Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
GIOVANNI PITRUZZELLA
föredraget den 9 december 2021 [1]

Mål C-426/20

GD,
ES
mot
Luso Temp - Empresa de Trabalho Temporário SA.

(begäran om förhandsavgörande framställd av Tribunal Judicial da Comarca de Braga – Juízo do Trabalho de Barcelos (Portugal) (Distriktsdomstolen i Braga, Arbetsdomstolen i Barcelos (Portugal)))

”Begäran om förhandsavgörande – Arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag – Rätt till betald semester – Ersättning vid anställningsförhållandets upphörande – Principen om likabehandling – Grundläggande arbets- och anställningsvillkor för arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag”

1. Utgör principen om likabehandling som slås fast i direktiv 2008/104/EG [2] hinder för en nationell bestämmelse enligt vilken ett företag som anlitar en arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag, vid anställningsförhållandets upphörande, får utbetala en lägre ersättning för semester som inte tagits ut än den som arbetstagare som är direkt anställda i kundföretaget har rätt till?

2. Detta är det huvudsakliga innehållet i den begäran om förhandsavgörande som har framställts till EU-domstolen av den nationella domstolen i Portugal med avseende på nationell rätt där det i en särskild bestämmelse regleras de rättigheter som arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag har vid anställningsförhållandets upphörande.

[1] Originalspråk: italienska.

[2] Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/104/EG av den 19 november 2008 om arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag (EUT L 327, 2008, s. 9).

I. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätten

3. I skälen 1, 10–12 och 15 i direktiv 2008/104 slås följande fast:

”(1) Detta direktiv står i överensstämmelse med de grundläggande rättigheter och de principer som erkänns i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. Det är särskilt utformat för att fullt ut garantera efterlevnad av artikel 31 i stadgan, som föreskriver att varje arbetstagare har rätt till hälsosamma, säkra och värdiga arbetsförhållanden, till begränsning av den maximala arbetstiden samt till dygns- och veckovila och årlig betald semester.

…

(10) Det råder avsevärda skillnader inom Europeiska unionen när det gäller att anlita arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag och i fråga om rättsläge, rättslig ställning och arbetsvillkor för dessa arbetstagare.

(11) Arbete som utförs av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag tillgodoser både företagens behov av flexibilitet och arbetstagarnas behov av att förena privatliv och yrkesliv. Det bidrar således till att skapa arbetstillfällen och till deltagande och integration på arbetsmarknaden.

(12) Genom detta direktiv fastställs en skyddsram för arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag som är icke-diskriminerande, öppen och proportionerlig samtidigt som den respekterar arbetsmarknadernas mångfald och de skilda förbindelserna mellan arbetsmarknadens parter.

…

(15) Anställningskontrakt i form av tillsvidareanställning är det vanliga anställningsförhållandet. För arbetstagare som har ett kontrakt om tillsvidareanställning med bemanningsföretaget och med hänsyn till det särskilda skydd som ett sådant kontrakt ger, bör följaktligen en möjlighet föreskrivas att göra undantag från de bestämmelser som gäller i kundföretaget.”

4. I direktivets artikel 1, med rubriken ”Tillämpningsområde”, föreskrivs följande i punkt 1:

”Detta direktiv är tillämpligt på arbetstagare som har ett anställningskontrakt eller anställningsförhållande med ett bemanningsföretag och som hyrs ut till kundföretag för att temporärt arbeta under deras kontroll och ledning.”

5. I direktivets artikel 2, med rubriken ”Syfte”, föreskrivs följande:

”Detta direktiv syftar till att skydda arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag och förbättra kvaliteten i det arbete som utförs av dem genom att garantera att principen om likabehandling enligt artikel 5 tillämpas på dem och genom att erkänna bemanningsföretag som arbetsgivare, med beaktande av behovet att fastställa en lämplig ram för anlitande av arbetskraft som hyrs ut av bemanningsföretag för att effektivt bidra till att skapa arbetstillfällen och till att utveckla flexibla arbetsformer.”

6. I artikel 3, med rubriken ”Definitioner”, i direktiv 2008/104 slås följande fast i punkt 1 f:

”1. I detta direktiv avses med

f) grundläggande arbets- och anställningsvillkor: arbets- och anställningsvillkor som fastställs i lagar och andra författningar, kollektivavtal och/eller andra bindande generella bestämmelser som gäller i kundföretaget och som avser

i) arbetstidens längd, övertid, raster, vilotid, nattarbete, semester och helgdagar,

ii) lön.”

7. I direktivets artikel 5, med rubriken ”Likabehandlingsprincipen”, som återfinns i kapitel II i direktivet om arbets- och anställningsvillkor, slås följande fast:

”1. De grundläggande arbets- och anställningsvillkoren för arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag ska, under den tid uppdraget i kundföretaget varar, minst vara de villkor som skulle gälla för dem om de hade anställts direkt av företaget i fråga för att inneha samma tjänst.

…

2. När det gäller lön får medlemsstaterna, efter att ha samrått med arbetsmarknadens parter, föreskriva att undantag kan göras från de principer som fastställs i punkt 1, när arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag och som har ingått ett kontrakt om tillsvidareanställning hos ett sådant företag fortsätter att uppbära lön under tiden mellan två uppdrag.

3. Medlemsstaterna får efter att ha samrått med arbetsmarknadens parter ge dessa möjlighet att, på lämplig nivå och i enlighet med de villkor som medlemsstaterna fastställer, bibehålla eller ingå kollektivavtal i vilka det, samtidigt som det övergripande skyddet av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag respekteras, får fastställas överenskommelser om arbets- och anställningsvillkor för arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag som avviker från de villkor som anges i punkt 1.

4. Förutsatt att en tillräcklig skyddsnivå fastställs för arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag, får medlemsstater som antingen inte har något system för att i lag fastslå allmängiltig tillämpning av kollektivavtal eller inte har något system för att i lag eller i praktiken låta bestämmelser i kollektivavtal omfatta alla företag av liknande slag inom en viss sektor eller ett visst geografiskt område, efter samråd med arbetsmarknadens parter på nationell nivå och på grundval av ett avtal som ingåtts av dessa, fastställa en ordning för grundläggande arbets- och anställningsvillkor som avviker från de principer som fastställs i punkt 1. En sådan ordning får inkludera en kvalificeringsperiod för likabehandling.

…”

B. Portugisisk rätt

8. I artikel 185, med rubriken ”Arbetsvillkor för arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag”, i Codigo do Trabalho (lagen om anställning) som antogs genom lag 7/2009 av den 12 februari 2009 (nedan kallad lagen om anställning) föreskrivs följande:

”…

6. Arbetstagaren har, i proportion till anställningsavtalets längd, rätt till semester, ersättning för årlig semester och jultillägg samt andra regelmässiga och periodiska förmåner som kundföretagets anställda har rätt till för lika eller likvärdigt arbete.

…”

9. I artikel 237, med rubriken ”Rätt till semester”, i lagen om anställning föreskrivs följande:

”1. Arbetstagaren har under varje kalenderår rätt till en betald semesterperiod. Den rätten uppkommer den 1 januari.

2. Rätten till semester avser som huvudregel arbete som utförts under föregående kalenderår men är inte beroende av hur väl eller effektivt arbetet utförts.

…”

10. I artikel 238, med rubriken ”Semesterperiod”, i lagen om anställning föreskrivs följande i punkt 1:

”1. Den årliga semesterperioden ska vara minst 22 arbetsdagar.

…”

11. Artikel 239, med rubriken ”Särskilda fall avseende semesterns längd”, i lagen om anställning har följande lydelse:

”1. Under anställningsåret har arbetstagaren rätt till två semesterdagar för varje anställningsmånad, upp till 20 dagar, som kan tas ut efter sex hela månader efter det att anställningsavtalet har fullgjorts.

2. Om kalenderåret löper ut före utgången av den frist som anges i föregående punkt, ska semestern tas ut senast den 30 juni påföljande år.

3. Tillämpningen av bestämmelserna i föregående punkter får inte leda till att arbetstagaren får rätt till mer än 30 semesterdagar under samma kalenderår, med förbehåll för andra bestämmelser i kollektivavtal.”

12. I artikel 245, med rubriken ”Inverkan på rätten till semester av att anställningen upphör”, i lagen om anställning föreskrivs följande:

”1. När anställningen upphör har arbetstagaren rätt till semesterlön jämte ersättning

a) motsvarande den semester som intjänats och som inte tagits ut,

b) i proportion till den anställningstid som fullgjorts under det år då anställningen upphörde.

2. I det fall som avses i föregående punkt a ska semesterperioden räknas som anställningstid.

3. Om anställningen upphör under kalenderåret efter det då anställningen påbörjades eller om anställningen inte varar längre än tolv månader, får den sammanlagda semestern eller den lön som arbetstagaren har rätt till inte överstiga vad som motsvarar den årliga semesterperioden med beaktande av anställningstiden."

II. Bakgrund, målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

13. GD och ES ingick den 29 oktober 2017 respektive den 9 oktober 2017 ett avtal om tillfällig anställning med bemanningsföretaget Luso Temp - Empresa de Trabalho Temporàrio SA. Kärandena var uthyrda till bolaget Inoveplástika – Inovação e Tecnologia em Plásticos, SA, och deras anställning upphörde den 28 oktober 2019 (vad käranden GD beträffar) och den 8 oktober (vad käranden ES beträffar).

14. Efter det att deras anställning hade upphört väckte kärandena talan vid den hänskjutande domstolen, det vill säga Tribunal Judicial da Comarca de Braga – Juízo do Trabalho de Barcelos (Distriktsdomstolen i Braga, Arbetsdomstolen i Barcelos), för att svaranden skulle förpliktas att betala de belopp som denne underlåtit att betala ut i semesterlön och ersättning för årlig semester för den tid som de utfört sina arbetsuppgifter enligt avtal om tillfällig anställning.

15. Kärandena och svaranden har olika uppfattningar om hur semesterdagarna ska beräknas.

16. Kärandena stöder sina yrkanden på de allmänna bestämmelserna om semester i artiklarna 237, 238, 239 och 245 i Código do Trabalho (den portugisiska lagen om anställning). I enlighet med dessa bestämmelser intjänade kärandena den 1 januari varje år (åren 2018 och 2019) 22 dagars semester och hade därutöver rätt till två semesterdagar för varje hel månads arbete under det år då de anställdes (år 2017) och till semesterdagar i proportion till den arbetade tiden under det år då anställningen upphörde (år 2019), vilket innebär att de hade rätt till totalt 67 betalda semesterdagar (vad gäller käranden GD) och 65 betalda semesterdagar (vad gäller käranden ES).

17. Svaranden har å sin sida hävdat att de särskilda bestämmelserna om anställningsavtal för arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag i artikel 185.6 i anställningslagen är tillämpliga. Enligt dessa bestämmelser har var och en av kärandena enbart rätt till semester (och tillhörande ersättning för årlig semester) i proportion till längden på deras respektive anställningsavtal, till totalt 44 betalda semesterdagar för de två år som anställningen varade.

18. Den hänskjutande domstolen anser att det kan föreligga en motsägelse mellan artikel 185.6 i lagen om anställning och artiklarna 3.1 f och 5.1 i direktiv 2008/104 om arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag. Den portugisiska bestämmelsen innebär nämligen att arbetstagare som hyrs ut till ett kundföretag och de som är direkt anställda av kundföretaget ska behandlas på olika sätt.

19. En arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag har i huvudsak enbart rätt till semester och ersättning i proportion till arbetad tid, medan en arbetstagare som är direkt anställd av kundföretaget har rätt till all semester som följer av tillämpningen av de allmänna bestämmelserna i lagen om anställning.

20. Denna skillnad i behandling rör endast de arbetstagare som har hyrts ut till ett kundföretag under ett visst kalenderår och som har avslutat sin anställning två eller fler kalenderår senare, som i förevarande fall. När det gäller arbetstagare som arbetar hos kundföretaget under en period som inte överstiger tolv månader eller anställningen inletts under ett kalenderår och avslutats under nästa föreligger däremot inga oklarheter.

21. Mot denna bakgrund beslutade Distriktsdomstolen i Braga att vilandeförklara målet och att hänskjuta följande fråga till EU-domstolen:

”Utgör artiklarna 3.1 f och 5.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/104/EG av den 19 november 2008 om arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag hinder för en sådan bestämmelse som den i artikel 185.6 i lagen om anställning (godkänd genom lag nr 7/2009 av den 12 februari 2009), enligt vilken en arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag alltid och endast har rätt till semester och tillhörande ersättning i proportion till den arbetade tid som fullgjorts hos kundföretaget, även om han eller hon påbörjade sin anställning under ett visst kalenderår och avslutade den två eller fler kalenderår senare, medan en arbetstagare som är direkt anställd av kundföretaget och utför samma arbetsuppgifter under samma tid omfattas av de allmänna bestämmelserna om semester, vilka ger den sistnämnde rätt till fler semesterdagar och en högre ersättning för årlig semester, eftersom de inte står i proportion till den arbetade tiden?”

III. Rättslig bedömning

A. Inledande synpunkter

22. Den rättsliga fråga som EU-domstolen har att pröva i den begäran om förhandsavgörande som har framställts av den nationella domstolen i Portugal i förevarande fall är i huvudsak huruvida en nationell bestämmelse enligt vilken en arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag ska behandlas på annat sätt, närmare bestämt sämre, än en arbetstagare som är direkt anställd av kundföretaget när det gäller utbetalning, vid anställningsförhållandets upphörande, av ersättning för semester som inte tagits ut är förenlig med unionsrätten, särskilt artiklarna 3 och 5 i direktiv 2008/104.

23. Frågan, som hittills inte har prövats i domstolens praxis, är med andra ord huruvida begreppet ”grundläggande arbets- och anställningsvillkor” i artikel 5 i direktiv 2008/104 vad gäller skyldigheten att behandla en arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag på samma sätt som en arbetstagare som är direkt anställd av kundföretaget innefattar ersättning för semester som inte tagits ut vid anställningsförhållandets upphörande.

24. Svaret på denna fråga kan, enligt mening, härledas från a) en systematisk tolkning av direktiv 2008/104, särskilt dess *syfte* och *sammanhang*, b) *betydelsen av rätten till semester* (och de därtill knutna ekonomiska rättigheterna) i unionens socialrättslagstiftning och c) *domstolens praxis om tolkningen av liknande likabehandlingsbestämmelser* i andra direktiv som skyddar personer som har atypiska eller otrygga anställningar.

25. *Ordalydelsen* i direktiv 2008/104 är däremot fullkomligt neutral, enligt min bedömning, eftersom det vare sig föreskrivs eller utesluts i direktivet att ”grundläggande arbets- och anställningsvillkor” innefattar en sådan ersättning som avses i begäran i det nationella målet. I artikel 3, vars förteckning omöjligen kan bli fullständig, anges i själva verket endast arbetstidens längd, övertid, raster, vilotid, nattarbete, semester och helgdagar samt lön.

26. Det hänvisas således inte specifikt till särskilda ersättningar eller till belopp som ska utbetalas när anställningsförhållandet upphör. Den enda relevanta hänvisningen är den till ”semester”, och såsom kommer att framgå har det i domstolens praxis redan gjorts en vid tolkning, om än med avseende på andra bestämmelser, när det gäller de ekonomiska rättigheterna i samband med semester.

27. Jag påpekar emellertid att förevarande fall, som ligger till grund för den framställda begäran om förhandsavgörande, utmärker sig genom att det, på grundval av en tolkning av den nationella domstolens beslut och den portugisiska regeringens yttrande, enligt min mening verkar vara en tvist om hur en medlemsstats nationella bestämmelser ska tolkas. Om så är fallet kan EU-domstolen naturligtvis inte avgöra tvisten utan att överskrida sina befogenheter.

28. Den nationella domstolen tycks, i det resonemang som ligger till grund för begäran om förhandsavgörande, tolka artikel 185.6 i den portugisiska lagen om anställning som en särskild bestämmelse som, till skillnad från de allmänna bestämmelserna, tillåter att uthyrda arbetstagare, under vissa omständigheter, behandlas sämre än arbetstagare som är direkt anställda av kundföretaget (och även i förhållande till uthyrda arbetstagare med kortare anställningsavtal) när det gäller ersättning för semester som inte tagits ut vid anställningsförhållandets upphörande.

29. Den portugisiska regeringen däremot förefaller förespråka en systematisk tolkning enligt vilken bestämmelsen i artikel 185.6 i den portugisiska lagen om anställning inte utgör ett undantag från bestämmelserna i artikel 237 och följande artiklar utan ska jämföras med dessa, för att undvika all diskriminering mellan uthyrda arbetstagare och arbetstagare som är direkt anställda av kundföretaget.

30. EU-domstolen ska enligt min mening enbart fastställa sin egen ståndpunkt när det gäller omfattningen av principen om likabehandling vid tillfällig anställning, vilket är en fråga som hittills inte har prövats, genom att precisera principens räckvidd när det gäller rätten till semester och därtill knuten ersättning, samt ge den nationella domstolen viss vägledning för att kunna lösa sådana tvister som den nu har att pröva, genom en konform tolkning.

B. Tolkningsfrågan

1. Direktivets syfte, flexibilitet och trygghet på arbetsmarknaden samt betydelsen av rätten till semester (och därtill knutna ekonomiska rättigheter) i unionens socialrättslagstiftning

31. Enligt fast praxis ”ska vid tolkningen av en unionsbestämmelse inte bara lydelsen beaktas, utan också sammanhanget och de mål som eftersträvas med de föreskrifter som bestämmelsen ingår i”. [3]

[3] Se, bland annat, dom av den 6 oktober 2020, Jobcenter Krefeld (C-181/19, EU:C:2020:794, punkt 64 och angiven rättspraxis), och dom av den 12 maj 2021, Hauptzollamt B (Kaviar av störarter) (C-87/20, EU:C:2021:382, punkt 25 och angiven rättspraxis).

32. I artikel 2 i direktiv 2008/104 anges att direktivets *syfte* är att ”skydda arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag och förbättra kvaliteten i det arbete som utförs av dem genom att garantera att principen om likabehandling enligt artikel 5 tillämpas på dem”.

33. När det gäller det *sammanhang* som bestämmelsen ingår i antogs direktiv 2008/104, som har sin rättsliga grund i den tidigare artikeln 137.1 och 137.2 EG (nu artikel 153 FEUF), [4] efter långa och komplexa förberedelser, för att i unionens socialrättsliga system införliva två tidigare direktiv om atypiska anställningar, som rör deltidsarbete respektive visstidsanställningsförhållanden. [5]

34. Det ovannämnda direktivet ingår således i en mer allmän lagstiftning som i huvudsak syftar till att det föreskrivna skyddet ska tillämpas på alla kategorier personer som har atypiska anställningar. [6]

35. Unionen har på det socialpolitiska området haft som övergripande mål att utveckla flexibla arbetsformer, samtidigt som syftet har varit att uppnå en ny nivå av harmonisering på socialrättens område. Regleringsmodellen bakom denna förändring på området grundar sig på strävan efter en balans mellan flexibilitet och säkerhet på arbetsmarknaden och har kommit att kallas ”flexicurity”. [7]

36. Direktiv 2008/104, som är det mest omfattande resultatet av den debatt om ”flexicurity” som kommissionen tog initiativ till de närmast föregående åren, [8] syftar till att åstadkomma en lämplig balans mellan å ena sidan ett förbättrat skydd för arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag, och å andra sidan främjande av den positiva roll som arbetskraft som hyrs ut av bemanningsföretag kan spela genom att erbjuda tillräcklig flexibilitet på arbetsmarknaden. [9]

37. Syftet med att harmonisera arbetsvillkoren är att ”förena villkoren för personaluthyrning med ’normala’ anställningsförhållanden” [10] och eftersträvas med direktiv 2008/104 just genom att slå fast principen om likabehandling.

38. Såsom tydligt framgår av direktivets ordalydelse [11] ska nämligen de garantier som ligger till grund för modellen med flexibilitet och trygghet på arbetsmarknaden och således den särskilda vikten av principen om likabehandling även ses mot bakgrund av att sådana anställningsförhållanden är av subsidiär karaktär i förhållande till det vanliga anställningsförhållandet som är anställningskontrakt i form av vidareanställning (med den arbetsgivare som utnyttjar tjänsterna).

4 Som gav institutionerna en behörighet att ”genom direktiv anta minimikrav, som ska genomföras gradvis”, bland annat avseende ”arbetsvillkor”.

5 Det rör sig om rådets direktiv 97/81/EG av den 15 december 1997 om ramavtalet om deltidsarbete undertecknat av UNICE, CEEP och EFS (EGT L 14, 1998, s. 9) och rådets direktiv 1999/70/EG av den 28 juni 1999 om ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFS, UNICE och CEEP (EGT L 175, 1999, s. 43). Se, även, för ett liknande resonemang, förslag till avgörande av generaladvokaten Sharpston i målet KG (På varandra följande uppdrag som utförs av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag) (C-681/18, EU:C:2020:300, punkt 36).

6 Se, för ett liknande resonemang, S. Peers, *Equal Treatment of Atypical Workers*, Yearbook of European Law, vol. 32, nr 1 (2013), s. 43 och följande sidor.

7 Se, för ett liknande resonemang, förslag till avgörande av generaladvokaten Szpunar i målet AKT (C-533/13, EU:C:2014:2392, punkt 33).

8 S. Robin-Olivier, *A French reading of the directive 2008/104 on temporary agency work*, ELLJ, 2010, s. 398 och följande sidor.

9 Rapport från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén om tillämpningen av direktiv 2008/104/EG om arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag, COM(2014) 176 final, s. 20. Samma anges i skäl 11 i direktiv 2008/104.

10 Se dom av den 14 oktober 2020, KG (På varandra följande uppdrag som utförs av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag) (C-681/18, EU:C:2020:823, punkt 51).

11 Skäl 15 i direktiv 2008/104.

39. Modellen med flexibilitet och trygghet på arbetsmarknaden, det vill säga den modell som grundar sig på åtgärder för att skapa en balans mellan sysselsättning och trygghet på arbetsmarknaden,[12] kan endast genomföras om det råder fullständig respekt för principen om likabehandling, såsom den kommer till uttryck i artikel 5.1 i direktiv 2008/104, vilken utgör en sann hörnstolpe i systemet med flexibilitet och trygghet på arbetsmarknaden i alla de direktiv som bidrar till införandet av det systemet.

40. Såsom mycket tydligt har påpekats är den kompromiss som ligger till grund för direktivet och som har möjliggjort antagandet av detta att principen om likabehandling mellan uthyrda arbetstagare och användaren fastställs i kombination med att förbud och hinder undanröjs för företagens verksamhet.[13]

41. I stället för att lägga tyngdpunkt på åtkomst har den nationella lagstiftaren har snarare flyttat tyngdpunkten i skyddet till anställningsförhållandet med användaren genom att kraftigt stärka principen om likabehandling, som en skyddsmetod som kan användas som en barriär för att en större flexibilitet när det gäller tillgång till arbete inte ska medföra en kraftigt lägre skyddsnivå.[14]

42. Syftena med direktiv 2008/104 och det sammanhang som det ingår i talar således för en vid tolkning av principen om likabehandling[15] som därför innebär att även ersättning för semester som inte tagits ut ska ingå i de rättigheter som ska garanteras arbetstagarna på samma sätt som gäller för arbetstagare som är direkt anställda av kundföretaget.

43. En restriktiv tolkning skulle däremot innebära att principen om likabehandling inte är tillämplig när avtalet med arbetstagaren som hyrs ut av bemanningsföretag upphör att gälla, vilket skulle medföra att avtal om visstidsanställning sägs upp i stället för att ett av de mål som eftersträvas med direktiv 2008/104, nämligen att göra det lättare för arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag att få fast anställning, förverkligas.

44. I samma riktning går även betydelsen i unionens socialrättslagstiftning av rätten till semester och de därtill knutna ekonomiska rättigheterna.

45. Domstolen har nämligen redan slagit fast att rätten till årlig betald semester är en ”väsentlig och tvingande princip i unionens sociala regelverk och som slås fast i artikel 31.2 i stadgan”[16] och är, såsom princip av väsentlig betydelse i unionens sociala regelverk, tvingande. Denna väsentliga princip ”består i rätten till årlig ’betald’ semester som sådan och rätten, som är beroende av den förstnämnda, till kontant ersättning för årlig semester som inte tagits ut vid anställningens upphörande”.[17]

[12] Se förslag till avgörande av generaladvokaten Sharpston i målet KG (På varandra följande uppdrag som utförs av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag) (C-681/18, EU:C:2020:300, punkt 36).

[13] N. Contouris, R. Horton, *The Temporary Agency Work Directive*: *Another Broken Promise*?, ILJ, 2009, s. 329 och följande sidor.

[14] Se, för ett liknande resonemang, M. Quaranta, ”La somministrazione di lavoro: le nuove regole del decreto dignità ed i vincoli europei”, i L. Calcaterra (utgivare), *La somministrazione di lavoro*, Editoriale Scientifica, Neapel, 2019, s. 407.

[15] Se även Europeiska kommissionens yttrande i punkt 22.

[16] Se, senast, dom av den 8 september 2020, kommissionen/Carreras Sequeros m.fl. (C-119/19 P, EU:C:2020:676, punkt 113).

[17] Se dom av den 6 november 2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften (C-684/16, EU:C:2018:874), punkt 72 och dom av den 6 november 2018, Bauer och Willmeroth (C-569/16 och C-570/16, EU:C:2018:871, punkt 83).

2. Den vida tolkningen av principen om likabehandling i fråga om ”grundläggande arbets- och anställningsvillkor”

46. Enligt artikel 5 i direktiv 2008/104 ska ”de grundläggande arbets- och anställningsvillkoren” för arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag, från och med uppdragets första dag, minst vara de villkor som skulle gälla för dem om de hade anställts direkt av kundföretaget för att inneha samma tjänst. [18]

47. Mot bakgrund av de överväganden som jag har redogjort för ovan när det gäller syftet och målen med direktiv 2008/104 samt det sammanhang i vilket det ingår i unionens sociala regelverk, bortsett från betydelsen av rätten till semester och den därtill knutna ersättningen vilken domstolen redan tydligt har slagit fast, talar även vissa tidigare domar från domstolen avseende direktiv 2008/104 och andra direktiv som tillsammans bildar skyddet för personer som har atypiska eller otrygga anställningar i unionens sociala regelverk för en vid och generös tolkning av principen om likabehandling. [19]

48. Den vida tolkningen av begreppet ”grundläggande arbets- och anställningsvillkor”, enligt vilken begreppet även innefattar ersättning för semester som inte tagits ut vid anställningsförhållandets upphörande, har nämligen enligt min mening inte enbart sin grund i en systematisk helhetsram rörande målen i direktiv 2008/104 och betydelsen av rätten till semester inom ramen för anställningsförhållandet, utan även i vissa tidigare domar från domstolen, även om dessa inte specifikt avser artiklarna 3 och 5 i direktiv 2008/104.

49. Domstolen har nämligen nyligen slagit fast, med hänvisning till direktiv 2008/104, att det ”framgår … av skäl 1 i detta direktiv att det syftar till att fullt ut garantera efterlevnad av artikel 31 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, som i punkt 1 allmänt föreskriver att varje arbetstagare har rätt till hälsosamma, säkra och värdiga arbetsförhållanden. I förklaringarna avseende stadgan om de grundläggande rättigheterna … anges att uttrycket ’arbetsvillkor’ ska förstås i den mening som avses i artikel 156 FEUF. Den sistnämnda bestämmelsen avser emellertid endast, utan att närmare definiera dem, ’arbetsvillkoren’ som ett av unionens socialpolitiska områden där kommissionen kan ingripa för att främja samarbetet mellan medlemsstaterna och underlätta samordningen av deras verksamhet. Mot bakgrund av syftet som eftersträvas med direktiv 2008/104 att skydda rättigheterna för arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag talar denna avsaknad av precisering för en *vid tolkning* [20] av begreppet ’arbetsvillkor’.” [21]

50. Utöver detta tydliga principuttalande ska det tilläggas att domstolen, med hänvisning till likabehandlingsprincipen, redan tydligt har klargjort ramarna för andra anställningsförhållanden som skiljer sig från det ”normala” anställningsförhållandet med tillsvidareanställning som ju är

[18] Dessa villkor, som uttryckligen föreskrivs i artikel 3, innefattar, såsom har angetts ovan, de allra viktigaste rättigheter i anställningsförhållandet som redan har nämnts (lön, arbetstidens längd, övertid, raster, vilotid, nattarbete, semester och helgdagar) och ska tillämpas på arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag i den mån de utgör bindande generella bestämmelser som gäller i kundföretaget (se rapport från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén om tillämpningen av direktiv 2008/104/EG om arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag, COM(2014) 176 final, s. 5).

[19] Rådets direktiv 97/81/EG av den 15 december 1997 om ramavtalet om deltidsarbete undertecknat av UNICE, CEEP och EFS och rådets direktiv 1999/70/EG av den 28 juni 1999 om ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFS, UNICE och CEEP.

[20] Min kursivering.

[21] Se dom av den 14 oktober 2020, KG (På varandra följande uppdrag som utförs av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag) (C-681/18, EU:C:2020:823, punkt 54) där punkt 44 i förslaget till avgörande av generaladvokaten Sharpston återges.

”det vanliga anställningsförhållandet”, såsom lagstiftaren uttryckligen har angett.[22] Lagstiftaren har gjort detta genom att precisera räckvidden av uttrycket ”arbetsvillkor”, om än med hänvisning till andra bestämmelser än dem i direktiv 2008/104 men i sammanhang som överlappar detta.

51. Såsom angetts ovan antogs direktivet för att komplettera Europeiska unionens befintliga rättsliga ram på det socialpolitiska området och därför måste, såsom kommissionen har föreslagit i sitt yttrande,[23] hänsyn tas till vad som redan har fastställts i domstolens praxis när det gäller tolkningen av begreppet ”arbetsvillkor” med avseende på ramavtalet om visstidsarbete.[24]

52. När det gäller klausul 4 punkt 1 i ovannämnda ramavtal om visstidsarbete[25] har domstolen redan slagit fast att begreppet ”arbetsvillkor” åsyftar de rättigheter och skyldigheter som definierar ett visst anställningsförhållande, vilket inkluderar villkor avseende såväl hur en person utför sitt arbete som anställningsförhållandets upphörande[26] och att detta begrepp omfattar den ersättning som arbetsgivaren är skyldig att betala till arbetstagaren när arbetstagarens avtal om visstidsanställning har sagts upp.[27]

53. Kriteriet att hela anställningsförhållandet mellan arbetstagaren och dennes arbetsgivare måste beaktas för att fastställa om en åtgärd omfattas av begreppet ”anställningsvillkor” förefaller ha bekräftats i detta avseende.

54. Vidare är dessa överväganden, såsom domstolen har slagit fast, fullt överförbara på eventuell ersättning som arbetstagaren har rätt till när det anställningsavtal som vederbörande ingått med sin arbetsgivare sägs upp, vilket innebär att denna bestämmelse ska tolkas på så sätt att begreppet ”anställningsvillkor” omfattar den ersättning som arbetsgivaren är skyldig att betala till arbetstagaren när arbetstagarens avtal om visstidsanställning har sagts upp.[28]

55. Vidare har domstolen nyligen slagit fast, om än med avseende på en annan typ av ersättning som inte rör semester i ett visstidsanställningsförhållande, att ”en ersättning som betalas ut till arbetstagaren på grund av att anställningsavtalet med arbetsgivaren sägs upp … omfattas av begreppet anställningsvillkor i den mening som avses i 4.1 i nämnda avtal”.[29]

56. Vad därefter beträffar deltidsarbetande har domstolen, vid tolkningen av bestämmelserna i ramavtalet om visstidsarbete, slagit fast att den kontanta ersättning som ska betalas till en arbetstagare som, av skäl som han eller hon inte råder över, inte har kunnat utöva sin rätt till årlig betald semester innan anställningen upphörde ska beräknas så, att arbetstagaren ska försättas i en situation som motsvarar den han eller hon skulle ha befunnit sig i om vederbörande hade utövat nämnda rättighet under anställningen.[30]

[22] Se dom av den 14 oktober 2020, KG (På varandra följande uppdrag som utförs av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag) (C-681/18, EU:C:2020:823, punkt 51), angående skäl 15 i direktiv 2008/104.

[23] Kommissionens yttrande, punkt 35.

[24] Denna analoga tolkning stöds inte enbart av de gemensamma mål som ligger till grund för dessa bestämmelser utan även av själva räckvidden av direktiv 2008/104, eftersom det, såsom framgår av artikel 3.2, är tillämpligt på alla visstidsanställningsförhållanden.

[25] Som har följande lydelse: ”När det gäller anställningsvillkor, skall visstidsanställda inte behandlas mindre fördelaktigt än jämförbara tillsvidareanställda enbart på grund av att de har en visstidsanställning, om detta inte motiveras på objektiva grunder.”

[26] Se dom av den 20 december 2017, Vega González, (C-158/16, EU:C:2017:1014, punkt 34).

[27] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 september 2016, de Diego Porras (C-596/14, EU:C:2016:683, punkt 32).

[28] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 september 2016, de Diego Porras, (C-596/14, EU:C:2016:683, punkterna 28 och 30–32 och angiven rättspraxis).

[29] Se dom av den 22 januari 2020, Baldonedo Martín (C-177/18, EU:C:2020:26, punkt 36).

[30] Se dom av den 11 november 2015, Greenfield (C-219/14, EU:C:2015:745, punkt 51 och angiven rättspraxis).

57. Vad sedan allmänt gäller rätten till ersättning för semester som inte tagits ut har domstolen preciserat, vid tolkningen av artikel 7.2 i direktiv 2003/88/EG[31], att när anställningen har avslutats och det således inte längre är praktiskt möjligt att ta ut årlig betald semester föreskrivs i artikel 7.2 i direktiv 2003/88 att arbetstagaren har rätt till en kontant ersättning för att undvika att arbetstagarens möjlighet att komma i åtnjutande av sin rättighet, även i form av ekonomisk ersättning, är utesluten på grund av denna omöjlighet.[32]

58. Vid en jämförelse av artiklarna 3 och 5 i direktiv 2008/104, om räckvidden och omfattningen av principen om likabehandling av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag, ska dessa enligt min mening således bli föremål för en vid tolkning, även med hänvisning till vad domstolen har slagit fast när det gäller ”arbetsvillkor” som ingår i den föreskrivna principen om likabehandling av visstidsanställda och deltidsanställda.

59. Jag vill härvidlag tillägga att de formuleringar som lagstiftaren har använt i direktiv 2008/104 i än högre grad åsyftar ett effektivt skydd och behovet av att undvika att det uppstår flera olika regleringar för personer som har otrygga anställningar, även om personer som har atypiska anställningar bör skyddas av samma skäl som personer som har otrygga anställningar.

60. Till skillnad från i de tidigare direktiven om visstidsarbete och deltidsarbete ska det för det första påpekas att lagstiftaren har valt att definiera principen som ”principen om likabehandling” i stället för ”principen om icke-diskriminering”. För det andra används uttrycket ”minst vara” i stället för ”inte mindre fördelaktigt” när det gäller anställningsvillkoren för jämförbara personer. För det tredje hänför sig tillämpningsområdet för arbetsvillkoren uttryckligen till nästan samtliga rättigheter inom ramen för anställningsförhållandet, vilket praktiskt taget inte ger utrymme för någon inskränkande tolkning. För det fjärde har lagstiftaren utnyttjat möjligheten med en ”hypotetisk jämförelse” i stället för en jämförelse med ”jämförbara” heltidsanställda eller tillsvidareanställda. På grund av detta går det alltid att göra en jämförelse när det gäller arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag, eftersom jämförelsen görs med den behandling som en direkt anställd arbetstagare med liknande uppgifter skulle ha rätt till, även i fall där en sådan arbetstagare i själva verket inte ingår i personalstyrkan.[33]

61. En sista anmärkning rör möjligheterna till undantag från artikel 5.2, 5.3 och 5.4 i direktiv 2008/104. Det framgår tydligt av handlingarna i målet att den portugisiska lagstiftaren inte har utnyttjat den möjlighet som ges i direktivet att tillämpa undantag från principen om likabehandling. Tvärtom framgår det av den portugisiska regeringens yttrande att vissa befintliga tvetydigheter i den nationella lagstiftningen har undanröjts i och med genomförandet av direktivet som sådant.[34]

62. Jag begränsar mig således till att endast göra en kort anmärkning i detta avseende: Jag är tveksam till huruvida undantag kan göras för ersättning för semester som inte har tagits ut (som inte kan betraktas som ”lön” i ordets rätta bemärkelse[35]), på grund av att ersättningen har

[31] Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/88/EG av den 4 november 2003 om arbetstidens förläggning i vissa avseenden (EUT L 299, 18.11.2003, s. 9).

[32] Se dom av den 20 juli 2016, Maschek (C-341/15, EU:C:2016:576, punkt 26 och angiven rättspraxis).

[33] Se, för ett liknande resonemang, L. Zappalà, ”Il lavoro somministrato e gli incerti confini della parità di trattamento”, i L. Calcaterra (utgivare), *La somministrazione di lavoro*, Editoriale Scientifica, Neapel, 2019, s. 417.

[34] Se den portugisiska regeringens yttrande i punkt 52.

[35] En rättighet som undantag får göras från på vissa villkor enligt artikel 5.2 i direktiv 2008/104.

samband med den grundläggande rätten till semester, och i vilket fall som helst är jag, mot bakgrund av direktivets allmänna syfte, övertygad om att det måste göras en restriktiv tolkning av samtliga möjligheter som unionslagstiftaren ger till undantag från principen om likabehandling.

63. Slutsatsen av min prövning i detta avseende är som följer. Syftena med direktiv 2008/104 och dess mål att skydda personer som har otrygga anställningar, tillsammans med det sammanhang i vilket direktivet har utformats och ingår i unionens sociallagstiftning, karaktären av den grundläggande rätten till semester och den därtill knutna kontanta ersättningen samt domstolens tolkning av liknande bestämmelser inom området för likabehandling av personer som har otrygga anställningar är alla omständigheter som entydigt talar för en vid tolkning av begreppet ”grundläggande arbets- och anställningsvillkor”, så att detta även innefattar ersättning som vid avtalets upphörande ska betalas till en arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag för semester som inte har tagits ut under anställningsförhållandet.

64. Sådan ersättning ska således beräknas enligt samma metod som för arbetstagare som är direkt anställda av kundföretaget, så att den slutliga beräkningen står i proportion till den arbetade tiden.

3. Följderna för den hänskjutande domstolen

65. Enligt domstolens fasta praxis grundar sig det samarbetssystem som fastställs artikel 267 FEUF på en tydlig funktionsfördelning mellan de nationella domstolarna och EU-domstolen. Det ankommer på medlemsstaternas domstolar att beakta de faktiska omständigheterna och att tolka den nationella lagstiftningen.

66. Domstolen är emellertid behörig att tillhandahålla den hänskjutande domstolen alla uppgifter om unionsrättens tolkning och att, mot bakgrund av handlingarna i målet vid den nationella domstolen och de skriftliga och muntliga yttranden som förelagts den, lämna upplysningar av sådant slag att den nationella domstolen kan avgöra målet. [36]

67. Såsom redan har angetts ovan anser den hänskjutande domstolen att arbetstagare i Portugal som hyrs ut av bemanningsföretag och som påbörjar sitt arbete hos kundföretaget under ett kalenderår och avslutar det först två eller fler kalenderår senare ska omfattas av den särskilda bestämmelsen i artikel 185.6 i den portugisiska lagen om anställning, enligt vilken en arbetstagare som hyrs ut av ett bemanningsföretag endast har rätt till semesterlön och semesterersättning i proportion till den arbetade tiden. Denna beräkningsmetod skiljer sig från den som förskrivs för arbetstagare som är direkt anställda av kundföretaget, vilka däremot omfattas av de allmänna, mer fördelaktiga bestämmelserna om beräkning av betald semester som föreskrivs i artiklarna 237–239 och 245 i den portugisiska lagen om anställning.

68. Den portugisiska regeringens yttrande tycks uppmana till en annan tolkning av bestämmelserna i den portugisiska lagen om anställning än den som den hänskjutande domstolen har gjort. [37]

[36] Domstolens beslut av den 28 januari 2015, Gimnasio Deportivo San Andrés (C-688/13, EU:C:2015:46, punkterna 30–32 och där angiven rättspraxis). Se, senast, exempelvis, dom av den 3 oktober 2019, Fonds du Logement de la Région de Bruxelles Capitale (C-632/18, EU:C:2019:833, punkterna 48 och 49 och där angiven rättspraxis).

[37] Såsom jag redan har påpekat i mina inledande anmärkningar i min rättsliga bedömning förefaller den portugisiska regeringen förespråka en systematisk tolkning, enligt vilken bestämmelsen i artikel 185.6 i den portugisiska lagen om anställning inte utgör ett undantag till bestämmelserna i artikel 237 och följande artiklar utan ska jämföras med dessa, för att undvika all diskriminering mellan uthyrda arbetstagare och arbetstagare som är direkt anställda av kundföretaget.

69. Det ankommer inte på domstolen att i sak pröva nationell rätt. Enligt fast rättspraxis är nämligen domstolen endast behörig att tolka eller pröva giltigheten av en unionsrättsakt på grundval av de uppgifter om de faktiska omständigheterna som har lämnats av den nationella domstolen, medan det ankommer uteslutande på den hänskjutande domstolen att tolka den nationella rätten. [38]

70. Vidare ska det erinras om att de nationella domstolarna, enligt domstolens fasta praxis, är skyldiga att i den utsträckning det är möjligt beakta unionsrätten vid tolkningen av nationell rätt. [39]

71. Principen om direktivkonform tolkning innebär att de nationella myndigheterna är skyldiga att göra allt som står i deras makt, med hänsyn till den nationella rätten i sin helhet och med tillämpning av de tolkningsmetoder som är erkända i nationell rätt, för att säkerställa att unionsrätten ges full verkan och för att uppnå ett resultat som är förenligt med unionsrättens syfte.

72. Principen om direktivkonform tolkning av nationell rätt har emellertid vissa begränsningar. I synnerhet gäller att den nationella domstolens skyldighet att beakta unionsrättens innehåll vid tolkningen och tillämpningen av relevanta bestämmelser i nationell rätt således är begränsad av allmänna rättsprinciper och kan inte tjäna som grund för att tolka nationell rätt *contra legem*.

73. Därtill, såsom har framhållits ovan, kan EU-domstolens bedömning emellertid inte ersätta den nationella domstolens bedömning när det gäller möjligheten att tolka den nationella rätten så, att den kan vara förenlig med vad som föreskrivs i unionsrätten.

74. Det ankommer således på den nationella domstolen att pröva huruvida de arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag, under deras uppdrag vid kundföretaget, åtnjuter grundläggande arbets- och anställningsvillkor i Portugal som minst är dem som skulle gälla för dem om de hade anställts direkt av kundföretaget. [40]

75. Den nationella domstolen ska således pröva huruvida arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag omfattas av de allmänna bestämmelser som föreskrivs i artiklarna 237–239 och 245 i lagen om anställning, trots den särskilda bestämmelsen i artikel 185.6 i lagen om anställning, såsom den portugisiska regeringen har hävdat, när det gäller beräkningen av semester och därtill knuten ersättning i händelse av att avtalet sägs upp. Om så är fallet har den nationella domstolen inte fog för att anse att arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag åtnjuter grundläggande arbets- och anställningsvillkor som är mindre fördelaktiga än dem som skulle gälla för dem om de hade anställts direkt av företaget för att inneha samma tjänst och kan således inte fastställa att artikel 5.1 i direktiv 2008/104 har åsidosatts.

[38] Se, särskilt, dom av den 10 juni 2021, Ultimo Portfolio Investment (Luxemburg) (C-303/20, EU:C:2021:479, punkt 25 och angiven rättspraxis).

[39] Se dom av den 19 april 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, punkt 32), och dom av den 14 oktober 2020, KG (På varandra följande uppdrag som utförs av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag) (C-681/18, EU:C:2020:823, punkt 66), och dom av den 19 september 2019, Rayonna prokuratura Lom, (C-467/18, EU:C:2019:765, punkt 60 och där angiven rättspraxis).

[40] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 20 december 2017, Vega González (C-158/16, EU:C:2017:1014, punkt 46 och angiven rättspraxis).

IV. Förslag till avgörande

76. Artiklarna 3.1 f och 5.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/104/EG av den 19 november 2008 om arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag utgör hinder för en lagbestämmelse i en medlemsstat enligt vilken en arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag har rätt till semester och tillhörande ersättning vid anställningsförhållandets upphörande i proportion till den arbetade tid som har fullgjorts vid kundföretaget, om en arbetstagare som är direkt anställd av kundföretaget och som utför samma arbetsuppgifter under samma tid omfattas av andra bestämmelser, som ger den sistnämnde rätt till fler semesterdagar och en högre ersättning för årlig semester. Principen om likabehandling innebär nämligen att en arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag ska behandlas på samma sätt som en arbetstagare som är direkt anställd av kundföretaget och som utför samma arbetsuppgifter, under den tid uppdraget i kundföretaget varar, även när det gäller rätten till ersättning för semester som inte tagits ut vid anställningsförhållandets upphörande.