



Datum van
inontvangstneming

:

22/06/2021

Zaak C-311/21

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

18 mei 2021

Verwijzende rechter:

Bundesarbeitsgericht (hoogste federale rechter in arbeidszaken, Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

16 december 2020

Verzoekster, verzoekster in hoger beroep en verzoekster tot Revision:

CM

Verweerster, verweerster in hoger beroep en verweerster in Revision:

TimePartner Personalmanagement GmbH

Voorwerp van het hoofdgeding

Uitzendarbeit, collectieve arbeidsovereenkomsten, beginsel van gelijke behandeling

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing

Uitlegging van het Unierecht, artikel 267 VWEU

Prejudiciële vragen

1. Wat wordt verstaan onder het begrip „algemene bescherming van de uitzendkrachten” in artikel 5, lid 3, van richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeit; is dat begrip met name ruimer dan hetgeen als bescherming voor alle werknemers dwingend wordt voorgeschreven door het nationale recht en het Unierecht?

2. Aan welke voorwaarden en criteria moet zijn voldaan om te concluderen dat regelingen inzake de arbeidsvoorwaarden voor uitzendkrachten in een collectieve arbeidsovereenkomst, die afwijken van het in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2008/104/EG vastgestelde beginsel van gelijke behandeling, tot stand zijn gekomen met inachtneming van de algemene bescherming van uitzendkrachten?

a) Heeft de beoordeling of de algemene bescherming in acht is genomen – abstract – betrekking op de collectieve arbeidsvoorwaarden van de onder de werkingssfeer van een dergelijke collectieve arbeidsovereenkomst vallende uitzendkracht of moet een vergelijking worden gemaakt tussen de collectieve arbeidsvoorwaarden en de arbeidsvoorwaarden die van toepassing zijn in de onderneming waaraan de uitzendkrachten ter beschikking worden gesteld (inlenende onderneming)?

b) Vereist, wanneer wordt afgeweken van het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot het arbeidsloon, de bij artikel 5, lid 3, van richtlijn 2008/104/EG voorgeschreven inachtneming van de algemene bescherming, dat er tussen het uitzendbureau en de uitzendkracht een arbeidsverhouding voor onbepaalde tijd bestaat?

3. Moeten de voorwaarden en criteria betreffende de inachtneming van de algemene bescherming van uitzendkrachten in de zin van artikel 5, lid 3, van richtlijn 2008/104/EG aan de sociale partners worden opgelegd door de nationale wetgever, wanneer deze hun de mogelijkheid biedt om collectieve arbeidsovereenkomsten te sluiten die van het gelijkheidsvereiste afwijkende regelingen bevatten inzake de arbeidsvoorwaarden voor uitzendkrachten, en het nationale cao-stelsel voorziet in vereisten op grond waarvan kan worden verwacht dat de partijen bij een collectieve overeenkomst een passend evenwicht tussen hun belangen zullen bereiken (zogenoemde juistheidsgarantie van collectieve arbeidsovereenkomsten)?

4. Indien de derde vraag bevestigend wordt beantwoord:

a) Wordt de inachtneming van de algemene bescherming van uitzendkrachten in de zin van artikel 5, lid 3, van richtlijn 2008/104/EG gewaarborgd met wettelijke regelingen zoals die in de sinds 1 april 2017 toepasselijke versie van de Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (Duitse wet tot regeling van de uitzendarbeid; hierna: „AÜG”), die voorzien in een minimumloon voor uitzendkrachten, een maximumduur voor de terbeschikkingstelling aan dezelfde inlenende onderneming, een beperking in de tijd van de afwijking van het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot het arbeidsloon, de niet-toepasselijkheid van een van het beginsel van gelijke behandeling afwijkende collectieve regeling voor uitzendkrachten die in de laatste zes maanden voor de terbeschikkingstelling aan de inlenende onderneming deze onderneming of een werkgever die met de inlenende onderneming een concern in de zin van § 18 van de Aktiengesetz vormt hebben verlaten, alsmede in de verplichting van de inlenende onderneming om de uitzendkracht in beginsel onder dezelfde voorwaarden zoals die gelden voor vaste

werknemers toegang te verlenen tot de collectieve voorzieningen of diensten (zoals met name voorzieningen voor kinderopvang, collectieve maaltijden en transportmiddelen)?

b) Indien die vraag bevestigend wordt beantwoord:

Geldt dat eveneens wanneer in de betrokken wettelijke regelingen, zoals in de tot en met 31 maart 2017 toepasselijke versie van het AÜG, niet is voorzien in een beperking in de tijd van de afwijking van het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot het arbeidsloon en het vereiste dat de terbeschikkingstelling alleen „tijdelijk” mag zijn, niet in de tijd wordt gepreciseerd?

5. Indien de derde vraag ontkennend wordt beantwoord:

Mag de nationale rechter bij regelingen inzake de arbeidsvoorwaarden voor uitzendkrachten waarbij van het beginsel van gelijke behandeling wordt afgeweken door collectieve arbeidsovereenkomsten overeenkomstig artikel 5, lid 3, van richtlijn 2008/104/EG, deze collectieve arbeidsovereenkomsten vervolgens zonder beperking toetsen om vast te stellen of de afwijkingen met inachtneming van de algemene bescherming van uitzendkrachten tot stand zijn gekomen of vereisen artikel 28 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”) en/of de verwijzing naar de „autonomie van de sociale partners” in overweging 19 van richtlijn 2008/104/EG, dat de partijen bij een collectieve arbeidsovereenkomst met betrekking tot de inachtneming van de algemene bescherming van uitzendkrachten een slechts beperkt door de rechter te toetsen beoordelingsmarge wordt toegekend en – zo ja – hoe ruim is deze marge?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid, in het bijzonder artikel 5

Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, in het bijzonder artikel 28

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Grondwet van de Bondsrepubliek Duitsland, in het bijzonder artikel 9

Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (hierna eveneens: „AÜG”), in het bijzonder §§ 3a, 8, 9 en 10 in de tot en met 31 maart 2017 toepasselijke versie en § 8 in de vanaf 1 april 2017 toepasselijke versie,

Tarifvertragsgesetz (Duitse wet betreffende collectieve arbeidsovereenkomsten), in het bijzonder §§ 3, 4 en 4a

Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (Duitse wet tot regeling van een algemeen minimumloon), in het bijzonder § 1

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure

- 1 Partijen twisten vanuit het oogpunt van de gelijkstelling van uitzendkrachten met betrekking tot de bezoldiging („equal pay”) over een extra vergoeding voor de maanden januari tot april 2017. In deze periode was verzoekster tot Revision op grond van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd als uitzendkracht in dienst bij verweerster in Revision, een commercieel uitzendbureau. Zij was ter beschikking gesteld aan een detailhandelsonderneming en ontving uiteindelijk een uurloon van 9,23 EUR bruto. Verzoekster tot Revision is lid van de Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft (verenigde dienstenvakbond; hierna: „ver.di”), verweerster is lid van het Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen (belangenorganisatie van Duitse uitzendondernemingen; hierna: „iGZ e.V.”). iGZ e.V. heeft met meerdere vakbonden van de Deutscher Gewerkschaftsbund (Duitse federatie van vakbonden; hierna: „DGB”) – met inbegrip van ver.di – algemene collectieve overeenkomsten, collectieve kaderovereenkomsten inzake de bezoldiging en collectieve loonovereenkomsten gesloten, die voorzien in een afwijking van het in § 8, lid 1, AÜG en § 10, lid 4, eerste zin, AÜG oude versie, verankerde gelijkstellingsbeginsel, met name in een geringere vergoeding dan die welke vergelijkbare vaste werknemers ontvangen van de inlenende onderneming. Het Arbeitsgericht (arbeidsrechter in eerste aanleg) heeft de vordering afgewezen. Het Landesarbeitsgericht (arbeidsrechter in tweede aanleg) heeft het hoger beroep van verzoekster tot Revision verworpen. Met de Revision zet verzoekster tot Revision haar vordering door, terwijl verweerster in Revision concludeert tot afwijzing van de Revision.

Belangrijkste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 2 Verzoekster tot Revision vordert van verweerster in Revision betaling van 1 296,72 EUR, zijnde het verschil tussen haar bezoldiging en die welke aan vergelijkbare vaste werknemers van de inlenende onderneming is betaald. Volgens verzoekster tot Revision zijn de door het AÜG geboden mogelijkheid om collectieve arbeidsovereenkomsten toe te passen en de op haar arbeidsverhouding toepasselijke collectieve arbeidsovereenkomsten, niet verenigbaar met artikel 5 van richtlijn 2008/104. Vergelijkbare vaste werknemers van de inlenende onderneming worden bezoldigd volgens de collectieve arbeidsovereenkomst voor werknemers in de detailhandel en hebben in de litigieuze periode een uurloon van 13,64 EUR bruto ontvangen. Verweerster in Revision heeft geconcludeerd tot afwijzing van de vordering en is op grond van de wederzijdse gebondenheid aan het cao-loon van mening dat zij alleen het voor uitzendkrachten vastgestelde cao-loon is verschuldigd.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 3 Het AÜG verplicht het uitzendbureau in beginsel uitzendkrachten dezelfde bezoldiging te betalen die de inlenende onderneming toekent aan vergelijkbare vaste werknemers. Van deze gelijkstellingsverplichting kan overeenkomstig het AÜG bij collectieve arbeidsovereenkomst worden afgeweken, voor zover deze bezoldiging niet uitkomt onder het in een besluit krachtens § 3a, lid 2, AÜG vastgesteld minimumuurloon, § 8, lid 2, eerste volzin, AÜG, en § 9, punt 2, tweede zin, AÜG oude versie. Bijgevolg behoeft het uitzendbureau uitzendkrachten alleen de in de cao vastgestelde bezoldiging te betalen, § 8, lid 2, tweede volzin, AÜG en § 10, lid 4, tweede volzin, AÜG oude versie. Alleen wanneer deze bezoldiging uitkomt onder het in een besluit volgens § 3a, lid 2, AÜG vastgestelde minimumloon, moet het uitzendbureau aan de uitzendkracht voor elk arbeidsuur dezelfde bezoldiging toekennen die in het bedrijf van de inlenende onderneming voor een vergelijkbare werknemer van de inlenende onderneming per arbeidsuur wordt betaald (§ 8, lid 2, vierde volzin, AÜG en § 10, lid 4, derde volzin, AÜG oude versie).
- 4 Daarvan uitgaande zou verzoekster tot Revision voor de duur van haar terbeschikkingstelling aan de inlenende onderneming geen recht kunnen hebben op een extra vergoeding vanuit het oogpunt van equal pay. Haar beroep zou ongegrond zijn en haar Revision zou moeten worden afgewezen. Naar Duits cao-recht zijn verzoekster tot Revision en verweerster in Revision op grond van hun lidmaatschap van organisaties die collectieve arbeidsovereenkomsten sluiten, rechtstreeks en met dwingende werking gebonden aan de door deze organisaties voor de uitzendbranche gesloten collectieve arbeidsovereenkomsten [§ 3, lid 1, en § 4, lid 1, Tarifvertragsgesetz (hierna: „TVG”)]. Deze van het gelijkstellingsbeginsel afwijkende collectieve arbeidsovereenkomsten zijn – ten minste voor zover zij aan werknemerskant door ver.di zijn gesloten – rechtsgeldig.
- 5 De partijen bij de op de arbeidsverhouding toepasselijke collectieve arbeidsovereenkomsten voor de uitzendbranche, namelijk iGZ e.V. en de aangesloten vakbonden van DGB, met inbegrip van ver.di, zijn bevoegd tot het aangaan van een cao. iGZ e.V. en ver.di zijn voor de uitzendbranche bevoegd tot het aangaan van een cao. In het hoofdgeding is het voldoende dat de op de uitzendverhouding van partijen toepasselijke collectieve arbeidsovereenkomsten tussen de iGZ e.V. en de ver.di rechtsgeldig zijn, omdat ver.di voor de commerciële terbeschikkingstelling van werknemers bevoegd is collectieve arbeidsovereenkomsten aan te gaan.
- 6 De van het gelijkstellingsbeginsel afwijkende collectieve arbeidsovereenkomsten blijven niet onder de in een besluit krachtens § 3a, lid 2, AÜG vastgestelde minimumuurlonen (zie § 8, lid 1, eerste volzin, AÜG, en § 9, punt 2, tweede zin, AÜG oude versie). In de litigieuze periode bestonden deze niet. De op 31 december 2016 buiten werking getreden Zweite Verordnung über eine Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung (tweede besluit betreffende een minimumloon in het uitzendwezen) voorzag op het laatst in een minimumuurloon

van 9,00 EUR bruto. De op 1 juni 2017 in werking getreden Dritte Verordnung über eine Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung (derde besluit betreffende een minimumloon in het uitzendwezen) voorzag vanaf dat tijdstip in een minimumuurloon van 9,23 EUR bruto. De voor de uitzendverhouding en de litigieuze periode beslissende collectieve loonovereenkomst tijdelijke arbeid, in de versie van 30 november 2016, ging niet onder die grenzen.

- 7 Indien de nationale regeling betreffende de afwijking van het gelijkstellingsbeginsel door collectieve arbeidsovereenkomst – zoals verzoekster tot Revision stelt – niet verenigbaar zou zijn met het Unierecht, zou verzoekster tot Revision voor de duur van haar terbeschikkingstelling aan de inlenende onderneming – voor zover een mogelijk recht voor de maanden januari en februari 2017 niet is vervallen op grond van een in de arbeidsovereenkomst opgenomen beroepstermijn – recht kunnen hebben op een extra vergoeding vanuit het oogpunt van equal pay, zodat haar beroep ten minste voor een deel gegrond zou zijn en haar Revision wat dat betreft zou moeten worden toegewezen.
- 8 Zou er geen sprake zijn van een rechtsgeldige afwijking van het gelijkstellingsbeginsel, dan zou verweerster in Revision verplicht zijn om verzoekster tot Revision voor de duur van de terbeschikkingstelling aan de inlenende onderneming de bezoldiging te betalen, welke een vergelijkbare vaste werknemer van de inlenende onderneming in de litigieuze periode heeft ontvangen. Volgens de nationale opvatting vormt het recht van de uitzendkracht op een gelijke bezoldiging een wettelijk recht op bezoldiging dat de contractueel overeengekomen bezoldigingsafspraken corrigeert en dat met elke terbeschikkingstelling ontstaat en telkens voor de duur daarvan bestaat.
- 9 Met betrekking tot de hoogte van haar aanspraak op een gelijke bezoldiging heeft verzoekster tot Revision aangevoerd dat vergelijkbare vaste werknemers voor dezelfde werkzaamheden in de litigieuze periode een uurloon van 13,64 EUR bruto ontvingen. Indien verweerster in Revision niet zou mogen afwijken van het gelijkstellingsbeginsel, zou zij krachtens § 8, lid 1, eerste volzin, AÜG, en § 10, lid 4, eerste en vierde volzin, AÜG oude versie, verplicht zijn verzoekster tot Revision voor de door haar bij de inlenende onderneming gewerkte uren het overeenkomstige verschil na te betalen.
- 10 Indien verweerster in Revision niet van het gelijkstellingsbeginsel zou mogen afwijken, zou in een nieuwe procedure in hoger beroep bewijs moeten worden verzameld. Dat betreft echter alleen de hoogte van een extra vergoeding. Voor de gegrondheid van de gestelde vordering zijn de alleen door het Hof te verduidelijken vragen doorslaggevend, met name betreffende de uitlegging van artikel 5, lid 3, van richtlijn 2008/104. Deze vragen zijn derhalve belangrijk voor de beslechting van het geding.

Nadere toelichting op de prejudiciële vragen

Eerste prejudiciële vraag

- 11 Artikel 5, lid 3, van richtlijn 2008/104, waar de nationale wetgever gebruik van heeft gemaakt bij de nationale regeling betreffende de afwijking van het gelijkstellingsbeginsel door collectieve arbeidsovereenkomsten, staat de sociale partners toe af te wijken van de in artikel 5, lid 1, van de richtlijn vermelde essentiële arbeidsvoorwaarden „met inachtneming van de algemene bescherming van de uitzendkrachten”. De essentiële arbeidsvoorwaarden zijn omschreven in artikel 3, lid 1, onder f), van richtlijn 2008/104. Onder welke voorwaarden de algemene bescherming van uitzendkrachten inzake de arbeidsvoorwaarden geacht kan worden voldoende in acht te zijn genomen, kan niet uit de richtlijn worden afgeleid. Daarbij rijst met name de vraag of de „algemene bescherming van de uitzendkrachten” moet worden gelijkgesteld met de bescherming waarin het nationale recht en het Unierecht in beginsel voor alle werknemers, ongeacht of zij vaste medewerkers of uitzendkrachten zijn, voorzien (bijvoorbeeld ontslagbescherming, bescherming van het moederschap, minimumloon, doorbetaling van loon in bepaalde gevallen, bescherming van arbeidstijd, bijzondere eisen aan arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, bescherming van invaliden etc.) of dat het begrip „algemene bescherming van de uitzendkrachten” in de richtlijn ruimer is en bijvoorbeeld een specifieke bijzondere bescherming voor uitzendkrachten beoogt.

Tweede prejudiciële vraag

- 12 Wanneer de sociale partners collectieve arbeidsovereenkomsten sluiten die regelingen bevatten inzake de belangrijkste arbeidsvoorwaarden voor uitzendkrachten, welke afwijken van het beginsel van gelijke behandeling in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2008/104, moet worden verduidelijkt aan welke voorwaarden en criteria moet zijn voldaan om te concluderen dat wordt afgeweken van het beginsel van gelijke behandeling met inachtneming van de algemene bescherming van uitzendkrachten.
- 13 Daarbij rijst in de eerste plaats de vraag betreffende de norm: moeten alleen de door een collectieve arbeidsovereenkomst geregelde arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten in aanmerking worden genomen en moet worden onderzocht of deze de algemene bescherming van uitzendkrachten – wat de aard daarvan ook moge zijn – in acht nemen? Of moeten voor de beoordeling of de afwijking van het beginsel van gelijke behandeling door collectieve arbeidsovereenkomst met inachtneming van de algemene bescherming van uitzendkrachten tot stand is gekomen, de (belangrijkste) arbeidsvoorwaarden, die binnen de inlenende onderneming gelden voor de vaste werknemers, derhalve de rechtstreeks door de inlenende onderneming voor dezelfde arbeidsplaats aangestelde werknemers, in de beoordeling worden meegenomen?

- 14 In overweging 15 van richtlijn 2008/104 wordt gesteld dat arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd de algemene vorm van arbeidsverhouding zijn en een „specifieke bescherming” bieden. Derhalve rijst de vraag of de inachtneming van de algemene bescherming van uitzendkrachten in de zin van artikel 5, lid 3, van richtlijn 2008/104 ook vereist dat – net als in artikel 5, lid 2, van de richtlijn is bepaald – een afwijking van het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot de bezoldiging alleen mogelijk is wanneer tussen het uitzendbureau en de uitzendkracht een arbeidsverhouding voor onbepaalde tijd bestaat, of dat een afwijking ook bij arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd mogelijk is. Voor het laatstgenoemde zou kunnen pleiten dat in artikel 5, lid 3, van richtlijn 2008/104 anders dan in lid 2 ervan, geen beperking tot arbeidsverhoudingen voor onbepaalde tijd is opgenomen en als aanvullende regel is voorzien in de inachtneming van de algemene bescherming van de uitzendkrachten.

Derde prejudiciële vraag

- 15 De Duitse wetgever heeft bij het AÜG gebruik gemaakt van de door artikel 5, lid 3, van richtlijn 2008/104 geboden mogelijkheid om af te wijken van het beginsel van gelijke behandeling. Uit de richtlijn zelf kan niet worden afgeleid, ook niet met inaanmerkingneming van overweging 19 van de richtlijn, volgens welke geen afbreuk mag worden gedaan aan de autonomie van de sociale partners, of de nationale wetgever in een dergelijk geval de sociale partners de voorwaarden en criteria voor de inachtneming van de algemene bescherming van de uitzendkrachten bij de afwijking van het beginsel van gelijke behandeling moet opleggen of dat het aan de sociale partners is bij het sluiten van collectieve arbeidsovereenkomsten voor de uitzendbranche, te zorgen voor de inachtneming van de algemene bescherming van uitzendkrachten.
- 16 Dat laatste zou rekening houden met overweging 19 van richtlijn 2008/104, volgens welke de richtlijn noch afbreuk mag doen aan de autonomie van de sociale partners, noch aan de betrekkingen tussen de sociale partners, waaronder het recht om over collectieve overeenkomsten te onderhandelen en deze te sluiten overeenkomstig de nationale wetgeving en praktijken met inachtneming van het geldende gemeenschapsrecht. Dat recht wordt bovendien beschermd door artikel 28 van het Handvest. Een dergelijke opvatting strookt met het Duitse constitutionele recht en het cao-recht. Dienovereenkomstig beschikken partijen bij een collectieve overeenkomst als zelfstandige dragers van grondrechten bij de vaststelling van bepalingen op grond van de bij artikel 9, lid 3, van de grondwet beschermde vrije onderhandelingen over een ruime beoordelingsmarge. Zij beschikken bovendien over een beoordelingsprerogatief, voor zover de feiten, de betrokken belangen en de gevolgen van de regeling moeten worden beoordeeld. Bovendien beschikken zij over een beoordelingsmarge met betrekking tot de inhoudelijke vormgeving van de regeling. Collectieve arbeidsovereenkomsten hebben volgens Duits arbeidsrecht in beginsel een juistheidsgarantie.

- 17 De verwijzende rechter stelt hoge eisen aan de bevoegdheid van een werknemersorganisatie tot het aangaan van een cao en heeft mogelijk misbruik van de afwijking van het gelijkstellingsbeginsel door het sluiten van collectieve arbeidsovereenkomsten met werkgeversgezinde werknemersorganisaties verhinderd. In feite komen thans in wezen alleen de in de Duitse federatie van vakbonden georganiseerde vakbonden als partij bij collectieve overeenkomsten in de uitzendbranche in aanmerking. De effectiviteit daarvan gaat ook niet gebukt onder de lage organisatiegraad van uitzendkrachten, veeleer zijn de uitzendbureaus voor afwijkingen van het gelijkstellingsbeginsel nagenoeg afhankelijk van hen.

Vierde prejudiciële vraag

- 18 Indien het Hof de derde vraag bevestigend beantwoord, rijst de vraag of de Duitse wetgever met de in het AÜG – in de sinds 1 april 2017 toepasselijke versie – vastgestelde regelingen ter beperking van de afwijkingen van het beginsel van gelijke behandeling door collectieve arbeidsovereenkomsten in voldoende mate heeft gezorgd voor de inachtneming van de algemene bescherming van uitzendkrachten. In de huidige versie van het AÜG voorzien § 1, lid 1 b (maximumduur van 18 maanden voor een terbeschikkingstelling aan dezelfde inlenende onderneming), § 8, lid 2, eerste volzin (minimumloon op grond van een verordening betreffende minimumuurlonen), § 8, lid 3 (uitsluiting van benadeling van tijdelijke werknemers aan wier arbeidsverhouding bij laatstgenoemde of een werkgever die met de inlenende onderneming een concern vormt in de laatste zes maanden voorafgaand aan de terbeschikkingstelling aan de inlenende onderneming een einde is gekomen, zogenoemde draaideurbepaling), § 8, lid 4 (beperking in de tijd van de afwijking van de gelijkstellingsverplichting met betrekking tot het arbeidsloon) en § 13b (toegang van de uitzendkracht tot collectieve voorzieningen of diensten van de inlenende onderneming) in de in vraag 4. a) beschreven wettelijke beperkingen van de ongelijke behandeling van uitzendkrachten en vaste werknemers. Daarmee is – aldus wordt in de literatuur veelal aangenomen – de algemene bescherming van uitzendkrachten voldoende gewaarborgd, temeer daar zij krachtens § 1, leden 1 en 3, Mindestlohngesetz recht hebben op het wettelijk minimumloon, wanneer dat hoger is dan de krachtens het AÜG vastgestelde minimumuurlonen. Vraag 4. b) houdt rekening met de tot en met 31 maart 2017 toepasselijke versie van het AÜG, die niet voorzag in een beperking in de tijd van de afwijking van het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot de bezoldiging en evenmin in een precisering in de tijd van het vereiste betreffende de „tijdelijke” terbeschikkingstelling.

Vijfde prejudiciële vraag

- 19 Indien het Hof de derde vraag ontkennend beantwoord en het (alleen) aan de sociale partners is bij het sluiten van collectieve arbeidsovereenkomsten, die afwijken van het beginsel van gelijke behandeling, de algemene bescherming van

uitzendkrachten in de zin van artikel 5, lid 3, van richtlijn 2008/104 in acht te nemen, moet worden verduidelijkt in hoeverre de nationale rechterlijke instanties mogen toetsen of collectieve arbeidsovereenkomsten de algemene bescherming van uitzendkrachten voldoende in acht nemen. Op grond van de juistheidsgarantie van collectieve arbeidsovereenkomsten biedt het nationale recht de partijen bij een collectieve overeenkomst een ruime beoordelings- en beslissingsmarge met betrekking tot de inhoudelijke vormgeving van een regeling, die door de rechter slechts beperkt kan worden getoetst. Meer in het bijzonder zijn de partijen bij een collectieve overeenkomst niet verplicht telkens de meest doelmatige, verstandigste of rechtvaardigste oplossing te kiezen.

- 20 Unierechtelijk zouden de verwijzing naar de „autonomie van de sociale partners” in overweging 19 van richtlijn 2008/104 en de in artikel 28 van het Handvest beschermde contractvrijheid kunnen pleiten voor een ruime beoordelingsmarge van de nationale sociale partners, temeer daar hun recht om de arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten te definiëren er volgens overweging 16 van richtlijn 2008/104 toe dient om te gaan met de diversiteit van de arbeidsmarkten en de arbeidsverhoudingen. Met het oog op de overwegingen 16 en 19 van richtlijn 2008/104 en artikel 28 van het Handvest, wordt in de literatuur gepleit voor een hooguit zeer beperkte toetsingsmogelijkheid door de rechter, met inbegrip van de cao-regelingen die afwijken van het beginsel van gelijke behandeling. Hoe ruim een dergelijke beoordelingsmarge zou zijn en of deze ook met betrekking tot de inachtneming van de algemene bescherming van uitzendkrachten bestaat en – zo ja – in hoeverre deze per geval aan de toetsing door de rechter is onttrokken, kan niet met voldoende duidelijkheid uit richtlijn 2008/104 worden afgeleid en is niet verduidelijkt.