

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 14. december 2006¹

I — Indledning

1. Under henvisning til artikel 226 EF har Kommissionen nedlagt påstand om, at Domstolen fastslår, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat de forpligtelser, der påhviler den i henhold til artikel 49 EF, idet den kræver, at virksomheder med hjemsted i andre medlemsstater, der udstationerer arbejdskraft i Tyskland, betaler bidrag til den tyske feriekasse, medmindre disse arbejdstagere allerede bidrager til et »tilsvarende organ«, og lader bestemte dokumenter oversætte, samt kræver, at udenlandske vikarbureauer foretager anmeldelse af ethvert tilbud om beskæftigelse til arbejdstagere og af den beskæftigelse, der påbegyndes.

onering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser².

3. Desuden nedlægger Forbundsrepublikken Tyskland påstand om, at sagen afvises, da stævningen ikke er præcis og ikke stemmer overens med den begrundede udtalelse, og fordi den administrative procedure i forbindelse med sagen har varet for længe.

II — Retsforskrifter

A — Fællesskabsbestemmelser

2. Inden jeg vurderer, om disse forpligtelser udgør en tilsidesættelse af fællesskabsretten, skal jeg nærmere analysere grundlaget for at bedømme dem, navnlig under hensyntagen til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/71/EF af 16. december 1996 om udstati-

1. EF-traktaten

4. Artikel 49 EF, stk. 1, indeholder følgende bestemmelse: »Inden for rammerne af

1 — Originalsprog: spansk.

2 — EFT L 18, s. 1.

nedennævnte bestemmelser er der forbud mod restriktioner, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser inden for Fællesskabet for så vidt angår statsborgere i medlemsstaterne, der er bosat i et andet af Fællesskabets lande end modtageren af den pågældende ydelse.«

(femte betragtning), er relevant i denne forbindelse⁵.

2. Direktiv 96/71

5. Når man ved udøvelse af denne grundlæggende frihedsrettighed midlertidigt udstationerer ansatte på en anden medlemsstats område³, forårsager sammenstødet mellem de forskellige love og administrative bestemmelser visse særlige problemer⁴. Direktiv 96/71, hvorved der søges skabt overensstemmelse mellem »fair konkurrence« og »forholdsregler, der garanterer, at arbejdstagernes rettigheder respekteres«

6. I direktivets artikel 1, stk. 1, begrænses anvendelsesområdet til kun at finde anvendelse på virksomheder med hjemsted i en medlemsstat, som med henblik på levering af tjenesteydelser over grænserne udstationerer arbejdstagere på en anden medlemsstats område i henhold til stk. 3, dvs. at en arbejdstager a) udstationeres i henhold til en aftale mellem den udstationerende virksomhed og modtageren af tjenesteydelsen, b) udstationeres på et forretningssted eller i en virksomhed, der tilhører koncernen, eller c) udstationeres via et vikarbureau i en brugervirksomhed, der har forretningssted i en anden medlemsstat end den udstationerende virksomhed.

7. Efter definitionen af begrebet »udstationeret arbejdstager« (artikel 2) og fastlæggelsen af en række minimumsbestemmelser for arbejds- og ansættelsesvilkår (artikel 3)

3 — I henhold til G. Palao Moreno: »La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Un nuevo paso hacia la consolidación de un mercado de trabajo integrado en Europa«, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, juli-august 2000, nr. 208, s. 46, er mobiliteten ikke blot endnu en konsekvens af den europæiske integration, men ligeledes en nødvendighed, der er kendetegnende for systemet.

4 — J.I. García Ninet og A. Vicente Palacio: »La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional«, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nr. 27, 2000, s. 14.

5 — Ifølge princippet består den grundlæggende idé i at hindre, at lande, der i mindre grad anerkender arbejdstagernes rettigheder, og som har lavere omkostninger, opnår fordele i andre lande, hvor arbejdskraften er dyrere som følge af den øgede beskyttelse (F. De Vicente Pachés: »Desplazamiento temporal de trabajadores para la ejecución de un contrato en otro Estado miembro. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Pleno), de 23 de noviembre de 1999«, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nr. 27, 2000, s. 240). I denne forbindelse hævder J.P. Landa Zapirain og O. Fotinopoulou Basurko i »Breve comentario de la Ley 45/1999 sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, que incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 96/71/CE«, *Relaciones Laborales*, nr. 9, 2000, s. 10, at direktivet er mere »økonomisk end socialt«.

indeholder artikel 4 bestemmelser om et »samarbejde om information«, der skal foregå på følgende måde:

3. Hver medlemsstat træffer passende foranstaltninger til, at oplysningerne om arbejds- og ansættelsesvilkår, jf. artikel 3, generelt er alment tilgængelige.

»1. Med henblik på gennemførelsen af dette direktiv udpeger medlemsstaterne i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis et eller flere forbindelseskontorer eller en eller flere nationale kompetente instanser.

4. Hver medlemsstat giver de øvrige medlemsstater og Kommissionen meddelelse om de forbindelseskontorer og/eller de kompetente instanser, der er omhandlet i stk. 1.«

2. Medlemsstaterne sørger for samarbejde mellem de offentlige myndigheder, som i henhold til den nationale lovgivning har kompetence til at overvåge de i artikel 3 omhandlede arbejds- og ansættelsesvilkår. Dette samarbejde består bl.a. i, at de pågældende offentlige myndigheder besvarer begrundede forespørgsler fra hinanden om oplysninger vedrørende grænseoverskridende tilrådgighedsstillelse af arbejdstagere, herunder angående åbenlyst misbrug eller grænseoverskridende aktiviteter, der anses for ulovlige.

8. I direktivets efterfølgende bestemmelser forpligtes medlemsstaterne til at træffe passende foranstaltninger i tilfælde af manglende overholdelse af direktivet (artikel 5), den retlige kompetence fastslås (artikel 6), og i artikel 7 angives fristen for gennemførelse af direktivet, idet det bestemmes, at:

Kommissionen og de i første afsnit nævnte offentlige myndigheder arbejder nært sammen med henblik på at undersøge de vanskeligheder, der kan opstå i forbindelse med gennemførelsen af artikel 3, stk. 10.

»[m]edlemsstaterne vedtager de nødvendige love og administrative bestemmelser for at efterkomme dette direktiv senest den 16. december 1999. De underretter straks Kommissionen herom.

Den gensidige administrative bistand er gratis.

[...]«

9. Artikel 8 indeholder bestemmelser om en fornyet undersøgelse foretaget af Kommissionen⁶, og i artikel 9 fastslås det, at direktivet er rettet til medlemsstaterne.

12. § 2 omhandler »kontrolforanstaltninger«, såsom foranstaltningen i stk. 3, hvorefter udenlandske arbejdsgivere skal lade de dokumenter, hvori det dokumenteres, at forpligtelserne i § 1 er overholdt, oversætte til tysk, dvs. arbejdskontrakten, lønafregningerne og optegnelser om såvel arbejdstid som foretagne lønudbetalinger.

B — Tysk lovgivning

10. Arbejdstagernes mobilitet er i Tyskland reguleret i Arbeitnehmerendengesetz herefter (»AEntG« eller »loven«), den tyske lov om udstationeret arbejdskraft af 26. februar 1996⁷, som trådte i kraft den 1. marts 1996.

11. I henhold til lovens § 1, stk. 1, er retsforholdet mellem den udenlandske arbejdsgiver og dennes ansatte i et vist omfang omfattet af bestemmelserne i de kollektive overenskomster med generel bindende virkning i byggebranchen, hvori mindstelønnen og antallet af betalte orlovs- og feriedage fastsættes. I henhold til § 1, stk. 3, skal aftalerne om indbetaling af bidrag med henblik på feriegodtgørelse overholdes, medmindre der foretages indbetaling til et »tilsvarende organ« i virksomhedens etableringsstat.

13. I § 3, stk. 2, forpligtes udenlandske vikarbureauer til, før påbegyndelsen af enhver beskæftigelse på en byggeplads, at foretage en anmeldelse på tysk af indeholdende de tilrådgighedsstillede arbejdstageres navn, efternavn og fødselsdato, start- og slutdato for denne tilrådgighedsstillelse, arbejdsstedet, oplysninger om, hvor i Tyskland dokumenterne i henhold til § 2, stk. 3, bliver opbevaret, navnet på en befuldmægtiget i Tyskland samt navn og adresse på den virksomhed, arbejdstagerne er stillet til rådighed for. Det kan i kontrakten mellem vikarbureauet og modtageret af arbejdskraften fastsættes, hvem der skal anmelde ændringer af arbejdstagerens beskæftigelsessted.

III — Den administrative procedure

14. Kommissionen, der havde modtaget adskillige klager over AEntG, tilsendte den 12. november 1998 Forbundsrepublikken Tyskland en åbningsskrivelse, der blev sup-

6 — I meddelelse fra Kommissionen til Rådet, Europa-Parlamentet, Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget »Gennemførelse af direktiv 96/71/EF i medlemsstaterne«, af 25.7.2003 (KOM(2003) 458) fastslås det, at det i øjeblikket ikke forekommer at være nødvendigt at ændre direktivet, da problemerne mere er af praktisk end af juridisk karakter (s. 19).

7 — BGBl. 1996 I, s. 227.

pleret af endnu en åbningsskrivelse den 17. august 1999, hvilke medlemsstaten besvarede den 8. marts, den 4. maj og den 25. oktober 1999.

15. Besvarelsenerne overbeviste ikke Kommissionen, der den 25. juli 2001 fremsatte en begrundet udtalelse, hvori den opfordrede Tyskland til at offentliggøre de foranstaltninger, der var nødvendige for at efterkomme Kommissionens udtalelse inden for to måneder fra fremsendelsen.

16. Den tyske regering fremsatte sine bemærkninger den 1. oktober 2001, den 10. december 2001, den 3. februar 2003 og den 4. december 2003. Den 23. januar 2004 gav den meddelelse om, at AEntG var blevet ændret ved Drittes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt (den tredje lov om moderne tjenesteydelser på arbejdsmarkedet) af 23. december 2003⁸.

17. Idet Kommissionen vurderede, at ændringen kun havde medført, at nogle af de bestemmelser i AEntG, der ikke var i overensstemmelse med fællesskabsretten, var udgået, anlagde Kommissionen sag ved Domstolen med påstand om, at der fastslås et traktatbrud i henhold til artikel 226 EF.

IV — Retsforhandlinger for Domstolen

18. I stævningen, der indgik til Domstolens Justitskontor den 29. november 2004, nedlægges der påstand om, at det fastslås, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 49 EF, idet den kræver, at a) udenlandske virksomheder betaler bidrag til den tyske feriekasse, selv hvis arbejdstagerne i henhold til bestemmelserne i deres arbejdsgivers etableringsstat nyder en tilsvarende beskyttelse (§ 1, stk. 3, i AEntG), at b) udenlandske virksomheder lader arbejdskontrakten, lønafregninger, optegnelserne om arbejdstid og om foretagne lønudbetalinger samt alle øvrige bilag, som de tyske myndigheder forlanger, oversætte til tysk (§ 2 i AEntG), og at c) udenlandske vikarbureauer foretager en anmeldelse af enhver tilrådighedsstillelse af en arbejdstager til en modtager i Tyskland og af enhver beskæftigelse, som arbejdstageren påbegynder (§ 3, stk. 2, i AEntG)⁹. Endvidere nedlægger Kommissionen påstand om, at den sagsøgte medlemsstat tilpligtes at betale sagens omkostninger.

19. I svarskriftet, der blev afgivet den 4. februar 2005, hævdes det, at sagen må afvises, og at den er ubegrundet.

8 — BGBl. I, s. 2848.

9 — Kommissionen har frafaldet to klagepunkter, der blev gjort gældende i den indledende fase, og som vedrørte vilkårene for at bære betegnelsen »byggefirma« (punkt 24-26 i stævningen) og bøderne (punkt 64), idet forskelsbehandlingen på grund af nationalitet blev ophævet i medfør af lovændringen fra 2003.

20. Den 29. marts 2005 blev replikken afgivet, og den 17. maj blev duplikken afgivet.

21. Ved kendelse af 7. juni 2005 tillod Domstolens præsident, at Frankrig indtrådte i sagen som intervenient, og den 22. september 2005 afgav Frankrig et indlæg til støtte for Forbundsrepublikken Tyskland i forbindelse med det andet klagepunkt, som traktatbruddet vedrører. Bemærkninger til dette interventionsindlæg blev indgivet af Kommissionen den 28. november 2005 og af Tyskland den 27. oktober 2005.

22. I retsmødet, som fandt sted den 8. november 2006, deltog repræsentanterne for Forbundsrepublikken Tyskland og Kommissionen.

V — Traktatbrudssøgsmålets antagelse til realitetsbehandling

23. Efter den tyske regerings opfattelse bør de nationale bestemmelser vurderes i henhold til direktiv 96/71 i stedet for artikel 49 EF, og der sættes således spørgsmålstegn ved berettigelsen af sagsøgerens påstande (A). Desuden har Tyskland fremsat tre processuelle indsigelser, der hævdes at medføre, at sagen helt eller delvist må afvises. Disse indsigelser omhandler varigheden af den administrative procedure (B), stævningens uklarhed (C) og ændringen af det første klagepunkt (D).

A — Grundlaget for bedømmelsen

24. Direktiv 96/71 var endnu ikke vedtaget, da den administrative procedure blev indledt, men da den begrundede udtalelse blev fremsat, var fristen for gennemførelse af direktivet i national ret udløbet. Den tyske regering fremhæver denne tidsmæssige rækkefølge til støtte for sin påstand om, at AEntG skal undersøges i lyset af direktiv 96/71 og ikke artikel 49 EF, der udelukkende finder anvendelse, hvis medlemsstaterne i forbindelse med gennemførelsen af direktivet overskrider rammerne for deres skøn.

25. Kommissionen giver ikke et tydeligt svar på denne indsigelse og modsiger sig selv, da den for eksempel i punkt 1 i stævningen hævder, at kontrollen af overensstemmelsen med fællesskabsretten bør vurderes i henhold til traktatbestemmelsen, hvorefter Kommissionen fire linjer længere nede henviser til denne bestemmelse og til direktiv 96/71. På trods af et spørgsmål herom tog Kommissionens repræsentant heller ikke klar stilling til ovennævnte indsigelse under retsmødet.

26. Denne debat giver anledning til betragtninger om den fællesskabsbestemmelse, som er bedømmelsesgrundlaget, og om følgerne af et forkert valg heraf. I denne forbindelse kan det, hvis uoverensstemmelsen er åbenlys, konkluderes, at de nødvendige retlige forudsætninger ikke til stede, hvorfor søgsmålet må anses for at være ubegrundet. Noget lignende ville være tilfældet, hvis det blev gjort gældende, at en bestemmelse i afledt ret, der ikke var bekendtgjort på det tids-

punkt, hvor hændelserne indtraf, var overtrådt. I modsat fald bør der indledes en behandling af sagens realitet uden at vurdere, om sagen skal afvises.

27. Denne sag skal ikke afvises inden behandlingen af sagens realitet, da det i forbindelse med undersøgelsen af, hvorvidt der er tale om traktatbrud, er formålstjenligt at tage udgangspunkt i traktaten og se bort fra direktiv 96/71, der ikke gennemfører hele indholdet af artikel 49 EF, af følgende årsager. For det første fastslås det i 13. betragtning til direktivet, at der bør ske en koordinering af medlemsstaternes lovgivning, således at der kan fastsættes en kerne af ufravigelige regler for minimumsbeskyttelse, som skal overholdes i værtslandet af arbejdsgivere, der udstationerer arbejdstagere¹⁰, og for det andet tildeles de nationale myndigheder i artikel 5 et vidt skøn under forudsætning af, at de overholder de grundlæggende frihedsrettigheder¹¹.

28. De statslige bestemmelser om grænseoverskridende arbejdsydelser kan således

være i strid med den primære og den afledte ret. Hvis bestemmelserne tilsidesætter direktivet, ses der bort fra anvendelsen af traktaten, selv om enhver overtrædelse af direktivet i sidste ende er en tilsidesættelse af traktaten, idet traktaten er inspirationskilden til direktivet. Hvis bestemmelserne imidlertid direkte tilsidesætter traktaten, idet de ikke er omfattet af de nærmere regler i direktivet, der gennemfører traktaten, er den eneste mulige reference selve traktaten.

29. Den bestemmelse, der fremføres som bedømmelsesgrundlag i stævningen, er således relevant, idet de klagepunkter, der gøres gældende, rækker videre end direktiv 96/71, og idet det må anses for at være uden betydning, at den begrundede udtalelse blev fremsat, efter at gennemførelsesfristen var udløbet, med forbehold af, at direktivet skal anvendes, hvor der er tale om overlappende områder, eller som retningslinje i forbindelse med fortolkning.

B — Varigheden af den administrative procedure

10 — Nedenfor citerer jeg generaladvokat Légers affattelse af fodnote 15 i forslag til afgørelse i den sag, hvori der blev afsagt dom den 21.9.2006, sag C-168/04, Kommissionen mod Østrig), hvor følgende fastslås: »[D]irektiv 96/71 [fastsætter] ingen særlig procedure for udstationering af arbejdstagere i forbindelse med tjenesteydelser over grænserne [...]. Direktivet begrænser sig primært til at sikre de arbejdstagere, der er udstationeret, at visse af de regler om arbejds- og ansættelsesvilkår, der gælder i den medlemsstat, hvori den nævnte tjenesteydelse præsteres, ligeledes gælder for disse. [D]irektivet overlader til medlemsstaterne at sikre overholdelsen af disse bestemmelser [...] med forbehold for at vedtage passende midler herfor, [...] som ikke tilsidesætter traktatbestemmelserne om den frie udveksling af tjenesteydelser.«

11 — Dom af 25.3.2004, sag C-71/02, Karner, Sml. I, s. 3025, præmis 33 og 34.

30. Efter Tysklands opfattelse er fristen for indbringelse af sagen for Domstolen udløbet, idet proceduren blev indledt i 1998, og stævningen først blev indgivet den 23. november 2004, hvorved princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og retssikkerhedsprincippet er tilsidesat. I 2001 udtalte Domstolen endvidere, at AEntG er i overensstemmelse med fællesskabsretten.

31. Kommissionen har heroverfor anført, at forbundsrepublikken selv gav anledning til at formode, at de bebudede lovændringer ville medføre, at overtrædelserne ophørte.

32. Selv om det er korrekt, at den administrative procedure, der er fastlagt i artikel 226 EF, har strakt sig over mere end seks år, er der flere argumenter for at afvise den fremsatte indsigelse.

33. For det første fremgår det af retspraksis, at den omstændighed, at den administrative procedure strækker sig over usædvanlig lang tid, kun bevirker, at søgsmål må afvises, såfremt Kommissionens adfærd har gjort det vanskeligere for den pågældende stat at tilbagevise Kommissionens argumentation og dermed har tilsidesat den pågældende medlemsstats ret til kontradiktion, og at det påhviler denne medlemsstat »at føre bevis for en sådan vanskelighed«¹². Den tyske regering har i det foreliggende tilfælde ikke dokumenteret, at Tysklands muligheder for forsvar er blevet forringet.

34. For det andet er traktatbrudsproceduren baseret på en objektiv konstatering af en tilsidesættelse af forpligtelserne i henhold

til traktaten eller bestemmelser i den afledte ret¹³. En anerkendelse af den berettede forventning ville være ensbetydende med en begrundelse af overtrædelser, der ville modvirke det formål, som forfølges i artikel 226 EF¹⁴. Det samme gør sig gældende med hensyn til retssikkerheden¹⁵. Såfremt der ikke foreligger en afgørelse, der udsætter gennemførelsen af de omtvistede regler, skal reglerne overholdes af borgerne, også under behandlingen af sagen.

35. Det tredje argument vedrører det forhold, at selv om AEntG's overensstemmelse med fællesskabsretten blev fastslået i dommen i sagen Finalarte m.fl. af 25. oktober 2001¹⁶, i Portugalia Construções-dommen af 24. januar 2002¹⁷, i Wolf & Müller-dommen af 12. oktober 2004¹⁸ samt i dom af 14. april 2005, Kommissionen mod Tyskland¹⁹, drejede disse sager sig om andre aspekter end dem, der er fremme i nærværende sag, selv om der er visse lighedspunkter:

— I dommen i sagen Finalarte m.fl. er der en væsentlig forbindelse til et af klage-

12 — Dom af 16.5.2005, sag C-96/89, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 2461, præmis 15 og 16, af 21.1.1999, sag C-207/97, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 275, præmis 24 og 25, af 12.5.2005, sag C-287/03, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 3761, præmis 14, og af 8.12.2005, sag C-33/04, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 10629, præmis 76.

13 — Dom af 1.10.1998, sag C-71/97, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 5991, præmis 14, af 18.1.2001, sag C-83/99, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 445, præmis 23, og af 4.5.2006, sag C-508/03, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. I, s. 3969, præmis 67.

14 — Dom af 5.11.2002, sag C-475/98, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 9797, præmis 38.

15 — I den ovennævnte dom af 4.5.2006, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, blev det i lyset af tidligere retspraksis erklæret, at »selv om retssikkerhedsprincippet og princippet om den berettigede forventning kræver, at tilbagekaldelse af en ulovlig retsakt skal ske inden for en rimelig frist, og at der skal tages hensyn til, i hvilket omfang den berørte eventuelt har kunnet forvente, at retsaktionen var lovlig, er en sådan tilbagekaldelse ikke desto mindre i princippet tilladt« (præmis 68).

16 — Forenede sager C-49/98, C-50/98, C-52/98 — C-54/98 og C-68/98 — C-71/98, Sml. I, s. 7831.

17 — Sag C-164/99, Sml. I, s. 787.

18 — Sag C-60/03, Sml. I, s. 9553.

19 — Sag C-341/02, Sml. I, s. 2733.

punkterne i det foreliggende traktat-brudssøgsmål, idet der i denne sag ligeledes blev taget stilling til den tyske feriekasseordning, hvorefter det blev konkluderet, at udstrækningen af lovgivningen til grænseoverskridende tjenesteydelser er i overensstemmelse med traktaten, når blot to betingelser er opfyldt²⁰. I den foreliggende sag afviser Kommissionen imidlertid, at disse betingelser er opfyldt.

- *Portugaia Construções*-dommen omhandlede minimumsløn til udstationerede arbejdstagere.

- *Wolf & Müller*-dommen omhandlede ligeledes lønforholdene samt nærmere betegnet forpligtelsen til at betale løn, på grundlag af en fortolkning af artikel 5 i direktiv 96/71 i lyset af artikel 49 EF.

- Endelig blev der i dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, der blev afsagt efter indgivelsen af stævningen, konstateret overtrædelse af artikel 3 i direktiv 96/71, for så vidt angår lønnens bestanddele.

20 — Domstolen behandlede ligeledes andre aspekter vedrørende betalt ferie, såsom spørgsmålet om, hvorvidt bestemmelsen om varigheden af den betalte ferie, som en medlemsstat har fastlagt, ligeledes skal udstrækkes til udstationerede arbejdstagere.

36. For det fjerde blev den tyske lov ændret ved udgangen af 2003, efter at den begrundede udtalelse var blevet fremsat i 2001, og der kan således ikke rettes kritik mod Kommissionen for at have analyseret ændringerne, inden den indgav stævningen i november 2004.

37. Ovenstående betragtninger medfører afvisning af de kriterier, som Tyskland har gjort gældende med hensyn til den vurdering af rimeligheden af de frister, der, som anført af Kommissionen, finder anvendelse på behandlingen af konkurrencesager²¹ og i de sager, der bliver indbragt for Retten i Første Instans²².

C — Stævningens præcision

38. Den tyske regering har ligeledes nedlagt påstand om, at sagen afvises som følge af stævningens manglende præcision, idet de retlige omstændigheder fremstilles abstrakt uden angivelse af et konkret eksempel på udstationering af arbejdstagere, som tydeliggør, at AEntG er i strid med artikel 49 EF.

21 — Dom af 15.10.2002, forenede sager C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P — C-252/99 P og C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen*, Sml. I, s. 8375, præmis 187, der citeres i fodnote 7 i stævningen.

22 — Dom af 17.12.1998, sag C-185/95 P, *Baustahlgewebe mod Kommissionen*, Sml. I, s. 8417, præmis 29. Denne dom citeres ligeledes i fodnote 7 i svarskriftet.

39. Kommissionen fremhæver påstandens klarhed og replicerer, at proceduren ikke er blevet indledt på grund af en klage indgivet af en arbejdstager eller en virksomhed eller som følge af retlige eller administrative organers praksis, men derimod som følge af den nationale lovgivnings manglende overensstemmelse med fællesskabslovgivningen.

40. Det fremgår af artikel 38, stk. 1, litra c), i Domstolens procesreglement²³, at enhver stævning skal angive »søgsmålets genstand og en kort fremstilling af søgsmålsgrundene«. Disse angivelser skal være tilstrækkelig klare og præcise til, at sagsøgte kan tilrettelægge sit forsvar, og Domstolen kan udøve sin kontrol. Det følger heraf, at de væsentligste faktiske og retlige omstændigheder, som et søgsmål støtter sig på, »skal fremgå af selve stævningen på en sammenhængende og forståelig måde«²⁴.

41. I denne sag er de nævnte krav opfyldt. Kommissionen har struktureret stævningen i fire hovedafsnit: Det første afsnit omhandler de faktiske omstændigheder og den administrative procedure, en redegørelse for sagsforløbet og en angivelse af de fem klagepunkter, som fremgår af den begrundede udtalelse. Andet afsnit indeholder en angivelse af de relevante fællesskabsbestemmelser og nationale bestemmelser. Tredje afsnit, der omhandler den juridiske vurdering, indeholder en indledende bemærkning om ændringen af den nationale lovgivning, der efterfølges af individuelle bemærkninger til

de enkelte klagepunkter, som traktatbruddet vedrører, hvori de bemærkninger, der blev fremsat under den administrative procedure, tilbagevises. Fjerde afsnit indeholder påstanden, der er i overensstemmelse med stævningsens øvrige indhold, og hvori særskilt angives klagepunkterne vedrørende § 1, stk. 3, § 2 og § 3, stk. 2, i AEntG, idet det gøres gældende, at disse bestemmelser er i strid med artikel 49 EF.

42. Domstolen er fuldt ud bekendt med klagepunkterne og argumenterne herfor, og dette er ligeledes tilfældet med hensyn til den sagsøgte stat, der har bestridt disse, men man må ikke blande beskrivelsen af de faktiske og juridiske argumenter sammen med disse argumenters materielle rigtighed og berettigelse.

43. Der skal fremlægges særlige beviser, når traktatbruddet vedrører anvendelsen af en national bestemmelse, men ikke, når traktatbrudssagen udelukkende drejer sig om indholdet af denne bestemmelse, hvorfor der kun i forbindelse med det første punkt ville skulle fremlægges tilstrækkeligt dokumenterede og udførlige beviser for den praksis, som kritiseres²⁵.

44. Som følge heraf må den fremsatte formalitetsindsigelse i denne sag forkastes.

23 — EFT 1991 L 176, s. 7, og berigtiget i EFT 1992 L 383, s. 117, med senere ændringer.

24 — Dom af 9.1.2003, sag C-178/00, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 303, præmis 6, og af 15.9.2005, sag C-199/03, Irland mod Kommissionen, Sml. I, s. 8027, præmis 50.

25 — Dom af 12.5.2005, sag C-287/03, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 3761, præmis 28, og af 27.4.2006, sag C-441/02, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 3449, præmis 49.

D — *Ændring af det første klagepunkt*

45. Tyskland gør endnu en formalitetsindsigelse gældende, som vedrører det første klagepunkt i sagen, idet Tyskland ikke mener, at den klage, der er beskrevet i den begrundede udtalelse, svarer til den, der fremgår af stævningen. Kommissionen benægter, at der foreligger en sådan ændring, idet forskellene består i en nærmere gengivelse af det, der er blevet fremført i den administrative fase.

46. Det fremgår af Domstolens faste praksis, at genstanden for et søgsmål, som anlægges i henhold til artikel 226 EF, fastlægges i den administrative procedure, som er hjemlet ved denne bestemmelse, således at søgsmålet skal støttes på de samme grunde og klagepunkter som den begrundede udtalelse²⁶, selv om der ikke kræves et fuldstændigt sammenfald mellem klagepunkterne i åbningsskrivelsen, den begrundede udtalelsses konklusion og de i stævningen nedlagte påstande, når sagsgenstanden ikke er blevet udvidet eller ændret²⁷.

26 — Dom af 1.12.1993, sag C-234/91, Kommissionen mod Danmark, Sml. I, s. 6273, præmis 16, af 12.1.1994, sag C-296/92, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 1, præmis 11, af 18.6.1998, sag C-35/96, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 3851, præmis 28, af 15.1.2002, sag C-439/99, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 305, præmis 11, og af 20.6.2002, sag C-287/00, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 5811, præmis 18.

27 — Dom af 16.9.1997, sag C-279/94, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 4743, præmis 24 og 25, af 29.9.1998, sag C-191/95, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 5449, præmis 56, af 9.11.1999, sag C-365/97, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 7773, præmis 25, af 25.4.2002, sag C-52/00, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 3827, præmis 44, af 11.7.2002, sag C-139/00, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 6407, præmis 18 og 19, af 14.3.2006, sag C-177/04, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 2461, præmis 37, og dommen af 27.4.2006 i sagen Kommissionen mod Tyskland, nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 61.

47. Med henblik på konstatering af eventuelle afvigelser og omfanget heraf er det nødvendigt at sammenholde den begrundede udtalelse og stævningen:

— I den begrundede udtalelse analyseres »forpligtelsen til at betale bidrag til den tyske feriekasse«, og Kommissionen finder, at denne forpligtelse er i strid med artikel 49 EF, idet den påhviler de udenlandske virksomheder, der fortsat er forpligtede til direkte at betale feriegodtgørelse til deres arbejdstagere i etableringsstaten.

— I stævningen er dette punkt fra den begrundede udtalelse beskrevet tilsvarende, men det tilføjes, at tilsidesættelsen af forpligtelserne skyldes, at de udenlandske virksomheder er forpligtede til at betale bidrag til den tyske feriekasse, selv om disse arbejdstagere i henhold til bestemmelserne i deres arbejdsgivers etableringsstat nyder en tilsvarende beskyttelse.

48. Sammenligningen af de to dokumenter afslører, at de frembyder visse forskelligheder, men det fremgår ikke, at der er anført forskellige klagepunkter, idet det af affattelsen af det omtvistede punkt, der er uændret i de to tekster, fremgår, at Kommissionen mener, at § 1, stk. 3, i AEntG indebærer, at der påhviler virksomheder, der ikke foretager indbetaling til et organ, der svarer til den tyske feriekasse, mere end én ydelse, det være sig i form af penge eller naturalier.

49. I overensstemmelse med det, som den sagsøgte stat har forstået, er det omtvistet, hvorvidt den nationale lovgivning indebærer en dobbelt økonomisk byrde for dem, der udstationerer arbejdstagere med henblik på en grænseoverskridende levering af tjenesteydelser. Nuanceringen af klagepunktet afrunder det, uden at det derved ændres, og uden at sagsøgte muligheder for at tilrettelægge sit forsvar forringes.

50. Desuden har jeg fundet en yderligere grund til de supplerende bemærkninger, nemlig at dommen i sagen Finalarte m.fl. blev afsagt efter fremsættelsen af den begrundede udtalelse og gengives i stævningen, navnlig i påstanden.

51. Den påtalte formelle forskellighed, der foreligger mellem den begrundede udtalelse og stævningen, er således ikke tilstrækkelig til at kunne medføre afvisning af sagen.

VI — Undersøgelse af traktatbrudssøgs-målet

52. Hvis Domstolen, som jeg foreslår, afviser de formalitetsindsigelser, som den tyske regering har gjort gældende, skal den undersøge de påklagede overtrædelser.

A — Indledende bemærkninger

53. Forpligtelserne i AEntG medfører yderligere byrder for de virksomheder, der er etableret i en anden medlemsstat, hvilket gør det vanskeligere og mindre attraktivt at drive virksomhed i Tyskland, og udgør således en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser.

54. I forslaget til afgørelse i forbindelse med dommen af 23. november 1999 i sagen Arblade m.fl.²⁸ gennemgik jeg retspraksis vedrørende disse begrænsninger (præmis 53-60), og denne gennemgang forbliver uændret, om end kasuistikken bør præciseres.

55. Jeg fremhævede ligeledes, at den frie udveksling af tjenesteydelser har til formål at fremme udøvelsen af enhver form for erhverv på Fællesskabets område, hvilket forudsætter afskaffelse af forskelsbehandling på grundlag af nationalitet og ophævelse af restriktioner, der, selv om de gælder uden forskel for såvel indenlandske tjenesteydere

28 — Forenede sager C-369/96 og C-376/96, Sml. I, s. 8453. Det drejede sig om at vurdere, »hvorvidt fællesskabsretten er til hinder for, at en medlemsstat pålægger virksomheder, som er etableret i en anden medlemsstat, og som sender deres arbejdstagere til førstnævnte medlemsstat for at udføre en tjenesteydelse, at overholde nationale bestemmelser, som indeholder et påbud om at føre og opbevare arbejdsretlige dokumenter og betale den fastsatte mindsteløn, og som har til formål at beskytte arbejdstagerne og hindre sort arbejde, når disse virksomheder allerede i den medlemsstat, hvor de er etableret, er underkastet de samme eller lignende forpligtelser over for de samme arbejdstagere og for de samme beskæftigelsesperioder« (punkt 1 i forslaget til afgørelse).

som tjenesteydere fra andre medlemsstater, kan være til hinder for eller indebære ulemper for andre medlemsstaters tjenesteydere²⁹.

fællesskabsborgeren er undergivet i den medlemsstat, hvor han er etableret³².

56. Jeg redegjorde ligeledes for de betingelser, der skal være til stede, før en begrænsning af dette grundlæggende princip kan anses for at være gyldig: a) der skal foreligge tvingende almene hensyn, b) det skal være nødvendigt at sikre det formål, der forfølges, og c) den vedtagne foranstaltning er forholdsmæssig i relation til målet³⁰.

58. Disse påstande danner baggrund for fortolkningen af de tre klagepunkter, som traktatbruddet vedrører.

57. For så vidt angår det første krav er »arbejdstagernes sociale sikring og sociale beskyttelse« et af de tvingende almene hensyn³¹, om end disse hensyn ikke må være tilgodeset i kraft af bestemmelser,

B — Første klagepunkt: forpligtelsen til at betale bidrag til den tyske feriekasse

1. Redegørelse

29 — Dom af 25.7.1991, sag C-76/90, Ságer, Sml. I, s. 4221, præmis 12, af 9.8.1994, sag C-43/93, Vander Elst, Sml. I, s. 3803, præmis 14, af 28.3.1996, sag C-272/94, Guiot, Sml. I, s. 1905, præmis 10, af 12.12.1996, sag C-3/95, Reisebüro Broede, Sml. I, s. 6511, præmis 25, af 9.7.1997, sag C-222/95, Parodi, Sml. I, s. 3899, præmis 18, dommen i sagen Arblade m.fl., præmis 33, og i sagen Finalarte m.fl., præmis 28, samt Portugaia Construções-dommen, præmis 16, nævnt ovenfor i fodnote 17.

30 — Dom af 31.3.1993, sag C-19/92, Kraus, Sml. I, s. 1663, præmis 32, af 30.11.1995, sag C-55/94, Gebhard, Sml. I, s. 4165, præmis 37, af 20.2.2001, sag C-205/99, Analir m.fl., Sml. I, s. 1271, præmis 25, af 15.3.2001, sag C-165/98, Mazzoleni og ISA, Sml. I, s. 2189, præmis 26, og Ságer-dommen, præmis 15, Guiot-dommen, præmis 11 og 13, dommen i sagen Arblade m.fl., præmis 35, Portugaia Construções-dommen, præmis 19, og Wolf & Müller-dommen, præmis 34. For så vidt angår anvendelsen af disse kriterier vedrørende retspraksis på direktiv 96/71 burde en stor del af direktivets indhold i henhold til P. Davis, »Posted workers Directive and EC Treaty«, *Industrial Law Journal*, 2002, s. 299, erklæres for værende i strid med artikel 49 EF, da kravene til begrundelse og proportionalitet, der er af afgørende betydning i forbindelse med begrænsningen af denne bestemmelse, ville være yderst svære at overholde.

31 — Dom af 17.12.1981, sag 279/80, Webb, Sml. s. 3305, præmis 19, af 3.2.1982, forenede sager 62/81 og 63/81, Soco og Desquenne & Giral, Sml. s. 223, præmis 14, samt Rush Portuguesa-dommen, præmis 18, Guiot-dommen, præmis 16, dommen i sagen Arblade m.fl., præmis 36, i sagen Finalarte m.fl., præmis 33, Portugaia Construções-dommen, præmis 20, samt Wolf & Müller-dommen, præmis 35.

59. For at forstå tvisten mellem Kommissionen og Tyskland vedrørende dette klagepunkt, er det hensigtsmæssigt at se nærmere på, hvordan feriekassen fungerer.

32 — Domme af 26.2.1991, sag C-180/89, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 709, præmis 17, og sag C-198/89, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 727, præmis 18, Webb-dommen, præmis 17, Ságer-dommen, præmis 15, Vander Elst-dommen, præmis 16, Guiot-dommen, præmis 11, dommen i sagen Arblade m.fl., præmis 34, samt dommen i sagen Finalarte m.fl., præmis 31. Der er henvist til de sidstnævnte ovenfor. Ækvivalensprincippet, der ikke håndhæves i modtagelsesstaten, gøres således gældende, C. Molina Navarrete og G. Esteban de la Rosa, »Mercados nacionales de trabajo, libertad comunitaria de prestación de servicios y defensa de la competencia. Comentario de la Ley 45/1999, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios«, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, nr. 205, april 2000, s. 21 og 32.

60. Som forklaret af generaladvokat Mischo i det forslag til afgørelse, han fremsatte i sagen Finalarte m.fl., medfører systemet, at arbejdstageren lægger de ferietilgodehaven-der, der er optjent hos de forskellige arbejdsgivere i løbet af ferieåret, sammen og gør alle disse rettigheder gældende over for den arbejdsgiver, som han aktuelt er beskæftiget hos, og som betaler arbejdstage-ren feriegodtgørelse for de feriedage, som er optjent hos andre arbejdsgivere. Feriekassen blev oprettet for at sikre en rimelig fordeling af de finansielle byrder. Tyske arbejdsgivere indbetaler en procentdel af bruttolønsummen til ferie-kassen og har til gengæld et krav mod kassen på hel eller delvis refusion af de beløb, de som arbejdsgivere har udbetalt til arbejdstagerne.

61. I § 1, stk. 3, i AEntG udstrækkes forpligtelsen til at betale bidrag til de virksomheder med hjemsted i en anden medlemsstat, der foretager midlertidig udstationering af arbejdstagere i Tyskland, undtagen når disse betaler til et tilsvarende organ i etableringsstaten.

62. I henhold til dommen i sagen Finalarte m.fl. bevirker denne regel en »hindring af den frie udveksling af tjenesteydelser« (præmis 37), der anerkendes som berettiget, når den er begrundet i tvingende almene hensyn, såsom beskyttelsen af arbejdstagere (præmis 33), og når foranstaltningerne er forholdsmæssige. Overvejelserne vedrørende begge disse forudsætninger medførte, at Domstolen erklærede, at lovbestemmelser som dem, der er omhandlet i den tyske lov, var i overensstemmelse med traktaten, »forudsat dels at arbejdstagerne ikke har en i det væsentlige tilsvarende beskyttelse i henhold til bestemmelserne i den medlemsstat, hvor deres arbejdsgiver har hjemsted, således at

anvendelsen af de nationale bestemmelser i den første medlemsstat yder dem en reel fordel, som bidrager til deres sociale beskyttelse, dels at anvendelsen af den første medlemsstats bestemmelser er forholdsmæssig i relation til det forfulgte mål af almen interesse« (præmis 53 og konklusionen).

63. I dommen i sagen Finalarte m.fl. gøres hindringens gyldighed i hele Fællesskabet således betinget af to forudsætninger — ingen tilsvarende beskyttelse samt forholdsmæssighed — som det tilkommer den forelæggende ret at vurdere. I denne sag vurderer Kommissionen ikke, at disse forudsætninger er opfyldt, og kritiserer de tyske hindringer for dispensation med hensyn til indbetaling af bidrag.

2. Undersøgelse af klagepunktet

64. Feriekassen er svar på et problematisk aspekt i forbindelse med arbejdsydelser. I henhold til den tyske regerings oplysninger, der fremgår af den begrundede udtalelse, er der tilsvarende institutioner i Frankrig (Caisse Nationale de Surcompensation du Bâtiment et des Travaux Publics de France), i Østrig (Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse), i Belgien (Office Nationale de Sécurité Sociale), i Italien (Commissione Nazionale Paritetica per le Casse Edili), og i

et vist omfang i Nederlandene (Stichting Vakantiefonds voor de Bouwnijverheid y Stichting Vakantiefonds voor de Landbouw)³³.

65. Undtagelsen i § 1, stk. 3, i AEntG har sin fulde relevans i forhold til disse institutioner, idet den hindrer dobbelt indbetaling af bidrag fra arbejdsgiverne og forekommer at være rimelig, i det mindste teoretisk set, da det i praksis skal vurderes, om de institutioner, der modtager bidragene, »svarer til« den tyske institution, og om de navnlig i svarskriftet nævnte bilaterale aftaler medvirker hertil.

66. Feriekasserne er imidlertid ikke den eneste løsning på det fremførte problem. Faktisk kendes disse institutioner ikke i visse medlemsstater, herunder Det Forenede Kongerige, Sverige, Irland, Portugal og, i et vist omfang, Nederlandene. I henhold til Kommissionen er der situationer, hvor beskyttelsen af arbejdstageren ikke er baseret på indbetalingen af bidrag, men derimod på arbejdsgiverens direkte varetagelse af forpligtelser vedrørende ferie.

33 — Danmark er ligeledes omfattet (Arbejdsmarkedets Feriefond), men Kommissionen og Tyskland angiver Danmark som værende et eksempel, der bekræfter deres modstående opfattelser.

67. Det falder uden for denne traktatbruds-sag at analysere de mulige tiltag og foretage en vurdering af det tiltag, der medfører flest fordele, hvilket afhænger af omstændighederne i det enkelte land og af andre forskellige aspekter, der ikke altid er juridiske. I selve stævningen rejses der ikke spørgsmål vedrørende den tyske ordning. Det bør fastslås, at der er flere muligheder³⁴.

68. Den tyske ordning omfatter kun én af disse muligheder uden at tage højde for de øvrige. Der tilkendegives intet om beskyttelsen af arbejdstagerne i de situationer, hvor arbejdsgiveren i etableringsstaten påtager sig forpligtelserne vedrørende feriegodtgørelse uafhængigt af, hvor feriedagene er optjent, idet den tyske repræsentants redegørelse på retsmødet om, at virksomheder fra lande uden ferieklasse indrømmes fritagelse fra indbetaling af bidrag, ikke kan godtages, da affattelsen af den nationale bestemmelse giver det modsatte resultat. Bestemmelsen forekommer således at være utilstrækkelig, og det er uden betydning, hvordan den anvendes. Den omhandler udelukkende en forpligtelse til at foretage indbetalinger til en ferieklasse, der svarer til den nationale kasse, hvorved der pålægges en ekstra, uberettiget byrde i de tilfælde, hvor ferieklasse ikke har

34 — Generaladvokat Mischo fremhæver i forslaget til afgørelse i sagen Finalarte m.fl. ligeledes flere situationer, herunder den situation, der omhandler en arbejdsgiver, der er underkastet den tyske ferieklasseordning, og som i henhold til lovgivningen i sin etableringsstat ikke kan opnå dispensation fra også at betale for de feriedage, som hans udstationerede arbejdstagere tager. I så fald ville de bidrag, der skulle betales til ferieklasse, blive kumuleret med den sidstnævnte forpligtelse, og der ville således foreligge »en betydelig begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser og tilmed en uoverstigelig hindring for udøvelsen heraf« (punkt 70).

et sidestykke i den stat, hvor den virksomhed, der leverer tjenesteydelser, er etableret, og uden at der sker en styrkelse af rettighederne for de udstationerede arbejdstagere, der allerede er beskyttede i oprindelseslandet³⁵.

69. Den tyske regering forsvarer bestemmelsen med den begrundelse, at anvendelsen af § 1, stk. 3, i AEntG er underlagt forudgående overvejelser om beskyttelse af arbejdstagerne, således at bestemmelsen kun finder anvendelse, hvis der konstateres et »beskyttelsesunderskud«, hvilket fremgår af de bilaterale aftaler, der er undertegnet, og af dom af 20. juli 2004 afsagt af Bundesarbeitsgericht (forbundsdomstolen for arbejdsretssager).

70. Jeg godtager ikke denne begrundelse. Domstolens erklæring om, at beskyttelsen af arbejdstagerne omfatter en forudgående vurdering med henblik på at kortlægge de mest fordelagtige regler, er ikke til hinder for, at disse regler efterfølgende fastlægges. Sammenligningen af bestemmelserne om maksimal arbejdstid og hviletid, mindste antal betalte feriedage, mindsteløn eller sikkerheds- og hygiejneforanstaltninger er tungen på vægtskålen³⁶.

35 — Som anført af generaladvokat Mischo i det forslag til afgørelse, der blev lagt til grund for dommen i sagen Finalarte m.fl., kan det »også tænkes, at arbejdstageren i henhold til lovgivningen i oprindelsesstaten, uden anvendelse af en feriekasse, principielt nyder de samme fordele« (punkt 112).

36 — Selv om det ikke altid vedrører den stat, hvor tjenesteydelsen leveres, fastslås det i 17. betragtning i direktiv 96/71, at den minimumsbeskyttelse, der gælder i værtslandet, ikke må være til hinder for, at der anvendes arbejds- og ansættelsesvilkår, som er mere favorable for arbejdstagerne.

71. Den tyske opfattelse indebærer, at hvis Tysklands lovgivning indeholder mere fordelagtige regler om betalt ferie for udstationerede fællesskabsarbejdstagere — ikke kun med hensyn til feriens varighed — gælder hele ordningen i forbindelse med denne ferie, således at arbejdsgiveren skal indbetale bidragene, medmindre han har foretaget indbetalinger til et »tilsvarende organ«, hvilket ikke tager højde for nogen anden form for modydelse, med risiko for dobbelt godtgørelse.

72. På den ene side gør bestemmelsen om gensidig anerkendelse i de bilaterale aftaler imidlertid overensstemmelsen med fællesskabsretten betinget af eksistensen af en sådan aftale og af dens indhold, skønt man ved at sammenligne »organer« ser bort fra andre muligheder, såsom at der i nogle stater ikke findes sådanne organer.

73. På den anden side har Bundesarbeitsgericht overført princippet om »den gunstigere ordning« til dette område for at afhjælpe et traktatbrud, som den faktisk formoder foreligger, da bestemmelsen ellers ikke ville have krævet en retslig fortolkning. Situationen er den modsatte af den, der forelå i dom af 9. december 2003, Kommissionen mod Italien³⁷, der anerkendte den nationale bestemmelses neutralitet, idet traktatbruddet forelå som følge af den måde, hvorpå den

37 — Sag C-129/00, Sml. I, s. 14637.

blev fortolket og anvendt af forvaltningsmyndighederne og af en væsentlig del af domstolene, herunder Corte suprema di cassazione. I denne sag klager Kommissionen over Tysklands utilstrækkelige tilpasning af den objektivt vurderede nationale bestemmelse til fællesskabsretten, uanset hvordan den anvendes i praksis. En sammenligning af affattelsen af de relevante bestemmelser er tilstrækkelig til at bekræfte det traktatbrud, som sagen omhandler.

74. Som følge heraf finder jeg, at § 1, stk. 3, i AEntG er i strid med artikel 49 EF.

C — Andet klagepunkt: forpligtelsen til at oversætte dokumenter

1. Redegørelse

75. Det fremgår af § 2, stk. 3, i AEntG, at man i forbindelse med udstationering af arbejdstagere i Tyskland er forpligtet til at lade visse dokumenter, såsom arbejdskontrakten, lønafregninger og optegnelserne om arbejdstid og om foretagne lønudbetalinger, oversætte til tysk.

76. Kommissionen anfører, at denne forpligtelse resulterer i en uberettiget hindring af den frie udveksling af tjenesteydelser, for hvis forpligtelsen til at opbevare papirerne i værtslandet i medfør af dommen i sagen Arblade m.fl. ikke kan støttes på den kontrolfunktion, der udøves af myndighederne, er dette heller ikke tilfældet for så vidt angår forpligtelsen til at oversætte dokumenterne. Endvidere betegner Kommissionen den nationale bestemmelse som værende for vidtgående og uforholdsmæssig, idet samarbejdsordningen i henhold til artikel 4 i direktiv 96/71 overflødiggør oversættelsen.

77. Tyskland og Frankrig anser hindringen for at være lovlig med henblik på at gøre det muligt at foretage kontrol af overholdelsen af arbejdslovgivningen, hvorefter arbejdstagerne sikres beskyttelse. Den dom, som Kommissionen gør gældende, skal ikke trækkes ud af en sammenhæng som følge af den omtvistede foranstaltnings begrænsede rækkevidde i denne sag, eftersom den i lyset af det fåtal af dokumenter, som den omfatter, disses kortfattede indhold og gentagelserne i dem, forekommer at være forholdsmæssig, idet den ikke medfører tunge administrative eller økonomiske byrder. Endvidere fungerer den samarbejdsordning, der er fastlagt i direktiv 96/71, sideløbende med den nationale lovgivning, da medlemsstaternes myndigheder ikke er i besiddelse af dokumenterne og ikke kan sende dem til de tyske myndigheder.

2. Undersøgelse af klagepunktet

78. Det fremgår af ovenstående redegørelse, at parterne er enige i, at den nævnte oversættelse udgør en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser, og at deres uenighed vedrører spørgsmålet om dens overensstemmelse med fællesskabsretten. Denne uenighed gør det nødvendigt at analysere dommen i sagen *Arblade m.fl.* (a) samt de foranstaltninger vedrørende gensidig bistand, der er fastlagt i direktiv 96/71 (b), med henblik på at foreslå en løsning under hensyntagen til beskyttelsen af arbejdstagerne (c).

a) Dommen i sagen *Arblade m.fl.*

79. I denne dom blev der taget stilling til nogle præjudicielle spørgsmål, der var forelagt af Tribunal correctionnel (strafferet i første instans) i Huy (Belgien) om »den nærmere udformning af pligten til at føre og opbevare arbejdsretlige dokumenter« (præmis 71-79). Blandt de aspekter, der blev behandlet, var den forpligtelse, der påhvilede arbejdsgivere med hjemsted i andre medlemsstater, til på byggepladsen eller på et andet tilgængeligt og klart defineret sted i værtslandet at holde nogle dokumenter til rådighed for værtslandets myndigheder. Det blev i dommen fastslået, at byrden var begrundet (præmis 74), og for så vidt angår proportionalitetsprincippet blev det pålagt den nationale domstol at tage stilling til, hvilke dokumenter en sådan forpligtelse burde omfatte (præmis 75).

80. Dommen omhandlede ligeledes kravene om at holde dokumenterne til rådighed og opbevare dem i fem år på en fysisk persons bopæl i et værtsmedlemsland. I overensstemmelse med punkt 86 i det forslag til afgørelse, jeg fremsatte i sagen, udtalte Domstolen, at »sådanne krav ikke kan være berettigede« (præmis 77 og 78), og tilføjede, at systemet »med samarbejde og udveksling af oplysninger mellem medlemsstaterne, der er fastsat i artikel 4 i direktiv 96/71, snart vil gøre det overflødigt at opbevare dokumenter i værtsmedlemsstaten, efter at arbejdsgiveren ikke længere beskæftiger arbejdstagere dér« (præmis 79).

b) Samarbejdsordningen i henhold til direktiv 96/71

81. Indledningsvis minder jeg om, at direktiv 96/71 ikke anvendes som grundlag for afgørelsen i denne sag, der blev indledt for tilsidesættelse af artikel 49 EF. Direktivet er udelukkende relevant for kontrollen af de hensyn, som angiveligt retfærdiggør hindringen af den frie udveksling af tjenesteydelser, der følger af forpligtelsen til at lade visse dokumenter vedrørende arbejdsforholdet oversætte til tysk.

82. I artikel 4 anføres to metoder til samarbejde om information, der beskrives i betragtning 23 (mellem de forskellige med-

lemsstater) og 24 (mellem medlemsstaterne og Kommissionen). Efter bestemmelsens ordlyd fastslås det, at det nævnte samarbejde:

- har til formål at fremme anvendelsen af dette direktiv
- gennemføres mellem de offentlige myndigheder, som har kompetence til at overvåge arbejds- og ansættelsesvilkår
- specifikt omhandler formidling af information om grænseoverskridende tilrådgivningsstillelse af arbejdstagere og om arbejds- og ansættelsesvilkår, som fastlagt i artikel 3
- igangsættes via forbindelseskontorer eller gensidigt udpegede kompetente instanser.

der i denne sag lægges vægt på affattelses-sproget. Dette forhold hindrer en overførsel af retspraksis fra nævnte dom, hvori spørgsmålet om sproget overhovedet ikke behandles.

84. På denne baggrund synes det at være åbenlyst, at det i de tilfælde, hvor et dokument ikke foreligger på tysk, vil være vanskeligere for inspektørerne at udføre deres arbejde, idet de, som anført af repræsentanten for den tyske regering, ikke har direkte adgang til oplysningerne. En affattelse på sproget i det land, hvor tjenesteydelsen leveres, letter kontrollen og bidrager til beskyttelse af arbejdstagerne³⁸. Kravet om oversættelse er således berettiget.

85. Desuden er kravet i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet og er hensigtsmæssigt, idet ulemperne ved at pålægge staten at sørge for oversættelsen overstiger ulemperne ved at pålægge arbejdsgiveren denne forpligtelse. Faktisk skal de nationale myndigheder i det første scenario afsætte midler til anvendelse i forbindelse med udstationeringer fra andre medlemsstater, hvilket kan medføre forsinkelser, der kan være til skade for arbejdstagernes rettigheder³⁹ og hæmme tilsynet, der ville være

c) Løsningsforslag

83. I dommen i sagen Arblade m.fl. blev opbevaringen af dokumenterne berørt, mens

38 — Kommissionen mener i meddelelsen om »gennemførelse af direktiv 96/71/EF i medlemsstaterne«, der citeres i begyndelsen af dette forslag til afgørelse, at »[b]landt de problemer, der opstår i forbindelse med kontrol af udstationeringsforhold, er først og fremmest sprogproblemet« (s. 15).

39 — Der erindres om, at udstationeringen er »tidsbegrænset«. Det kan hende, at man, når man opdager, at en rettighed er blevet krænknet, og ønsker at reagere herpå, finder, at arbejdstageren er vendt tilbage til oprindelseslandet.

afhængigt af de offentligt ansattes sprogkunderskaber. I det andet scenario ville opgaven ikke medføre en urimelig belastning, idet oversættelsen vedrører tre dokumenter, der indeholder mange gentagelser, og som sædvanligvis indeholder de samme tal på alle sprog, anvender standardformuleringer samt er af begrænset omfang⁴⁰. Den tyske repræsentant understregede på retsmødet, at en privat oversættelse er tilstrækkelig.

utilstrækkelige med hensyn til at erstatte oversættelsesforpligtelsen med den samme garanti for effektivitet⁴³. I forbindelse med mekanismerne er der udpeget nogle andre mål og ansvarlige, som er kompatible, men som ikke kan stå alene. Jeg støtter Tysklands og Frankrigs holdning om, at arbejdstilsynsmyndighederne i medlemsstaterne ikke er i stand til at fremsende dokumenterne sammen med en oversættelse, idet disse dokumenter ikke er i deres besiddelse⁴⁴.

86. Der er utvivlsomt alternativer, såsom at udarbejde flersprogede dokumenter⁴¹. Indtil videre er der imidlertid ikke blevet vedtaget nogen bestemmelser herom⁴². I lyset af det ovenstående punkt ville denne mangel ikke blive opvejet af, at man pålagde arbejdstagernes værtsland denne oversættelsesbyrde.

88. Derimod er jeg uenig i Kommissionens klagepunkt vedrørende den generelle karakter af forpligtelsen til at foranstalte en oversættelse, som den kun anser for berettiget i specifikke tilfælde, da a) undladelsen af at indsende dokumenterne på værtslandets sprog i praksis udelukker forebyggende og uanmeldt kontrol, b) den skaber større juridisk usikkerhed for arbejdsgiveren, og c) den medfører forsinkelser med hensyn til beskyttelsen af arbejdstagernes rettigheder.

87. Samarbejdsmekanismerne, der er fastsat i direktiv 96/71, har i øvrigt vist sig at være

89. Det må sammenfattende fastslås, at § 3, stk. 2, i AEntG er i overensstemmelse med artikel 49 EF.

40 — I artikel 2 i Rådets direktiv 91/533/EØF af 14.10.1991 om arbejdsgiverens pligt til at underrette arbejdstageren om vilkårene for arbejdskontrakten eller ansættelsesforholdet (EFT L 288, s. 32) fastsættes et minimumsindhold.

41 — I punkt 24 i svarskriftet og punkt 25 i den franske regerings bemærkninger udtrykkes der støtte til et forslag af denne art. Det er nødvendigt, at arbejdsgiverforeningerne vælger nogle ensartede europæiske modeller.

42 — Kommissionens repræsentant besvarede et spørgsmål, der blev stillet ham på retsmødet, med at han ikke var bekendt med nogen initiativer af denne art, men den tyske regerings repræsentant fremhævede, at der var nedsat en blandet studiegruppe med deltagere fra Kommissionen og medlemsstaterne, som imidlertid endnu ikke havde fundet en løsning.

43 — I Kommissionens meddelelse »Retningslinjer for udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser« af 4.4.2006 (KOM(2006) 159) anerkendes det stiltiende, at det er nødvendigt at forbedre effektiviteten, idet punkt 3 udelukkende omhandler »Samarbejde om information«.

44 — Dette er ifølge Tysklands repræsentant på retsmødet tilfældet i Tyskland. I dette scenario ville myndighederne skulle anmode virksomheden om dokumentet.

D — *Tredje klagepunkt: forpligtelsen til at foretage anmeldelse af arbejdssted*

somheden på en lovændring, der er undervejs, og som vil medføre, at forpligtelsen til enhver tid påhviler den, der beskæftiger arbejdstageren.

1. Redegørelse

90. I henhold til § 3, stk. 2, i AEntG er vikarbureauer etableret i en anden medlemsstat forpligtet til, for enhver beskæftigelse påbegyndes, at foretage anmeldelse af de udstationerede arbejdstagere samt at anmelde enhver omplacering til en anden byggeplads, selv om denne forpligtelse efter aftale kan overføres til den, som arbejdstageren er udstationeret til.

91. Kommissionen understreger, at de tyske vikarbureauer er fritaget for at foretage disse anmeldelser, og at dette vanskeliggør leveringen af tjenesteydelser over grænserne. Kommissionen gør gældende, at denne forskelsbehandling er grundløs, og at forskelsbehandlingen heller ikke fjernes i kraft af den nævnte mulighed for at overføre anmeldelsespligten.

92. Den tyske regering hævder, at bestemmelsen er forenelig med direktiv 96/71, der giver mulighed for vedtagelse af særlige bestemmelser vedrørende vikarbureauer, og med artikel 49 EF, idet den er begrundet i hensynet til at fremme en effektiv kontrol og forbedre arbejdstagernes beskyttelse og ikke indebærer urimelige omkostninger. Den tyske regering henleder ligeledes opmærk-

2. Undersøgelse af søgsmålsgrunden

93. I modsætning til, hvad der blev gjort gældende af den tyske repræsentant på retsmødet, drejer spørgsmålet sig ikke om selve forpligtelsen til at anmelde arbejdspladser med beskæftigelse, men derimod om, hvem denne forpligtelse påhviler, og § 3, stk. 2, i AEntG finder kun anvendelse på leverandører af tjenesteydelser, der er etableret i Fællesskabet, men ikke i Tyskland, hvorfor der opstår en ulighed i forhold til de tjenesteydere, der er etableret i Tyskland.

94. Domstolen har i en fast retspraksis udtalt, at lovbestemmelser, der stiller en anden medlemsstats virksomheder, der leverer tjenesteydelser, ringere end indenlandske virksomheder, og som således medfører forskelsbehandling på grund af tjenesteydernes etableringsstat eller aktivitetens oprindelse, kun er forenelige med traktaten, hvis de er begrundet i en undtagelse, der udtrykkeligt er beskrevet i traktaten, såsom de

undtagelser, der er anført i artikel 46 EF, stk. 1⁴⁵.

95. Således er kun begrænsninger, der er begrundet i hensynet til den offentlige orden, den offentlige sundhed og sikkerhed, tilladt, og ikke begrænsninger, der er begrundet i almene hensyn, og som følger af fast retspraksis, såsom beskyttelse af arbejdstagere, der herved skal varetages ved foranstaltninger, der finder anvendelse uden forskel⁴⁶.

96. De omstændigheder, som den tyske regering gør gældende til forsvar for den forskellige behandling, er ikke begrundet i hensynet til den offentlige orden eller den offentlige sundhed eller sikkerhed. Som jeg anførte i mit forslag til afgørelse i sagen *Arblade m.fl.*, er dette ikke til hinder for, at »en stor del af de bestemmelser, der indgår i den arbejdsretlige lovgivning i medlemsstaterne, er bestemmelser, som er begrundet i hensynet til den offentlige orden«, da de finder anvendelse »på alle, der befinder sig i den pågældende medlemsstat« (punkt 85), hvilket ikke er tilfældet for den lovbestemmelse, der behandles i denne sag. Begrebet »den offentlige orden« skal navnlig i en

fællesskabssammenhæng, hvor det anvendes som begrundelse for en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser, fortolkes snævert⁴⁷. Begrebet kan gøres gældende i forbindelse med en reel og alvorlig trussel, der bringer en grundlæggende samfundsinteresse i fare⁴⁸, hvilket ikke er godtgjort i denne sag.

97. Endelig fjernes forskelsbehandlingen heller ikke ved, at man kan vælge at overføre forpligtelsen til den virksomhed i Tyskland, som låner arbejdstageren, idet dette blot er en mulighed. Hvis forpligtelsen til at foretage anmeldelse overgår til denne virksomhed, ophæves restriktionen, der heller ikke forekommer at være særlig hensigtsmæssig, eftersom den, der låner arbejdstageren, ifølge den tyske regering er i besiddelse af de »mest aktuelle og mest nøjagtige oplysninger« om jobplaceringen⁴⁹. Alt taget i betragtning mener jeg, at der foreligger en tilsidesættelse af artikel 49 EF, idet traktatbruddet vurderes på baggrund af forholdene i medlemsstaten, som de var ved udløbet af fristen i den begrundede udtalelse, og forholdene i tiden derefter kan ikke tages i betragtning af Domstolen⁵⁰.

45 — Dom af 18.6.1991, sag C-260/89, *ERT*, Sml. I, s. 2925, præmis 24, domme af 25.7.1991, sag C-288/89, *Collectieve Antennevoorziening Gouda m.fl.*, Sml. I, s. 4007, præmis 11, og sag C-353/89, *Kommissionen mod Nederlandene*, Sml. I, s. 4069, præmis 15, af 16.12.1992, sag C-211/91, *Kommissionen mod Belgien*, Sml. I, s. 6757, præmis 10 og 11, af 4.5.1993, sag C-17/92, *Distribuidores Cinematográficos*, Sml. I, s. 2239, præmis 16, af 14.11.1995, sag C-484/93, *Svensson og Gustavsson*, Sml. I, s. 3955, præmis 15, og af 21.3.2002, sag C-451/99, *Cura Anlagen*, Sml. I, s. 3193, præmis 31.

46 — Dom af 21.10.1999, C-67/98, *Zenatti*, Sml. I, s. 7289, præmis 29, *Kraus-dommen*, præmis 32, *Gebhard-dommen*, præmis 37, og *Cura Anlagen-dommen*, præmis 32.

47 — Dom af 4.12.1974, sag 41/74, *Van Duyn*, Sml. s. 1337, præmis 18, af 27.10.1977, sag 30/77, *Bouchereau*, Sml. s. 1999, præmis 33, af 19.1.1999, sag C-348/96, *Calfa*, Sml. I, s. 11, præmis 23, af 29.4.2004, forenede sager C-482/01 og C-493/01, *Orfanopoulos og Oliveri*, Sml. I, s. 5257, præmis 64 og 65, og af 14.10.2004, sag C-36/02, *Omega*, Sml. I, s. 9609, præmis 30.

48 — Dom af 28.10.1975, sag 36/75, *Rutili*, Sml. s. 1219, præmis 28, af 18.5.1982, forenede sager 115/81 og 116/81, *Adoui og Cornuaille*, Sml. s. 1665, præmis 8, af 14.3.2000, sag C-54/99, *Eglise de scientologie*, Sml. I, s. 1335, præmis 17, *Bouchereau-dommen*, præmis 35, og *Omega-dommen*, præmis 30.

49 — Punkt 38 i svarskriftet.

50 — Dom af 27.11.1990, sag C-200/88, *Kommissionen mod Grækenland*, Sml. I, s. 4299, præmis 13, af 2.5.1996, sag C-133/94, *Kommissionen mod Belgien*, Sml. I, s. 2323, præmis 17, af 30.1.2002, sag C-103/00, *Kommissionen mod Grækenland*, Sml. I, s. 1147, præmis 23, af 16.1.2003, sag C-63/02, *Kommissionen mod Det Forenede Kongerige*, Sml. I, s. 821, præmis 11, og af 13.3.2003, sag C-333/01, *Kommissionen mod Spanien*, Sml. I, s. 2623, præmis 8.

VII — Konklusion

98. Under henvisning til det ovenfor anførte konkluderer jeg, at de indsigelser, som den tyske regering har gjort gældende til støtte for, at sagen må afvises, skal forkastes. Med hensyn til de klagepunkter, som traktatbruddet vedrører, udgør § 1, stk. 3, og § 3, stk. 2, i AEntG en tilsidesættelse af artikel 49 EF, idet denne fællesskabsbestemmelse dog er overholdt i § 2, stk. 3, i AEntG.

Domstolen fordele sagens omkostninger eller bestemme, at hver part skal bære sine egne omkostninger, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter.

100. Da både Kommissionen og Tyskland har nedlagt påstand om tilkendelse af omkostninger, og da jeg foreslår, at Kommissionen gives medhold i to ud af tre klagepunkter, skal Tyskland betale to tredjedele af Kommissionens omkostninger, og Kommissionen skal betale en tredjedel af Tysklands omkostninger.

VIII — Sagens omkostninger

99. I medfør af Domstolens procesreglements artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 3, kan

101. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 4, første afsnit, bærer medlemsstater, der er indtrådt i en sag, deres egne omkostninger.

IX — Forslag til afgørelse

102. Herefter foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

- 1) Det fastslås, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 49 EF, idet den pålægger virksomheder, der er etableret i en

anden medlemsstat, og som i forbindelse med leveringen af tjenesteydelser udstationerer arbejdstagere i Tyskland, at betale bidrag til den tyske feriekasse, selv hvis disse arbejdstagere i henhold til bestemmelserne i deres arbejdsgivers etableringsstat nyder en tilsvarende beskyttelse, og idet den pålægger udenlandske vikarbureauer at foretage en anmeldelse af enhver tilrådighedsstilling af en arbejdstager for en virksomhed, der anvender denne arbejdstager i Tyskland, samt af enhver beskæftigelse, som denne arbejdstager tildeles.

- 2) I øvrigt frifindes Forbundsrepublikken Tyskland.
- 3) Forbundsrepublikken Tyskland betaler to tredjedele af Kommissionen for De Europæiske Fællesskabers omkostninger.
- 4) Kommissionen betaler en tredjedel af Forbundsrepublikken Tysklands omkostninger.
- 5) Den Franske Republik bærer sine egne sagsomkostninger.