

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

föredraget den 14 december 2006¹

I — Inledning

1. Kommissionen har med stöd av artikel 226 EG begärt att domstolen skall förklara att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att fullgöra sina skyldigheter enligt artikel 49 EG genom att kräva att företag som är etablerade i en annan medlemsstat som utstationerar arbetskraft till dess territorium skall erlägga avgifter till den nationella semesterkassan om de inte redan gör inbetalningar till ett "jämförbart organ", och översätta vissa handlingar, samt genom att kräva av utländska personaluthyrningsföretag att de skall anmäla varje erbjudande av arbetskraft och den tilldelade placeringen.

1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.²

3. Förbundsrepubliken har gjort gällande att talan inte kan tas upp till prövning i sak med hänvisning till att ansökan brister i tydlighet och inte överensstämmer med det motiverade yttrandet och att det administrativa förfarandet har varit alltför utdraget.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — De gemenskapsrättsliga bestämmelserna

2. Före prövningen av huruvida dessa skyldigheter strider mot gemenskapsrätten, skall kriterierna för att bedöma dem klargöras, med beaktande av Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december

1. EG-fördraget

4. Enligt artikel 49 andra stycket EG "skall inskränkningar i friheten att tillhandahålla

1 — Originalspråk: spanska.

2 — EGT L 18, 1997, s. 1.

tjänster inom gemenskapen förbjudas beträffande medborgare i medlemsstater som har etablerat sig i en annan stat inom gemenskapen än mottagaren av tjänsten”.

garanterar att arbetstagarnas rättigheter respekteras” (skäl 5).⁵

2. Direktiv 96/71

5. När någon utövar denna grundläggande frihet genom att tillfälligt flytta personal till ett annat lands territorium³ medför det vissa särskilda svårigheter på grund av samverkan mellan olika rättsordningar.⁴ Detta är bakgrunden till direktiv 96/71, vars syfte är att förena ”lojal konkurrens” och ”åtgärder som

6. I artikel 1.1 begränsas direktivets tillämpningsområde till företag som är etablerade i en medlemsstat och som i samband med tillhandahållande av tjänster över gränserna utstationerar arbetstagare till en annan medlemsstat enligt punkt 3, det vill säga om utstationeringen: a) sker enligt avtal som ingåtts mellan det utstationerande företaget och mottagaren av tjänsterna, b) sker på en arbetsplats eller i ett företag som tillhör koncernen, eller c) utförs av företag för uthyrning av arbetskraft till ett användarföretag som är verksamt inom en annan medlemsstat än uthyraren.

7. Efter en definition av begreppet ”utstationerad arbetstagare” (artikel 2) och en förteckning över miniminormer för arbets- och anställningsvillkor (artikel 3), behandlas i

3 — Enligt Palao Moreno, G., ”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-augusti 2000, nr 208, s. 46, utgör inte rörligheten enbart en av många konsekvenser av den europeiska integrationen, utan en inneboende förutsättning för systemet.

4 — García Ninet, J.L. och Vicente Palacio, A., ”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 — Enligt doktrinen är grundtanken att förhindra att länder som har ett svagare skydd för arbetstagares rättigheter och lägre kostnader, får fördelar i andra länder där arbetskraften är dyrare därför att skyddet är starkare (De Vicente Pachés, F., ”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 det avseendet hävdar Landa Zapirain, J.P. och Fotinopoulou Basurko, O., 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, att direktivet är mer ”ekonomiskt än socialt”.

artikel 4 "samarbete i fråga om information" på följande sätt:

"1. I syfte att genomföra detta direktiv skall medlemsstaterna i enlighet med nationell lagstiftning och/eller praxis utse ett eller flera förbindelsekontor eller en eller flera nationella behöriga instanser.

2. Medlemsstaterna skall planera ett samarbete mellan de offentliga förvaltningar som i enlighet med nationell lagstiftning har behörighet att övervaka de arbets- och anställningsvillkor som anges i artikel 3. Detta samarbete består särskilt i att besvara motiverade förfrågningar från dessa offentliga förvaltningar om information angående utsändande av arbetstagare till andra medlemsstater, inbegripet uppenbart missbruk eller gränsöverskridande verksamheter som antas vara olagliga.

Kommissionen och de offentliga förvaltningar som avses i första stycket skall i nära samarbete granska de problem som kan uppkomma vid genomförandet av artikel 3.10.

Den ömsesidiga administrativa hjälpen skall vara kostnadsfri.

3. Varje medlemsstat skall vidta åtgärder för att informationen om de arbets- och anställningsvillkor som avses i artikel 3 skall vara allmänt tillgänglig.

4. Varje medlemsstat skall underrätta de övriga medlemsstaterna och kommissionen om de förbindelsekontor och/eller behöriga instanser som anges i punkt 1."

8. Vidare åläggs medlemsstaterna genom direktivet att vidta lämpliga åtgärder om bestämmelserna i direktivet inte följs (artikel 5), varefter den rättsliga behörigheten fastställs (artikel 6) och, i artikel 7, fristen för införlivande anges enligt följande:

"Medlemsstaterna skall anta de lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa detta direktiv senast den 16 december 1999. De skall genast underrätta kommissionen om detta.

..."

9. Artikel 8 innehåller regler om kommissionens prövning,⁶ och i artikel 9 anges att direktivet riktar sig till medlemsstaterna.

12. I 2 § föreskrivs ”kontrollmekanismer”, såsom den i 2 § tredje stycket, som innebär att en utländsk arbetsgivare skall ha handlingar på tyska som visar att skyldigheterna enligt 1 § följs, närmare bestämt avtal, lönelistor och underlag som utvisar både arbetstid och löneutbetalningar.

B — Den tyska lagstiftningen

10. Inom området rörlighet på arbetsmarknaden gäller i Tyskland lagen om utstationering av arbetstagare (Arbeitnehmer-Entsendegesetz, nedan kallad AEntG) av den 26 februari 1996,⁷ som trädde i kraft den 1 mars 1996.

11. Enligt 1 § första stycket utsträcks, under vissa omständigheter, effekterna av bestämmelser i generellt bindande kollektivavtal inom byggnadssektorn om minimilön, semesterlängd och semesterersättning till rättsförhållandet mellan en arbetsgivare som är etablerad i ett annat land och dennes anställda. Enligt 1 § tredje stycket skall även kollektivavtal avseende betalning av avgifter följas för att betald semester skall beviljas, om inte sådana betalas in till ett ”jämförbart organ” i den medlemsstat där företaget är etablerat.

13. Enligt 3 § andra stycket skall utländska personaluthyrningsföretag innan varje arbete påbörjas inge en deklaration på tyska med uppgift om förnamn, efternamn och födelsedatum för de arbetstagare som ställs till förfogande, början och slut på den period under vilken personalen ställs till förfogande, arbetsplats, en plats i Tyskland där de handlingar som anges i 2 § tredje stycket förvaras, en bemyndigad representant i detta land, namn och adress avseende den enhet som använder personalen. I avtalet mellan personaluthyrningsföretaget och det företag som använder arbetskraften är det tillåtet att föreskriva att eventuella byten av arbetsplats meddelas.

III — Det administrativa förfarandet

14. Sedan kommissionen tagit emot flera klagomål angående AEntG tillstälde den Tyskland, den 12 november 1998, en formell underrättelse, som kompletterades med

6 — I Meddelande från kommissionen till rådet, Europaparlamentet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén — Genomförandet av direktiv 96/71/EG i medlemsstaterna (KOM(2003) 458 slutlig) konstateras att det för närvarande inte är nödvändigt att ändra direktivet eftersom problemen snarare har varit praktiska än juridiska (s. 19).

7 — BGBl. 1996 I, s. 227.

ytterligare en av den 17 augusti 1999. Dessa besvarades av medlemsstaten den 8 mars, den 4 maj och den 25 oktober 1999.

15. Förklaringarna övertygade inte kommissionen, som den 25 juli 2001 avgav ett motiverat yttrande med begäran om att nödvändiga åtgärder för att efterleva anmärkningarna skulle vidtas inom två månader, räknat från dagen för översändandet.

16. Den tyska regeringen yttrade sig den 1 oktober 2001, den 10 december 2001, den 3 februari 2003 och den 4 december 2003. Den 23 januari 2004 meddelade den att AEntG ändrats genom tredje lagen om moderna tjänster på arbetsmarknaden (Drittes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt) av den 23 december 2003.⁸

17. Då den ansåg att ändringen endast eliminerat vissa av motstridigheterna mellan AEntG och gemenskapsrätten, väckte kommissionen enligt artikel 226 EG talan om fördragsbrott vid domstolen.

IV — Förfarandet vid domstolen

18. I ansökan, som inkom till domstolens kansli den 29 november 2004, har kommissionen yrkat att domstolen skall förklara att Tyskland har åsidosatt sina skyldigheter enligt artikel 49 EG genom att kräva: a) att utländska företag betalar avgifter till den tyska semesterkassan även om arbetstagarna åtnjuter ett jämförbart skydd enligt lagstiftningen i den medlemsstat där deras arbetsgivare är etablerad (1 § tredje stycket AEntG), b) att utländska företag översätter anställningsavtal, lönelistor och handlingar som utvisar arbetstid och löneutbetalningar, samt andra handlingar som efterfrågas av de tyska myndigheterna, till tyska (2 § AEntG), och att c) utländska personaluthyrningsföretag vid varje tillfälle som en arbetstagare ställs till ett företags förfogande för tjänstgöring i Tyskland meddelar detta samt anger vilken placering som arbetstagaren erbjuds (3 § andra stycket AEntG).⁹ Kommissionen har även yrkat att den svarande medlemsstaten skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

19. I svaromålet, som inkom den 4 februari 2005, har Förbundsrepubliken Tyskland gjort gällande att talan inte kan tas upp till prövning i sak samt att den är ogrundad.

8 — BGBl. I, s. 2848.

9 — Kommissionen har frånträtt två grunder som anförts under det administrativa förfarandet avseende villkor för att uppvisa status för byggföretag (punkterna 24–26 i ansökan) och böter (punkt 64), eftersom diskrimineringen på grund av nationalitet har eliminerats genom 2003 års ändring av lagen.

20. Replik och duplik inkom den 29 mars respektive den 17 maj 2005.

A — *Kriteriet för den rättsliga prövningen*

21. Genom beslut av den 7 juni 2005 gav domstolens ordförande Frankrike tillstånd att intervensera, och denna medlemsstat inkom den 22 september 2005 med en interventionsinlägga till stöd för Förbundsrepubliken Tysklands bestridande av den andra grunden för talan. Såväl kommissionen, den 28 november 2005, som Tyskland, den 27 oktober 2005, har bemött denna inlägga.

24. Direktiv 96/71 hade inte antagits när det administrativa förfarandet inleddes, men när det motiverade yttrandet avgavs hade fristen för att införliva direktivet med de nationella rättsordningarna löpt ut. Den tyska regeringen har hänvisat till detta tidsmässiga förlopp som skäl för att pröva AEntG mot bakgrund av direktiv 96/71 i stället för artikel 49 EG, som endast är tillämplig om medlemsstaterna vid införlivandet överskrider det tillåtna utrymmet för skönsässig bedömning.

22. Vid förhandlingen som hölls den 8 november 2006 deltog ombuden för Förbundsrepubliken Tyskland och kommissionen.

25. Kommissionen har inte bemött invändningen entydigt, utan har gjort sig skyldig till motsägelser. I punkt 1 i ansökan förklarar den exempelvis att kontrollen av överensstämmelsen med gemenskapsrätten grundas på fördragsbestämmelsen, medan den fyra rader längre ned hänvisar till denna bestämmelse och till direktiv 96/71. Inte heller vid förhandlingen uttalade sig dess ombud, trots att denne tillfrågades, om nämnda invändning.

V — Huruvida talan om fördragsbrott kan tas upp till sakprövning

23. Enligt den svarande regeringen bör de nationella reglerna prövas mot bakgrund av direktiv 96/71, inte artikel 49 EG, vilket föranleder frågan huruvida det är möjligt att ta upp sökandens yrkanden till prövning i sak (A). Förbundsrepubliken Tyskland har vidare pekat på tre rättegångshinder som den anser medför att talan helt eller delvis skall avvisas. De påstådda hindren avser det administrativa förfarandets varaktighet (B), brist på precision i ansökan (C) och ändring av den tredje grunden (D).

26. Diskussionen föranleder överväganden om vilken gemenskapsnorm som skall tjäna som utgångspunkt för bedömningen och om konsekvenserna av ett felaktigt val. Om motsägelsen är uppenbar saknas den grundläggande rättsliga förutsättningen och talan skall ogillas. Något liknande skulle vara fallet vid en talan om åsidosättande av en sekundärrättslig regel som ännu inte hade antagits

vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i målet. Om så inte är fallet skall målet prövas i sak och invändningen om rättgångshinder lämnas utan avseende.

27. I förevarande mål kan talan inte avvisas omedelbart, med hänsyn till att man för att fastställa fördragsbrottet bör utgå från fördraget och inte från direktiv 96/71, vilket inte till fullo genomför innehållet i artikel 49 EG. Detta följer av att man å ena sidan, i skäl 13 i direktivet, uttrycker avsikten att samordna medlemsstaternas lagstiftning för att skapa en kärna av tvingande regler för minimiskydd, vilka skall följas i värdlandet av de arbetsgivare som utstationerar arbetstagare,¹⁰ och å andra sidan, genom artikel 5, ger de nationella myndigheterna en betydande handlingsfrihet, under förutsättning att de respekterar de grundläggande friheterna.¹¹

28. Medlemsstatens bestämmelser om tillhandahållande av arbetskraft över gränserna

kan således strida mot primärrätten och mot sekundärrätten. Om bestämmelserna strider mot direktivet är fördraget inte tillämpligt, även om varje åsidosättande av direktivet i sig innebär ett åsidosättande av fördraget, som är dess inspirationskälla. Om de däremot direkt strider mot fördraget, men inte mot direktivet genom vilket detta genomförs, är fördraget i sig den enda möjliga utgångspunkten.

29. Den referensbestämmelse som anges i ansökan är således godtagbar, eftersom de anmärkningar som har framförts går utöver direktiv 96/71, vilket innebär att det saknar betydelse att det motiverade yttrandet avgavs efter utgången av fristen för införlivande. Detta hindrar inte att direktivet får betydelse inom därtill knutna områden eller som tolkningsvägledning.

B — Det administrativa förfarandets varaktighet

10 — Jag instämmer i generaladvokaten Légers yttrande i fotnot 15 i förslaget till avgörande i mål C-168/04, kommissionen mot Österrike, där domstolen meddelade dom den 21 september 2006 (REG 2006, s. I-9041), där han konstaterar att det "i direktiv 96/71 inte [föreskrivs] något särskilt förfarande för genomförande av en utstationering av arbetstagare inom ramen för ett gränsöverskridande tillhandahållande av tjänster. Detta direktiv är huvudsakligen begränsat till att, i princip, säkerställa för arbetstagare som är utstationerade under dessa förhållanden att vissa regler, som är i kraft i den medlemsstat på vars territorium tjänsten utförs, tillämpas till deras fördel vad avser vissa arbets- och anställningsvillkor. För övrigt lämnas ... genom detta direktiv ansvaret att säkerställa att dessa bestämmelser iakttas till medlemsstaterna, ... medelst lämpliga medel ... som inte strider mot fördragets bestämmelser om frihet att tillhandahålla tjänster".

11 — Dom av den 25 mars 2004 i mål C-71/02, Karner (REG 2004, s. I-3025), punkterna 33 och 34.

30. Enligt Tyskland är det för sent att väcka talan vid domstolen, eftersom förfarandet inleddes år 1998 och ansökan inte ingavs förrän den 23 november 2004, vilket strider mot principen om skydd för berättigade förväntningar och rättssäkerhetsprincipen. Dessutom konstaterade domstolen år 2001 att AEntG är förenlig med gemenskapsrätten.

31. Kommissionen har gjort gällande att svaranden själv, genom de planerade lagändringarna, skapade en förväntan på att överträdelserna skulle upphöra.

32. Trots att det administrativa förfarandet i samband med den aktuella talan enligt artikel 226 EG har pågått i drygt sex år, talar en rad argument för att denna invändning skall ogillas.

33. För det första följer av rättspraxis att om det administrativa förfarandet är alltför utdraget leder detta endast till att talan inte kan tas upp till sakprövning om kommissionens handlande har gjort det svårare för den berörda medlemsstaten att bemöta dess argument, varigenom medlemsstatens rätt till försvar åsidosätts, och att det ankommer på medlemsstaten "att styrka en sådan inverkan".¹² Den tyska regeringen har i detta sammanhang inte visat att dess möjligheter att motivera sitt handlande på något sätt har skadats.

34. För det andra grundas förfarandet om fördragsbrott på ett objektivt konstaterande av att en medlemsstat inte har iakttagit sina skyldigheter enligt fördraget eller sekundär-

rätten.¹³ Att härvid godta en invändning om att principen om skydd för berättigade förväntningar har åsidosatts skulle innebära att överträdelser berättigades på ett sätt som strider mot syftet med artikel 226 EG.¹⁴ Detsamma gäller i fråga om rättssäkerhetsprincipen.¹⁵ I frånvaro av ett beslut som upphäver tillämpningen av de omtvistade bestämmelserna skall enskilda följa dessa, även under ärendets handläggning.

35. För det tredje har frågan huruvida AEntG är förenlig med unionens rättsordning visserligen behandlats i dom av den 25 oktober 2001 i målet Finalarte m.fl.,¹⁶ av den 24 januari 2002 i målet Portuguesa Construções,¹⁷ av den 12 oktober 2004 i målet Wolf & Müller,¹⁸ och av den 14 april 2005 i målet kommissionen mot Tyskland,¹⁹ men dessa mål gällde andra aspekter än de som behandlas här, med undantag för följande beröringspunkter:

— I domen i målet Finalarte m.fl. finns en viktig beröringspunkt med en av grun-

12 — Dom av den 16 maj 1991 i mål C-96/89, kommissionen mot Nederländerna (REG 1991, s. I-2461), punkterna 15 och 16, av den 21 januari 1999 i mål C-207/97, kommissionen mot Belgien (REG 1999, s. I-275), punkterna 24 och 25, av den 12 maj 2005 i mål C-287/03, kommissionen mot Belgien (REG 2005, s. I-3761), punkt 14, och av den 8 december 2005 i mål C-33/04, kommissionen mot Luxemburg (REG 2005, s. I-10629), punkt 76.

13 — Dom av den 1 oktober 1998 i mål C-71/97, kommissionen mot Spanien (REG 1998, s. I-5991), punkt 14, av den 18 januari 2001 i mål C-83/99, kommissionen mot Spanien (REG 2001, s. I-445), punkt 23, och av den 4 maj 2006 i mål C-508/03, kommissionen mot Förenade kungariket (REG 2006, s. I-3969), punkt 67.

14 — Dom av den 5 november 2002 i mål C-475/98, kommissionen mot Österrike (REG 2002, s. I-9797), punkt 38.

15 — I domen av den 4 maj 2006 i det ovannämnda målet kommissionen mot Förenade kungariket konstaterade domstolen med hänvisning till viss rättspraxis att "det enligt rättssäkerhetsprincipen och principen om skydd för berättigade förväntningar visserligen fordras att en rättsstridig rättsakt återkallas inom skälig tid och det skall beaktas i vilken omfattning den berörde eventuellt har haft anledning att förlita sig på att rättsakten var rättsenlig. Ett sådant återkallande är emellertid inte desto mindre tillåtet" (punkt 68).

16 — Dom av den 25 oktober 2001 i de förenade målen C-49/98, C-50/98, C-52/98–C-54/98 och C-68/98–C-71/98, Finalarte m.fl. (REG 2001, s. I-7831).

17 — Dom av den 24 januari 2002 i mål C-164/99, Portuguesa Construções (REG 2002, s. I-787).

18 — Dom av den 12 oktober 2004 i mål C-60/03, Wolf & Müller (REG 2004, s. I-9553).

19 — Dom av den 14 april 2005 i mål C-341/02, kommissionen mot Tyskland (REG 2005, s. I-2733).

derna för förevarande talan om fördragsbrott, då även den behandlade det tyska semesterkassessystemet. Det slogs där fast att det är förenligt med fördraget att tillämpa reglerna på tjänster som tillhandahålls över gränserna, under förutsättning att två villkor är uppfyllda.²⁰ I detta förfarande har kommissionen dock gjort gällande att dessa villkor inte är uppfyllda.

- I domen i målet *Portugaia Construções* behandlades minimilöner för utstationerade arbetstagare.

- Även domen i målet *Wolf & Müller* gällde lönen, närmare bestämt, vem som var betalningsskyldig, enligt en tolkning av artikel 5 i direktiv 96/71 mot bakgrund av artikel 49 EG.

- Slutligen konstaterades i domen i målet kommissionen mot Tyskland, som meddelades efter det att ansökan inkom, ett åsidosättande av artikel 3 i direktiv 96/71 i fråga om lönens beståndsdelar.

20 — Domstolen prövade även andra frågor rörande betald semester, som frågan huruvida det antal semesterdagar som föreskrivs i en medlemsstat kan tillämpas för utstationerade arbetstagare.

36. För det fjärde ändrades den tyska lagen, sedan det motiverade yttrandet avgivits år 2001, i slutet av år 2003, varför kommissionen inte kan kritiseras för att ha granskat ändringarna innan ansökan ingavs i november 2004.

37. Ovanstående överväganden leder till att domstolen inte bör godta de kriterier som åberopats av Tyskland för att bedöma rimligheten av de frister som, vilket kommissionen påpekat, tillämpas i konkurrens mål²¹ och i förfaranden vid förstainstansrätten.²²

C — *Precisionen i ansökan*

38. Den tyska regeringen har även gjort gällande att talan skall avvisas med hänvisning till att den saknar precision, såtillvida att den innehåller ett abstrakt urval rättsliga omständigheter, utan att någon konkret utstationering av arbetskraft som visar att AEntG är oförenlig med artikel 49 EG anges.

21 — Dom av den 15 oktober 2002 i de förenade målen C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P och C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen* (REG 2002, s. I-8375), punkt 187; nämnd i fotnot 7 i svaromålet.

22 — Dom av den 17 december 1998 i mål C-185/95 P, *Bausohlgebe* mot kommissionen (REG 1998, s. I-8417), punkt 29; även den nämnd i fotnot 7 i svaromålet.

39. Kommissionen har vidhållit att ansökan är tydlig och genmält att förfarandet inte har sin grund i ett klagomål från en arbetstagare eller ett företag eller i rättsliga eller administrativa åtgärder, utan i det faktum att den nationella rättsordningen inte är förenlig med gemenskapsrätten.

40. Enligt artikel 38.1 c i domstolens rättegångsregler²³ skall ansökan innehålla uppgift om "föremålet för talan samt en kortfattad framställning av grunderna för denna". Dessa uppgifter skall vara tillräckligt klara och precisa för att svaranden skall kunna förbereda sitt försvar och domstolen skall kunna utöva sin kontroll. Av detta följer att de väsentligaste faktiska och rättsliga omständigheter som talan grundas på, "på ett konsekvent och begripligt sätt, skall framgå av innehållet i själva ansökan".²⁴

41. I förevarande fall är de kraven uppfyllda. Kommissionen har disponerat ansökan i fyra större avdelningar. I den första, som behandlar bakgrunden och det administrativa förfarandet, redovisas handläggningen, och fem frågor där oenighet råder, vilka angavs i det motiverade yttrandet, identifieras. I den andra redovisas de berörda gemenskapsrättsliga och nationella bestämmelserna. Den tredje, som avser den rättsliga bedömningen, inleds med en anmärkning angående änd-

ringen av den nationella lagen, och därefter kommenteras var och en av grunderna för talan, och de synpunkter som framförts under det administrativa förfarandet bemöts. I den fjärde anges yrkandet, som överensstämmer med resten av skrivelsen, där kommissionen särskilt anger att 1 § tredje stycket, 2 § och 3 § andra stycket AEntG strider mot artikel 49 EG.

42. Domstolen har full kännedom om kritiken och grunderna för denna, vilket även gäller den svarande medlemsstaten, som har bemött dem, men man bör inte sammanblanda redogörelsen för de faktiska och rättsliga argumenten med frågan huruvida denna är riktig och rättvis.

43. Bevisning av särskilt slag krävs vid en anmärkning avseende genomförandet av en nationell bestämmelse, inte när den endast avser själva innehållet i bestämmelsen. Således krävs endast i det förnämnda fallet en tillräckligt dokumenterad och utförlig beskrivning av den praxis som kritiserar.²⁵

44. Följaktligen kan den invändning om rättegångshinder som beskrivits inte godtas i förevarande mål.

23 — EGT L 176, 1991, s. 7 och EGT L 383, 1992, s. 117 (rättelse), senare ändrad.

24 — Dom av den 9 januari 2003 i mål C-178/00, Italien mot kommissionen (REG 2003, s. I-303), punkt 6, och av den 15 september 2005 i mål C-199/03, Irland mot kommissionen (REG 2005, s. I-8027), punkt 50.

25 — Dom av den 12 maj 2005 i mål C-287/03, kommissionen mot Belgien (REG 2005, s. I-3761), punkt 28, och av den 27 april 2006 i mål C-441/02, kommissionen mot Tyskland (REG 2006, s. I-3449), punkt 49.

D — *Ändring av den första grunden*

45. Tyskland har anfört ytterligare en formell invändning mot den första grunden för talan, nämligen att kritiken i det motiverade yttrandet, enligt dess uppfattning, inte sammanfaller med den kritik som redovisas i ansökan. Kommissionen bestrider att en sådan ändring förekommit, eftersom skillnaderna bara innebär ett förtydligande av det som framkom under det administrativa förfarandet.

46. Domstolen har upprepade gånger slagit fast att föremålet för en talan som har väckts med stöd av artikel 226 EG avgränsas genom det administrativa förfarande som avses i denna bestämmelse. Detta innebär att talan måste grundas på samma skäl och grunder som det motiverade yttrandet,²⁶ även om det inte råder fullständig överensstämmelse mellan påståendena i den formella underrättelsen, anmärkningarna i det motiverade yttrandet och yrkandena i ansökan, under förutsättning att tvisteföremålet inte har utvidgats eller ändrats.²⁷

26 — Dom av den 1 december 1993 i mål C-234/91, kommissionen mot Danmark (REG 1993, s. I-6273), punkt 16, av den 12 januari 1994 i mål C-296/92, kommissionen mot Italien (REG 1994, s. I-1), punkt 11, av den 18 juni 1998 i mål C-35/96, kommissionen mot Italien (REG 1998, s. I-3851), punkt 28, av den 15 januari 2002 i mål C-439/99, kommissionen mot Italien (REG 2002, s. I-305), punkt 11, och av den 20 juni 2002 i mål C-287/00, kommissionen mot Tyskland (REG 2002, s. I-5811), punkt 18.

27 — Dom av den 16 september 1997 i mål C-279/94, kommissionen mot Italien (REG 1997, s. I-4743), punkterna 24 och 25, av den 29 september 1998 i mål C-191/95, kommissionen mot Tyskland (REG 1998, s. I-5449), punkt 56, av den 9 november 1999 i mål C-365/97, kommissionen mot Italien (REG 1999, s. I-7773), punkt 25, av den 25 april 2002 i mål C-52/00, kommissionen mot Frankrike (REG 2002, s. I-3827), punkt 44, av den 11 juli 2002 i mål C-139/00, kommissionen mot Spanien (REG 2002, s. I-6407), punkterna 18 och 19, av den 14 mars 2006 i mål C-177/04, kommissionen mot Frankrike (REG 2006, s. I-2461), punkt 37, och av den 27 april 2006 i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkt 61.

47. För att fastställa en eventuell avvikelse och omfattningen av denna måste man jämföra dokumentet i det administrativa förfarandet med det i domstolsförfarandet:

— I det motiverade yttrandet granskas ”skyldigheten att erlagga avgifter till den tyska semesterkassan” och det konstateras att den strider mot artikel 49 EG, genom att utländska företag, som fortfarande är skyldiga att direkt betala sina anställdas semester i etableringsstaten, åläggs betalningsskyldighet.

— I ansökan beskrivs detta på samma sätt som i det motiverade yttrandet, med tillägget att åsidosättandet består i skyldigheten för utländska företag att göra inbetalningar till den tyska kassan, trots att arbetstagarna åtnjuter ett likvärdigt skydd enligt lagstiftningen i den medlemsstat där arbetsgivaren är etablerad.

48. Vid en jämförelse mellan de båda dokumenten framkommer vissa skillnader, men det styrks inte att skilda grunder har anförts, eftersom den ifrågasatta punktens lydelse, som är densamma i de båda texterna, visar att kommissionen anser att 1 § tredje stycket AEntG innebär att företag som inte gör inbetalningar till en institution som liknar den tyska semesterkassan är skyldiga att göra fler än en inbetalning, i reda pengar eller in natura.

49. Det som diskuteras, och så har svaret uppfattat saken, är om de nationella bestämmelserna skapar en dubbel ekonomisk belastning för den som utstationerar arbetskraft i samband med ett gränsöverskridande tillhandahållande av tjänster. Nyansskillnaderna kompletterar grunden, men ändrar den inte och inskränker inte heller rätten till försvar.

50. Jag urskiljer vidare en indirekt anledning för klargörandet, eftersom domen i målet Finalarte m.fl., som återges i ansökan, publicerades sedan det motiverade yttrandet avgetts.

51. Den påstådda formella avvikelserna mellan det motiverade yttrandet och ansökan är alltså inte av sådan betydelse att talan skall avvisas.

VI — Bedömning av talan om fördragsbrott

52. Om domstolen, som jag föreslår, ogillar den tyska regeringens invändningar om rättegångshinder skall de påstådda överträdelserna prövas.

A — Inledande anmärkningar

53. Skyldigheterna enligt AEntG innebär en större belastning för företag som är etablerade i en annan medlemsstat, vilket gör att det blir svårare och mindre intressant för dessa att utföra arbete i Tyskland, vilket utgör en inskränkning av friheten att tillhandahålla tjänster.

54. I mitt förslag till avgörande i målet Arblade m.fl.²⁸, där domstolen meddelade dom den 23 november 1999, redogjorde jag för rättspraxis avseende sådana inskränkningar (punkterna 53–60), som inte förändrats, även om vissa preciseringar är påkallade i det enskilda fallet.

55. Jag betonade även att syftet med friheten att tillhandahålla tjänster är att underlätta utövandet av alla typer av yrkesverksamhet inom gemenskapen, vilket innebär att man inte kan godta diskriminering på grund av nationalitet eller hinder som, även om de tillämpas utan åtskillnad på inhemska tjänsteleverantörer och tjänsteleverantörer från andra medlemsstater, innebär att verksamhet

28 — Dom den 23 november 1999 i de förenade målen C-369/96 och C-376/96, Arblade m.fl. (REG 1999, s. I-8453). Det var fråga om att bedöma "huruvida gemenskapsrätten utgör hinder för en mottagarstat att förplikta företag, som är etablerade i en annan medlemsstat och som utstationerar sina arbetstagare på mottagarstatens territorium för att tillhandahålla en tjänst, att, i syfte att skydda arbetstagare och bekämpa bedrägerier i samband med arbetet när dessa företag redan har samma eller liknande skyldigheter i etableringsstaten för samma arbetstagare och samma verksamhetsperiod, iakttä nationella bestämmelser om förande och förvaring av handlingar om arbetstagarna och att betala ut minimilön" (punkt 1 i förslaget till avgörande).

som utövas av de senare förbjuds, hindras eller blir mindre attraktiv.²⁹

underkastad i den medlemsstat där vederbörande är etablerad.³²

56. Jag beskrev även villkoren för att det skall vara godtagbart att begränsa den grundläggande principen. Begränsningen skall vara a) grundad på tvingande hänsyn till allmänintresset, b) ägnad att säkerställa att det eftersträfvade syftet uppnås, och c) den vidtagna åtgärden skall vara proportionerlig.³⁰

58. Dessa principer utgör ramen för tolkningen av de tre grunderna för talan.

57. Beträffande det första kriteriet har "socialt skydd för arbetstagare" räknats som ett tvingande hänsyn till allmänintresset,³¹ i den mån detta intresse inte skyddas genom de regler som gemenskapsmedborgaren är

B — Den första grunden: skyldigheten att betala avgifter till den tyska semesterkassan

1. Redogörelse för frågeställningen

29 — Dom av den 25 juli 1991 i mål C-76/90, Säger (REG 1991, s. I-4221), punkt 12, av den 9 augusti 1994 i mål C-43/93, Vander Elst (REG 1994, s. I-3803; svensk specialutgåva, volym 16, s. I-59), punkt 14, av den 28 mars 1996 i mål C-272/94, Guiot (REG 1996, s. I-1905), punkt 10, av den 12 december 1996 i mål C-3/95, Reisebüro Broede (REG 1996, s. I-6511), punkt 25, av den 9 juli 1997 i mål C-222/95, Parodi (REG 1997, s. I-3899), punkt 18, domarna i de ovannämnda målen Arblade m.fl., punkt 33, Finalarte m.fl., punkt 28, och Portugaia Construções, punkt 16.

30 — Dom av den 31 mars 1993 i mål C-19/92, Kraus (REG 1993, s. I-1663; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-167), punkt 32, av den 30 november 1995 i mål C-55/94, Gebhard (REG 1995, s. I-4165), punkt 37, av den 20 februari 2001 i mål C-205/99, Analir m.fl. (REG 2001, s. I-1271), punkt 25, av den 15 mars 2001 i mål C-165/98, Mazzoleni och ISA (REG 2001, s. I-2189), punkt 26, och domarna i de ovannämnda målen Säger, punkt 15, Guiot, punkterna 11 och 13, Arblade m.fl., punkt 35, Portugaia Construções, punkt 19, och Wolf & Müller, punkt 34. Enligt Davis, P., "Posted workers Directive and EC Treaty", *Industrial Law Journal*.

31 — Dom av den 17 december 1981 i mål 279/80, Webb (REG 1981, s. 3305; svensk specialutgåva, område 6, s. 265), punkt 19, av den 3 februari 1982 i de förenade målen 62/81 och 63/81, Seco och Desquenne & Giral (REG 1982, s. 223), punkt 14, av den 27 mars 1990 i mål C-113/89, Rush Portuguesa (REG 1990, s. I-1417), punkt 18, och domarna i de ovannämnda målen Guiot, punkt 16, Arblade m.fl., punkt 36, Finalarte m.fl., punkt 33, Portugaia Construções, punkt 20, och Wolf & Müller, punkt 35.

59. För att förstå tvisten mellan kommissionen och Tyskland angående denna grund bör semesterkassans funktion granskas.

32 — Domar av den 26 februari 1991 i mål C-180/89, kommissionen mot Italien (REG 1991, s. I-709), punkt 17, och i mål C-198/89, kommissionen mot Grekland (REG 1991, s. I-727), punkt 18, samt domarna i de ovannämnda målen Webb, punkt 17, Säger, punkt 15, Vander Elst, punkt 16, Guiot, punkt 11, Arblade m.fl., punkt 34, och Finalarte m.fl., punkt 31. Härigenom tillämpas likvärdighetsprincipen, varigenom tillämpningen av lagen på utstationeringsorten undviks. Molina Navarrete, C., och Esteban de la Rosa, G., "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 och 32.

60. Som generaladvokaten Mischo påpekade i förslaget till avgörande i målet Finalarte m. fl. ger systemet arbetstagaren möjlighet att räkna samman anspråken på semester från olika arbetsgivare under ett referensår och göra samtliga anspråk gällande hos sin aktuella arbetsgivare, som betalar semesterersättning för dagar som arbetats in i andra anställningsförhållanden. Semesterkassan inrättades i syfte att åstadkomma en skälig fördelning av den ekonomiska bördan. De tyska arbetsgivarna betalar in en procentandel av den totala bruttolönen och mottar i gengäld hela eller en del av det belopp som de betalar ut till de anställda.

61. Genom 1 § tredje stycket AEntG utvidgas avgiftsskyldigheten så att den omfattar arbetsgivare från andra medlemsstater som tillfälligt utstationerar arbetstagare till Tyskland, med undantag för det fall att de gör inbetalningen till ett jämförbart organ i den medlemsstat där de är etablerade.

62. Den regeln innebär enligt domen i målet Finalarte m. fl. ett "ingrepp i friheten att tillhandahålla tjänster" (punkt 37) som kan berättigas när det behövs för att skydda ett allmänintresse, såsom skyddet för arbetstagare (punkt 33), och när det sker med hjälp av lämpliga medel. Bedömningen av de två villkoren föranledde domstolen att slå fast att en lag som den tyska var förenlig med fördraget "under förutsättning dels att arbetstagarna inte åtnjuter ett väsentligen jämförbart skydd enligt bestämmelserna i den medlemsstat där deras arbetsgivare är

etablerad, så att tillämpningen av de inhemska bestämmelserna i den första medlemsstaten medför att de erhåller en verklig fördel som bidrar väsentligt till deras sociala skydd, dels att tillämpningen av den första medlemsstatens bestämmelser står i proportion till det mål av allmänintresse som eftersträvas" (punkt 53 och domslutet).

63. Genom domen i målet Finalarte m. fl. gjordes således bestämmelsens giltighet i förhållande till gemenskapsrätten beroende av två villkor – att annat skydd saknas och att bestämmelsen är proportionerlig –, och prövningen av dessa överlämnades åt den hänskjutande domstolen. I förevarande mål har kommissionen inte funnit dessa krav vara uppfyllda, och har därför anmärkt på de tyska begränsningarna av rätten att slippa betala avgiften.

2. Prövning av grunden

64. Semesterkassan erbjuder en lösning på ett problem som uppstår vid tillhandahållande av arbetskraft. Enligt uppgift från den tyska regeringen, som återfinns i det motiverade yttrandet, finns jämförbara organ i Frankrike (Caisse Nationale de Surcompensation du Bâtiment et des Travaux Publics de France), i Österrike (Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse), i Belgien (Office National de Sécurité Sociale), i Italien (Commissione Nazionale Paritetica per le

Casse Edili) och, på sätt och vis, i Nederländerna (Stichting Vakantiefonds voor de Bouwnijverheid och Stichting Vakantiefonds voor de Landbouw).³³

65. Undantaget i 1 § tredje stycket AEntG får full effekt visavi dessa organ genom att det hindrar att arbetsgivaren betalar dubbla avgifter och är välvägt. Åtminstone teoretiskt, eftersom det i praktiken skall avgöras huruvida de organ som uppbär avgifterna är "jämförbara" med det tyska, varvid de bilaterala avtal för vilka det – framför allt i svaromålet – har redogjorts är till hjälp.

66. Semesterkassor är dock inte den enda lösningen på det utpekade problemet. Faktum är att dylika saknas i vissa medlemsstater, som Förenade kungariket, Sverige, Irland, Portugal och, i viss mån, Nederländerna. Enligt kommissionen grundas skyddet för arbetstagaren i vissa situationer inte på avgifter, utan på att arbetsgivaren ansvarar direkt för semesterersättningen.

33 — Även Danmark nämns (Arbejdsmerkedets Feriefond), men kommissionen och Tyskland har hänvisat till detta land som exempel till stöd för sina motstående ståndpunkter.

67. Det faller utanför ramen för denna talan om fördragsbrott att bedöma de tänkbara lösningarna och utvärdera vilken som är mest fördelaktig, vilket beror på förhållandena i varje land och andra omständigheter av olika slag som inte alltid är rättsliga – i själva ansökan avstår man från att diskutera det tyska systemet. Det kan dock konstateras att det finns flera alternativ.³⁴

68. I det tyska systemet finns bara utrymme för ett enda. Ingenting nämns om det skydd som arbetstagarna har när arbetsgivaren på etableringsorten ansvarar för de skyldigheter som är förknippade med betald semester, oberoende av var den inarbetats. Förklaringen från Tysklands ombud vid förhandlingen, att företag från länder utan semesterkassor är undantagna från avgiftsskyldigheten, kan inte godtas, eftersom innebörden av den nationella bestämmelsen är den motsatta. Modellen framstår således som otillräcklig och det saknar betydelse hur den tillämpas; bestämmelsen baseras enbart på att avgifter betalas till en kassa som motsvarar den nationella, vilket medför en otillbörlig merbelastning när den nationella kassan saknar motsvarighet i den medlems-

34 — Generaladvokaten Mischo nämnde också flera alternativ i förslaget till avgörande i målet Finalarte m.fl., däribland det att arbetsgivaren underkastar sig det tyska systemet med semesterkassor och enligt lagstiftningen i etableringslandet inte kan undgå att själva betala semesterdagarna för sina utstationerade arbetstagare. I dessa fall kumuleras avgifterna till semesterkassan med den senare skyldigheten, vilket medför "en avsevärd inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster, till och med ett oöverstigligt hinder" för utövandet av denna (punkt 70).

stat där det företag som tillhandahåller tjänsterna är etablerat, en belastning som inte motsvaras av ett stärkt skydd för den utstationerade personalens rättigheter, eftersom personalen redan skyddas i ursprungslandet.³⁵

69. Den tyska regeringen har motiverat bestämmelsen med att tillämpningen av 1 § tredje stycket AEntG är underställd en föregående prövning av skyddet för arbetstagarna, så att den endast utlöses när en brist konstaterats, vilket framgår av de bilaterala avtal som undertecknats och av den dom som Bundesarbeitsgericht (federal arbetsdomstol) meddelade den 20 juli 2004.

70. Jag godtar inte den förklaringen. Domstolens uttalande att skyddet för arbetstagare innefattar en första bedömning för att identifiera de mest förmånliga bestämmelserna utgör inte hinder för att precisera dem längre fram. Jämförelsen mellan bestämmelserna om maximal arbetstid och viloperioder, lägst antal betalda semesterdagar, minimilön eller säkerhets- och hygienåtgärder är utslagsgivande.³⁶

35 — Som generaladvokaten Mischö framhöll i förslaget till avgörande i målet Finalarte m.fl. "skulle [det] kunna vara möjligt att arbetstagaren enligt lagstiftningen i hans ursprungsland åtnjuter fördelar som, även utan anlitande av en semesterkassa, i huvudsak är likadana" (punkt 112).

36 — Det måste dock inte alltid vara den medlemsstat där arbetet utförs: enligt skäl 17 i direktiv 96/71 bör inte de tvingande regler för minimiskydd som gäller i värdlandet hindra att arbets- och anställningsvillkor som är förmånligare för arbetstagarna tillämpas.

71. Den tyska ståndpunkten innebär att om Tysklands lagstiftning ger en utstationerad gemenskapsarbetstagare bättre möjligheter till avlönad semester – inte bara i fråga om antalet semesterdagar – så gäller hela systemet för denna semester, varför arbetsgivaren skall betala avgifterna med undantag för det fall att denne har gjort inbetalningar till ett "jämförbart organ". Man bortser härvid från varje annan motprestation, vilket medför en risk för dubbla betalningar.

72. Bestämmelsen om ett ömsesidigt erkännande i de bilaterala avtalen gör emellertid förenligheten med gemenskapsrätten beroende av sådana avtals existens och innehåll, och därtill bortser man genom jämförelsen mellan "organ" från andra alternativ, såsom att ett sådant saknas i en medlemsstat.

73. Vidare har Bundesarbeitsgericht överfört principen om den mest förmånliga bestämmelsen till området för att undvika en oförenlighet som den *de facto* förutsätter, eftersom bestämmelsen inte alltid krävt tolkning i rättspraxis. Det är fråga om det omvända fallet jämfört med dom av den 9 december 2003 i målet kommissionen mot Italien,³⁷ i vilken domstolen fann att den nationella bestämmelsen var neutral, och oförenligheten följde av det sätt på vilket bestämmelsen tolkades och tillämpades av myndigheterna och en betydande del av domstolarna, inklusive Corte suprema di

37 — Dom av den 9 december 2003 i mål C-129/00, kommissionen mot Italien (REG 2003, s. I-14637).

cassazione. Inom ramen för förevarande talan har kommissionen kritiserat Tyskland för att den nationella bestämmelsen objektivt sett inte är förenlig med gemenskapsrätten, utan hänsyn till hur den tillämpas. En jämförelse mellan referensbestämmelsernas ordalydelse är tillräcklig för att slå fast det påstådda fördragsbrottet.

76. Kommissionen menar att denna skyldighet utgör en oberättigad inskränkning av friheten att tillhandahålla tjänster. I domen i målet *Arblade* m.fl. fann domstolen nämligen att en skyldighet att förvara handlingar i mottagarstaten inte kan anses vara motiverad mot bakgrund av myndigheternas kontrollfunktion, och detsamma måste gälla skyldigheten att översätta handlingar. Kommissionen menar vidare att den nationella bestämmelsen är för långtgående och oproportionell, eftersom samarbetet enligt artikel 4 i direktiv 96/71 gör översättning överflödig.

74. Jag anser således att 1 § tredje stycket AEntG strider mot artikel 49 EG.

C — Den andra grunden: skyldigheten att översätta handlingar

1. Redogörelse för frågeställningen

75. Av 2 § tredje stycket AEntG framgår att när arbetstagare utstationeras till Tyskland skall vissa handlingar, som anställningsavtal, lönelistor och underlag som utvisar både arbetstid och löneutbetalningar, översättas till tyska.

77. Enligt Tyskland och Frankrike är villkoret berättigat för att möjliggöra en kontroll av att den arbetslagstiftning som garanterar skyddet för arbetstagare respekteras. Den dom som åberopats av kommissionen skall inte tas ur sitt sammanhang. Med tanke på den i det förevarande målet omtvistade åtgärdens begränsade tillämpningsområde, på så sätt att endast ett fåtal korta och återkommande handlingar berörs, framstår den som proportionell, eftersom den inte är särskilt administrativt eller ekonomiskt betungande. För övrigt fungerar samarbetet enligt direktiv 96/71 parallellt med den nationella ordningen, eftersom medlemsstaternas myndigheter inte förfogar över handlingarna och inte kan skicka dem till de tyska myndigheterna.

2. Prövning av grunden

78. Ovanstående redogörelse för frågeställningen visar att parterna är eniga om att den berörda översättningsskyldigheten utgör en inskränkning av friheten att tillhandahålla tjänster och att oenigheten gäller frågan om denna inskränkning är förenlig med gemenskapsrätten. Problemet kräver en granskning av domen i målet *Arblade m.fl.* (a), samt av systemet för ömsesidigt bistånd enligt direktiv 96/71 (b), för att det skall vara möjligt att finna en lösning med beaktande av skyddet för arbetstagarna (c).

a) Domen i målet *Arblade m.fl.*

79. Genom domen besvarades tolkningsfrågor från Tribunal correctionnel (brottmålsdomstol i första instans) de Huy (Belgien) angående "formerna för förande och förvaring av anställningsrelaterade handlingar" (punkterna 71–79). Till de frågor som behandlades hörde skyldigheten för arbetsgivare etablerade i en annan medlemsstat att hålla vissa handlingar till de nämnda myndigheternas förfogande på byggarbetsplatsen eller åtminstone på en åtkomlig och klart angiven plats i värdstaten. Domstolen konstaterade att kravet var berättigat (punkt 74) och att det ankom på den nationella domstolen att med beaktande av proportionalitetsprincipen undersöka vilka handlingar som skall vara föremål för denna skyldighet (punkt 75).

80. Domstolen behandlade även skyldigheten att förvara de anställningsrelaterade handlingarna i värdstaten under fem år, och att förvara dem där en fysisk person har hemvist. I linje med mitt uttalande i punkt 86 i förslaget till avgörande i det målet fann domstolen att "sådana krav under inga omständigheter [kan] anses vara berättigade" (punkterna 77 och 78), och tillade att "det organiserade system för samarbete eller informationsutbyte mellan medlemsstaterna som föreskrivs i artikel 4 i direktiv 96/71 snart kommer att göra det överflödigt att förvara handlingar i värdstaten efter det att arbetsgivaren har upphört att sysselsätta arbetstagare där" (punkt 79).

b) Samarbetet enligt direktiv 96/71

81. Det bör först erinras om att direktiv 96/71 inte skall användas som kriterium vid förevarande prövning av huruvida artikel 49 EG har åsidosatts. Det omfattar bara prövningen av de villkor som motiverar inskränkningen av friheten att tillhandahålla tjänster till följd av skyldigheten att översätta vissa arbetsrelaterade handlingar till tyska.

82. I artikel 4 beskrivs två metoder för samarbete i fråga om informationsutbyte. Dessa nämns i skäl 23 (mellan medlemssta-

terna) och skäl 24 (mellan medlemsstaterna och kommissionen). Av bestämmelsens lydelse framgår att det samarbete som införs

tonvikten i detta fall ligger på det språk på vilket handlingarna upprättas. Denna skillnad innebär att det inte är möjligt att extrapolera slutsatserna från nämnda dom, där språkfrågan över huvud taget inte behandlas.

— syftar till att genomföra direktivet,

— skall ske mellan de offentliga förvaltningar som har behörighet att övervaka arbets- och anställningsvillkor,

— skall bestå i att lämna information angående utsändande av arbetstagare till andra medlemsstater och om de arbets- och anställningsvillkor som avses i artikel 3, och

— skall ske via förbindelsekontor eller behöriga instanser som övriga medlemsstater underrättas om.

84. Det förefaller uppenbart att om en skrivelse inte är avfattad på tyska så har kontrollanter svårare att utföra sitt arbete, eftersom dessa, som företrädaren för den svarande regeringen påpekade vid förhandlingen, inte har direkt tillgång till informationen. Om handlingen är avfattad på språket i det land där tjänsten tillhandahålls underlättas kontrollen, vilket bidrar till skyddet för arbetstagarna.³⁸ Översättningsskyldigheten är således berättigad.

85. Den är vidare proportionell och lämplig, eftersom olägenheterna med att ålägga staten att göra en översättning är större än olägenheterna med att ålägga arbetsgivaren detta. I det första fallet måste den nationella förvaltningen nämligen skapa förutsättningar för att hantera överföringar från alla andra medlemsstater, vilket kan förorsaka dröjsmål som är till men för arbetstagarnas rättigheter³⁹ och för kontrollarbetet, som skulle

c) Föreslagen lösning

83. I domen i målet *Arblade m.fl.* behandlades förvarandet av handlingar, medan

38 — Kommissionen påpekade i det inledningsvis i detta förslag till avgörande nämnda meddelandet "Genomförandet av direktiv 96/71/EG i medlemsstaterna" att "[b]land de problem som uppstått vid kontroll av utstationering återfinns för det första språkhinder" (s. 15).

39 — Man får inte glömma utstationeringens "tillfälliga" karaktär; det kan hända att arbetstagaren redan återvänt till ursprungslandet när man upptäcker att en rättighet åsidosatts och vill motsätta sig detta.

bli beroende av tjänstemännens språkkunskaper. I det andra fallet är åtgärden inte alltför betungande, då den avser tre ofta återkommande handlingar som brukar innehålla komponenter med motsvarigheter på samtliga språk, brukar följa standardformuleringar och vara inte alltför långa.⁴⁰ Tysklands ombud underströk vid förhandlingen att en privat översättning är tillräcklig.

viteten upprätthålls, ersätta översättningsskyldigheten.⁴³ De förstnämnda har andra syften och andra ansvariga subjekt, och de är förenliga med översättningsskyldigheten men utesluter den inte. Jag delar Tysklands och Frankrikes uppfattning att medlemsstaternas arbetsmarknadsmyndigheter inte kan överföra handlingarna och översättningar av desamma, eftersom de inte förfogar över dem.⁴⁴

86. Det finns naturligtvis fler alternativ, som att upprätta flerspråkiga handlingar.⁴¹ Men för ögonblicket har ingen bestämmelse av den innebörden antagits.⁴² Mot bakgrund av vad som sagts i föregående punkt, uppvägs inte den bristen av att ansvaret för översättningen läggs på den medlemsstat som tar emot arbetstagarna.

88. Jag delar med andra ord inte kommissionens kritik mot den allmänna översättningsskyldigheten – vars nytta den endast erkänner i konkreta fall – eftersom följande inträffar om handlingarna inte inges på värdlandets språk: a) förebyggande och oanmälda kontroller omöjliggörs i praktiken, b) det skapas större rättsosäkerhet för arbetsgivaren och c) skyddet för arbetstagares rättigheter försenas.

87. Samarbetsmekanismerna i direktiv 96/71 kan inte, med samma garanti för att effekti-

89. Sammanfattningsvis är 2 § tredje stycket AEntG förenlig med artikel 49 EG.

40 — I artikel 2 i rådets direktiv 91/533/EEG av den 14 oktober 1991 om arbetsgivares skyldighet att upplysa arbetstagarna om de regler som är tillämpliga på anställningsavtalet eller anställningsförhållandet (EGT L 288, s. 32; svensk specialutgåva, område 5, volym 5, s. 97) avgränsas ett minimiinnehåll.

41 — I punkt 24 i svaromålet och punkt 25 i den franska regeringens yttrande stöds ett sådant förslag. Det vore möjligt för arbetsgivarorganisationer att välja enhetliga europeiska modeller.

42 — Kommissionens ombud svarade på en fråga från mig vid förhandlingen att något sådant initiativ inte var bekant, men den tyska regeringen påpekade att det finns en studiegrupp sammansatt av ledamöter från kommissionen och medlemsstaterna, som emellertid ännu inte nått någon överenskommelse.

43 — I kommissionens meddelande – "Vägledning för utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster" av den 4 april 2006 (KOM(2006) 159 slutlig), vars punkt 3 behandlar "Samarbete i fråga om information", erkänns indirekt vikten av att förbättra detta.

44 — Såsom fallet är i Tyskland, enligt vad Tysklands representant medgav vid förhandlingen. Under dessa omständigheter krävs ett föreläggande till företaget för att myndigheterna skall kunna inhämta skrivelserna.

D — *Den tredje grunden: skyldigheten att lämna uppgift om arbetsplatsen*

alltför stor kostnad. Den har även hänvisat till en pågående lagstiftningsreform som innebär att bördan alltid faller på den som använder arbetstagaren.

1. Redogörelse för frågeställningen

90. Enligt 3 § andra stycket AEntG skall utländska uthyrningsföretag lämna en deklaration avseende den utstationerade personen innan ett arbete påbörjas, och arbetsplatsbyten skall anmälas, även om denna skyldighet genom avtal kan överlåtas på den som tar emot arbetstagaren.

91. Kommissionen har betonat att tyska uthyrningsföretag inte har någon sådan anmälningsplikt, vilket innebär att det är svårare att tillhandahålla sådana tjänster över gränserna. Den har gjort gällande att särbehandlingen är oberättigad och att den inte heller elimineras genom att skyldigheten kan överlåtas.

92. Den tyska regeringen anser att bestämmelsen är förenlig med direktiv 96/71, som gör det möjligt att anta särskilda bestämmelser för uthyrningsföretag, och med artikel 49 EG, med hänvisning till att effektiva kontroller underlättas och skyddet för arbetstagarna förbättras utan att det innebär en

2. Prövning av grunden

93. Oberoende av det tyska ombudets uttalande vid förhandlingen, är det inte skyldigheten att lämna uppgift om arbetsplatserna som är omtvistad, utan frågan om vem skyldigheten skall belasta. 3 § andra stycket AEntG tillämpas bara på tjänsteleverantörer inom gemenskapen som inte är etablerade i Tyskland, vilket medför en särbehandling i förhållande till sådana som är etablerade i Tyskland.

94. Av domstolens fasta rättspraxis följer att en bestämmelse som medför att tjänsteleverantörsföretag i en annan medlemsstat behandlas sämre än sådana som är etablerade inom det nationella territoriet, och därmed innebär en diskriminering på grund av tjänsteleverantörens etablering eller verksamhetens ursprung, endast är förenlig med fördraget om den omfattas av ett undantag

som uttryckligen angivits i detta, såsom undantag i artikel 46.1 EG.⁴⁵

95. Inskränkningar är således bara berättigade när de grundas på hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa, medan sådana genom rättspraxis angivna skäl som grundas på allmänintresset, såsom skyddet för arbetstagare, vilka syftar till att skydda nationella bestämmelser som är tillämpliga utan åtskillnad, inte godtas.⁴⁶

96. De omständigheter som har anförts av den tyska regeringen för att motivera skillnaderna avser inte allmän ordning, hälsa eller säkerhet. Det hindrar inte, som jag påpekade i mitt förslag till avgörande i målet *Arblade m.fl.*, att "en stor del av de socialrättsliga bestämmelserna i medlemsstaterna har karaktären av att vara bestämmelser som gäller allmän ordning", som är tillämpliga "på alla personer som befinner sig på den ifrågavarande statens territorium" (punkt 85), vilket inte är fallet med den ifrågavarande bestämmelsen. Begreppet allmän ordning skall tolkas restriktivt i gemenskapssammanhanget, i synnerhet som berättigande för ett

undantag från friheten att tillhandahålla tjänster.⁴⁷ Det kan åberopas inför ett konkret och allvarligt hot mot ett av samhällets grundläggande intressen,⁴⁸ och något sådant har inte styrkts i förevarande mål.

97. Avslutningsvis innebär inte heller rätten att flytta över ansvaret på det företag som använder arbetstagaren i Tyskland att särbehandlingen blir berättigad, eftersom denna rätt enbart är en möjlighet och inte en skyldighet. När anmälan åläggs det företaget undanröjs inskränkningen, vilken inte heller förefaller särskilt lämplig, eftersom, som den tyska regeringen medgivit, den som använder arbetstagaren förfogar över "mer aktuella och exakta uppgifter" om förhållandena.⁴⁹ Samtidigt kan det konstateras att artikel 49 EG har åsidosatts, eftersom förekomsten av ett fördragsbrott skall bedömas mot bakgrund av den situation som rådde i medlemsstaten vid utgången av den frist som har angivits i det motiverade yttrandet och domstolen inte skall beakta senare förändringar.⁵⁰

45 — Dom av den 18 juni 1991 i mål C-260/89, ERT (REG 1991, s. I-2925; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-209), punkt 24, domarna av den 25 juli 1991 i mål C-288/89, *Collectieve Antennevoorziening Gouda m.fl.* (REG 1991, s. I-4007; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-331), punkt 11, och mål C-353/89, *kommissionen mot Nederländerna* (REG 1991, s. I-4069; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-353), punkt 15, dom av den 16 december 1992 i mål C-211/91, *kommissionen mot Belgien* (REG 1992, s. I-6757; svensk specialutgåva, volym 13, s. I-235), punkterna 10 och 11, av den 4 maj 1993 i mål C-17/92, *Distribuidores Cinematográficos* (REG 1993, s. I-2239; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-181), punkt 16, av den 14 november 1995 i mål C-484/93, *Svensson och Gustavsson* (REG 1995, s. I-3955), punkt 15, och av den 21 mars 2002 i mål C-451/99, *Cura Anlagen* (REG 2002, s. I-3193), punkt 31.

46 — Dom av den 21 oktober 1999 i mål C-67/98, *Zenatti* (REG 1999, s. I-7289), punkt 29, och domarna i de ovan nämnda målen *Kraus*, punkt 32, *Gebhard*, punkt 37, och *Cura Anlagen*, punkt 32.

47 — Dom av den 4 december 1974 i mål 41/74, *Van Duyn* (REG 1974, s. 1337; svensk specialutgåva, volym 2, s. 389), punkt 18, av den 27 oktober 1977 i mål 30/77, *Bouchereau* (REG 1977, s. 1999; svensk specialutgåva, volym 3, s. 459), punkt 33, av den 19 januari 1999 i mål C-348/96, *Calfa* (REG 1999, s. I-11), punkt 23, av den 29 april 2004 i de förenade målen C-482/01 och C-493/01, *Orfanopoulos och Oliveri* (REG 2004, s. I-5257), punkterna 64 och 65, och av den 14 oktober 2004 i mål C-36/02, *Omega* (REG 2004, s. I-9609), punkt 30.

48 — Dom av den 28 oktober 1975 i mål 36/75, *Rutili* (REG 1975, s. 1219; svensk specialutgåva, volym 2, s. 485), punkt 28, av den 18 maj 1982 i de förenade målen 115/81 och 116/81, *Adoui och Cornuaille* (REG 1982, s. 1665; svensk specialutgåva, volym 6, s. 421), punkt 8, av den 14 mars 2000 i mål C-54/99, *Église de scientologie* (REG 2000, s. I-1335), punkt 17, och domarna i de ovan nämnda målen *Bouchereau*, punkt 35, och *Omega*, punkt 30.

49 — Punkt 38 i repliken.

50 — Dom av den 27 november 1990 i mål C-200/88, *kommissionen mot Grekland* (REG 1990, s. I-4299), punkt 13, av den 2 maj 1996 i mål C-133/94, *kommissionen mot Belgien* (REG 1996, s. I-2323), punkt 17, av den 30 januari 2002 i mål C-103/00, *kommissionen mot Grekland* (REG 2002, s. I-1147), punkt 23, av den 16 januari 2003 i mål C-63/02, *kommissionen mot Förenade kungariket* (REG 2003, s. I-821), punkt 11, och av den 13 mars 2003 i mål C-333/01, *kommissionen mot Spanien* (REG 2003, s. I-2623), punkt 8.

VII — Slutsatser

98. Ovan sagda leder till slutsatserna att de invändningar om rättegångshinder som framförts av den tyska regeringen skall ogillas och, beträffande grunderna för talan om fördragsbrott, att 1 § tredje stycket och 3 § andra stycket AEntG strider mot artikel 49 EG, medan 2 § tredje stycket AEntG är förenlig med denna gemenskapsrättsliga bestämmelse.

100. Mot bakgrund av att såväl kommissionen som Förbundsrepubliken Tyskland ömsesidigt har yrkat ersättning av rättegångskostnaderna, samt att jag har föreslagit att talan skall bifallas på två av de tre grunderna, skall sagda medlemsstat ersätta två tredjedelar av kommissionens rättegångskostnader, medan kommissionen skall ersätta en tredjedel av Förbundsrepubliken Tysklands kostnader.

VIII — Rättegångskostnader

99. Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Enligt artikel 69.3 i samma rättegångsregler kan domstolen, om parterna ömsom tappar målet, besluta att kostnaderna skall delas eller att vardera parten skall bära sin kostnad.

101. Enligt artikel 69.4 första stycket i rättegångsreglerna skall en medlemsstat som har intervenerat bära sina rättegångskostnader.

IX — Förslag till avgörande

102. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen skall meddela följande dom:

- 1) Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att fullgöra sina skyldigheter enligt artikel 49 EG genom att kräva att företag som är etablerade i en annan

medlemsstat, vilka inom ramen för ett tillhandahållande av tjänster utstationerar arbetstagare till Tyskland, skall erlägga avgifter till den tyska semesterkassan även när arbetstagarna åtnjuter ett jämförbart skydd enligt lagstiftningen i etableringsstaten, liksom genom att ålägga personaluthyrningsföretag som är etablerade i en annan medlemsstat en skyldighet att anmäla varje tillfälle då en arbetstagare ställs till förfogande till ett företag som använder arbetstagaren i Tyskland samt varje placering som denne anförtros.

- 2) Talan ogillas i övrigt.
- 3) Förbundsrepubliken Tyskland skall ersätta två tredjedelar av kommissionens rättegångskostnader.
- 4) Kommissionen skall ersätta en tredjedel av Förbundsrepubliken Tysklands rättegångskostnader.
- 5) Republiken Frankrike skall bära sina rättegångskostnader.