die *ter beschikking worden gesteld* van een inlenende onderneming om „tijdelijk te werken”.<sup>21</sup> Die bewoordingen suggereren dus, en de Commissie betoogt dit ook in haar schriftelijke opmerkingen, dat de arbeidsverhouding tussen de uitzendkracht en de inlenende onderneming tijdelijk is, en niet de functie waarvoor de uitzendkracht ter beschikking is gesteld, aangezien in de richtlijn niet wordt gerept over de aard van de werkzaamheden en derhalve geenszins blijkt dat de functie waarvoor de uitzendkracht ter beschikking is gesteld niet permanent kan zijn. Diezelfde conclusies kunnen worden getrokken op basis van een letterlijke uitlegging van artikel 3, lid 1, onder a), b), c) en e), van richtlijn 2008/104, waarin respectievelijk werknemer, uitzendbureau, uitzendkracht, en opdracht worden gedefinieerd.<sup>22</sup> In het arrest KG heeft het Hof ook naar die bepalingen verwezen en geconcludeerd dat „de arbeidsverhouding” met een inlenende onderneming „naar haar aard tijdelijk is”.<sup>23</sup>

<sup>17</sup> C-533/13, EU:C:2014:2392, punt 113.

<sup>18</sup> Ibidem, punt 114.

<sup>19</sup> Arrest KG, punt 41.

<sup>20</sup> Het Hof is tot die conclusie gekomen met betrekking tot de betekenis van de term „werknemer” in de zin van richtlijn 2008/104. Zie arrest van 17 november 2016, Betriebsrat der Ruhrlandklinik (C-216/15, EU:C:2016:883, punt 36). In mijn conclusie in de zaak Manpower Lit (C-948/19, EU:C:2021:624, punt 71) pleit ik om dezelfde reden voor een ruime uitlegging van artikel 1, lid 2, van richtlijn 2008/104 met betrekking tot de uitoefening van een „economische activiteit”.

<sup>21</sup> Het zinsdeel „to work temporarily” in de Engelse taalversie komt ook in andere taalversies van artikel 1, lid 1, van richtlijn 2008/104 tot uitdrukking. Zie bijvoorbeeld de Franse versie „afin de travailler de manière temporaire”; de Bulgaarse versie „на временна работа”; de Duitse versie „um vorübergehend [...] zu arbeiten”; de Spaanse versie „a fin de trabajar de manera temporal”; de Italiaanse versie „per lavorare temporaneamente”; de Portugese versie „temporariamente [...] a fim de trabalharem”; de Slowaakse versie „na dočasný výkon práce”; de Tsjechische versie „po přechodnou dobu pracovali”; de Poolse versie „w celu wykonywania tymczasowo pracy”; de Nederlandse versie „tijdelijk te werken”, en de Zweedse versie „för att temporärt arbeta”. Zie ook de analyse van advocaat-generaal Sharpston in de zaak KG (C-681/18, EU:C:2020:300, punt 51). In afwijking van hetgeen in de schriftelijke opmerkingen van verzoeker is betoogd, zijn enige nuances in de taalversies onvoldoende om twijfels te doen rijzen over betekenisverschillen.

<sup>22</sup> Van belang is dat onder de term „opdracht” in artikel 3, lid 1, onder e), van richtlijn 2008/104 wordt verstaan „de periode tijdens welke de uitzendkracht ter beschikking wordt gesteld van de inlenende onderneming om daar onder toezicht en leiding van die onderneming tijdelijk te werken”.

<sup>23</sup> Arrest KG, punt 61.

40. Zoals Duitsland in zijn schriftelijke opmerkingen heeft aangegeven, blijkt uit de bewoordingen van de richtlijn dat lidstaten een ruime beoordelingsmarge moeten krijgen bij de omzetting van het woord „tijdelijk”, met dien verstande dat tijdelijke terbeschikkingstelling geen terbeschikkingstelling met een buitensporig lange duur mag worden, want dat zou gelijk zijn aan permanente terbeschikkingstelling.

41. Argumenten van verzoeker in zijn schriftelijke opmerkingen volgens welke uit de context van het woord „tijdelijk” in artikel 1, lid 1, van richtlijn 2008/104 en uit het doel van die richtlijn blijkt dat „tijdelijk” verwijst naar de functie die wordt vervuld en ook naar de terbeschikkingstelling van de uitzendkracht, kunnen niet slagen. Overweging 12 van richtlijn 2008/104 ziet op de eerbiediging van „de diversiteit van de arbeidsmarkten en de arbeidsverhoudingen”<sup>24</sup>, welke doelstelling in gevaar zou worden gebracht indien het begrip „tijdelijk” verband zou houden met de functie waarvoor een uitzendkracht ter beschikking wordt gesteld, hetgeen afbreuk zou doen aan de bevoegdheid van de lidstaten om de inzet van uitzendkrachten toe te staan in vaste functies die niet bij wijze van plaatsvervangende worden uitgeoefend. Zoals in het arrest KG wordt aangegeven, wordt in overweging 15 van de richtlijn verwezen naar „arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd” en wordt in die overweging en in artikel 6, leden 1 en 2, van richtlijn 2008/104 gesteld dat „vaste arbeidsverhoudingen” de algemene vorm van arbeidsverhouding zijn.<sup>25</sup> Het tegenovergestelde hiervan is een arbeidsverhouding of opdracht die in de tijd beperkt is.

42. De kerndoelinden van richtlijn 2008/104, die in artikel 2 daarvan zijn neergelegd, zijn de ontwikkeling van flexibele arbeidsvormen, de schepping van werkgelegenheid en de bescherming van uitzendkrachten.<sup>26</sup> Er bestaat geen duidelijke link tussen een van die doelstellingen en de koppeling tussen het begrip „tijdelijk” en de functie waarvoor de uitzendkracht ter beschikking is gesteld. Hetzelfde geldt voor de in richtlijn 2008/104 verankerde doelstelling dat uitzendarbeid geen permanente situatie zou moeten worden.<sup>27</sup> Zoals verweerster in haar schriftelijke opmerkingen heeft verklaard, kunnen de doelstellingen van het scheppen van banen en de inpassing op de arbeidsmarkt (zie overweging 11) niet tot de conclusie leiden dat de tijdelijke inzet van werknemers in *vaste functies* per se uitgesloten is.

<sup>24</sup> Zie in dat verband met name de conclusie van advocaat-generaal Szpunar in de zaak AKT (C-533/13, EU:C:2014:2392, punten 113-115).

<sup>25</sup> Arrest KG, punt 62.

<sup>26</sup> Zie ook overweging 18 over de verbetering van de minimumbescherming van uitzendkrachten.

<sup>27</sup> Arrest KG, punt 60.

43. Tot slot ben ik geneigd de argumenten van de Commissie en Duitsland te volgen waarin zij aangeven dat het begrip „tijdelijk” volgens de ontstaansgeschiedenis van artikel 1, lid 1, van richtlijn 2008/104 geen verband houdt met de aard van de functie waarvoor een uitzendkracht ter beschikking is gesteld<sup>28</sup>, ondanks de tegenargumenten van verzoeker.<sup>29</sup>

44. Derhalve verwijst „tijdelijk” uitsluitend naar de terbeschikkingstelling van de uitzendkracht, wordt daaronder verstaan „slechts enige tijd durend” en „niet blijvend”<sup>30</sup> en heeft „tijdelijk” uitsluitend betrekking op de periode van de terbeschikkingstelling van de uitzendkracht in kwestie.

## 2. Misbruik van uitzendarbeid

45. Anders dan verzoeker in zijn schriftelijke opmerkingen suggereert, houdt hetgeen hier wordt gesuggereerd niet in dat groen licht wordt gegeven voor het onbeperkt ter beschikking stellen van uitzendkrachten in vaste functies of functies die niet bij wijze van plaatsvervangende worden uitgeoefend. Hoewel in het arrest KG is vastgesteld dat artikel 5, lid 5, van richtlijn 2008/104 „de lidstaten dus niet [verplicht] om het aantal achtereenvolgende opdrachten van dezelfde werknemer bij dezelfde inlenende onderneming te beperken of om het gebruik van deze vorm van arbeid van bepaalde duur afhankelijk te stellen van de *vermelding* van redenen van technische aard of redenen die verband houden met vereisten van de productie, de organisatie of vervanging van personeelsleden”<sup>31</sup>, is in datzelfde arrest ook vastgesteld dat artikel 5, lid 5, van richtlijn 2008/104 erop gericht is om lidstaten te verplichten passende maatregelen te nemen met het oog op voorkoming van (i) misbruik van de door dat artikel toegestane afwijkingen van het beginsel van gelijke behandeling, *en* (ii) achtereenvolgende tijdelijke opdrachten om de bepalingen van de richtlijn in haar geheel te omzeilen<sup>32</sup>, welke laatste verplichting ruimer is geformuleerd.<sup>33</sup>

46. In het arrest KG is dus geoordeeld dat het aan de verwijzende rechter staat om de juridische kwalificatie van de arbeidsverhouding te toetsen zowel aan richtlijn 2008/104 als aan het nationale recht waarbij deze richtlijn is omgezet, en om na te gaan of het gaat om een arbeidsverhouding

<sup>28</sup> Duitsland en de Commissie verwijzen naar het oorspronkelijke voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten [COM(2002) 149 def.]; het standpunt van het Europees Parlement in eerste lezing vastgesteld op 21 november 2002 met het oog op de aanneming van richtlijn 2002/.../EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende uitzendwerk (PB 2004, C 25 E, blz. 368); gewijzigd voorstel voor een richtlijn [COM(2002) 0701], en gemeenschappelijk standpunt (EG) nr. 24/2008 door de Raad vastgesteld op 15 september 2008, handelend volgens de procedure van artikel 251 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, met het oog op de aanneming van richtlijn 2008/.../EG van het Europees Parlement en de Raad van... betreffende uitzendarbeid (PB 2008, C 254 E, blz. 36).

<sup>29</sup> De door verzoeker geselecteerde bronnen zeggen niets over een bedoeling van de wetgever in de richting van *algehele* uitsluiting van vaste functies van de werkingssfeer van richtlijn 2008/104. Zie standpunt van het Europees Parlement in eerste lezing vastgesteld op 21 november 2002 met het oog op de aanneming van richtlijn 2002/.../EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende uitzendwerk (PB 2004, C 25 E, blz. 368, op blz. 373); gemeenschappelijk standpunt (EG) nr. 24/2008 door de Raad vastgesteld op 15 september 2008, handelend volgens de procedure van artikel 251 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, met het oog op de aanneming van richtlijn 2008/.../EG van het Europees Parlement en de Raad van... betreffende uitzendarbeid (PB 2008, C 254 E, blz. 36, op blz. 41); mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement overeenkomstig artikel 251, lid 2, tweede alinea, van het EG-Verdrag inzake het gemeenschappelijk standpunt van de Raad met het oog op de aanneming van een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende uitzendarbeid – Politiek akkoord over een gemeenschappelijk standpunt (SGM) [COM(2008) 569 definitief], blz. 6.

<sup>30</sup> Zoals geconcludeerd in punt 51 van de conclusie van advocaat-generaal Sharpston in de zaak KG (C-681/18, EU:C:2020:300).

<sup>31</sup> Arrest KG, punt 42. Cursivering van mij.

<sup>32</sup> Ibidem, punt 55.

<sup>33</sup> Ibidem, punt 57.

voor onbepaalde tijd waaraan *op kunstmatige wijze de vorm* van opeenvolgende uitzendovereenkomsten is gegeven om de doelstellingen van richtlijn 2008/104, en in het bijzonder het tijdelijke karakter van uitzendarbeid, te *omzeilen*.<sup>34</sup>

47. Hieraan heeft het Hof toegevoegd dat de verwijzende rechter bij deze beoordeling rekening kan houden met de volgende overwegingen: (a) indien de achtereenvolgende opdrachten van een uitzendkracht bij dezelfde inlenende onderneming tot gevolg hebben dat de duur van de activiteit bij die onderneming langer is dan *wat redelijkerwijs als „tijdelijk” kan worden aangemerkt*, zou dat een aanwijzing kunnen zijn voor misbruik van achtereenvolgende opdrachten in de zin van artikel 5, lid 5, eerste volzin, van richtlijn 2008/104. Het Hof kwam tot die conclusie gelet onder andere op het feit dat achtereenvolgende opdrachten die aan een uitzendkracht bij dezelfde inlenende onderneming worden toevertrouwd, het door deze richtlijn bereikte evenwicht tussen flexibiliteit voor werkgevers en zekerheid voor werknemers aantasten door deze zekerheid te ondermijnen; (b) wanneer in een concreet geval *geen objectieve verklaring* wordt gegeven voor het feit dat de betrokken inlenende onderneming gebruikmaakt van achtereenvolgende uitzendovereenkomsten, staat het aan de nationale rechter om in de context van de nationale regeling en rekening houdend met de omstandigheden van elk geval te onderzoeken of een van de bepalingen van richtlijn 2008/104 wordt *omzeild*, temeer wanneer het dezelfde uitzendkracht is die op basis van de betrokken reeks overeenkomsten bij de inlenende onderneming wordt tewerkgesteld.<sup>35</sup>

48. Derhalve is de duur van een tijdelijke opdracht, zoals de Franse regering in haar schriftelijke opmerkingen heeft aangegeven, slechts één element dat in aanmerking moet worden genomen om vast te stellen of sprake is van misbruik van uitzendarbeid. Uit de hierboven genoemde elementen van het arrest KG blijkt dat een rechterlijke instantie van een lidstaat krachtens artikel 5, lid 5, van richtlijn 2008/104, gelezen in samenhang met artikel 1, lid 1, verplicht is de volgende punten te beoordelen:

- i) Hebben de achtereenvolgende opdrachten bij dezelfde inlenende onderneming tot gevolg dat de duur van de activiteit redelijkerwijs niet meer kan worden aangemerkt als terbeschikkingstelling om bij een inlenende onderneming „tijdelijk te werken” in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 2008/104?
- ii) Is er een objectieve verklaring gegeven voor het feit dat de inlenende onderneming gebruikmaakt van achtereenvolgende uitzendovereenkomsten?
- iii) Wordt een van de bepalingen van richtlijn 2008/104 omzeild?
- iv) Gaat het, gelet op al deze factoren en omstandigheden, om een arbeidsverhouding voor onbepaalde tijd waaraan op kunstmatige wijze de vorm van opeenvolgende uitzendovereenkomsten is gegeven in strijd met artikel 5, lid 5, van richtlijn 2008/104?

49. De aard van de functie waarvoor een uitzendkracht ter beschikking is gesteld wordt relevant bij punt ii), alsook of de functie permanent is en niet bij wijze van plaatsvervangend wordt vervuld. Het arrest KG belet niet dat in deze context rekening wordt gehouden met „redenen van technische aard of redenen die verband houden met vereisten van de productie, de organisatie of

<sup>34</sup> Ibidem, punt 67.

<sup>35</sup> Ibidem, punten 68-71.

vervanging van personeelsleden”, aangezien het Hof in het arrest KG louter van oordeel was dat „vermelding” daarvan niet noodzakelijk was; er is niet gesteld dat zij zouden zijn uitgesloten van een objectieve verklaring.<sup>36</sup>

50. Bijvoorbeeld, een onderneming die actief is op het gebied van onderzoek en ontwikkeling moet haar team van medewerkers uitbreiden voor de uitvoering van bepaalde activiteiten waarvoor zij normaliter alleen vaste medewerkers inzet. De behoefte aan uitzendkrachten kan het gevolg zijn van de voorlopige resultaten van een onderzoeks- en ontwikkelingsprogramma. Die uitbreiding van het team kan in eerste instantie worden gerealiseerd door de inzet van uitzendkrachten, omdat nog geen investeerders zijn aangetrokken om de resultaten van dat onderzoek verder te ontwikkelen of omdat het onderzoeksproces zelf nog niet is afgerond. Dit is het type verklaring waarvan een nationale rechter, alle omstandigheden in aanmerking genomen, kan concluderen dat zij een objectieve verklaring vormt voor de achtereenvolgende inzet van uitzendkrachten, hoewel de betreffende functies niet bij wijze van plaatsvervanging zijn vervuld en anders als permanente functies binnen die inlenende onderneming zouden zijn vervuld.

51. Uit het arrest KG is wellicht nog niet duidelijk geworden of misbruik van uitzendarbeid afhankelijk is van de vaststelling dat sprake is van het omzeilen van andere bepalingen van richtlijn 2008/104 dan artikel 5, lid 5.<sup>37</sup>

52. Ik ben echter geneigd te denken dat dit niet het geval is, aangezien het Hof in het arrest KG heeft geoordeeld dat achtereenvolgende opdrachten die aan een uitzendkracht bij dezelfde inlenende onderneming worden toevertrouwd, de kern van de bepalingen van richtlijn 2008/104 omzeilden.<sup>38</sup> Voorts heeft het Hof in het arrest KG bepaald dat de verplichting om passende maatregelen te nemen met het oog op voorkoming van achtereenvolgende opdrachten om de bepalingen van richtlijn 2008/104 in haar geheel te omzeilen<sup>39</sup> één van de bij artikel 5, lid 5, aan de lidstaten opgelegde *verplichtingen* was en dat richtlijn 2008/104 „tot doel heeft dat de lidstaten ervoor zorgen dat uitzendarbeid bij dezelfde inlenende onderneming [...] geen permanente situatie wordt”<sup>40</sup>.

53. Dientengevolge bevestigt het arrest KG de uitlegging dat elke niet-nakoming van de bij richtlijn 2008/104 opgelegde verplichtingen, naast de verplichtingen krachtens artikel 5, lid 5, ervan, zoals bijvoorbeeld de garantie dat uitzendkrachten en werknemers die rechtstreeks door de inlenende onderneming voor dezelfde functie in dienst worden genomen, gelijk worden beloond (zie artikel 5, lid 1, van richtlijn 2008/104 juncto artikel 3, lid 1, onder f), van die richtlijn)<sup>41</sup>, van belang is voor de uiteindelijke beslissing van de verwijzende rechter in punt iv) (zie punt 48 hierboven) over de vraag of het, gelet op alle omstandigheden van het geval, ging om een arbeidsverhouding voor onbepaalde tijd waaraan op kunstmatige wijze de vorm van opeenvolgende uitzendovereenkomsten was gegeven in strijd met artikel 5, lid 5, van richtlijn 2008/104. Er zij aan herinnerd dat het in het hoofdgeding ging om 18 verlengingen binnen een periode van 56 maanden.

<sup>36</sup> Ibidem, punt 42.

<sup>37</sup> Zie met name punt 71 van het arrest KG. In zijn schriftelijke opmerkingen heeft verzoeker in elk geval argumenten aangevoerd dat hij, in strijd met artikel 4 van richtlijn 2008/104, ongelijk is behandeld, zowel wat betreft salaris als wat betreft het risico van werkloosheid.

<sup>38</sup> Arrest KG, punt 70.

<sup>39</sup> Arrest KG, punt 55. Zie ook punt 57.

<sup>40</sup> Arrest KG, punt 60.

<sup>41</sup> Zoals reeds opgemerkt, heeft verzoeker in zijn schriftelijke opmerkingen ten minste te kennen gegeven dat het beginsel van gelijke beloning is geschonden.

54. Deze benadering is in overeenstemming met een andere vaststelling in het arrest KG dat de garantie van „essentiële arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten” van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2008/104, gelezen in samenhang met artikel 3, lid 1, onder f), van richtlijn 2008/104, ruim dient te worden uitgelegd om de naleving van het Handvest te waarborgen.<sup>42</sup>

55. Om deze redenen dient de eerste vraag te worden beantwoord zoals in punt 36 hierboven is geformuleerd.

### **B. Antwoord op de tweede vraag**

56. De tweede vraag moet aldus worden beantwoord dat de wetgeving van een lidstaat die bepaalt dat tijdvakken van terbeschikkingstelling die vóór een specifieke datum maar na de datum van omzetting van richtlijn 2008/104 liggen, uitdrukkelijk worden uitgesloten, waarbij die uitsluiting van belang is voor de vaststelling of sprake is van misbruik van uitzendarbeid, in strijd is met artikel 5, lid 5, van richtlijn 2008/104, wanneer de duur van terbeschikkingstelling waarop een uitzendkracht zich anders zou kunnen baseren, op grond van die wetgeving wordt ingekort. In een horizontale procedure tussen twee particulieren dient strijdige wetgeving van een lidstaat waarin een dergelijke uitsluiting is opgenomen, echter slechts buiten werking te worden gesteld wanneer dit niet verplicht tot een uitlegging contra legem van het nationale recht, hetgeen door de verwijzende rechter moet worden bepaald.

57. De redenen hiervoor zijn als volgt.

58. De omzetting door Duitsland van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2008/104 was aanvankelijk beperkt tot de bepaling dat krachtens § 1, lid 1, tweede volzin, AÜG „terbeschikkingstelling van werknemers aan inleners [...] van tijdelijke aard [is]”<sup>43</sup>, waarbij de regeling in het geval van schending van die bepaling was beperkt tot de bovengenoemde sancties (zie punt 12). Hoewel die omzetting wellicht minimaal is, kan niet worden gesteld dat in strijd met artikel 5, lid 5, van richtlijn 2008/104 „geen maatregelen [zijn genomen] om het tijdelijke karakter van uitzendarbeid te waarborgen”.<sup>44</sup>

59. Was de wetgeving in Duitsland niet gewijzigd met ingang van 1 april 2017 (zie de punten 13 tot en met 16 hierboven), dan had verzoeker op grond van de hierboven uiteengezette toetsingscriteria met betrekking tot de eerste vraag (zie punt 36) kunnen aanvoeren dat zijn terbeschikkingstelling bij verweerster gedurende vier jaar en negen maanden, te weten van 1 september 2014 tot en met 31 mei 2019, in alle omstandigheden op grond van het Unierecht misbruik van uitzendarbeid opleverde in strijd met artikel 5, lid 5, van richtlijn 2008/104, gelet op de verplichting van Duitsland tot omzetting van de richtlijn per 5 december 2011. § 1, lid 1, tweede volzin, AÜG dient in overeenstemming hiermee te worden uitgelegd.<sup>45</sup>

<sup>42</sup> Arrest KG, punt 54. Hieraan moet worden toegevoegd dat deze uitleggingsverplichting geldt voor artikel 5, lid 1, en artikel 3, lid 1, onder f), van richtlijn 2008/104, ondanks het feit dat wanneer een lidstaat verdergaat dan de minimumvereisten van richtlijn 2008/104, hij geen Unierecht „ten uitvoer brengt” in de zin van artikel 51, lid 1, van het Handvest. Zie mijn conclusie in de zaak Manpower Lit (C-948/19, EU:C:2021:624, punt 61).

<sup>43</sup> In de versie die van toepassing was van 1 december 2011 tot en met 31 maart 2017. Punt 11 hierboven.

<sup>44</sup> Arrest KG, punt 63.

<sup>45</sup> Arrest KG, punten 64 en 65. Het beginsel van een conforme uitlegging van het nationale recht, op grond waarvan de nationale rechter zijn nationale recht zo veel mogelijk moet uitleggen in overeenstemming met de vereisten van het Unierecht, is inherent aan het systeem van de Verdragen, aangezien het deze rechter in staat stelt om binnen het kader van zijn bevoegdheden de volle werking van het Unierecht te verzekeren bij de beslechting van de bij hem aanhangige gedingen. Zie arrest van 17 maart 2021, Academia de Studii Economice din Bucureşti (C-585/19, EU:C:2021:210, punt 69 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

60. De op 1 april 2017 in Duitsland van kracht geworden wetswijzigingen lijken deze juridische route voor verzoeker echter te hebben afgesloten. Volgens de door verweerster bepleite lezing van die wijzigingen moest de periode van 1 september 2014 tot en met 1 april 2017 buiten beschouwing worden gelaten voor de beoordeling of sprake was van misbruik van uitzendarbeid, en hield die tegelijkertijd in dat verzoeker onderworpen bleef aan de wettelijk bepaalde nieuwe maximale duur van 18 maanden gedurende welke uitzendkrachten ter beschikking kunnen worden gesteld van dezelfde inlenende onderneming.

61. Duitsland heeft in zijn schriftelijke opmerkingen betoogd dat het met de wetswijziging van 1 april 2017 louter overging van een flexibel model van omzetting van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2008/104 naar een vast model door een bovengrens van 18 maanden in te voeren voor de terbeschikkingstelling van uitzendkrachten aan dezelfde inlenende onderneming.

62. In het licht van de bij de eerste vraag behorende analyse heeft Duitsland zijn krachtens artikel 5, lid 5, van richtlijn 2008/104 toegekende bevoegdheid om maximumtermijnen vast te stellen voor de terbeschikkingstelling van uitzendkrachten aan dezelfde inlenende onderneming overschreden, hoewel richtlijn 2008/104 Duitsland niet verplicht om dergelijke maxima vast te stellen<sup>46</sup>, aangezien de wijzigingen van 1 april 2017, zoals de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen heeft aangevoerd, actief afbreuk doen aan het nuttig effect van richtlijn 2008/104, vergeleken met de eerdere wettelijke regeling die in die lidstaat van kracht was, en nadelig zijn voor een verzoeker die gedurende de gehele periode in kwestie onbetwist de status van uitzendkracht in de zin van artikel 3, lid 1, onder c), van richtlijn 2008/104 genoot en die in het kader van de „opdracht” in de zin van artikel 3, lid 1, onder e), van richtlijn 2008/104 werkzaam was bij dezelfde inlenende onderneming gedurende een periode van vier jaar en negen maanden na afloop van de uiterste termijn voor omzetting van richtlijn 2008/104, te weten 5 december 2011<sup>47</sup>. Een dergelijke situatie is onverenigbaar met artikel 10 en overweging 21 van richtlijn 2008/104, met de in artikel 2 van die richtlijn neergelegde verplichting om „de bescherming van uitzendkrachten te garanderen”, en met de ruimere loyaliteitsverplichtingen die op Duitsland rusten krachtens artikel 4 VEU bij de vervulling van de taken die uit de Verdragen voortvloeien, en krachtens artikel 288 VWEU, op grond waarvan richtlijnen verbindend zijn.

63. Uit vaste rechtspraak volgt echter dat de uitleggingsverplichting wordt beperkt wanneer een uitlegging van het nationale recht in overeenstemming met het Unierecht ertoe zou leiden dat de betekenis van het nationale recht contra legem is.<sup>48</sup> Derhalve staat het aan de verwijzende rechter<sup>49</sup> om te bepalen of de overgangsbepaling van § 19, lid 2, AÜG, volgens welke „[b]ij de berekening van de in § 1, lid 1b, vastgestelde maximale duur van terbeschikkingstelling [...] geen rekening [wordt] gehouden met tijdvakken van terbeschikkingstelling vóór 1 april 2017”, met inachtneming van „het gehele nationale recht”<sup>50</sup> niet anders kan worden uitgelegd dan dat verzoeker elk recht wordt ontnomen om zich te baseren op de volledige periode van terbeschikkingstelling van vier jaar en negen maanden, te weten van 1 september 2014 tot en met 31 mei 2019, hetgeen tot 1 april 2017 op grond van Duits recht wel mogelijk was.

<sup>46</sup> Arrest KG, punt 42. Conclusie van advocaat-generaal Sharpston in de zaak KG (C-681/18, EU:C:2020:300, punt 66).

<sup>47</sup> Artikel 11, lid 1, van richtlijn 2008/104.

<sup>48</sup> Arrest KG, punt 66 en aldaar aangehaalde rechtspraak. Zie voor een recenter voorbeeld de conclusie van advocaat-generaal Szpunar in de zaak Thelen Technopark Berlin (C-261/20, EU:C:2021:620, punten 30 en 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

<sup>49</sup> Een recent benadrukt punt in de conclusie van advocaat-generaal Szpunar in de zaak Thelen Technopark Berlin, ibidem, punt 32.

<sup>50</sup> Arrest KG, punt 65 en aldaar aangehaalde rechtspraak. Zie met name ook arrest van 5 oktober 2004, Pfeiffer e.a. (C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584, punten 107-119). Zie bijvoorbeeld ook arrest van 17 april 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, punt 71).

64. Kan, met andere woorden, het door richtlijn 2008/104 voorgeschreven resultaat slechts worden bereikt door een uitlegging contra legem van § 1, lid 1b, en § 19, lid 2, AÜG? Kunnen deze bepalingen bijvoorbeeld, met inachtneming van het gehele Duitse recht, aldus worden opgevat dat de vroegere wettelijke regeling niet volledig wordt vervangen, zodat uitzendkrachten de mogelijkheid krijgen om aan de hand van de in het arrest KG vastgestelde en in het antwoord op de eerste vraag nader omschreven criteria ten aanzien van de totale duur van de terbeschikkingstelling te betogen dat sprake is van misbruik van uitzendarbeid? Indien dat resultaat slechts met een uitlegging contra legem kan worden bereikt, dan is volgens vaste rechtspraak van het Hof de juridische weg die voor verzoeker nog open ligt een vordering tegen Duitsland wegens staatsaansprakelijkheid, op grond van de regels van het arrest Francovich<sup>51</sup>, vanwege niet-nakoming van de op die lidstaat rustende verplichtingen uit hoofde van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2008/104 om „passende maatregelen [te nemen] [...] met het oog op voorkoming van misbruik bij de toepassing van dit artikel, met name voorkoming van achtereenvolgende opdrachten om de bepalingen van deze richtlijn te omzeilen”.<sup>52</sup>

65. Tot slot heeft het Hof geoordeeld dat bepalingen van het Handvest die op zich volstaan en niet hoeven te worden verduidelijkt door bepalingen van Unierecht of van nationaal recht om aan particulieren een recht te verlenen<sup>53</sup>, zoals de artikelen 21 en 47<sup>54</sup> en artikel 31, lid 2<sup>55</sup>, als zodanig inroepbaar zijn en tot de verplichting leiden om zo nodig *elke* daarmee strijdige nationale bepaling buiten toepassing te laten, zelfs in horizontale geschillen waarin het verbod op een uitlegging contra legem van het recht van de lidstaat anders van toepassing zou zijn. Anders dan verzoeker in zijn schriftelijke opmerkingen heeft aangevoerd, is artikel 31, lid 1, van het Handvest echter niet een dergelijke bepaling.

66. Het Hof heeft immers geoordeeld dat „[d]e nationale rechter [...] dus niet louter op grond van het Unierecht verplicht [is] om een bepaling van nationaal recht die onverenigbaar is met een bepaling van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie die [...] geen rechtstreekse werking heeft, buiten toepassing te laten”.<sup>56</sup> Gelet op het open karakter van de bewoordingen van artikel 31, lid 1, van het Handvest, volgens welke iedere „werknemer [...] recht [heeft] op gezonde, veilige en waardige arbeidsomstandigheden”, voldoet dat artikel niet aan de essentiële voorwaarden voor rechtstreekse werking, te weten voldoende duidelijk, onvoorwaardelijk en nauwkeurig zijn.<sup>57</sup> In die omstandigheden kan die bepaling niet worden ingeroepen om de verwijzende rechter, binnen het kader van zijn bevoegdheden<sup>58</sup>, te verplichten om § 1, lid 1b, en § 19, lid 2, AÜG buiten toepassing te laten, mocht de verwijzende rechter van oordeel zijn dat de bewoordingen daarvan in strijd zijn met de uit artikel 5, lid 5, van richtlijn 2008/104 voortvloeiende garanties.

<sup>51</sup> Arrest van 9 november 1995, Francovich (C-479/93, EU:C:1995:372).

<sup>52</sup> Zie arrest van 15 januari 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, punt 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Meer recentelijk zie arrest van 7 augustus 2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, punt 56).

<sup>53</sup> Arrest van het Hof van 17 april 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, punten 76 en 78).

<sup>54</sup> Ibidem, punt 78.

<sup>55</sup> Zie arrest van 6 november 2018, Bauer en Willmeroth (C-569/16 en C-570/16, EU:C:2018:871).

<sup>56</sup> Arrest van 24 juni 2019, Poplawski (C-573/17, EU:C:2019:530, punt 63 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

<sup>57</sup> Zie ook de toelichtingen bij artikel 31, lid 1, van het Handvest. Hierin staat dat deze bepaling in feite steunt op een richtlijn, te weten richtlijn 89/391/EEG van de Raad van 12 juni 1989 betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk (PB 1989, L 183, blz. 1) (vgl. arrest Egenberger en de voorwaarde dat verdere wetgeving niet is vereist). De verwijzing naar artikel 156 VWEU in de toelichtingen met betrekking tot „arbeidsvoorwaarden” bevat geen nadere precisering. Zoals advocaat-generaal Sharpston heeft opgemerkt in haar conclusie in de zaak KG (C-681/18, EU:C:2020:300, punt 44), geeft artikel 156 VWEU geen definitie van „arbeidsvoorwaarden”. Zie over de voorwaarden voor rechtstreekse werking, bijvoorbeeld, recent het arrest van 7 augustus 2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631).

<sup>58</sup> Arrest van het Hof van 17 april 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, punt 79).



67. Om deze redenen dient de tweede vraag te worden beantwoord zoals in punt 56 hierboven is geformuleerd.

### *C. Antwoord op de derde vraag*

68. De derde vraag moet aldus worden beantwoord dat een uitzendkracht krachtens richtlijn 2008/104 geen recht heeft op de totstandbrenging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een inlenende onderneming ingeval wordt geconstateerd dat sprake is van misbruik van uitzendarbeid op grond van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2008/104. Mocht de verwijzende rechter echter, met inachtneming van het gehele recht van de betreffende lidstaat, tot het oordeel komen dat de uitlegging van dit recht in overeenstemming met artikel 5, lid 5, van richtlijn 2008/104 niet verplicht tot een uitlegging contra legem van het nationale recht, dan dient hij te bepalen of er passende administratieve of gerechtelijke procedures voorhanden zijn om de nakoming van de uit richtlijn 2008/104 voortvloeiende verplichtingen te verzekeren en om te waarborgen dat het recht van de betreffende lidstaat voorziet in de krachtens artikel 10 van die richtlijn vereiste doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties, behoudens de beperkingen op grond van vaste rechtspraak.

69. In het arrest KG heeft het Hof geoordeeld dat artikel 5, lid 5, van richtlijn 2008/104 niet op dezelfde wijze kan worden uitgelegd als clause 5 van de op 18 maart 1999 gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, die is opgenomen in de bijlage bij richtlijn 1999/70/EG<sup>59</sup>. In het arrest Sciotto<sup>60</sup> kwam het Hof onder andere tot het oordeel dat de in clause 5 van de bovengenoemde raamovereenkomst opgenomen specifieke verplichting ter voorkoming van misbruik als gevolg van het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, inhield dat het ontbreken van de mogelijkheid voor werknemers van stichtingen voor dans, opera en orkesten, zelfs in geval van misbruik, om hun arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd om te zetten in een arbeidsverhouding voor onbepaalde tijd (bij gebreke van andere vormen van bescherming, zoals de vaststelling van een beperking van de mogelijkheid om gebruik te maken van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd) tot gevolg had dat er geen effectieve maatregelen, in de zin van de rechtspraak in verband met de raamovereenkomst, waren waarmee misbruik als gevolg van het gebruik van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd werd bestraft.<sup>61</sup>

70. In het arrest KG heeft het Hof echter geoordeeld dat hoewel clause 5 van de raamovereenkomst „voorziet in specifieke verplichtingen ter voorkoming van misbruik als gevolg van het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, [...] dat namelijk niet het geval [is] bij artikel 5, lid 5, eerste volzin, van richtlijn 2008/104”.<sup>62</sup> De uitlegging van clause 5 van de raamovereenkomst kan derhalve niet worden toegepast op artikel 5, lid 5, van richtlijn 2008/104.<sup>63</sup> Advocaat-generaal Sharpston heeft in de zaak KG specifiek verwezen naar de bevindingen in het arrest Sciotto met betrekking tot de omzetting van overeenkomsten voor

<sup>59</sup> Richtlijn van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de Unice en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (PB 1999, L 175, blz. 43).

<sup>60</sup> Arrest KG, punt 45. Arrest van 25 oktober 2018, Sciotto (C-331/17, EU:C:2018:859).

<sup>61</sup> Sciotto, ibidem, punten 61 en 62. Hier moet worden opgemerkt dat de rechtspraak inzake de contouren van een op de lidstaten krachtens richtlijn 1999/70 rustende verplichting om de mogelijkheid te bieden om in geval van misbruik overeenkomsten voor bepaalde tijd om te zetten in overeenkomsten voor onbepaalde tijd, hoe dan ook nog in ontwikkeling is. Zie met name mijn conclusie in de (nog aanhangige) zaak GILDA-UNAMS e.a. (C-282/19, EU:C:2021:217).

<sup>62</sup> Arrest KG, punt 45.

<sup>63</sup> Ibidem.

bepaalde tijd in overeenkomsten voor onbepaalde tijd, voordat zij tot de conclusie kwam dat het arrest Sciotto niet kon worden toegepast op artikel 5, lid 5, van richtlijn 2008/104, daar deze bepaling geen gedetailleerde en specifieke verplichtingen oplegt.<sup>64</sup>

71. De derde vraag moet dus ontkennend worden beantwoord.

72. Met betrekking tot de verplichtingen van de verwijzende rechter krachtens artikel 10 van richtlijn 2008/104 wordt in lid 1 daarvan het recht op een doeltreffende voorziening in rechte van artikel 47 van het Handvest bevestigd.<sup>65</sup> Op grond van het in artikel 10, lid 2, gewaarborgde vereiste van doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties moeten de lidstaten voorzien in maatregelen die voldoende doeltreffend zijn om de doelstelling van richtlijn 2008/104 te bereiken<sup>66</sup> en die een reële afschrikkende werking hebben<sup>67</sup>. Het Unierecht verplicht de rechterlijke instanties van de lidstaten er niet toe om andere rechtsmiddelen in te voeren ter bescherming van de rechten die justitiabelen aan het Unierecht ontleen dan die welke in het nationale recht zijn vastgesteld<sup>68</sup>, tenzij „uit de opzet van de betrokken nationale rechtsorde zou blijken dat er geen rechtsmiddel beschikbaar is”<sup>69</sup>. Uitgezonderd hiervan is echter een rechtsmiddel dat leidt tot de verklaring voor recht dat tussen een uitzendkracht en een inlenende onderneming een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bestaat (om de hierboven in de punten 69 en 70 genoemde redenen)<sup>70</sup> of tot een uitlegging contra legem van het nationale recht (punten 63 en 64 hierboven).

#### ***D. Antwoord op de vierde vraag***

73. De vierde vraag moet aldus worden beantwoord dat de verlenging van de maximale duur van de individuele terbeschikkingstelling kan worden overgelaten aan de partijen bij een collectieve arbeidsovereenkomst, met inbegrip van de partijen bij een collectieve arbeidsovereenkomst die slechts bevoegd zijn voor de bedrijfstak van de inlenende onderneming. Het antwoord op de tweede vraag geldt echter ook voor die overeenkomsten.

74. Zoals in de schriftelijke opmerkingen van Duitsland is aangegeven, staat het de lidstaten vrij de implementatie van de doelstellingen van sociaal beleid aan de sociale partners over te laten<sup>71</sup> en is in richtlijn 2008/104 uitdrukkelijk bepaald dat gebruik kan worden gemaakt van collectieve overeenkomsten<sup>72</sup>, waarbij het niet van wezenlijk belang is of de partijen bij een collectieve arbeidsovereenkomst niet bevoegd zijn voor het dienstverband van de betrokken uitzendkracht, maar wel voor de bedrijfstak van de inlenende onderneming.<sup>73</sup> In de aanvullende

<sup>64</sup> Conclusie van advocaat-generaal Sharpston in de zaak KG (C-681/18, EU:C:2020:300, punt 66).

<sup>65</sup> Zie naar analogie arrest van 15 april 2021, Braathens Regional Aviation (C-30/19, EU:C:2021:269, punt 33).

<sup>66</sup> Ibidem, punt 37.

<sup>67</sup> Ibidem, punt 38.

<sup>68</sup> Ibidem, punt 55 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

<sup>69</sup> Arrest van 3 oktober 2013, Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement en Raad (C-583/11 P, EU:C:2013:625, punt 104). Zie ook arrest van 21 november 2019, Deutsche Lufthansa (C-379/18, EU:C:2019:1000, punt 61).

<sup>70</sup> Hierbij moet worden opgemerkt dat zelfs indien het gelijkwaardigheidsbeginsel van belang zou zijn voor de uitlegging van artikel 10 van richtlijn 2008/104, de naar Duits recht ingevoerde verklaring voor recht van een dienstverband (zie punt 15 hierboven) geen overeenkomstige aanspraak van zuiver nationale aard betreft, maar een Unierechtelijke aanspraak. Zie mijn conclusie in de (nog aanhangige) zaak GILDA-UNAMS e.a. (C-282/19, EU:C:2021:217, voetnoot 72).

<sup>71</sup> Arrest van 18 december 2008, Ruben Andersen (C-306/07, EU:C:2008:743, punten 25 en 26). Zie bijvoorbeeld ook arrest van 11 februari 2010, Ingeniørforeningen i Danmark (C-405/08, EU:C:2010:69, punt 39).

<sup>72</sup> Zie artikel 5, lid 1, en artikel 11, lid 1, en overwegingen 16, 17 en 19. De bewering van verzoeker dat ofwel artikel 9, lid 1, ofwel artikel 5, lid 3, van richtlijn 2008/104 als een beperking van deze bevoegdheid kan worden opgevat, moet worden afgewezen, aangezien een dergelijke beperking van de bevoegdheid van een lidstaat duidelijk en ondubbelzinnig moet zijn verwoord.

<sup>73</sup> Zie prejudiciële vraag 3.3, die hierboven in punt 26 is opgenomen.

Gesamtbetriebsvereinbarung van 20 september 2017 is echter onder andere bepaald dat de inzet van uitzendkrachten binnen de productieafdeling niet langer dan 36 maanden mag duren. Voor uitzendkrachten die reeds op 1 april 2017 werkzaam waren, worden voor de berekening van de maximale duur van terbeschikkingstelling van 36 maanden alleen de tijdvakken vanaf 1 april 2017 in aanmerking genomen. Zoals ik in de punten 56 tot en met 67 uiteen heb gezet, is deze uitsluiting in strijd met artikel 5, lid 5, van richtlijn 2008/104, zodat de in die punten uitgewerkte beginselen ook van toepassing zijn op die collectieve arbeidsovereenkomsten.

## V. Conclusie

75. Derhalve geef ik het Hof in overweging de vragen van het Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg als volgt te beantwoorden:

- „1) Om vast te stellen of artikel 5, lid 5, eerste volzin, van richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid, gelezen in samenhang met het woord ‚tijdelijk‘ in artikel 1 van die richtlijn, zich verzet tegen de terbeschikkingstelling van een uitzendkracht aan dezelfde inlenende onderneming, gedurende een periode van meer dan 55 maanden, in een permanente functie die niet bij wijze van plaatsvervangning wordt uitgeoefend, dient een rechterlijke instantie van een lidstaat volgens het Unierecht het volgende te onderzoeken:
- i) Hebben de achtereenvolgende opdrachten van een uitzendkracht bij dezelfde inlenende onderneming tot gevolg dat de duur van de activiteit redelijkerwijs niet meer kan worden aangemerkt als terbeschikkingstelling om bij een inlenende onderneming ‚tijdelijk te werken‘ in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 2008/104?
  - ii) Is er een objectieve verklaring gegeven voor het feit dat de inlenende onderneming gebruikmaakt van achtereenvolgende uitzendovereenkomsten?
  - iii) Wordt een van de bepalingen van richtlijn 2008/104 omzeild?
  - iv) Gaat het, gelet op al deze factoren en omstandigheden, om een arbeidsverhouding voor onbepaalde tijd waaraan op kunstmatige wijze de vorm van opeenvolgende uitzendovereenkomsten is gegeven in strijd met artikel 5, lid 5, van richtlijn 2008/104?
- 2) De wetgeving van een lidstaat die bepaalt dat tijdvakken van terbeschikkingstelling die vóór een specifieke datum maar na de datum van omzetting van richtlijn 2008/104 liggen, uitdrukkelijk worden uitgesloten, waarbij die uitsluiting van belang is voor de vaststelling of sprake is van misbruik van uitzendarbeid, is in strijd met artikel 5, lid 5, van richtlijn 2008/104, wanneer de duur van terbeschikkingstelling waarop een uitzendkracht zich anders zou kunnen baseren, op grond van die wetgeving wordt ingekort. In een horizontale procedure tussen twee particulieren dient strijdige wetgeving van een lidstaat waarin een dergelijke uitsluiting is opgenomen, echter slechts buiten werking te worden gesteld wanneer dit niet verplicht tot een uitlegging contra legem van het nationale recht, hetgeen door de verwijzende rechter moet worden bepaald.

- 3) Een uitzendkracht heeft krachtens richtlijn 2008/104 geen recht op de totstandbrenging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een inlenende onderneming ingeval wordt geconstateerd dat sprake is van misbruik van uitzendarbeid op grond van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2008/104. Mocht de verwijzende rechter echter, met inachtneming van het gehele recht van de betreffende lidstaat, tot het oordeel komen dat de uitlegging van dit recht in overeenstemming met artikel 5, lid 5, van richtlijn 2008/104 niet verplicht tot een uitlegging contra legem van het nationale recht, dan dient hij te bepalen of er passende administratieve of gerechtelijke procedures voorhanden zijn om de nakoming van de uit richtlijn 2008/104 voortvloeiende verplichtingen te verzekeren en om te waarborgen dat het recht van de betreffende lidstaat voorziet in de krachtens artikel 10 van die richtlijn vereiste doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties, behoudens de beperkingen op grond van vaste rechtspraak.
- 4) De verlenging van de maximale duur van de individuele terbeschikkingstelling kan worden overgelaten aan de partijen bij een collectieve arbeidsovereenkomst, met inbegrip van de partijen bij een collectieve arbeidsovereenkomst die slechts bevoegd zijn voor de bedrijfstak van de inlenende onderneming. Het antwoord op de tweede vraag geldt echter ook voor die overeenkomsten.”