

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ

Г-Н YVES BOT

представено на 20 септември 2007 година ¹

1. Настоящото преюдициално запитване ще даде възможност на Съда да добави нов елемент в съдебната си практика, свързана с проблема за командироването на работници в рамките на предоставянето на услуги.

2. Всъщност поставеният от препращащата юрисдикция въпрос отново приканва Съда да претегли, от една страна, свободното предоставяне на услуги, и от друга страна, задължителните изисквания, следващи от закрилата на работниците и предотвратяването на социалния дъмпинг.

3. По-специално, Oberlandesgericht Celle (Германия) по същество иска от Съда да се произнесе, за да установи дали общностното право трябва да се тълкува в смисъл, че не допуска национално законодателство относно възлагането на обществени поръчки, което налага на изпълнителите и косвено на техните подизпълнители, да изплащат на работниците или служителите, командировани в рамките на изпълнението на обществена поръчка, най-малко възнаграждението, предвидено в колективния трудов договор, приложим

на мястото на изпълнение на услугите, с възможност за налагане на санкции, които могат да достигат до прекратяване на договора за строителство, когато колективният трудов договор, към който препраща тази нормативна разпоредба, не е обявен за общоприложим.

4. Запитването е отправено в рамките на спор между Rechtsanwalt Dr. Dirk Ruffert als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG (адв. Ruffert, в качеството му на синдик на дружеството Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG), ответник в спора по главното производство, и Land Niedersachsen (провинция Долна Саксония), ищец в спора по главното производство, относно прекратяването на договор за изработка, сключен между дружеството и посочената провинция в рамките на обществена поръчка за строителство.

5. В настоящото заключение ще изложи защо според мен нито Директива 96/71/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 16 декември 1996 година относно

1 — Език на оригиналния текст: френски.

командирането на работници в рамките на предоставянето на услуги², нито член 49 ЕО трябва да се тълкуват в смисъл, че не допускат национална мярка като разглежданата в главното производство.

8. Член 1 от Директивата, озаглавен „Приложно поле“, гласи:

„1. Настоящата директива се прилага за предприятия, установени в държава-членка, които в рамките на транс-националното предлагане на услуги командироваат работници в съответствие с параграф 3 на територията на държава-членка.

I — Правна уредба

A — Общностно право

[...]

6. Член 49, първа алинея ЕО предвижда, че се премахват ограниченията за свободното предоставяне на услуги в рамките на Общността по отношение на гражданите на държавите-членки, които са се установили в държава от Общността, различна от тази, в която се намира лицето, за което са предназначени услугите.

3. Настоящата директива се прилага доколкото предприятията, посочени в параграф 1, предприемат една от следните транснационални мерки:

7. Целта на Директива 96/71 е да развива свободното предоставяне на услуги между държавите-членки, като същевременно осигурява атмосфера на лоялна конкуренция между предприятията — доставчици на услуги, и гарантира правата на работещите³.

а) командироваат работници на територията на държава-членка за собствена сметка и под свое ръководство по договор, сключен между командироващото предприятие, и страната, за която са предназначени услугите, действаща в тази държава-членка, при условие че съществува трудово правоотношение между командироващото предприятие и работника за периода на командироване

2 — ОВ L 18, 1997 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 4, стр. 29.

3 — Съображение 5.

[...]“

9. Както свидетелства съображение 6 от посочената директива, общостният законодател изхожда от констатацията, че що се отнася до транснационални положения, трудовите правоотношения на командированите работници повдигат проблеми, свързани с приложимото по отношение на тях законодателство.

10. По този повод Римската конвенция за определяне на приложимото право към договорните задължения, открита за подписване в Рим на 19 юни 1980 г.⁴, предвижда общи критерии за определяне на приложимото законодателство по отношение на трудовото правоотношение⁵. В този смисъл член 3 от тази конвенция предвижда, като общо правило, свободен избор на приложимото законодателство, направен от страните. Съгласно член 6, параграф 2 от посочената конвенция при отсъствието на избор трудовият договор следва да се урежда от законодателството на страната, в която работникът или служителят обикновено извършва работата си, дори ако той временно е командирован в друга страна.

11. Освен това член 7 от Римската конвенция предвижда, че при някои условия едновременно със законодателството, което е обявено за приложимо, е възможно да се приложат задължителни разпоредби на законодателството на друга страна, в частност законодателството на държавата-членка, на чиято територия временно е командирован работникът. Тези задължителни правила, които се обозначават и с термините „норми с

незабавно приложение“ или „особени повелителни норми“ и се ползват с предимство в мястото на извършване на работата, не са уточнени в тази конвенция.

12. В този контекст приносят на Директива 96/71 е, че посочва на общностно равнище известен брой задължителни правила в случаите на транснационално командироване⁶. Тя представлява и израз на принципа за предимство на правото на Общността, посочен в член 20 от Римската конвенция, съгласно който последната не засяга прилагането на разпоредбите, които по отношение на конкретен въпрос определят правила за избор на законодателство относно договорните задължения и които се съдържат в общностни актове или в хармонизираните национални закони в изпълнение на такива актове⁷.

13. За да съвмести различните цели, които преследва, Директива 96/71 координира законодателствата на държавите-членки, „за да се определи ядро от задължителни правила за минимална закрила, които трябва да се спазват в приемащата държава от работодателите, които командирова работници за временно извършване на работа на територията на държавата-членка, в която се предоставят услугите“⁸.

4 — ОВ L 266, стр. 1, наричана по-нататък „Римска конвенция“.

5 — Вж. съображения 7—10 от Директива 96/71.

6 — Вж. Съобщение на Комисията до Съвета, Европейския парламент, Икономическия и социален комитет и Комитета на регионите от 25 юли 2003 г. относно прилагането на Директива 96/71 в държавите-членки [COM(2003) 458 окончателен, точка 2.3.1.1)].

7 — Съображение 11.

8 — Съображение 13.

14. Съгласно съображение 17 от същата директива „задължителните действащи правила за минимална закрила в приемащата държава не трябва да препятстват прилагането на ред и условия за полагане на труд [другаде в текста: „условия за работа“], които са по-благоприятни за работниците“.

15. Тези принципи са подробно изложени в член 3 от посочената директива, озаглавен „Условия за работа“, който гласи:

„1. Държавите-членки трябва да осигурят, независимо от приложимия закон по отношение на трудовото правоотношение, предприятията, посочени в член 1, параграф 1, да гарантират на работниците, командировани на тяхна територия, ред и условия на работа [другаде в текста: „условия за работа“], обхващащи следните въпроси, които са определени в държавата-членка, в която се извършва работата:

— от законови, подзаконови или административни разпоредби,

и/или

I - 1996

— по силата на колективни договори [другаде в текста: „колективни трудови договори“] или арбитражни решения, които са били обявени за общоприложими по смисъла на параграф 8, дотолкова, доколкото те засягат дейностите, посочени в приложението⁹]:

[...]

в) минимални ставки на заплащане, включително ставки за извънреден труд; настоящата точка не се отнася за допълнителни професионални пенсионни схеми;

[...]

По смисъла на настоящата директива понятието за минимални ставки на заплащане, посочено в параграф 1, буква в) се определя от националното законодателство и/или практиката на държавата-членка, на чиято територия се командирова работникът.

[...]

9 — Става въпрос за „всички строителни работи, отнасящи се до строителството, ремонта, възстановяването, поддържането, изменението или разрушаването на сгради“.

7. Параграфи 1—6 не накърняват прилагането на условия за наемане на работа [да се чете: „условия за работа“], които са по-благоприятни за работниците.

— колективни договори, които са били сключени от най-представителните организации на социалните партньори на национално равнище и които се прилагат на цялата територия на държавата,

[...]

8. „Колективни трудови договори или арбитражни решения, които са били обявени за общоприложими“ означава колективни трудови договори или арбитражни решения, които трябва да се спазват от всички предприятия в географския район и [да се чете: „всички предприятия, които попадат в техния териториален обхват“] в рамките на съответната професия или отрасъл.

при условие че тяхното прилагане по отношение на предприятията, посочени в член 1, параграф 1, гарантира равно третиране по въпросите, изброени в първата алинея на параграф 1 от настоящия член, на тези предприятия и другите предприятия, посочени в настоящата алинея, които се намират в подобно положение.

При отсъствие на система за обявяване, че дадени колективни договори или арбитражни решения са общоприложими по смисъла на първата алинея, държавите-членки, ако решат това, се основават на:

Счита се, че съществува равно третиране по смисъла на настоящия член, когато националните предприятия, които се намират в подобно положение:

— колективни договори или арбитражни решения, които се прилагат общо по отношение на всички подобни предприятия в географския район и [да се чете: „всички подобни предприятия, които попадат в техния териториален обхват“] в рамките на съответната професия или отрасъл,

— на въпросното място или в съответния отрасъл имат същите задължения като командированите предприятия, по отношение на въпросите, изброени в първата алинея на параграф 1,

— от тях се изисква да изпълняват същите задължения със същия резултат.

за работа, които трябва да се спазват при изпълнението на дадена обществена поръчка. Този член гласи:

[...]“

16. Накрая, що се отнася до обществените правила в областта на обществените поръчки за строителство, трябва да посоча, че по време на настъпване на фактите в основата на спора по главното производство Директива 93/37/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 г. относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство¹⁰ е била приложима¹¹.

17. Макар целта на Директива 93/37 да не е да организира фазата на изпълнение на обществените поръчки¹², все пак е уместно да се цитира член 23 от нея, отнасящ се до информацията за условията

„1. Възлагащите органи могат да обявят в документацията за поръчката, или да бъдат задължени от държава-членка да обявят, органа или органите, от които оферентите могат да получат съответната информация за задълженията, свързани с разпоредбите за закрива и с условията на труд, които са в сила в държавата-членка, региона или мястото, където трябва да се извърши строителството и които са приложими към строителството, извършвано на място, по време на изпълнение на поръчката.

10 — ОВ L 199, стр. 54. Директива, изменена с Директива 97/52/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 13 октомври 1997 г. (ОВ L 328, стр. 1, наричана по-нататък „Директива 93/37“). Тази директива е отменена и заменена с Директива 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, услуги и доставки (ОВ L 134, стр. 114; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 116), чийто срок за транспониране е изтекъл на 31 януари 2006 г.

11 — От акта за препращане следва, че стойността на разглежданата по главното производство обществена поръчка е 8 493 331 EUR без данък върху добавената стойност („без ДДС“), т.е. стойност, по-висока от прага за прилагане на Директива 93/37, който съответства на равностойността в еко на 5 милиона специални права на тираж (наричани по-нататък „СПТ“), или 6 242 028 EUR (вж. по този повод Равностойност на праговете, предвидени от директивите за обществените поръчки, приложими от 1 януари 2002 година (ОВ С 332, 2001 г., стр. 21).

12 — Вж. в този смисъл Тълкувателно съобщение на Комисията относно общното право, приложимо за обществените поръчки и възможностите за включване на социални съображения в тези поръчки (СОМ(2001) 566 окончателен, стр. 16, точка 1.6).

2. Възлагащите органи, които предоставят информацията, посочена в параграф 1, изискват от оферентите или участниците в процедурата за възлагане на обществена поръчка да посочат, че при изготвянето на офертите си са взели предвид задълженията, свързани с разпоредбите за закрива и с условията на труд, които са в сила на мястото, където трябва да се извърши строителството. Тази разпоредба не засяга прилагането на разпоредбите на член 30, параграф 4 относно разглеждането на оферти с необичайно ниска цена.“
[неофициален превод]

Б — *Национално право*

1. Определяне на минималното възнаграждение в строителния отрасъл

18. В Германия определянето на минималното възнаграждение в строителния отрасъл попада в сферата на колективното договаряне.

19. В тази държава-членка колективните трудови договори обикновено се сключват между синдикални организации и организации на работодателите. Те могат да обхванат, за определен отрасъл, част или цялата територия на Федерална република Германия.

20. Строителният отрасъл се регулира от колективен трудов договор от 4 юли 2002 г., който установява обща рамка за строителната промишленост (Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe). Този колективен трудов договор, който се прилага за цялата територия на Федерална република Германия, не съдържа обаче правила относно минималното възнаграждение.

21. Тези правила се съдържат, от една страна, в колективен трудов договор, предвиждащ минимално възнаграж-

дение в строителния отрасъл на територията на Федерална република Германия (Tarifvertrag zur Regelung der Mindestlöhne im Baugewerbe im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland, наричан по-нататък „TV Mindestlohn“), и от друга страна, в специфични колективни трудови договори.

a) TV Mindestlohn

22. На федерално равнище TV Mindestlohn, който се прилага за предприятията, попадащи в приложното поле на колективния трудов договор, който установява обща рамка за строителната промишленост, определя нивото на минималното трудово възнаграждение според две категории, съответстващи на нивото на квалификация на заетото лице и на различно ниво в зависимост от това дали става въпрос за „старите“ или за „новите“ Länder. Съгласно TV Mindestlohn минималното възнаграждение се състои от предвиденото в този колективен трудов договор почасово възнаграждение и от добавка за строителния отрасъл, които заедно формират определеното с договора общо почасово възнаграждение. TV Mindestlohn посочва също че по силата на други колективни трудови договори или въз основа на особени споразумения правото на по-високо възнаграждение не се засяга от разпоредбата, предвиждаща общите почасови възнаграждения, определени с колективния трудов договор за категории 1 и 2.

23. Разпоредбите на TV Mindestlohn са обявени за общоприложими с наредба за задължително приложимите условия за

работа в строителния отрасъл (*Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe*).

договор е обявен за общоприложим с наредба от 13 декември 2003 г.¹⁴

24. Уместно е да се посочи, че съгласно германското право обявяването на колективен трудов договор за общоприложим води до прилагането на посочения колективен трудов договор по отношение на всички работодатели и заети лица в съответния отрасъл на определена територия. Следователно то разширява приложното поле на такъв колективен трудов договор и спрямо работодателите и заетите лица, които не членуват в договарящите синдикални организации. Подобно обявяване на колективен трудов договор за общоприложим може да бъде извършено от Федералното министерство на заетостта, що се отнася до областите, уредени с германския Закон за командироването на работници (*Arbeitnehmer-Entsendegesetz*)¹³, от 26 февруари 1996 г. по силата на § 1, алинея 3а от същия закон или съгласно § 5 от Закона за колективните трудови договори (*Tarifvertragsgesetz*).

25. *TV Mindestlohn* се прилага за ограничен период. Според данните, с които разполагам, изглежда, че към момента на настъпване на фактите в спора по главното производство е приложим *TV Mindestlohn* от 29 октомври 2003 г., който е в сила между 1 ноември 2003 г. и 31 август 2005 г. Този колективен трудов

б) Специфични колективни трудови договори

26. Повечето от тези специфични колективни трудови договори (*Entgelttarifverträge*) имат ограничен териториален обхват. Освен това те обикновено не се обявяват за общоприложими, което означава, че не всички от тях задължително се прилагат по отношение на всички лица, заети в съответния отрасъл.

27. Според предоставения от *Land Niedersachsen* писмен отговор на въпрос, поставен от Съда, към настоящото дело е относим колективният трудов договор относно възнагражденията и паричните помощи за професионално обучение (*Tarifvertrag zur Regelung der Löhne und Ausbildungsvergütungen*) от 4 юли 2003 г., в редакцията след изменението му с колективния трудов договор от 29 октомври 2003 г. Този колективен трудов договор не е бил обявен за общоприложим.

¹³ — BGBl. 1996 г. I, стр. 227, наричан по-нататък „AEntG“.

¹⁴ — *Bundesanzeiger* № 242 от 30 декември 2003 г., № 26093. Посоченият колективен трудов договор понастоящем е заменен с *TV Mindestlohn* от 29 юли 2005 г., който се прилага от 1 септември 2005 г. до 31 август 2008 г. и е обявен за общоприложим с наредба от 29 август 2005 г. (*Bundesanzeiger* № 164 от 31 август 2005 г., № 13199).

28. От преписката е видно, че на практика нивата на установените в тези специфични колективни трудови договори възнаграждения са значително по-високи от минималните възнаграждения, наложени за цяла Германия по силата на TV Mindestlohn. Впрочем съдържащата се в тези специфични колективни трудови договори таблица на трудовите възнаграждения е по-подробна от тази в TV Mindestlohn и определя нивата на възнагражденията в зависимост от различни групи дейности.

2. AEntG

29. Директива 96/71 е транспонирана във вътрешното право на Германия с AEntG. § 1, параграф 1 от този закон предвижда по-специално че правните норми, които се съдържат в колективен трудов договор в строителната промишленост, обявен за общоприложим, и имат за предмет минималното възнаграждение, са задължителни и в рамките на трудовото правоотношение между работодател, установен в чужбина, и наето от него лице, работещо в териториалния обхват на този колективен трудов договор. В този смисъл подобен работодател трябва да предостави на командирвания си работник поне определените в този колективен трудов договор условия за работа.

3. Законът на провинция Долна Саксония за възлагане на обществени поръчки

30. Законът на провинция Долна Саксония за възлагане на обществени

поръчки (Niedersächsisches Landesvergabegesetz, наричан по-нататък „Закон на провинцията“) съдържа правила в областта на възлагането на обществени поръчки на стойност най-малко 10 000 EUR. Преамбюлът на този закон гласи:

„Настоящият закон се бори с нарушенията на конкуренцията, които възникват в областта на строителството и обществения градски, крайградски и регионален транспорт вследствие на наемането на евтина работна ръка и намаляването на последващата от това тежест за системите за социална закрила. За тази цел той предвижда, че възлагащите органи имат право да възлагат поръчки за строителство и обществен градски, крайградски и регионален транспорт само на предприятия, които изплащат определените в колективните трудови договори трудови възнаграждения на мястото на изпълнение на престациите по услугата.“

31. Съгласно § 3, алинея 1 от Закона на провинцията договорите за строителство се предоставят само на предприятията, които при подаването на офертите се задължават писмено да изплащат на своите работници като насрещна престация за изпълнението на съответните услуги най-малко възнаграждението, предвидено в колективния трудов договор, приложим на мястото на изпълнение на услугите към момента, предвиден в същия.

32. § 4, алинея 1 от този закон предвижда по-специално че когато услугите

се възлагат на подизпълнители, изпълнителят на поръчката трябва също да се задължи да постави на подизпълнителите същите условия, които са му наложени по силата на посочения закон, и да контролира спазването от подизпълнителите на посочените задължения.

от подизпълнител на подизпълнителя, освен ако изпълнителят не е знаел за въпросното неизпълнение и не е можел да знае за него. Когато договорната неустойка е несъразмерно висока, по искане на изпълнителя тя може да бъде намалена от възлагащия орган до подходящ размер.

33. По силата на § 7, алинея 1 от Закона на провинцията възлагащият орган има право да извършва проверки за спазването на условията за възлагане на поръчката. За тази цел той може да се запознава с изготвените от изпълнителите и подизпълнителите платежни ведомости, с доказателствата за плащането на данъци и осигурителни вноски, както и със заключенията между изпълнителите и подизпълнителите договори за изработка.

2. Възлагащите органи договарят с изпълнителя, че при неизпълнение на разпоредбите на § 3 от изпълнителя или от неговите подизпълнители, както и при грубо провинение или при повторно неизпълнение на определените в § 4 и § 7, алинея 2 задължения, възлагащият орган може да прекрати договора без предизвестие.

34. § 8 от този закон, който се отнася до санкциите, има следния текст:

„1. За да се осигури спазването на определените в § 3, § 4 и § 7, алинея 2 задължения, възлагащите органи договарят с изпълнителя за всяко виновно неизпълнение договорна неустойка от 1 %, която в случай на многократно неизпълнение може да достигне до 10 % от стойността на поръчката. Изпълнителят е длъжен също да заплати споменатата в първото изречение договорна неустойка, когато за неизпълнението носи отговорност някой от неговите подизпълнители или

3. Ако е доказано, че дадено предприятие не изпълнява повторно или най-малко поради грубо провинение наложените му по силата на настоящия закон задължения, то възлагащите органи могат да го изключат за срок до една година от възлагането на обществени поръчки в областта на съответната им компетентност.

[...]“

II — Спорът по главното производство и преюдициалният въпрос

35. От акта за препращане е видно, че след процедура за възлагане на обществени поръчки Land Niedersachsen възлага през есента на 2003 г. на ответника поръчка за груби строителни работи за изграждането на място за лишаване от свобода в Göttingen-Rosdorf. Поръчката възлиза на сумата 8 493 331 EUR без ДДС. Договорът съдържа „споразумение за спазване на разпоредбите на колективните трудови договори при изпълнението на строителството“, което предвижда по-специално следните задължения, поети от ответника:

„Моята/Нашата оферта се основава на следното споразумение:

По отношение на § 3 от [Закона на провинцията] (заявление за поемане на задължение за спазване на колективните трудови договори):

В случай че ми бъде възложена поръчката, се задължавам за изпълнението на възложените услуги да заплащам на работниците и служителите, наети в моето предприятие, най-малко трудовото възнаграждение, приложимо на мястото на изпълнение, съгласно посочения под № 1 в списъка на представителните колективни трудови договори колективен трудов договор „Сгради и обществено строителство“ [...]

Задължавам се да поставя на подизпълнителите същите условия, които са ми наложени по силата на § 3, § 4 и § 7, алинея 2 от [Закона на провинцията] и да контролирам спазването от подизпълнителите на посочените задължения.

[...]

Потвърждавам, че при неизпълнение на посочените в § 3 от [Закона на провинцията] задължения от мен или от моите подизпълнители, както и при умисъл или груба небрежност или при повторно неизпълнение на определените в § 4 и § 7, алинея 2 задължения, възлагащият орган има право да прекрати договора без предизвестие.“

36. Ответникът ползва услугите на дружеството PKZ Pracownie Konserwacji Zabytkow sp. zoo (наричано по-нататък „Дружеството PKZ“) като предприятие подизпълнител, което е установено в Tarnow (Полша) и има клон във Wedemark (Германия).

37. През лятото на 2004 г. по отношение на дружеството PKZ възниква подозрение, че е наело на строителната площадка работна ръка от Полша срещу трудово възнаграждение, по-ниско от предвиденото в приложимия колективен трудов договор. След започналото разследване както ответ-

никът, така и Land Niedersachsen развалят заключения между тях договор за изработка. Land Niedersachsen обосновава развалянето на договора по-конкретно с факта, че ответникът не е изпълнил договорното си задължение за спазване на колективните трудови договори. Освен това е постановено съдебно определение за налагане на наказание на главното отговорно лице на дружеството PKZ, като то е обвинено, че е заплатило на 53 работници, които работят на строителната площадка, само 46,57 % от предвиденото минимално възнаграждение.

38. Land Niedersachsen иска да се приложи клаузата за неустойка, като изтъква, че ответникът трябва да е знаел за неизпълнението от страна на подизпълнителя и че заплащането на трудови възнаграждения, по-ниски от предвидените в колективния трудов договор, съставлява отделно неизпълнение по отношение на всеки работник, така че неустойка от 10 % от стойността на поръчката е била подходяща.

39. В първоинстанционното производство Landgericht Hannover приема, че искът е частично основателен. Той всъщност установява, че вземането на ответника, произтичащо от договор за изработка, е погасено посредством прихващане поради прилагането на договорната неустойка в размер на 84 934,31 EUR, или 1 % от размера на поръчката, и отхвърля иска в останалата му част.

40. Сезиран със спора в производството по обжалване, Oberlandesgericht Celle обяснява в акта за препращане, че решаването на спора по главното производство

зависи от това да установи дали е длъжен да не прилага Закона на провинцията, и по-конкретно § 8, алинея 1 от него, с мотив че той не е съвместим с уреденото в член 49 ЕО свободно предоставяне на услуги.

41. В това отношение препращащата юрисдикция отбелязва, че заявлението за поемане на задължение за спазване на колективните трудови договори, което трябва да бъде направено от строителните предприятия, установени в други държави-членки в приложение на Закона на провинцията, задължава тези предприятия да съобразят изплащаните на техните работници възнаграждения с нивото на по правило по-високото възнаграждение на мястото на изпълнение на услугите в Германия. Това би довело до загубата за тези предприятия на конкурентното им предимство, което те извличат от по-ниските разходи за заплати. Поради това задължението за спазване на колективните трудови договори би представлявало бариера за навлизане на пазара за физическите и юридическите лица от други държави-членки.

42. Освен това препращащата юрисдикция изразява съмнения относно въпроса дали задължението за спазване на колективните трудови договори е обосновано от императивни съображения от обществен интерес.

43. Тя се произнася в полза на тезата, според която не трябва да се смята, че задължението за спазване на колективните трудови договори се основава на императивни съображения от обществен

интерес. Всъщност доколкото допринася за затварянето на пазара, предпазващо германските строителни предприятия от конкуренцията от другите държави-членки, такова задължение би преследвало икономическа цел, която съгласно практиката на Съда не би могла да представява императивно съображение от обществен интерес, обосноваващо ограничение на свободното предоставяне на услуги.

44. Препращащата юрисдикция счита също така, че практиката на Съда относно минималното възнаграждение не е приложима в рамките на спора по главното производство, защото посочените в колективните трудови договори възнаграждения, които се изискват на мястото на изпълнение на услугата, са значително по-високи от приложимите на територията на Федерална република Германия минимални възнаграждения по силата на AEntG. Тя заключава, че задължението за спазване на тези колективни трудови договори надхвърля необходимото за закрила на работниците. Всъщност тя счита, че необходимото за закрилата на работниците се определя от задължителното минимално трудово възнаграждение, което трябва да се прилага на територията на Федерална република Германия по силата на AEntG. Накрая препращащата юрисдикция добавя, че що се отнася до чуждестранните работници, задължението за спазване на колективните трудови договори не позволява да се постигне действително равенство с германските работници, а по-скоро възпрепятства наемането на чуждестранните работници в Германия, тъй като техният работодател не може да се възползва от предимството, с което разполага от гледна точка на разходите за работна ръка.

45. Тъй като счита, че решаването на спора по главното производство изисква тълкуване на член 49 ЕО от Съда, Oberlandesgericht Celle решава да спре производството и да му постави следния преюдициален въпрос:

„Представява ли необосновано ограничение на свободното предоставяне на услуги по Договора за ЕО обстоятелството, че възлагащият орган се задължава със закон да възлага обществена поръчка за строителство само на предприятия, които при подаването на офертите са се задължили писмено да изплащат на своите работници или служители като насрещна престация за изпълнението на съответните услуги най-малко възнаграждението, предвидено в колективните трудови договори, приложими на мястото на изпълнение на посочените услуги?“

III — Анализ

46. С настоящия преюдициален въпрос препращащата юрисдикция иска по същество да установи дали правилата на Договора, отнасящи се до свободното предоставяне на услуги, трябва да се тълкуват в смисъл, че не допускат национално законодателство като Закона на провинцията, който налага на изпълнителите, и косвено на техните подизпълнители, да изплащат на работниците или служителите, командировани в рамките на изпълнението на

обществена поръчка, най-малко възнаграждението, предвидено в колективния трудов договор, приложим на мястото на изпълнение на услугите, с възможност за налагане на санкции, които могат да достигат до прекратяване на договора за строителство, когато колективният трудов договор, към който препраща това законодателство, не е обявен за общоприложим.

47. Land Niedersachsen, германското и датското правителство, Ирландия, както и кипърското, австрийското, финландското и норвежкото правителство считат, по същество, че член 49 ЕО не изключва мярката като разглежданата в главното производство. Доколкото представлява ограничение на свободното предоставяне на услуги, тя била обоснована, по специално, поради целта за закрила на работниците и била съразмерна с постигането на тази цел.

48. Белгийското правителство смята, че такова ограничение може да бъде обосновано, от една страна, когато работниците не се ползват от подобна закрила, предоставена от законодателството на държавата по установяване, така че прилагането на националната правна уредба на приемащата държава им предоставя действително предимство, което значително допринася за тяхната социална закрила, и от друга страна, когато прилагането на тази правна уредба е съразмерно на преследваната цел от общ интерес. Според това правителство препращащата юрисдикция трябва да извърши тази

конкретна преценка, като вземе предвид всички обстоятелства по спора, с който е сезирана.

49. Някои от тези правителства разглеждат въпроса и от гледна точка на Директива 96/71 и са на мнение, че тя допуска мярката, разглеждана в главното производство.

50. За сметка на това полското правителство счита, че Директива 96/71 не може да обоснове, че възлагането на дадена поръчка зависи от заплащането от доставчика на услугата на командированите работници на възнаграждение, по-високо от минималната ставка, която следва от член 3, параграф 1, буква в) от тази директива. От акта за препращане обаче следва, че нивата на възнаграждение, предвидени от колективния трудов договор, приложим на мястото на изпълнение на услугата, са значително по-високи от определеното от AEntG минимално възнаграждение.

51. При условията на евентуалност полското правителство изтъква, че мярката, разглеждана в главното производство, противоречи на член 49 ЕО. Според него тя би представлявала необосновано ограничение на свободното предоставяне на услуги. Той споделя гледната точка на препращащата юрисдикция, според която целта на разпоредбите на Закона на провинцията е да предпазят германските строителни предприятия от конкуренцията от други държави-членки

и следователно да осъществят de facto икономическа цел, която съгласно практиката на Съда не може да обоснове ограничаването на основна свобода. Подобни разпоредби биха надхвърлили необходимото за борбата срещу нелоялната конкуренция, след като тази цел се постига в достатъчна степен посредством определянето от AEntG на минимална ставка на заплащане.

52. Комисията на Европейските общности смята, че спорът по главното производство попада в приложното поле на Директива 96/71 и затова е уместно преюдициалният въпрос да се разглежда преди всичко по отношение на нея. Тя посочва, че целта на разглежданата директива е да създаде равновесие между свободното предоставяне на услуги и закрилата на командированите работници. За да постигне тази цел, общностният законодател е установил в член 3 от Директива 96/71 детайлна рамка, която държавите-членки трябва да спазват.

53. Тъй като Федерална република Германия разполага със система за обявяване на колективните трудови договори за общоприложими, само член 3, параграф 8, първа алинея от тази директива бил относим. Впрочем съгласно тази разпоредба, във връзка с член 3, параграф 1, второ тире от същата директива минимални трудови възнаграждения за командированите в Германия работници трябва да се определят само посредством колективни трудови договори, които са били обявени за общоприложими, т.е. договори, които трябва да се спазват от

всички предприятия, попадащи в техния териториален обхват в рамките на съответната професия или отрасъл.

54. Ето защо Комисията приема, че доколкото Законът на провинцията налага спазването на ниво на възнаграждение, предвидено от колективен трудов договор, който не е бил обявен за общоприложим, този закон би трябвало да се счита за несъвместим с Директива 96/71. Същност тогава законът щял да излезе извън хармонизираната с тази директива рамка от гаранции, които общностното законодателство предвижда в областта на минималното трудово възнаграждение на командированите работници.

55. Комисията добавя, че законът на дадена провинция, чиято цел е да наложи по-строги изисквания към условията за работа единствено за командированите работници, наети в рамките на обществени поръчки, т.е. в определен сегмент от икономическия живот, не може в никакъв случай да отговаря на императивен обществен интерес по смисъла на член 49 ЕО, нито да бъде годем да преследва такъв интерес.

56. В хода на съдебното заседание френското правителство защитава по същество същата позиция като поддържаната от Комисията, като счита, че член 49 ЕО

и Директива 96/71 допускат държава-членка да прилага за командированите работници минималното трудово възнаграждение, предвидено в национален или регионален колективен трудов договор, стига обаче този договор да е бил обявен за общоприложим за предприятията от разглеждания отрасъл или територия.

57. По отношение на това становище преди всичко следва да се напомни, че за да е полезен с отговора си на отправилата преюдициален въпрос юрисдикция, може да е необходимо Съдът да вземе предвид норми на общностното право, които националният съд не е посочил във въпроса си¹⁵.

58. Що се отнася най-напред до Директива 93/37, както посочих по-горе, тя не организира фазата на изпълнение на обществените поръчки. Впрочем задължението, което изпълнителите на поръчката трябва да поемат по силата на § 3, алинея 1 и § 4, алинея 1 от Закона на провинцията, да изплащат на своите работници най-малко възнаграждението, предвидено в колективния трудов договор, приложим на мястото на изпълнение на съответните услуги, и да наложат на своите подизпълнители същото задължение, представлява

по мое мнение условие за изпълнение на поръчката¹⁶.

59. При все това следва да се отбележи, че член 23 от посочената директива не е лишен от значение в рамките на настоящото дело, защото изразява идеята, според която изпълнението на договора след възлагането на дадена обществена поръчка трябва да става в съответствие с разпоредбите за закрита и с условията на труд, които са в сила на мястото, където трябва да се извърши строителството.

60. Въпреки това няма да стигам по-далеч при тълкуването на Директива 93/37, защото тя не дава възможност да се отговори на главния проблем, поставен с настоящия преюдициален въпрос, а именно определянето на условията за работа, които в съответствие с общностното право могат да бъдат наложени при изпълнението на обществена поръчка при командироване на работници в рамките на предоставяне на услуги.

16 — Вж. по този повод Тълкувателно съобщение на Комисията относно общностното право, приложимо за обществените поръчки, и възможностите за включване на социални съображения в тези поръчки, в което се пояснява, че „[у]словието за изпълнение е задължение, което трябва да бъде прието от изпълнителя на поръчката и което се отнася до изпълнението на договора“, с което „оферентите се задължават, в момента на подаване на своите оферти, да спазват това изискване, ако поръчката им бъде възложена“ (стр. 17). За да съответства на член 49 ЕО, такова условие за изпълнение трябва, както ще видим по-нататък, да спазва принципа на недопускане на дискриминация, на основана на гражданство, както и принципа на прозрачност.

15 — Вж. по-специално Решение от 12 октомври 2004 г. по дело *Wolf & Müller* (C-60/03, Recueil, стр. I-9553, точка 24).

61. По-нататък, що се отнася до Директива 96/71, съм на мнение, че фактите в спора по главното производство, описани в акта за препращане, трябва да се считат за попадащи в приложното поле на тази директива, доколкото съответстват на хипотезата, посочена в член 1, параграф 3, буква а) от тази директива.

62. По-конкретно в случая сме изправени пред хипотеза, в която предприятие, установено в държава-членка, а именно установеното в Полша дружество PKZ, е командировало полски работници, за своя сметка и под свое ръководство, на територията на друга държава-членка, в случая Федерална република Германия, в рамките на подизпълнителски договор, сключен между изпращащото предприятие и получателя на предоставяните услуги, който осъществява дейността си в последната държава-членка, а именно ответника в главното производство.

63. Освен това е безспорно, че фактите в спора по главното производство са настъпили след изтичането на срока, предоставен на държавите-членки за транспониране на Директива 96/71, т.е. след 16 декември 1999 г.

64. Несъмнено е вярно, че Законът на провинцията има за цел да уреди не специално случаите на командироване на

работници в рамките на предоставяне на услуги, а по-скоро общо възлагането на обществени поръчки в Land Niedersachsen. Доколкото обаче този закон предвижда условия, които са свързани с изпълнението на договори за строителство, в случая спазването на минимално възнаграждение, и трябва задължително да се прилагат за работниците, наети от изпълнителя и/или от евентуален подизпълнител, включително по отношение на работниците, които са командировани в рамките на предоставяне на услуги, какъвто е случаят в делото по главното производство, посоченият закон следва да се прецени от гледна точка на нормата на вторичното общностно право, посветена на командироването на работници в рамките на предоставяне на услуги.

65. Ето защо първо ще разглеждам въпроса дали Директива 96/71 трябва да се тълкува в смисъл, че не допуска национално законодателство като Закона на провинцията, който налага на изпълнителите, и косвено на техните подизпълнители, да изплащат на работниците или служителите, командировани в рамките на изпълнението на обществена поръчка, най-малко възнаграждението, предвидено в колективния трудов договор, приложим на мястото на изпълнение на услугите, с възможност за налагане на санкции, които могат да достигат до прекратяване на договора за строителство, когато колективният трудов договор, към който препраща това законодателство, не е обявен за общоприложим по смисъла на член 3, параграф 8, първа алинея от тази директива.

А — По тълкуването на Директива 96/71

66. По мое мнение Директива 96/71 не може да се тълкува в смисъл, че не допуска мярка като разглежданата в главното производство. За да се убедим в това, следва да се направи описание на въведената с тази директива система. След това ще изследвам, от гледна точка на описаната система, действащия в германското право режим за определяне на минималната ставка на заплащане в строителния отрасъл.

67. Както посочих по-горе, целта на Директива 96/71 е да координира законодателствата на държавите-членки, за да се определи ядро от задължителни правила за минимална закрила, които трябва да се спазват в приемащата държава от работодателите, командировани работници за временно извършване на работа на територията на държавата-членка, в която се предоставят услугите.

68. Като приема тази директива, общностният законодател не само възприема установената постепенно от Съда практика в областта на командироване на работници в рамките на предоставяне на услуги, но и я уточнява и затвърждава.

69. Всъщност след Решение от 3 февруари 1982 г. по дело Seco и Desquenpe & Giral¹⁷ Съдът приема, че по принцип общностното право допуска държавите-членки да прилагат своето законодателство или колективните трудови договори, сключени между социалните партньори по отношение на всяко лице, което е заето, дори и временно, на тяхна територия, независимо къде е установен неговият работодател, и че общностното право не забранява на държавите-членки да налагат спазването на тези правила с подходящи средства¹⁸. Тази практика на Съда е възпроизведена в съображение 12 от Директива 96/71.

70. На първо място, приносят на тази директива е, че преобразува в задължение това, което дотогава е било само възможност, с която са разполагали държавите-членки. Следователно посочената директива налага на държавите-членки да прилагат за установените в друга държава-членка предприятия, които командирова работници на тяхна територия в рамките на транснационалното предоставяне на услуги, определен брой национални правила, определящи условия за работа в някои области.

71. Друг принос на Директива 96/71 е, че укрепва „твърдото ядро“ от защитни правила, чието прилагане общностният законодател е искал да гарантира в полза на командированите работници.

¹⁷ — 62/81 и 63/81, Recueil, стр. 223.

¹⁸ — Точка 14.

72. В този смисъл, член 3, параграф 1 от Директивата посочва националните правила, установяващи условията на работа, от които командированите работници *не могат да бъдат лишени* в държавата-членка по предоставяне на услугата.

73. Както посочи неотдавна Съдът, разглежданата директива установява „списък с национални правила, които определена държава-членка трябва да прилага за предприятията, установени в друга държава-членка, които командировават работници на нейна територия в рамките на транснационалното предоставяне на услуги“¹⁹. В този смисъл става въпрос за защитни правила със задължителен характер.

74. Изброяването на тези правила от общностния законодател укрепва правната сигурност, доколкото доставчикът на услуги, установен в друга държава-членка, занапред ще е сигурен, че ще му бъдат наложени ясно разпознаваеми минимални правила относно условията за работа, действащи в държавата на мястото на извършване на услугите. Съответно работникът, командирован в държава-членка, ще може да изисква прилагането в негова полза на тези правила, чийто задължителен характер следва пряко от Директива 96/71.

19 — Решение от 18 юли 2007 г. по дело Комисия/Германия (С-490/04, Сборник, стр. I-06095, точка 17). В същото решение Съдът посочва също че „Директива 96/71 не хармонизира материалното съдържание на тези национални норми [и че това] съдържание може свободно да се определя от държавите-членки, като се спазват Договорът и общите принципи на общностното право, и включително [...] член 49 ЕО“ (точка 19).

75. Сред тези задължителни условия за работа са минималните ставки на заплащане, независимо дали са определени от закони, подзаконови или административни разпоредби или, за дейностите в областта на строителството, от колективни трудови договори или арбитражни решения, които са били обявени за общо-приложими по смисъла на член 3, параграф 8 от посочената директива.

76. Тази категория условия за работа има особени характеристики в сравнение с другите области, посочени в член 3, параграф 1 от Директива 96/71, като максималната продължителност на работата и минималната продължителност на почивка, здравето, безопасността и хигиената на работното място, както и минималните платени почивни дни. Всъщност за останалите посочени условия за работа са предприети действия на Общността, и по-специално е могло да се извърши сближаване на националните законодателства посредством директиви, определящи минимални предписания²⁰. Положението е различно в областта на минималните ставки за заплащане, за които все още не съществува никаква общностна мярка от този вид²¹.

20 — Вж. по-специално Директива 2003/88/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 4 ноември 2003 година относно някои аспекти при организирането на работното време (ОВ L 299, стр. 9; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 7, стр. 3). Съгласно член 15 от тази директива, озаглавен „По-благоприятни разпоредби“, същата не засяга правото на държавите-членки да прилагат или въвеждат закони, подзаконови или административни разпоредби, които са по-благоприятни за защитата на безопасността и здравето на работниците, или да улесняват или разрешават прилагането на колективни трудови договори или споразумения между социалните партньори, които са по-благоприятни за защитата на безопасността и здравето на работниците.

21 — Вж. Rodière, P., *Droit social de l'Union européenne*, LGD], 2^e édition, Paris, 2002, p. 551.

77. Макар и да не може да се каже, че въпросът за заплащането напълно убягва на общностното право, все пак трябва да се признае, че определянето на размера или на нивото на възнагражденията все още не е обхванато от него²².

78. Член 3, параграф 1, последна алинея от Директива 96/71 свидетелства за особения характер на материята, свързана с минималните ставки за заплащане, тъй като предвижда, че „понятието за минимални ставки на заплащане, посочено в параграф 1, буква в), се определя от националното законодателство и/или практиката на държавата-членка, на чиято територия се командирова работникът.“

79. От друга страна, прилагането на „твърдото ядро“ от защитни правила, посочени в член 3, параграф 1 от тази директива, според мен трябва да се разбира като представляващо минимална гаранция за командированите работници, които по този начин са осигурени, че ще се ползват най-малко от тези национални правила, които са придобили задължителен характер.

22 — Rodière, P., *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2^e édition, Paris, 2002 г., р. 55 и 56. Авторът пояснява обаче, че тази в материя не са изключени евентуални преговори относно трудовото възнаграждение на европейско равнище. Впрочем той отбелязва, че извън стриктното определяне на размера или на нивото на възнагражденията „принципът на равно заплащане на мъжете и жените може да има общо въздействие върху механизма на заплащането на работниците“ и че „други общности правни уредби могат да имат допълнително действие по отношение на възнагражденията, например в областта на организирането на работното време“.

80. Тази друга характерна особеност на въведената с Директивата система намира израз в самото понятие „ядро от задължителни правила за минимална закрила“, посочено в съображение 13 от Директива 96/71.

81. Освен това бих искал да припомня, че съображение 17 от Директивата предвижда, че „задължителните действащи правила за минимална закрила в приемащата държава не трябва да препятстват прилагането на ред и условия за полагане на труд, които са по-благоприятни за работниците“. Член 3, параграф 7, първа алинея от Директивата изразява тази воля на общностния законодател, като пояснява, че „[п]араграфи 1—6 не накърняват прилагането на условия за наемане на работа [да се чете: „условия за работа“], които са по-благоприятни за работниците“.

82. По мое мнение последната разпоредба съдържа два аспекта. От една страна, тя означава, че задължителният характер на действащите правила за закрила в държавата на мястото на изпълнение на услугата може да бъде поставен на заден план в полза на прилагането на правилата, действащи в държавата, където е установен доставчикът, доколкото последните предвиждат по-благоприятни условия за работа за командированите работници.

83. От друга страна — и именно този аспект е относим към настоящото дело — член 3, параграф 7 от Директива 96/71

също така дава, по мое мнение, възможност на държавите-членки по мястото на изпълнение на услугата да подобряват в посочените в член 3, параграф 1 от Директивата области нивото на социална закрила, което желаят да гарантират за заетите на тяхна територия работници и което следователно биха могли да прилагат за командированите там работници. Следователно тази разпоредба по принцип разрешава прилагането на засилен национална закрила²³.

84. Важно е обаче да се поясни, че прилагането на такава засилен национална закрила трябва да се извърши в съответствие с позволеното от член 49 ЕО²⁴.

23 — Според израза, използван от Moizard, N., *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée — L'exemple du droit du travail français*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2000 (вж. по-специално стр. 94—96). Според автора условията за работа в посочените в Директива 96/71 области са „вътрешни минимални правила с държавен или договорен произход, чието спазване Директивата задължава държавите-членки да осигурят най-малко при временното командироване на работници“ (стр. 95). Тази идея е изразена и в съображение 34 от Директива 2004/18, съгласно което Директива 96/71 „опредеа минималните условия, които трябва да бъдат спазвани от приемащата държава по отношение на [...] командировани[те] работници“.

24 — В това отношение споделям анализа, предложен от генералния адвокат Mengozzi в заключението, представено на 23 май 2007 г. по делото *Laval un Partneri* (C-341/05, Сборник, стр. I-11767), според който „въпреки че Директива 96/71 приема, че държавите-членки могат да прилагат към доставчик на услуги от дадена държава-членка, който временно командирова работници на територията на друга държава-членка, по-благоприятни от посочените в член 3, параграф 1 от [тази] [д]иректива [...] условия за работа, предоставянето на подобна възможност все пак трябва да става, като се зачита гарантираната от член 49 ЕО свобода за предоставяне на услуги“ (точка 151). Освен това следва да се посочи, че в своето Тълкувателно съобщение относно общностното право приложимо за обществените поръчки и възможностите за включване на социални съображения в тези поръчки Комисията приема, че както в национални, така и в транснационални положения „по-благоприятни разпоредби за работниците могат [...] също да се прилагат (и поради това трябва при необходимост и да бъдат спазвани) доколкото тези разпоредби са съвместими с общностното право“ (стр. 21, точка 3.2).

85. Ако сравним действащия в германското право режим за определяне на минималните ставки на заплащане в строителния отрасъл и въведената с Директива 96/71 система, описана по-горе, може да се направят следните изводи.

86. Следва да се посочи, че в германското право съществува система, позволяваща колективните трудови договори да се обявяват за общоприложими. Следователно германският режим за определяне на минималните ставки на заплащане в строителния отрасъл трябва да се разглежда в светлината на член 3, параграф 1 от Директива 96/71, а не с оглед разпоредбите на член 3, параграф 8, втора алинея от Директивата, които се отнасят до случаите на отсъствие на система за обявяване на колективните трудови договори за общоприложими.

87. В съответствие с член 3, параграф 1 от посочената директива § 1, алинея 1 от АEntG предвижда по-специално че правните норми, съдържащи се в даден колективен трудов договор за строителната промишленост, който е бил обявен за общоприложим, чийто предмет е минималното трудово възнаграждение, също са задължителни в рамките на трудовото правоотношение между установен в чужбина работодател и неговия работник или служител, работещ в териториалния обхват на този колективен трудов договор. По този начин работодателят

трябва да предоставя на командирвания си работник или служител поне условията за работа, определени в посочения колективен трудов договор.

88. Освен това следва да се напомни, че приложимият при настъпването на фактите по главното производство TV Mindestlohn, който е бил обявен за общоприложим и действа на цялата територия на Федерална република Германия, определя нивото на минималното трудово възнаграждение в строителния отрасъл според две категории, съответстващи на нивото на квалификация на заетото лице и на различно ниво в зависимост от това дали става въпрос за „старите“ и за „новите“ Länder.

89. По този начин този колективен трудов договор, обявен за общоприложим по смисъла на член 3, параграф 8, първа алинея от Директива 96/71, е част от „твърдото ядро“ от защитни правила, определено в член 3, параграф 1 от същата.

90. В същото време трябва да се подчертае, че посоченият колективен трудов договор пояснява също че правото на по-високи трудови възнаграждения, по силата на други колективни трудови договори или особени споразумения, не е засегнато от разпоредбата, предвиждаща общите почасови възнаграждения, определени с колективния трудов договор за двете посочени по-горе категории. Следователно в съответствие с разрешеното в член 3, параграф 7 от посочената директива TV Mindestlohn изрично запазва възможността да се прилагат по-благоприятни условия за работа за работниците.

91. По-точно, действащият в германското право режим за определяне на минималните ставки на заплащане в строителния отрасъл се основава, освен на TV Mindestlohn, на специфични колективни трудови договори, повечето от които имат ограничен териториален обхват и обикновено не се обявяват за общоприложими, което следователно ги поставя извън определеното в член 3, параграф 1 от Директива 96/71 „твърдо ядро“ от защитни правила.

92. Това означава ли, както твърди Комисията, че спазването на тези специфични колективни трудови договори, необявени за общоприложими по смисъла на член 3, параграф 8, първа алинея от тази директива, не може да се наложи на предприятията, които командирват работници в рамките на транснационалното предоставяне на услуги?

93. Не мисля така.

94. Всъщност смятам, че доколкото нивата на определените в тези специфични колективни трудови договори възнаграждения на практика са значително по-високи от наложените на терито-

рията на Федерална република Германия по силата на TV Mindestlohn минимални ставки на заплащане, тези колективни трудови договори представляват прилагането на засилена национална закрила. Както посочих по-горе, такава засилена национална закрила е разрешена по силата на член 3, параграф 7 от Директива 96/71.

95. Също така национална мярка като разглежданата в главното производство, която придава задължителен характер на такива колективни трудови договори, включително при командироване на работници, по мое мнение съответства на тази директива, доколкото с тази мярка се прилага предоставената на държавите-членки възможност по силата на член 3, параграф 7 от Директивата.

96. Впрочем фактът, че обявен за общо-приложим колективен трудов договор като TV Mindestlohn препраща общо към други колективни трудови договори или особени споразумения, предвиждащи право на по-високи трудови възнаграждения, според мен съответства на Директива 96/71.

97. Поради това изглежда, че германският режим за определяне на минималните ставки на заплащане в строителния отрасъл представлява единна система, съвместима с Директива 96/71.

98. Ето защо считам, че Директива 96/71 трябва да се тълкува в смисъл, че допуска национално законодателство като Закона на провинцията, който налага на изпълнителите и косвено на техните подизпълнители да изплащат на работниците или служителите, командировани в рамките на изпълнението на обществена поръчка, най-малко възнаграждението, предвидено в колективния трудов договор, приложим на мястото на изпълнение на услугите, с възможност за налагане на санкции, които могат да достигат до прекратяване на договора за строителство, в това число в случаите, когато колективният трудов договор, към който препраща това законодателство, не е обявен за общоприложим по смисъла на член 3, параграф 8, първа алинея от тази директива.

99. Сега следва да се провери дали член 49 ЕО трябва да се тълкува в смисъл, че не допуска национално законодателство като разглежданото в главното производство.

Б — По тълкуването на член 49 ЕО

100. Съгласно постоянната практика член 49 ЕО изисква премахването по отношение на установените в друга държава-членка доставчици на услуги не само на всяка дискриминация, основана на тяхното гражданство, но и на всяко огра-

ничество, дори то да се прилага, без да се прави разлика между национални доставчици и доставчици от други държави-членки, когато това ограничение може да доведе до забрана, затрудняване или по-слаба привлекателност на дейността на доставчик, установен в друга държава-членка, в която той законно предлага аналогични услуги²⁵.

101. По този повод следва да се поясни, че Съдът вече се е произнасял, че прилагането на национална правна уредба на приемащата държава-членка по отношение на доставчиците на услуги може да забрани, затрудни или направи по-малко привлекателно предоставянето на услуги от лица или предприятия, установени в други държави-членки, доколкото води до разходи, както и до допълнителна административна и икономическа тежест²⁶.

102. В настоящото дело наличието на ограничение на свободното предоставяне на услуги по мое мнение не подлежи на никакво съмнение.

103. Всъщност като задължават изпълнителите на обществени поръчки за строителство, и косвено техните подизпълнители, да спазват най-малко възнаграждението, предвидено в колективния трудов договор, приложим на мястото на

изпълнение на услугите, § 3, алинея 1 и § 4, алинея 1 от Закона на провинцията могат да наложат на доставчиците на услуги, установени в друга държава-членка, където минималните ставки на заплащане са ниски, допълнителна икономическа тежест, която може да доведе до забрана, затрудняване или по-слаба привлекателност на изпълнението на техните услуги в приемащата държава.

104. Впрочем следва да се посочи, че разглежданите разпоредби от Закона на провинцията се прилагат, без да се прави разлика между националните доставчици на услуги и тези от другите държави-членки. С други думи, задължението за спазване на минималното трудово възнаграждение, предвидено в колективния трудов договор, приложим на мястото на изпълнение на услугите, се налага както на доставчиците на услуги, установени в Германия, така и на установените в друга държава-членка.

105. Също съгласно постоянната практика на Съда, такава правна уредба, която се прилага, без да се прави подобна разлика, може да бъде обоснована по отношение на член 49 ЕО, когато отговаря на императивни съображения от обществен интерес, доколкото този интерес не е защитен с правилата, които се прилагат за доставчика в държавата членка по установяване, стига да е в състояние да гарантира осъществяването на преследваната

25 — Вж. по-специално Решение по дело Комисия/Германия, посочено по-горе (точка 63 и цитираната съдебна практика).

26 — Вж. по-специално Решение по дело Wolff & Müller, посочено по-горе (точка 32 и цитираната съдебна практика).

цел и да не надхвърля необходимото за постигането ѝ²⁷.

106. Сред вече признатите от Съда императивни съображения от обществен интерес е закрилата на работниците²⁸.

107. В името на това императивно съображение от постоянната практика на Съда следва, че общностното право не изключва държавите-членки да прилагат своето законодателство или *колективните трудови договори, сключени между социалните партньори* по отношение на всяко лице, което е заето, дори и временно, на тяхна територия, независимо къде е установен неговият работодател, и че общностното право освен това не забранява на държавите-членки да налагат спазването на тези правила с подходящи средства, когато се окаже, че предоставената от тези правила закрила не е гарантирана от същите или сравними по същността си задължения, на които предприятието вече е подчинено в държавата-членка по установяване²⁹.

27 — Вж. по-специално Решение по дело Комисия/Германия, посочено по-горе (точки 64 и 65, както и цитираната съдебна практика).

28 — Вж. по-специално Решение по дело Wolff & Müller, посочено по-горе (точка 35 и цитираната съдебна практика). За да признае, че общият интерес, свързан със социалната закрила на работниците в строителния отрасъл и с контрола за спазването ѝ, може да представлява императивно съображение, Съдът изтъква наличието на „условия, специфични за този отрасъл“ (Решение от 28 март 1996 г. по дело Guiot (C-272/94, Recueil, стр. I-1905, точка 16) и Решение от по дело Arblade и др. (C-369/96 и C-376/96, Recueil, стр. I-8453, точка 51).

29 — Вж. по-специално Решение от 21 октомври 2004 г. по дело Комисия/Люксембург (C-445/03, Recueil, стр. I-10191, точка 29 и цитираната съдебна практика), както и Решение от 21 септември 2006 г. по дело Комисия/Австрия (C-168/04, Recueil, стр. I-9041, точка 47).

108. Съдът се произнася също че и целта да се предотврати нелоялна конкуренция от страна на предприятията, заплащащи на своите работници възнаграждение, по-ниско от съответстващото на минималното възнаграждение, може да се вземе предвид като императивно изискване, което може да обоснове ограничение на свободното предоставяне на услуги³⁰. Той посочва и че не е налице непременно противоречие между целта да се запази лоялната конкуренция, от една страна, и да се осигури закрилата на работниците, от друга страна³¹.

109. Като разви този начин на разсъждение, Съдът наскоро направи изрично връзка между постоянната си практика, признаваща възможността на държавите-членки да прилагат своето законодателство или колективните трудови договори относно минималното възнаграждение по отношение на всяко лице, което, макар и временно, е заето на тяхна територия, и обосновката, изведена от „предотвратяването на социалния дъмпинг“³².

110. Отбелязах по-горе, че препращащата юрисдикция изразява съмнения

30 — Решение по дело Wolff & Müller, посочено по-горе (точка 41).

31 — Решение по дело Wolff & Müller, посочено по-горе (точка 42). Съдът се позовава по този повод на съображение 5 от Директива 96/71, което според него показва, че тези две цели могат да бъдат преследвани едновременно.

32 — Решение от 19 януари 2006 г. по дело Комисия/Германия (C-244/04, Recueil, стр. I-885, точка 61). Вж., относно развитието на тази съдебна практика, Mischo, J., „Libre circulation des services et dumping social“, *Le droit à la mesure de l'Homme*, в *Mélanges en l'honneur de Philippe Léger, Pedone, Paris, 2006*, p. 435.

по въпроса дали задължението, което Законът на провинцията налага на изпълнителите на обществени поръчки, и косвено на техните подизпълнители, да спазват колективния трудов договор, приложим на мястото на изпълнение на услугите, е обосновано от императивни съображения от обществен интерес.

111. Напомням по този повод, че според тази юрисдикция основната цел на разглежданите нормативни разпоредби е да предпази германските строителни предприятия от конкуренцията от други държави-членки. Ето защо такава икономическа цел не би могла да представлява императивно съображение от обществен интерес, обосноваващо ограничение на свободното предоставяне на услуги.

112. Впрочем посочената юрисдикция счита, че задължението за спазване на мястото на изпълнение на услугата на колективен трудов договор, предвиждащ минимални ставки на заплащане, които са по-високи от приложимите на територията на Федерална република Германия по силата на AEntG, надхвърля необходимото за закрилата на работниците. Всъщност тя приема, че необходимото за закрилата на работниците се определя от задължителното минимално трудово възнаграждение, което трябва да се прилага във Федерална република Германия по силата на AEntG.

113. Не споделям анализа, предложен в този смисъл от препращащата юрисдикция, който се поддържа по същество от полското правителство.

114. Обратно, смятам, че оспорваните разпоредби на Закона на провинцията са в състояние да гарантират осъществяването на целите, състоящи се в закрилата на работниците и предотвратяването на социалния дъмпинг, и не надхвърлят необходимото за тяхното постигане.

115. Наистина съгласно постоянната съдебна практика мерки, които представляват ограничение на свободното предоставяне на услуги, не могат да бъдат обосновани с цели от икономически характер като закрилата на националните предприятия³³. В същото време обаче Съдът счита, че намерението на законодателя, изразено в хода на политическите обсъждания, предхождащи приемането на даден закон, или в изложението на мотивите към него, не може да бъде определящо, а може да представлява само показател за преследваната от този закон цел³⁴. Препращащата юрисдикция, която си задава въпроси за действителната цел, преследвана от законодателя, следва да провери дали въпросната правна уредба, разглеждана обективно, гарантира закрилата на командированите работници³⁵, или в по-широк смисъл предотвратяването на социалния дъмпинг.

116. Така що се отнася до становището на препращащата юрисдикция, според което основната цел на въпросните нормативни

33 — Решение от по дело Finalarte и др. (C-49/98, C-50/98, C-52/98—C-54/98 и C-68/98—C-71/98, Recueil, стр. I-7831, точка 39) и Решение от 24 януари 2002 г. по дело Portuguesa Construções (C-164/99, Recueil, стр. I-787, точка 26).

34 — Решение по дело Portuguesa Construções, посочено по-горе (точка 27 и цитираната съдебна практика).

35 — Решение по дело Portuguesa Construções, посочено по-горе (точка 28 и цитираната съдебна практика).

разпоредби била да предпази германските строителни предприятия от конкуренцията от другите държави-членки, тази юрисдикция следва да провери дали, разглеждани обективно, тези разпоредби гарантират закрилата на командированите работници. Важно е по този повод да се провери дали тези разпоредби съдържат действително предимство за съответните работници, което допринася значително за тяхната социална закрила³⁶.

която да им даде възможността да получат значително по-високо възнаграждение от това, което нормално биха получили в държавата по установяване на техния работодател. Този закон следователно изглежда в състояние да гарантира закрилата на командированите работници.

117. За да установи наличието на такова предимство, представляващо действителна допълнителна закрила за командированите работници³⁷, препащащата юрисдикция трябва да прецени дали е равностойна или по същество сравнима закрилата, която вече е предоставена на тези работници, що се отнася до тяхното възнаграждение, от законодателството и/или от колективните трудови договори, действащи в държавата по установяване на доставчика на услуги. При тази преценка трябва да се вземе предвид размерът на брутното трудово възнаграждение³⁸.

119. Според мен посоченият закон е в състояние и да предотврати социалния дъмпинг, доколкото има за цел именно да изравни условията, при които доставчиците на услуги, независимо дали са установени в Германия, трябва да изплащат възнаграждения на работниците в рамките на изпълнението на обществена поръчка. По този начин той гарантира, че на една и съща строителна площадка на местните и командированите работници ще се заплаща по един и същи начин.

118. Напомням по този повод, че от акта за препащане е видно, че оплакването срещу дружеството PKZ е, че е заплатило на 53 работници, които работят на строителната площадка, само 46,57 % от приложимото минимално възнаграждение. При тези обстоятелства изглежда очевидно, че спазването на Закона на провинцията е щяло да предостави на тези работници действителна допълнителна закрила,

120. Обстоятелството, че в своя Закон за възлагане на обществени поръчки Land Niedersachsen е избрала да се позове на специфичен колективен трудов договор, различен от TV Mindestlohn, последицата от което е, че минималното възнаграждение, което изпълнителите и техните подизпълнители трябва да спазват на мястото на изпълнение на услугата, става по-високо от обикновено приложимото в строителния отрасъл на територията на Федерална република Германия, само по себе си не ми изглежда оспоримо от гледна точка на общностното право.

36 — Вж. Решение по дело Wolff & Müller, посочено по-горе (точка 38).

37 — Решение по дело Finalarte и др., посочено по-горе (точка 45).

38 — Решение от 14 април 2005 г. по дело Комисия/Германия (C-341/02, Recueil, стр. I-2733, точка 29).

121. От една страна, трудно е да се отрече, че гарантирането на по-високо възнаграждение за командированите работници е в състояние да осигури тяхната закрила³⁹. От друга страна, в по-общ план, не трябва да се пренебрегва фактът, че член 136, първа алинея ЕО предвижда, че „Общността и държавите-членки, като осъзнават основните социални права, [...] си поставят за цел [...] подобряване на условията на живот и труд, така че да се постигне тяхното хармонизиране, докато се осъществява подобряването, [както и] социален диалог“.

122. Впрочем оспорваните разпоредби от Закона на провинцията не изглеждат да надхвърлят необходимото, за да бъдат гарантирани целите за закрилата на работниците и предотвратяването на социалния дъмпинг.

123. Всъщност целта на тези разпоредби е да направят задължителни за участващите в изпълнението на обществена поръчка доставчици на услуги ставките на заплащане, приложими по силата на действащия на мястото на изпълнение на услугата специфичен колективен трудов договор. За тази цел те предвиждат, от една страна, че договорите за строителство се предоставят само на оферентите, които се задължават писмено да изплащат на своите работници, като насрещна

престация за изпълнението на съответните услуги, минималното възнаграждение, предвидено в колективния трудов договор, приложим на мястото на изпълнение на услугите, и които се задължават също така да наложат на своите подизпълнители това задължение. От друга страна, неизпълнението на това задължение е основание за налагане на различни по степен санкции — от прилагане на договорна неустойка до прекратяване на договора.

124. Според мен целите за закрилата на работниците и предотвратяването на социалния дъмпинг не биха могли да бъдат постигнати толкова ефективно посредством по-малко обвързващи правила, чийто ефект не е толкова ограничаващ за свободното предоставяне на услуги.

125. Освен това, както посочва Ирландия в писменото си становище⁴⁰, при отчитане на относими показатели като индекса „жизнен стандарт“ липсват данни минималните ставки на заплащане, изисквани по силата на специфичния колективен трудов договор, към който препраща Законът на провинцията, да са несъразмерни спрямо определените от TV Mindestlohn ставки.

126. Не изглежда предходният анализ да може да бъде опроверган от довода на Комисията, според който законът на дадена провинция, чиято цел била да

39 — Както посочва германското правителство в точка 63 от писменото си становище, като се изключи обстоятелството, че специфичните колективни трудови договори предвиждат по-високи ставки на минимално заплащане, интересно е да се отбележи също така че целта, насочена към закрила на работниците, се състои и във факта, че тези договори дават възможност за по-диференцирано и подходящо възнаграждение от гледна точка на извършваната работа. Следва да напомня по този повод, че съдържащата се в тези договори щатна таблица на възнагражденията е по-подробна от тази в TV Mindestlohn и определя нивата на възнагражденията в зависимост от различни групи функции.

40 — Точка 26.

наложи по-строги изисквания за условията за работа единствено за командированите работници, наети в рамките на обществени поръчки, т.е. в определен сегмент от икономическия живот, не можел да отговори на императивен обществен интерес по смисъла на член 49 ЕО, нито да бъде в състояние да преследва такъв интерес.

127. Както посочва и в хода на съдебното заседание, Комисията критикува Закона на провинцията, затова че създавал дискриминация между работниците от строителния отрасъл в зависимост от това дали възложителят на поръчката е публичен или частен. Освен това според същата институция ако целта на Land Niedersachsen наистина е била да защити работниците, последната трябвало да приложи този вид мярка за всички работници в отрасъла.

128. Не мога да споделя с тези доводи по следните причини.

129. На първо място, в хода на съдебното заседание беше потвърдено, че освен в случай на делегиране, Land Niedersachsen не е компетентна да обявява даден колективен трудов договор за общоприложим. Следователно като приема оспорваните разпоредби на Закона на провинцията, Land Niedersachsen се стреми да придаде задължителен характер в област, която е от нейната компетентност, а именно обществените поръчки, на колективен трудов договор, приложим на мястото на изпълнение на услугите, независимо дали е бил обявен за общоприложим.

130. На второ място, доводът, че по тази причина е налице дискриминация между работниците в строителния отрасъл, в зависимост от това дали възложителят е публичен или частен, не ми изглежда относим от гледна точка на общностното право.

131. Както посочих по-горе, от значение е, че Законът на провинцията спазва принципа на недопускане на дискриминация, основана на гражданство, и следователно налага на доставчиците на услуги същото задължение за спазване на минималните ставки на заплащане, приложими на мястото на изпълнение на услугите, независимо дали са установени в Германия или в друга държава-членка. С други думи, за мен изглежда определящо, че в рамките на изпълнението на една и съща обществена поръчка нивото на заплащане на местните и командированите работници е едно и също. Именно тук, по мое мнение, трябва да се насочи вниманието, което ще позволи да се установи евентуалното наличие на дискриминация, противоречаща на общностното право.

132. На трето място, ако е вярно, че общественото закупуване цели преди всичко удовлетворяването на определена административна потребност, в областта на строителството, на услугите или на доставките, възлагането на обществени поръчки позволява и удовлетворяването на други потребности от обществен интерес, като например чрез политиката

за опазване на околната среда или, както в настоящото дело, в социалната област⁴¹.

133. Възможността да се включат социални изисквания в областта на обществените поръчки вече е призната от Съда⁴² и е потвърдена в Директива 2004/18. Всъщност тя съдържа член 26, озаглавен „Условия за изпълнение на поръчките“, който гласи:

„Възлагащите органи могат да предвидят специални условия, свързани с изпълнението на поръчката, при условие че те са съвместими с общественото право и са посочени в обявлението за поръчка или в спецификациите. Условията за изпълнение на поръчката могат по-специално

да са насочени към социалната сфера и опазването на околната среда.“⁴³

134. Доколкото условието за изпълнение на поръчката, свързано с минималното възнаграждение на работниците, предвидено в оспорваните разпоредби от Закона на провинцията, спазва принципа на недопускане на дискриминация, основана на гражданство, и тъй като спазва принципа на прозрачност, по мое мнение то трябва да се счита за съответстващо на общественото право.

135. Що се отнася до принципа на прозрачност, според мен е важно колективните трудови договори, чието съблюдаване се изисква, да бъдат дотатъчно точни и достъпни, за да не направят на практика невъзможно или изключително трудно определянето от страна на работодателя на задълженията, които трябва да спазва⁴⁴. Препращащата юрисдикция трябва да провери дали това е така в конкретния случай⁴⁵.

41 — Вж. в този смисъл Martinez, V., «Les péripéties du critère social dans l'attribution des marchés publics», *Contrats publics*, in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, vol. II, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 251 и 252. Авторът изразява по-специално идеята, че обществените поръчки могат да представляват средство за борба с безработицата и отстраняването от работа и по този начин се използват като „основа, благоприятстваща развитието на заетостта“.

42 — Решение от 20 септември 1988 г. по дело Beentjes (31/87, Recueil стр. 4635) и Решение от 26 септември 2000 г. по дело Комисия/Франция (C-225/98, Recueil, стр. I-7445). За тази съдебна практика и възприемането ѝ във френското право вж. Pongérard-Payet, H., „Critères sociaux et écologiques des marchés publics: droits communautaire et interne entre guerre et paix“, *Europe* № 10, octobre 2004, Étude 10.

43 — Следва да се цитира и съображение 33 от тази Директива, съгласно което „[у]словията за изпълнение на поръчката са съвместими с настоящата директива при условие, че не са пряко или непряко дискриминационни и са посочени в обявлението за поръчката или в документите за поръчката“. В Решение по дело Beentjes, посочено по-горе, Съдът вече се е произнесъл, че за да отговарят на целта, изразяваща се в осигуряване на развитието на ефективна конкуренция в областта на обществените поръчки, „критериите и условията, от които е обусловена всяка поръчка, трябва да са оповестени по подходящ начин от страна на възлагащите органи“ (точка 21).

44 — В този смисъл, що се отнася до наказателно преследване, вж. Решение по дело Arblade и др., посочено по-горе (точка 43).

45 — Напомням по този повод, че поетото от оферента задължение се отнася за „трудоовото възнаграждение, приложимо на мястото на изпълнение, съгласно посочения под № 1 в списъка на представителните колективни трудови договори колективен трудов договор „Сгради и обществено строителство““.

IV — Заключение

136. Предвид изложените по-горе съображения, предлагам на Съда да отговори по следния начин на преюдициалния въпрос, поставен от Oberlandesgericht Celle:

„Директива 96/71/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 16 декември 1996 година относно командироването на работници в рамките на предоставянето на услуги, както и член 49 ЕО, трябва да се тълкуват в смисъл, че допускат национално законодателство като Закона на провинция Долна Саксония за възлагането на обществени поръчки, който налага на изпълнителите, и косвено на техните подизпълнители, да изплащат на работниците или служителите, командировани в рамките на изпълнението на обществена поръчка, най-малко възнаграждението, предвидено в колективния трудов договор, приложим на мястото на изпълнение на услугите, с възможност за налагане на санкции, които могат да стигнат до прекратяване на договора за строителство, когато колективният трудов договор, към който препраща това законодателство, не е обявен за общоприложим.

Препращащата юрисдикция следва да провери дали това законодателство съдържа действително предимство за командированите работници или служители, което допринася значително за тяхната социална закрила, и дали при прилагането на посоченото законодателство е спазен принципът на прозрачност на условията за изпълнение на съответната обществена поръчка.“