



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
EVGENIEGO TANCHEVA
przedstawiona w dniu 9 września 2021 r.¹

Sprawa C-232/20

NP

przeciwko

Daimler AG, Mercedes-Benz Werk Berlin

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg (sąd pracy wyższej instancji Berlin-Brandenburgia, Niemcy)]

Odesłanie prejudycjalne – Polityka społeczna – Znaczenie pojęcia „tymczasowo” w świetle art. 1 dyrektywy 2008/104/WE – Artykuł 5 ust. 5 dyrektywy 2008/104 – Przepis przejściowy wykluczający możliwość powoływania się, przed określoną datą, na okresy skierowania pracownika tymczasowego do pracy w przedsiębiorstwie użytkownika – Wprowadzenie na gruncie prawa państwa członkowskiego maksymalnego okresu skierowania pracowników tymczasowych do przedsiębiorstw użytkowników – Prawo pracownika tymczasowego do zawarcia umowy o pracę na czas nieokreślony z przedsiębiorstwem użytkownikiem w przypadku nadużywania pracy tymczasowej

1. Niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg (sąd pracy wyższej instancji Berlin-Brandenburgia, Niemcy; zwany dalej „sądem odsyłającym”) dotyczy wykładni dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/104/WE z dnia 19 listopada 2008 r. w sprawie pracy tymczasowej². Sąd odsyłający zmierza zasadniczo do wyjaśnienia następujących czterech kwestii.

2. Po pierwsze, czy termin „tymczasowo” wskazany w art. 1 dyrektywy 2008/104 odnosi się wyłącznie do okresu skierowania pracownika tymczasowego do przedsiębiorstwa użytkownika, czy też termin „tymczasowo” wiąże się również z charakterem pracy, która ma być wykonywana, tak że ani praca wykonywana na stanowisku, które ma charakter stały, ani taka, która nie jest wykonywana w celu zastępstwa nieobecnych pracowników (zwanego dalej „zastępstwem”) nigdy nie może być wykonywana „tymczasowo”?

3. Po drugie, czy jest zgodne z prawem Unii, aby ustawodawca państwa członkowskiego, w tym przypadku Niemiec, wprowadził maksymalny okres, po którego upływie skierowania pracownika tymczasowego nie można już uważać za tymczasowe, lecz jednocześnie wykluczył możliwość

¹ Język oryginału: angielski.

² Dz.U. 2008, L 327, s. 9. Zobacz wcześniejsze wyroki: z dnia 11 kwietnia 2013 r., Della Rocca (C-290/12, EU:C:2013:235); z dnia 17 marca 2015 r., AKT (C-533/13, EU:C:2015:173); z dnia 17 listopada 2016 r., Betriebsrat der Ruhrlandklinik (C-216/15, EU:C:2016:883); z dnia 14 października 2020 r., KG (Kolejne okresy skierowania w kontekście pracy tymczasowej) (C-681/18, EU:C:2020:823); z dnia 3 czerwca 2021 r., TEAM POWER EUROPE (C-784/19, EU:C:2021:427); moja opinia w sprawie Manpower Lit (C-948/19, EU:C:2021:624) (w toku). Zobacz także wyrok Sądu z dnia 13 grudnia 2016 r., IPSO/ECB (T-713/14, EU:T:2016:727).

powoływania się przez pracowników tymczasowych na okresy skierowania przed określoną datą w celu ustalenia, czy ten maksymalny okres został przekroczony, w szczególności gdy wykluczenie tych okresów prowadzi do sytuacji, w której maksymalny okres skierowania został zachowany przez przedsiębiorstwo użytkownika?

4. Po trzecie, sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy stwierdzenie zawarcia umowy o pracę na czas nieokreślony między przedsiębiorstwem użytkownikiem a pracownikiem tymczasowym stanowi środek zaradczy gwarantowany przez prawo Unii w przypadku uznania, że pracownik tymczasowy był kolejno kierowany do tego samego przedsiębiorstwa użytkownika w celu obejścia przepisów dyrektywy 2008/104, w sposób niezgodny z art. 5 ust. 5 dyrektywy 2008/104 (zwany dalej „nadużywaniem pracy tymczasowej”).

5. Po czwarte, sąd odsyłający kieruje pytanie, czy zgodnie z dyrektywą 2008/104 przedłużenie maksymalnego okresu skierowania przewidzianego w prawie niemieckim może być również pozostawione uznaniu stron układu zbiorowego pracy? Jeżeli tak, to czy dotyczy to również stron układu zbiorowego pracy, które są właściwe nie w zakresie stosunku pracy danego pracownika tymczasowego, lecz w zakresie sektora przedsiębiorstwa użytkownika?

6. Doszedłem do wniosku, że o ile słowo „tymczasowo” w art. 1 ust. 1 dyrektywy 2008/104 oznacza „istniejący tylko przez pewien okres”, „chwilowy”³, o tyle odnosi się ono wyłącznie do okresu skierowania danego pracownika tymczasowego, a nie do stanowiska, na które został on skierowany, wobec czego stanowiska o charakterze stałym i te, które nie mają na celu zapewnienia zastępstwa, nie są automatycznie wyłączone z zakresu stosowania dyrektywy 2008/104. Charakter pracy, w tym fakt, czy jest to stanowisko o charakterze stałym, należy jednak wziąć pod uwagę przy ustalaniu, czy kolejne okresy skierowania pracowników tymczasowych do tego samego przedsiębiorstwa użytkownika można obiektywnie wytłumaczyć⁴, tak aby nie stanowiły one nadużywania pracy tymczasowej w sposób niezgodny z art. 5 ust. 5 dyrektywy 2008/104⁵.

7. Ponadto prawo państwa członkowskiego, które wyraźnie wyłącza możliwość uwzględnienia okresów skierowania poprzedzających określoną datę, lecz mających miejsce po dacie wdrożenia dyrektywy 2008/104, przy czym wyłączenie to ma znaczenie dla ustalenia, czy doszło do nadużywania pracy tymczasowej, jest niezgodne z art. 5 ust. 5 dyrektywy 2008/104, jeżeli skraca okres skierowania, na który pracownik tymczasowy mógłby się w przeciwnym razie powołać. Jednakże w ramach powództwa horyzontalnego między dwoma podmiotami prywatnymi należy odstąpić od stosowania przepisów państwa członkowskiego przewidujących takie wyłączenie wyłącznie wówczas, gdy nie prowadzi to do wykładni *contra legem* prawa danego państwa członkowskiego, czego rozstrzygnięcie należy do sądu odsyłającego⁶.

8. W tym kontekście w prawie Unii brak jest wymogu ustalenia istnienia umowy o pracę na czas nieokreślony między przedsiębiorstwem użytkownikiem a pracownikiem tymczasowym w ramach środka zaradczego w sytuacji, gdy stwierdzono nadużywanie pracy tymczasowej⁷.

³ Jak wskazano w pkt 51 opinii rzecznik generalnej E. Sharpston w sprawie KG (Kolejne okresy skierowania w kontekście pracy tymczasowej) (C-681/18, EU:C:2020:300).

⁴ KG (Kolejne okresy skierowania w kontekście pracy tymczasowej) (C-681/18, EU:C:2020:823, pkt 71).

⁵ Zobacz pkt 36–55 poniżej.

⁶ Zobacz pkt 56–67 poniżej.

⁷ Zobacz pkt 68–72 poniżej.

9. Wreszcie, biorąc pod uwagę utrwaloną zasadę, zgodnie z którą przepisy unijnych dyrektyw w dziedzinie prawa pracy mogą być wdrażane nie tylko poprzez przepisy prawa stanowionego, lecz również za pośrednictwem powszechnie stosowanych układów zbiorowych pracy⁸, przedłużenie przewidzianego w prawie niemieckim indywidualnego maksymalnego okresu skierowania można pozostawić do uznania stron układu zbiorowego pracy, które są właściwe jedynie w zakresie sektora przedsiębiorstwa użytkownika. Ograniczenie opisane w pkt 7 obowiązuje jednak również w przypadku takich układów.

I. Ramy prawne

A. Prawo Unii

10. Artykuł 1 dyrektywy 2008/104 jest zatytułowany „Zakres zastosowania”. Artykuł 1 ust. 1 stanowi, co następuje:

„Niniejszą dyrektywę stosuje się do pracowników zatrudnionych przez agencję pracy tymczasowej na podstawie umowy o pracę lub związanych z tą agencją stosunkiem pracy, których skierowano do przedsiębiorstw użytkowników w celu wykonywania tymczasowo pracy pod nadzorem i kierownictwem tych przedsiębiorstw”.

B. Prawo niemieckie

11. Paragraf 1 ust. 1 zdanie drugie Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (niemieckiej ustawy w sprawie zasad kierowania do pracy tymczasowej, zwanej dalej „AÜG”) w brzmieniu obowiązującym w okresie od 1 grudnia 2011 r. do 31 marca 2017 r. stanowił, że „skierowanie pracowników do przedsiębiorstw użytkowników następuje tymczasowo”.

12. Zgodnie z odesłaniem prejudycjalnym przed kwietniem 2017 r. nie przewidywano żadnej konkretnej sankcji za naruszenie tego przepisu⁹. Natomiast w § 9 AÜG stwierdzono, że nieważne są między innymi umowy zawarte między agencją pracy tymczasowej a przedsiębiorstwem użytkownikiem, a także między agencją pracy tymczasowej a pracownikiem tymczasowym, jeżeli agencja pracy tymczasowej nie posiadała wymaganego na mocy AÜG zezwolenia. Paragraf 10 AÜG przewidywał w tym zakresie, że w takim przypadku uważa się, iż został zawiązany stosunek pracy między przedsiębiorstwem użytkownikiem a pracownikiem tymczasowym.

13. Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze (ustawa zmieniająca ustawę w sprawie kierowania do pracy tymczasowej i inne ustawy) z dnia 21 lutego 2017 r. zmieniła AÜG ze skutkiem od dnia 1 kwietnia 2017 r. Do § 1 AÜG został dodany nowy ust. 1b w następującym brzmieniu:

„Agencja pracy tymczasowej nie może skierować tego samego pracownika tymczasowego do tego samego przedsiębiorstwa użytkownika na okres przekraczający 18 kolejnych miesięcy; przedsiębiorstwo użytkownik nie może powierzyć wykonywania pracy temu samemu pracownikowi tymczasowemu przez okres przekraczający 18 kolejnych miesięcy. Okres wcześniejszego skierowania przez tę samą lub inną agencję pracy tymczasowej do tego samego

⁸ Na przykład opinia rzecznika generalnego M. Szpunara w sprawie AKT (C-533/13, EU:C:2014:2392, pkt 72).

⁹ Fakt ten kwestionowany jest jednak w uwagach na piśmie skierowanych przez Niemcy.

przedsiębiorstwa użytkownika liczy się w całości, jeżeli przerwy w skierowaniu każdorazowo nie przekraczają 3 miesięcy. W sektorowym układzie zbiorowym, w którym następuje skierowanie, można ustalić maksymalny okres skierowania inny niż określony w zdaniu pierwszym. [...] W prywatnoprawnych lub publicznoprawnych porozumieniach zakładowych zawartych na podstawie sektorowego układu zbiorowego, w którym następuje skierowanie, można ustalić maksymalny okres skierowania inny niż określony w zdaniu pierwszym. [...]

14. Do § 9 ust. 1 AÜG dodano pkt 1b, zgodnie z którym:

„Nieważne są:

1b. umowy o pracę między agencją pracy tymczasowej a pracownikiem tymczasowym przekraczające maksymalny dozwolony okres skierowania, o którym mowa w § 1 ust. 1b, chyba że pracownik tymczasowy przed upływem miesiąca od chwili przekroczenia dozwolonego maksymalnego okresu skierowania złoży agencji pracy tymczasowej lub przedsiębiorstwu użytkownikowi pisemne oświadczenie, że pozostaje związany umową o pracę z agencją pracy tymczasowej;

[...]

15. Paragraf 10 ust. 1 zdanie pierwsze AÜG precyzuje obecnie skutek prawny nieważności:

„Jeżeli zgodnie z § 9 umowa zawarta między agencją pracy tymczasowej a pracownikiem tymczasowym jest nieważna, uważa się, że stosunek pracy między przedsiębiorstwem użytkownikiem a pracownikiem tymczasowym został zawiązany w momencie ustalonym między przedsiębiorstwem użytkownikiem a agencją pracy tymczasowej dla rozpoczęcia pracy; jeżeli nieważność następuje dopiero po podjęciu pracy w przedsiębiorstwie użytkownika, wtedy uważa się, że stosunek pracy między przedsiębiorstwem użytkownikiem a pracownikiem tymczasowym został zawiązany z chwilą wystąpienia nieważności [...]”.

16. Paragraf 19 ust. 2 AÜG zawiera przepis przejściowy (zwany dalej „przepisem przejściowym”):

„Przy obliczaniu maksymalnego okresu skierowania, o którym mowa w § 1 ust. 1b, nie uwzględnia się okresów skierowania przed dniem 1 kwietnia 2017 r. [...]”.

17. „Tarifvertrag zur Leih-/Zeitarbeit in der Metall- und Elektroindustrie in Berlin und Brandenburg vom 01.06.2017” (układ zbiorowy dotyczący czasu pracy tymczasowej/czasowej w przemyśle metalurgicznym i elektrycznym w Berlinie i Brandenburgii z dnia 1 czerwca 2017 r.) wyraźnie odwołuje się do odstępstwa przewidzianego w § 1 ust. 1b AÜG. Zgodnie z jego przepisem przejściowym w przypadku zakładów bez porozumienia zakładowego pracodawca i rada zakładowa muszą uzgodnić maksymalny okres skierowania. Jeżeli nie dojdzie do takiego porozumienia, maksymalny okres skierowania wynoszący 36 miesięcy obowiązuje od dnia 1 czerwca 2017 r.

18. W zakładzie pozwanej w Berlinie nie istnieje porozumienie zakładowe. Zgodnie z uzupełniającym porozumieniem ogólnozakładowym (zawartym pomiędzy pozwaną a centralną radą ogólnozakładową) z dnia 20 września 2017 r. w sektorze produkcji okres skierowania pracowników tymczasowych nie może przekraczać 36 miesięcy. W odniesieniu do pracowników tymczasowych, którzy byli już zatrudnieni w dniu 1 kwietnia 2017 r., do tego okresu wliczają się tylko okresy skierowania po dniu 1 kwietnia 2017 r.

II. Okoliczności faktyczne, postępowanie i pytania prejudycjalne

19. Skarżący NP (zwany dalej „skarżącym”) był zatrudniony przez agencję pracy tymczasowej od dnia 1 września 2014 r. z wynagrodzeniem w wysokości 9,36 EUR za godzinę¹⁰. Początkowo stosunek pracy został nawiązany dwukrotnie na okres jednego roku, a następnie zawarto go na czas nieokreślony. Okresy skierowania skarżącego podlegały 18 przedłużeniom w okresie 56 miesięcy.

20. W aneksie do umowy o pracę pomiędzy skarżącym a agencją pracy tymczasowej uzgodniono, że ma on świadczyć pracę na rzecz D., przedsiębiorstwa użytkownika (zwanego dalej „pozwaną”), w zakładzie motoryzacyjnym tej ostatniej w Berlinie w charakterze pracownika obróbki metalu. W aneksie tym opisano zakres prac przy produkcji silników, które miały być wykonywane. Zgodnie z umową o pracę skarżącego z agencją pracy tymczasowej do jego stosunku pracy mają zastosowanie niektóre układy zbiorowe pracy obowiązujące w sektorze agencji pracy tymczasowej.

21. W okresie od 1 września 2014 r. do 31 maja 2019 r. skarżący był skierowany wyłącznie do pozwanej jako przedsiębiorstwa użytkownika. Pracował on stale w dziale produkcji silników. Praca ta nie była wykonywana w ramach zastępstwa. Okres ten został przerwany jedynie na dwa miesiące (od 21 kwietnia 2016 r. do 20 czerwca 2016 r.), podczas których skarżący przebywał na urlopie rodzicielskim.

22. W powództwie wniesionym w dniu 27 czerwca 2019 r. do Arbeitsgericht Berlin (sądu pracy w Berlinie, Niemcy) skarżący żąda stwierdzenia istnienia stosunku pracy pomiędzy stronami począwszy od jednego z szeregu dni wskazanych tytułem ewentualnym¹¹.

23. Zgodnie z postanowieniem odsyłającym skarżący w pierwszej instancji podniósł między innymi, że skierowania do pozwanej nie można już było zaklasyfikować jako „tymczasowego” oraz że przepis przejściowy przewidziany w § 19 ust. 2 AÜG jest niezgodny z prawem Unii.

24. Pozwana przedstawiła stanowisko, zgodnie z którym kryterium „tymczasowy” jest wyjaśnione przez ustawodawcę od dnia 1 kwietnia 2017 r. Po tej dacie od maksymalnego okresu skierowania wynoszącego 18 miesięcy możliwe są odstępstwa w drodze odpowiednich układów zbiorowych. Ponadto określony w porozumieniu ogólnozakładowym z dnia 20 września 2017 r. maksymalny okres skierowania wynoszący 36 miesięcy nie został przekroczony, ponieważ należy uwzględnić jedynie okresy po dniu 1 kwietnia 2017 r.

25. W wyroku z dnia 8 października 2019 r. Arbeitsgericht Berlin (sąd pracy w Berlinie) przychylił się do stanowiska pozwanej.

¹⁰ Zgodnie z uwagami na piśmie przedstawionymi przez skarżącego. W tych samych uwagach na piśmie stwierdza się, że właściwy układ zbiorowy pracy obowiązujący w sektorze metalurgicznym w Berlinie przewiduje wynagrodzenie w wysokości 15,50 EUR za godzinę.

¹¹ Od dnia 1 września 2015 r., ewentualnie od dnia 1 marca 2016 r., ewentualnie od dnia 1 listopada 2016 r., ewentualnie od dnia 1 października 2018 r. i wreszcie ewentualnie od dnia 1 maja 2019 r.

26. Apelację wniesiono do sądu odsyłającego w dniu 22 listopada 2019 r. Sąd ten zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

- „1) Czy należy uznać, że skierowanie pracownika tymczasowego do przedsiębiorstwa użytkownika przestaje mieć charakter »tymczasowy« w rozumieniu art. 1 [dyrektywy 2008/104], jeżeli praca jest wykonywana na stanowisku, które ma charakter stały i nie jest zajmowane w [celu zapewnienia zastępstwa] pracownika?
- 2) Czy należy uznać, że skierowanie pracownika tymczasowego na okres nieprzekraczający 55 miesięcy nie jest już »tymczasowe« w rozumieniu art. 1 [dyrektywy 2008/104]?

Na wypadek udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze lub drugie powstają następujące dodatkowe pytania:

- 3.1) Czy pracownikowi tymczasowemu przysługuje roszczenie o nawiązanie stosunku pracy z przedsiębiorstwem użytkownikiem, nawet jeśli prawo krajowe nie przewiduje takiej sankcji przed dniem 1 kwietnia 2017 r.?
- 3.2.) Czy przepis krajowy, taki jak § 19 ust. 2 AÜG, jest niezgodny z art. 1 [dyrektywy 2008/104], jeżeli po raz pierwszy od dnia 1 kwietnia 2017 r. ustanawia on maksymalny indywidualny okres skierowania wynoszący 18 miesięcy, lecz wyraźnie wyklucza uwzględnienie wcześniejszych okresów skierowania, gdyby przy uwzględnieniu tych wcześniejszych okresów skierowanie należało uznać za niemające charakteru »tymczasowego«?
- 3.3.) Czy rozszerzenie indywidualnego maksymalnego okresu skierowania może zostać pozostawione uznaniu stron układu zbiorowego pracy? Na wypadek udzielenia odpowiedzi twierdzącej: czy dotyczy to również tych stron układu zbiorowego pracy, które są właściwe nie w zakresie stosunku pracy danego pracownika tymczasowego, lecz w zakresie sektora przedsiębiorstwa użytkownika?”.

27. Uwagi na piśmie skierowali do Trybunału skarżący, pozwana, Republika Federalna Niemiec, Republika Francuska oraz Komisja Europejska. Rozprawa się nie odbyła.

III. Uwagi wstępne

28. Po pierwsze, należy zauważyć, że pytania prejudycjalne odnoszą się do wykładni słowa „tymczasowy” zawartego w art. 1 dyrektywy 2008/104, podczas gdy faktycznie art. 1 tej dyrektywy odnosi się do skierowania „do przedsiębiorstw użytkowników w celu wykonywania *tymczasowo* pracy” (wyróżnienie moje)¹². Z powodów przedstawionych poniżej zaproponowałem przeformułowanie pytań prejudycjalnych. Przymiotnik „tymczasowy” zostanie również w nich zastąpiony przysłówkiem „tymczasowo”.

29. Po drugie, należy również zauważyć, że postanowienie odsyłające zostało przesłane przez sąd odsyłający w dniu 13 maja 2020 r. – przed wydaniem przez Trybunał wyroku z dnia 14 października 2020 r. w sprawie KG (Kolejne okresy skierowania w kontekście pracy tymczasowej) (zwanego dalej „wyrokiem KG”¹³). Dotyczył on dokładnie tych kwestii, które są przedmiotem rozważań sądu odsyłającego w niniejszej sprawie, mianowicie: (i) skutków

¹² Zobacz przegląd wersji językowych w przypisie 21 poniżej.

¹³ C-681/18, EU:C:2020:823.

prawnych wynikających z wielokrotnych i kolejnych okresów skierowania pracownika tymczasowego do jednego przedsiębiorstwa użytkownika w odniesieniu do stanowiska, które nie wiązało się z zapewnieniem zastępstwa, oraz (ii) tego, czy skarżący pracownik tymczasowy miał prawo, zgodnie z dyrektywą 2008/104, żądać stwierdzenia zawarcia z przedsiębiorstwem użytkownikiem umowy o pracę na czas nieokreślony w przypadku nadużywania pracy tymczasowej?

30. Spór w wyroku KG był jednak rozumiany jako odnoszący się do art. 5 ust. 5 dyrektywy 2008/104, a nie jej art. 1; argumenty dotyczące art. 5 ust. 5 dyrektywy 2008/104 przedstawiono w uwagach na piśmie, mimo że pytania prejudycjalne nie mają na celu uzyskania wykładni tego przepisu. Biorąc pod uwagę podobieństwa między sporem w postępowaniu głównym a tym rozpatrywanym przez Trybunał w wyroku KG, kwestie pojawiające się w niniejszej sprawie zostały w pewnym stopniu rozstrzygnięte w owym orzeczeniu lub orzeczenie to stworzyło przynajmniej podstawy dla rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu głównym. Niniejsza opinia opiera się zatem w znacznym stopniu na ustaleniach Trybunału w wyroku KG.

31. Po trzecie, i wobec powyższego, przy udzielaniu odpowiedzi na dwa pierwsze pytania prejudycjalne art. 5 ust. 5 dyrektywy 2008/104 należy interpretować w związku z art. 1. Jak podkreślił w swych uwagach na piśmie rząd francuski, z akt sprawy wynika, że poprzez zwrócenie się o wykładnię słowa „tymczasowo” zawartego w art. 1 dyrektywy 2008/104 sąd odsyłający nie zmierza do ustalenia, czy skarżący jest objęty zakresem zastosowania tej dyrektywy. Sąd odsyłający zasadniczo dąży raczej do ustalenia, czy stosowanie kolejnych umów o pracę tymczasową w ramach tego samego przedsiębiorstwa użytkownika stanowi nadużycie sytuacji pracy tymczasowej, ponieważ skarżący podniósł, że 18 przedłużeń jego umowy w okresie 56 miesięcy stanowi nadużycie.

32. Jak wskazał ponadto rząd francuski w swoich uwagach na piśmie, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem „w celu przedstawienia użytecznej odpowiedzi sądowi odsyłającemu, który zadał pytanie prejudycjalne, Trybunał może uwzględnić przepisy prawa Unii, do których nie odniósł się sędzia krajowy w swoich pytaniach prejudycjalnych”¹⁴. W związku z tym może okazać się konieczne przeformułowanie pytań przez Trybunał¹⁵.

33. Wobec tego proponuję, aby pytania pierwsze i drugie zostały przeformułowane w następujące pojedyncze pytanie:

„1) Czy art. 5 ust. 5 zdanie pierwsze dyrektywy 2008/104 w związku z pojęciem »tymczasowo« zawartym w art. 1 dyrektywy 2008/104 należy interpretować w ten sposób, że stoi na przeszkodzie skierowaniu pracownika tymczasowego do tego samego przedsiębiorstwa użytkownika, w okresie przekraczającym 55 miesięcy, do pracy na stanowisku, które ma charakter stały i nie jest zajmowane w celu zapewnienia zastępstwa – jako kolejnemu skierowaniu mającemu na celu obejście przepisów dyrektywy 2008/104?».

34. Pytania 3.1 i 3.2 dotyczą zmian w prawie niemieckim, które weszły w życie z dniem 1 kwietnia 2017 r. Jedna z nich dotyczy wprowadzenia maksymalnego okresu skierowania, po upływie którego uznaje się, że doszło do nadużywania pracy tymczasowej

¹⁴ Wyrok z dnia 28 lutego 2013 r., Petersen (C-544/11, EU:C:2013:124, pkt 24 i przytoczone tam orzecznictwo). Zobacz także na przykład postanowienie z dnia 4 lutego 2016 r., Baudinet i in. (C-194/15, niepublikowane, EU:C:2016:81, pkt 22 i przytoczone tam orzecznictwo). Jak wspomniano w pkt 45 mojej opinii w sprawie Manpower Lit (C-948/19, EU:C:2021:624) dotyczącej dyrektywy 2008/104, w ramach ustanowionej w art. 267 TFUE procedury do Trybunału należy udzielenie sądowi krajowemu użytecznej odpowiedzi, która umożliwi mu rozstrzygnięcie zawisłego przed nim sporu.

¹⁵ Tamże, pkt 45 i przytoczone tam orzecznictwo. Zobacz podobnie wyrok KG, pkt 49 i przytoczone tam orzecznictwo.

(zob. pkt 13 powyżej), druga zaś dotyczy środków zaradczych w następstwie takiego naruszenia (pkt 14 i 15 powyżej). Z tego względu bardziej logiczne może być odwrócenie kolejności pytań i uproszczenie ich brzmienia w następujący sposób:

- „2) Czy zgodne z art. 5 ust. 5 dyrektywy 2008/104 jest prawo państwa członkowskiego, które przewiduje maksymalny okres skierowania do pracy w jednym przedsiębiorstwie użytkownika wynoszący 18 miesięcy począwszy od dnia 1 kwietnia 2017 r., lecz wyraźnie wyklucza uwzględnienie okresów skierowania przed tą datą w celu ustalenia, czy miało miejsce nadużywanie pracy tymczasowej, jeżeli skierowanie nie mogłoby już zostać zakwalifikowane jako tymczasowe, gdyby uwzględnione zostały okresy skierowania przed dniem 1 kwietnia 2017 r.?
- 3) Na wypadek udzielenia odpowiedzi przeczącej na pytanie drugie, czy w przypadku stwierdzenia nadużywania pracy tymczasowej na podstawie art. 5 ust. 5 dyrektywy 2008/104 pracownikowi tymczasowemu przysługuje, zgodnie z dyrektywą 2008/104, prawo do nawiązania stałego stosunku pracy z przedsiębiorstwem użytkownikiem?”¹⁶.

35. Pytanie 3.3 mogłoby pozostać w niezmienionym brzmieniu, przekształcone w pytanie 4.

IV. Odpowiedzi na przeformułowane pytania

A. *Odpowiedź na pytanie pierwsze*

36. Na pytanie pierwsze należy odpowiedzieć w sposób następujący:

„W celu ustalenia, czy art. 5 ust. 5 zdanie pierwsze dyrektywy 2008/104 w związku z pojęciem „tymczasowo” zawartym w art. 1 dyrektywy 2008/104 stoi na przeszkodzie skierowaniu pracownika tymczasowego do tego samego przedsiębiorstwa użytkownika w okresie przekraczającym 55 miesięcy, do pracy na stanowisku, które ma charakter stały i nie jest zajmowane w celu zapewnienia zastępstwa, sąd państwa członkowskiego jest zobowiązany, zgodnie z prawem Unii, do przeprowadzenia następującej analizy:

- (i) Czy kolejny okres skierowania pracownika tymczasowego do tego samego przedsiębiorstwa użytkownika skutkuje okresem pracy, który nie jest dłuższy niż ten, który można rozsądnie uznać za okres skierowania do przedsiębiorstwa użytkownika „w celu wykonywania tymczasowo pracy” zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 2008/104?
- (ii) Czy decyzja przedsiębiorstwa użytkownika o zastosowaniu szeregu kolejnych umów o pracę tymczasową została obiektywnie uzasadniona?
- (iii) Czy doszło do obejścia któregokolwiek z przepisów dyrektywy 2008/104?
- (iv) Po rozważeniu wszystkich tych czynników i uwzględnieniu wszystkich okoliczności, czy (stałemu) stosunkowi pracy sztucznie przypisano formę kolejnych umów o pracę tymczasową – w sposób niezgodny z art. 5 ust. 5 dyrektywy 2008/104?”.

¹⁶ W pytaniu prejudycjalnym zastosowano termin „abuse” (nadużycie). W niniejszej opinii zastąpiono go terminem „misuse” (nadużywanie) pracy tymczasowej, przy uwzględnieniu brzmienia art. 5 ust. 5 dyrektywy 2008/104.

1. Znaczenie pojęcia „tymczasowo”

37. Jak wskazał rzecznik generalny A. Szpunar w swojej opinii w sprawie AKT, dyrektywa 2008/104 „nie definiuje pracy tymczasowej ani nie dąży do enumeratywnego wyliczenia sytuacji uzasadniających korzystanie z tej formy zatrudnienia, jej motyw 12 przypomina jednak, że dąży ona do poszanowania różnorodności rynków pracy”¹⁷. Państwa członkowskie zachowały znaczne uprawnienia dyskrecjonalne w określaniu sytuacji uzasadniających korzystanie z pracy tymczasowej¹⁸, a dyrektywa 2008/104 przewiduje „jedynie wprowadzenie wymogów minimalnych”¹⁹.

38. O ile pojęcie „tymczasowo” w art. 1 dyrektywy 2008/104 należy interpretować szeroko, aby nie zagrozić realizacji celów tej dyrektywy ani nie naruszyć jej skuteczności poprzez nadmierne i nieuzasadnione zacieśnienie jej zakresu stosowania²⁰, o tyle w ramach wykładni literalnej art. 1 ust. 1 dyrektywy 2008/104 odnosi się do okresu skierowania pracownika tymczasowego, a nie do zajmowanego przez niego stanowiska.

39. Artykuł 1 ust. 1 dotyczy pracowników tymczasowych, którzy zostali skierowani do przedsiębiorstwa użytkownika „w celu wykonywania tymczasowo pracy”²¹. Innymi słowy, jak twierdzi Komisja w swych uwagach na piśmie, sformułowanie to sugeruje, że charakter tymczasowy ma stosunek pracy między pracownikiem tymczasowym a przedsiębiorstwem użytkownikiem, a nie stanowisko, na które pracownik tymczasowy został skierowany, przy czym w dyrektywie nie ma mowy o charakterze pracy, a zatem nic nie wskazuje na to, że stanowisko, na które pracownik tymczasowy został skierowany, nie może mieć stałego charakteru. Takie same wnioski można wyciągnąć z wykładni literalnej art. 3 ust. 1 lit. a), b), c) i e) dyrektywy 2008/104, dotyczących odpowiednio definicji pracownika, agencji pracy tymczasowej, pracownika tymczasowego i okresu skierowania²². W istocie Trybunał w wyroku KG odniósł się do tych przepisów, stwierdzając, że „stosunek pracy” z przedsiębiorstwem użytkownikiem „ma ze swej natury charakter tymczasowy”²³.

40. Jak wskazały Niemcy w swoich uwagach na piśmie, z brzmienia dyrektywy wynika, że państwu członkowskiemu należy przyznać szeroki zakres swobody przy transpozycji słowa „tymczasowo”, z zastrzeżeniem wymogu, aby tymczasowe skierowanie nie przekształciło się w skierowanie o nadmiernym okresie, równoważne skierowaniu o charakterze stałym.

¹⁷ C-533/13, EU:C:2014:2392, pkt 113.

¹⁸ Zobacz tamże., pkt 114.

¹⁹ Wyrok KG, pkt 41.

²⁰ Trybunał doszedł do takiego wniosku w odniesieniu do znaczenia pojęcia „pracownika” na podstawie dyrektywy 2008/104. Zobacz wyrok z dnia 17 listopada 2016 r., Betriebsrat der Ruhrländklinik (C-216/15, EU:C:2016:883, pkt 36). W mojej opinii w sprawie Manpower Lit (C-948/19, EU:C:2021:624, pkt 71) opowiadam się za szeroką wykładnią art. 1 ust. 2 dyrektywy 2008/104 dotyczącego prowadzenia „działalności gospodarczej”, z tego samego powodu.

²¹ Wyrażenie „to work temporarily” („w celu wykonywania tymczasowo pracy”) znajduje odzwierciedlenie w innych wersjach językowych art. 1 ust. 1 dyrektywy 2008/104. Zobacz na przykład w wersji francuskiej „afin de travailler de manière temporaire”; w wersji bułgarskiej „на временна работа”; w wersji niemieckiej „um vorübergehend [...] zu arbeiten”; w wersji hiszpańskiej „a fin de trabajar de manera temporal”; w wersji włoskiej „per lavorare temporaneamente”; w wersji portugalskiej „temporariamente [...] a fim de trabalhar”; w wersji słowackiej „na dočasný výkon práce”; w wersji czeskiej „po přechodnou dobu pracovali”; w wersji polskiej „w celu wykonywania tymczasowo pracy”; w wersji niderlandzkiej „tijdelijk te werken”, w wersji szwedzkiej „för att temporärt arbeta”. Zobacz także analiza rzecznik generalnej E. Sharpston w opinii w sprawie KG (C-681/18, EU:C:2020:300, pkt 51). Wbrew argumentom zawartym w uwagach na piśmie skarżących, wszelkie niuanse w wersjach językowych nie są wystarczające, aby wywołać wątpliwości co do różnicy w znaczeniu.

²² Istotne jest, że termin „okres skierowania”, o którym mowa w art. 3 ust. 1 lit. e) dyrektywy 2008/104, „oznacza okres, na który pracownik tymczasowy zostaje skierowany do przedsiębiorstwa użytkownika w celu wykonywania tymczasowo pracy pod nadzorem i kierownictwem tego przedsiębiorstwa”.

²³ Wyrok KG, pkt 61.

41. Nie można zgodzić się z argumentami zawartymi w uwagach na piśmie przedstawionych przez skarżącego, zgodnie z którymi kontekst słowa „tymczasowo” w art. 1 ust. 1 oraz cel dyrektywy 2008/104 sugerują, że słowo to odnosi się do zajmowanego stanowiska, jak również do skierowania pracownika tymczasowego. W motywie 12 dyrektywy 2008/104 mowa jest o poszanowaniu „różnorodności rynków pracy i stosunków przemysłowych”²⁴, który to cel byłby zagrożony, gdyby pojęcie „tymczasowo” zostało powiązane ze stanowiskiem, na które skierowano pracownika tymczasowego, co miałyby wpływ na swobodę państw członkowskich w zakresie zezwalania na skierowanie pracowników tymczasowych do pracy na stanowiskach o charakterze stałym, które nie mają na celu zapewnienia zastępstwa. Ponadto, jak wskazano w wyroku KG, w motywie 15 dyrektywy mowa jest o „umowach o pracę na czas nieokreślony”, przy czym przepis ten wraz z art. 6 ust. 1 i 2 dyrektywy 2008/104 ustanawia „stałe stosunki pracy” jako ogólną formę stosunku pracy²⁵. Przeciwnieństwem tego są stosunek pracy lub skierowanie, które są ograniczone w czasie.

42. Główne cele dyrektywy 2008/104 są określone w jej art. 2 i dotyczą tworzenia elastycznych form zatrudnienia, tworzenia miejsc pracy oraz ochrony pracowników tymczasowych²⁶. Brak jest wyraźnego związku między którymkolwiek z tych celów a aktem powiązania pojęcia „tymczasowo” ze stanowiskiem, na które skierowany jest pracownik tymczasowy. To samo dotyczy celu wskazanego w dyrektywie 2008/104, zgodnie z którym stosowanie pracy tymczasowej nie powinno stać się sytuacją stałą²⁷. Jak wskazała w swoich uwagach na piśmie pozwana, cele tworzenia miejsc pracy i integracji pracowników na rynku pracy (zob. motyw 11) nie mogą prowadzić do wniosku, że stoją one na przeszkodzie powierzaniu *stałych miejsc pracy* per se pracownikom tymczasowym.

43. Wreszcie jestem skłonny przychylić się do argumentów Komisji i Niemiec, zgodnie z którymi u źródeł art. 1 ust. 1 dyrektywy 2008/104 nie leży powiązanie pojęcia „tymczasowo” z charakterem stanowiska, na które skierowany jest pracownik tymczasowy²⁸, niezależnie od przeciwnych argumentów skarżącego²⁹.

44. Tym samym pojęcie „tymczasowo” odnosi się wyłącznie do skierowania pracownika tymczasowego i oznacza „istniejący tylko przez pewien okres”, „chwilowy”³⁰ oraz dotyczy wyłącznie okresu skierowania danego pracownika tymczasowego.

²⁴ Zobacz w tym względzie w szczególności opinia rzecznika generalnego M. Szpunara w sprawie AKT (C-533/13, EU:C:2014:2392, pkt 113–115).

²⁵ Wyrok KG, pkt 62.

²⁶ Zobacz także motyw 18 dotyczący zwiększania minimalnej ochrony pracowników tymczasowych.

²⁷ Wyrok KG, pkt 60.

²⁸ Niemcy i Komisja odnoszą się do: pierwotnego wniosku dotyczącego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie warunków pracy pracowników tymczasowych (COM(2002) 149 wersja ostateczna); stanowiska Parlamentu Europejskiego przyjętego w pierwszym czytaniu w dniu 21 listopada 2002 r. w celu przyjęcia dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2002/.../WE w sprawie pracy tymczasowej (Dz.U. 2004, C 25 E, s. 368); zmienionego wniosku dotyczącego dyrektywy (COM(2002) 701); oraz wspólnego stanowiska (WE) nr 24/2008 z dnia 15 września 2008 r. przyjętego przez Radę, działającą zgodnie z procedurą ustanowioną w art. 251 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, w celu przyjęcia dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie pracy tymczasowej (Dz.U. 2008, C 254 E, s. 36).

²⁹ Wybrane przez skarżącego źródła nie wskazują na intencję prawodawcy zmierzającą do *całkowitego* wyłączenia stałych stanowisk z zakresu stosowania dyrektywy 2008/104. Zobacz stanowisko Parlamentu Europejskiego przyjęte w pierwszym czytaniu w dniu 21 listopada 2002 r. w celu przyjęcia dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2002/.../WE w sprawie pracy tymczasowej (Dz.U. 2004, C 25 E, s. 368, s. 373); wspólne stanowisko (WE) nr 24/2008 z dnia 15 września 2008 r. przyjęte przez Radę, działającą zgodnie z procedurą ustanowioną w art. 251 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, w celu przyjęcia dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie pracy tymczasowej (Dz.U. 2008, C 254 E, s. 36, s. 41); komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego na mocy art. 251 ust. 2 akapit drugi Traktatu WE dotyczący wspólnego stanowiska Rady w celu przyjęcia dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie pracy tymczasowej – Porozumienie polityczne w sprawie wspólnego stanowiska (głosowanie większością kwalifikowaną) (COM(2008) 569 wersja ostateczna), s. 6.

³⁰ Jak wskazano w pkt 51 opinii rzecznik generalnej E. Sharpston w sprawie KG (C-681/18, EU:C:2020:300).

2. Nadużywanie pracy tymczasowej

45. Niemniej jednak, wbrew sugestiom poczynionym przez skarżącego w uwagach na piśmie, tego rodzaju propozycja nie prowadzi do zezwolenia na bezterminowe kierowanie pracowników tymczasowych do zajmowania stałych stanowisk lub stanowisk niewykonywanych w celu zapewnienia zastępstwa. O ile w wyroku KG ustalono, że art. 5 ust. 5 dyrektywy 2008/104 „nie zobowiązuje zatem państw członkowskich do ograniczenia liczby kolejnych okresów skierowania tego samego pracownika do tego samego przedsiębiorstwa użytkownika ani do uzależnienia korzystania z tej formy pracy na czas określony od *wskazania* powodów o charakterze technicznym lub związanych z wymogami produkcji lub organizacji lub z zastępstwem”³¹, o tyle stwierdzono w nim również, że art. 5 ust. 5 dyrektywy 2008/104 ma na celu zobowiązanie państw członkowskich do podjęcia niezbędnych środków w celu uniknięcia (i) nadużywania odstępstw od zasady równego traktowania dopuszczonych przez ten przepis i (ii) stosowania kolejnych okresów skierowania w celu obejścia przepisów dyrektywy 2008/104 jako całości³²; ten ostatni obowiązek określono w szeroki sposób³³.

46. Wobec tego w wyroku KG stwierdzono, że sąd odsyłający musi przeprowadzić kontrolę kwalifikacji prawnej stosunku pracy zarówno w świetle samej dyrektywy 2008/104, jak i prawa krajowego transponującego tę dyrektywę, w celu ustalenia, czy chodzi o stosunek pracy na czas nieokreślony, któremu *sztucznie przypisano* formę kolejnych umów o pracę tymczasową, *aby obejść* cele dyrektywy 2008/104, a w szczególności tymczasowy charakter pracy tymczasowej³⁴.

47. Trybunał dodał, że aby przeprowadzić taką ocenę, sąd odsyłający może wziąć pod uwagę następujące względy: a) jeżeli kolejne okresy skierowania tego samego pracownika tymczasowego do tego samego przedsiębiorstwa użytkownika powodują, że okres pracy w tym przedsiębiorstwie jest dłuższy niż okres, który można *racjonalnie określić* jako „tymczasowy”, może to wskazywać na nadużywanie kolejnych okresów skierowania w rozumieniu art. 5 ust. 5 zdanie pierwsze dyrektywy 2008/104. Stwierdzenie to zostało dokonane między innymi ze względu na okoliczność, że kolejne okresy skierowania tego samego pracownika tymczasowego do tego samego przedsiębiorstwa użytkownika zaburzają osiągniętą w tej dyrektywie równowagę między elastycznością zapewnianą pracodawcom a bezpieczeństwem zapewnianym pracownikom, poprzez podważenie tego bezpieczeństwa; b) jeżeli w konkretnym przypadku *brak jest obiektywnego wyjaśnienia* okoliczności, że dane przedsiębiorstwo użytkownik korzysta z szeregu kolejnych umów o pracę tymczasową, do sądu krajowego należy zbadanie, w kontekście krajowych ram prawnych i z uwzględnieniem okoliczności każdego przypadku, czy nie dochodzi do *obejścia* jednego z przepisów dyrektywy 2008/104, tym bardziej w wypadku, gdy ten sam pracownik tymczasowy jest oddawany do dyspozycji przedsiębiorstwa użytkownika na mocy szeregu rozpatrywanych umów³⁵.

³¹ Wyrok KG, pkt 42. Wyróżnienie moje.

³² Tamże, pkt 55.

³³ Tamże, pkt 57.

³⁴ Tamże, pkt 67.

³⁵ Tamże, pkt 68–71.

48. Wobec tego, jak wskazano w uwagach na piśmie rządu francuskiego, okres skierowania do pracy tymczasowej jest tylko jednym z elementów, które należy wziąć pod uwagę przy ustalaniu, czy doszło do nadużywania pracy tymczasowej. Jak wynika z przytoczonych powyżej elementów wyroku KG, sąd państwa członkowskiego jest zobowiązany na podstawie art. 5 ust. 5 dyrektywy 2008/104 w związku z art. 1 ust. 1 tej dyrektywy do dokonania następującej oceny:

- (i) Czy kolejny okres skierowania do tego samego przedsiębiorstwa użytkownika skutkuje okresem pracy, który nie jest dłuższy niż ten, który można rozsądnie uznać za okres skierowania do przedsiębiorstwa użytkownika „w celu wykonywania tymczasowo pracy” zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 2008/104?
- (ii) Czy decyzja przedsiębiorstwa użytkownika o zastosowaniu szeregu kolejnych umów o pracę tymczasową została obiektywnie uzasadniona?
- (iii) Czy doszło do obejścia któregokolwiek z przepisów dyrektywy 2008/104?
- (iv) Po rozważeniu wszystkich tych czynników i uwzględnieniu wszystkich okoliczności, czy stałemu stosunkowi pracy sztucznie przypisano formę kolejnych umów o pracę tymczasową – w sposób niezgodny z art. 5 ust. 5 dyrektywy 2008/104?

49. To, jaki charakter ma praca, do której skierowano pracownika tymczasowego, w tym czy jest to praca stała, a nie mająca na celu zapewnienie zastępstwa, jest istotne w ppkt (ii). Wyrok KG nie stoi na przeszkodzie uwzględnieniu w tym kontekście powodów „o charakterze technicznym lub związanych z wymogami produkcji lub organizacji lub z zastępstwem”, ponieważ w wyroku KG stwierdzono jedynie, że nie muszą być one „wskazane”, przy czym nie wspomniano o ich wyłączeniu z obiektywnego wyjaśnienia³⁶.

50. Na przykład przedsiębiorstwo stale prowadzące prace badawczo-rozwojowe może potrzebować powiększyć zespół pracowników zatrudnionych w danej dziedzinie, w której normalnie zatrudnia wyłącznie pracowników stałych. Zapotrzebowanie na pracowników tymczasowych może wynikać ze wstępnych wyników programu badawczo-rozwojowego. Rozszerzenie to może nastąpić początkowo poprzez skorzystanie z pracowników tymczasowych, ponieważ nie pozyskano jeszcze inwestorów, aby opracować wyniki tych badań, lub ponieważ sam proces badawczy nie został jeszcze zakończony. Jest to ten rodzaj wyjaśnienia, które sędzia krajowy może przyjąć – uwzględniając wszystkie okoliczności – za obiektywne wyjaśnienie kolejnego skorzystania z usług pracowników tymczasowych, nawet jeśli dane stanowiska nie były zajmowane w celu zapewnienia zastępstwa, i były stale zajmowane w inny sposób w ramach tego przedsiębiorstwa użytkownika.

51. Z wyroku KG być może nie wynika jasno, czy nadużywanie pracy tymczasowej jest uzależnione od stwierdzenia obejścia przepisów dyrektywy 2008/104 innych niż sam art. 5 ust. 5³⁷.

52. Skłaniam się jednak ku pogładowi, że tak nie jest, biorąc pod uwagę, iż w wyroku KG Trybunał orzekł, że kolejne okresy skierowania tego samego pracownika tymczasowego do tego samego przedsiębiorstwa użytkownika stanowiły obejście samej istoty przepisów dyrektywy 2008/104³⁸.

³⁶ Tamże, pkt 42.

³⁷ Zobacz w szczególności pkt 71 wyroku KG. W każdym razie skarżący przedstawił w swoich uwagach na piśmie argumenty przemawiające za tym, że został poddany nierównemu traktowaniu, w sposób niezgodny z art. 4 dyrektywy 2008/104, zarówno w odniesieniu do wynagrodzenia, jak i ryzyka bezrobocia.

³⁸ Wyrok KG, pkt 70.

Trybunał orzekł ponadto w wyroku KG, że jednym z *obowiązków* nałożonych na państwa członkowskie przez art. 5 ust. 5 jest wymóg podjęcia niezbędnych środków w celu uniknięcia stosowania kolejnych okresów skierowania w celu obejścia przepisów dyrektywy 2008/104 jako całości³⁹, oraz że dyrektywa 2008/104 „ma również na celu zagwarantowanie, by państwa członkowskie zapewniły, aby praca tymczasowa w tym samym przedsiębiorstwie użytkownika nie stała się dla pracownika tymczasowego sytuacją stałą [...]”⁴⁰.

53. W konsekwencji wyrok KG potwierdza wykładnię, zgodnie z którą każde naruszenie dodatkowych obowiązków nałożonych przez dyrektywę 2008/104, poza tymi wynikającymi z jej art. 5 ust. 5, takich jak na przykład gwarancja równości wynagrodzenia pracowników tymczasowych i pracowników zatrudnionych bezpośrednio przez przedsiębiorstwo użytkownika na tym samym stanowisku (zob. art. 5 ust. 1 dyrektywy 2008/104 w związku z art. 3 ust. 1 lit. f) tej dyrektywy)⁴¹ ma znaczenie dla ostatecznego rozstrzygnięcia przez sąd odsyłający, na etapie (iv) (zob. pkt 48 powyżej), czy, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, stałemu stosunkowi pracy sztucznie przypisano formę kolejnych umów o pracę tymczasową – w sposób niezgodny z art. 5 ust. 5 dyrektywy 2008/104. Należy przypomnieć, że sytuacja będąca przedmiotem postępowania głównego obejmowała 18 przedłużeń w okresie 56 miesięcy.

54. Podejście to odzwierciedla dalsze ustalenie z wyroku KG, zgodnie z którym gwarancję „podstawowych warunków pracy i zatrudnienia” pracowników tymczasowych na podstawie art. 5 ust. 1 dyrektywy 2008/104 w związku z art. 3 ust. 1 lit. f) dyrektywy 2008/104 należy interpretować szeroko w celu zapewnienia zgodności z kartą⁴².

55. Z tych względów na pytanie pierwsze należy udzielić odpowiedzi w sposób opisany w pkt 36 powyżej.

B. Odpowiedź na pytanie drugie

56. Na pytanie drugie należy udzielić odpowiedzi w ten sposób, że prawo państwa członkowskiego, które wyraźnie wyłącza możliwość uwzględnienia okresów skierowania poprzedzających określoną datę, lecz mających miejsce po dacie wdrożenia dyrektywy 2008/104, przy czym wyłączenie to ma znaczenie dla ustalenia, czy doszło do nadużywania pracy tymczasowej, jest niezgodne z art. 5 ust. 5 dyrektywy 2008/104, jeżeli skraca okres skierowania, na który pracownik tymczasowy mógłby się w przeciwnym razie powołać. Jednakże w ramach powództwa horyzontalnego między dwoma podmiotami prywatnymi należy odstąpić od stosowania niezgodnych przepisów prawa państwa członkowskiego przewidujących takie wyłączenie wyłącznie wówczas, gdy nie prowadzi to do wykładni *contra legem* prawa danego państwa członkowskiego, czego rozstrzygnięcie należy do sądu odsyłającego.

57. Powody ku temu są następujące.

³⁹ Wyrok KG, pkt 55. Zobacz także pkt 57.

⁴⁰ Wyrok KG, pkt 60.

⁴¹ Jak już wspomniano, naruszenie zasady równości wynagrodzeń jest co najmniej sugerowane przez skarżącego w jego uwagach na piśmie.

⁴² Wyrok KG, pkt 54. Należy dodać, że ten obowiązek interpretacyjny występuje w odniesieniu do art. 5 ust. 1 i art. 3 ust. 1 lit. f) dyrektywy 2008/104, niezależnie od faktu, że gdy państwa członkowskie wykraczają poza wymogi minimalne określone w dyrektywie 2008/104, nie „stosują” one prawa Unii w rozumieniu art. 51 ust. 1 karty. Zobacz moja opinia w sprawie Manpower Lit (C-948/19, EU:C:2021:624, pkt 61).

58. Wdrożenie przez Niemcy art. 5 ust. 5 dyrektywy 2008/104 ograniczało się początkowo, zgodnie z § 1 ust. 1 zdanie drugie AÜG, do stwierdzenia, że „skierowanie pracowników do przedsiębiorstw użytkowników następuje tymczasowo”⁴³, a specjalny system środków zaradczych ograniczał się do wspomnianych wyżej sankcji (zob. pkt 12). Chociaż może to być minimalistyczne wdrożenie, nie jest ono jednak równoznaczne z „niepodejmowaniem przez państwo członkowskie żadnego środka w celu zachowania tymczasowego charakteru pracy tymczasowej”, w sposób niezgodny z art. 5 ust. 5 dyrektywy 2008/104⁴⁴.

59. Gdyby nie reforma prawa, która weszła w życie w Niemczech od dnia 1 kwietnia 2017 r. (zob. pkt 13–16 powyżej), i na podstawie kryterium przedstawionego powyżej w odniesieniu do pytania pierwszego (zob. pkt 36), skarżący mógłby twierdzić, że zgodnie z prawem Unii skierowanie do pozwanej na okres czterech lat i dziewięciu miesięcy, trwające od dnia 1 września 2014 r. do dnia 31 maja 2019 r., stanowiło we wszystkich okolicznościach nadużywanie pracy tymczasowej w sposób niezgodny z art. 5 ust. 5 dyrektywy 2008/104, zważywszy na obowiązek wdrożenia dyrektywy przez Niemcy do dnia 5 grudnia 2011 r. Z tego względu § 1 ust. 1 zdanie drugie AÜG należy interpretować zgodnie z powyższym⁴⁵.

60. Wydaje się jednak, że reformy prawa niemieckiego wchodzące w życie w dniu 1 kwietnia 2017 r. w efekcie zabrały skarżącemu sprzed nosa tę ścieżkę prawną. Interpretacja reform popierana przez pozwaną zaciera okres od 1 września 2014 r. do 1 kwietnia 2017 r. do celów oceny, czy doszło do nadużywania pracy tymczasowej, a jednocześnie oznacza, że skarżącego nadal dotyczy nowy 18-miesięczny maksymalny limit skierowania pracowników tymczasowych do tego samego przedsiębiorstwa użytkownika, zgodnie z tym ustawodawstwem.

61. W uwagach na piśmie Niemiec podniesiono argument, że zmiana prawa z dnia 1 kwietnia 2017 r. stanowiła jedynie przypadek przejścia Niemiec z elastycznego modelu wdrażania art. 5 ust. 5 dyrektywy 2008/104 na model sztywny, poprzez wprowadzenie 18-miesięcznego górnego limitu skierowań pracowników tymczasowych do tego samego przedsiębiorstwa użytkownika.

62. Jednakże, i w świetle analizy odnoszącej się do pytania pierwszego, Niemcy wykroczyły poza przyznany im na podstawie art. 5 ust. 5 dyrektywy 2008/104 zakres uznania dla ustalania maksymalnych okresów skierowania pracowników tymczasowych do tego samego przedsiębiorstwa użytkownika, mimo że dyrektywa 2008/104 nie nakłada na nie obowiązku ustalania takich limitów⁴⁶, biorąc pod uwagę, że – jak podniesiono w uwagach na piśmie Komisji – reformy z dnia 1 kwietnia 2017 r. w sposób aktywny naruszają skuteczność (*effet utile*) dyrektywy 2008/104 w porównaniu z systemem prawnym uprzednio obowiązującym w porządku prawnym tego państwa członkowskiego, i działają na niekorzyść skarżącego, który przez cały rozpatrywany okres posiadał niekwestionowany status pracownika tymczasowego na podstawie art. 3 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2008/104 i był podmiotem „skierowania” w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. e) dyrektywy 2008/104 do tego samego przedsiębiorstwa użytkownika przez okres czterech lat i dziewięciu miesięcy po upływie terminu wdrożenia dyrektywy 2008/104, czyli po

⁴³ W wersji obowiązującej od dnia 1 grudnia 2011 r. do dnia 31 marca 2017 r. Punkt 11 powyżej.

⁴⁴ Wyrok KG, pkt 63.

⁴⁵ Wyrok KG, pkt 64, 65. Zasada wykładni zgodnej prawa krajowego, na podstawie której sąd krajowy jest zobowiązany do dokonywania wykładni prawa krajowego w możliwie największym zakresie zgodnej z wymogami prawa Unii, jest nierozłącznie związana z systemem traktatów, gdyż pozwala temu sądowi na zapewnienie, w ramach jego właściwości, pełnej skuteczności prawa Unii przy rozpoznawaniu zawisłych przed nim sporów. Zobacz wyrok z dnia 17 marca 2021 r., *Academia de Studii Economice din București* (C-585/19, EU:C:2021:210, pkt 69 i przytoczone tam orzecznictwo).

⁴⁶ Wyrok KG, pkt 42. Opinia rzecznik generalnej E. Sharpston w sprawie KG (C-681/18, EU:C:2020:300, pkt 66).

dniu 5 grudnia 2011 r.⁴⁷ Taka sytuacja jest niezgodna z art. 10 i motywem 21 dyrektywy 2008/104, jak również z obowiązkiem „zapewnieni[a] ochrony pracowników tymczasowych” ustanowionym w art. 2 tej dyrektywy, a także z szerszymi zobowiązaniami, które Niemcy powinny wykonywać w dobrej wierze, wynikającymi z art. 4 TUE w ramach wykonywania zadań określonych w traktatach, jak również z art. 288 TFUE w odniesieniu do mocy wiążącej dyrektyw.

63. Z utrwalonego orzecznictwa wynika jednak, że obowiązek wykładni ma pewne granice, gdy wykładnia prawa państwa członkowskiego zgodna z prawem Unii skutkowałaby wykładnią *contra legem* prawa państwa członkowskiego⁴⁸. Do sądu odsyłającego⁴⁹ należy zatem ustalenie, czy przepisu przejściowego § 19 ust. 2 AÜG, zgodnie z którym „[p]rzy obliczaniu maksymalnego okresu skierowania, o którym mowa w § 1 ust. 1b, nie uwzględnia się okresów skierowania przed dniem 1 kwietnia 2017 r.”, nie można interpretować, uwzględniając „całość prawa krajowego”⁵⁰ inaczej niż poprzez odebranie skarżącemu jakiegokolwiek uprawnienia do powoływania się na pełny okres skierowania wynoszący cztery lata i dziewięć miesięcy, który trwał od dnia 1 września 2014 r. do dnia 31 maja 2019 r. i który był przewidziany w prawie niemieckim do dnia 1 kwietnia 2017 r.

64. Innymi słowy, czy rezultat przewidziany w dyrektywie 2008/104 można osiągnąć jedynie w drodze wykładni *contra legem* § 1 ust. 1b i § 19 ust. 2 AÜG? Przykładowo, czy po uwzględnieniu całokształtu prawa niemieckiego przepisy te można interpretować w ten sposób, że nie zastępują one w całości dotychczasowego systemu prawnego i dają pracownikom tymczasowym możliwość powołania się na nadużywanie pracy tymczasowej na podstawie kryteriów ustanowionych w wyroku KG i wyszczególnionych w odpowiedzi na pytanie pierwsze w odniesieniu do całego okresu skierowania? Jeżeli dla osiągnięcia takiego rezultatu konieczna jest wykładnia *contra legem*, to zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału otwarta dla skarżącego ścieżka naprawienia szkody polega na wniesieniu przeciwko Niemcom skargi z tytułu odpowiedzialności państwa w myśl zasad określonych w wyroku *Francovich*⁵¹, za naruszenie wynikających z art. 5 ust. 5 dyrektywy 2008/104 obowiązków „podejm[owania] odpowiedni[ch] środków[ów] w celu zapobiegania niewłaściwemu stosowaniu niniejszego artykułu, a w szczególności stosowaniu kolejnych skierowań w celu obchodzenia przepisów niniejszej dyrektywy”⁵².

65. Wreszcie Trybunał orzekł, że postanowienia karty, które samoistnie, a więc bez konieczności ustanowienia szczegółowych norm w przepisach prawa Unii lub prawa krajowego, przyznają jednostkom prawa⁵³, jak art. 21 i 47⁵⁴ oraz art. 31 ust. 2⁵⁵, mogą być powoływane jako takie i skutkują obowiązkiem niestosowania, w razie potrzeby, *wszelkich* sprzecznych z nimi przepisów prawa krajowego, nawet w sporach horyzontalnych, w których w przeciwnym razie zastosowanie

⁴⁷ Artykuł 11 ust. 1 dyrektywy 2008/104.

⁴⁸ Wyrok KG, pkt 66 i przytoczone tam orzecznictwo. Zobacz ostatnio na przykład opinia M. Szpunara w sprawie Thelen Technopark Berlin (C-261/20, EU:C:2021:620, pkt 30, 31 i przytoczone tam orzecznictwo).

⁴⁹ Kwestię tę podkreślono ostatnio w opinii rzecznika generalnego M. Szpunara w sprawie Thelen Technopark Berlin, tamże, pkt 32.

⁵⁰ Wyrok KG, pkt 65 i przytoczone tam orzecznictwo. Zobacz także w szczególności wyrok z dnia 5 października 2004 r., Pfeiffer i in. (od C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584, pkt 107–119). Zobacz także na przykład wyrok Trybunału z dnia 17 kwietnia 2018 r., Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, pkt 71).

⁵¹ Wyrok z dnia 9 listopada 1995 r., *Francovich* (C-479/93, EU:C:1995:372).

⁵² Zobacz wyrok z dnia 15 stycznia 2014 r., *Association de médiation sociale* (C-176/12, EU:C:2014:2, pkt 50 i przytoczone tam orzecznictwo). Zobacz ostatnio wyrok z dnia 7 sierpnia 2018 r., *Smith* (C-122/17, EU:C:2018:631, pkt 56).

⁵³ Wyrok Trybunału z dnia 17 kwietnia 2018 r., *Egenberger* (C-414/16, EU:C:2018:257, pkt 76, 78).

⁵⁴ Tamże, pkt 78.

⁵⁵ Zobacz wyrok z dnia 6 listopada 2018 r., *Bauer i Willmeroth* (C-569/16 i C-570/16, EU:C:2018:871).

znajdowałby zakaz wykładni *contra legem* prawa państwa członkowskiego. Jednakże, wbrew argumentom zawartym w uwagach na piśmie skarżącego, art. 31 ust. 1 karty nie jest tego rodzaju postanowieniem.

66. Wynika to z faktu, że Trybunał orzekł, iż „[s]ąd krajowy nie jest [...] zobowiązany odstąpić – jedynie na podstawie prawa Unii – od stosowania przepisu prawa krajowego sprzecznego z postanowieniem Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, które [...] nie wywiera bezpośredniego skutku”⁵⁶. Zważywszy na otwarty charakter art. 31 ust. 1 karty, który stanowi, że każdy „pracownik ma prawo do warunków pracy szanujących jego zdrowie, bezpieczeństwo i godność”, artykuł ten nie spełnia podstawowej przesłanki bezpośredniego skutku, jaką jest wystarczająco jasny, bezwarunkowy i precyzyjny charakter⁵⁷. W związku z tym nie można powoływać się na niego w celu zobowiązania sądu krajowego, działającego w granicach swojej kompetencji⁵⁸, do odstąpienia od stosowania § 1 ust. 1b i § 19 ust. 2 AÜG, jeżeli sąd ten uzna, że ich brzmienie jest *contra legem* w stosunku do gwarancji wynikających z art. 5 ust. 5 dyrektywy 2008/104.

67. Z tych względów na pytanie drugie należy odpowiedzieć w sposób wskazany w pkt 56 powyżej.

C. Odpowiedź na pytanie trzecie

68. Na pytanie trzecie należy odpowiedzieć w ten sposób, że pracownik tymczasowy nie ma na podstawie dyrektywy 2008/104 prawa do nawiązania stałego stosunku pracy z przedsiębiorstwem użytkownikiem w przypadku stwierdzenia nadużywania pracy tymczasowej na podstawie art. 5 ust. 5 dyrektywy 2008/104. Jednakże gdyby po uwzględnieniu całości ustawodawstwa danego państwa członkowskiego sąd odsyłający stwierdził, że wykładnia tego prawa zgodnie z art. 5 ust. 5 dyrektywy 2008/104 nie prowadzi do wykładni *contra legem* prawa państwa członkowskiego, powinien on ustalić, czy istnieją odpowiednie procedury administracyjne lub sądowe w celu zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z dyrektywy 2008/104 oraz zagwarantowania, że prawo danego państwa członkowskiego przewiduje skuteczne, proporcjonalne i odstraszające sankcje, zgodnie z wymogiem określonym w art. 10 tej dyrektywy – z zastrzeżeniem ograniczeń wynikających z utrwalonego orzecznictwa.

69. W wyroku KG Trybunał orzekł, że wykładni art. 5 ust. 5 dyrektywy 2008/104 nie można dokonywać w ten sam sposób co wykładni klauzuli 5 porozumienia ramowego w sprawie pracy na czas określony, zawartego w dniu 18 marca 1999 r. i stanowiącego załącznik do dyrektywy 1999/70/WE⁵⁹. W wyroku *Sciotto*⁶⁰ stwierdzono między innymi, że szczególny obowiązek zapobiegania nadużyciom wynikającym ze stosowania kolejnych umów o pracę na czas

⁵⁶ Wyrok z dnia 24 czerwca 2019 r., Popławski (C-573/17, EU:C:2019:530, pkt 63 i przytoczone tam orzecznictwo).

⁵⁷ Zobacz także wyjaśnienia dotyczące art. 31 ust. 1 karty. Wskazano, że postanowienie to opiera się faktycznie na dyrektywie, mianowicie dyrektywie Rady 89/391/EWG z dnia 12 czerwca 1989 r. w sprawie wprowadzenia środków w celu poprawy bezpieczeństwa i zdrowia pracowników w miejscu pracy (Dz.U. 1989, L 183, s. 1) (zob. Egenberger i przesłanka dla braku wymogu dalszych przepisów). Odniesienie w wyjaśnieniach do art. 156 TFUE co do „warunków pracy” nie zawiera żadnych dodatkowych szczegółów. Jak wskazała rzecznik generalna E. Sharpston w swojej opinii w sprawie KG (C-681/18, EU:C:2020:300, pkt 44), w art. 156 TFUE nie zdefiniowano pojęcia „warunków pracy”. W przedmiocie przesłanki skutku bezpośredniego zob. ostatnio na przykład wyrok z dnia 7 sierpnia 2018 r., Smith (C-122/17, EU:C:2018:631).

⁵⁸ Wyrok Trybunału z dnia 17 kwietnia 2018 r., Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, pkt 79).

⁵⁹ Dyrektywa Rady z dnia 28 czerwca 1999 r. dotycząca Porozumienia ramowego w sprawie pracy na czas określony, zawartego przez Europejską Unię Konfederacji Przemysłowych i Pracodawców (UNICE), Europejskie Centrum Przedsiębiorstw Publicznych (CEEP) oraz Europejską Konfederację Związków Zawodowych (ETUC) (Dz.U. 1999, L 175, s. 43).

⁶⁰ Wyrok KG, pkt 45. Wyrok z dnia 25 października 2018 r., Sciotto (C-331/17, EU:C:2018:859).

określony, szczegółowo opisany w klauzuli 5 wspomnianego porozumienia ramowego, oznacza, że w wypadku pracowników sektora działalności fundacji operowo-symfonicznych brak możliwości – nawet w przypadku wystąpienia nadużyć – przekształcenia ich umów o pracę na czas określony w stosunki pracy na czas nieokreślony (przy braku innych form ochrony, takich jak określenie limitu umów na czas określony), oznacza, iż nie istnieje skuteczny środek, w rozumieniu orzecznictwa dotyczącego tego porozumienia ramowego, przewidujący sankcje za nadużywanie umów na czas określony⁶¹.

70. W wyroku KG Trybunał orzekł jednak, że o ile klauzula 5 porozumienia ramowego „przewiduje szczególne obowiązki w celu zapobiegania nadużyciom wynikającym z wykorzystywania kolejnych umów o pracę na czas określony, o tyle nie jest tak w przypadku art. 5 ust. 5 zdanie pierwsze dyrektywy 2008/104”⁶². Wykładnia klauzuli 5 porozumienia ramowego nie ma zatem zastosowania do art. 5 ust. 5 dyrektywy 2008/104⁶³. Rzecznik generalna E. Sharpston w sprawie KG odniosła się w szczególności do ustaleń zawartych w wyroku *Sciotto* dotyczących przekształcenia umów na czas określony w umowy na czas nieokreślony, zanim stwierdziła, że wniosków z wyroku *Sciotto* nie można transponować w odniesieniu do art. 5 ust. 5 dyrektywy 2008/104, ponieważ przepis ten nie wprowadza żadnych szczegółowych i konkretnych obowiązków⁶⁴.

71. Wobec tego na pytanie trzecie należy udzielić odpowiedzi przeczącej.

72. Co się tyczy obowiązków sądu odsyłającego wynikających z art. 10 dyrektywy 2008/104, w art. 10 ust. 1 potwierdzono prawo do skutecznego środka prawnego, przewidziane w art. 47 karty⁶⁵. Wymóg zapewnienia skutecznych, proporcjonalnych i odstrasżających środków prawnych, zagwarantowany w art. 10 ust. 2, nakłada zatem na państwa członkowskie obowiązek wprowadzenia przepisów wystarczająco skutecznych dla osiągnięcia celu dyrektywy 2008/104⁶⁶, które wywołują rzeczywiście odstrasżający skutek⁶⁷. Prawo Unii nie zobowiązuje sądów państw członkowskich do ustanowienia – w celu zapewnienia ochrony praw, które jednostki wywodzą z prawa Unii – środków prawnych innych niż przewidziane w prawie krajowym⁶⁸, chyba że „w określonym krajowym porządku prawnym nie [ma] żadnego środka”⁶⁹. Nie dotyczy to jednak środka prawnego polegającego na stwierdzeniu istnienia umowy o pracę na czas nieokreślony między pracownikiem tymczasowym a przedsiębiorstwem użytkownikiem (z powodów, o których mowa w pkt 69–70 powyżej)⁷⁰ lub wykładni *contra legem* prawa państwa członkowskiego (pkt 63–64 powyżej).

⁶¹ Wyrok *Sciotto*, tamże, pkt 61, 62. Należy zauważyć, że w każdym razie zarys ewentualnego obowiązku państw członkowskich, wynikającego z dyrektywy 1999/70, w zakresie wprowadzenia ułatwień w przekształcaniu umów na czas określony w umowy na czas nieokreślony w przypadku nadużyć, jest obecnie przedmiotem rozwoju orzecznictwa. Zobacz w szczególności moja opinia w sprawie GILDA-UNAMS i in. (C-282/19, EU:C:2021:217) (w toku).

⁶² Wyrok KG, pkt 45.

⁶³ Tamże.

⁶⁴ Opinia rzecznik generalne E. Sharpston w sprawie KG, (C-681/18, EU:C:2020:300, pkt 66).

⁶⁵ Zobacz analogicznie wyrok z dnia 15 kwietnia 2021 r., *Braathens Regional Aviation* (C-30/19, EU:C:2021:269, pkt 33).

⁶⁶ Tamże, pkt 37.

⁶⁷ Tamże, pkt 38.

⁶⁸ Tamże, pkt 55 i przytoczone tam orzecznictwo.

⁶⁹ Wyrok z dnia 3 października 2013 r., *Inuit Tapiriit Kanatami i in./Parlament i Rada* (C-583/11 P, EU:C:2013:625, pkt 104). Zobacz podobnie wyrok z dnia 21 listopada 2019 r., *Deutsche Lufthansa* (C-379/18, EU:C:2019:1000, pkt 61).

⁷⁰ Należy zauważyć, że nawet gdyby zasada równoważności miała znaczenie dla wykładni art. 10 dyrektywy 2008/104, stwierdzenie istnienia stosunku pracy wprowadzone w prawie niemieckim (zob. pkt 15 powyżej) nie wiąże się z analogicznym roszczeniem o charakterze czysto krajowym, lecz z roszczeniem związanym z prawem Unii. Zobacz moja opinia w sprawie GILDA-UNAMS i in. (C-282/19, EU:C:2021:217, przypis 72) (w toku).

D. Odpowiedź na pytanie czwarte

73. Na pytanie czwarte należy odpowiedzieć w ten sposób, że przedłużenie indywidualnego maksymalnego okresu skierowania może zostać pozostawione uznaniu stron układu zbiorowego pracy, w tym stron układu zbiorowego pracy, które są właściwe jedynie w zakresie sektora przedsiębiorstwa użytkownika. Jednakże, odpowiedź udzielona na pytanie drugie znajduje w równej mierze zastosowanie do takich porozumień.

74. Jak wskazano w uwagach na piśmie Niemiec, państwa członkowskie mają swobodę powierzenia realizacji celów polityki społecznej partnerom społecznym⁷¹, a odwołanie się do układów zbiorowych pracy jest wyraźnie przewidziane w dyrektywie 2008/104⁷², przy czym nie ma znaczenia, czy strony układu zbiorowego pracy wykonują kompetencje nie w zakresie stosunku pracy danego pracownika tymczasowego, lecz w zakresie sektora przedsiębiorstwa użytkownika⁷³. Niemniej jednak, w uzupełniającym porozumieniu ogólnozakładowym (zawartym pomiędzy pozwaną a centralną radą zakładową) z dnia 20 września 2017 r. przewidziano między innymi, że w sektorze produkcji okres skierowania pracowników tymczasowych nie może przekroczyć 36 miesięcy. W przypadku pracowników tymczasowych, którzy byli już zatrudnieni w dniu 1 kwietnia 2017 r., do obliczenia maksymalnego okresu skierowania wynoszącego 36 miesięcy należy wliczać jedynie okresy następujące po dniu 1 kwietnia 2017 r. Jak wyjaśniono w pkt 56–67, tego rodzaju wykluczenie jest niezgodne z art. 5 ust. 5 dyrektywy 2008/104, tak że prawo omówione w tych punktach ma zastosowanie również do takich układów zbiorowych pracy.

V. Wnioski

75. Proponuję zatem, aby na pytania skierowane przez Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg (sąd pracy wyższej instancji Berlin-Brandenburgia, Niemcy) Trybunał odpowiedział w sposób następujący:

- 1) W celu ustalenia, czy art. 5 ust. 5 zdanie pierwsze dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/104/WE z dnia 19 listopada 2008 r. w sprawie pracy tymczasowej w związku z pojęciem „tymczasowo” zawartym w art. 1 dyrektywy 2008/104 stoi na przeszkodzie skierowaniu pracownika tymczasowego do tego samego przedsiębiorstwa użytkownika w okresie przekraczającym 55 miesięcy, do pracy na stanowisku, które ma charakter stały i nie jest zajmowane w celu zapewnienia zastępstwa, sąd państwa członkowskiego jest zobowiązany, zgodnie z prawem Unii, do przeprowadzenia następującej analizy:
 - (i) Czy kolejny okres skierowania pracownika tymczasowego do tego samego przedsiębiorstwa użytkownika skutkuje okresem pracy, który nie jest dłuższy niż ten, który można rozsądnie uznać za okres skierowania do przedsiębiorstwa użytkownika „w celu wykonywania tymczasowo pracy” zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 2008/104?
 - (ii) Czy decyzja przedsiębiorstwa użytkownika o zastosowaniu szeregu kolejnych umów o pracę tymczasową została obiektywnie uzasadniona?

⁷¹ Wyrok z dnia 18 grudnia 2008 r., Ruben Andersen (C-306/07, EU:C:2008:743, pkt 25, 26). Zobacz także na przykład wyrok z dnia 11 lutego 2010 r., Ingeniørforeningen i Danmark (C-405/08, EU:C:2010:69, pkt 39).

⁷² Zobacz art. 5 ust. 1, art. 11 ust. 1 oraz motywy 16, 17, 19. Należy odrzucić twierdzenie skarżącego, że art. 9 ust. 1 lub art. 5 ust. 3 dyrektywy 2008/104 można odczytywać jako ograniczające ten ustalony zakres uznania, ponieważ takie ograniczenie zakresu uznania państwa członkowskiego wymagałoby wyraźnego i jednoznacznego sformułowania w tym względzie.

⁷³ Zobacz pytanie 3.3 powtórzone w pkt 26 powyżej.

- (iii) Czy doszło do obejścia któregokolwiek z przepisów dyrektywy 2008/104?
- (iv) Po rozważeniu wszystkich tych czynników i uwzględnieniu wszystkich okoliczności, czy stałemu stosunkowi pracy sztucznie przypisano formę kolejnych umów o pracę tymczasową – w sposób niezgodny z art. 5 ust. 5 dyrektywy 2008/104?
- 2) Prawo państwa członkowskiego, które wyraźnie wyłącza możliwość uwzględnienia okresów skierowania poprzedzających określoną datę, lecz mających miejsce po dacie wdrożenia dyrektywy 2008/104, przy czym wyłączenie to ma znaczenie dla ustalenia, czy doszło do nadużywania pracy tymczasowej, jest niezgodne z art. 5 ust. 5 dyrektywy 2008/104, jeżeli skraca okres skierowania, na który pracownik tymczasowy mógłby się w przeciwnym razie powołać. Jednakże w ramach powództwa horyzontalnego między dwoma podmiotami prywatnymi należy odstąpić od stosowania niezgodnych przepisów prawa państwa członkowskiego przewidujących takie wyłączenie wyłącznie wówczas, gdy nie prowadzi to do wykładni *contra legem* prawa danego państwa członkowskiego, czego rozstrzygnięcie należy do sądu odsyłającego.
- 3) Pracownik tymczasowy nie ma na podstawie dyrektywy 2008/104 prawa do nawiązania stałego stosunku pracy z przedsiębiorstwem użytkownikiem w przypadku stwierdzenia nadużywania pracy tymczasowej na podstawie art. 5 ust. 5 dyrektywy 2008/104. Jednakże gdyby po uwzględnieniu całości ustawodawstwa danego państwa członkowskiego sąd odsyłający stwierdził, że wykładnia tego prawa zgodnie z art. 5 ust. 5 dyrektywy 2008/104 nie prowadzi do wykładni *contra legem* prawa państwa członkowskiego, powinien on ustalić, czy istnieją odpowiednie procedury administracyjne lub sądowe w celu zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z dyrektywy 2008/104 oraz zagwarantowania, że prawo danego państwa członkowskiego przewiduje skuteczne, proporcjonalne i odstraszające sankcje, zgodnie z wymogiem określonym w art. 10 tej dyrektywy – z zastrzeżeniem ograniczeń wynikających z utrwalonego orzecznictwa.
- 4) Przedłużenie indywidualnego maksymalnego okresu skierowania może zostać pozostawione uznaniu stron układu zbiorowego pracy, w tym stron układu zbiorowego pracy, które są właściwe jedynie w zakresie sektora przedsiębiorstwa użytkownika. Jednakże, odpowiedź udzielona na pytanie drugie znajduje w równej mierze zastosowanie do takich porozumień.