



# Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT  
EVGENI TANCHEV  
föredraget den 9 september 2021<sup>1</sup>

**Mål C-232/20**

**NP**

**mot**

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

(begäran om förhandsavgörande från Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg  
(Arbetsöverdomstolen, Berlin-Brandenburg, Tyskland))

”Begäran om förhandsavgörande – Socialpolitik – Innebörd av ’temporärt’ i artikel 1 i direktiv 2008/104/EG – Artikel 5.5 i direktiv 2008/104 – Övergångsbestämmelse som hindrar att en arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag åberopar uppdragsperioder, före ett angivet datum, hos ett kundföretag – Införande i en medlemsstats lagstiftning av en längsta tidsperiod för uppdrag som utförs hos kundföretag av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag – Rätt för en arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag till ett kontrakt om tillsvidareanställning med kundföretaget i händelse av missbruk av anlitanande av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag”

1. Denna begäran om förhandsavgörande från Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg (Arbetsöverdomstolen, Berlin-Brandenburg, Tyskland) (nedan kallad den hänskjutande domstolen) avser tolkning av Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/104/EG av den 19 november 2008 om arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag.<sup>2</sup> Den hänskjutande domstolen begär förtydligande av i huvudsak följande fyra frågor.

2. För det första, avser ordet ”temporärt” i artikel 1 i direktiv 2008/104 endast tidsperioden för ett uppdrag som utförs hos ett kundföretag av en arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag, eller är ordet ”temporärt” även knutet till karaktären hos det arbete som ska utföras, så att vare sig varaktiga tjänster eller tjänster som inte tillsätts för att ersätta frånvarande anställda (tillfällig tjänstgöring) kan tillsättas ”temporärt”?

3. För det andra, är det förenligt med unionsrätten att en medlemsstats lagstiftande församling, i det här fallet Tysklands, inför en längsta tidsperiod, vilket innebär att om den överskrids kan uppdrag som tilldelas en arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag inte längre anses vara

<sup>1</sup> Originalspråk: engelska.

<sup>2</sup> EUT L 327, 2008, s. 9. Se tidigare dom av den 11 april 2013, Della Rocca (C-290/12, EU:C:2013:235); dom av den 17 mars 2015, AKT (C-533/13, EU:C:2015:173); dom av den 17 november 2016, Betriebsrat der Ruhrlandklinik (C-216/15, EU:C:2016:883); dom av den 14 oktober 2020, KG (På varandra följande uppdrag som utförs av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag) (C-681/18, EU:C:2020:823); dom av den 3 juni 2021, TEAM POWER EUROPE (C-784/19, EU:C:2021:427); och mitt förslag till avgörande i målet Manpower Lit (C-948/19, EU:C:2021:624) (i avvaktan på dom). Se även tribunalens dom av den 13 december 2016, IPSO mot ECB (T-713/14, EU:T:2016:727).

temporärt, men som samtidigt hindrar sådana arbetstagare från att återropa uppdragsperioder före ett angivet datum i samband med fastställandet av om den längsta tillåtna tidsperioden har överskridits, i synnerhet när underlåtelsen att beakta dessa perioder leder till att den längsta tillåtna uppdragsperioden har iakttagits av kundföretaget?

4. För det tredje önskar den hänskjutande domstolen vägledning om huruvida ett ingående av ett kontrakt om tillsvidareanställning mellan ett kundföretag och en arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag är en sanktionsåtgärd som säkerställs genom unionsrätten, i det fall det konstateras att en arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag har fått på varandra följande uppdrag hos samma kundföretag för att kringgå bestämmelserna i direktiv 2008/104, på ett sätt som är oförenligt med artikel 5.5 i direktiv 2008/104 (nedan kallat missbruk av anlåtande av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag).

5. För det fjärde ställer sig den hänskjutande domstolen frågan om, i enlighet med direktiv 2008/104, en förlängning av den längsta tidsperioden för uppdraget som annars föreskrivs i tysk lagstiftning också kan överlåtas på arbetsmarknadens parter? Om frågan besvaras jakande: Gäller detta också för sådana arbetsmarknadsparter som inte är behöriga med avseende på anställningsförhållandet för den berörda arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag utan för kundföretagets bransch?

6. Jag har dragit slutsatsen att även om ordet ”temporärt” i artikel 1.1 i direktiv 2008/104 innebär ”som endast varar en begränsad tid” och ”ej stadigvarande”,<sup>3</sup> så avser det enbart den period som är avsatt för den aktuella arbetstagarens uppdrag, snarare än den tjänst till vilken han eller hon hyrs ut, så att varaktiga tjänster och tjänster som inte utgör tillfällig tjänstgöring i någon annans ställe inte per automatik undantas från tillämpningsområdet för direktiv 2008/104. Arbetets art, inbegripet om det är en varaktig tjänst eller inte, ska dock beaktas vid fastställandet av om på varandra följande uppdrag som utförs av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag hos samma kundföretag kan förklaras på ett objektiva sätt,<sup>4</sup> så att det inte utgör missbruk av anlåtande av sådana arbetstagare på ett sätt som är oförenligt med artikel 5.5 i direktiv 2008/104.<sup>5</sup>

7. Nationell lagstiftning som uttryckligen utesluter beaktande av uppdragsperioder före ett specifikt datum, men som äger rum efter dagen för genomförandet av direktiv 2008/104 – ett uteslutande som är relevant för att fastställa huruvida missbruk av anlåtande av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag har förekommit – är dessutom oförenlig med artikel 5.5 i direktiv 2008/104, när den anger längden på en uppdragsperiod som en arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag i annat fall skulle ha kunnat återropa. I samband med en tvist mellan två enskilda ska man dock endast underlåta att tillämpa nationell lagstiftning som föreskriver ett sådant uteslutande om detta inte innebär att det måste göras en tolkning *contra legem* av den aktuella medlemsstatens lagstiftning, vilket ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Såsom fastslås i punkt 51 i förslaget till avgörande av generaladvokaten Sharpston i målet KG (På varandra följande uppdrag som utförs av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag) (C-681/18, EU:C:2020:300).

<sup>4</sup> KG (På varandra följande uppdrag som utförs av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag) (C-681/18, EU:C:2020:823, punkt 71).

<sup>5</sup> Se punkterna 36–55 nedan.

<sup>6</sup> Se punkterna 56–67 nedan.

8. Med detta sagt, unionsrätten kräver inte något kontrakt om tillsvidareanställning mellan kundföretaget och den av bemanningsföretaget uthyrda arbetstagaren såsom sanktionsåtgärd på grund av ett konstaterat missbruk av anlitan av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag.<sup>7</sup>

9. Slutligen, med hänsyn till den etablerade principen att bestämmelser i EU-direktiv på arbetsrättsområdet kan genomföras inte bara genom lagstiftning utan också genom kollektivavtal med allmän tillämpning,<sup>8</sup> kan den förlängning av den individuella längsta tidsperioden för uppdraget som föreskrivs i tysk lagstiftning överlåtas på de av arbetsmarknadens parter som är behöriga endast för kundföretagets bransch. Den begränsning som beskrivs i punkt 7 gäller dock även för sådana kollektivavtal.

## I. Tillämpliga bestämmelser

### A. Unionsrätt

10. Artikel 1 i direktiv 2008/104 har rubriken ”Tillämpningsområde”. I artikel 1.1 anges följande:

”Detta direktiv är tillämpligt på arbetstagare som har ett anställningskontrakt eller anställningsförhållande med ett bemanningsföretag och som hyrs ut till kundföretag för att temporärt arbeta under deras kontroll och ledning.”

### B. Tysk rätt

11. I 1 § punkt 1 andra meningen i Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (lag om uthyrning av arbetskraft; nedan kallad AÜG), i den lydelse som var i kraft mellan den 1 december 2011 och den 31 mars 2017, föreskrevs att ”[a]rbetstagare ska ställas till kundföretags förfogande temporärt”.

12. Enligt begäran om förhandsavgörande fanns det före april 2017 inte någon särskild påföljd vid bristande efterlevnad av den bestämmelsen,<sup>9</sup> men i 9 § AÜG förklarades kontrakt som hade ingåtts mellan bland annat bemanningsföretag och kundföretag och mellan bemanningsföretag och arbetstagare vara ogiltiga om bemanningsföretaget inte innehade det tillstånd som krävdes enligt AÜG. I 10 § AÜG angavs också att i ett sådant fall ansågs anställningsförhållandet ha ingåtts mellan kundföretaget och arbetstagaren.

13. Genom Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze (lag om ändring av lagen om uthyrning av arbetskraft och av andra lagar) av den 21 februari 2017 ändrades AÜG med verkan från och med den 1 april 2017. En ny punkt 1b infogades i 1 § AÜG med följande lydelse:

”Bemanningsföretaget får inte hyra ut samma arbetstagare för längre tid än 18 på varandra följande månader till samma kundföretag; kundföretaget får inte anlita samma av bemanningsföretag uthyrda arbetstagare under en längre tid än 18 på varandra följande månader.

<sup>7</sup> Se punkterna 68–72 nedan.

<sup>8</sup> Till exempel, förslaget till avgörande av generaladvokaten Szpunar i målet AKT (C-533/13, EU:C:2014:2392, punkt 72).

<sup>9</sup> Detta bestrids emellertid i det skriftliga yttrandet från Tyskland.

Uppdragsperioder i fråga om tidigare uppdrag som förmedlats av samma bemanningsföretag eller av ett annat bemanningsföretag till samma kundföretag inräknas i sin helhet om det vid varje tillfälle inte förflutit mer än tre månader mellan uppdragen. I ett kollektivavtal mellan arbetsmarknadens parter inom den anlitande branschen kan en längsta tidsperiod för uppdraget fastställas, vilken avviker från vad som anges i första meningen ... . En längsta tidsperiod för uppdraget som avviker från vad som anges i första meningen kan fastställas genom ett lokalt eller fackspecifikt avtal som ingås på grundval av ett kollektivavtal mellan arbetsmarknadens parter inom den anlitande branschen ... .”

14. I 9 § punkt 1 AÜG infogades en punkt 1b med följande lydelse:

”I följande fall är avtal ogiltiga:

1b. Anställningskontrakt mellan bemanningsföretag och en arbetstagare som hyrs ut av ett bemanningsföretag vilket överskrider den längsta tillåtna tidsperioden för uppdraget enligt 1 § punkt 1b, såvida inte den arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag senast vid utgången av en månad efter det att den längsta tillåtna tidsperioden för uppdraget överskridits skriftligen för bemanningsföretaget eller kundföretaget förklarar att han håller fast vid anställningskontraktet med bemanningsföretaget.

...”

15. I 10 § punkt 1 första meningen AÜG regleras rättsföljden vid ogiltighet numera i enlighet med följande:

”Om kontraktet mellan ett bemanningsföretag och en arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag i enlighet med 9 § är ogiltigt, inträder ett anställningsförhållande mellan kundföretag och arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag från den tidpunkt då den av kundföretaget och bemanningsföretaget beslutade verksamheten skulle inledas; om ogiltigheten inträder först efter det att arbetet hos kundföretaget har inletts ska anställningsförhållandet mellan kundföretag och arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag anses uppkomma i och med att ogiltigheten inträder ...”

16. 19 § punkt 2 AÜG innehåller en övergångsbestämmelse (nedan kallad övergångsbestämmelsen):

”Uppdragsperioder före den 1 april 2017 ska inte beaktas vid beräkningen av den längsta tillåtna tidsperioden för uppdraget i enlighet med 1 § punkt 1b ...”

17. I Tarifvertrag zur Leih-/Zeitarbeit in der Metall- und Elektroindustrie in Berlin und Brandenburg vom 01.06.2017 (kollektivavtal för inhyrd eller tillfälligt anställd personal inom metall- och elindustrin i Berlin och Brandenburg av den 1 juni 2017) hänvisas uttryckligen till undantagsbestämmelsen i 1 § punkt 1b AÜG. Enligt övergångsbestämmelsen ska – i fall med företag utan kollektivavtal – arbetsgivaren och företagsnämnden avtala om en längsta tidsperiod för uppdraget. Om enighet härom inte kan nås gäller en längsta tidsperiod för uppdraget på 36 månader räknat från den 1 juni 2017.

18. Svarandens anläggning i Berlin saknar kollektivavtal. I ett kompletterande företagsavtal för hela koncernen (ingått mellan svaranden och den centrala företagsnämnden) av den 20 september 2017 föreskrivs att i tillverkningen får uppdraget för arbetstagare som hyrs ut av

bemanningsföretag inte överstiga en tidsperiod på 36 månader. När det gäller sådana arbetstagare som redan var anställda den 1 april 2017 ska endast perioder efter den 1 april 2017 medräknas med avseende på den perioden.

## II. Bakgrund, förfarandet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

19. Sökanden NP (nedan kallad sökanden) har varit anställd av ett bemanningsföretag sedan den 1 september 2014, med en lön på 9,36 euro per timme.<sup>10</sup> Inledningsvis begränsades anställningsförhållandet vid två tillfällen till en period på ett år, och har därefter gällt tillsvidare. Sökandens uppdrag har förlängts 18 gånger under en period på 56 månader.

20. I ett kompletterande avtal till anställningskontraktet mellan sökanden och bemanningsföretaget fastställdes att sökanden skulle utföra arbete som metallarbetare hos kundföretaget D (nedan kallat svaranden) vid dennes bilfabrik i Berlin. De arbetsmoment inom tillverkningen av motorer som skulle utföras angavs i det kompletterande avtalet. Enligt sökandens anställningskontrakt med bemanningsföretaget skulle vissa kollektivavtal som gäller för bemanningsbranschen tillämpas på anställningsförhållandet.

21. Mellan den 1 september 2014 och den 31 maj 2019 uthyrdes sökanden uteslutande till svarandens kundföretag. Han arbetade hela tiden inom tillverkningen av motorer. Det var inte fråga om något vikariat. Den angivna perioden avbröts endast under två månader (från den 21 april 2016 till den 20 juni 2016), under vilka sökanden var föräldraledig.

22. Genom sin talan vid Arbeitsgericht Berlin (Arbetsdomstolen, Berlin, Tyskland) av den 27 juni 2019 yrkade sökanden att det skulle fastslås att det förelegat ett anställningsförhållande mellan parterna sedan ett av flera alternativa datum.<sup>11</sup>

23. I begäran om förhandsavgörande anges att sökanden i första instans anförde bland annat att uppdraget hos svaranden inte längre kunde betraktas som ”temporärt” och att övergångsbestämmelsen i 19 § punkt 2 AÜG stred mot unionsrätten.

24. Svaranden anförde att kriteriet ”temporärt” sedan den 1 april 2017 har förtydligats av lagstiftaren. Efter denna tidpunkt kan uppdragets längsta tillåtna tidsperiod på 18 månader frångås genom relevanta kollektivavtal. Den längsta tillåtna tidsperioden för uppdraget på 36 månader som föreskrivs i företagsavtalet av den 20 september 2017 för hela koncernen har dessutom inte överskridits, eftersom endast perioder efter den 1 april 2017 beaktas.

25. Arbeitsgericht Berlin (Arbetsdomstolen, Berlin) angav i sitt avgörande av den 8 oktober 2019 att den delade svarandens uppfattning.

<sup>10</sup> Enligt sökandens skriftliga yttrande. I samma skriftliga yttrande anges att relevant kollektivavtal som gäller för metallurgisektorn i Berlin föreskriver en lön på 15,50 euro per timme.

<sup>11</sup> Sedan den 1 september 2015, i andra hand sedan den 1 mars 2016, i tredje hand sedan den 1 november 2016, i fjärde hand sedan den 1 oktober 2018 och i femte hand sedan den 1 maj 2019.

26. Ett överklagande ingavs till den hänskjutande domstolen den 22 november 2019, vilken har ställt följande tolkningsfrågor till domstolen för ett förhandsavgörande:

- ”1) Är bemanningsföretags uthyrning av arbetstagare till ett kundföretag inte längre ’temporär’ i den mening som avses i artikel 1 i [direktiv 2008/104], om den avser en varaktig tjänst som inte är tillfällig tjänstgöring i någon annans ställe?
- 2) Ska uppdraget för en arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag under en period som är kortare än 55 månader inte längre anses vara ’temporärt’ i den mening som avses i artikel 1 i [direktiv 2008/104]?

Om frågorna 1 och/eller 2 besvaras jakande uppkommer följande följdfrågor:

- 3.1) Har den arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag en rätt till anställning i kundföretaget, även om det i nationell rätt inte föreskrivs någon sådan sanktionsåtgärd före den 1 april 2017?
- 3.2) Står en nationell bestämmelse som 19 § punkt 2 [AÜG] i så fall i strid med artikel 1 i [direktiv 2008/104] om det i denna först från den 1 april 2017 föreskrivs en individuell längsta tillåten tidsperiod för uppdraget på 18 månader men uttryckligen lämnar föregående uppdragsperioder utan beaktande, om uppdraget med hänsyn tagen till föregående perioder inte längre kan betecknas som temporärt?
- 3.3) Kan en förlängning av den individuella längsta tillåtna tidsperioden för uppdraget överlåtas på arbetsmarknadens parter? Om frågan besvaras jakande: Gäller detta också för sådana arbetsmarknadsparter som inte är behöriga med avseende på anställningsförhållandet för den berörda arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag utan för kundföretagets bransch?”

27. Skriftliga yttranden har inkommit till domstolen från sökanden, svaranden, Förbundsrepubliken Tyskland, Republiken Frankrike samt Europeiska kommissionen. Någon förhandling har inte hållits.

### III. Inledande anmärkningar

28. Det ska för det första noteras att de hänskjutna frågorna hänvisar till tolkningen av ordet ”temporärt” (*temporary*) i artikel 1 i direktiv 2008/104, när artikel 1 i det direktivet i själva verket avser uthyrning ”till kundföretag för att *temporärt* arbeta” (min kursivering).<sup>12</sup> Av de skäl som anges nedan ämnar jag att omformulera de hänskjutna frågorna; adjektivet ”temporär” kommer också att ersättas med adverbet ”temporärt”.

29. För det andra ska det också noteras att den hänskjutande domstolen skickade begäran om förhandsavgörande den 13 maj 2020, innan domstolen meddelade sin dom av den 14 oktober 2020 i målet KG (På varandra följande uppdrag som utförs av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag) (nedan kallad KG).<sup>13</sup> I denna dom behandlades precis de frågor som den hänskjutande domstolen har att ta ställning till i det nu aktuella målet, nämligen i) de rättsliga konsekvenserna av flera och på varandra följande uppdrag som utförs av en arbetstagare

<sup>12</sup> Se genomgången av språkversionerna i fotnot 21 nedan.

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

som hyrs ut av bemanningsföretag till ett och samma kundföretag med avseende på en tjänst som inte är tillfällig tjänstgöring i någon annans ställe, och ii) huruvida arbetstagaren i enlighet med direktiv 2008/104 hade rätt till ett kontrakt om tillsvidareanställning med kundföretaget i händelse av missbruk av anlitan­de av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag.

30. Tvisten i målet KG avsåg dock artikel 5.5 i direktiv 2008/104, snarare än artikel 1 i samma direktiv; det har förekommit argument med avseende på artikel 5.5 i direktivet i de skriftliga yttrandena, även om frågorna som hänskjutits inte avser tolkning av den bestämmelsen. Med tanke på likheterna mellan tvisten i det nationella målet och den som var aktuell i målet KG har frågorna i det nu aktuella målet – till viss del – antingen avgjorts genom den domen, eller så kan domen åtminstone ligga till grund för avgörandet av tvisten i det nationella målet. Detta förslag till avgörande bygger således till stor del på domstolens slutsatser i målet KG.

31. För det tredje, och med anledning av ovanstående, måste artikel 5.5 i direktiv 2008/104 jämföras med artikel 1 när de två första tolkningsfrågorna besvaras. Såsom den franska regeringen påpekade i sitt skriftliga yttrande framgår det av handlingarna i målet att den hänskjutande domstolen, genom att efterfråga tolkning av ordet ”temporärt” i artikel 1 i direktiv 2008/104, inte har för avsikt att fastställa huruvida sökanden omfattas av direktivets tillämpningsområde. Den hänskjutande domstolen önskar i stället främst få klarhet i huruvida ingåendet av på varandra följande kontrakt för en viss tid hos samma kundföretag utgör missbruk av tillfälliga anställningar, eftersom sökanden har hävdat att 18 förlängningar av hans kontrakt under en tidsperiod på 56 månader utgjorde missbruk.

32. Vilket också har erinrats om av den franska regeringen i dess skriftliga yttrande kan ”domstolen, för att kunna ge den domstol som har begärt ett förhandsavgörande ett användbart svar, ... behöva ta hänsyn till unionsrättsliga bestämmelser som den nationella domstolen inte har hänvisat till i sin begäran”.<sup>14</sup> Domstolen kan därmed behöva omformulera de frågor som hänskjutits.<sup>15</sup>

33. Jag ämnar därför omformulera den första och den andra frågan till följande enda fråga:

”1) Ska artikel 5.5 första meningen i direktiv 2008/104, med beaktande av ordet ’temporärt’ i artikel 1 i samma direktiv, tolkas på så sätt att den hindrar uthyrning av en arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag till ett och samma kundföretag, under en period som överstiger 55 månader, till en tjänst som är varaktig och inte utgör tillfällig tjänstgöring i någon annans ställe, då den utgör på varandra följande uppdrag som syftar till att kringgå bestämmelserna i direktiv 2008/104?”

34. Frågorna 3.1 och 3.2 rör båda ändringar i tysk lagstiftning som fick verkan från och med den 1 april 2017. Den ena ändringen avser införandet av en längsta tidsperiod för uppdraget, efter vilken missbruk av anlitan­de av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag anses ha ägt rum

<sup>14</sup> Dom av den 28 februari 2013, Petersen (C-544/11, EU:C:2013:124, punkt 24 och där angiven rättspraxis). Se även till exempel beslut av den 4 februari 2016, Baudinet m.fl. (C-194/15, ej publicerat, EU:C:2016:81, punkt 22 och där angiven rättspraxis). Såsom anges i punkt 45 i mitt förslag till avgörande i målet Manpower Lit (C-948/19, EU:C:2021:624) – som rör direktiv 2008/104 – ankommer det i det förfarande som fastställs i artikel 267 FEUF på domstolen att ge den nationella domstolen ett användbart svar som gör det möjligt för den domstolen att avgöra det mål som den ska pröva.

<sup>15</sup> Ibidem, punkt 45 och där angiven rättspraxis. Se, för ett liknande resonemang, KG, punkt 49 och där angiven rättspraxis.

(se punkt 13 ovan), medan den andra ändringen avser sanktionsåtgärder med anledning av en sådan överträdelse (punkterna 14 och 15 ovan). Det är därför mer logiskt att ändra ordningen på frågorna och förenkla deras lydelse enligt följande:

- ”2) Är nationella bestämmelser som föreskriver en längsta tidsperiod för uppdrag för ett och samma kundföretag på 18 månader från och med den 1 april 2017, men som uttryckligen utesluter beaktande av uppdragsperioder före detta datum vid fastställande av om missbruk av anlitan av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag har ägt rum, förenliga med artikel 5.5 i direktiv 2008/104, om uppdraget inte längre skulle kunna betecknas som temporärt om hänsyn togs till uppdragsperioderna före den 1 april 2017?
- 3) Om svaret på fråga 2 är nekande, har en arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag rätt, enligt direktiv 2008/104, till att anställas tillsvidare av kundföretaget i händelse av konstaterat missbruk av anlitan av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag enligt artikel 5.5 i direktiv 2008/104?”<sup>16</sup>

35. Fråga 3.3 kan kvarstå, omarbetning som fråga 4.

#### IV. Svaren på de omformulerade frågorna

##### A. Svaret på den första frågan

36. Fråga 1 ska besvaras på följande sätt:

”Vid fastställande av om artikel 5.5 första meningen i direktiv 2008/104, med beaktande av ordet ’temporärt’ i artikel 1 i samma direktiv, utgör hinder för uthyrning av en arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag till ett och samma kundföretag, under en period som överstiger 55 månader, med avseende på en tjänst som är varaktig och inte utgör tillfällig tjänstgöring i någon annans ställe, kräver unionsrätten att den nationella domstolen gör följande analys:

- i) Har de på varandra följande uppdrag hos samma kundföretag som tilldelas samma arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag lett till en längre verksamhetsperiod än vad som rimligen kan betraktas som uthyrning till ett kundföretag ”för att temporärt arbeta” enligt artikel 1.1 i direktiv 2008/104?
- ii) Har någon objektiv förklaring lämnats till kundföretagets beslut att använda sig av flera på varandra följande kontrakt med bemanningsföretag?
- iii) Har någon av bestämmelserna i direktiv 2008/104 kringgåts?
- iv) Vid övervägande av alla dessa faktorer, och med hänsyn till samtliga omständigheter, har ett anställningsförhållande (som gäller tillsvidare) dolts bakom på varandra följande kontrakt med bemanningsföretag, på ett sätt som är oförenligt med artikel 5.5 i direktiv 2008/104?”

<sup>16</sup> I frågan som hänskjutits används begreppet ”*abuse*” (missbruk). Det har här ersatts med ”*misuse*” (missbruk) av anlitan av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag, i överensstämmelse med lydelsen i artikel 5.5 i direktiv 2008/104.



## 1. Innebörd av ”temporärt”

37. Såsom generaladvokaten Szpunar erinrade om i sitt förslag till avgörande i målet AKT ”definierar [direktiv 2008/104] ... inte anlitande av arbetskraft som hyrs ut av bemanningsföretag och har inte heller till syfte att räkna upp de fall som kan motivera anlitande av sådana arbetstagare. I skäl 12 i direktivet erinras däremot om att arbetsmarknadernas mångfald ska respekteras”.<sup>17</sup> Medlemsstaterna har stora möjligheter att göra skönsmässiga bedömningar när de fastställer i vilka situationer det är motiverat att anlita arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag,<sup>18</sup> eftersom direktiv 2008/104 ”endast [föreskriver] att minimikrav ska införas”.<sup>19</sup>

38. Begreppet ”temporärt” i artikel 1 i direktiv 2008/104 ska tolkas i vid mening, för att inte äventyra uppnåendet av dess mål eller underminera dess effektivitet, genom att i alltför hög utsträckning och på ett omotiverat sätt begränsa direktivets tillämpningsområde.<sup>20</sup> Vid en bokstavlig tolkning avser artikel 1.1 i direktivet varaktigheten på det uppdrag som tilldelas arbetstagaren som hyrs ut av ett bemanningsföretag, inte den tjänst som tillsätts.

39. Artikel 1.1 avser arbetstagare som *hyrs ut* av ett bemanningsföretag till ett kundföretag ”för att temporärt *arbeta*”.<sup>21</sup> Med andra ord, och såsom kommissionen påpekar i sitt skriftliga yttrande, väcker denna lydelse en föreställning om att det är anställningsförhållandet mellan den uthyrda arbetstagaren och kundföretaget som är temporärt, och inte den tjänst till vilken arbetstagaren hyrs ut, eftersom det saknas uppgift i direktivet om arbetets art och det därmed inte framgår att tjänsten till vilken arbetstagaren hyrs ut inte kan vara varaktig. Samma slutsatser kan dras av en bokstavlig tolkning av artikel 3.1 a, b, c och e i direktiv 2008/104 med definitioner av ”arbetstagare”, ”bemanningsföretag”, ”arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag” och ”uppdrag”.<sup>22</sup> Mycket riktigt hänvisade domstolen i målet KG till dessa bestämmelser när den fastslog att det är ”anställningsförhållandet” med ett kundföretag som är ”av tillfällig karaktär”.<sup>23</sup>

40. Såsom Tyskland påpekade i sitt skriftliga yttrande visar lydelsen i direktivet att medlemsstaterna ska ges stort utrymme för skönsmässiga bedömningar när de införlivar ordet ”temporärt”, vilket omfattas av ett krav på att ett tillfälligt uppdrag inte får bli ett uppdrag med orimligt lång varaktighet som kan likställas med ett permanent uppdrag.

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

<sup>18</sup> Se ibidem, punkt 114.

<sup>19</sup> KG, punkt 41.

<sup>20</sup> Domstolen har dragit denna slutsats beträffande innebörden av ”arbetstagare” enligt direktiv 2008/104. Se dom av den 17 november 2016, Betriebsrat der Ruhrlandklinik (C-216/15, EU:C:2016:883, punkt 36). I mitt förslag till avgörande i målet Manpower Lit (C-948/19, EU:C:2021:624, punkt 71) förordade jag av samma skäl en bred tolkning av artikel 1.2 i direktiv 2008/104 med avseende på bedrivande av ”ekonomisk verksamhet”.

<sup>21</sup> Uttrycket ”för att temporärt arbeta” återspeglas i de andra språkversionerna av artikel 1.1 i direktiv 2008/104. Se till exempel den franska versionen ”afin de travailler de manière temporaire”; den bulgariska versionen ”на временна работа”; den tyska versionen ”um vorübergehend ... zu arbeiten”; den spanska versionen ”a fin de trabajar de manera temporal”; den italienska versionen ”per lavorare temporaneamente”; den portugisiska versionen ”temporariamente ... a fim de trabalharem”; den slovakiska versionen ”na dočasný výkon práce”; den tjeckiska versionen ”po přechodnou dobu pracovali”; den polska versionen ”w celu wykonywania tymczasowo pracy”; den nederländska versionen ”tijdelijk te werken”, den svenska versionen ”för att temporärt arbeta”. Se även generaladvokat Sharpstons analys i målet KG (C-681/18, EU:C:2020:300, punkt 51). Till skillnad från argumenten i sökandens skriftliga yttrande är eventuella nyanser i språkversionerna inte tillräckliga för att ge upphov till tvivel med avseende på skillnader i betydelse.

<sup>22</sup> Det är av betydelse att begreppet ”uppdrag”, såsom det definieras i artikel 3.1 e i direktiv 2008/104, avser ”den period då en arbetstagare från ett bemanningsföretag är uthyrd till kundföretaget för att tillfälligt arbeta under dess kontroll och ledning”.

<sup>23</sup> KG, punkt 61.

41. Argumenten i sökandens skriftliga yttrande med avseende på att omständigheterna kring ordet "temporärt" i artikel 1.1, och syftet med direktiv 2008/104, vittnar om att det är den tillsatta tjänsten som avses, liksom arbetstagarens uppdrag, kan inte godtas. Enligt skäl 12 i direktiv 2008/104 ska "arbetsmarknadernas mångfald och de skilda förbindelserna mellan arbetsmarknadens parter" respekteras,<sup>24</sup> ett mål som skulle äventyras om begreppet "temporärt" knöts till den tjänst till vilken arbetstagaren hyrs ut, och vilket skulle inverka på medlemsstaternas bestämmanderätt att tillåta uthyrning av arbetstagare till varaktiga tjänster som inte är tillfällig tjänstgöring i någon annans ställe. Dessutom, vilket påpekas i domen i målet KG, hänvisar direktivet i skäl 15 till "[a]nställningskontrakt i form av tillsvidareanställning", och fastslår genom denna bestämmelse, jämförd med artikel 6.1 och 6.2 i direktiv 2008/104, att "permanenta anställningsförhållanden" är den vanliga formen av anställningsförhållande.<sup>25</sup> Motsatsen till detta är ett tidsbegränsat anställningsförhållande eller uppdrag.

42. De centrala målen med direktiv 2008/104 anges i dess artikel 2 och rör utveckling av flexibla arbetsformer, skapande av arbetstillfällen och skydd av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag.<sup>26</sup> Det saknas en tydlig koppling mellan något av dessa mål och försöket att knyta begreppet "temporärt" till den tjänst till vilken arbetstagaren hyrs ut. Samma sak gäller för det inneboende målet i direktiv 2008/104 att anlåtande av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag inte får bli en permanent situation.<sup>27</sup> Såsom påpekas av svaranden i dennes skriftliga yttrande kan målen att skapa arbetstillfällen och integrera arbetstagare på arbetsmarknaden (se skäl 11) inte leda fram till slutsatsen att *varaktiga tjänster* i sig undantas från att tillsättas av arbetstagare under en begränsad tid.

43. Jag är slutligen böjd att godta argumenten från kommissionen och Tyskland i det avseende att förarbetena till artikel 1.1 i direktiv 2008/104 inte knyter begreppet "temporärt" till beskaffenheten hos den tjänst till vilken en arbetstagare hyrs ut,<sup>28</sup> oaktat sökandens argument om motsatsen.<sup>29</sup>

44. Ordet "temporärt" avser därmed enbart det uppdrag som utförs av arbetstagaren som hyrs ut av bemanningsföretag, innebär "som endast varar en begränsad tid" och "ej stadigvarande"<sup>30</sup> och avser bara den period som är avsatt för den aktuella arbetstagarens uppdrag.

<sup>24</sup> Se, i detta avseende, särskilt förslaget till avgörande av generaladvokaten Szpunar i målet AKT (C-533/13, EU:C:2014:2392, punkterna 113–115).

<sup>25</sup> KG, punkt 62.

<sup>26</sup> Se även skäl 18 om förbättring av det grundläggande skyddet för arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag.

<sup>27</sup> KG, punkt 60.

<sup>28</sup> Tyskland och kommissionen hänvisar till det ursprungliga förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om arbetsvillkor för personal som hyrs ut av bemanningsföretag (KOM(2002) 149 slutlig); Europaparlamentets ståndpunkt fastställd vid första behandlingen den 21 november 2002 inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/.../EG om arbete som utförs av personal som hyrs ut av bemanningsföretag (EUT C 25 E, 2004, s. 368); det ändrade förslaget till direktivet (KOM(2002) 0701); och Gemensam ståndpunkt (EG) nr 24/2008 av den 15 september 2008, antagen av rådet i enlighet med det i artikel 251 i fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen angivna förfarandet, inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv om arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag (EUT C 254 E, 2008, s. 36).

<sup>29</sup> De källor som sökanden valt visar inte på en avsikt hos lagstiftaren att *fullständigt* utesluta varaktiga tjänster från tillämpningsområdet för direktiv 2008/104. Se Europaparlamentets ståndpunkt fastställd vid första behandlingen den 21 november 2002 inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/.../EG om arbete som utförs av personal som hyrs ut av bemanningsföretag (EUT C 25 E, 2004, s. 368, på s. 373); Gemensam ståndpunkt (EG) nr 24/2008 av den 15 september 2008, antagen av rådet i enlighet med det i artikel 251 i fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen angivna förfarandet, inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv om arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag (EUT C 254 E, 2008, s. 36, på s. 41); *Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet enligt artikel 251.2 andra stycket i EG-fördraget beträffande rådets gemensamma ståndpunkt inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv om arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag – Politisk överenskommelse om en gemensam ståndpunkt* (KOM(2008) 569 slutlig), s. 6.

<sup>30</sup> Såsom fastslås i punkt 51 i förslaget till avgörande av generaladvokaten Sharpston i målet KG (C-681/18, EU:C:2020:300).

## 2. Missbruk av anlitande av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag

45. Med detta sagt, och i motsats till vad sökanden gjort gällande i sitt skriftliga yttrande, innebär detta inte att det är fritt fram för arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag att obegränsat utföra uppdrag på varaktiga tjänster eller tjänster som inte är tillfällig tjänstgöring i någon annans ställe. Det fastställdes i domen i målet KG att artikel 5.5 i direktiv 2008/104 visserligen ”inte [innebär] någon skyldighet för medlemsstaterna att begränsa antalet på varandra följande uppdrag för en och samma arbetstagare hos samma kundföretag eller att göra användningen av denna form av visstidsarbete beroende av att tekniska skäl eller skäl som rör produktion, organisation eller tillfälliga personalbehov *anges*”.<sup>31</sup> Det fastslogs emellertid i samma dom även att artikel 5.5 i direktiv 2008/104 syftar till att ålägga medlemsstaterna att vidta nödvändiga åtgärder för att i) undvika missbruk av undantagen från principen om likabehandling som är tillåtna enligt den bestämmelsen, och ii) att förhindra tilldelning av på varandra följande uppdrag i syfte att kringgå bestämmelserna i direktivet i dess helhet;<sup>32</sup> den andra skyldigheten är mer allmänt formulerad.<sup>33</sup>

46. I domen i målet KG fastslogs således att den hänskjutande domstolen ska pröva anställningsförhållandets rättsliga kvalificering, mot bakgrund av såväl direktiv 2008/104 som den nationella lagstiftning genom vilken direktivet införlivas, för att kontrollera huruvida det är fråga om ett anställningsförhållande som *på ett konstlat sätt har getts formen av* på varandra följande avtal om personaluthyrning i syfte att kringgå syftena med direktiv 2008/104, i synnerhet syftet att anlitande av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag ska vara av tillfällig karaktär.<sup>34</sup>

47. Domstolen angav också att den hänskjutande domstolen vid denna bedömning kan beakta följande: a) Om de på varandra följande uppdrag hos samma kundföretag som tilldelats samma arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag lett till en längre verksamhetsperiod än vad som *rimligen kan betecknas* som ”tillfällig”, skulle detta kunna utgöra ett tecken på missbruk av på varandra följande uppdrag, i den mening som avses i artikel 5.5 första meningen i direktiv 2008/104. Denna slutsats drogs mot bakgrund av bland annat den omständigheten att på varandra följande uppdrag hos samma kundföretag som tilldelas samma arbetstagare undergräver den balans som uppnås genom direktivet mellan flexibiliteten för arbetsgivare och arbetstagarnas säkerhet genom att undanröja det sistnämnda; b) när det i ett specifikt fall inte ges *någon objektiv förklaring* till att det berörda kundföretaget använder sig av flera på varandra följande avtal med bemanningsföretag, ankommer det på den nationella domstolen att inom ramen för den nationella lagstiftningen och med beaktande av omständigheterna i varje enskilt fall pröva huruvida någon av bestämmelserna i direktiv 2008/104 *kringgås*, och detta i än högre grad när det är samma arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag som är placerad hos kundföretaget genom de aktuella avtalen.<sup>35</sup>

48. Härav följer – vilket också erinrades om i den franska regeringens skriftliga yttrande – att uppdragets varaktighet bara är en omständighet som ska beaktas för att avgöra huruvida det har förekommit missbruk av anlitande av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag. Av de

<sup>31</sup> KG, punkt 42. Min kursivering.

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

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

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

<sup>35</sup> Ibidem, punkterna 68–71.

delar av domen i målet KG som återges ovan framgår att en nationell domstol, i enlighet med artikel 5.5 i direktiv 2008/104, jämförd med dess artikel 1.1, är skyldig att göra följande bedömning:

- i) Har de på varandra följande uppdragen hos samma kundföretag lett till en längre verksamhetsperiod än vad som rimligen kan betraktas som uthyrning till ett kundföretag ”för att temporärt arbeta” enligt artikel 1.1 i direktiv 2008/104?
- ii) Har någon objektiv förklaring lämnats till kundföretagets beslut att använda sig av flera på varandra följande kontrakt med bemanningsföretag?
- iii) Har någon av bestämmelserna i direktiv 2008/104 kringgåts?
- iv) Vid övervägande av alla dessa faktorer, och med hänsyn till samtliga omständigheter, har ett anställningsförhållande som gäller tillsvidare dolts bakom på varandra följande kontrakt med bemanningsföretag, på ett sätt som är oförenligt med artikel 5.5 i direktiv 2008/104?

49. Det är i led ii som karaktären hos det arbete som arbetstagaren tilldelas blir relevant, inbegripet om tjänsten är varaktig och inte utgör tillfällig tjänstgöring i någon annans ställe. Domen i målet KG hindrar inte att ”tekniska skäl eller skäl som rör produktion, organisation eller tillfälliga personalbehov” beaktas i detta sammanhang, eftersom det endast konstaterades i domen att sådana skäl inte måste ”anges”; det sades inte någonting om att de ska uteslutas från en objektiv förklaring.<sup>36</sup>

50. Exempelvis ett företag som deltar i pågående forskning och utveckling kan behöva utöka sin personalstyrka som arbetar med ett visst verksamhetsområde inom vilket endast tillsvidareanställda arbetstagare brukar anställas. Behovet av tillfällig arbetskraft kan följa av de preliminära resultaten av ett forsknings- och utvecklingsprogram. En sådan utökning kan initialt ske genom att anlita arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag, antingen eftersom investerare ännu inte har lockats att utveckla forskningsresultaten, eller eftersom själva forskningsprocessen ännu inte är avslutad. Det är denna typ av förklaring som den nationella domstolen kan komma fram till, med beaktande av samtliga omständigheter, och som utgör en objektiv förklaring till upprepad användning av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag, även om de aktuella tjänsterna inte utgjorde tillfällig tjänstgöring i någon annans ställe och annars skulle ha tillsatts permanent hos det berörda kundföretaget.

51. Det kanske inte framgår med tydlighet av domen i målet KG om missbruk av anlitan av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag är avhängigt ett konstaterat kringgående av andra bestämmelser i direktiv 2008/104 än artikel 5.5.<sup>37</sup>

52. Jag är dock böjd att anse att så inte är fallet, med tanke på att domstolen i domen i målet KG konstaterade att på varandra följande uppdrag hos samma kundföretag som tilldelats samma arbetstagare innebar ett kringgående av själva kärnan i bestämmelserna i direktiv 2008/104.<sup>38</sup> Domstolen fastställde dessutom att en av de *skyldigheter* som ålades medlemsstaterna genom artikel 5.5 var kravet på att vidta nödvändiga åtgärder för att förhindra tilldelning av på varandra

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

<sup>37</sup> Se särskilt punkt 71 i KG. Sökanden har under alla omständigheter angett argument i sitt skriftliga yttrande om att han har utsatts för särbehandling på ett sätt som är oförenligt med artikel 4 i direktiv 2008/104, både med avseende på lön och risk för arbetslöshet.

<sup>38</sup> KG, punkt 70.

följande uppdrag i syfte att kringgå bestämmelserna i direktiv 2008/104 i dess helhet,<sup>39</sup> och att direktiv 2008/104 ”syftar till att medlemsstaterna ska se till att ett och samma kundföretags anlåtande av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag inte blir en permanent situation ...”.<sup>40</sup>

53. Följaktligen stöder domen i målet KG tolkningen att ett åsidosättande av skyldigheterna som införs genom direktiv 2008/104, utöver de i dess artikel 5.5, till exempel att garantera lika lön för arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag och arbetstagare som rekryteras direkt av kundföretaget för att inneha samma tjänst (se artikel 5.1 i direktiv 2008/104, tillsammans med artikel 3.1 f i samma direktiv),<sup>41</sup> är relevant för det beslut som den hänskjutande domstolen slutligen fattar, i steg iv (se punkt 48 ovan) med avseende på om – med hänsyn till samtliga omständigheter i målet – ett anställningsförhållande som gäller tillsvidare har dolts bakom på varandra följande kontrakt med bemanningsföretag, på ett sätt som är oförenligt med artikel 5.5 i direktiv 2008/104. Det ska erinras om att den situation som är aktuell i det nationella målet inbegrep 18 förlängningar under en period på 56 månader.

54. Detta synsätt är förenligt med nästa konstaterande i domen i målet KG om att säkerställandet av de ”grundläggande arbets- och anställningsvillkoren” för arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag enligt artikel 5.1 i direktiv 2008/104, jämförd med artikel 3.1 f i samma direktiv, ska tolkas i vid mening för att säkerställa efterlevnad av stadgan.<sup>42</sup>

55. Av dessa skäl ska fråga 1 besvaras så som anges i punkt 36 ovan.

## ***B. Svaret på den andra frågan***

56. Fråga 2 ska besvaras på så sätt att nationell lagstiftning som uttryckligen utesluter beaktande av uppdragsperioder före ett specifikt datum, men som äger rum efter dagen för genomförandet av direktiv 2008/104 – ett uteslutande som är relevant för att fastställa huruvida missbruk av anlåtande av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag har förekommit – är oförenlig med artikel 5.5 i direktiv 2008/104, när den anger längden på en uppdragsperiod som en arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag i annat fall skulle ha kunnat åberopa. I samband med en tvist mellan två enskilda personer ska man dock endast underlåta att tillämpa oförenlig nationell lagstiftning som föreskriver ett sådant uteslutande om detta inte innebär att det måste göras en tolkning *contra legem* av medlemsstatens lagstiftning, vilket ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra.

57. Det är så av följande skäl.

58. Tysklands genomförande av artikel 5.5 i direktiv 2008/104 begränsades inledningsvis, enligt 1 § punkt 1 andra meningen AÜG, till att föreskriva att ”[a]rbetstagare ska ställas till kundföretags förfogande temporärt”,<sup>43</sup> och den särskilda påföljdsordningen var begränsad till vad som anges ovan (se punkt 12). Även om detta kan vara ett minimalistiskt genomförande innebär

<sup>39</sup> KG, punkt 55. Se även punkt 57.

<sup>40</sup> KG, punkt 60.

<sup>41</sup> Såsom redan har noterats antyder åtminstone sökanden i sitt skriftliga yttrande att likalönsprincipen har åsidosatts.

<sup>42</sup> KG, punkt 54. Det ska tilläggas att denna tolkningsskyldighet kvarstår med avseende på artiklarna 5.1 och 3.1 f i direktiv 2008/104, oaktat det faktum att när medlemsstaterna går utöver minimikraven i direktivet, ”genomför” de inte unionsrätten för tillämpning av artikel 51.1 i stadgan. Se mitt förslag till avgörande i målet Manpower Lit (C-948/19, EU:C:2021:624, punkt 61).

<sup>43</sup> I den version som var i kraft mellan den 1 december 2011 och den 31 mars 2017. Punkt 11 ovan.

det långtifrån en underlåtelse att vidta ”någon åtgärd för att anlitandet av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag ska behålla sin tillfälliga karaktär”, på ett sätt som är oförenligt med artikel 5.5 i direktiv 2008/104.<sup>44</sup>

59. Om det inte vore för den lagstiftningsreform som fick verkan i Tyskland den 1 april 2017 (se punkterna 13–16 ovan) och mot bakgrund av den bedömning som det redogörs för ovan med avseende på fråga 1 (se punkt 36), skulle sökanden ha kunnat hävda att enligt unionsrätten utgjorde ett uppdrag hos svaranden på fyra år och nio månader (som löpte från den 1 september 2014 till den 31 maj 2019) under alla omständigheter missbruk av anlitandet av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag på ett sätt som är oförenligt med artikel 5.5 i direktiv 2008/104, till följd av Tysklands skyldighet att genomföra direktivet senast den 5 december 2011. 1 § punkt 1 andra meningen AÜG ska tolkas i överensstämmelse med detta.<sup>45</sup>

60. De ändringar i tysk lagstiftning som trädde i kraft den 1 april 2017 förefaller emellertid ha undanröjt denna juridiska möjlighet för sökanden. Den tolkning av ändringarna som stöds av svaranden innebär att perioden mellan den 1 september 2014 och den 1 april 2017 utelämnas vid bedömningen av huruvida missbruk av anlitande av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag har förekommit, och innebär samtidigt att sökanden också fortsatt omfattas av den nya övre gränsen på 18 månader för uppdrag hos samma kundföretag som tilldelas arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag enligt vad som anges i lagstiftningen i fråga.

61. I det skriftliga yttrandet från Tyskland görs gällande att lagändringen av den 1 april 2017 endast var en konsekvens av att Tyskland övergått från en flexibel modell för genomförande av artikel 5.5 i direktiv 2008/104 till en fast sådan, genom att införa den övre gränsen på 18 månader för uppdrag hos samma kundföretag som utförs av samma arbetstagare.

62. Tyskland har emellertid, också mot bakgrund av analysen i samband med fråga 1, överskridit det utrymme för skönsmässig bedömning som den ges enligt artikel 5.5 i direktiv 2008/104 vid fastställandet av en längsta tidsperiod för uppdrag som utförs av en arbetstagare för ett och samma kundföretag, även om direktiv 2008/104 inte kräver att medlemsstaten fastställer sådana gränser.<sup>46</sup> Såsom påpekas i det skriftliga yttrandet från kommissionen, har nämligen ändringarna av den 1 april 2017 stor negativ inverkan på den ändamålsenliga verkan (*effet utile*) av direktiv 2008/104 vid en jämförelse med de bestämmelser som tidigare var tillämpliga enligt den medlemsstatens lagstiftning, och som är till nackdel för en sökande som har haft obestridd status som ”arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag” enligt artikel 3.1 c i direktiv 2008/104 under hela perioden i fråga, och som har tilldelats ”uppdrag” i den mening som avses i artikel 3.1 e i direktiv 2008/104, hos samma kundföretag under en period på fyra år och nio månader efter tidsfristen för genomförandet av direktiv 2008/104, nämligen den 5 december 2011.<sup>47</sup> En sådan situation är oförenlig med artikel 10 och skäl 21 i direktiv 2008/104, liksom med skyldigheten att ”skydda arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag” som fastställs i artikel 2 i samma direktiv, och Tysklands bredare skyldigheter att agera i god tro enligt artikel 4 FEU i samband med fullgörandet av uppgifter som följer av fördragen, tillsammans med artikel 288 FEUF med avseende på direktivs bindande verkan.

<sup>44</sup> KG, punkt 63.

<sup>45</sup> KG, punkterna 64 och 65. Principen om konform tolkning av nationell rätt – som innebär att den nationella domstolen är skyldig att i möjligaste mån tolka nationell rätt i enlighet med de krav som följer av unionsrätten – följer av fördragets systematik, eftersom fördraget möjliggör för den nationella domstolen att inom ramen för sin behörighet säkerställa att unionsrätten ges full verkan när den avgör det mål som anhängiggjorts vid den. Se dom av den 17 mars 2021, Academia de Studii Economice din București (C-585/19, EU:C:2021:210, punkt 69 och där angiven rättspraxis).

<sup>46</sup> KG, punkt 42. Förslag till avgörande av generaladvokaten Sharpston i målet KG (C-681/18, EU:C:2020:300, punkt 66).

<sup>47</sup> Artikel 11.1 i direktiv 2008/104.

63. Det följer visserligen av fast rättspraxis att tolkningskyldigheten når sin gräns när en direktivkonform tolkning av medlemsstatens lagstiftning skulle leda till en förståelse *contra legem* av den nationella lagstiftningen.<sup>48</sup> Av den anledningen ankommer det på den hänskjutande domstolen<sup>49</sup> att ta ställning till om övergångsbestämmelsen i 19 § punkt 2 AÜG, som föreskriver att "[u]ppdragsperioder före den 1 april 2017 [inte] ska ... beaktas vid beräkningen av den längsta tidsperioden för uppdraget i enlighet med 1 § punkt 1b ...", inte kan tolkas med hänsyn till "den nationella rätten i sin helhet"<sup>50</sup> på något annat sätt än genom att frånta sökanden dennes rätt att kunna stödja sig på hela uppdragsperioden på fyra år och nio månader, vilken löpte mellan den 1 september 2014 och den 31 maj 2019, och vilken enligt tysk rätt beaktades fram till den 1 april 2017.

64. Med andra ord, kan det resultat som eftersträvas genom direktiv 2008/104 bara uppnås genom att tolka 1 § punkt 1b och 19 § punkt 2 AÜG *contra legem*? Till exempel, efter att ha beaktat tysk rätt i sin helhet, kan dessa bestämmelser tolkas på så sätt att de inte ersätter den tidigare rättsliga regleringen helt och hållet, utan ger arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag möjlighet att hävda missbruk av anlitan av sådana arbetstagare genom att hänvisa till de kriterier som fastställs i domen i målet KG och som anges i svaret på fråga 1 med avseende på hela uppdragsperioden? Om en tolkning *contra legem* är vad som krävs för att uppnå ett sådant resultat, då är den utväg som återstår för sökanden – enligt domstolens fasta praxis – att väcka skadeståndstalan mot Tyskland, enligt principerna i domen i målet Francovich,<sup>51</sup> för åsidosättande av skyldigheterna enligt artikel 5.5 i direktiv 2008/104 att "vidta lämpliga åtgärder ... för att undvika missbruk vid tillämpningen av denna artikel och särskilt för att förhindra flera på varandra följande uppdrag som syftar till att kringgå bestämmelserna i detta direktiv".<sup>52</sup>

65. Domstolen har slutligen fastslagit att bestämmelser i stadgan som i sig är tillräckliga och som inte behöver preciseras genom unionsrättsliga bestämmelser eller bestämmelser i nationell rätt för att ge rättigheter till enskilda,<sup>53</sup> såsom artiklarna 21 och 47<sup>54</sup> och artikel 31.2,<sup>55</sup> kan åberopas som sådana och medför en skyldighet att vid behov underlåta att tillämpa *varje* motstridande bestämmelse i nationell lagstiftning, också i tvister mellan enskilda där förbudet mot tolkningar *contra legem* av medlemsstatens lagstiftning i annat fall skulle gälla. Till skillnad från vad som påstås i sökandens skriftliga yttrande är dock artikel 31.1 i stadgan inte en sådan bestämmelse.

66. Skälet är att domstolen har slagit fast att "[d]en nationella domstolen ... således inte [är] skyldig att enbart med stöd av unionsrätten underlåta att tillämpa en nationell bestämmelse som inte är förenlig med en bestämmelse i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna som ... saknar direkt effekt".<sup>56</sup> Med anledning av den allmänt hållna lydelsen i artikel 31.1 i stadgan, vilken föreskriver att "[v]arje arbetstagare har rätt till hälsosamma, säkra och värdiga arbetsförhållanden", uppfyller inte artikeln de nödvändiga förutsättningarna för direkt

<sup>48</sup> KG, punkt 66 och där angiven rättspraxis. På senare tid, se till exempel förslaget till avgörande av generaladvokaten Szpunar i målet Thelen Technopark Berlin (C-261/20, EU:C:2021:620, punkterna 30 och 31 och där angiven rättspraxis).

<sup>49</sup> En punkt som nyligen framhållits av generaladvokaten Szpunar i hans förslag till avgörande i målet Thelen Technopark Berlin, ibidem, punkt 32.

<sup>50</sup> KG, punkt 65 och där angiven rättspraxis. Se även särskilt dom av den 5 oktober 2004, Pfeiffer m.fl. (C-397/01 till C-403/01, EU:C:2004:584, punkterna 107–119). Se även till exempel domstolens dom av den 17 april 2018 i målet Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, punkt 71).

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

<sup>52</sup> Se dom av den 15 januari 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, punkt 50 och där angiven rättspraxis). På senare tid, se dom av den 7 augusti 2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, punkt 56).

<sup>53</sup> Domstolens dom av den 17 april 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, punkterna 76 och 78).

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

<sup>55</sup> Se dom av den 6 november 2018, Bauer och Willmeroth (C-569/16 och C-570/16, EU:C:2018:871).

<sup>56</sup> Dom av den 24 juni 2019, Poplawski (C-573/17, EU:C:2019:530, punkt 63 och där angiven rättspraxis).

verkan, nämligen att vara tillräckligt tydlig, ovillkorlig och precis.<sup>57</sup> Detta innebär att den inte kan åberopas för att kräva att den hänskjutande domstolen, som agerar inom ramen för sin behörighet,<sup>58</sup> underlåter att tillämpa 1 § punkt 1b och 19 § punkt 2 AÜG, i det fall den hänskjutande domstolen anser deras lydelse vara *contra legem* med avseende på de garantier som följer av artikel 5.5 i direktiv 2008/104.

67. Av dessa skäl ska den andra frågan besvaras så som anges i punkt 56 ovan.

### C. Svaret på den tredje frågan

68. Fråga 3 ska besvaras på så sätt att en arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag inte har rätt, enligt direktiv 2008/104, till ett anställningsförhållande som gäller tillsvidare med kundföretaget i händelse av konstaterat missbruk av anlitan av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag enligt artikel 5.5 i direktiv 2008/104. Om den hänskjutande domstolen, efter att ha beaktat den berörda medlemsstatens rätt i sin helhet, fastslår att en direktivkonform tolkning av den nationella lagstiftningen med avseende på artikel 5.5 i direktiv 2008/104 inte innebär att det måste göras en tolkning *contra legem* av medlemsstatens lagstiftning, ska den emellertid ta ställning till huruvida lämpliga administrativa eller rättsliga förfaranden finns att tillgå för att säkerställa fullgörande av de skyldigheter som följer av direktiv 2008/104, och se till att den berörda medlemsstatens lagstiftning föreskriver effektiva, proportionerliga och avskräckande påföljder, enligt kraven i artikel 10 i samma direktiv, som omfattas av begränsningarna i fast rättspraxis.

69. I domen i målet KG fastställde domstolen att artikel 5.5 i direktiv 2008/104 inte kan tolkas på samma sätt som klausul 5 i ramavtalet om visstidsarbete som undertecknades den 18 mars 1999, och som återfinns i bilagan till direktiv 1999/70/EG.<sup>59</sup> I domen i målet Sciotto<sup>60</sup> fastslogs bland annat att den särskilda skyldigheten att förhindra missbruk av på varandra följande visstidsanställningar, som beskrivs i klausul 5 i ovannämnda ramavtal, innebär att det faktum att arbetstagare inom sektorn för opera- och konserthusstiftelser, också i fall av missbruk, saknar möjlighet att omvandla sina visstidsanställningar till tillsvidareanställningar (i avsaknad av andra former av skydd, såsom fastställande av en gräns för möjligheten att använda visstidsanställningar), medför att det saknas en effektiv åtgärd, i den mening som avses i för ramavtalet relevant rättspraxis, för att beivra missbruk av på varandra följande visstidsanställningar.<sup>61</sup>

70. Domstolen konstaterade dock i domen i målet KG att även om det i klausul 5 i ramavtalet "föreskrivs särskilda skyldigheter för att förhindra missbruk till följd av användandet av på varandra följande visstidsanställningskontrakt, är så inte fallet med artikel 5.5 första meningen i

<sup>57</sup> Se även förklaringarna till artikel 31.1 i stadgan. Där anges att bestämmelsen i själva verket grundas på ett direktiv, nämligen rådets direktiv 89/391/EEG av den 12 juni 1989 om åtgärder för att främja förbättringar av arbetstagarnas säkerhet och hälsa i arbetet (EGT L 183, 1989, s. 1) (se domen i målet Egenberger och nödvändiga villkor för när det inte krävs ytterligare lagstiftning). Hänvisningen i förklaringarna till artikel 156 FEUF med avseende på "arbetsvillkor" ger inga ytterligare klargöranden. Begreppet "arbetsvillkor" definieras inte i artikel 156 FEUF, vilket påpekas av generaladvokaten Sharpston i förslaget till avgörande i målet KG (C-681/18, EU:C:2020:300, punkt 44). Vad gäller nödvändiga villkor för direkt effekt på senare tid, se till exempel dom av den 7 augusti 2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631).

<sup>58</sup> Domstolens dom av den 17 april 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, punkt 79).

<sup>59</sup> Rådets direktiv av den 28 juni 1999 om ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFS, UNICE och CEEP (EGT L 175, 1999, s. 43).

<sup>60</sup> KG, punkt 45. Dom av den 25 oktober 2018, Sciotto (C-331/17, EU:C:2018:859).

<sup>61</sup> Sciotto, ibidem, punkterna 61 och 62. Det ska noteras att ramarna för medlemsstaternas skyldighet enligt direktiv 1999/70 att i händelse av missbruk göra det möjligt att omvandla visstidsanställningar till tillsvidareanställningar för närvarande håller på att utvecklas i rättspraxis. Se särskilt mitt förslag till avgörande i målet GILDA-UNAMS m.fl. (C-282/19, EU:C:2021:217) (i avvaktan på dom).



direktiv 2008/104”.<sup>62</sup> Tolkningen av klausul 5 i ramavtalet kunde därför inte överföras på artikel 5.5 i direktiv 2008/104.<sup>63</sup> Generaladvokaten Sharpston hänvisade i målet KG särskilt till slutsatserna i målet Sciotto vad gällde omvandlingen av visstidsanställningar till tillsvidareanställningar, innan hon slöt sig till att de slutsatser som dragits i målet Sciotto inte kunde överföras på artikel 5.5 i direktiv 2008/104, eftersom denna bestämmelse inte innehåller några detaljerade eller konkreta skyldigheter.<sup>64</sup>

71. Fråga 3 ska därmed besvaras nekande.

72. När det gäller den hänskjutande domstolens skyldigheter enligt artikel 10 i direktiv 2008/104 bekräftas i dess första punkt återigen rätten till ett effektivt rättsmedel enligt artikel 47 i stadgan.<sup>65</sup> Kravet på att tillhandahålla effektiva, proportionerliga och avskräckande rättsmedel, enligt vad som fastställs i artikel 10.2, innebär att medlemsstaterna ska vidta åtgärder som är tillräckligt effektiva för att uppnå syftet med direktiv 2008/104,<sup>66</sup> och som ger en verkligt avskräckande effekt.<sup>67</sup> Unionsrätten ålägger inte medlemsstaterna att, för att säkerställa skyddet av de rättigheter för enskilda som följer av unionsrätten, införa andra rättsmedel än de som redan finns i nationell rätt,<sup>68</sup> såvida det inte ”av den nationella rättsordningens systematik framgår att det inte finns något rättsmedel”.<sup>69</sup> Detta omfattar dock inte rättsmedel som medför inträdande av ett kontrakt om tillsvidareanställning mellan en arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag och ett kundföretag (av de skäl som anges i punkterna 69 och 70 ovan)<sup>70</sup> eller tolkning *contra legem* av nationell rätt (punkterna 63 och 64 ovan).

#### **D. Svaret på den fjärde frågan**

73. Fråga 4 ska besvaras på så sätt att en förlängning av den individuella längsta tidsperioden för uppdraget kan överlätas på arbetsmarknadens parter, inbegripet på arbetsmarknadsparter som är behöriga endast för kundföretagets bransch. Svaret på fråga 2 gäller dock även för sådana kollektivavtal.

74. Såsom erinras om i det skriftliga yttrandet från Tyskland står det medlemsstaterna fritt att överlåta genomförandet av de socialpolitiska målsättningarna till arbetsmarknadens parter,<sup>71</sup> och nyttjandet av kollektivavtal föreskrivs uttryckligen i direktiv 2008/104;<sup>72</sup> det är ovidkommande om arbetsmarknadsparterna är behöriga för anställningsförhållandet för den berörda arbetstagare

<sup>62</sup> KG, punkt 45.

<sup>63</sup> Ibidem.

<sup>64</sup> Förslag till avgörande av generaladvokaten Sharpston i målet KG (C-681/18, EU:C:2020:300, punkt 66).

<sup>65</sup> Se, analogt, dom av den 15 april 2021, Braathens Regional Aviation (C-30/19, EU:C:2021:269, punkt 33).

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

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

<sup>68</sup> Ibidem, punkt 55 och där angiven rättspraxis.

<sup>69</sup> Dom av den 3 oktober 2013, Inuit Tapiriit Kanatami m.fl. mot Europaparlamentet och rådet (C-583/11 P, EU:C:2013:625, punkt 104). Se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 november 2019, Deutsche Lufthansa (C-379/18, EU:C:2019:1000, punkt 61).

<sup>70</sup> Det ska noteras att även om likvärdighetsprincipen skulle vara relevant för tolkningen av artikel 10 i direktiv 2008/104, är inte det inträdande av ett anställningsförhållande som införts i tysk lagstiftning (se punkt 15 ovan) knutet till ett analogt anspråk av rent nationell karaktär, utan ett EU-anspråk. Se mitt förslag till avgörande i målet GILDA-UNAMS m.fl. (C-282/19, EU:C:2021:217, fotnot 72) (i avvaktan på dom).

<sup>71</sup> Dom av den 18 december 2008, Ruben Andersen (C-306/07, EU:C:2008:743, punkterna 25 och 26). Se även, till exempel, dom av den 11 februari 2010, Ingeniørforeningen i Danmark (C-405/08, EU:C:2010:69, punkt 39).

<sup>72</sup> Se artiklarna 5.1 och 11.1, liksom skälen 16, 17 och 19. Sökandens påstående om att antingen artikel 9.1 eller artikel 5.3 i direktiv 2008/104 kan tolkas som att detta fastställda handlingsutrymme minskas ska avvisas, eftersom en sådan minskning av medlemsstaternas handlingsutrymme skulle kräva en klar och otvetydig lydelse i det syftet.

som hyrs ut av bemanningsföretag eller för kundföretagets bransch.<sup>73</sup> I det kompletterande företagsavtal för hela koncernen (ingått mellan svaranden och den centrala företagsnämnden) av den 20 september 2017 föreskrivs dock bland annat att i tillverkningen får anlita arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag inte överstiga 36 månader. När det gäller sådana arbetstagare som redan var anställda den 1 april 2017 ska endast perioder efter den 1 april 2017 medräknas i den längsta tillåtna tidsperioden för uppdrag på 36 månader. Såsom förklaras i punkterna 56–67 är ett sådant uteslutande oförenligt med artikel 5.5 i direktiv 2008/104, så att de rättsregler som utvecklas i de punkterna även gäller för kollektivavtal.

## V. Förslag till avgörande

75. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar frågorna från Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg (Arbetsöverdomstolen, Berlin-Brandenburg, Tyskland) på följande sätt:

- 1) Vid fastställande av om artikel 5.5 första meningen i Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/104 av den 19 november 2008 om arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag, jämförd med ordet "temporärt" i artikel 1 i samma direktiv, utgör hinder för uthyrning av en arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag till ett och samma kundföretag, under en period som överstiger 55 månader, med avseende på en tjänst som är varaktig och inte utgör tillfällig tjänstgöring i någon annans ställe, kräver unionsrätten att nationella domstolar gör följande analys:
  - i) Har de på varandra följande uppdrag hos samma kundföretag som tilldelas samma arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag lett till en längre verksamhetsperiod än vad som rimligen kan betraktas som uthyrning till ett kundföretag "för att temporärt arbeta" enligt artikel 1.1 i direktiv 2008/104?
  - ii) Har någon objektiv förklaring lämnats till kundföretagets beslut att använda sig av flera på varandra följande kontrakt med bemanningsföretag?
  - iii) Har någon av bestämmelserna i direktiv 2008/104 kringgåtts?
  - iv) Vid övervägande av alla dessa faktorer, och med hänsyn till samtliga omständigheter, har ett anställningsförhållande som gäller tillsvidare dolts bakom på varandra följande kontrakt med bemanningsföretag, på ett sätt som är oförenligt med artikel 5.5 i direktiv 2008/104?
- 2) Nationell lagstiftning som uttryckligen utesluter beaktande av uppdragsperioder före ett specifikt datum, men som äger rum efter dagen för genomförandet av direktiv 2008/104 – ett uteslutande som är relevant för att fastställa huruvida missbruk av anlita av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag har förekommit – är oförenlig med artikel 5.5 i direktiv 2008/104, när den anger längden på en uppdragsperiod som en arbetstagare som hyrs ut av ett bemanningsföretag i annat fall skulle ha kunnat åberopa. I samband med en tvist mellan två enskilda personer ska man dock endast underlåta att tillämpa oförenlig nationell lagstiftning som föreskriver ett sådant uteslutande om detta inte innebär att det måste göras en tolkning *contra legem* av medlemsstatens lagstiftning, vilket ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra.

<sup>73</sup> Se fråga 3.3 som återges i punkt 26 ovan.

- 3) En arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag har inte rätt, enligt direktiv 2008/104, till ett anställningsförhållande som gäller tillsvidare med kundföretaget i händelse av konstaterat missbruk av anlitan­de av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag enligt artikel 5.5 i direktiv 2008/104. Om den hänskjutande domstolen, efter att ha beaktat den berörda medlemsstatens rätt i sin helhet, fastslår att en direktivkonform tolkning av den nationella lagstiftningen med avseende på artikel 5.5 i direktiv 2008/104 inte innebär att det måste göras en tolkning *contra legem* av medlemsstatens lagstiftning, ska den emellertid ta ställning till huruvida lämpliga administrativa eller rättsliga förfaranden finns att tillgå för att säkerställa fullgörande av de skyldigheter som följer av direktiv 2008/104, och se till att den berörda medlemsstatens lagstiftning föreskriver effektiva, proportionerliga och avskräckande påföljder, enligt kraven i artikel 10 i samma direktiv, som omfattas av begränsningarna i fast rättspraxis.
- 4) En förlängning av den individuella längsta tillåtna tidsperioden för uppdraget kan överlåtas på arbetsmarknadens parter, inbegripet på arbetsmarknadsparter som är behöriga endast för kundföretagets bransch. Svaret på fråga 2 gäller dock även för sådana kollektivavtal.