

**Sag C-427/21****Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement****Dato for indlevering:**

14. juli 2021

**Forelæggende ret:**

Bundesarbeitsgericht (Tyskland)

**Afgørelse af:**

16. juni 2021

**Sagsøger:**

LD

**Sagsøgt:**

ALB FILS KLINIKEN GmbH

**Hovedsagens genstand**

Twisten mellem parterne drejer sig om sagsøgerens forpligtelse til permanent at udføre sin arbejdsydelse i henhold til kontrakten hos en tredjemand, efter at vedkommendes opgaveområde er blevet overført til denne.

**Genstand og retsgrundlag for forelæggelsen**

Fortolkning af EU-retten, artikel 267 TEUF

**Præjudicielle spørgsmål**

- 1) Finder artikel 1, stk. 1 og 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/104/EF af 19. november 2008 om vikararbejde anvendelse, hvis en arbejdstagers opgaver – som fastsat i § 4, stk. 3, i Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (overenskomst for den offentlige tjeneste »TVöD«) – overføres til en tredjemand, og denne arbejdstager, når ansættelsesforholdet med den hidtidige arbejdsgiver fortsat består, på dennes forlangende

permanent skal udføre arbejdsydelsen i henhold til ansættelseskontrakten hos tredjemanden og i denne forbindelse er underlagt tredjemandens faglige og organisatoriske instruktionsbeføjelse?

2) Såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende:

Er det foreneligt med beskyttelsesformålet med direktiv 2008/104/EF, hvis tilrådighedsstillelsen af personale som omhandlet i TVöD's § 4, stk. 3, undtages fra anvendelsesområdet for de nationale beskyttelsesbestemmelser i forbindelse med udsendelse af vikarer, som det sker ved § 1, stk. 3, nr. 2b, i Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (lov om ordning for vikarbureauer, herefter »AÜG«), således at disse beskyttelsesbestemmelser ikke finder anvendelse på tilfælde af tilrådighedsstillelse af personale?

### **Anførte EU-retlige bestemmelser**

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/104/EF af 19. november 2008 om vikarbejde, navnlig artikel 1, stk. 1 og 2, artikel 2 og artikel 3, litra a) - e)

### **Anførte nationale bestemmelser**

Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) im Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) (overenskomst for den offentlige tjeneste (TVöD) på de kommunale arbejdsgiversammenslutningers område (VKA), herefter »TVöD«) – Almindelig del – af 13. september 2005, navnlig § 4, stk. 3, og protokolerklæringen vedrørende denne bestemmelse

TVöD's § 4, stk. 3, er affattet således:

»Såfremt de ansattes opgaver overføres til en tredjemand, skal arbejdsydelsen i henhold til kontrakten på arbejdsgiverens forlangende udføres hos tredjemanden, når ansættelsesforholdet fortsat består (tilrådighedsstillelse af personale).«

I protokolerklæringen vedrørende denne bestemmelse anføres:

»Tilrådighedsstillelse af personale er – idet det eksisterende ansættelsesforhold fortsætter – permanent beskæftigelse hos en tredjemand. [...]«

Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (lov om ordning for vikarbureauer, herefter »AÜG«) af 7. august 1972 som ændret ved bekendtgørelse af 3. februar 1995 (BGBl. I, s. 158), senest ændret ved lov af 13. marts 2020 (BLBl. I, s. 493), navnlig § 1, stk. 3, nr. 2b, som fastsætter følgende:

»Denne lov finder [...] ikke anvendelse på udsendelse af vikarer

[...]

2b. mellem arbejdsgivere, hvis en arbejdstagers opgaver overføres fra den hidtidige til den anden arbejdsgiver og, på grundlag af en overenskomstaftale på det offentlige område,

- a) ansættelsesforholdet med den hidtidige arbejdsgiver fortsat består og
- b) arbejdsydelsen fremover udføres hos den anden arbejdsgiver

[...]«

### **Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen**

- 1 Sagsøgeren har været ansat hos sagsøgte siden april 2000. Sagsøgte, som er privatretligt organiseret, driver et sygehus. Sagsøgtes ansvarlige og eneste selskabsdeltager er Landkreis G, et offentligretligt organ. Sagsøgte har ikke den tilladelse til at udsende vikarer, som er påkrævet efter national ret. Parternes ansættelsesforhold er omfattet af Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst in der für kommunale Arbeitgeber geltenden Fassung (overenskomst for den offentlige tjeneste i den for kommunale arbejdsgivere gældende affattelse, herefter »TVöD«).
- 2 I juni 2018 udskilte sagsøgte flere områder, som også sagsøgerens arbejdsplads hører til, til det nystiftede selskab A Service GmbH. Denne virksomhed er et helejet datterselskab af sagsøgte. Sagsøger gjorde brug af sin ret i henhold til national ret til at gøre indsigelse mod, at den pågældendes ansættelsesforhold overgik til A Service GmbH.
- 3 På grund af indsigelsen består det mellem sagsøgeren og sagsøgte aftalte ansættelsesforhold fortsat med det hidtidige indhold. Siden juni 2018 har sagsøgeren imidlertid udført sin arbejdsydelse i henhold til kontrakten hos A Service GmbH, som har den faglige og organisatoriske instruktionsbeføjelse i forhold til sagsøgeren. Retsgrundlaget for dette er en tilrådighedsstilling i henhold til TVöD's § 4, stk. 3. Sagsøgerens arbejdsindsats hos A Service GmbH har permanent karakter.
- 4 Sagsøgeren har nedlagt påstand om, at det fastslås, at han ikke er forpligtet til at udføre sin arbejdsydelse i henhold til kontrakten inden for rammerne af en tilrådighedsstilling af personale som omhandlet i TVöD's § 4, stk. 3, hos A Service GmbH. Han gør gældende, at hans placering hos A Service GmbH er i strid med EU-retten. Tilrådighedsstilling af personale som omhandlet i TVöD's § 4, stk. 3, er en permanent udsendelse af vikarer og dermed ulovlig i henhold til direktiv 2008/104.
- 5 Sagsøgte blev frifundet i første og anden instans. Den forelæggende ret træffer afgørelse i sagsøgerens revisionsankesag.

## Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen

- 6 Ifølge national ret er tilrådighedsstillelse af personale lovlig. Den er i henhold til AÜG's § 1, stk. 3, nr. 2b, undtaget fra anvendelsesområdet for AÜG, som tjener til gennemførelse af direktiv 2008/104. Sagens afgørelse afhænger derfor af, om tilrådighedsstillelse af personale som omhandlet i TVöD's § 4, stk. 3, overhovedet udgør en udsendelse af vikarer som omhandlet i direktiv 2008/104, og, såfremt Domstolen besvarer dette bekræftende, om undtagelsen af tilrådighedsstillelse af personale fra AÜG's anvendelsesområde ved AÜG's § 1, stk. 3, nr. 2b, er forenelig med direktivets artikel 1, stk. 1 og 2, samt artikel 2.

### *Det første spørgsmål*

- 7 Med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt det foreliggende tilfælde er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2008/104, har den forelæggende ret for det første bemærket, at tilrådighedsstillelse af personale i henhold til TVöD's § 4, stk. 3, ifølge bestemmelserne i direktiv 2008/104 ganske vist begrebsmæssigt kan udgøre en udsendelse af vikarer. Det er imidlertid også muligt, at tilrådighedsstillelse af personale på grund af sine egenskaber og det formål, der forfølges med den, som består i at sikre ansættelsesforholdets indhold og beståen for den arbejdstager, der er berørt af en permanent overførsel af opgaver, herunder de eksisterende ansættelses- og overenskomstmæssige bestemmelser, afviger i så afgørende grad fra den forestilling om vikararbejde, der ligger til grund for direktiv 2008/104, at den ikke er omfattet af direktivets anvendelsesområde.
- 8 Instrumentet »tilrådighedsstillelse af personale« som omhandlet i TVöD's § 4, stk. 3, giver arbejdstageren mulighed for at fortsætte ansættelsesforholdet med sin kontraktmæssige arbejdsgiver med det hidtidige kontraktindhold og på de hidtidige ansættelsesvilkår. Tilrådighedsstillelse af personale som omhandlet i TVöD's § 4, stk. 3, vedrører dermed udelukkende arbejdstagere i faste ansættelsesforhold, hvis opgaver overgår til en tredjemand, og tjener til at sikre, at deres ansættelsesforhold fortsat består, og til at sikre deres ansættelsesvilkår.
- 9 Efter den forelæggende rets opfattelse kan det også tale imod anvendelsen af direktiv 2008/104 på tilrådighedsstillelse af personale som omhandlet i TVöD's § 4, stk. 3, at de arbejdstagere, der er berørt af en tilrådighedsstillelse af personale, oprindeligt blev ansat til at udføre arbejdsgiverens egne opgaver og eventuelt – som i sagsøgerens tilfælde – har varetaget disse gennem mange år. Ansættelsesforholdet blev altså netop ikke, som fastsat i artikel 3, stk. 1, litra c), i direktiv 2008/104, indgået med det formål at udsende arbejdstageren til en brugervirksomhed.
- 10 Det kan også tale imod, at direktiv 2008/104 finder anvendelse på tilrådighedsstillelse af personale som omhandlet i TVöD's § 4, stk. 3, at denne netop har permanent karakter. Den har til formål at give den arbejdstager, der er berørt af et permanent bortfald af den pågældendes opgaveområde hos den kontraktmæssige arbejdsgiver, beskyttelse og sikkerhed, idet den pågældende

undgår risikoen for at miste arbejdspladsen eller for at skifte arbejdsgiver med de ulemper, der kan være forbundet med dette. Ifølge Domstolens praksis er udsendelse af en arbejdstager til en brugervirksomhed som omhandlet i direktiv 2008/104 i sin natur midlertidig, og medlemsstaterne er forpligtet til at sikre, at vikararbejdet hos en og samme brugervirksomhed ikke ender med at blive en permanent situation for den vikaransatte (dom af 14.10.2020, KG (successive udsendelser i forbindelse med vikararbejde), C-681/18, EU:C:2020:823). Udformningen af tilrådgighedsstillelse af personale kan udelukke risikoen for, at direktivet omgås ved successive udsendelser, og dermed udelukke misbrug. I så fald er det muligt, at det til forskel fra vikararbejde som omhandlet i direktiv 2008/104 ikke er nødvendigt at begrænse varigheden af tilrådgighedsstillelse af personale for at modvirke misbrug fra arbejdsgiverens side til ulempe for den udsendte arbejdstager. En sådan begrænsning ville tværtimod devaluere den beskyttelse, som er formålet med tilrådgighedsstillelsen af personale.

- 11 Endelig er det ikke klart, om tilrådgighedsstillelse af personale som omhandlet i TVöD's § 4, stk. 3, opfylder kriteriet om den kontraktmæssige arbejdsgivers »økonomiske aktivitet«, som forudsættes i artikel 1, stk. 2, i direktiv 2008/104. Ifølge Domstolens praksis er økonomisk aktivitet som omhandlet i artikel 1, stk. 2, i direktiv 2008/104 enhver aktivitet, der består i at udbyde varer eller tjenesteydelser på et givet marked (dom af 17.11.2016, Betriebsrat der Ruhrlandklinik, C-216/15, EU:C:2016:883, præmis 44, af 23.2.2016, Kommissionen mod Ungarn (C-179/14, EU:C:2016:108, præmis 149, og af 1.7.2008, MOTOE, C-49/07, EU:C:2008:376, præmis 22). Ifølge ordlyden i artikel 1, stk. 2, i direktiv 2008/103 er den manglende forfølgelse af et erhvervmæssigt formål fra den udsendende virksomheds side ganske vist ikke til hinder for en økonomisk aktivitet, hvilket kan tale for, at direktiv 2008/104 også omfatter tilrådgighedsstillelse af personale. Desuden betales der i forbindelse med tilrådgighedsstillelse af personale normalt af tredjemanden en økonomisk godtgørelse, der i hvert fald dækker personaleomkostningerne og administrationsomkostningerne (om dette kriterium jf. Domstolens dom af 17.11.2016, Betriebsrat der Ruhrlandklinik, C-216/15, EU:C:2016:883, præmis 45). Det er imidlertid ikke entydigt, om tilrådgighedsstillelse af personale udgør en aktivitet fra den kontraktmæssige arbejdsgivers side, som består i at tilbyde varer eller tjenesteydelser på et bestemt marked.

### *Det andet spørgsmål*

- 12 I tilfælde af, at Domstolen besvarer det første præjudicielle spørgsmål bekræftende, og tilrådgighedsstillelse af personale som omhandlet i TVöD's § 4, stk. 3, principielt er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2008/104, er der efter den forelæggende rets opfattelse behov for en præcisering af, om undtagelsen af tilrådgighedsstillelse af personale fra AÜG's anvendelsesområde, som sker ved AÜG's § 1, stk. 3, nr. 2b, på baggrund af det dermed tilstræbte mål om sikring af arbejdspladsen og ansættelsen er i overensstemmelse med direktivets beskyttelsesformål.

- 13 I denne forbindelse har den forelæggende ret for det første bemærket, at formålet med undtagelsen af tilrådighedsstillelse af personale som omhandlet i TVöD's § 4, stk. 3, fra AÜG's anvendelsesområde ifølge den nationale lovgivers forestillinger er at tage højde for den omstændighed, at tilrådighedsstillelse af personale skal anses for en særlig form for overførsel af opgaver og sker i de arbejdstageres interesse, som er berørt af opgaveoverførslen. Den nationale lovgiver lagde til grund, at der i forbindelse med tilrådighedsstillelserne ikke er behov for beskyttelse af arbejdstagerne ved AÜG, da de hidtidige ansættelsesvilkår fortsat er gældende, og de typiske risici i forbindelse med vikararbejde, navnlig høj usikkerhed om arbejdspladsen og udsendelse til konstant skiftende steder, ikke foreligger, men den arbejdstager, der stilles til rådighed, beholder sin hidtidige arbejdsgiver.
- 14 For det andet er det efter den forelæggende rets opfattelse ikke entydigt, om AÜG's § 1, stk. 3, nr. 2b, giver anledning til tvivl om opnåelsen af den beskyttelse, som er formålet med direktiv 2008/104. I henhold til 12. betragtning til direktiv 2008/104 opstiller dette direktiv en ramme for beskyttelse af vikaransatte, som er ikke-diskriminerende, gennemsigtig og står i rimeligt forhold til formålet, samtidig med at den respekterer arbejdsmarkedernes og arbejdsmarkedsrelationernes forskellighed. I henhold til dette beskyttelsesformål kan det være foreneligt med bestemmelserne i direktiv 2008/104 at undtage arbejdstagere, som i henhold til TVöD's § 4, stk. 3, stilles til rådighed for en tredjemand, fra AÜG's beskyttelsesbestemmelser, da denne form for udsendelse af personale i sig selv allerede tjener til at beskytte og sikre ansættelsesforhold og vilkårene herfor, og de strenge betingelser for at anvende denne bestemmelse modvirker risikoen for misbrug til skade for arbejdstagerne. Tværtimod kan de i AÜG fastsatte retsvirkninger til beskyttelse af vikarer (som eksempelvis at der opstår et ansættelsesforhold med brugervirksomheden) være i strid med de arbejdstageres interesser, som er udsendt inden for rammerne af en tilrådighedsstillelse af personale. Disse arbejdstageres behov for beskyttelse i forbindelse med overførsel af deres arbejdsopgaver skyldes netop ikke et usikkert ansættelsesforhold, men at deres ansættelsesforhold med den kontraktmæssige arbejdsgiver bringes i fare. Derfor sikrer tilrådighedsstillelse af personale, at ansættelsesforholdet fortsat består på permanent basis på de hidtidige overenskomstmæssige vilkår samtidig med, at aktiviteten fortsættes inden for det velkendte opgaveområde.