

Sag C-232/20

Anmodning om præjudiciel afgørelse

Dato for indlevering:

3. juni 2020

Forelæggende ret:

Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg (Tyskland)

Afgørelse af:

13. maj 2020

Sagsøger og appellandt:

NP

Sagsøgt og appelindstævnt:

Daimler AG, Mercedes-Benz Werk Berlin

[Udelades]

C-232/20 -1

**Landesarbeitsgericht
Berlin-Brandenburg**

afsagt
den 13. maj 2020

[udelades]

Kendelse

I sagen

NP

- Sagsøger og appellandt -

[Udelades]

mod

Daimler AG, Mercedes-Benz Werk Berlin,

- sagsøgt og appelindstævnt -

[Udelades]

har Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg (regional appeldomstol i arbejdsretlige sager i Berlin-Brandenburg) [udelades] afsagt følgende kendelse:

I. Sagen udsættes, indtil Den Europæiske Unions Domstol har truffet afgørelse i sagen.

II. Den Europæiske Unions Domstol forelægges følgende spørgsmål vedrørende fortolkningen af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/104/EF af 19. november 2008 om vikararbejde: **[Org. s. 2]**

1.

Skal udsendelse af en vikaransat til en brugervirksomhed ikke længere anses for »midlertidig« som omhandlet i artikel 1 i direktiv 2008/104 allerede af den grund, at beskæftigelsen sker på en arbejdsplads, som forefindes permanent, og som ikke besættes på vikarbasis?

2.

Skal udsendelse af en vikaransat i en periode på under 55 måneder anses for ikke længere »midlertidig« som omhandlet i artikel 1 i direktiv 2008/104?

3.

Såfremt det første og/eller det andet spørgsmål besvares bekræftende, opstår følgende tillægsspørgsmål:

3.1.

Har den vikaransatte krav på indgåelse af et ansættelsesforhold med brugervirksomheden, selv om national ret ikke indeholder en sådan sanktion før den 1. april 2017?

3.2.

Er en national bestemmelse som § 19, stk. 2, i Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (lov om vikararbejde, herefter »AÜG«) i strid med artikel 1 i direktiv 2008/104, når den første gang med virkning fra den 1. april 2017 foreskriver en maksimal individuel udsendelsesperiode på 18 måneder, men udtrykkeligt ikke tager hensyn til tidligere udsendelsesperioder, hvis udsendelsen ikke længere kan kvalificeres som midlertidig, hvis de tidligere perioder medregnes?

3.3.

Kan udvidelsen af den maksimale individuelle udsendelsesperiode overlades til overenskomstparterne? Såfremt svaret er bekræftende: Gælder dette også for

overenskomstparter, som ikke har kompetence for den pågældende vikaransattes ansættelsesforhold, men for brugervirksomhedens branche?

Præmisser

I. De faktiske omstændigheder og det nationale retsgrundlag

1. Sagsøgeren var ansat hos vikarbureauet fra den 1. september 2014. Ansættelsesforholdet var i begyndelsen to gange tidsbegrænset til et år og blev derefter gennemført uden tidsbegrænsning. I en tillægsaftale til ansættelsesaftalen var det aftalt, at sagsøgeren skulle udføre sin arbejdsydelse som metalarbejder hos D., den sagsøgte i den foreliggende sag, i dennes virksomhed i Berlin. D. er en stor virksomhed i automobilbranchen. De arbejdsopgaver i motorfremstillingen, som skulle udføres på virksomheden, var nøje beskrevet i tillægsaftalen. I henhold til sagsøgerens ansættelsesaftale finder bestemte overenskomster med gyldighed for vikarbranchen anvendelse på ansættelsesforholdet.
2. I perioden fra den 1. september 2014 til den 31. maj 2019 var sagsøgeren udelukkende udsendt til sagsøgte som brugervirksomhed. Han arbejdede fast i motorfremstillingen. Der var ikke tale om et vikariat. Denne periode var kun afbrudt i to måneder (fra den 21.4.2016 til den 20.6.2016), hvor sagsøgeren var fritaget fra arbejdet på grund af forældreorlov.
3. Den tyske lov AÜG [udelades] indeholdt i den fra den 1. december 2011 til den 31. marts 2017 gældende affattelse følgende bestemmelse i § 1, stk. 1, andet punktum:

»Udsendelse af arbejdstagere til brugere sker på midlertidig basis.«

[Org. s. 3]

4. Der var ikke fastsat en sanktion for overtrædelse af denne bestemmelse. Derimod blev bl.a. aftaler mellem vikarbureauer og brugervirksomheder samt mellem vikarbureauer og vikaransatte i AÜG's § 9 erklæret ugyldige, hvis vikarbureauet ikke havde den krævede tilladelse i henhold til loven. Herom fastsatte AÜG's § 10, at det i så fald lægges til grund, at der er indgået et ansættelsesforhold mellem brugervirksomheden og den vikaransatte.
5. Ved Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze (lov om ændring af lov om vikararbejde og andre love) af 21. februar 2017 [udelades] blev AÜG ændret med virkning fra den 1. april 2017. I AÜG's § 1 blev der indsat et nyt stk. 1b. Dette har siden da været affattet således:

»Vikarbureauet må ikke udsende den samme vikaransatte til den samme brugervirksomhed i mere end 18 måneder i træk; brugervirksomheden må ikke lade den samme vikaransatte arbejde i mere end 18 måneder i træk. Perioden for tidligere udsendelser fra samme eller et andet vikarbureau til

samme brugervirksomhed medregnes fuldt ud, hvis der ikke er mere end tre måneder mellem de enkelte udsendelser. I en overenskomst mellem overenskomstparter i den branche, hvor anvendelsen finder sted, kan der fastsættes en maksimal udsendelsesperiode, som afviger fra første punktum. [...] I en virksomheds- eller tjenesteaftale, som er indgået på grundlag af en overenskomst mellem overenskomstparter i den branche, hvor anvendelsen finder sted, kan der fastsættes en maksimal udsendelsesperiode, som afviger fra første punktum. [...]«

6. I AÜG's § 9, stk. 1, blev der indsat et nr. 1b, som er affattet således:

»Ugyldige er:

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

[...]«

7. I AÜG's § 10, stk. 1, første punktum, [er] retsvirkningen af ugyldigheden nu reguleret mere generelt:

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

8. AÜG's § 19, stk. 2, indeholder en overgangsbestemmelse:

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

9. I »overenskomst om vikar-/midlertidigt arbejde i metal- og elektroindustrien i Berlin og Brandenburg af 23. maj 2012« [udelades], som er indgået mellem brancheforeningen Verband der Metall- und Elektroindustrie in Berlin und Brandenburg d.V. og fagforeningen Industriegewerkschaft Metall (IGM), og som bl.a. gælder for automobilindustrien, er det bl.a. fastsat, at midlertidig anvendelse af vikaransatte er tilladt, når visse betingelser er opfyldt. En sådan anvendelse er således f.eks. tilladt, hvis den sker tidsbegrænset. I denne overenskomsts punkt 3 [org. s. 4] gives virksomhedsparterne mulighed for at fastsætte nærmere regler i en frivillig virksomhedsaftale. Dette kan også omfatte en maksimal varighed for

anvendelsen og regler for overtagelse. Hvis der ikke indgås en sådan virksomhedsaftale, skal brugervirksomheden i henhold til overenskomstens punkt 4 efter 18 måneder undersøge, om den kan tilbyde den vikaransatte en tidsubegrænset ansættelsesaftale. Efter 24 måneders udsendelse skal brugervirksomheden tilbyde den vikaransatte en tidsubegrænset ansættelsesaftale. I tilfælde af afbrydelser på under tre måneder lægges udsendelsesperioder i samme virksomhed sammen. Overenskomsten regulerede ikke udtrykkeligt, om den frivillige virksomhedsaftale skulle indgås med det lokale virksomhedsråd eller det centrale virksomhedsråd.

10. Den efterfølgende »overenskomst om vikar-/midlertidigt arbejde i metal- og elektroindustrien i Berlin og Brandenburg af 1. juni 2017« [udelades], som blev indgået af de samme overenskomtparter, indeholder lignende bestemmelser. Desuden henvises der udtrykkeligt til lovens undtagelsesbestemmelse i AÜG's § 1, stk. 1b. Overenskomtparterne er desuden enige om, at en udsendelses maksimale varighed i henhold til denne overenskomst ikke må overskride 48 måneder. Der gælder undtagelser for udsendelse af vægtige grunde. For virksomheder uden virksomhedsaftaler gælder der samme regler for undersøgelse af og tilbud om en tidsubegrænset ansættelsesaftale som i den tidligere overenskomst. Overenskomstens punkt 8 indeholder en overgangsbestemmelse. Ifølge denne skal virksomhedsparterne aftale en maksimal udsendelsesperiode. Hvis der ikke opnås enighed, gælder en maksimal udsendelsesperiode på 36 måneder fra den 1. juni 2017.
11. For sagsøgtes virksomhed i Berlin findes der ingen virksomhedsaftale, som kunne være indgået med den lokale arbejdstagerrepræsentation i virksomheden (virksomhedsrådet). På virksomhedsniveau regulerer en central virksomhedsaftale (indgået mellem sagsøgte og det centrale virksomhedsråd) af 16. september 2015 bl.a. anvendelse af vikaransatte, idet begrebet »midlertidigt beskæftiget arbejdstager« anvendes [udelades]. Ifølge den centrale virksomhedsaftales punkt 4.5 skal den midlertidigt beskæftigede arbejdstager have mulighed for at blive ansat i sagsøgtes virksomhed, hvis foresatte anmoder om dette, og yderligere betingelser er opfyldt. Sådanne anmodninger skal fremsættes senest efter tre år. [Udelades]
12. I en yderligere central virksomhedsaftale af 20. september 2017 [udelades] suppleres den hidtidige centrale virksomhedsaftale. I produktionen må anvendelsen af midlertidigt beskæftigede arbejdstagere ikke overstige en maksimal varighed på 36 måneder. For midlertidigt beskæftigede arbejdstagere, som allerede var beskæftiget den 1. april 2017, er det kun perioder efter den 1. april 2017, der regnes med i den maksimale udsendelsesperiode på 36 måneder.
13. Den 27. juni 2019 anlagde sagsøgeren sag ved Arbeitsgericht Berlin (arbejdsretten i Berlin) og nedlagde påstand om, at det anerkendes, at der består et ansættelsesforhold mellem parterne siden den 1. september 2015, subsidiært siden den 1. marts 2016, mere subsidiært siden den 1. november 2016, mere subsidiært siden den 1. oktober 2018 og mest subsidiært siden den 1. maj 2019.

14. I første instans gjorde han gældende, at udsendelsen til sagsøgte ikke kan kvalificeres som »midlertidig«, da den har en varighed på over et år. Dette, og navnlig skæringsdagsbestemmelsen i AÜG's § 19, stk. 2, er i strid med EU-retten. Et midlertidigt behov kan under ingen omstændigheder være længere end den maksimalt tilladte periode for en tidsbegrænsning uden vægtig grund. Dette er (i henhold til den tyske bestemmelse) højst 24 måneder. Der skal også tages hensyn til, at han udførte varige opgaver. Der foreligger derfor et ansættelsesforhold med sagsøgte. **[Org. s. 5]**
15. Sagsøgte er af den opfattelse, at kriteriet »midlertidig« er præciseret af lovgiver fra den 1. april 2017. Ifølge dette kan den maksimale udsendelsesperiode på 18 måneder fraviges ved overenskomst i anvendelsesbranchen. Ifølge lovbestemmelsen kan overenskomstparterne tillade yderligere ordninger ved virksomhedsaftale. Den centrale virksomhedsaftale af 20. september 2017 indeholder sådanne ordninger. Den maksimale udsendelsesperiode på 36 måneder, som er fastsat i virksomhedsaftalen, er ikke overskredet, idet der kun skal tages hensyn til perioder efter den 1. april 2017.
16. Arbeitsgericht Berlin (arbejdsretten i Berlin) tilsluttede sig ved dom af 8. oktober 2019 sagsøgtes retsopfattelse og forkastede søgsmålet. For at fremme sagen tog retten ikke stilling til, om der foreligger en overtrædelse af EU-retten.
17. Appellen af 22. november 2019 til den forelæggende Landesarbeitsgericht (regional appeldomstol i arbejdsretlige sager), som blev begrundet den 30. januar 2020, er iværksat til prøvelse af denne afgørelse. Parterne fastholder deres i første instans anførte retsopfattelser. Sagsøgte gør endvidere gældende, at virksomheden hvert kvartal har hørt virksomhedsrådet i virksomheden i Berlin om anvendelsen af midlertidigt beskæftigede arbejdstagere. De planlagte anvendelser blev tidsbegrænset til udløbet af det pågældende kvartal. Dette skete også for sagsøgerens anvendelser. Sagsøgeren bestrider dette og anser 18 forlængelser over en periode på 56 måneder for misbrug af rettigheder.

II. Retlig vurdering kun på grundlag af national ret

18. Før 2017 fandtes der på området for vikarbureauet og brugervirksomheden i den foreliggende sag ingen overenskomst- eller virksomhedsbestemmelser, som særskilt regulerede en maksimal udsendelsesperiode.
19. Før den 1. april 2017 findes der ingen udtrykkelig lovbestemt sanktion for det tilfælde, at udsendelsen til brugervirksomheden ikke længere kan kvalificeres som midlertidig. Bundesarbeitsgericht (forbundsdomstol i arbejdsretlige sager) lægger derfor til grund, at der heller ikke kommer et ansættelsesforhold i stand mellem den vikaransatte og brugervirksomheden, hvis anvendelsen af den vikaransatte ikke kun sker midlertidigt [udelades].
20. Siden den 1. april 2017 udgør den maksimale udsendelsesperiode i henhold til AÜG 18 måneder, idet det på grund af lovens overgangsbestemmelse kun er

perioder efter denne skæringsdag, der medregnes. På dette grundlag kom der pr. 1. oktober 2018 et ansættelsesforhold til sagsøgte i stand.

21. Ifølge lovens bestemmelse kan dette dog fraviges ved en overenskomst, som indgås mellem overenskomstparterne i brugervirksomhedens branche. [udelades] Hvis det lægges til grund, at lovbestemmelsen er gyldig, var der i overenskomsten for metal- og elektroindustrien af 1. juni 2017 i overgangsbestemmelsen for virksomheder med virksomhedsråd (et sådant fandtes i Berlin) fastsat en maksimal udsendelsesperiode på 36 måneder regnet fra den 1. juni 2017 for det tilfælde, at der ikke indgås en virksomhedsaftale. Dette ville være den 1. juni 2020. På dette tidspunkt var sagsøgerens udsendelse imidlertid allerede ophørt.
22. Overenskomsten af 1. juni 2017 åbnede også mulighed for afvigelser ved virksomhedsaftaler. Den frivillige centrale virksomhedsaftale af 20. september 2017 fastsatte en maksimal udsendelsesperiode på 36 måneder regnet fra den 1. april 2017. Dermed kunne sagsøgeren have været beskæftiget frem til den 1. april 2020. På dette tidspunkt var sagsøgeren imidlertid heller ikke udsendt længere. [udelades] [Org. s. 6]

III. Relevansen af en fortolkning af direktiv 2008/104

23. Da sagsøgeren ønsker anerkendt, at der bestod et ansættelsesforhold med sagsøgte allerede længe før den 1. oktober 2018, kan han kun gives fuldt medhold, hvis EU-retten kræver dette.
24. Det første spørgsmål: Den forelæggende ret lægger til grund, at udsendelse af en vikaransat i henhold til artikel 1 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/104/EF af 19. november 2008 om vikararbejde (EUT 2008, L 327, af 5.12.2008, s. 9) kun er tilladt, hvis den sker midlertidigt. Kriteriet »midlertidigt« er ikke kun en beskrivelse eller en uforpligtende hensigtserklæring, hvilket også er Bundesarbeitsgerichts (forbundsdomstol i arbejdsretlige sager) opfattelse [udelades]. Direktiv 2008/104 indeholder imidlertid ikke en nærmere definition. Den Europæiske Unions Domstol har hidtil ikke truffet afgørelser vedrørende fortolkningen af dette kriterium.
25. Kriteriet »midlertidigt« kan forstås således, at det udelukkende kommer an på den vikaransattes individuelle udsendelsesperiode.
26. Det kan imidlertid også tænkes, at dette kriterium refererer til de arbejdspladser, der skal besættes, og skal forstås således, at vikaransatte hos brugervirksomheden ikke må indsættes på varige arbejdspladser uden vikarbehov. Den forelæggende ret lægger til grund, at sagsøgeren siden udsendelsens begyndelse var indsat på en arbejdsplads, som sagsøgte havde et permanent beskæftigelsesbehov for. Det i artikel 2 i direktiv 2008/104 definerede mål kan tale for en fortolkning, som refererer til arbejdspladsen. Ifølge denne bestemmelse skal der etableres passende rammer for anvendelsen af vikararbejde med henblik på at bidrage effektivt til at skabe arbejdspladser og til at udvikle fleksible former for arbejde. Anvendelsen af

vikaransatte på permanente arbejdspladser i brugervirksomheder skaber imidlertid ikke ekstra arbejdspladser, men erstatter faste arbejdstagere med vikaransatte. Der ses således heller ikke noget behov for fleksibilisering. Det fremgår desuden af artikel 6 i direktiv 2008/104, at der ønskes en overgang til fast ansættelse. I Tyskland er det attraktivt for mange virksomheder at erstatte fastansatte med vikaransatte, bl.a. fordi forpligtelsen til at ligestille vikaransatte med de fastansatte på grund af nationale bestemmelser i praksis skydes langt ud i fremtiden. I tilfælde af økonomiske vanskeligheder er det desuden lettere for brugervirksomheden at afslutte udsendelsen af vikaransatte. Der skal i reglen ikke forventes finansielle følgeomkostninger, eller de er i hvert fald langt mindre.

27. [Udelades]
28. Det andet spørgsmål: Den forelæggende ret anser i hvert fald ikke en udsendelsesperiode på 55 måneder for en midlertidig udsendelse. Af hensyn til retsklarhed og -sikkerhed vil det være hensigtsmæssigt, hvis Domstolen angiver en klar tidsmæssig grænse. I denne forbindelse kan der muligvis også differentieres ud fra, om der foreligger en vægtig grund (vikarbehov, forbigående spidsbelastning eller lignende), eller om dette ikke er tilfældet.
29. Det tredje spørgsmåls første del: I henhold til artikel 10, stk. 1, i direktiv 2008/104 skal der fastsættes sanktioner i tilfælde af overtrædelser. Den tyske regering gav på Forbundsragens møde den 24. marts 2011 udtryk for den opfattelse, at man ville gennemføre direktivet »fuldstændigt, en til en« [org. s. 7] [udelades]. Alligevel blev der frem til den 31. marts 2017 ikke fastsat sanktioner for det tilfælde, at udsendelsen ikke længere kan anses for midlertidig. Dermed opstår spørgsmålet, om det kan udledes af selve EU-retten, at der kommer et ansættelsesforhold i stand med brugervirksomheden. Når det allerede er fastsat i national ret, at der kommer et ansættelsesforhold i stand med brugervirksomheden, hvis vikarbureauet ikke har den nødvendige myndighedsgodkendelse til udsendelse af arbejdstagere, må samme sanktion så ikke gælde, når udsendelsen ikke længere sker »midlertidigt«, ud fra princippet om virkningen i praksis (»effet utile«)?
30. Det tredje spørgsmåls anden del: Dette vedrører den tyske bestemmelse, som første gang pr. 1. april 2017 principielt fastsætter en tidsbegrænsning på 18 måneder som den maksimale udsendelsesperiode. I overgangsbestemmelsen i AÜG's § 19, stk. 2, anføres den 1. april 2017 som fristens begyndelse. I henhold til artikel 11 i direktiv 2008/104 var medlemsstaterne imidlertid forpligtet til at gennemføre dette direktiv senest den 5. december 2011. Dermed kunne der tidligst anvendes sanktioner for første gang i Tyskland efter næsten syv år. Såfremt grænsen for midlertidig udsendelse ifølge fortolkningen af direktiv 2008/104 allerede blev overskredet før den 1. april 2017 eller inden for en periode på 18 måneder derefter, kan konsekvensen være, at overgangsbestemmelsen skal anses for helt eller delvis ugyldig.

31. Det tredje spørgsmåls tredje del: I denne forbindelse opstår spørgsmålet, om den nationale lovgiver er berettiget til at fastsætte en maksimal udsendelsesperiode, som overenskomstparterne imidlertid kan fravige. Selv hvis dette spørgsmål besvares bekræftende, er det stadig et problem, om lovgiver kan give en sådan ret til de overenskomstparter, som ikke har kompetence for de vikaransattes ansættelsesforhold. De vikaransattes ansættelsesforhold er fagligt underlagt overenskomsterne for vikarbureaubranchen. Den fravigelse, som lovgiver har givet mulighed for, vedrører imidlertid overenskomster for brugervirksomhedernes branche. Artikel 5 i direktiv 2008/104 fastsætter, at også overenskomstparterne kan fastsætte afvigende ordninger. Dette vedrører imidlertid kun fravigelser af ligebehandlingsprincippet som omhandlet i dette direktivs artikel 5. Derudover ses det ikke, at overenskomstparterne er tillagt kompetencer med hensyn til den tidsmæssige udformning af udsendelsesperioden. I dette tilfælde er AÜG's § 1, stk. 1b, tredje punktum, i den affattelse, der er gældende fra den 1. april 2017, i strid med artikel 1 i direktiv 2008/104.

[Udelades]

ARBEJDSDOKUMENT