



Datum van inontvangstneming : 25/03/2025

Zaak C-136/25 [Pemak]ⁱ

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

13 februari 2025

Verwijzende rechter:

Bundesarbeitsgericht (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

1 oktober 2024

Verzoekende partij, verzoeker in hoger beroep, verzoeker tot en verweerder in *Revision*:

SO

Verwerende partij, verweerster in hoger beroep, verweerster in en verzoekster tot *Revision*:

G GmbH

BUNDESARBEITSGERICHT

9 AZR 264/23 (A)

10Sa 353/23

Landesarbeitsgericht

Hamm

Uitgesproken op

1 oktober 2024

BESLISSING

[OMISSIS]

ⁱ Dit is een fictieve naam, die niet overeenkomt met de werkelijke naam van enige partij in de procedure.

In de zaak

SO,

verzoeker, verzoeker in hoger beroep, verzoeker tot en verweerder in *Revision*,

pp.

G GmbH,

verweester, verweester in hoger beroep, verweester in en verzoekster tot
Revision,

heeft de Neunte Senat van het Bundesarbeitsgericht (hoogste federale rechter in arbeidszaken, Duitsland) na de terechtzitting op 1 oktober 2024 [OMISSIS] als volgt beslist:

- I. Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt verzocht om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU over de volgende vragen:
 1. Moeten bij de berekening van de maximale duur van terbeschikkingstelling die in het nationale recht is vastgesteld ter concretisering van het criterium „tijdelijk” in artikel 1, lid 1, van richtlijn 2008/104/EG, de vervreemder en de verkrijger altijd worden beschouwd als één enkele „inlenende onderneming” in de zin van artikel 3, lid 1, onder d), van richtlijn 2008/104/EG wanneer er sprake is van een overgang van onderneming?
 2. Indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord:

Moeten bij de berekening van de maximale duur van terbeschikkingstelling die in het nationale recht is vastgesteld ter concretisering van het criterium „tijdelijk” in artikel 1, lid 1, van richtlijn 2008/104/EG, de vervreemder en de verkrijger worden beschouwd als één enkele „inlenende onderneming” in de zin van artikel 3, lid 1, onder d), van richtlijn 2008/104/EG wanneer er sprake is van een overgang van onderneming, de vervreemder en de verkrijger tot hetzelfde concern behoren en een en dezelfde uitzendkracht zonder onderbreking ter beschikking wordt gesteld voor een en dezelfde functie?
 3. Indien de eerste en de tweede vraag ontkennend worden beantwoord:

Moet er bij de beoordeling of de duur nog steeds als „tijdelijk” kan worden beschouwd wanneer er sprake is van achtereenvolgende opdrachten van een en dezelfde uitzendkracht (artikel 5, lid 5, van richtlijn 2008/104/EG) rekening worden gehouden met de overgang van de inlenende onderneming? Indien dit wordt bevestigd: op welke wijze?

II. [OMISSIS] [opmerkingen over de nationale procedure]

Motivering

Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 1, lid 1, artikel 3, lid 1, onder d), en artikel 5, lid 5, van richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid.

A. Voorwerp van de procedure

Partijen zijn het onder meer oneens over de vraag of tussen hen een arbeidsverhouding is ontstaan wegens schending van de maximale duur van terbeschikkingstelling die is toegestaan krachtens § 9, lid 1, punt 1b, juncto § 10, lid 1, van het Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (wet op de terbeschikkingstelling van werknemers; hierna: „AÜG”).

Verweerster maakt deel uit van een groep ondernemingen die onder meer sanitairinstallaties vervaardigt. Als logistieke onderneming op de plaats van productie beschikt zij over een vestiging waar de producten worden verpakt, opgeslagen en klaargemaakt voor vervoer. De logistiek die voorheen door het productiebedrijf als onderdeel van een vestiging werd uitgevoerd, werd per 1 juli 2018 ondergebracht bij verweerster.

Verzoeker was van 16 juni 2017 tot en met 6 april 2022 als uitzendkracht in de logistiek belast met de commissioner van producten. Totdat het onderdeel van de vestiging werd overgedragen aan verweerster op 1 juli 2018, was het productiebedrijf de inlener.

Verzoeker heeft aangevoerd dat tussen partijen met ingang van 16 december 2018, subsidiair op latere data, een arbeidsverhouding is ontstaan wegens overschrijding van de wettelijke maximale duur van terbeschikkingstelling overeenkomstig § 10, lid 1, AÜG. Het productiebedrijf, als vervreemder, en verweerster, als verkrijger, moeten worden beschouwd als dezelfde inlener in de zin van de wet.

Verweerster heeft hier tegenin gebracht dat de maximale duur van terbeschikkingstelling bij overgang van het bedrijf van de inlener op een andere eigenaar opnieuw ingaat. Dit geldt volgens haar ook wanneer de uitzendkracht na

de overgang van de vestiging onveranderd in dezelfde functie werkzaam blijft. De maximale duur van de terbeschikkingstelling moet worden berekend met betrekking tot de juridische entiteit en niet met betrekking tot de vestiging. Verweerster betoogt voorts dat de maximaal toegestane duur van de terbeschikkingstelling ook niet is overschreden om de reden dat deze op grond van de Tarifvertrag zur Leih-/Zeitarbeit für die Metall- und Elektroindustrie Nordrhein-Westfalens (cao voor uitzendwerk/tijdelijk werk voor de metaal- en elektro-industrie van Nordrhein-Westfalen; hierna: „TV LeiZ”) door middel van bedrijfsakkoorden tot laatstelijk 48 maanden is verlengd. Als nevenonderneming van de metaalindustrie valt zij binnen de werkingssfeer van deze cao.

Het Arbeitsgericht (arbeidsrechter in eerste aanleg, Duitsland) heeft de vordering afgewezen. Naar aanleiding van het door verzoeker ingestelde hoger beroep heeft het Landesarbeitsgericht (arbeidsrechter in tweede aanleg, Duitsland) het vonnis van het Arbeitsgericht gewijzigd en onder meer vastgesteld dat tussen partijen sinds 16 juni 2021 een arbeidsverhouding bestaat. Tegen dit arrest hebben beide partijen beroep in *Revision* ingesteld.

B. Nationaal recht

I. Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (wet op de terbeschikkingstelling van werknemers)

§ 1 Terbeschikkingstelling van werknemers, vergunningplicht

1) [...] De terbeschikkingstelling van werknemers is tijdelijk, dat wil zeggen tot maximaal de in lid 1b vastgestelde duur, toegestaan. [...]

1b) De uitlener mag dezelfde uitzendkracht niet langer dan 18 opeenvolgende maanden ter beschikking stellen van dezelfde inlener; de inlener mag dezelfde uitzendkracht niet langer dan 18 opeenvolgende maanden in dienst hebben. De perioden waarin eerder door dezelfde of door een andere uitlener uitzendkrachten ter beschikking zijn gesteld van dezelfde inlener, dienen volledig in aanmerking te worden genomen indien tussen deze perioden telkens niet meer dan drie maanden liggen. Bij een collectieve arbeidsovereenkomst tussen de sociale partners binnen de bedrijfstak van de inlener kan een van de eerste volzin afwijkende maximale duur van terbeschikkingstelling worden overeengekomen. Binnen de werkingssfeer van een collectieve arbeidsovereenkomst in de zin van de derde volzin kunnen afwijkende contractuele bepalingen bij een zogenoemde Betriebs- oder Dienstvereinbarung (bedrijfs- of dienstakkoord) worden overgenomen in het bedrijf van een niet door een collectieve arbeidsovereenkomst gebonden inlener. Bij een op grond van een collectieve arbeidsovereenkomst door de sociale partners binnen de bedrijfstak van de inlener gesloten bedrijfs- of dienstakkoord kan een van de eerste volzin afwijkende maximale duur van terbeschikkingstelling worden overeengekomen. [...]

§ 9 Ongeldigheid

1) Ongeldig zijn:

[...]

- 1b. arbeidsovereenkomsten tussen uitlener en uitzendkracht waarbij de toegestane maximale duur van terbeschikkingstelling zoals bepaald in § 1, lid 1b, wordt overschreden, tenzij de uitzendkracht binnen een maand na de overschrijding van de toegestane maximale duur van terbeschikkingstelling tegenover de uitlener of de inlener schriftelijk verklaart dat hij vasthoudt aan de arbeidsovereenkomst met de uitlener, [...]

§ 10 Rechtsgevolgen bij ongeldigheid

- 1) Indien de overeenkomst tussen een uitlener en een uitzendkracht ongeldig is op grond van § 9, wordt aangenomen dat er een dienstverband tussen inlener en uitzendkracht tot stand is gekomen op het tussen de inlener en de uitlener voor het begin van de werkzaamheden beoogde tijdstip. Indien de overeenkomst pas ongeldig wordt nadat een begin is gemaakt met de werkzaamheden bij de inlener, wordt aangenomen dat het dienstverband tussen inlener en uitzendkracht tot stand is gekomen op het tijdstip waarop de ongeldigheid is ontstaan. [...]

II. Bürgerliches Gesetzbuch (burgerlijk wetboek; hierna: „BGB”)

§ 242 Uitvoering te goeder trouw

De schuldenaar is verplicht de prestatie te verrichten overeenkomstig het vereiste van goede trouw, rekening houdend met de erkende handelsgebruiken.

[...]

§ 613a Rechten en verplichtingen bij overgang van vestiging

- 1) Wanneer een vestiging of een onderdeel daarvan ten gevolge van een rechtshandeling overgaat op een andere eigenaar, treedt deze in de rechten en verplichtingen voortvloeiend uit de ten tijde van de overgang bestaande arbeidsverhoudingen. Voor zover deze rechten en verplichtingen worden beheerst door de bepalingen van een collectieve overeenkomst of door een bedrijfsakkoord, maken zij deel uit van de arbeidsverhouding tussen de nieuwe eigenaar en de werknemer en mogen zij niet eerder dan een jaar na de datum van overgang ten nadele van de werknemer worden gewijzigd. De tweede volzin is niet van toepassing, wanneer de rechten en verplichtingen bij de nieuwe eigenaar worden beheerst door de bepalingen van een andere

collectieve arbeidsovereenkomst of door een ander bedrijfsakkoord. Vóór het verstrijken van de in de tweede volzin genoemde termijn kunnen de rechten en verplichtingen worden gewijzigd, wanneer de collectieve overeenkomst of het bedrijfsakkoord niet langer van toepassing is, dan wel bij gebreke van wederzijdse gebondenheid aan een andere collectieve overeenkomst welke toepassing tussen de nieuwe eigenaar en de werknemer wordt overeengekomen.

2) De vorige werkgever is tezamen met de nieuwe eigenaar hoofdelijk aansprakelijk voor de in lid 1 bedoelde verplichtingen, voor zover deze zijn ontstaan vóór de datum van overgang en uiterlijk een jaar na deze datum moeten worden nagekomen. Voor zover deze verplichtingen moeten worden nagekomen na de datum van overgang, is de vorige werkgever echter slechts aansprakelijk in de omvang die overeenkomt met het op de datum van overgang verstreken gedeelte van het tijdvak waarop de verplichtingen betrekking hebben.

C. Toepasselijke Unierechtelijke bepalingen

Volgens de verwijzende rechter zijn de bepalingen van artikel 1, lid 1, artikel 3, lid 1, onder d), en artikel 5, lid 5, van richtlijn 2008/104/EG doorslaggevend.

D. Noodzaak van de beslissing van het Hof van Justitie

I. Verzoeker vordert onder meer dat wordt vastgesteld dat er sinds 16 december 2018 een arbeidsverhouding tussen partijen bestaat, subsidiair sinds 16 juni 2020 en meer subsidiair sinds 16 juni 2021.

II. Verduidelijkt moet worden of, en zo ja onder welke voorwaarden, de vervreemder en de verkrijger in het kader van de berekening van de duur van de terbeschikkingstelling bij overgang van een vestiging als „inlenende onderneming” in de zin van artikel 3, lid 1, onder d), van de richtlijn moeten worden beschouwd. Hiervan hangt af of de arbeidsverhouding met verweerster 18 maanden na de terbeschikkingstelling van verzoeker per 16 december 2018 is ontstaan of pas 18 maanden na overgang van het onderdeel van de vestiging per 1 januari 2020.

III. Verduidelijking is nodig, aangezien de maximale duur van terbeschikkingstelling zou zijn verlengd tot 48 maanden. Hiertegen verzet zich het feit dat de TV LeiZ, in eerste instantie in de versie van 2 februari 2017/22 mei 2017 (TV LeiZ 2017) en later in de versie van 8 november 2018 (TV LeiZ 2018), niet van toepassing is op de arbeidsverhouding. Verweerster valt niet binnen de werkingssfeer van de collectieve arbeidsovereenkomst. Zij verricht geen ondersteunende of nevenactiviteit in de zin van de collectieve arbeidsovereenkomst. De gedetailleerde motivering is niet relevant voor de beslissing van het Hof van Justitie en blijft derhalve voorbehouden aan de einduitspraak van de verwijzende rechter.

E. Toelichting op de prejudiciële vragen

I. Eerste vraag

Met de eerste vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of de vervreemder en de verkrijger in het kader van de berekening van de duur van de terbeschikkingstelling altijd moeten worden beschouwd als een „inlenende onderneming” in de zin van artikel 3, lid 1, onder d), van richtlijn 2008/104/EG. Indien het Hof deze vraag bevestigend beantwoordt, moet § 1, lid 1b, eerste volzin, AÜG in overeenstemming met het Unierecht aldus worden uitgelegd dat de vervreemder en de verkrijger „dezelfde inleners” zijn. In dat geval moeten de perioden van arbeid van de uitzendkracht in dezelfde vestiging vóór en na de overgang van de vestiging bij elkaar worden opgeteld.

1. Volgens § 10, lid 1, eerste volzin, AÜG komt er een dienstverband tussen de inlenende onderneming en de uitzendkracht tot stand wanneer de arbeidsovereenkomst tussen een uitlener en een uitzendkracht ongeldig is op grond van § 9 AÜG. De arbeidsovereenkomst kan onder meer op grond van § 9, lid 1, punt 1b, AÜG ongeldig zijn. Dit is het geval bij overschrijding van de krachtens § 1, lid 1b, AÜG toegestane maximale duur tenzij de werknemer binnen een maand na de overschrijding van de toegestane maximale duur van terbeschikkingstelling tegenover de uitlener of de inlener schriftelijk heeft verklaard dat hij vasthoudt aan de arbeidsovereenkomst met de uitlener. Op grond van § 1, lid 1b, eerste volzin, AÜG mag de uitlener dezelfde uitzendkracht niet langer dan 18 opeenvolgende maanden ter beschikking stellen van dezelfde inlener. § 1, lid 1b, eerste volzin, AÜG dient ter concretisering van het criterium „tijdelijk” in artikel 1, lid 1, van richtlijn 2008/104/EG.

2. Indien na de overgang van een vestiging een uitzendkracht in de overgedragen vestiging van de inlener wordt ingezet, rijst de vraag of de vervreemder van de vestiging en de verkrijger van de vestiging dezelfde inlener zijn in de zin van § 1, lid 1b, eerste volzin, AÜG. Dit wordt in de nationale rechtsliteratuur verschillend beoordeeld (*bevestigend: ErfK/Roloff 24e druk AÜG § 1 punt 50; Hamann NZA 2023, 1151; BeckOK ArbR/Kock 70e ed. 1 december 2023 AÜG § 1 punt 101a; Lembke NZA 2017, 1, 4; aA HK-AÜG/Ulrici 1e druk AÜG § 1 punt 93; Schüren/Hamann/Hamann 6e druk AÜG § 1 punt 311: alleen controle op misbruik in geval van herhaalde overdrachten van vestigingen*). De uitlegging van het begrip „dezelfde inlener” wijst op een formele opvatting volgens welke de vervreemder en de verkrijger niet dezelfde inlener zijn. Met name gelet op artikel 3, lid 1, onder d), van richtlijn 2008/104/EG is echter een andere uitlegging mogelijk.

a) De bewoordingen van de wet pleiten ervoor dat het bij dezelfde inlener gaat om de identieke rechtspersoon.

aa) Het wettelijke begrip „inlener” verwijst naar de inlenende onderneming die de uitzendovereenkomst sluit. De medecontractant kan alleen de (natuurlijke of

rechts-) persoon zelf zijn, en niet de vestiging die als zodanig geen rechtspersoonlijkheid heeft. § 1, lid 1b, eerste volzin, AÜG bepaalt verder dat de uitlener dezelfde uitzendkracht niet langer dan 18 opeenvolgende maanden ter beschikking mag stellen van „dezelfde” inlener. In de regel duidt de formulering „dezelfde” in het nationale recht op het vereiste van een formele identiteit van personen (*zie met betrekking tot § 14, lid 2, tweede volzin, TzBfG arrest van het BAG van 5 april 2023 – 7 AZR 224/22 – punt 17*). Deze bestaat niet tussen de vervreemder en de verkrijger van een vestiging.

bb) Dit staat er echter niet aan in de weg dat – voor zover het Unierecht dit vereist – bij de uitlegging van het begrip „dezelfde inlener”, gelet op het tijdelijke karakter van de terbeschikkingstelling van arbeidskrachten, rekening moet worden gehouden met de continuïteit van de situatie van terbeschikkingstelling in gevallen als de onderhavige en dat de perioden van terbeschikkingstelling bij de vervreemder en de verkrijger van de vestiging bij elkaar moeten worden opgeteld. Indien een uitzendkracht, na de overgang van een vestiging, wordt ingezet bij de inlenende vestiging die overgaat, verandert er niets voor hem. Vanuit het oogpunt van de uitzendkracht die in dezelfde vestiging blijft werken, gaat het om dezelfde inlener.

cc) Het doel van de wet, dat kan worden afgeleid uit de toelichting bij § 1, lid 1b, eerste volzin, AÜG, maakt zowel een formele opvatting van het begrip op basis van de identiteit van de persoon mogelijk als de beoordeling dat vervreemders en verkrijgers van een vestiging als dezelfde inlener moeten worden beschouwd. De wettelijke beperking van de duur van de terbeschikkingstelling strekt ertoe uitzendkrachten te beschermen doordat zij slechts voor een nauwkeurig afgebakende periode bij „dezelfde inlener” kunnen worden ingezet. Tegelijkertijd moet een permanente vervanging van vaste werknemers worden tegengegaan. De invoering van een duidelijke termijn van 18 maanden in § 1, lid 1b, eerste volzin, AÜG moet voor rechtszekerheid zorgen (BT-Drs. 18/9232 blz. 20).

b) Artikel 3, lid 1, onder d), van richtlijn 2008/104/EG zou in de weg kunnen staan aan een formele, op de juridische entiteit gebaseerde opvatting van het begrip „dezelfde inlener” en een beoordeling kunnen verlangen op basis van de inzet van de uitzendkracht in dezelfde vestiging.

aa) Aangezien de uitlegging van het begrip „inlenende onderneming” in de richtlijn bepalend is voor de wijze waarop het begrip „dezelfde inlener” in § 1, lid 1b, eerste volzin, AÜG moet worden begrepen, verzoekt de verwijzende rechter het Hof met zijn eerste vraag om beantwoording van de vraag of de vervreemder en de verkrijger in het kader van de berekening van een in het nationale recht vastgestelde maximale duur van terbeschikkingstelling ter concretisering van het criterium „tijdelijk” in artikel 1, lid 1, van richtlijn 2008/104/EG bij overgang van een vestiging altijd worden beschouwd als een „inlenende onderneming” in de zin van artikel 3, lid 1, onder d), van richtlijn 2008/104/EG. Deze bepaling definieert het toepassingsgebied van de richtlijn. Deze is van toepassing op werknemers met een arbeidsovereenkomst of

arbeidsverhouding met een uitzendbureau, die ter beschikking worden gesteld van inlenende ondernemingen om onder toezicht en leiding van genoemde ondernemingen tijdelijk te werken.

bb) Indien het Hof steeds een bepaalde persoon met rechtsbevoegdheid als inlenende onderneming zou beschouwen, dan zou de duur van de terbeschikkingstelling afzonderlijk moeten worden berekend aan de hand van de perioden van arbeid bij de vervreemder en de verkrijger van de vestiging. Voor deze uitlegging pleit het standpunt van het Hof dat uit de definitie van de begrippen „uitzendbureau”, „uitzendkracht”, „inlenende onderneming” en „opdracht” in artikel 3, lid 1, onder b) tot en met e), van richtlijn 2008/104/EG volgt dat de arbeidsverhouding met „een” inlenende onderneming naar haar aard tijdelijk is (*arrest van het Hof van 14 oktober 2020 – C-681/18 – [KG] punt 61*). In die zin heeft het Hof erkend dat de term „tijdelijk” niet wordt gebruikt ter omschrijving van de bij de inlenende onderneming te vervullen functie, maar van de wijze waarop een werknemer bij die onderneming ter beschikking wordt gesteld (*arrest van het Hof van 17 maart 2022 – C-232/20 – [Daimler] punt 31*).

cc) Indien de maximale duur van de terbeschikkingstelling in het geval van overgang van een vestiging steeds opnieuw zou beginnen, zou het echter kunnen gebeuren dat de uitzendkracht in dezelfde functie op dezelfde plaats in dezelfde vestiging niet meer slechts tijdelijk wordt ingezet. Aangezien het Hof veel belang hecht aan de bescherming van de uitzendkracht tegen een permanente terbeschikkingstelling (*arrest van het Hof van 17 maart 2022 – C-232/20 – [Daimler] punt 60 e.v.*), kan de verwijzende rechter niet uitsluiten dat de uitlegging van de richtlijn een berekening vereist op basis van de inzet van de uitzendkracht in dezelfde vestiging. Indien de perioden van arbeid bij de vervreemder en de verkrijger zouden moeten worden opgeteld, rijst echter de vraag of dit ertoe leidt dat richtlijn 2008/104/EG van toepassing is, dan wel of bij een langere dan slechts tijdelijke totale duur van terbeschikkingstelling, alleen een controle op misbruik moet worden uitgevoerd (*arrest van het Hof van 17 maart 2022 – C-232/20 – [Daimler] punt 61*) om te voorkomen dat de kern van de bepalingen van richtlijn 2008/104/EG wordt omzeild. Volgens de rechtspraak van het Hof valt een arbeidsverhouding alleen binnen de werkingssfeer van richtlijn 2008/104 indien een werkgever zowel bij de sluiting van de betrokken arbeidsovereenkomst als bij elk van de daadwerkelijk verrichte terbeschikkingstellingen de bedoeling heeft om de betrokken werknemer tijdelijk ter beschikking te stellen van een inlenende onderneming (*arrest van het Hof van 22 juni 2023 – C-427/21 – [ALB FILS KLINIKEN] punt 44*). Dit zou kunnen pleiten voor enkel een controle op misbruik.

II. Tweede vraag

1. Voor het geval dat het Hof de eerste vraag niet in het algemeen bevestigend beantwoordt voor alle gevallen van overgang van een vestiging, moet worden verduidelijkt of deze vraag in ieder geval bevestigend moet worden beantwoord in de – onderhavige – bijzondere situatie waarin de inlenende vervreemder en

verkrijger deel uitmaken van hetzelfde concern en de uitzendkracht zonder onderbreking in dezelfde functie wordt ingezet.

2. De verwijzende rechter acht het mogelijk dat het Hof in deze bijzondere omstandigheden bij wijze van uitzondering een beoordeling uitvoert en de vervreemder en de verkrijger beschouwt als een inlenende onderneming in de zin van artikel 3, lid 1, onder d), van richtlijn 2008/104/EG.

3. Een aanwijzing dat het Hof een beoordeling zou kunnen uitvoeren en een ruime opvatting van het begrip zou kunnen toepassen in het geval van een overgang van een vestiging binnen een concern, is te vinden in zijn arrest van 21 oktober 2010 (– C-242/09 – [*Albron Catering*] punt 32). Met het oog op het specifieke geval van een permanente terbeschikkingstelling binnen een concern heeft het Hof in deze beslissing – zij het in een andere context – de inlener als werkgever beschouwd en geoordeeld dat de verkrijger van de onderneming in de positie van inlenende onderneming kon treden. De verwijzende rechter kan niet uitsluiten dat het Hof ook in de onderhavige context bijzonder belang hecht aan het feit dat de overgang van een vestiging binnen hetzelfde concern plaatsvindt.

III. Derde vraag

1. Voor het geval dat het Hof de eerste twee prejudiciële vragen ontkennend beantwoordt, moet worden verduidelijkt of, en zo ja op welke wijze, rekening moet worden gehouden met de overgang van een inlenende vestiging met behoud van de tewerkstelling van een uitzendkracht bij de verkrijger van de vestiging in het kader van de controle op misbruik overeenkomstig artikel 5, lid 5, eerste volzin, van richtlijn 2008/104/EG. In het bijzonder rijst de vraag of en onder welke voorwaarden de perioden van terbeschikkingstelling van de vervreemder en de verkrijger van de vestiging bij elkaar moeten worden opgeteld, teneinde achtereenvolgende opdrachten te voorkomen die de bepalingen van de richtlijn zouden kunnen omzeilen.

2. Voor zover de terbeschikkingstelling van arbeidskrachten niet louter op grond van de overschrijding van de toegestane maximale duur van terbeschikkingstelling ongeldig blijkt te zijn, moet overeenkomstig het nationale recht worden onderzocht of zij vanuit het oogpunt van rechtsmisbruik als ontoelaatbaar moet worden beschouwd.

a) Het beginsel van goede trouw (§ 242 *BGB*), als vereiste van redelijkheid en als algemene beperking van de uitoefening van het recht, beperkt zowel de subjectieve rechten als de rechtsfiguren en rechtsnormen. Rechtsmisbruik veronderstelt dat een contractpartij op een wijze die onverenigbaar is met de goede trouw, een wettelijk mogelijke constructie uitsluitend gebruikt om ten nadele van de andere contractpartij voordelen te verkrijgen die niet zijn voorzien volgens de strekking van de rechtsnorm en de rechtsfiguur. Wat het institutionele misbruik betreft, vloeit het verwijt voort uit het doel en de strekking van de rechtsfiguur. Contractuele regelingen kunnen als misbruik van recht worden

beschouwd wanneer zij aanzienlijk afwijken van de mogelijkheden die volgens de opzet van de wet nog zijn toegestaan (*arrest van het BAG van 15 mei 2013 – 7 AZR 494/11 – punt 27*).

b) De verwijzende rechter leidt ook uit het Unierecht af dat de nationale rechterlijke instanties op het gebied van arbeidszaken verplicht zijn tot een dergelijke controle op misbruik (*arrest van het BAG van 27 september 2022 – 9 AZR 468/21 – punt 65*). Gesteld dat de achtereenvolgende opdrachten van een uitzendkracht bij dezelfde inlenende onderneming tot gevolg hebben dat de duur van de activiteit bij die onderneming langer is dan wat – gelet op alle relevante omstandigheden, waaronder met name de specifieke kenmerken van de sector – redelijkerwijs als „tijdelijk” kan worden aangemerkt, zou dat een aanwijzing kunnen zijn voor misbruik van achtereenvolgende opdrachten in de zin van artikel 5, lid 5, eerste volzin, van richtlijn 2008/104 (*arrest van het Hof van 17 maart 2022 – C-232/20 – [Daimler] punt 60*).

3. In casu gaat de verwijzende rechter ervan uit dat, gelet op de perioden van terbeschikkingstelling bij de vervreemder en de verkrijger van de vestiging, in het geval van een totale duur van terbeschikkingstelling van 16 juni 2017 tot en met 6 april 2022 nog kan worden uitgegaan van een tijdelijke terbeschikkingstelling en derhalve moet worden geconcludeerd dat er geen sprake is van rechtsmisbruik.

F. [OMISSIS] [opmerkingen over de nationale procedure]

[OMISSIS]