

Sag C-311/21

Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement

Dato for indlevering:

18. maj 2021

Forelæggende ret:

Bundesarbeitsgericht (Tyskland)

Afgørelse af:

16. december 2020

Sagsøger, appellant og revisionsappellant:

CM

Sagsøgt, appelindstævnt og revisionsindstævnt:

TimePartner Personalmanagement GmbH

Hovedsagens genstand

Vikararbejde, kollektive overenskomster, princippet om ligebehandling

Genstand og retsgrundlag for forelæggelsen

Fortolkning af EU-retten, artikel 267 TEUF

Præjudicielle spørgsmål

1. Hvorledes defineres begrebet »den generelle beskyttelse af vikaransatte« i artikel 5, stk. 3, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/104/EF af 19. november 2008 om vikararbejde, og omfatter det navnlig mere end den beskyttelse, som i henhold til den nationale lovgivning og EU-retten ufravigeligt kræves for alle arbejdstageres vedkommende?
2. Hvilke betingelser og kriterier skal være opfyldt, for at det kan antages, at bestemmelserne i en kollektiv overenskomst vedrørende vikaransattes arbejds- og

ansættelsesvilkår, der afviger fra princippet om ligebehandling, som er fastsat i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2008/104/EF, respekterer den generelle beskyttelse af vikaransatte?

a) Skal der ved prøvelsen af, om den generelle beskyttelse er respekteret – abstrakt – tages udgangspunkt i de overenskomstmæssige arbejdsvilkår for de vikaransatte, der er omfattet af en sådan kollektiv overenskomsts anvendelsesområde, eller kræves der en sammenlignende vurdering af de overenskomstmæssige arbejdsvilkår og de arbejdsvilkår, der gælder i den virksomhed, til hvilken de vikaransatte udsendes (brugervirksomheden)?

b) I tilfælde af en afvigelse fra princippet om ligebehandling med hensyn til aflønning indebærer kravet i artikel 5, stk. 3, i direktiv 2008/104/EF om, at den generelle beskyttelse skal respekteres, da, at der eksisterer et tidsubegrænset ansættelsesforhold mellem vikarbureauet og den vikaransatte?

3. Skal den nationale lovgiver fastsætte de betingelser og kriterier, som arbejdsmarkedets parter skal overholde for at respektere den generelle beskyttelse af vikaransatte, som omhandlet i artikel 5, stk. 3, i direktiv 2008/104/EF, når denne lovgiver giver parterne mulighed for at indgå kollektive overenskomster, der indeholder bestemmelser vedrørende vikaransattes arbejds- og ansættelsesvilkår, som afviger fra kravet om ligebehandling, og det nationale overenskomstsystem indeholder krav, hvorefter der kan forventes en rimelig balance mellem parternes interesser (den såkaldte garanti for kollektive overenskomsters retmæssighed)?

4. Såfremt det tredje spørgsmål besvares bekræftende:

a) Er kravet om, at den generelle beskyttelse af vikaransatte som omhandlet i artikel 5, stk. 3, i direktiv 2008/104/EF skal respekteres, opfyldt med lovbestemmelser, der som Arbeitnehmerüberlassungsgesetz [lov om ordning for vikararbejde] i den affattelse, der har været gældende siden den 1. april 2017, indeholder en nedre løngrænse for vikaransatte, en maksimal varighed af udsendelse til en og samme brugervirksomhed, en tidsmæssig begrænsning af afvigelsen fra princippet om ligebehandling med hensyn til aflønningen, ugyldighed af en overenskomstmæssig ordning, der afviger fra princippet om ligebehandling, for vikaransatte, der inden for de sidste seks måneder før udsendelsen til brugervirksomheden er fratrådt hos denne eller hos en arbejdsgiver, der indgår i en koncern med brugervirksomheden, som omhandlet i § 18 i Aktiengesetz [lov om aktieselskaber], og en forpligtelse for brugervirksomheden til principielt at give vikaransatte adgang til de kollektive faciliteter (herunder navnlig kantine, børnepasnings- og transportfaciliteter) på de samme vilkår som dem, der gælder for fastansatte?

b) Såfremt dette spørgsmål besvares bekræftende:

Gælder dette i så fald også, når der i tilsvarende lovbestemmelser som i den affattelse af Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, der var gældende til og med den 31.

marts 2017, ikke er fastsat en tidsmæssig begrænsning af afvigelsen fra princippet om ligebehandling med hensyn til aflønningen, og kravet om, at udsendelsen kun må være »midlertidig«, ikke konkretiseres tidsmæssigt?

5. Såfremt det tredje spørgsmål besvares benægtende:

Kan de nationale retsinstanser i tilfælde af bestemmelser i kollektive overenskomster vedrørende arbejds- og ansættelsesvilkårene for vikaransatte, der afviger fra princippet om ligebehandling, i henhold til artikel 5, stk. 3, i direktiv 2008/104/EF, i ubegrænset omfang efterprøve disse kollektive overenskomster med henblik på, om afvigelserne respekterer den generelle beskyttelse af vikaransatte, eller kræver chartrets artikel 28 og/eller henvisningen til »arbejdsmarkedets parter uafhængighed« i 19. betragtning til direktiv 2008/104/EF, at arbejdsmarkedets parter med hensyn til respekten af den generelle beskyttelse af vikaransatte skal indrømmes en skønsmargen, som kun i begrænset omfang kan efterprøves ved domstolene, og – i bekræftende fald – hvor vid er denne skønsmargen?

Anførte EU-retlige forskrifter

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/104/EF af 19. november 2008 om vikararbejde, navnlig artikel 5

Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, navnlig artikel 28

Anførte nationale retsforskrifter

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Forbundsrepublikken Tysklands forfatning), navnlig artikel 9

Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (lov om ordning for vikarbureauer), navnlig §§ 3a, 8, 9 og 10 i den affattelse, der var gældende til og med den 31. marts 2017, og § 8 i den affattelse, der har været gældende siden den 1. april 2017

Tarifvertragsgesetz (lov om kollektive overenskomster), navnlig §§ 3, 4 og 4a

Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (lov om regulering af en generel mindsteløn), navnlig § 1

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne

- 1 Parterne er uenige om en yderligere lønbetaling på baggrund af vikaransattes ligestilling med hensyn til aflønning (»equal pay«) for månederne januar til april 2017. I denne periode var revisionsappellanten ansat som vikar hos den revisionsindstævnte, der udøver erhvervsmæssig vikarbureauvirksomhed, på

grundlag af en tidsbegrænset arbejdsaftale. Hun var udsendt til en detailhandelsvirksomhed og fik senest en timeløn på 9,23 EUR brutto. Revisionsappellanten er medlem af Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (servicesektorens fagforening, herefter »ver.di«), [revisionsindstævnte] er medlem af Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen (sammenslutning af tyske vikarbureauer, herefter »iGZ e. V.«). iGZ e. V. har indgået kollektive rammeoverenskomster, rammeaftaler om løn og lønoverenskomster med flere fagforeninger under Deutscher Gewerkschaftsbund (det tyske fagforeningsforbund, herefter »DGB«), deriblandt ver.di, som indeholder en afvigelse fra princippet om ligebehandling som fastsat i § 8, stk. 1, i lov om ordning for vikarbureauer og i § 10, stk. 4, første punktum, i den tidligere affattelse af lov om ordning for vikarbureauer, navnlig en lavere løn end den, som sammenlignelige fastansatte i brugervirksomheden får. Arbeitsgericht (arbejdsret, Tyskland) gav ikke revisionsappellanten medhold. Landesarbeitsgericht (regional appeldomstol i arbejdsretlige sager, Tyskland) tog ikke revisionsappellantens appel til følge. Med den iværksatte revisionsanke har revisionsappellanten opretholdt sine påstande, mens den revisionsindstævnte har nedlagt påstand om frifindelse for revisionspåstandene.

De væsentligste argumenter, der anføres af hovedsagens parter

- 2 Med sit søgsmål rejste revisionsappellanten krav om, at den revisionsindstævnte skulle betale 1 296,72 EUR som forskellen mellem hendes løn og den løn, som var blevet betalt til sammenlignelige fastansatte hos brugervirksomheden. Revisionsappellanten er af den opfattelse, at muligheden for at anvende overenskomster i lov om ordning for vikarbureauer og de kollektive overenskomster, der finder anvendelse på hendes ansættelsesforhold, er uforenelige med artikel 5 i direktiv 2008/104. Sammenlignelige fastansatte hos brugervirksomheden aflønnes i henhold til den kollektive aftale om lønninger for arbejdstagere inden for detailhandlen og fik i den omtvistede periode en timeløn på 13,64 EUR brutto. Den revisionsindstævnte har nedlagt påstand om frifindelse og har gjort gældende, at denne som følge af, at begge parter er bundet af lønoverenskomsten, kun er forpligtet til at betale den overenskomstmæssige løn, der er fastsat for vikaransatte.

Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen

- 3 Lov om ordning for vikarbureauer forpligter som udgangspunkt vikarbureauet til at betale vikaransatte samme løn, som brugervirksomheden betaler sammenlignelige fastansatte. Ifølge lov om ordning for vikarbureauer kan der afviges fra dette krav om ligestilling ved kollektiv overenskomst, såfremt overenskomsten ikke ligger under den mindstetimeløn, der er fastsat i en bekendtgørelse i henhold til § 3a, stk. 2, i lov om ordning for vikarbureauer, § 8, stk. 2, første punktum, i lov om ordning for vikarbureauer, og § 9, nr. 2, andet komma, i lov om ordning for vikarbureauer i dens tidligere affattelse. Følgelig

skal vikarbureauet kun betale vikaransatte den overenskomstmæssige løn, § 8, stk. 2, andet punktum, i lov om ordning for vikarbureauer, og § 10, stk. 4, andet punktum, i lov om ordning for vikarbureauer i dens tidligere affattelse. Kun såfremt denne løn er lavere end den mindsteløn, der er fastsat i en bekendtgørelse i henhold til § 3a, stk. 2, i lov om ordning for vikarbureauer, skal vikarbureauet for hver arbejdstime betale den vikaransatte den løn, som der i brugervirksomheden skal betales en sammenlignelig ansat hos brugervirksomheden for en arbejdstime, § 8, stk. 2, fjerde punktum, i lov om ordning for vikarbureauer, og § 10, stk. 4, tredje punktum, i lov om ordning for vikarbureauer i dens tidligere affattelse.

- 4 Med udgangspunkt heri kan revisionsappellanten ikke kræve yderligere løn for den periode, hvori hun var udsendt til brugervirksomheden, på baggrund af equal pay. I så fald er hendes søgsmål ugrundet, og hendes revisionsanke skal forkastes. Ifølge de tyske overenskomstbestemmelser er revisionsappellanten og den revisionsindstævnte som følge af deres medlemsskab af de forbund, der indgår overenskomst, med direkte og ufravigelig virkning bundet af de kollektive overenskomster, som disse forbund har indgået vedrørende vikarbranchen, § 3, stk. 1, og § 4, stk. 1, i lov om kollektive overenskomster. Disse kollektive overenskomster, der afviger fra princippet om ligestilling, er – i al fald for så vidt de på arbejdstagerside er indgået af ver.di – gyldige.
- 5 Parterne i de kollektive overenskomster for vikarbranchen, der finder anvendelse på ansættelsesforholdet, dvs. iGZ e. V. og de fagforeninger, der er medlemmer af DGB, deriblandt ver.di, har beføjelse til at indgå overenskomster. iGZ e. V. og ver.di har kompetence til at indgå overenskomster for vikarbranchen. I det omtvistede tilfælde er det tilstrækkeligt, at de kollektive overenskomster, der er relevante for vikaransættelsesforholdet mellem parterne, er gyldige mellem iGZ e. V. og ver.di, eftersom ver.di har kompetence til indgå overenskomst for erhvervsmæssig vikarbureauvirksomhed.
- 6 De kollektive overenskomster, der afviger fra princippet om ligestilling, lå ikke under den mindstetimeløn, der er fastsat i en bekendtgørelse i henhold til § 3a, stk. 2, i lov om ordning for vikarbureauer, jf. § 8, stk. 1, første punktum, i lov om ordning for vikarbureauer, og § 9, nr. 2, andet komma, i lov om ordning for vikarbureauer i dens tidligere affattelse. I den omtvistede periode fandtes der ikke sådanne. I den anden bekendtgørelse om en nedre løngrænse i vikarbranchen, som trådte ud af kraft den 31. december 2016, var der senest fastsat en mindstetimeløn på 9,00 EUR brutto. I den tredje bekendtgørelse om en nedre løngrænse i vikarsektoren, som trådte i kraft den 1. juni 2017, blev der med virkning fra dette tidspunkt fastsat en mindstetimeløn på 9,23 EUR brutto. Begge grænser lå ikke under den lønftale for vikararbejde i affattelsen af 30. november 2016, der var gældende for vikaransættelsesforholdet og den omtvistede periode.
- 7 Såfremt den nationale ordning om afvigelse fra princippet om ligestilling ved kollektiv overenskomst – som revisionsappellanten har gjort gældende – ikke er forenelig med EU-retten, kan revisionsappellanten på baggrund af equal pay have

krav på yderligere løn under hendes udsendelse til brugervirksomheden, for så vidt et muligt krav vedrørende månederne januar og februar 2017 ikke er bortfaldet ifølge en bestemmelse om præklusive frister i arbejdsaftalen, hvorfor revisionsappellants søgsmål i det mindste delvist vil være begrundet, og hun skal have medhold i sin revisionsanke i så henseende.

- 8 Hvis der ikke forelå en gyldig afvigelse fra princippet om ligestilling, vil den revisionsindstævnte være forpligtet til at betale revisionsappellanten den løn, som en sammenlignelig fastansat hos brugervirksomheden fik i den omtvistede periode, i den periode, hvor hun var udsendt til brugervirksomheden. Ud fra et nationalt synspunkt er den vikaransattes ret til samme løn et lovbestemt lønkrav, der korrigerer den overenskomstsmæssige lønaftale, idet denne ret stiftes ved hver udsendelse og i hvert enkelt tilfælde gælder for udsendelsesperioden.
- 9 Med hensyn til størrelsen af kravet om samme løn har revisionsappellanten anført, at sammenlignelige fastansatte i den omtvistede periode fik en timeløn på 13,64 EUR for det samme arbejde. Såfremt den revisionsindstævnte ikke havde ret til at afvige fra princippet om ligestilling, er den revisionsindstævnte i henhold til § 8, stk. 1, andet punktum, i lov om ordning for vikarbureauer, og § 10, stk. 4, første og fjerde punktum, i lov om ordning for vikarbureauer i dens tidligere affattelse forpligtet til at efterbetale revisionsappellanten forskelsbeløbet for hendes arbejdstimer hos brugervirksomheden.
- 10 Såfremt den revisionsindstævnte ikke havde ret til at afvige fra princippet om ligestilling, skal der optages bevis i en ny appelsag. Dette vedrører dog kun størrelsen af en yderligere lønbetaling. Med hensyn til det fremsatte kravs begrundelse er det afgørende spørgsmål, som kun kan besvares af Domstolen, navnlig vedrørende artikel 5, stk. 3, i direktiv 2008/104. Disse er således relevante for sagens afgørelse.

Uddybning af de præjudicielle spørgsmål

Det første spørgsmål

- 11 Artikel 5, stk. 3, i direktiv 2008/104, som den nationale lovgiver har benyttet sig af i forbindelse med den nationale regel om afvigelse fra princippet om ligestilling ved kollektive overenskomster, tillader arbejdsmarkedets parter at afvige fra de væsentlige arbejds- og ansættelsesvilkår, der er anført i direktivets artikel 5, stk. 1, »samtidig med at den generelle beskyttelse af vikaransatte respekteres«. De væsentlige arbejds- og ansættelsesvilkår er defineret i artikel 3, stk. 1, litra f), i direktiv 2008/104. Det fremgår ikke af direktivet, hvilke betingelser der skal være opfyldt, for at den generelle beskyttelse af de vikaransatte kan anses for at være respekteret i tilstrækkelig grad. I denne forbindelse er spørgsmålet navnlig, om »den generelle beskyttelse af vikaransatte« skal sidestilles med den beskyttelse, som i henhold til den nationale lovgivning og EU-retten gælder principielt som ufravigelige krav for alle arbejdstagere, uanset om de er fastansatte eller

vikaransatte (f.eks. beskyttelse mod opsigelse, barselsorlov, mindsteløn, fortsat udbetaling af løn i visse tilfælde, beskyttelse af arbejdstiden, særlige krav med hensyn til tidsbegrænsede stillinger, beskyttelse af svært handicappede osv.), eller om direktivet med »den generelle beskyttelse af vikaransatte« omfatter mere, f.eks. tager sigte på en specifik særbeskyttelse af vikaransatte.

Det andet spørgsmål

- 12 Når arbejdsmarkedets parter indgår kollektive overenskomster, der indeholder bestemmelser, som med hensyn til vikaransattes væsentlige arbejds- og ansættelsesvilkår afviger fra princippet om ligebehandling som omhandlet i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2008/104/EF, skal det afklares, hvilke betingelser og kriterier der skal være opfyldt, for at det kan antages, at afvigelserne fra princippet om ligebehandling respekterer den generelle beskyttelse af vikaransatte.
- 13 I denne forbindelse er spørgsmålet for det første, hvilket kriterium der skal anvendes. Skal der alene lægges vægt på arbejdsvilkårene for de vikaransatte, der er reguleret ved en kollektiv overenskomst, og skal det prøves, om disse respekterer en generel beskyttelse af de vikaransatte – hvori denne end må bestå? Eller skal de (væsentlige) arbejdsvilkår, som er gældende i brugervirksomheden for de fastansatte, dvs. de arbejdstagere, som er ansat direkte af brugervirksomheden på den samme arbejdsplads, inddrages ved vurderingen af, om afvigelsen fra princippet om ligebehandling ved kollektiv overenskomst respekterer den generelle beskyttelse af vikaransatte?
- 14 I 15. betragtning til direktiv 2008/104 anføres det, at arbejdsaftaler uden tidsbegrænsning er den almindelige form for ansættelsesforhold og yder en »særlig beskyttelse«. Spørgsmålet er derfor, om kravet om, at den generelle beskyttelse af vikaransatte som omhandlet i artikel 5, stk. 3, i direktiv 2008/104/EF skal respekteres, også indebærer, at en afvigelse fra princippet om ligebehandling med hensyn til aflønningen – ligesom det er fastsat i direktivets artikel 5, stk. 2 – kun er mulig, såfremt der eksisterer et tidsbegrænset ansættelsesforhold mellem vikarbureauet og den vikaransatte, eller om en afvigelse også er mulig i tidsbegrænsede ansættelsesforhold? Det kunne tale for sidstnævnte mulighed, at artikel 5, stk. 3, i direktiv 2008/104 i modsætning til bestemmelsens stk. 2 ikke er begrænset til tidsbegrænsede ansættelsesforhold, og at der som yderligere regel er fastsat, at den generelle beskyttelse skal respekteres.

Det tredje spørgsmål

- 15 Den tyske lovgiver har i lov om ordning for vikarbureauer gjort brug af muligheden for at afvige fra princippet om ligebehandling, som er hjemlet i artikel 5, stk. 3, i direktiv 2008/104. Henset til 19. betragtning til direktivet, hvorefter arbejdsmarkedets parter uafhængighed ikke berøres, fremgår det heller ikke af selve direktivet, om den nationale lovgiver i et sådant tilfælde skal fastsætte de betingelser og kriterier, som arbejdsmarkedets parter skal overholde for at

respektere den generelle beskyttelse af vikaransatte, når de afviger fra princippet om ligebehandling, eller om det er op til arbejdsmarkedets parter at sørge for at respektere den generelle beskyttelse af vikaransatte, når der indgås kollektive overenskomster for vikarbranchen.

- 16 Sidstnævnte ville tage hensyn til 19. betragtning til direktiv 2008/104, hvorefter direktivet hverken berører arbejdsmarkedets parters uafhængighed eller forholdet mellem dem, herunder retten til at forhandle og indgå kollektive overenskomster i overensstemmelse med national lov og praksis under overholdelse af gældende fællesskabsret. Denne ret er desuden beskyttet ved chartrets artikel 28. En sådan fortolkning ville være i overensstemmelse med tysk forfatningsret og de tyske overenskomstbestemmelser. I henhold hertil har arbejdsmarkedets parter som selvstændige indehavere af grundlæggende rettigheder en vid skønsmargen ved udøvelsen af deres normative beføjelse i medfør af aftalefriheden, som er beskyttet ved forfatningens artikel 9, stk. 3. Deres skøn har desuden fortrinsret med hensyn til at vurdere de faktiske forhold, de berørte interesser og konsekvenserne af bestemmelserne. De råder endvidere over en skønsmargen med hensyn til den indholdsmæssige udformning af bestemmelserne. Kollektive overenskomsters retmæssighed er ifølge tysk arbejdsret principielt garanteret.
- 17 Bundesarbeitsgericht (forbundsdomstol i arbejdsretlige sager, Tyskland) stiller høje krav til en arbejdstagerorganisations beføjelse til at indgå overenskomster og har forhindret et muligt misbrug af afvigelsen fra princippet om ligestilling ved kollektiv overenskomst ved hjælp af arbejdstagerorganisationer med et nært forhold til arbejdsgiversiden. Dermed er det reelt kun de fagforeninger, som er organiseret i Deutscher Gewerkschaftsbund, der på nuværende tidspunkt kan komme i betragtning som overenskomstpart i vikarbranchen. Deres gennemslagskraft forringes heller ikke som følge af den lave organisationsgrad blandt vikaransatte, idet vikarbureauerne tværtimod netop er afhængige af disse fagforeninger med henblik på afvigelser fra princippet om ligestilling.

Det fjerde spørgsmål

- 18 Såfremt Domstolen besvarer det tredje spørgsmål bekræftende, opstår spørgsmålet, om den tyske lovgiver med bestemmelserne om begrænsning af afvigelserne fra princippet om ligebehandling ved kollektive overenskomster i lov om ordning for vikarbureauer i den affattelse, som har været gældende siden den 1. april 2017, i tilstrækkeligt omfang har sørget for, at den generelle beskyttelse af vikaransatte respekteres. I den aktuelle affattelse af lov om ordning for vikarbureauer findes de i spørgsmål 4 a) beskrevne lovbestemte begrænsninger af forskelsbehandlingen mellem vikaransatte og fastansatte i § 1, stk. 1 b (maksimalt 18 måneders udsendelse til den samme brugervirksomhed), § 8, stk. 2, første punktum (nedre løngrænse i medfør af en bekendtgørelse om mindstetimeløn), § 8, stk. 3 (udelukkelse af ugunstig behandling af vikaransatte, der inden for de sidste seks måneder før udsendelsen til brugervirksomheden er fratrådt et ansættelsesforhold hos denne eller hos en arbejdsgiver, der indgår i en koncern

med brugervirksomheden, såkaldt »svingdørsklausul«), § 8, stk. 4 (tidsmæssig begrænsning af afvigelsen fra kravet om ligestilling med hensyn til aflønning) og § 13b (vikaransattes adgang til brugervirksomhedens kollektive faciliteter). I litteraturen antages det ofte, at den generelle beskyttelse af vikaransatte dermed er respekteret i tilstrækkelig grad, særligt da de i henhold til § 1, stk. 1 og 3, i lov om regulering af en generel mindsteløn har krav på den lovbestemte mindsteløn, såfremt denne er højere end mindstetimelønnen som fastsat i henhold til lov om ordning for vikarbureauer. Spørgsmål 4 b) tager højde for lov om ordning for vikarbureauer i den affattelse, der var gældende til og med den 31. marts 2017, hvori der ikke var fastsat en tidsmæssig begrænsning af afvigelsen fra princippet om ligebehandling med hensyn til aflønningen og ej heller en tidsmæssig konkretisering af kravet om, at udsendelsen kun må være »midlertidig«.

Det femte spørgsmål

- 19 Såfremt Domstolen besvarer det tredje spørgsmål benægtende, og det (alene) påhviler arbejdsmarkedets parter at respektere den generelle beskyttelse af vikaransatte som omhandlet i artikel 5, stk. 3, i direktiv 2008/104 ved indgåelsen af kollektive overenskomster, der afviger fra princippet om ligebehandling, skal det afklares, i hvilket omfang de nationale retsinstanser kan efterprøve, om kollektive overenskomster i tilstrækkeligt omfang respekterer den generelle beskyttelse af vikaransatte. På grundlag af princippet om kollektive overenskomsters retmæssighed indrømmer den nationale lovgivning overenskomstparterne en vid skønsmargin med hensyn til den indholdsmæssige udformning af en ordning, som kun i begrænset omfang kan efterprøves ved domstolene. Overenskomstparterne er navnlig ikke forpligtet til i det enkelte tilfælde at vælge den mest hensigtsmæssige, fornuftige eller retfærdige løsning.
- 20 EU-retligt set kan henvisningen til »arbejdsmarkedets parters uafhængighed« i 19. betragtning til direktiv 2008/104 og aftalefriheden, der er beskyttet i chartrets artikel 28, tale for, at de nationale arbejdsmarkedsparter har en betydelig skønsmargin, ikke mindst i betragtning af, at deres ret til at fastsætte arbejds- og ansættelsesvilkårene for vikaransatte i henhold til 16. betragtning til direktiv 2008/104 har til formål at tilgodese arbejdsmarkedernes og arbejdsmarkedsrelationernes forskellighed. På baggrund af 16. og 19. betragtning til direktiv 2008/104 og chartrets artikel 28 anføres det i litteraturen, at bestemmelser i kollektive overenskomster, der afviger fra princippet om ligebehandling, også højst kan gøres til genstand for en meget begrænset prøvelse ved domstolene. Hvilken rækkevidde et sådant skøn har, hvorvidt det også gælder med hensyn til spørgsmålet, om den generelle beskyttelse af vikaransatte er respekteret, og – i bekræftende fald – i hvilket omfang det konkret er udelukket fra domstolskontrol, fremgår ikke med tilstrækkelig klarhed af direktiv 2008/104 og er ikke afklaret.