

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

fremSAT den 15. juli 2004<sup>1</sup>

1. Kommissionen har anlagt denne sag med påstand om, at det fastslås, at Storhertugdømmet Luxembourg har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 49 EF, som følge af de krav, det stiller til virksomheder med hjemsted i andre medlemsstater, der udstationerer arbejdstagere, der er statsborgere i tredjelande, i Luxembourg for dér at levere tjenesteydelser.

## I — Fællesskabsretten

2. Artikel 49, stk. 1, EF bestemmer: »Inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser er der forbud mod restriktioner, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser inden for Fællesskabet, for så vidt angår statsborgere i medlemsstaterne, der er bosat i et andet af Fællesskabets lande end modtageren af den pågældende ydelse.«

1 — Originalsprog: spansk.

## II — Den relevante nationale lovgivning

3. I den storhertugelige bekendtgørelse af 12. maj 1972 (herefter »bekendtgørelsen fra 1972«)<sup>2</sup> fastsættes det generelle princip, at ingen udlænding kan udøve beskæftigelse i Luxembourg uden tilladelse, hvilket dog ikke gælder for arbejdstagere, der er statsborgere i en stat, der er medlem af Den Europæiske Union eller en stat, der indgår i Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (artikel 1).

4. Denne tilladelse har karakter af en arbejdstilladelse, der er inddelt i fire kategorier, og hver af disse er betinget af, at visse krav er opfyldt (artikel 2 og 3), idet det er forbudt at tilbyde en udenlandsk arbejdstager beskæftigelse, såfremt han ikke har en sådan arbejdstilladelse, og der ikke er afgivet en forudgående erklæring til myndighederne om den stilling, der skal besættes (artikel 4).

2 — Storhertugelig bekendtgørelse om fastlæggelse af de foranstaltninger, der finder anvendelse på udenlandske arbejdstagers beskæftigelse på Storhertugdømmet Luxembourg's område (Mémorial A 1972, s. 945), som ændret ved storhertugelig bekendtgørelse af 29.7.1977 (Mémorial A 1977, s. 1345), af 17.6.1994 (Mémorial A 1994, s. 1034), og af 29.4.1999 (Mémorial A 1999, nr. 48). Bekendtgørelsen er udstedt med hjemmel i lov af 28.3.1972 om udlændinges indrejse, ophold, lægeundersøgelse og beskæftigelse (Mémorial A 1972, s. 818).

5. Den nævnte arbejdstilladelse udstedes, afslås eller tilbagekaldes af arbejdsministeren eller dennes befuldmægtigede under hensyntagen til situationen og udviklingen på samt organiseringen af arbejdsmarkedet (artikel 8).

6. Der indrømmes endvidere mulighed for, at der i undtagelsestilfælde kan udstedes en kollektiv arbejdstilladelse for udenlandske arbejdstagere, der udstationeres midlertidigt i Luxembourg for en virksomheds regning, herunder en luxembourgsk virksomhed, hvorved det kræves, at der foreligger en tidsubegrænset ansættelseskontrakt, der er begyndt at løbe mindst seks måneder før udstationeringen. Under alle omstændigheder kan arbejdstilladelsen ikke overstige otte måneder, og den kan kun forlænges én gang i løbet af denne periode (artikel 9).

7. De individuelle og de kollektive arbejdstilladelser udstedes, når den erhvervsdrivende har stillet en bankgaranti på mindst 60 000 LUF<sup>3</sup> pr. arbejdstager (artikel 9a).

8. Manglende opfyldelse af forpligtelserne i bekendtgørelsen af 1972 straffes med bøder og efter omstændighederne med fængsel (artikel 12)<sup>4</sup>.

3 — Ca. 1 487 EUR.

4 — Denne straffebestemmelse er allerede fastsat i artikel 34 i lov af 28.3.1972, nævnt i fodnote 2.

### III — Den administrative procedure

9. Den 19. maj 1999 henledte Kommissionen den luxembourgske regerings opmærksomhed på, at de betingelser, der var opstillet for levering af grænseoverskridende tjenesteydelser, efter Kommissionens opfattelse var uforenelige med artikel 49 EF.

10. Luxembourgs permanente repræsentation fremsatte skriftlige bemærkninger den 16. september 1999, hvorved den udbad sig nærmere oplysninger om Kommissionens stilling. Efter at have modtaget disse oplysninger, afgav den et supplerende svar den 8. april 2002, selv om den allerede den 21. marts 2002 havde modtaget en åbningsskrivelse, som den ikke besvarede.

### IV — Afgrænsning af problemstillingen

11. Den juridiske ramme om sagen viser, at Kommissionen anfægter de krav, der er opstillet i bekendtgørelsen af 1972 for levering af tjenesteydelser i Luxembourg af virksomheder, der er etableret i andre medlemsstater, og som blandt sit personale har en eller flere tredjelandsstatsborgere, idet Kommissionen anser disse krav for at være i strid med traktaten.

12. Sagen vedrører følgelig ikke spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om forskelsbehandling i strid med fællesskabsretten, eftersom kravene også skal opfyldes af luxembourgiske virksomheder, der har udenlandske arbejdstagere ansat<sup>5</sup>, men derimod spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en mulig begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser, der er forbudt ved artikel 49 EF.

13. Af denne årsag vil jeg tilbagevise den sagsøgte stats udtalelser om, at der vil kunne opstå forskelsbehandling til skade for luxembourgiske virksomheder. Situationerne er nemlig ikke sammenlignelige: Virksomheder, der er etableret i andre medlemsstater, har allerede opfyldt de juridiske formaliteter i forbindelse med ansættelse af arbejdstagere fra tredjelande, mens de luxembourgiske virksomheder ikke har gjort det.

5 — Jeg anser ikke den retspraksis, som Domstolen fastlagde i præmis 12 i dom af 27.3.1990, sag C-113/89, *Rush Portuguesa*, Sml. I, s. 1417, for at finde anvendelse i denne sag. Domstolen udtalte, at »Traktatens artikler 59 (nu efter ændring artikel 49 EF) og 60 (nu artikel 50 EF) indeholder dermed et forbud mod, at en medlemsstat opstiller hindringer for, at en tjenesteyder, der er etableret i en anden medlemsstat, til medlemsstaten kan medbringe hele sit personale, ligesom medlemsstaten ikke med hensyn til personalet kan opstille restriktive betingelser som f.eks. betingelser om ansættelse af personale på stedet eller om arbejdstilladelser. Såfremt det kræves af en sådan tjenesteyder fra en anden medlemsstat, at sådanne betingelser opfyldes, sker der en forskelsbehandling i forhold til konkurrenterne i selve medlemsstaten, der frit kan benytte deres eget personale, hvortil kommer, at sådanne betingelser påvirker tjenesteyderens evne til at præstere tjenesteydelserne«. I denne sag er situationen anderledes, idet en luxembourgsk virksomhed, der ønsker at gøre brug af sine udenlandske arbejdstagere, også skal opfylde de samme krav som en virksomhed, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat. Der er kun tale om en tidsmæssig forskel, den førstnævnte virksomhed har allerede gjort det, og den anden skal gøre det, for den kan levere tjenesteydelsen. Som jeg allerede har nævnt, skal det dog have for øje, at virksomheden i den anden medlemsstat har måttet opfylde de krav, der er fastsat med hensyn til ansættelse af udenlandske arbejdstagere.

14. Det er heller ikke den behandling, man giver arbejdstagere, der ikke er statsborgere i medlemsstaterne, og som opholder sig lovligt på Unionens område, der er til drøftelse her.

15. For at få en tilgang til det rejste problem er det hensigtsmæssigt at foretage en kort gennemgang af nogle aspekter ved leveringen af grænseoverskridende tjenesteydelser, samt at belyse fællesskabsrettens udviklingstrin, når der henses til, at det ikke er første gang Domstolen har haft lejlighed til at udtale sig om lignende emner, hvilket jeg senere skal komme nærmere ind på.

#### V — Nogle aspekter ved levering af grænseoverskridende tjenesteydelser, der udføres af udenlandske arbejdstagere

16. Det fremgår af artikel 3, stk. 1, litra c), EF, at et af formålene med Fællesskabet er at fjerne hindringerne for den frie bevægelighed for tjenesteydelser mellem medlemsstaterne, der omfatter retten til at levere ydelsen på en hvilken som helst medlemsstats område ved hjælp af udstationering af det forhåndenværende personale, selv om der er tale om tredjelandsstatsborgere, der har lovligt ophold på Fællesskabets område.

17. Tjenesteydere, der ønsker at udøve denne ret, støder på forskellige vanskelighe-

der. En af disse følger af nødvendigheden af at opnå en tilladelse, som tildeles på baggrund af et restriktivt skøn, og som indebærer, at den pågældende skal underkaste sig nogle procedurer, der kan være korte eller lange og mere eller mindre komplekse og omkostningskrævende. En anden udspringer af den kontrol, som føjes til den kontrol, som udføres af etableringsstaten, hvis de altså ikke direkte overlapper hinanden. Hele denne procedure medfører ofte, at tjenesteyderen afstår fra at levere tjenesteydelsen, eller der opstår tabsgivende forsinkelser.

18. Den stat, i hvilken tjenesteydelsen ønskes udført, har imidlertid ingen sikkerhed for hverken, at de midlertidigt udstationerede arbejdstagere har lovligt ophold i Fællesskabet, at deres hovedbeskæftigelse finder sted i den stat, hvor tjenesteyderen er etableret, eller at de pågældende vender tilbage til den stat, de kom fra, når opgaven er udført.

19. I denne sammenhæng bemærkes, at man ikke kan forbyde den stat, i hvilken tjenesteydelsen påregnes udført, at udføre kontrol med omstændighederne omkring dens udførelse i det væsentlige med det formål at undgå illegal indvandring, at bekæmpe urimelige ansættelsesvilkår og at varetage andre hensyn til den offentlige orden, sikkerhed og sundhed.

20. Endelig er det klart, at karakteren af tjenesteydelsen har betydning for vilkårene for og varigheden af udstationeringen.

## VI — Fællesskabsrettens udviklingstrin

### A — Lovgivningen

21. Fællesskabet har i lang tid beskæftiget sig med de problemer, der opstår, når en virksomhed i en medlemsstat leverer tjenesteydelser i en anden medlemsstat, og disse tjenesteydelser præsteres af arbejdstagere, der ikke er statsborgere i denne sidstnævnte medlemsstat.

22. Hvis der ses bort fra aspekterne vedrørende social sikring, er der en række tilfælde, hvor forskellige interesser som nævnt berøres. De to vigtigste tilfælde angår arbejdstagere, der er statsborgere i andre medlemsstater end den, hvori tjenesteydelsen leveres, samt arbejdstagere fra tredjelande.

23. Det første tilfælde er reguleret ved direktiv 96/71<sup>6</sup>, idet direktivet — selv om der i dette ikke sondres mellem arbejdstagere, der er statsborgere i medlemssta-

<sup>6</sup> — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/71/EF af 16.12.1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser (EFT L 18, s. 1).

terne, og udenlandske arbejdstagere — hen- set til begrundelsen for og formålet med dette synes at begrænse sit anvendelsesom- råde til fællesskabsborgere.

tenesteydelser, til hvis udførelse den pågæl- dende udstationeres, samt til at træffe de nødvendige foranstaltninger af hensyn til den offentlige orden, sikkerhed og sundhed.

24. Derimod findes der ikke tilsvarende regler for betingelserne for udstationering af arbejdstagere, der er statsborgere i tredje- lande, som led i udveksling af grænseover- skridende tjenesteydelser.

#### B — Retspraksis

25. Der foreligger dog et direktivforslag desangående<sup>7</sup>, hvis omdrejningspunkt er et dokument benævnt »EF-tjenesteydelses- kort«, der midlertidigt udstedes af den medlemsstat, hvor tjenesteyderen er etab- leret, og som indebærer en sikkerhed for, at tjenesteyderen og den udstationerede arbejdstager opfylder lovgivningens krav, at den sidstnævnte vender tilbage, når tjene- steydelsen er leveret, samt at den medlems- stat, hvor tjenesteydelsen leveres, ikke kan gennemtvinge sine egne krav med hensyn til indrejse, ophold og adgang til midlertidig lønnet beskæftigelse — navnlig krav om indrejsevisum, opholdstilladelse, arbejdstilla- delse eller lignende tilladelser — selv om den bevarer sin kompetence til at kræve, at den får meddelelse om indrejse og om de

26. Som tidligere nævnt har Domstolen allerede beskæftiget sig med nogle af de problemer, som den nu forelægges i relation til midlertidig udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser over grænserne<sup>8</sup>.

27. Det fremgår af fast retspraksis, at EF- traktatens artikel 59 »ikke blot kræver afskaffelse af enhver form for forskelsbe- handling til skade for en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat på grund- lag af dennes nationalitet, men også ophæ- velse af enhver restriktion også selv om den gælder uden forskel for såvel indenlandske tjenesteydere som tjenesteydere fra andre medlemsstater, der kan være til hinder for eller indebære ulemper for den virksomhed, som udøves af en tjenesteyder med hjemsted

7 — Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om betingelserne for udstationering af arbejdstagere fra tredje- lande som led i udveksling af tjenesteydelser over grænserne (EFT C 67, s. 12), der blev fremsat af Kommissionen den 12.2.1999. I samme sag fremsatte Rådet et andet direktivfor- slag, hvorved den frie bevægelighed for tjenesteydelser over grænserne udstrækkes til arbejdstagere fra tredje lande, der er bosat på Fællesskabets område. De ændrede direktivforslag er begge dateret den 8.5.2000.

8 — Jeg behandlede også disse spørgsmål i mit forslag til afgørelse af den sag, der mundede ud i dom af 23.11.1999, forenede sager C-369/96 og C-376/96, Arblade og Leloup, Sml. I, s. 8453.

i en anden medlemsstat, hvor denne lovligt præsterer tilsvarende tjenesteydelser, eller kan gøre denne virksomhed mindre tiltrækkende<sup>9</sup>, i det omfang »denne lovgivning medfører udgifter samt yderligere administrative og økonomiske omkostninger«<sup>10</sup>.

28. Selv i tilfælde, hvor der ikke foreligger en fællesskabsbestemmelse — som det er tilfældet her — har Domstolen udtalt, at »Den frie udveksling af tjenesteydelser, som er et grundlæggende princip i traktaten, [kun] kan begrænses ved regler, der er begrundet i tvingende almene hensyn, og som gælder for enhver person eller ethvert selskab, der driver virksomhed på værtsmedlemsstatens område, og kun i det omfang disse hensyn ikke tilgodeses i kraft af de bestemmelser, tjenesteyderen er undergivet i den medlemsstat, hvori denne er etableret«<sup>11</sup>, idet den implicit henviste til proportionalitetsprincippet, da den udtalte, at »[a]nvendelsen af en medlemsstats nationale regler i forhold til tjenesteydere, som er etableret i andre medlemsstater, skal være egnet til at sikre

virkeliggørelsen af det formål, de forfølger, og må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for, at formålet opfyldes«<sup>12</sup>.

29. Domstolen har anerkendt, at beskyttelse af arbejdstagerne henhører under de tvingende almene hensyn<sup>13</sup>, idet den har afvist, at rent forvaltningsmæssige hensyn kan begrunde, »at en medlemsstat fraviger fællesskabsrettens regler, hvilket så meget mere må gælde, såfremt den pågældende fravigelse medfører, at udøvelsen af en af [Den Europæiske Unions] grundlæggende frihedsrettigheder udelukkes eller begrænses«<sup>14</sup>.

30. Domstolen har ligeledes fastslået, at »når arbejdstagere, der er beskæftiget i en virksomhed, som er etableret i en medlemsstat, midlertidigt udsendes til en anden medlemsstat med henblik på at præstere tjenesteydelser dér, sker dette ikke med det formål at få adgang til arbejdsmarkedet i denne anden medlemsstat, idet arbejdstagerne vender tilbage til deres hjem- eller bopælsland efter udførelsen af arbejdet«<sup>15</sup>, hvorfor de ikke

9 — Præmis 16 i dom af 24.1.2002, sag C-164/99, *Portugaia Construções*, Sml. I, s. 787. Jf. i samme retning dom af 25.10.2001, forenede sager C-49/98, C-50/98, C-52/98 — C-54/98 og C-68/98 — C-71/98, *Finalarte m.fl.*, Sml. I, s. 7831, og af 23.11.1999, *Arblade og Leloup*, nævnt i fodnote 8. I denne sidstnævnte dom henvises til dom af 25.7.1991, sag C-76/90, *Säger*, Sml. I, s. 4221, af 9.8.1994, sag C-43/93, *Vander Elst*, Sml. I, s. 3803, af 28.3.1996, sag C-272/94, *Guiot*, Sml. I, s. 1905, af 12.12.1996, sag C-3/95, *Reisebüro Broede*, Sml. I, s. 6511, og af 9.7.1997, sag C-222/95, *Parodi*, Sml. I, s. 3899.

10 — Præmis 30 i *Finalarte*-dommen, hvori der henvises til dom af 15.3.2001, sag C-165/98, *Mazzoleni og ISA*, Sml. I, s. 2189.

11 — *Finalarte*-dommens præmis 31. Jf. også dommene i *Portugaia Construções*-sagen, *Arblade og Leloup*-sagen, *Säger*-sagen, *Vander Elst*-sagen og *Guiot*-sagen og dom af 17.12.1981, sag-279/80, *Webb*, Sml. s. 3305, samt domme af 26.2.1991, sag 180/89, *Kommissionen mod Italien*, Sml. I, s. 709, og sag C-198/89, *Kommissionen mod Grækenland*, Sml. I, s. 727.

12 — *Finalarte*-dommens præmis 32. Denne argumentation findes ligeledes i dommene i *Portugaia Construções*-sagen, *Arblade og Leloup*-sagen, *Säger*-sagen, *Vander Elst*-sagen og *Guiot*-sagen, dommene i sagerne *Kommissionen mod Italien* og *Kommissionen mod Grækenland*, samt i dom af 31.3.1993, sag C-19/92, *Kraus*, Sml. I, s. 1663, og af 30.11.1995, sag C-55/94, *Gebhard*, Sml. I, s. 4165.

13 — Dom af 3.2.1982, forenede sager 62/81 og 63/81, *Seco og Desquenne & Giral*, Sml. s. 223, samt dommene i *Finalarte*-sagen, *Mazzoleni og ISA*-sagen, *Arblade og Leloup*-sagen, *Rush Portuguesa* og *Webb*-sagen.

14 — Præmis 37 i *Arblade og Leloup*-sagen, hvori der henvises til dom af 26.1.1999, sag C-18/95, *Terhoeve*, Sml. I, s. 345.

15 — *Finalarte*-dommens præmis 22, der er nævnt i fodnote 9, hvori der henvises til *Rush Portuguesa*-dommen og *Vander Elst*-dommen.

skal betragtes som »hørende til denne stats arbejdsmarked«<sup>16</sup>.

31. Domstolen har imidlertid gjort opmærksom på, at begrebet præstation af tjenesteydelser omfatter meget forskelligartede aktiviteter, hvorfor det ikke har samme virkninger i alle tilfælde. Medlemsstaterne har således adgang til at føre kontrol, der imidlertid ikke må gå ud over de grænser, som fællesskabsretten afstikker, herunder navnlig de grænser, der følger af retten til fri udveksling af tjenesteydelser, som ikke må undergraves, og hvis udøvelse ikke må underlægges myndighedernes frie skøn<sup>17</sup>.

## VII — Gennemgang

32. Henset til det anførte skal jeg herefter behandle spørgsmålet om, hvorvidt den luxembourgske lovgivning udgør en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser. Hvis det er tilfældet, vil jeg derefter behandle spørgsmålet om, hvorvidt denne hindring er begrundet i tvingende almen hensyn og om, hvorvidt disse hensyn allerede varetages efter lovgivningen i den medlemsstat, hvor tjenesteyderen har hjemsted og endelig, om man ikke kan opnå samme resultat ved mindre restriktive bestemmelser.

33. Gennemgangen indledes med at se nærmere på de krav, der stilles i bekendtgørelsen fra 1972, dvs. kravet om en forudgående tilladelse, om en tidsubegrænset ansættelseskontrakt, der er trådt i kraft mindst seks måneder før udstationeringen, og om en bankgaranti.

*A — Spørgsmålet, om der er tale om en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser*

34. Der tages udgangspunkt i en situation, hvor en virksomhed i en medlemsstat leverer tjenesteydelser i en anden medlemsstat ved hjælp af sine egne arbejdstagere, hvoraf alle eller nogle er statsborgere i tredjelande, hvilket medfører en midlertidig udstationering af disse arbejdstagere, hvorved værtsstaten — såfremt den anvender en lovgivning, der opstiller hindringer for denne udstationering — indirekte vanskeliggør de aktiviteter, der udføres af den virksomhed, som de arbejder for<sup>18</sup>.

35. Der er ingen tvivl om, at de nævnte krav i bekendtgørelsen fra 1972 — uanset, om de betragtes samlet eller hver for sig — udgør en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser, da de pålægger den virksomhed, der har til hensigt at gøre brug af sine udenlandske arbejdstagere, at opfylde nogle for-

16 — Finalarte-dommens præmis 47.

17 — Rush Portuguesa-dommens præmis 16 og 17.

18 — Generaladvokat Tesouro gav udtryk for det samme i punkt 1 i sit forslag til afgørelse af Vander Elst-sagen.

maliteter, som den ikke havde behøvet at opfylde, såfremt tjenesteydelsen blev udført i den stat, hvor den er hjemmehørende.

*B — Spørgsmålet, om der foreligger en begrundelse og spørgsmålet om proportionalitet*

36. Bekendtgørelsen fra 1972 henhører under de arbejdsretlige regler, selv om den har sammenhæng med den luxembourgiske udlændingeret<sup>19</sup>. Den luxembourgiske regering er af den opfattelse, at de omhandlede regler er bedst egnede til at beskytte den nationale sociallovgivning, idet de forstærker dens virkning på områder såsom minimumslønninger, sikkerhed på arbejdspladsen og ansættelseskontraktens varighed<sup>20</sup>.

37. Det fremgår af en simpel gennemlæsning af bekendtgørelsen, at et af hovedformålene med denne er regulering af arbejdsmarkedet. Man noterer sig, at det er arbejdsministeren eller dennes befuldmægtigede, der udsteder, nægter eller tilbagekalder de individuelle tilladelser under hensyntagen til »situationen på og udviklingen samt organiseringen af arbejdsmarkedet« (artikel 8)<sup>21</sup>.

19 — I artikel 1 gengives i det væsentlige indholdet af artikel 26 og 28 i den i fodnote 2 nævnte lov af 28.3.1972 om udlændinges indrejse, ophold, lægeundersøgelse og beskæftigelse. Lovens artikel 27 ligger ligeledes til grund for artikel 10, stk. 1.

20 — Regeringen har i denne forbindelse gjort gældende, at bekendtgørelsen fra 1972 skal fortolkes i sammenhæng med lov af 24.5.1989 om ansættelseskontrakter.

21 — Dette kriterium ligger ikke til grund for udstedelse af eller afslag på kollektive arbejdstilladelser, hvilket hører til undtagelserne (artikel 9).

38. Såvel den forudgående arbejdstilladelse som kravet om kontrakter af en bestemt karakter og fremlæggelsen af en bankgaranti bidrager til beskyttelse af arbejdstagerne, hvilket i overensstemmelse med det ovenfor anførte<sup>22</sup> udgør et tvingende alment hensyn, der kan berettigg hindringen. En anden måde at forhindre en omgåelse af reglerne ville eksempelvis være at forbyde den virksomhed, der leverer tjenesteydelsen, at ansætte de udenlandske arbejdstagere med det ene formål at stille dem til rådighed for andre virksomheder.

39. Som tidligere bemærket<sup>23</sup> har Domstolen i denne forbindelse anerkendt, at medlemsstaterne lovligt kan føre kontrol, under forudsætning af, at denne ikke går ud over de grænser, som fællesskabsretten afstikker, herunder navnlig de grænser, der følger af retten til fri udveksling af tjenesteydelser, og at den står i et rimeligt forhold til det formål, der forfølges.

40. Det er således af afgørende betydning at foretage en prøvelse af, om de luxembourgiske bestemmelser står i et rimeligt forhold til formålet om at beskytte de udenlandske arbejdstagere, idet det må undersøges, om det samme resultat vil kunne opnås med bestemmelser, der i mindre omfang indskrænker den frie etableringsret.

41. I mangel af en fællesskabsretlig regulering på området er det ikke hensigtsmæssigt at fjerne enhver form for restriktioner, der er

22 — I punkt 29 i det foreliggende forslag til afgørelse.

23 — I punkt 28 i det foreliggende forslag til afgørelse.



indført i national lovgivning i de stater, hvor virksomheder leverer tjenesteydelser ved hjælp af udenlandske arbejdstagere, og ej heller at overlade hele kontrollen til etableringsstaten. Fællesskabsretten går øjensynligt andre veje henset til de interesser, der er på spil<sup>24</sup>.

42. I mangel af et formaliseret samarbejde med hensyn til udveksling af oplysninger mellem medlemsstaterne pålægger artikel 49 EF ikke på nuværende tidspunkt disse at fjerne foranstaltninger, der står i et rimeligt forhold til det formål, de forfølger, og som er begrundet i hensynet til beskyttelsen af de udstationerede arbejdstagere, såfremt de ikke overlapper foranstaltningerne i etableringsstaten. Det samme gælder i tilfælde af, at foranstaltningerne er begrundet i hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed.

*C — Anvendelsen af den ovennævnte argumentation på de foranstaltninger, der er fastsat i bekendtgørelsen af 1972*

### 1. Den forudgående arbejdstilladelse

43. Det første krav, som der i den luxembourgske lovgivning stilles for at udlændinge

24 — Som anført ovenfor i punkt 25 går direktivforslaget om betingelserne for udstationering af arbejdstagere fra tredjelande som led i udveksling af tjenesteydelser over grænserne også i en anden retning.

kan arbejde på landets område i relation til udveksling af tjenesteydelser, der leveres af en virksomhed i en anden medlemsstat<sup>25</sup>, består i på forhånd at indhente en individuel eller en kollektiv arbejdstilladelse.

44. Jeg har svært ved at forstå, at denne foranstaltning skulle bidrage til at beskytte arbejdstagerne. Hvis hensigten er at få legitimt kendskab til arbejdstagerens ophold, til karakteren af de pågældende tjenesteydelser og til vilkårene for deres udførelse med henblik på at underlægge dem statens lovgivning<sup>26</sup>, er en så indgribende foranstaltning ufornøden, da det ville være tilstrækkeligt med en meddelelse, der indeholder de relevante oplysninger<sup>27</sup>.

45. Hvis hensigten er at underlægge dem den nationale sociallovgivning, må det konstateres, at den forudgående arbejdstilladelse i sin foreliggende form ikke medfører dette resultat, og at fællesskabsretten ikke er til

25 — Det er indiskutabelt, at såvel dette som de øvrige krav finder anvendelse på alle virksomhederne, herunder luxembourgske virksomheder, i forhold til en hvilken som helst udenlandsk arbejdstager, hvorfor det interessante i denne sammenhæng er kravets indflydelse på den frie udveksling af tjenesteydelser.

26 — Navnlige forskrifterne om mindstelønninger og sikkerhed på arbejdspladsen, som ifølge den luxembourgske regering er mere restriktive. Selv om sammenligningsgrundlaget ikke præciseres, synes den luxembourgske regering at referere til forskrifterne i alle de andre medlemsstater, hvilket må betegnes som en udokumenteret påstand.

27 — Generaladvokat Tesaro har givet udtryk for det samme synspunkt i forslaget til afgørelse i Vander Elst-sagen, der er nævnt i fodnote 9. I en sådan meddelelse kunne man desuden bl.a. udbede sig oplysninger om arbejdstagerne, om de kontrakter, de har indgået med virksomheden, om formålet og vilkårene for udstationeringen.

hinder for dette, eftersom der efter Domstolens udsagn intet er til hinder for, at arbejdstagerne bliver underlagt bestemmelserne i den stat, hvor de midlertidigt udstationeres<sup>28</sup>.

46. Det af den luxembourgiske regering nævnte princip om fællesskabsborgernes fortrinsret til arbejde, der er fastsat i forordning (EØF) nr. 1612/68<sup>29</sup>, er heller ikke berørt<sup>30</sup>, eftersom det ikke er spørgsmålet om ansættelse af arbejdstagere, der er omtvistet i sagen, og følgelig heller ikke deres adgang til arbejdsmarkedet<sup>31</sup>, idet der er tale om levering af tjenesteydelser fra en virksomhed i en anden medlemsstat, der allerede tæller dem blandt deres arbejdsstyrke efter at have opfyldt en række krav.

47. Det må endvidere ikke lades ude af betragtning, at afgørelsen om at meddele henholdsvis afslå en arbejdstilladelse beror

på et skøn, eftersom en efterfølgende retlig prøvelse — selv om den ifølge den luxembourgiske regering ikke er udelukket — må hvile på retlige grunde og ikke på hensigtsmæssighedsbetragtninger. De eneste ubestemte retsbegreber, der er fastsat til brug herfor, vedrører »situationen på og udviklingen samt organiseringen af arbejdsmarkedet« (artikel 8 og 10)<sup>32</sup>.

48. Under alle omstændigheder er den omstændighed, at der foreligger en adgang til retlig kontrol ikke til hinder for det ovenfor anførte. Såfremt en virksomhed i en anden medlemsstat ønsker at udstationere sine udenlandske arbejdstagere, og de luxembourgiske myndigheder afslår at give tilladelse hertil under udøvelse af deres skønsmæssige og virksomheden derfor må gå rettens vej, lægger man tværtimod yderligere en hindring i vejen for den frie udveksling af tjenesteydelser, der uden tvivl ville være mindre omfattende, hvis tilladelsen blev erstattet af en forudgående meddelelse, hvori de oplysninger, der er af interesse for den kontrol, der er tilladt efter fællesskabsretten, fremgår<sup>33</sup>.

28 — I Vander Elst-dommen har Domstolen udtalt, at »fællesskabsretten ikke er til hinder for, at medlemsstaterne lader deres lovgivning eller de kollektive overenskomster, der er indgået mellem parterne på arbejdsmarkedet vedrørende mindstelønninger, gælde for alle, som udøver en lønnet beskæftigelse, herunder af midlertidig karakter, på deres områder, uanset i hvilken medlemsstat arbejdsgiveren er etableret. Fællesskabsretten opstiller heller ikke noget forbud mod, at medlemsstaterne træffer passende foranstaltninger til at sikre en overholdelse af sådanne regler« (præmis 23), og til disse tillader jeg mig ikke at henregne den forudgående arbejdstilladelse, der kræves efter bekendtgørelsen fra 1972. En lignende argumentation kan man finde i dommene i Rush Portuguesa-sagen og i Seco-sagen. Direktiv 96/71, som den luxembourgiske regering har henvist til, går i samme retning, selv om der ikke stilles krav om en forudgående tilladelse, med henblik på at anvende lovgivningen og de kollektive overenskomster.

29 — Rådets forordning af 15.10.1968 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet (EFT L 257, s. 2).

30 — Der også nævnes i artikel 10 i bekendtgørelsen fra 1972.

31 — Jf. punkt 49 i dette forslag til afgørelse.

32 — Dette gælder også, selv om det af den luxembourgiske forvaltningsrets domme — der er vedlagt svarskriftet — kan udledes, at disse begreber ligeledes omfatter lønforhold, ledige stillinger, illegal beskæftigelse, fortrinsret til stillinger og lignende.

33 — Som led i denne argumentation krævede generaladvokat Tesouro i det forslag til afgørelse, der er nævnt i fodnote 18 og 27, at »[d]enne kontrol skal være af formel art og må ikke føre til, at der træffes afgørelser af skønsmæssig karakter; sagt med andre ord, når det dokumenteres, at der foreligger en lovlig arbejdskontrakt, skal tilladelsen til udsendelsen af arbejdstagerne gives uden videre« (punkt 27). Det ville dog måske være hensigtsmæssigt at efterprøve, om denne gyldige kontrakt ligeledes dokumenterer, at der er tale om lovlig og fast beskæftigelse som anført i Vander Elst-dommen (præmis 26), hvilket jeg skal komme nærmere ind på i punkt 53 og 54 i dette forslag til afgørelse.

49. Hvis et af hovedformålene med at kræve en forudgående arbejdstilladelse er at regulere arbejdstagere fra tredjelandes adgang til det luxembourgske arbejdsmarked, er der desuden tale om et krav, der går ud over det, der er nødvendigt for at præstere tjenesteydelser, således som det er fastslået i retspraksis i lignende tilfælde, eftersom en ansat i en virksomhed i en medlemsstat, der midlertidigt er udstationeret i en anden medlemsstat, ikke tilstræber at få adgang til arbejdsmarkedet i denne anden stat, idet den pågældende vender tilbage til sit hjem- eller bopælsland efter fuldførelsen af opgaven<sup>34</sup>.

## 2. Kravene til ansættelseskontrakten

50. Hvad angår kollektive arbejdstilladelser er det efter den luxembourgske bestemmelse ikke blot et krav, at der foreligger en forudgående ansættelseskontrakt. Det kræves yderligere, at en virksomhed, der er etableret i en anden medlemsstat, har indgået en tidsubegrænset ansættelseskontrakt med de pågældende udenlandske arbejdstagere, der er begyndt at løbe mindst seks måneder før udstationeringen (artikel 9, stk. 1).

51. Disse krav medfører — uanset, at de samtidig tjener andre formål — uden tvivl en bedre beskyttelse af de udstationerede uden-

landske arbejdstagere og modvirker omgåelse ved hjælp af ad hoc-kontrakter, udnyttelse af arbejdskraft fra tredjelande og konkurrenceforvridning i form af »social dumping«, således som den luxembourgske regering har gjort opmærksom på. Disse bestemmelser er imidlertid affattet i så brede og generelle vendinger, at de ikke står i et rimeligt forhold til beskyttelsen af udenlandske arbejdstagere, der udstationeres af virksomheder inden for Fællesskabet som led i udveksling af grænseoverskridende tjenesteydelser. Jeg forstår ikke, hvorfor en tidsubegrænset ansættelseskontrakt eller en kontrakt af en bestemt varighed i en sådan situation kan sikre en bedre eller anderledes beskyttelse i forhold til andre kontrakter, som følge af den blotte omstændighed, at tjenesteydelsen frembringes i Luxembourg<sup>35</sup>. En kontrakt af denne karakter fremmer stabiliteten i ansættelsesforholdet, men denne mulighed foreligger altid og ikke kun, når den pågældende arbejdstager rejser til en anden medlemsstat som led i en grænseoverskridende tjenesteydelse.

52. Disse krav medfører tværtimod — som Kommissionen med rette har anført — at sektorer, hvor det er almindeligt med midlertidige ansættelser, udelukkes, hvorfor kravene strider mod proportionalitetsprincippet og gør den frie udveksling af sporadiske og

34 — Jf. dommene i Rush Portuguesa-sagen, Vander Elst-sagen og Finalarte-sagen. Se i denne forbindelse punkt 30 i dette forslag til afgørelse.

35 — I direktiv 96/71 stilles der krav om, at der består et ansættelsesforhold mellem den udstationerende virksomhed, koncernen eller vikarbureauet og arbejdstageren i udstationeringsperioden (artikel 1, stk. 3).

kortvarige tjenesteydelser inden for Fællesskabet illusorisk<sup>36</sup>. Disse krav hindrer også en nyetableret virksomhed i at udføre aktiviteter i Luxembourg med udenlandske arbejdstagere, eftersom kravet om, at der skal foreligge arbejdskontrakter af en længde på mindst seks måneder, indebærer, at virksomheden skal have bestået i denne minimumsperiode.

54. Selv om den omstændighed, at der foreligger en kontrakt, der opfylder betingelserne i bekendtgørelsen af 1972, tjener til at påvise, at der er tale om lovlig og fast beskæftigelse, findes der andre kontrakter, der også har denne karakter, hvorfor de ikke bør udelukkes på forhånd. Den kontrol, der skal udføres i hvert enkelt tilfælde, kan udføres ved hjælp af den meddelelse, som jeg tidligere har omtalt, idet man i denne meddelelse kan afgive de relevante oplysninger<sup>39</sup>.

53. Som den sagsøgte regering har anført blev traktatens artikel 59 og 60 (nu artikel 49 EF og 50 EF) i Vander Elst-dommen<sup>37</sup> fortolket således, »at de er til hinder for, at en medlemsstat stiller krav om, at virksomheder, som er etableret i en anden medlemsstat, i tilfælde, hvor de præsterer tjenesteydelser i førstnævnte medlemsstat — *når de lovligt og fast beskæftiger [tredjelandstatsborgere]* — for sådanne arbejdstagere skal opnå arbejdstilladelser fra en national myndighed med ansvar for spørgsmål vedrørende indvandreres beskæftigelse og betale de hermed forbundne udgifter, [idet] de ellers vil kunne blive pålagt en administrativ bøde«<sup>38</sup>. Denne udtalelse gør det imidlertid ikke muligt at antage, at betingelsen om, at der skal være tale om lovlig og fast beskæftigelse, kun kan opfyldes ved en bestemt type kontrakt, nemlig en tidsubegrænset kontrakt, der er begyndt at løbe mindst seks måneder før udstationeringen.

### 3. Bankgarantien

55. Der stilles endelig såvel for individuelle som for kollektive arbejdstilladelser krav om, at arbejdsgiveren stiller en bankgaranti på et fastsat beløb for hver arbejdstager (artikel 9a).

56. Dette krav udgør — uanset bankgarantiens størrelse, herunder de udgifter, der medgår til dens etablering og opretholdelse<sup>40</sup>, og uanset den omstændighed, at dette krav ifølge den luxembourgske regering sjældent stilles i praksis — en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser; og det står efter min opfattelse heller ikke i et rimeligt forhold til det formål, der forfølges hermed. Det er udtrykkeligt fastsat i bestem-

36 — Der er tale om tilfælde, som kan sammenlignes med arbejde »af ringe omfang«, der er nævnt i artikel 3, stk. 6, i direktiv 96/71.

37 — Nævnt i fodnote 9.

38 — Min fremhævelse.

39 — Jf. punkt 44 i dette forslag til afgørelse.

40 — Disse udgifter beløber sig ifølge sagsøgte til 25 EUR pr. halvår.

melsen, at sikkerhedsstillelsen skal dække udgifterne til hjemsendelse af den udstationerede arbejdstager. Garantien er imidlertid uforholdsmæssig, da den fællesskabsvirksomhed, som har bestemt udstationeringen, under alle omstændigheder er forpligtet til at sørge for arbejdstagerens hjemrejse, og der findes andre foranstaltninger, der er i overensstemmelse med denne rettighed i medfør af fællesskabsretten, såsom afsendelse af rykkerskrivelser med henblik på at få dækket de udgifter, der er opstået, uden at det er nødvendigt at sikre betaling af disse på forhånd ved hjælp af en bankgaranti.

Den sagsøgte medlemsstat er selv klar over dette forhold, idet den er ved at udarbejde et lovforslag om ophævelse af dette krav<sup>41</sup>.

## VIII — Konklusion

57. Jeg er følgelig af den opfattelse, at Storhertugdømmet Luxembourg har tilside-sat sine forpligtelser efter artikel 49 EF, for så vidt som levering af tjenesteydelser på dens område af virksomheder, der er etableret i anden medlemsstat, og som benytter sig af udenlandske arbejdstagere, er underlagt de nævnte krav i bekendtgørelsen fra 1972.

58. Disse betingelser udgør en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser, der — selv om de nogle gange er begrundet i beskyttelse af disse arbejdstagere — er i strid med proportionalitetsprincippet, da der findes andre alternative foranstaltninger, der er forenelige med fællesskabsretten.

59. Det ovenfor anførte skal forstås med forbehold af, at man på det lovgivningsmæssige område skrider frem inden for rammerne af det foreliggende direktivforslag<sup>42</sup> og af, at man på udenlandske arbejdstagere, der er udstationeret i Storhertugdømmet Luxembourg, anvender bestemmelser, der regulerer forskellige aspekter vedrørende arbejdsforholdet<sup>43</sup>.

## IX — Sagsomkostninger

60. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har nedlagt påstand om, at Storhertugdømmet Luxembourg tilpligtes at betale sagens omkostninger, og da dette har tabt sagen, bør det pålægges det at betale sagens omkostninger.

42 — Jf. punkt 25 i dette forslag til afgørelse.

43 — Præmis 25 i Vander Elst-dommen. I samme retning artikel 3 i direktiv 96/71. Jf. punkt 45 i dette forslag til afgørelse.

## X — Forslag til afgørelse

61. I overensstemmelse med ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at afgøre sagen således:

- »1) Det fastslås, at Storhertugdømmet Luxembourg har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 49 EF, idet det pålægger virksomheder, der er etableret i en anden medlemsstat, og som ønsker at levere tjenesteydelser i Luxembourg ved hjælp af udenlandske arbejdstagere, følgende krav: a) at der ansøges om en individuel arbejdstilladelse, der tildeles efter et frit skøn, eller en kollektiv arbejdstilladelse, der kun udstedes i undtagelsestilfælde, under forudsætning af, at ansættelseskontrakterne er tidsbegrænsede, og at de er begyndt at løbe mindst seks måneder før udstationeringen, b) at der i begge tilfælde stilles krav om en bankgaranti.
  
- 2) Storhertugdømmet Luxembourg pålægges at betale sagens omkostninger.«