

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

VERICA TRSTENJAK

fremsat den 13. september 2007<sup>1</sup>

Indhold

I	— Indledning .....	I - 4331
II	— Retsregler .....	I - 4331
	A — Fællesskabsretten .....	I - 4331
	B — Nationale bestemmelser .....	I - 4333
III	— Administrativ procedure .....	I - 4337
IV	— Sagsforløbet for Domstolen og parternes påstande .....	I - 4338
V	— Parternes vigtigste argumenter .....	I - 4339
	A — Første klagepunkt: mangelfuld gennemførelse af artikel 3, stk. 1 og 10, i direktiv 96/71 .....	I - 4340
	— Kravet om en skriftlig ansættelseskontrakt eller et tilsvarende dokument i henhold til direktiv 91/533/EØF (artikel 1, stk. 1, nr. 1, i lov af 20.12.2002) ..	I - 4340
	— Automatisk tilpasning af lønnen til udviklingen i leveomkostningerne (artikel 1, stk. 1, nr. 2, i lov af 20.12.2002) .....	I - 4340
	— Overholdelse af ordningen vedrørende deltidsarbejde og midlertidige ansættelsesforhold (artikel 1, stk. 1, nr. 8, i lov af 20.12.2002) .....	I - 4340
	— Overholdelse af kollektive aftaler (artikel 1, stk. 1, nr. 11, i lov af 20.12.2002) .....	I - 4341
	B — Andet klagepunkt: mangelfuld gennemførelse af artikel 3, stk. 1, litra a), i direktiv 96/71 .....	I - 4341
	C — Tredje klagepunkt: manglende klarhed med hensyn til kontrolforanstaltninger ..	I - 4341

1 — Originalsprog: tysk.

D — Fjerde klagepunkt: kravet om en ad hoc-befuldmægtiget person .....	I - 4342
VI — Retlig vurdering .....	I - 4342
A — Indledende bemærkninger .....	I - 4342
1. Det lovgivningsmæssige formål med direktiv 96/71 .....	I - 4342
2. Rammerne for en retlig vurdering .....	I - 4343
B — Gennemgang af klagepunkterne .....	I - 4345
Første klagepunkt .....	I - 4345
1. Begrebet ordre public (den offentlige orden) i artikel 3, stk. 10, i direktiv 96/71 .....	I - 4345
2. Bestemmelserne i artikel 1, stk. 1, nr. 1, 2, 8 og 11, i lov af 20. december 2002 .....	I - 4348
— Kravet om en skriftlig ansættelseskontrakt eller et tilsvarende dokument i direktiv 91/533's forstand .....	I - 4348
— Automatisk tilpasning af lønnen til udviklingen i leveomkostningerne .....	I - 4350
— Overholdelse af reglerne om deltidsansættelse og tidsbegrænset ansættelse .....	I - 4350
— Overholdelse af kollektive aftaler .....	I - 4352
Andet klagepunkt .....	I - 4354
Tredje klagepunkt .....	I - 4355
Fjerde klagepunkt .....	I - 4359
VII — Sagens omkostninger .....	I - 4362
VIII — Forslag til afgørelse .....	I - 4362

**I — Indledning**

1. Den foreliggende sag behandler et traktatbrudssøgsmål indgivet af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber til Domstolen i henhold til artikel 226 EF med påstand om, at den fastslår, at Storhertugdømmet Luxembourg på grund af de betingelser, landet stiller til virksomheder, der har hjemsted i en anden medlemsstat og udstationerer arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser, har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 3, stk. 1 og 10, i Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 96/71/EF af 16. december 1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser (herefter »direktiv 96/71«) såvel som i henhold til artikel 49 EF og 50 EF<sup>2</sup>.

bosat i et andet af Fællesskabets lande end modtageren af den pågældende ydelse.

3. Artikel 50, stk. 1, EF definerer tjenesteydelser som de ydelser, der normalt udføres mod betaling, i det omfang de ikke omfattes af bestemmelserne vedrørende bl.a. den frie bevægelighed for kapital og personer. I medfør af denne bestemmelses sidste stykke kan tjenesteyderen midlertidigt udøve sin virksomhed i det land, hvor ydelsen præsteres, på samme vilkår, som det pågældende land fastsætter for sine egne statsborgere.

4. Artikel 3, stk. 1 og 10, i direktiv 96/71 bestemmer følgende under overskriften »Arbejds- og ansættelsesvilkår«:

**II — Retsregler****A — Fællesskabsretten**

2. Artikel 49, stk. 1, EF forbyder restriktioner, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser inden for Fællesskabet for så vidt angår statsborgere i medlemsstaterne, der er

»1. Medlemsstaterne påser, at de i artikel 1, stk. 1, omhandlede virksomheder, uanset hvilken lovgivning der finder anvendelse på ansættelsesforholdet, på nedennævnte områder sikrer de arbejdstagere, der er udstationeret på deres område, de arbejds- og ansættelsesvilkår, som i den medlemsstat, på hvis område arbejdet udføres, er fastsat:

— ved lov eller administrative bestemmelser, og/eller

2 — EFT 1997 L 18, s. 1.

— ved kollektive aftaler eller voldgiftskendelser, der finder generel anvendelse, jf. stk. 8, for så vidt de vedrører de i bilaget nævnte aktiviteter:

a) maksimal arbejdstid og minimal hviletid

b) mindste antal betalte feriedage pr. år

c) mindsteløn, herunder overtidsbetaling; dette gælder ikke for erhvervstilknyttede tillægspensionsordninger

d) betingelserne for at stille arbejdstagere til rådighed, især via vikarbureauer

e) sikkerhed, sundhed og hygiejne på arbejdspladsen

f) beskyttelsesforanstaltninger med hensyn til arbejds- og ansættelsesvilkår for gravide kvinder og kvinder, der lige har født, samt for børn og unge

g) ligebehandling af mænd og kvinder samt andre bestemmelser vedrørende ikke-forskelsbehandling.

I forbindelse med dette direktiv defineres begrebet mindsteløn, jf. stk. 1, litra c), i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis i den medlemsstat, på hvis område arbejdstageren er udstationeret.

[...]

10. Dette direktiv er ikke til hinder for, at medlemsstaterne under iagttagelse af traktaten uden forskel pålægger nationale virksomheder og andre staters virksomheder:

— arbejds- og ansættelsesvilkår på andre områder end dem, der er nævnt i stk. 1, første afsnit, for så vidt der er tale om grundlæggende retsprincipper (ordre public)

— arbejds- og ansættelsesvilkår, som er fastsat i kollektive aftaler eller voldgiftskendelser, jf. stk. 8, vedrørende andre aktiviteter end dem, der er omhandlet i bilaget.«

5. I forbindelse med vedtagelsen af direktivet blev der afgivet en erklæring (erklæring nr. 10), ifølge hvilken »udtrykket »ordre public-bestemmelser« skal forstås således, at det dækker de obligatoriske regler, som ikke kan fraviges, og som i kraft af deres art og formål opfylder nogle ufravigelige krav i almenhedens interesse. Der kan specielt være tale om forbud mod tvangsarbejde eller det offentlige deltagelse i overvågningen af, at lovgivningen om arbejdsvilkår overholdes»<sup>3</sup>.

## B — Nationale bestemmelser

6. Artikel 1 i den luxembourgiske lov af 20. december 2002 om gennemførelse af direktiv 96/71 og kontrol af anvendelsen af arbejdsretten (herefter »lov af 20. december 2002«) fastsætter følgende<sup>4</sup>:

3 — Erklæring 10 er ikke blevet offentliggjort i EF-Tidende. Indholdet af den er imidlertid gengivet i Meddelelse fra Kommissionen til Rådet, Europa-Parlamentet, det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget af 25.7.2003, KOM/2003/0458 endelig, s. 13.

4 — Lov af 20.12.2002 om gennemførelse af Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 96/71/EF af 16.12.1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser og om kontrol af anvendelsen af arbejdsretten, Mémorial A — nr. 154 af 31.12.2002, s. 3722.

»1) Ufravigelige bestemmelser i national ret, især bestemmelserne om overenskomster og aftaler i henhold til lov af 27. marts 1986 om ratificering af Rom-konventionen af 19. juni 1980 om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser, omfatter alle arbejdstagere beskæftiget på Storhertugdømmet Luxembourgs område, herunder dem, der er udstationeret midlertidigt i Luxembourg, uanset udstationeringens varighed eller formål: alle regler i love, forordninger og administrative bestemmelser, samt alle de regler, der kan udledes af generelt bindende kollektive aftaler eller en voldgiftskendelse med et lignende anvendelsesområde, vedrørende følgende områder:

1. den skriftlige arbejdskontrakt eller det dokument, der er oprettet på grundlag af Rådets direktiv 91/533/EØF af 14. oktober 1991 om arbejdsgiverens pligt til at underrette arbejdstageren om vilkårene for arbejdskontrakten eller ansættelsesforholdet

2. den sociale mindsteløn og den automatiske tilpasning af lønnen til udviklingen i leveomkostningerne

3. arbejdstid og hviletid

4. betalt ferie
  5. ferielukning
  6. lovbestemte helligdage
  7. regulering af vikararbejde og tilrådgivningsstilling af arbejdstagere
  8. regulering af deltidsarbejde og midlertidige ansættelsesforhold
  9. regler til beskyttelse af arbejds- og ansættelsesvilkår for børn og unge samt for gravide kvinder og kvinder, der lige har født
  10. ikke-forskelsbehandling
  11. kollektive arbejdsaftaler
  12. den uvirksomhed, der er fremtvunget af retsfor skrifter vedrørende vejrligsbet inget og teknisk betinget arbejdsløshed
  13. sort eller illegalt arbejde, herunder bestemmelser om arbejdstilladelse for arbejdstagere, der ikke stammer fra en medlemsstat af det Europæiske Økono miske Samarbejdsområde
  14. arbejdstagernes sikkerhed og sundhed på arbejdspladsen i almindelighed, og i særdeleshed bestemmelser fastsat af det gensidige erhvervsulykkesforsikrings selskab (Association d'assurance contre les accidents) til forebyggelse af ulykker i henhold til artikel 154 i socialforsikrings ordningen, samt de minimumsbestem melser vedrørende sikkerhed og sund hedsbeskyttelse, der er fastlagt ved en storhertugelig forordning efter bindende udtalelse fra Statsrådet [Conseil d'Etat] og med godkendelse fra Parlamen tets Formandskonference på grundlag af artikel 14 i lov af 17. juni 1994 om sikkerhed og sundhedsbeskyttelse på arbejdspladsen.
- 2) Bestemmelserne i stk. 1 i nærværende artikel gælder for alle arbejdstagere uanset nationalitet, som arbejder for en hvilken som helst virksomhed og uden hensyn til virk somhedens nationalitet og dens retlige eller faktiske adresse.«
7. Artikel 2 i samme lov fastsætter følgende:
- »1) Bestemmelserne i artikel 1 i denne lov gælder desuden for alle virksomheder, som

i forbindelse med levering af tjenesteydelser over grænserne udstationerer arbejdstagere på Storhertugdømmet Luxembourgs område, med undtagelse af sejlene personale i handelsmarinen.

2) Ved »udstationering«, som udtrykket er anvendt i stk. 1 ovenfor, forstås følgende aktiviteter, der udføres af de pågældende virksomheder, såfremt der i udstationeringsperioden består et ansættelsesforhold mellem den udstationerende virksomhed og arbejdstageren:

1. udstationering af en arbejdstager, selv for en kort eller på forhånd fastsat periode for de i denne artikels stk. 1 nævnte virksomheders regning og under deres ledelse, på Storhertugdømmet Luxembourgs område i henhold til en aftale mellem den udstationerende virksomhed og modtageren af tjenesteydelsen, der er hjemmehørende eller driver virksomhed i Luxembourg

2. udstationering af en arbejdstager, selv for en kort eller på forhånd fastsat periode, på Storhertugdømmet Luxembourgs område på et forretningssted, der tilhører den udstationerende virksomhed, eller i en virksomhed tilhørende samme koncern som den udstationerende virksomhed

3. med forbehold af anvendelsen af lov af 19. maj 1994 om regulering af overdragelse af arbejdskraft og midlertidig tilrådighedsstillelse af arbejdskraft, udstationering af en arbejdstager, selv for en kort eller på forhånd fastsat periode, foretaget af et vikarbureau eller inden for rammerne af vikararbejde, i en bruger- virksomhed, som er hjemmehørende eller driver virksomhed i Luxembourg.

3) Som udstationeret arbejdstager regnes enhver arbejdstager, der normalt er beskæftiget i udlandet og i en begrænset periode udfører sit arbejde i Storhertugdømmet Luxembourg.

4) Betegnelsen »ansættelsesforhold« defineres i overensstemmelse med luxembourgsk lovgivning.«

8. Artikel 7 i lov af 20. december 2002 lyder således:

»1) Inden for denne lovs anvendelsesområde skal en virksomhed, selv om den har hjemsted uden for Storhertugdømmet Luxembourg eller normalt har sine aktiviteter uden for det luxembourgiske område, såfremt en eller flere af dens arbejdstagere, herunder de, der i henhold til bestemmelserne i artikel 1 og 2 i nærværende lov er midlertidigt udstationeret i Luxembourg, udfører et arbejde i Luxembourg, inden arbejdet påbegyndes,

alene på forespørgsel og hurtigst muligt give arbejdstilsynet [Inspection du travail et des mines] de oplysninger, som er absolut nødvendige for at føre kontrol, herunder især

arbejdstagerne er forsikrede under deres ophold på luxembourgsk område

— arbejdstagernes efternavn, fornavn, fødested, og fødselsdato, civilstand, nationalitet og erhverv

— en kopi af den skriftlige ansættelseskontrakt eller af det dokument, der er oprettet i henhold til Rådets direktiv af 14. oktober 1991 om arbejdsgiverens pligt til at underrette arbejdstageren om vilkårene for arbejdskontrakten eller ansættelsesforholdet.

— arbejdstagernes nøjagtige erhvervs-mæssige kvalifikationer

— den egenskab, i kraft af hvilken de er blevet ansat af virksomheden, og det arbejde, de normalt udfører dér

2) Anvendelsen af nærværende artikel kan senere fastlægges nøjere ved en storhertugelig forordning.«

— angivelse af arbejdstagernes bopæl og om nødvendigt deres faste opholdssted

9. Artikel 8 i samme lov bestemmer følgende:

— om nødvendigt opholds- eller arbejdstilladelse

»Enhver virksomhed, der er hjemmehørende i udlandet og har sit hovedsæde dér eller ikke har noget fast forretningssted i Luxembourg i skattelovens forstand, og fra hvilken en eller flere arbejdstagere udfører et hvilket som helst arbejde i Luxembourg, er forpligtet til at deponere de dokumenter, der er nødvendige til kontrol af de ovennævnte forpligtelser, som virksomheden er pålagt i kraft af nærværende lov og især af artikel 7, hos en ad hoc-befuldmægtiget person bosiddende i Luxembourg. Disse dokumenter skal på forespørgsel og hurtigst muligt forelægges arbejdstilsynet. Virksomheden eller dennes i forrige stykke anførte repræsentant skal i forvejen, før det lønnede arbejde påbegyndes, underrette arbejdstilsynet ved anbefalet brev

— arbejdsstedet/arbejdsstederne i Luxembourg og arbejdets varighed

— en kopi af formular E 101 eller om nødvendigt en nøjagtig angivelse af de socialforsikringsinstitutioner, i hvilke



med modtagelsesbevis om den nøjagtige adresse for deponeringen.«

— Artikel 7 i loven af 20. december 2002, som pålægger de virksomheder, hvis arbejdstagere permanent eller midlertidigt udfører arbejde i Luxembourg, en forpligtelse til »inden arbejdet påbegyndes«, »alene på forespørgsel« og »hurtigst muligt« at give Inspection du travail et des mines de oplysninger, som er væsentlige og absolut nødvendige for at kunne føre kontrol, udviser ikke den fornødne klarhed til at garantere retssikkerheden.

### III — Administrativ procedure

10. Ved åbningsskrivelse af 1. april 2004 gjorde Kommissionen den luxembourgske regering opmærksom på nogle uoverensstemmelser i forbindelse med gennemførelsen af direktiv 96/71 ved lov af 20. december 2002. Med henblik på en mulig tilsidesættelse af direktiv 96/71 samt af artikel 49 EF og 50 EF fremførte Kommissionen følgende klagepunkter:

— Loven af 20. december 2002 tvinger virksomheder, der har hjemsted i en anden medlemsstat og udstationerer arbejdstagere i Luxembourg, for at de kan levere tjenesteydelser dér, til at overholde arbejds- og beskæftigelsesvilkår, der går ud over, hvad artikel 3, stk. 1 og 10, i direktiv 96/71 kræver.

— Loven af 20. december 2002 gennemfører ikke direktiv 96/71 fuldstændigt, for så vidt som de nationale bestemmelser begrænser begrebet »minimal hviletid« til den ugentlige hviletid og udelukker andre hviletider, såsom den daglige hviletid eller pauser.

— Artikel 8 i lov af 20. december 2002 indskrænker den frie udveksling af tjenesteydelser, idet den forpligter de nævnte virksomheder til at udpege en ad hoc-befuldmagtiget person bosiddende i Luxembourg til at opbevare de dokumenter, der er nødvendige til kontrollen af de forpligtelser, som påhviler disse virksomheder.

11. I sit svarskrift af 30. august 2004 gjorde den luxembourgske regering gældende, at de lovbestemmelser om anvendelse af arbejds- og ansættelsesvilkår, som Kommissionen kritiserede, var bestemmelser, der hørte ind under de grundlæggende retsprincipper (ordre public) som omhandlet i artikel 3, stk. 10, i direktiv 96/71.

12. Med hensyn til det andet klagepunkt erkendte den luxembourgske regering, at der forelå en ufuldstændig gennemførelse af direktiv 96/71.

13. Hvad angår Kommissionens tredje og fjerde klagepunkt betegnede den luxembourgske regering bestemmelserne i artikel 7 i lov af 20. december 2002 som forenelige med fællesskabsretten, da forpligtelsen til at udpege en ad hoc-befuldmægtiget person bosiddende i Luxembourg til at opbevare de dokumenter, som er nødvendige til kontrol af de forpligtelser, der påhviler disse virksomheder, hverken tvinger til en forhåndserklæring eller udgør et diskriminerende krav. Det er derimod foranstaltninger, som er nødvendige for, at de kompetente nationale myndigheder kan udføre deres kontrolfunktion.

14. Kommissionen anså ikke dette svar for tilfredsstillende og besluttede derfor at sende en begrundet udtalelse til den luxembourgske regering, dateret den 18. oktober 2005, i hvilken den gjorde gældende, at Storhertugdømmet Luxembourg ikke havde opfyldt sine forpligtelser i henhold til artikel 3, stk. 1 og 10, i direktiv 96/71, samt artikel 49 EF og 50 EF

- ved i artikel 7, stk. 1, i denne lov at have opstillet betingelser, som ikke er tilstrækkeligt klare til at varetage retssikkerheden, og
  - ved i artikel 8 i denne lov at have overdraget opbevaringen af de dokumenter, der er nødvendige for at føre kontrol i Luxembourg, til en ad hoc-befuldmægtiget person bosiddende dér.
15. Kommissionen opfordrede desuden Storhertugdømmet Luxembourg til inden to måneder fra modtagelsen at træffe de nødvendige foranstaltninger for at efterkomme den begrundede udtalelse.
16. Ved skrivelse af 22. december 2005 anmodede den luxembourgske regering Kommissionen om forlænget frist for at kunne redegøre for sit standpunkt. Men Kommissionens begrundede udtalelse forblev ubesvaret. Derpå anlagde Kommissionen denne sag.

- ved at have erklæret bestemmelserne i artikel 1, stk. 1, nr. 1, 2, 8 og 11, i lov af 20. december 2002 for administrative regler inden for den »nationale offentlige orden«

#### **IV — Sagsforløbet for Domstolen og parternes påstande**

- ved ikke at have gennemført artikel 3, stk. 1, litra a), i direktiv 96/71 fuldstændigt i artikel 1, stk. 1, nr. 3, i samme lov
17. I stævningen, som blev indleveret til Domstolens Justitskontor den 20. juli 2006, nedlægger Kommissionen påstand om,

- at det fastslås, at Storhertugdømmet Luxembourg har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 3, stk. 1 og 10, i direktiv 96/71, samt artikel 49 EF og 50 EF, da
- Storhertugdømmet Luxembourg tilpligtes at betale sagens omkostninger.

1. det har erklæret bestemmelserne i artikel 1, stk. 1, nr. 1, 2, 8 og 11, i lov af 20. december 2002 for administrative regler inden for den »nationale offentlige orden«
18. I svarskriftet, som blev indleveret den 5. oktober 2006, nedlægger den luxembourgske regering påstand om frifindelse samt om, at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.
2. det har gennemført artikel 3, stk. 1, litra a), i direktiv 96/71 ufuldstændigt i artikel 1, stk. 1, nr. 3, i samme lov
19. Efter at Kommissionens replik var indgivet den 10. november 2006 og den luxembourgske regerings duplik den 12. januar 2007, var den skriftlige forhandling afsluttet. Der er ikke afholdt retsmøde i sagen.
3. det i artikel 7, stk. 1, i denne lov har opstillet betingelser, som ikke er tilstrækkeligt klare til at varetage retssikkerheden, og
4. det i artikel 8 i denne lov har overdraget opbevaringen af de dokumenter, der er nødvendige for at føre kontrol i Luxembourg, til en ad hoc-befuldmægtiget person bosiddende dér.
20. Kommissionen støtter søgsmålet på fire klagepunkter, som den retter mod de luxembourgske gennemførelsesbestemmelser.

## V — Parternes vigtigste argumenter

A — Første klagepunkt: mangelfuld gennemførelse af artikel 3, stk. 1 og 10, i direktiv 96/71

kontrollen af, om forpligtelserne i henhold til direktiv 91/533 er overholdt ved udstationering, udelukkende tilkommer etableringslandets myndigheder, men ikke værtslandet.

21. Kommissionen har gjort gældende, at Storhertugdømmet Luxembourgs gennemførelse af direktiv 96/71 er mangelfuld, idet den i sit første klagepunkt anfægter fire bestemmelser i lov af 20. december 2002. Efter Kommissionens opfattelse har Luxembourg ved uretmæssigt at erklære samtlige nationale bestemmelser for bestemmelser om den offentlige orden pålagt virksomheder, der udstationerer arbejdstagere i Luxembourg, videre forpligtelser, end hvad direktiv 96/71 foreskriver. Efter Kommissionens opfattelse bygger gennemførelsen på en for bred fortolkning af begrebet »bestemmelser om den offentlige orden« i artikel 3, stk. 10, i direktiv 96/71. Sådanne bestemmelser skal vurderes på grundlag af erklæring nr. 10 til direktiv 96/71, der præciserer dette begreb.

— Automatisk tilpasning af lønnen til udviklingen i leveomkostningerne (artikel 1, stk. 1, nr. 2, i lov af 20.12.2002)

23. Kommissionen er af den opfattelse, at den luxembourgske lovgivning med sit krav om automatisk tilpasning af lønnen til udviklingen i leveomkostningerne strider mod direktiv 96/71, der kun omhandler udstationeringslandets regulering af mindstelønninger.

— Kravet om en skriftlig ansættelseskontrakt eller et tilsvarende dokument i henhold til direktiv 91/533/EØF (artikel 1, stk. 1, nr. 1, i lov af 20.12.2002)

— Overholdelse af ordningen vedrørende deltidsarbejde og midlertidige ansættelsesforhold (artikel 1, stk. 1, nr. 8, i lov af 20.12.2002)

22. Dette kritikpunkt vedrører for det første den lovbestemte forpligtelse til kun at udstationere arbejdstagere, der er knyttet til virksomheden ved en skriftlig arbejdskontrakt eller et tilsvarende dokument i direktiv 91/533's forstand. Kommissionen mener, at

24. Efter Kommissionens opfattelse tilkommer det ifølge direktiv 96/71 ikke værtsmedlemsstaten at påtvinge virksomheder, der udsender arbejdstagere, sin lovgivning vedrørende deltidsarbejde og midlertidige ansættelsesforhold.

— Overholdelse af kollektive aftaler (artikel 1, stk. 1, nr. 11, i lov af 20.12.2002)

25. Kommissionen har gjort gældende, at kollektive aftaler ikke kan udgøre administrative bestemmelser inden for den »nationale offentlige orden« uafhængigt af deres materielle indhold.

26. Den luxembourgske regering henviser i stor udstrækning til redegørelsen i svarskriftet af 30. august 2004, ifølge hvilken bestemmelserne i artikel 1 i lov af 20. december 2002 er bestemmelser om den offentlige orden, idet de har til formål at beskytte arbejdstagerne. Selv om den luxembourgske regering i grunden anser Kommissionens henvisning til erklæring nr. 10 vedrørende direktiv 96/71 for rigtig, påpeger den dog, at denne erklæring ikke er blevet offentliggjort i EF-Tidende og derfor ikke må anvendes som fortolkningsbidrag. Under alle omstændigheder betragter den bestemmelserne i lov af 20. december 2002 som berettigede ud fra bydende hensyn til almenvellet. Endelig henviser den som støtte for sin opfattelse til den lovgivningsprocedure, der førte til Kommissionens forslag til et direktiv om tjenesteydelser i det indre marked<sup>5</sup>.

5 — Ændret forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om tjenesteydelser i det indre marked af 4.4.2006, KOM/2006/0160, endelig.

B — *Andet klagepunkt: mangelfuld gennemførelse af artikel 3, stk. 1, litra a), i direktiv 96/71*

27. Den luxembourgske regering erkender, at direktiv 96/71 ikke blev gennemført fuldstændigt, og henviser til en lovændring af 19. maj 2006.

28. Kommissionen har gjort gældende, at den ikke har modtaget oplysning herom.

C — *Tredje klagepunkt: manglende klarhed med hensyn til kontrolforanstaltninger*

29. Efter Kommissionens opfattelse er artikel 7, stk. 1, i lov af 20. december 2002 ikke tilstrækkeligt klart formuleret til at varetage den nødvendige retssikkerhed for virksomheder, som ønsker at sende arbejdstagere til Luxembourg. Ved at øge disse virksomheders risiko for at overtræde loven udgør denne regel en uberettiget begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser. Under alle omstændigheder udgør forpligtelsen til inden arbejdets påbegyndelse alene på forespørgsel og hurtigst muligt at give arbejdstilsynet de oplysninger, der er absolut nødvendige for at føre kontrol, en forhåndsmeddelelse, som er uforenelig med artikel 49 EF.

30. Den luxembourgske regering anser derimod lovtæksten for tilstrækkelig klar. Der er i hvert fald ikke med formuleringen i artikel 7, stk. 1, i lov af 20. december 2002 forbundet noget krav om en forhåndsmeddelelse.

påbegyndes, bortset fra tidspunktet efter udstationeringen.

## VI — Retlig vurdering

### D — Fjerde klagepunkt: kravet om en ad hoc-befuldmægtiget person

#### A — Indledende bemærkninger

31. Efter Kommissionens opfattelse udgør det i artikel 8 i lov af 20. december 2002 fremsatte krav om udpegelse af en ad hoc-befuldmægtiget person bosiddende i Luxembourg, som har til opgave også i en periode efter den egentlige tjenesteydelse at opbevare de dokumenter, der er nødvendige for at føre kontrol med disse virksomheders forpligtelser, en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser. Denne forpligtelse er ikke blot overflødig i henseende til det i artikel 4 i direktiv 96/71 omhandlede samarbejde om information, men er også forbundet med omkostninger for de berørte virksomheder.

1. Det lovgivningsmæssige formål med direktiv 96/71

33. Direktiv 96/71 foreskriver anvendelsen af bestemte ufravigelige arbejds- og ansættelsesvilkår i værtslandet for udstationerede arbejdstagere. Fastsættelsen af disse minimumsstandarder for arbejds- og ansættelsesvilkår skal tjene til at opfylde tre vidt forskellige formål: at undgå konkurrencefordrejning, at beskytte de udstationerede arbejdstageres rettigheder samt at fjerne hindringer og uklarheder, der begrænser den frie udveksling af tjenesteydelser.

32. Den luxembourgske regering mener derimod, at systemet med informations-samarbejde, som Kommissionen henviser til, ikke tillader de kompetente forvaltningsmyndigheder at gennemføre kontrollen med den påkrævede effektivitet. Desuden forudsætter loven af 20. december 2002 ingen bestemt retlig form for at kunne udøve funktionen som befuldmægtiget. Derudover skal de nødvendige dokumenter først deponeres hos den befuldmægtigede den dag, arbejdet

34. Udgangspunktet for Kommissionens og Rådets overvejelser var princippet om den frie udveksling af tjenesteydelser i artikel 49 EF, som har fået et stigende antal virksomheder til midlertidigt at udstationere deres arbejdstagere med henblik på udførelse af

arbejde i en anden medlemsstat end den, hvor de normalt er beskæftiget. Forudsætningen for på den måde at fremme grænseoverskridende tjenesteydelser var ifølge direktivudstederen en fair konkurrence og forholdsregler, der garanterer, at arbejdstagernes rettigheder respekteres<sup>6</sup>. På grund af forskelle mellem medlemsstaterne i indholdet af de ansættelsesvilkår, som skal overholdes i de enkelte tilfælde, kan der opstå den situation, at der anvendes lavere arbejds lønninger og andre ansættelsesvilkår for de udstationerede arbejdstagere end de, som gælder i værtslandet. Dette påvirker den loyale konkurrence mellem virksomhederne samt princippet om ligebehandling af udenlandske og indenlandske virksomheder, hvad der ud fra et socialt aspekt er uacceptabelt. Ved at lade en »hård kerne« i værtslandets arbejdsret gælde også for udenlandske virksomheder, skal den slags konkurrenceforbrejninger undgås.

35. Endvidere skal de problemer løses, som grænseoverskridende ansættelsesforhold rejser med hensyn til, hvilken lovgivning der skal anvendes på ansættelsesforholdet<sup>7</sup>. Ved at fastsætte, hvilke nationale bestemmelser der i forbindelse med udstationering af arbejdstagere skal anvendes som ufravigelige i henhold til artikel 7 i Rom-konventionen om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser, tilstræbte direktiv 96/71 at gøre de ansættelsesvilkår, der

skulle gælde, forudsigelige og dermed øge retssikkerheden<sup>8</sup>.

## 2. Rammerne for en retlig vurdering

36. Hvad angår den materielretlige ramme, som er grundlaget for Domstolens vurdering af foreneligheden af de omtvistede luxembourgiske bestemmelser med fællesskabsretten, vil jeg gerne påpege, at direktiv 96/71 kun medfører en delvis harmonisering af området vedrørende udstationering af arbejdstagere<sup>9</sup>. Direktivet skal først og frem-

8 — I syvende til ellevte betragtning til direktiv 96/71 behandles forholdet til Rom-konventionen, hvis artikel 6 vedrører individuelle arbejdsaftaler. Det afgørende ifølge denne artikel er — hvad enten det drejer sig om en begrænsning af lovvælg eller om den objektive kontraktstatut — »loven i det land, hvor arbejdstageren ved opfyldelsen af aftalen sædvanligvis udfører sit arbejde, selv om han midlertidigt er beskæftiget i et andet land« [artikel 6, stk. 2, litra a), i Rom-konventionen]. Denne bestemmelse modificeres i direktiv 96/71 i den forstand, at det er arbejdsstedets ret, der er afgørende for de i direktivet nævnte arbejds- og ansættelsesvilkår, medmindre det ansættelseskontraktstatut, der gælder ifølge Rom-konventionens artikel 6, fastsætter gunstigere betingelser. E. Jayme/C. Kohler, »Europäisches Kollisionsrecht 1997 — Vergemeinschaftung durch „Säulenwechsel“, *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 17. årgang, punkt 6, 1997, s. 400, er af den opfattelse, at man kan forstå udstationeringsdirektivet som en konkretisering af de »ufravigelige regler« i henhold til artikel 7 i Rom-konventionen, idet tiende betragtning udtrykkeligt henviser hertil.

9 — Jf. generaladvokat Légers forslag til afgørelse af 23.2.2006 i sag C-168/04, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 9041, præmis 28. Udstationering af arbejdstagere er endnu ikke underlagt nogen harmonisering. I henhold til 86. betragtning til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/123/EF af 12.12.2006 om tjenesteydelser i det indre marked, EUT L 376, s. 36, er den udtrykkeligt undtaget fra anvendelsesområdet for dette direktiv. Et forslag fra Kommissionen om at fjerne de bureaukratiske hindringer og at forpligte medlemsstaterne til at samarbejde i forbindelse med udstationering af arbejdstagere eller udstationering af tredjelandsstatsborgere, blev stroget fra det tidligere udkast til direktivet på Europa-Parlamentets og Rådets initiativ. Se herom Ændret forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om tjenesteydelser i det indre marked af 4.4.2006, KOM/2006, 160, endelig, s. 15 og 16.

6 — Jf. femte betragtning.

7 — Jf. sjette betragtning.

mest betragtes som en norm for arbejdsretlige lovvalgsregler vedrørende detaljerne og vilkårene i de udstationerede arbejdstageres ansættelsesforhold<sup>10</sup>. Derimod er indrejse i værtsmedlemsstatens område eller ophold på dette område ikke omfattet af direktivets formål<sup>11</sup>, således at begrænsninger i den frie udveksling af tjenesteydelser inden for den grænseoverskridende udstationering af arbejdstagere principielt skal bedømmes på grundlag af de relevante bestemmelser i EF-traktaten, først og fremmest artikel 49 EF.

37. For den retlige kontrol af, om en national foranstaltning er forenelig med fællesskabsretten, inden for rammerne af en traktatbrudssag i henhold til artikel 226 EF betyder dette, at det i detaljer skal undersøges, om den tilsidesættelse, der er gjort gældende, udelukkende vedrører direktiv 96/71, eller om den direkte vedrører artikel 49 EF. Er statslige bestemmelser om grænseoverskridende arbejdsydelse i strid med direktivet, ses der bort fra anvendelsen af traktaten, selv om enhver overtrædelse af direktivet i sidste ende er en tilsidesættelse af traktaten, idet traktaten er inspirationskilden til direktivet. Men hvis bestemmelserne direkte tilsidesætter traktaten, idet de ikke er omfattet af de nærmere regler i direktivet, der gennemfører traktaten, er den eneste mulige reference selve traktaten<sup>12</sup>.

10 — M. Schmidt, *Das Arbeitsrecht der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden, 2001, s. 254, på s. 259, giver udtryk for den opfattelse, at udstationeringsdirektivet ikke harmoniserer ansættelsesvilkårene, men blot indskrænker valgfriheden ved lovalget. W. Däubler, »Die Entsende-Richtlinie und ihre Umsetzung in das deutsche Recht«, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1997, s. 614, påpeger, at direktiv 96/71 navnlig bygger på EF-traktatens artikel 57, stk. 2, efter ændring nu artikel 47, stk. 2, EF, og EF-traktatens artikel 66, efter ændring nu artikel 55 EF. EF-traktatens artikel 66 henviser til de udbygnings- og begrænsningsmuligheder, der eksisterer inden for den frie etableringsret, og fastsætter en tilsvarende anvendelse på området for tjenesteydelser. I henhold til EF-traktatens artikel 57, stk. 2, kan Rådet udstede direktiver om samordning af medlemsstaternes love og administrativt fastsatte bestemmelser for hermed at lette udøvelsen af de grundlæggende friheder (henholdsvis etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser). Dette formål er nu opfyldt. Direktivet koordinerer de arbejdsretlige betingelser, som de, der leverer tjenesteydelser, skal overholde. K. Forgó, »Aktuelles zur Entsenderrichtlinie«, *ecolx* 1996, s. 818, mener, at de forskelle, der skyldes divergerende lovkonfliktregler, er blevet fjernet ved direktiv 96/71. Derimod består de uoverensstemmelser, som skyldes forskelle i nationalstaternes retsregler, stadig efter direktiv 96/71's ikrafttræden, da direktivet ikke indfører nogen harmonisering af indholdet. B. Borgmann, »Kollisionsrechtliche Aspekte des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes«, *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 1996, s. 319, ser direktiv 96/71 som en koordinering af internationalt ufravigelige normer inden for arbejdsretten. I punkt 58 i sit forslag til afgørelse af 23.5.2007 i sag C-341/05, Laval un Partneri, der nu verserer for Domstolen, forklarer generaladvokat Mengozzi, at direktiv 96/71 har til formål at koordinere medlemsstaternes lovvalgsregler for at udpege den nationale lovgivning, der finder anvendelse på en grænseoverskridende levering af tjenesteydelser i et tilfælde, hvor arbejdstagere er midlertidigt udstationeret inden for Fællesskabet, uden at medlemsstaternes materielle bestemmelser om arbejdsret og vilkår for arbejde og ansættelse — især hvad angår lønniveauet — eller om retten til at iværksætte kollektive kampskridt, harmoniseres.

11 — Jf. generaladvokat Geelhoeds forslag til afgørelse af 15.9.2005, sag C-244/04, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 885, punkt 6.

38. For så vidt angår den processuelle fordeling af påberåbelsespligten og bevisbyrden skal det påpeges, at det under en traktatbrudssag ifølge Domstolens praksis påhviler Kommissionen at godtgøre, at det hævdede traktatbrud foreligger. Desuden er det Kommissionen, der skal fremlægge den dokumentation for Domstolen, som er nødvendig for, at denne kan efterprøve, om der foreligger et traktatbrud, og Kommissionen kan ikke herved påberåbe sig nogen formodning<sup>13</sup>. Det påhviler så den sagsøgte medlemsstat konkret og detaljeret at

12 — Jf. i samme retning også punkt 28 i generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse af 14.12.2006 i sag C-490/04, Kommissionen mod Tyskland (dom af 18.7.2007, Sml. I, s. 6095), samt punkt 144-163 i forslag til afgørelse i sagen Laval un Partneri, nævnt ovenfor i fodnote 10.

13 — Dom af 12.5.2005, sag C-287/03, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 3761, præmis 27, af 14.4.2005, sag C-341/02, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 2733, præmis 35, af 29.5.2001, sag C-263/99, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 4195, præmis 27, af 8.3.2001, sag C-68/99, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 1865, præmis 38, af 23.10.1997, sag C-159/94, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 5815, præmis 102, og af 25.5.1982, sag 96/81, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. s. 1791, præmis 6.



gendrive de forelagte forhold og de heraf følgende virkninger<sup>14</sup>.

er grundlæggende retsprincipper (ordre public)<sup>15</sup>. Den gør det også muligt at udvide bestemmelserne om de arbejds- og ansættelsesvilkår, der reguleres gennem kollektive lønoverenskomster og voldgiftskendelser, til også at gælde andre aktiviteter end de i bilaget omhandlede byggeaktiviteter.

## B — Gennemgang af klagepunkterne

### Første klagepunkt

39. I det omfang Kommissionen har gjort gældende, at der er sket en mangelfuld gennemførelse af artikel 3, stk. 1 og 10, i direktiv 96/71, drejer påtalen sig først og fremmest om en tilsidesættelse af denne norm i den afledte ret.

41. Dog kan medlemsstaterne ikke gøre uindskrænket brug af denne beføjelse, idet de navnlig skal tage hensyn til de grundlæggende friheder og direktivets målsætning<sup>16</sup>. Dette kan udledes både af den forrangsstilling, den frie udveksling af tjenesteydelser indtager, som direktiv 96/71 ifølge sin femte betragtning skal bidrage til at virkeliggøre, og af princippet om en streng fortolkning af undtagelsesbestemmelser vedrørende de

1. Begrebet ordre public (den offentlige orden) i artikel 3, stk. 10, i direktiv 96/71

40. Den luxembourgiske regering har gjort gældende, at den ved at erklære samtlige bestemmelser vedrørende de områder, der er anført i artikel 1, stk. 1, i lov af 20. december 2002, for ufravigelige bestemmelser i den nationale lovgivning har gjort brug af beføjelserne i artikel 3, stk. 1 og 10, i direktiv 96/71. Denne bestemmelse tillader medlemsstaterne at udvide regelkataloget til også at gælde andre arbejds- og ansættelsesvilkår, forudsat at de yderligere betingelser

15 — Under forhandlingerne i Rådet havde navnlig Det Forenede Kongerige, Irland og Portugal været modstandere af en åben liste, da en sådan strider mod direktivets formål, nemlig at skaffe klarhed og øge retssikkerheden, Agence Europe, årgang 43, punkt 6449, af 27./28.3.1995.

16 — Således også M. Fuchs og F. Marhold, *Europäisches Arbeitsrecht*, 2. udg., Wien, 2006, s. 322. B. Borgmann, »Kollisionsrechtliche Aspekte des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes«, nævnt i fodnote 10, s. 316, er af den opfattelse, at medlemsstaterne ganske vist kan svække den upopulære konkurrence fra virksomheder fra stater med lavere arbejdsomkostninger ved at »skærpe« deres internationalt ufravigelige regler. Dog skal fællesskabsrettens bestemmelser overholdes. S. Görres, *Grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung in der EU*, Wien/Graz 2003, s. 122, er af den mening, at forudsætningen for at kunne påberåbe sig artikel 3, stk. 10, i direktiv 96/71 er, at de omhandlede nationale arbejds- og ansættelsesvilkår er ordninger inden for ordre public, som ikke strider mod bestemmelserne i EF-traktaten. Forfatterne anerkender således, at man for at kunne påberåbe sig artikel 3, stk. 10, i direktiv 96/71 skal overholde visse betingelser, som nødvendigvis både omfatter den frie udveksling af tjenesteydelser, der tilstræbes, og direktivudstederens nøjagtige målsætning. Efter generaladvokat Mengozzis mening i punkt 212 i hans forslag til afgørelse af 23.5.2007, sag C-341/05, Laval un Partneri, fritager den omstændighed, at nationale regler falder ind under kategorien grundlæggende retsprincipper (ordre public) og tvingende regler (lois de police), ikke medlemsstaterne for at overholde traktatens bestemmelser, som det fremgår af artikel 3, stk. 10, i direktiv 96/71 og af retspraksis vedrørende artikel 49 EF.

14 — Dom af 22.9.1988, sag 272/86, Kommissionen mod Grækenland, Sml. s. 4875, præmis 21.

grundlæggende friheder<sup>17</sup>. Det sidstnævnte har Domstolen gentagne gange og udtrykkeligt fremhævet i forbindelse med undtagelsen vedrørende den offentlige orden<sup>18</sup>.

Fællesskabets organer efterprøve det<sup>20</sup>. Dette udelukker imidlertid ikke, at særlige omstændigheder kan retfærdiggøre påberåbelsen af begrebet den offentlige orden, således at der under visse omstændigheder må indrømmes medlemsstaterne en vis skønsfrihed inden for de grænser, som traktaten sætter<sup>21</sup>.

42. Begrebet den offentlige orden er et selvstændigt begreb inden for fællesskabsretten, som bidrager til at fastlægge anvendelsesområdet for de grundlæggende friheder, og som derfor skal defineres selvstændigt og ikke med støtte i et eller flere nationale retssystemer<sup>19</sup>. Som sådant er begrebet undergivet Domstolens fortolkning, således at det ikke er tilladt medlemsstaterne at fastlægge dets rækkevidde ensidigt og uden at lade

43. Bortset fra disse fælles principper kan begrebet den offentlige orden imidlertid have forskellige betydninger afhængigt af den enkelte norms systematiske plads i Fællesskabets retsorden og dens funktion<sup>22</sup>. I den foreliggende sag virker begrebet den offentlige orden, som udformet i artikel 3, stk. 10, i direktiv 96/71, som en undtagelsesklausul, da det kun under bestemte betingelser tillader en udvidelse af minimumsbeskyttelsesbestemmelsernes kerneområde i artikel 3, stk. 1, i direktiv 96/71.

17 — Se vedrørende begrænsninger i tjenesteydelses- og etableringsfriheden punkt 143 i generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse af 16.5.2006 i de forenede sager C-338/04, C-359/04 og C-360/04, Placanica, Palazzese og Sorricchio, Sml. 2007 I, s. 1891. N. Georgiadis, *Derogation clauses: the protection of national interests in EC law*, Bruxelles 2006, s. 72, gør opmærksom på, at alle undtagelsesregler, navnlig undtagelsen, der bygger på ordre public, er underlagt princippet om en snæver fortolkning. J. Wichmann, *Dienstleistungsfreiheit und grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern*, Frankfurt am Main, 1998, s. 104 og 105, er af den opfattelse, at der kan anføres systematiske betragtninger mod en ekstensiv fortolkning. Det fremgår nemlig allerede af dens stilling som undtagelsesbestemmelse i traktaten, at ordre public-klausulen skal fortolkes snævert. Påberåbelsen af den offentlige orden forudsætter derfor, at væsentlige nationale interesser i medlemsstaten er berørt.

18 — Domstolen har til stadighed understreget, at undtagelsen om den offentlige orden udgør en afvigelse fra det grundlæggende princip om fri bevægelighed, der som alle undtagelser fra et grundprincip i traktaten skal fortolkes strengt, og hvis rækkevidde ikke kan fastlægges ensidigt af medlemsstaterne. Jf. dom af 26.2.1975, sag 67/74, Bonsignore, Sml. s. 297, præmis 6, af 28.10.1975, sag 36/75, Rutili, Sml. s. 1219, præmis 27, af 27.10.1977, sag 30/77, Bouchereau, Sml. s. 1999, præmis 33, af 19.1.1999, sag C-348/96, Calfa, Sml. I, s. 11, præmis 23, af 29.4.2004, sag C-482/01 og C-493/01, Orfanopoulos og Oliveri, Sml. I, s. 5257, præmis 64 og 65, af 31.1.2006, sag C-503/03, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 1097, præmis 45, af 27.4.2006, sag C-441/02, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 3449, præmis 34, og af 7.1.2007, sag C-50/06, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 4383, præmis 42.

19 — Dom af 2.4.1998, sag C-296/95, EMU Tabac m.f.l., Sml. I, s. 1605, præmis 30, og af 23.3.1982, sag 53/81, Sml. s. 1035, præmis 10-12.

20 — Ifølge fast retspraksis er betingelsen for, at nationale myndigheder kan påberåbe sig begrebet den offentlige orden, under alle omstændigheder, at der ud over den forstyrrelse af samfundsordenen, som enhver lovovertrædelse indebærer, foreligger en virkelig og tilstrækkeligt alvorlig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn, jf. Rutili-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 28, Bouchereau-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 35, Orfanopoulos og Oliveri-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 66, dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 46, dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 35, og dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 43.

21 — Jf. dom af 14.12.1974, sag 41/74, Van Duyn, Sml. s. 1337, præmis 18 og 19.

22 — Begrebet optræder i et stort antal fællesskabsretlige bestemmelser, af hvilke det på primærrettens niveau især er artikel 30 EF, 39, stk. 3, EF, 46 EF, 55 EF, og 58, stk. 1, litra b), EF, der har opnået betydning som såkaldte »begrænsninger af de grundlæggende friheder«, som under visse forudsætninger tillader begrænsninger i den frie bevægelighed, som primærretten tilslører varer, personer, tjenesteydelser og kapital. Ved siden heraf finder begrebet den offentlige orden anvendelse i den afledte ret enten som undtagelsesklausul eller som fortolkende eller præciserende afledt ret, se herom H. Schneider, *Die öffentliche Ordnung als Schranke der Grundfreiheiten im EG-Vertrag*, Baden-Baden, 1998, s. 53.

44. Hvad angår de nøjagtige betingelser for at kunne påberåbe sig denne beføjelse er begrebet den offentlige orden i Rådets og Kommissionens erklæring nr. 10, som blev afgivet i anledning af vedtagelsen af direktiv 96/71, blevet præciseret derhen, at dette begreb bl.a. »skal forstås således, at det dækker de obligatoriske regler, som ikke kan fraviges, og som i kraft af deres art og formål opfylder nogle ufravigelige krav i almenhedens interesse«.

45. Efter min opfattelse taler intet mod at fortolke artikel 3, stk. 10, i direktiv 96/71 i lyset af denne erklæring. Med hensyn til spørgsmålet, om erklæringer, der er indeholdt i en mødeprotokol, kan inddrages ved fortolkningen af den afledte ret, har Domstolen udtalt, at dette kun er udelukket, når erklæringens indhold overhovedet ikke omhandles i bestemmelsen, og erklæringen følgelig er uden retlig betydning<sup>23</sup>. Herved bemærkes, at erklæring nr. 10 ikke strider mod begrebet den offentlige orden, men derimod bidrager til at indholdsbestemme undtagelsesklausulen. Ved at henvise til »ufravigelige krav i almenhedens interesse« svarer erklæringen til den praksis, Domstolen har udviklet vedrørende de indbyggede begrænsninger i de grundlæggende friheder, og som ligeledes kan anvendes på tilfælde af grænseoverskridende udstationering af

arbejdstagere. I modsætning til, hvad den luxembourgiske regering har gjort gældende, mindsker det ikke erklæring nr. 10's retlige relevans, at den ikke er blevet offentliggjort i EF-Tidende, især da den luxembourgiske regering i sin egenskab af forfatningsmæssig repræsentant for en medlemsstat, der er repræsenteret i Rådet, må se sig konfronteret med, at den har kendskab til de fortolkende erklæringer, der afgives af dette organ under lovgivningsproceduren<sup>24</sup>. Følgelig er det tilladt at inddrage erklæring nr. 10 som fortolkningsbidrag.

46. På baggrund af ovenstående betragtninger er det min opfattelse, at det ikke kan stå medlemsstaterne frit for at kræve, at virksomheder, der er hjemmehørende i andre medlemsstater, og som leverer tjenesteydelser, skal overholde alle de obligatoriske regler inden for landets arbejdsret<sup>25</sup>. Af hensyn til en så vidtgående virkeliggørelse som muligt af den frie udveksling af tjenesteydelser må man give Kommissionen ret i, at kun de lovbestemte arbejds- og ansættelsesvilkår, som er absolut nødvendige for medlemsstaternes retsorden, kan medregnes

23 — Dom af 23.2.1988, sag 429/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 843, præmis 9, af 26.4.1991, sag C-292/89, Antonissen, Sml. I, s. 745, præmis 18, af 29.5.1997, sag C-329/95, VAG Sverige, Sml. I, s. 2675, præmis 23, og af 3.12.1998, sag C-368/96, Generics, UK, m.fl., Sml. I, s. 7967, præmis 25-28.

24 — En indsigelse mod indholdet af erklæring nr. 10 på trods af, at denne må tillægges Rådet som organ og dermed bl.a. også den luxembourgiske regering, ville også være i strid med retsprincippet »venire contra factum proprium nemini licet«, ifølge hvilket ingen må komme i modstrid med sin egen tidligere handle måde.

25 — Jf. navnlig dom af 24.1.2002, sag C-164/99, Portugaia Construções, Sml. I, s. 787, præmis 17, og af 15.3.2001, sag C-165/98, Mazzoleni og ISA, Sml. I, s. 2189, præmis 23, i hvilke Domstolen udtalte, at en medlemsstat navnlig ikke må gøre udførelsen af tjenesteydelser på dens område afhængig af, at alle de betingelser er overholdt, der stilles ved en etablering, idet dette ville føre til, at de bestemmelser i EF-traktaten, der netop skal sikre den frie udveksling af tjenesteydelser, bliver praktisk virkningsløse.

hertil<sup>26</sup>. Om de anfægtede bestemmelser lever op til dette krav, skal så undersøges nærmere.

dokument i direktiv 91/533's forstand må det med Kommissionen antages, at det principielt ikke påhviler modtagerlandet at kontrollere overholdelsen af bestemmelserne i direktiv 91/533.

2. Bestemmelserne i artikel 1, stk. 1, nr. 1, 2, 8 og 11, i lov af 20. december 2002

— Kravet om en skriftlig ansættelseskontrakt eller et tilsvarende dokument i direktiv 91/533's forstand

47. Hvad angår kravet i artikel 1, stk. 1, nr. 1, i lov af 20. december 2002 om en skriftlig ansættelseskontrakt eller et tilsvarende

48. Direktiv 91/533 tjener til at harmonisere de bestemmelser om arbejdsforholdenes form, som nogle medlemsstater i betragtning af den voksende mangfoldighed af arbejdsforhold har indført til beskyttelse af arbejdstagerne mod uvidenhed om deres rettigheder og med henblik på en gennemskuelig udformning af arbejdsforholdene<sup>27</sup>. Hertil hører den af parterne anførte dokumentation for, at arbejdsgiveren har opfyldt sin forpligtelse i henhold til artikel 2, stk. 1, sammenholdt med artikel 3, stk. 1, i direktiv 91/533, til skriftligt at oplyse en arbejdstager om de væsentlige punkter i arbejdskontrakten eller ansættelsesforholdet, samt i henhold til artikel 4, stk. 1, i direktiv 91/533 om vilkårene for arbejdstagerens udstationering i udlandet. Arbejdsgiveren opfylder sin dokumentationspligt, når han udsteder dokumenterne med de påkrævede oplysninger og

26 — C. Wolfsgruber, *Die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern*, Wien, 2001, s. 42, omtaler ikke erklæring nr. 10. Ikke desto mindre er det forfatterens opfattelse, at begrebet den offentlige orden i artikel 3, stk. 10, i direktiv 96/71, med støtte i Domstolens praksis vedrørende artikel 46, stk. 1, EF, skal fortolkes strengt. En udvidelse af gyldighedsområdet for værtslandets arbejds- og ansættelsesvilkår er derfor kun mulig under forudsætning af, at »der foreligger en reel og tilstrækkelig alvorlig risiko for grundlæggende samfundsmæssige interesser«. W. Däubler, »Die Entsende-Richtlinie und ihre Umsetzung in das deutsche Recht«, nævnt ovenfor i fodnote 10, s. 615, henviser til, at man absolut ikke kan udvide alle de lønmæssige arbejdsvilkår, der gælder for indenlandske virksomheder, til også at gælde leverandører af tjenesteydelser fra andre medlemsstater. Det gælder kun mindsteløn og minimumsferie, således at f.eks. højere løn til en faglært arbejder, sædvanlige løntillæg, arbejdsmarkedets pensionsordninger osv. ikke spiller nogen rolle. Heraf kan man udlede, at direktiv 96/71 ganske vist fastsætter en kerne af bestemmelser om mindstebeskyttelse, men samtidig så vidt muligt søger at undgå, at hensyntagen til den offentlige orden medfører begrænsninger i den frie udveksling af tjenesteydelser.

27 — Samtidig tjener direktiv 91/533 til at gennemføre punkt 9 i Fællesskabspagten om Arbejdstagernes Grundlæggende Sociale Rettigheder, ifølge hvilket arbejdsvilkårene for enhver lønmodtager i Det Europæiske Fællesskab skal præciseres nærmere, enten ved lov eller kollektiv overenskomst eller i en arbejdskontrakt alt efter de særlige forhold i det enkelte land.

udleverer dem til arbejdstageren før dennes afrejse<sup>28</sup>.

ring. Hvis udstationeringslandet allerede har anvendt sine kontrolbeføjelser, er der i lyset af den harmonisering, der følger af direktiv 91/533, ikke plads til nogen kompetence for modtagerlandet.

49. Ifølge den sidste betragtning til direktivet »[bør] medlemsstaterne [...] vedtage de nødvendige love og administrative bestemmelser for at efterkomme dette direktiv eller sikre, at arbejdsmarkedets parter gennem overenskomster fastsætter de nødvendige bestemmelser, idet medlemsstaterne skal træffe alle nødvendige foranstaltninger, for at de til enhver tid kan garantere de med dette direktiv tilstræbte resultater«. Som det allerede fremgår af ordlyden, omfatter medlemsstaternes gennemførelsesforpligtelse mere end blot en lovgivningsaktivitet og kræver, at bestemmelserne omsættes i praksis, heri indbefattet en kontrol af, at de overholdes. Den samme forpligtelse påhviler den enkelte medlemsstat i tilfælde af udstationering af arbejdstagere, da det i henhold til artikel 4, stk. 1, i direktiv 91/533 skal sikres, at arbejdstageren i forvejen modtager yderligere oplysninger om vilkårene for hans udstatione-

50. En sådan kompetence lader sig heller ikke udlede af direktiv 91/533. Den kan heller ikke begrundes med, at Luxembourg erklærer overholdelsen af den ovennævnte informationspligt for en norm til beskyttelse af den offentlige orden. Et sådant krav, som artikel 1, stk. 1, nr. 1, i lov af 20. december 2002 har indført, lader sig ikke placere inden for det kerneområde for Fællesskabets arbejds- og ansættelsesvilkår, der er fastlagt i artikel 3, stk. 1, i direktiv 96/71. Lovgivers beslutning om ikke at optage informationspligten i henhold til direktiv 91/533 i listen i artikel 3, stk. 1, i direktiv 96/71 skal respekteres<sup>29</sup>.

28 — I henhold til artikel 2, stk. 1, sammenholdt med artikel 3, stk. 1, i direktiv 91/533, er arbejdsgiveren forpligtet til senest to måneder efter arbejdets påbegyndelse skriftligt at oplyse arbejdstageren om de væsentlige punkter i arbejdskontrakten eller ansættelsesforholdet. Artikel 2, stk. 2, i direktiv 91/533 fastsætter et mindsteomfang for informationspligten. Derudover skal den skriftlige dokumentation i henhold til artikel 4, stk. 1, i direktiv 91/533 for de arbejdstageres vedkommende, som udfører deres arbejde i et eller flere andre lande end den medlemsstat, hvis lovgivning og/eller praksis gælder for arbejdskontrakten eller ansættelsesforholdet, indeholde en angivelse af: i) varigheden af det arbejde, der skal udføres i udlandet, ii) den valuta, som lønnen udbetales i, iii) i givet fald de fordele i kontanter og naturalier, der er forbundet med opholdet i udlandet og i givet fald vilkårene for arbejdstagerens tilbagevenden til hjemlandet; også i disse tilfælde kan oplysningerne om den valuta, som lønnen udbetales i, samt de fordele i kontanter og naturalier, der er forbundet med opholdet i udlandet, ske ved en henvisning til lovene, de administrative eller vedtægtsmæssige bestemmelser eller kollektive overenskomster. Disse dokumenter skal være i arbejdstagerens besiddelse for afrejsen. Se herom M. Fuchs og F. Marhold, *Europäisches Arbeitsrecht*, nævnt ovenfor i fodnote 16, s. 79 ff.

51. Endelig skal den luxembourgske regerings redegørelse for den lovgivningsprocedure, der førte til vedtagelsen af direktiv 2006/123, afvises som irrelevant for undersøgelsen af dette kritikpunkt. Den omtvistede luxembourgske lov af 20. december 2002 har nemlig ingen saglig eller tidsmæssig sammenhæng med direktiv 2006/123. Tværtimod gennemfører den udelukkende direktiv 96/71.

29 — Se bemærkningerne i fodnote 9 vedrørende det retlige forhold mellem direktiv 96/71 og direktiv 2006/123.

— Automatisk tilpasning af lønnen til udviklingen i leveomkostningerne

52. Med hensyn til den automatiske tilpasning af »lønnen« til udviklingen i leveomkostningerne i henhold til artikel 1, stk. 1, nr. 2, i lov af 20. december 2002 har den luxembourgske regering gjort gældende, at den har til formål at beskytte arbejdstagerne og bidrager til opretholdelsen af den sociale fred i Luxembourg. Den har anført, at en sådan automatisk tilpasning implicit ligger i artikel 3, stk. 1, i direktiv 96/71.

53. Kommissionens kritik retter sig imidlertid ikke mod den automatiske karakter ved denne mekanisme, men mod den ubestridte kendsgerning, at der efter luxembourgske ret finder en generel tilpasning af »lønnen« sted, som både omfatter reallønningerne og mindstelønnen. Den luxembourgske regering havde allerede i sin skrivelse af 30. august 2004 forklaret, at også mindstelønnen efter luxembourgske ret er underlagt den generelle tilpasningsmekanisme. Efter Kommissionens opfattelse er dette imidlertid ikke i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 3, stk. 1, litra c), i direktiv 96/71, hvor der udelukkende er tale om »mindsteløn«.

54. Kommissionen har ret i, at den luxembourgske gennemførelseslov afviger fra ordlyden af direktiv 96/71. Ved undersøgelsen af spørgsmålet, om en bestemmelse i national lovgivning er i strid med fællesskabsretten, skal der tages hensyn til den fortolkning, som de nationale domstole lægger til grund for

denne bestemmelse<sup>30</sup>. Ordlyden af artikel 1, stk. 1, nr. 2, i lov af 20. december 2002 er imidlertid hverken til at misforstå eller tillader en fortolkning, der strider mod fællesskabsretten. I det omfang loven af 20. december 2002 ud fra objektive kriterier må fortolkes således, at der finder en generel tilpasning af lønnen sted til udviklingen i leveomkostningerne, en tilpasning, som også er til fordel for mindstelønnen, opfylder artikel 1, stk. 1, nr. 2, i lov af 20. december 2002 nemlig de fællesskabsretlige bestemmelser i artikel 3, stk. 1, litra c), i direktiv 96/71. På dette punkt skal Kommissionens anbringende herefter forkastes som ubegrundet.

— Overholdelse af reglerne om deltidsansættelse og tidsbegrænset ansættelse

55. Kravet om overholdelse af reglerne om deltidsansættelse og tidsbegrænset ansættelse i artikel 1, stk. 1, nr. 8, i lov af 20. december 2002 svarer ikke til nogen af de

30 — K. Lenaerts, D. Arts og I. Maselis, *Procedural Law of the European Union*, 2. udg., London, 2006, afsnit 5-056, s. 162, henviser til, at rækkevidden af nationale love, forordninger eller administrative bestemmelser skal bedømmes i lyset af den udlægning, som de nationale domstole giver af dem. Hvis en national bestemmelse tillader forskellige fortolkninger — en, der strider mod fællesskabsretten, og en, der er i overensstemmelse med den — bærer Kommissionen bevisbyrden for, at de nationale domstole ikke fortolker den pågældende bestemmelse i overensstemmelse med fællesskabsretten. I den foreliggende sag er ordlyden af artikel 1, stk. 1, punkt 2, i lov af 20.12.2002 dog umisforståelig og tillader ingen anden fortolkning, der kunne lægge op til en tilsidesættelse af artikel 3, stk. 1, litra c), i direktiv 91/533.

kategorier, der er opregnet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 96/71, men går ud over kerneområdet for Fællesskabets arbejds- og ansættelsesvilkår. Eftersom dette krav bygger på beføjelsen i artikel 3, stk. 10, i direktiv 96/71, skal det undersøges ved hjælp af begrebet den offentlige orden i erklæring nr. 10's forstand, hvis indhold i det væsentlige genfindes i Domstolens praksis vedrørende artikel 49 EF<sup>31</sup>.

56. Det fremgår af fast retspraksis, at artikel 49 EF ikke blot kræver afskaffelse af enhver form for forskelsbehandling til skade for en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat på grundlag af dennes nationalitet, men også ophævelse 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 i en anden medlemsstat, hvor denne lovligt leverer tilsvarende tjenesteydelser, eller kan gøre denne virksomhed mindre tiltrækkende<sup>32</sup>. Ifølge denne definition er det tilstrækkeligt til at klassificere de luxembourgiske regler om deltidsansættelse og tidsbegrænset ansættelse som begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser, hvis de er strengere end de regler, der gælder i udstationeringslandet, og dermed gør leveringen af tjenesteydelser

i Luxembourg mindre tiltrækkende for udenlandske virksomheder.

57. Domstolen har desuden fastslået, 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>33</sup>.

58. Artikel 1, stk. 1, nr. 8, i lov af 20. december 2002 har ifølge den luxembourgiske regering til formål at sikre ligebehandling af og ligeløn for arbejdstagere og fremmer dermed det ifølge fællesskabsretten legitime formål at beskytte arbejdstagerne. Som den luxembourgiske regering har anført, tager disse regler sigte på at beskytte de arbejdstagerrettigheder, der allerede er garanteret ved

31 — Jf. punkt 45.

32 — Dom af 25.7.1991, sag C-76/90, Säger, Sml. I, s. 4221, præmis 12, af 9.8.1994, sag C-43/93, Vander Elst, Sml. I, s. 3803, præmis 14, af 28.3.1996, sag C-272/94, Guiot, Sml. I, s. 1905, præmis 10, af 12.12.1996, sag C-3/95, Reisebüro Broede, Sml. I, s. 6511, præmis 25, af 9.7.1997, sag C-222/95, Parodi, Sml. I, s. 3899, præmis 18, dommen i sagen Portuguesa Construções, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 16, og dom af 19.1.2006, sag C-244/04, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 885, præmis 30.

33 — 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, Sml. I, s. 7831, præmis 31, og af 23.11.1999, forenede sager C-369/96 og C-376/96, Arblade m.fl., Sml. I, s. 8453, præmis 34.

direktiv 97/81/EF og 99/70/EF<sup>34</sup>. Desuden gennemfører den blot nogle principper, som har deres oprindelse i Fællesskabets offentlige orden<sup>35</sup>.

medlemsstater<sup>36</sup>. Følgelig er de interesser, der kommer til udtryk i direktiverne, allerede beskyttet af bestemmelser, som leverandøren af tjenesteydelser er omfattet af i den medlemsstat, hvor han er hjemmehørende. Således kan den luxembourgiske regering ikke påberåbe sig bydende hensyn til almenvellet for at erklære de omtvistede ordninger for bestemmelser på området for den offentlige orden.

59. Jeg kan ikke tilslutte mig denne retsopfattelse. Det forhold, at fællesskabslovgiver ikke har inkorporeret det område, der er genstand for regulering i de nævnte direktiver — dvs. reglerne om deltidsarbejde og midlertidige ansættelsesforhold — i artikel 3, stk. 1, i direktiv 96/71, taler for, at dette område inden for europæisk arbejdsret netop ikke hører ind under den offentlige orden. Desuden drejer det sig om regler, der, som den luxembourgiske regering selv indrømmer, på fællesskabsniveau allerede er genstand for direktiverne 97/81 og 99/70 og derfor skal gennemføres af samtlige

— Overholdelse af kollektive aftaler

60. Hvad angår henvisningen i artikel 1, stk. 1, nr. 11, i lov af 20. december 2002 til »ufravigelige nationalretlige bestemmelser i kollektive aftaler« er spørgsmålet først og fremmest, om denne regel er forenelig med artikel 3, stk. 1 og 10, i direktiv 96/71. Kommissionen sætter spørgsmålstegn ved, om gennemførelsen er sket korrekt, og kritiserer i det væsentlige Luxembourg for at ville opnormere en kategori af retsakter uanset

34 — Rådets direktiv 97/81/EF af 15.12.1997 om rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde, der er indgået af Unice, CEEP og EFS, EFT 1998 L 14, s. 9. Direktivet garanterer de arbejdstagere, der berøres af nye fleksible arbejdsformer, samme behandling som fuldtidsansatte og ansatte med tidsbegrænset arbejde. Adgangen til deltidsarbejde skal lettes; der rettes henstillinger til arbejdsgiverne om, hvordan de kan tage hensyn til arbejdstagernes ønsker med hensyn til fleksible arbejdsformer.

35 — Rådets direktiv 1999/70/EF af 28.6.1999 om rammeaftalen vedrørende tidsbegrænset ansættelse, der er indgået af EFS, UNICE og CEEP, EFT L 175, s. 43. Direktivet indeholder minimumsbestemmelser for tidsbegrænsede ansættelseskontrakter for at sikre en ligebehandling af arbejdstagerne og undgå misbrug hidrørende fra anvendelsen af flere på hinanden følgende tidsbegrænsede ansættelseskontrakter eller ansættelsesforhold af denne art. Det opfordrer medlemsstaterne til at fastsætte sanktioner ved overtrædelse af disse minimumsbestemmelser. Endvidere indfører den særegler for at begrænse den administrative byrde, der ville kunne belaste små og mellemstore virksomheder som følge af disse nye bestemmelser.

36 — De generelle tværfaglige organisationer, dvs. Sammenslutningen af Industri- og Arbejdsgiverorganisationer i Europa (UNICE), Det Europæiske Center for Offentlige Virksomheder (CEEP) og Den Europæiske Faglige Samarbejdsorganisation (EFS), indgik en rammeaftale om deltidsarbejde den 6.6.1997 og en rammeaftale om tidsbegrænset ansættelse den 18.3.1999, som begge skulle gennemføres ved henholdsvis direktiv 97/81 og 99/70. Som det fremgår af 14. betragtning til direktiv 97/81, henholdsvis 16. betragtning til direktiv 99/70, anså man et direktiv på grundlag af artikel 249 EF for den mest hensigtsmæssige retsakt, da aftalen således bliver bindende for medlemsstaterne med hensyn til, hvilke mål der skal nås, hvorimod det overlades til medlemsstaterne at bestemme form og midler.



disses retlige natur og materielle indhold til ufravigelige bestemmelser i den nationale lovgivning.

61. Kommissionen anfægter dermed to aspekter af denne ordning, som skal undersøges hver for sig. For det første må man give Kommissionen ret i, at begrebet »kollektive aftaler« i den indledende sætning til artikel 1, stk. 1, i lov af 20. december 2002 og i nr. 11 i samme bestemmelse ikke har samme betydning de to steder. Mens der i det første tilfælde er tale om »generelt bindende kollektive aftaler«, drejer det sig i nr. 11 om »kollektive arbejdsaftaler«. I sidstnævnte tilfælde kan det imidlertid kun handle om de aftaler, der ikke er blevet erklæret for generelt bindende. Men på grund af den entydige ordlyd i artikel 3, stk. 1, andet led, i direktiv 96/71, som kun drejer sig om »kollektive aftaler [...], der finder generel anvendelse«, kan de som sådanne ikke falde ind under denne bestemmelses anvendelsesområde, hvilket resulterer i, at de pågældende aftaler ikke kan anses for at tilhøre kerneområdet for de fællesskabsretlige arbejds- og ansættelsesvilkår<sup>37</sup>.

37 — Uden at foretage en nøjagtig retlig vurdering ved hjælp af direktiv 96/71 giver W. Däubler, »Die Entsende-Richtlinie und ihre Umsetzung in das deutsche Recht«, nævnt ovenfor i fodnote 10, s. 615, og B. Borgmann, »Entsendung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer durch EU-Unternehmen nach Deutschland«, *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik* 1993, s. 122, udtryk for den opfattelse, at det ikke er alle de betingelser vedrørende arbejds løn, der gælder for indenlandske virksomheder, som kan udvides til også at gælde for leverandører af tjenesteydelser fra andre medlemsstater. Den sidstnævnte anser endda en obligatorisk udvidelse af sådanne indenlandske kollektive aftaler, som ikke er generelt bindende, til også at gælde udenlandske arbejdsaftaler for en åbenlys forskelsbehandling af udenlandske virksomheder.

62. Et andet aspekt drejer sig om opnormeringen af en kategori af retsakter til ufravigelige bestemmelser i den nationale lovgivning uanset deres retlige natur og deres materielle indhold. For at kunne afgøre, om en given overenskomstmæssig bestemmelse kan anses for ufravigelig i erklæring nr. 10's forstand, er det efter min mening nødvendigt, at den pågældende medlemsstat nøjagtigt anfører de overenskomstmæssige bestemmelser<sup>38</sup>. En generel henvisning til »kollektive arbejdsaftaler« i henhold til artikel 1, stk. 1, nr. 11, i lov af 20. december 2002 har derimod karakter af en blankoregel, som mangler blot et minimum af sikkerhed og klarhed. Et sådant minimum er ubetinget nødvendigt, da det ikke kan udelukkes, at der kan foreligge omstændigheder, som gør anvendelsen af overenskomstmæssige bestemmelser vedrørende udstationerede arbejdstagere uforenelige med princippet om den frie udveksling af tjenesteydelser<sup>39</sup>. Der kræves derfor en undersøgelse af det konkrete tilfælde med hensyn til, om den omhandlede beskyttelse ud fra en objektiv betragtning sikrer en beskyttelse af de udstationerede arbejdstagere, og om den sikrer de berørte arbejdstagere en egentlig fordel, som væsentligt bidrager til deres sociale beskyttelse. Men netop den vage henvisning til »kollektive

38 — Dette kan allerede udledes af medlemsstaternes generelle forpligtelse til at gennemføre forskrifterne i et direktiv på en sådan måde, at de til fulde opfylder kravene om entydighed og sikkerhed med hensyn til den retstilstand, som direktivet tilstræber, jf. dom af 1.3.1983, sag 300/81, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 449, præmis 10, og af 2.12.1986, sag 239/85, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 3645, præmis 7.

39 — Dette har Domstolen fastslået i Portugaia Construções-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 28 og 29, vedrørende spørgsmålet om anvendelse af nationale bestemmelser om mindsteløn på leverandører af tjenesteydelser. Ifølge dommen skal de nationale domstole eller myndigheder undersøge, om de pågældende bestemmelser ud fra en objektiv betragtning sikrer en beskyttelse af de udstationerede arbejdstagere, og om de yder de berørte arbejdstagere en egentlig fordel, som væsentligt bidrager til deres sociale beskyttelse. Hermed gjorde Domstolen det klart, at tilsyneladende fordelagtige nationale bestemmelser om arbejds- og ansættelsesvilkår såsom mindsteløn ikke generelt kan være til fordel for de udstationerede arbejdstagere. Det samme må efter min mening også gælde for bestemmelser i kollektive overenskomster. I samme retning også generaladvokat Mengozzi i punkt 237 i hans forslag til afgørelse i sagen Laval un Partneri, nævnt ovenfor i fodnote 16, som henviser til Portugaia Construções-dommen.

arbejdsaftaler« hindrer Domstolen i at foretage en grundig undersøgelse. Andet klagepunkt

63. I processuel henseende har den luxembourgiske regering ikke opfyldt sin forpligtelse til konkret og detaljeret at gendrive de forelagte forhold og de heraf følgende virkninger, når den i svarskriftet henviser til de kollektive arbejdsaftaler, som den havde vedlagt sin svarskrivelse af 30. august 2004<sup>40</sup>. Som af Kommissionen rigtigt bemærket, drejer det sig nemlig om kollektive overenskomster, der ved storhertugelig forordning er erklæret for generelt bindende i den forstand, som er omhandlet i den indledende sætning til artikel 1, stk. 1, og ikke om de øvrige omtvistede »kollektive arbejdsaftaler«, som artikel 1, stk. 1, nr. 11, i lov af 20. december 2002 refererer til.

64. Derfor er artikel 1, stk. 1, nr. 11, i lov af 20. december 2002 ikke forenelig med artikel 3, stk. 1 og 10, i direktiv 96/71.

40 — Det drejer sig om »Convention collective de travail pour le métier de plafonneur-façadier«, storhertugelig forordning af 31.1.1996 — Mémorial A — nr. 14, »Convention collective de travail pour les métiers d'installateur sanitaire et d'installateur de chauffage et de climatisation«, storhertugelig forordning af 23.9.1996, Mémorial A — nr. 72, »Contrat collectif pour le bâtiment«, storhertugelig forordning af 18.2.1997, Mémorial A — nr. 14.

65. I sin åbningskrivelse gjorde Kommissionen for første gang den luxembourgiske regering opmærksom på, at artikel 3, stk. 1, litra a), i direktiv 96/71 forpligter medlemsstaterne til at sørge for, at virksomheder med hjemsted i en anden medlemsstat overholder den maksimale arbejdstid og den minimale hviletid. Kommissionen påpegede, at artikel 1, stk. 1, nr. 3, i lov af 20. december 2002 begrænser beskyttelsen af den minimale hviletid til den ugentlige hviletid. Begrebet »minimal hviletid« omfatter dog ikke blot den ugentlige hviletid, men også andre hviletider, som f.eks. den daglige hviletid eller den hvilepause, der er fastsat i artikel 3 og 4 i direktiv 2003/88/EF<sup>41</sup>.

66. I sit svar af 30. august 2004 erkendte den luxembourgiske regering, at der var sket en ufuldstændig gennemførelse af direktiv 96/71<sup>42</sup>.

41 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/88/EF af 4.11.2003 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden, EUT L 299, s. 9.

42 — Regeringen meddelte heri, at den forberedte et lovudkast, med hvilket der skulle indføres en henvisning til den daglige hviletid og hvilepause i artikel 1, stk. 1, punkt 3, i lov af 20.12.2002. Ifølge svarskriftet til stævningen skete dette ved artikel 4 i lov af 19.5.2006 om gennemførelse af direktiverne 2003/88 og 96/71, Loi du 19 mai 2006 1) transposant la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail; 2) modifiant la loi modifiée du 7 juin 1937 ayant pour objet la réforme de la loi du 31 octobre 1919 portant règlement légal du louage de services des employés privés; 3) modifiant la loi modifiée du 9 décembre 1970 portant réduction et réglementation de la durée de travail des ouvriers occupés dans les secteurs public et privé de l'économie; 4) modifiant la loi modifiée du 17 juin 1994 concernant les services de santé au travail; 5) modifiant la loi du 20 décembre 2002 portant 1. transposition de la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de service; 2. réglementation du contrôle de l'application du droit du travail, Mémorial A — nr. 97 af 31.5.2006, s. 1806.

67. Men dermed var det først efter udløbet af den tomånedersfrist, som Kommissionen havde givet i sin begrundede udtalelse af 12. oktober 2005, at den opfyldte sin forpligtelse. Det følger nemlig af fast praksis, at spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger et traktatbrud, skal vurderes på baggrund af forholdene i medlemsstaten, som de var ved udløbet af fristen i den begrundede udtalelse<sup>43</sup>. Da den luxembourgske regering ikke bestrider den forsinkede gennemførelse, er dette klagepunkt begrundet allerede af denne grund.

### Tredje klagepunkt

68. Kommissionens påtale af, at der er sket en uberettiget indskrænkning af den frie udveksling af tjenesteydelser — idet der i henhold til artikel 7, stk. 1, i lov af 20. december 2002 pålægges virksomheder hjemmehørende i udlandet en forpligtelse til »inden arbejdet påbegyndes, alene på forespørgsel og hurtigst muligt at give arbejdstilsynet de oplysninger, som er absolut nødven-

dige for at føre kontrol« — vedrører derimod ikke direktiv 96/71, men direkte artikel 49 EF.

69. Som allerede anført kræver artikel 49 EF ikke kun afskaffelse af enhver form for forskelsbehandling til skade for en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat på grundlag af dennes nationalitet, men også ophævelse af enhver restriktion<sup>44</sup>. Ifølge fast retspraksis kan anvendelsen af værtsmedlemsstatens nationale lovgivning på tjenesteydere være til hinder for eller indebære ulemper for disses tjenesteydelser eller gøre dem mindre tiltrækkende, i det omfang denne lovgivning medfører udgifter samt yderligere administrative og økonomiske omkostninger<sup>45</sup>.

43 — Dom af 18.7.2006, sag C-119/04, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 6885, præmis 27 og 28, af 7.3.2002, sag C-29/01, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 2503, præmis 11, af 15.3.2001, sag C-147/00, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 2387, præmis 26, af 21.6.2001, sag C-119/00, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 4795, præmis 14, af 30.11.2000, sag C-384/99, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 10633, præmis 16, af 3.7.1997, sag C-60/96, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 3827, præmis 15, af 17.9.1996, sag C-289/94, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 4405, præmis 20, og af 12.12.1996, sag C-302/95, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 6765, præmis 13.

44 — Säger-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 12, Vander Elst-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 14, Guiot-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 10, Reisebüro Broede-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 25, Parodi-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 18, Portugaia Construções-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 39, præmis 16, og dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 30.

45 — I Arblade-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 33, præmis 50, skulle Domstolen træffe afgørelse om foreneligheden af nationale regler med fællesskabsretten, regler, som forpligtede en arbejdsgiver, der handler som tjenesteyder i traktatens forstand, til at betale arbejdsgiverbidrag til en fond i værtsmedlemsstaten ud over de bidrag, han allerede har betalt til en fond i den medlemsstat, hvor han er etableret. Domstolen fandt, at dette udgjorde en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser, da en sådan forpligtelse medfører udgifter og yderligere administrative og økonomiske byrder for virksomheder etableret i en anden medlemsstat, således at disse virksomheder ikke i konkurrencemæssig henseende behandles på lige fod med arbejdsgivere, der er etableret i værtsmedlemsstaten, og derfor muligvis vil afholde sig fra at levere tjenesteydelser i værtsmedlemsstaten; jf. også Finalarte-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 33, præmis 30, som refererer videre til Mazzoleni og ISA-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 24. I den sidstnævnte dom fastslog Domstolen, at anvendelsen af national lovgivning om mindsteløn på tjenesteydere, som er etableret i grænseområdet til værtsmedlemsstaten, kan medføre uforholdsmæssigt høje yderligere administrative omkostninger, når den rette løn til arbejdstagere, der blot udstationeres på timebasis i værtslandet, skal beregnes særskilt.

70. Bestemmelsen i artikel 7, stk. 1, i lov af 20. december 2002 har til formål at gøre det muligt for de luxembourgske tilsynsmyndigheder at kontrollere arbejdstagerens identitet og lovlige ophold i forbindelse med en udstationering. Den tvinger virksomheder med hjemsted uden for Storhertugdømmet Luxembourgs territorium til en obligatorisk administrativ forhåndsprocedure, der kræver forelæggelse af dokumenter vedrørende de udstationerede arbejdstageres sociale, arbejdsmæssige og opholdsretlige status før påbegyndelsen af arbejdet, således at denne bestemmelse i hvert fald for de berørte virksomheders vedkommende er forbundet med administrative formaliteter, som kan gøre det mindre tiltrækkende at udstationere arbejdstagere i Luxembourg end i hjemlandet. Ifølge den nævnte brede definition i retspraksis er dette forhold i sig selv tilstrækkeligt til at anerkende denne bestemmelses begrænsende karakter<sup>46</sup>.

71. Det skal dog bemærkes, at Domstolen har anerkendt, at medlemsstaterne kan kontrollere overholdelsen af de nationale og

fællesskabsretlige bestemmelser om levering af tjenesteydelser. Domstolen har ligeledes anerkendt, at kontrolforanstaltninger, der er nødvendige med henblik på at sikre opfyldelse af krav, som i sig selv er begrundede i almene hensyn, er begrundede<sup>47</sup>. Den luxembourgske regering retfærdiggør bestemmelserne i artikel 7, stk. 1, i lov af 20. december 2002 både med en beskyttelse af arbejdstagerne og med nødvendigheden af at føre kontrol med henblik på bekæmpelse af misbrug og ulovlige transnationale aktiviteter. Både den sociale beskyttelse af arbejdstagere og bekæmpelse af misbrug gælder ifølge retspraksis som legitime formål<sup>48</sup>.

72. Domstolen har imidlertid også fastslået, at de nationale tilsynsførende myndigheders kontrol ikke må gå ud over de grænser, som

46 — Jf. Finalarte-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 33, præmis 36, og dom af 21.10.2004, sag C-445/03, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 10191, præmis 41, i hvilke Domstolen lod forpligtelsen til at overholde administrative formaliteter være tilstrækkelig til at antage en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser. I sit forslag til afgørelse af 15.7.2004, sag C-445/03, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 10191, punkt 17, påpeger generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer, at tjenesteydere, der ønsker at udøve deres ret til at levere tjenesteydelser på en hvilken som helst medlemsstats område ved udstationering af det forhåndenværende personale, støder på forskellige vanskeligheder. En af disse følger af nødvendigheden af at opnå en tilladelse, som bortset fra, at den tildeles på baggrund af et skøn, ikke er let at opnå og forudsætter, at den pågældende skal underkaste sig nogle procedurer, der kan være korte eller lange og mere eller mindre komplekse samt omkostningskrævende. En anden udspringer af, at tjenesteyderen skal underkaste sig en kontrol, som føjes til den kontrol, der udføres af etableringsstaten, hvis de ikke direkte overlapper hinanden. Hele denne procedure medfører ofte, at tjenesteyderen afstår fra at levere tjenesteydelser, eller der opstår tabsgivende forsinkelser. På baggrund af disse omstændigheder bør denne retspraksis fastholdes.

47 — Dom af 21.9.2006, sag C-168/04, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 9041, præmis 43, dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 36, og Arblade-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 33, præmis 38.

48 — Med hensyn til Domstolens praksis vedrørende den sociale beskyttelse af arbejdstagere se dom af 17.12.1981, sag 279/80, Webb, Sml. s. 3305, præmis 19, af 3.2.1982, forenede sager 62/81 og 63/81, Seco m.fl., Sml. s. 223, præmis 10, af 27.3.1990, sag C-113/89, Rush Portuguesa, Sml. I, s. 1417, præmis 18, Vander Elst-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 25, Guiot-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 16, Arblade-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 33, præmis 36, Finalarte-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 33, præmis 40 og 45, dom af 12.10.2004, sag C-60/03, Wolff & Müller, Sml. I, s. 9553, præmis 35, og dommen i sagen Kommissionen mod Østrig, nævnt ovenfor i fodnote 47, præmis 47, samt punkt 249 i generaladvokat Mengozzis forslag til afgørelse i sagen Laval un Parteneri, nævnt ovenfor i fodnote 16. Med hensyn til retspraksis vedrørende bekæmpelse af misbrug se dommen Kommissionen mod Østrig, nævnt ovenfor i fodnote 47, præmis 56. At fællesskabsretten ikke ønsker at beskytte misbrug og svigagtig adfærd, kan endvidere udledes af dom af 2.5.1996, sag C-206/94, Paletta II, Sml. I, s. 2357, præmis 28, hvor Domstolen fastslø, at det ifølge fællesskabsretten ikke er forbudt arbejdsgiveren at fremlægge beviser, som i givet fald giver den nationale ret grundlag for at fastslå, at der har været tale om misbrug eller svigagtig adfærd, når en arbejdstager uden at have været syg har anmeldt en fastslået uarbejdsdygtighed efter artikel 18 i forordning nr. 574/72.

fællesskabsretten afstikker, og ikke må gøre den frie udveksling af tjenesteydelser illusorisk<sup>49</sup>. Navnlig skal kontrolforanstaltningerne være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål, der tilstræbes med fællesskabsretten, og må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet<sup>50</sup>.

73. Karakteristisk for den luxembourgiske ordning er især virksomhedernes lovbestemte forpligtelse til »før påbegyndelsen af arbejdet« at stille de nødvendige dokumenter til rådighed for arbejdstilsynet, hvilket tyder på en præventiv misbrugskontrol, som ikke er forenelig med fællesskabsretten. Herimod indvender den luxembourgiske regering, at det forhold, at virksomheden først »på forespørgsel« skal opfylde sin anmeldelsespligt, udgør en opblødning af denne lovbestemte forpligtelse. Dermed er der således ikke forbundet nogen forpligtelse for

virksomheden til på eget initiativ at afgive en erklæring til myndighederne.

74. Alligevel findes der efter min mening holdepunkter for den antagelse, at den luxembourgiske ordning så afgjort rummer noget, der ligner en præventiv misbrugskontrol. Artikel 7, stk. 1, i lov af 20. december 2002 skal nemlig ses i forbindelse med artikel 13-17 i lov af 4. april 1974 om omstrukturering af arbejdstilsynet<sup>51</sup> (herefter »lov af 4. april 1974«), som giver dette, såfremt en virksomhed ikke overholder anmeldelsespligten, beføjelse til at beordre de udstationerede arbejdstageres arbejdsaktivitet på storhertugdømmets område standset med øjeblikkelig virkning. Arbejdstilsynet kan først give tilladelse til genoptagelse af arbejdet, når samtlige påkrævede dokumenter er blevet indleveret<sup>52</sup>. Men når der for det første kræves en »tilladelse« for at genoptage arbejdet, og når for det andet en tilsidesættelse af dokumentationspligten straffes i henhold til reglerne for administrative overtrædelser og strafeloven, kan bestemmelsen i artikel 7, stk. 1, i lov af 20. december 2002 ikke forstås på anden måde, end at der består et generelt

49 — Dommen i sagen Kommissionen mod Østrig, nævnt ovenfor i fodnote 47, præmis 43, og Rush Portuguesa-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 48, præmis 17.

50 — Arblade-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 33, præmis 35, og Mazzoleni og ISA-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 26, samt dom af 12.10.2004, sag C-60/03, Wolff & Müller, Sml. I, s. 9553, præmis 34. B. Teyssié, *Droit européen du travail*, 2. udg., Paris, 2003, s. 158 og 159, er af den opfattelse, at kravet om overholdelse af en administrativ formalitet kun er berettiget, hvis det tjener de berørte arbejdstageres interesser. Arbejdstagerens sociale beskyttelse som legitim grundelse må ikke fungere som påskud for at indføre lovbestemmelser, der hæmmer den frie udveksling af tjenesteydelser.

51 — I henhold til artikel 11 i lov af 20.12.2002 »påhviler det arbejdstilsynet og toldforvaltningen på hvert sit ansvarsområde at føre tilsyn med, at bestemmelserne i nærværende lov overholdes«. For arbejdstilsynets ansvarsområde gælder lov af 4.4.1974 om omstrukturering af arbejdstilsynet, *Mémorial A* — nr. 27, s. 485.

52 — Se den foreløbig eksigible afgørelse, truffet af arbejdstilsynet den 29.4.2004 og rettet til en bestemt virksomhed, med hvilken tilsynet nedlægger forbud mod at lade ikke anmeldte arbejdstagere levere tjenesteydelser, »ordonnance exécutoire par provision: cessation de prestations de travail détachées non-déclarées«, der er vedføjet som kopi i stævningens bilag A-5.

forbud, som kan ophæves ved en tilladelse<sup>53</sup>, mod at levere tjenesteydelser i Luxembourg ved udstationering af arbejdstagere.

nale regler pålægger individer forpligtelser og truer med sanktioner, hvis de ikke opfyldes.

75. Det er en skærpende omstændighed, at formuleringen i denne bestemmelse ikke lever op til kravene om retssikkerhed og klarhed. Ifølge fast retspraksis skal medlemsstaterne for at sikre, at direktiverne anvendes fuldt ud, ikke blot bringe deres lovgivning i overensstemmelse med fællesskabsretten, men derudover skabe en så klar, præcis og gennemskuelig retstilstand, at den enkelte i fuldt omfang kan kende sine rettigheder og håndhæve disse ved de nationale domstole<sup>54</sup>. Dette princip må så navnlig gælde, når natio-

76. Det må konstateres, at den uklare ordlyd i bestemmelsen i vidt omfang overlader det til myndighedernes skøn, om der skal udstedes tilladelse, og desuden øger den på urimelig vis virksomhedernes risiko for at blive udsat for administrative eller strafferetlige sanktioner. At dømme ud fra de bevismidler, som Kommissionen har stillet til Domstolens rådighed, fortolker arbejdstilsynet således artikel 7, stk. 1, i lov af 20. december 2002 åbenbart snævert, når det kræver en fuldstændig indlevering af samtlige dokumenter forud for leveringen af tjenesteydelsen<sup>55</sup>, således at det i modsætning til, hvad den luxembourgske regering har gjort gældende, ikke er tilstrækkeligt, at dokumenterne indleveres samme dag, kort før arbejdet påbegyndes. Der kan opstå yderligere vanskeligheder ved den praktiske udførelse af artikel 7, stk. 1, i lov af 20. december 2002 som følge af, at anmeldelsespligten og dermed den egentlige administrative procedure i princippet først indtræder efter modtagelsen af en »forespørgsel« fra arbejdstilsynet; det forbliver her uklart, hvilken rolle der tilkommer virksomheden i den indledende fase af denne procedure, og om den i givet fald selv skal

53 — Lovgiveren forbyder bestemte aktiviteter (eller bestemte projekter), ikke fordi de generelt skal undlades, men fordi myndighederne forinden skal undersøge, om de i hvert enkelt tilfælde strider mod bestemte materielle retsregler. Hvis undersøgelsen er positiv, og det viser sig, at aktiviteten er i overensstemmelse med den materielle ret, skal tilladelse gives. Forbuddet gælder altså på forhånd med forbehold af, at der kan gives tilladelse, hvis der under behandlingen af sagen ikke viser sig nogen grunde til at nægte at give tilladelsen. Derfor taler man i forbindelse med »tilladelsen« også om »Verbot mit Erlaubnisvorbehalt« (forbud, som kan ophæves ved en tilladelse), se herom H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15. udg., München, 2004, afsnit 51, s. 218. I og med at der foreligger et sådant forbud med mulighed for at opnå tilladelse, er der heller ingen tvivl om, at den luxembourgske ordning med artikel 7, stk. 1, i lov af 20.12.2002 har en begrænsende karakter. Med hensyn til udstationering af arbejdstagere fra et tredjeland foretaget af en fællesskabsvirksomhed, der leverer tjenesteydelser, har Domstolen allerede fastslået, at en national ordning, hvorefter en virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat kun må levere tjenesteydelser i det pågældende land, hvis den har opnået tilladelse hertil fra en administrativ myndighed, er en restriktion for denne frihed som omhandlet i artikel 49 EF. Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Østrig, nævnt ovenfor i fodnote 47, præmis 40, i sagen Kommissionen mod Luxembourg, nævnt ovenfor i fodnote 46, præmis 24, og Vander Elst-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 15.

54 — Jf. i samme retning med hensyn til direktiver dom af 28.2.1991, sag C-360/87, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 791, præmis 12, og af 15.6.1995, sag C-220/94, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. 1995 I, s. 1589, præmis 10. Se endvidere dom af 18.1.2001, sag C-162/99, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 541, præmis 22-25, og af 6.3.2003, sag C-478/01, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 2351, præmis 20.

55 — I den foreløbig eksigible afgørelse truffet af arbejdstilsynet den 29.4.2004, med hvilken tilsynet forbyder at lade ikke anmeldte arbejdstagere levere tjenesteydelser, »ordonnance exécutoire par provision: cessation de prestations de travail détachées non-déclarées«, der er vedføjet som kopi i stævningens bilag A-5, henviser arbejdstilsynet til, at dokumenterne vedrørende de udstationerede arbejdstageres sociale og arbejdsretlige status skal indsendes, før de grænseoverskridende ydelser leveres; når ordet »antérieurement« her er skrevet med versaler, er formålet åbenbart at belære de virksomheder, der antages at handle ulovligt.

fremkalde nævnte »forespørgsel«. Eftersom resultatet er, at en virksomhed i mangel af en sådan »forespørgsel« ikke kan udnytte den frie udveksling af tjenesteydelser uden at blive udsat for administrative eller straf-feretlige sanktioner, virker denne begrænsning som et totalforbud, der ikke kan anses for nødvendigt i betragtning af, at der var mulighed for at træffe mindre indgribende foranstaltninger for at sikre en beskyttelse af arbejdstagerne.

77. Endelig anser jeg det i denne sammenhæng for uomgængeligt at påpege, at Domstolen for nylig i dommen Kommissionen mod Luxembourg<sup>56</sup> har fastslået følgende med hensyn til det uforholdsmæssige i at gøre en tilladelse til betingelse for, at en aktivitet kan påbegyndes, og anvendeligheden af mildere foranstaltninger: »Forpligtelsen for en virksomhed, der leverer tjenesteydelser, til på forhånd at give de lokale myndigheder meddelelse om tilstedeværelsen af en eller flere udstationerede arbejdstagere, den påtænkte periode for denne tilstedeværelse og den eller de tjenesteydelser, der begrunder udstationeringen, er imidlertid en foranstaltning, der er lige så effektiv og mindre indgribende end det omhandlede krav. Herved er det muligt for myndighederne at kontrollere overholdelsen af den luxembourgiske sociallovgivning i udstationeringsperioden under hensyntagen til de forpligtelser, som virksomheden allerede er pålagt i medfør af socialretten i oprindelsesmedlemsstaten.« På denne baggrund er det mere hensigtsmæssigt, at værtsmedlemsstaten begrænser sin indgriben til at kontrollere de nødvendige oplysninger, som tilvejebringes af tjenesteyderen ved påbegyndelsen af aktiviteterne i værtsmedlemsstaten, og først træffer repressive foranstaltninger,

hvis dette viser sig nødvendigt<sup>57</sup>. Med den faktiske indførelse af et generelt forbud, som kan ophæves ved en tilladelse, i artikel 7, stk. 1, i lov af 20. december 2002 går den luxembourgiske ordning ud over, hvad Domstolen anser for forholdsmæssigt.

78. Det følger heraf, at der i denne ordning er tale om en præventiv misbrugskontrol, som ikke er forenelig med artikel 49 EF. Derfor er også denne påtale begrundet.

#### Fjerde klagepunkt

79. Som et yderligere administrativt krav, der kan gøre det vanskeligt for virksomheder med hjemsted i en anden medlemsstat at udstationere arbejdstagere, udgør udpegningen i henhold til artikel 8 i lov af 20. december 2002 af en ad hoc-befuldmagtiget person bosiddende i Luxembourg, en indskrænkning af den frie udveksling af tjenesteydelser i artikel 49 EF's forstand<sup>58</sup>. Det

57 — I samme retning også generaladvokat Geelhoed i hans forslag til afgørelse af 15.9.2005, sag C-244/04, Kommissionen mod Tyskland (dom af 19.1.2006, Sml. I, s. 885), punkt 28, der vedrører en tysk ordning, som lagde udstationeringen af statsborgere fra tredjelande, ansat hos en tjenesteyder, der er etableret i en anden medlemsstat, ind under en procedure med forudgående kontrol. Efter generaladvokatens opfattelse er en forudgående kontrolforanstaltning ikke forholdsmæssig, da virksomheder, som ikke overholder de pågældende nationale bestemmelser til beskyttelse af arbejdstagerne, er ansvarlige for en udstationering, der sker under ulovlige omstændigheder, og altid kan drages til ansvar. En forudgående kontrol kan derfor ikke begrundes med nødvendigheden af at sikre sig, at den pågældende udstationering foregår på lovlig vis.

58 — Dette anerkendte den luxembourgiske regering implicit på s. 5 i sit svar på Kommissionens åbningsskrivelse. I svaret erkender den de særlige hindringer, som kravet om at udpege en ad hoc-befuldmagtiget person bosiddende i Luxembourg har lagt i vejen for udenlandske virksomheder.

56 — Dommen i sagen Kommissionen mod Luxembourg, nævnt ovenfor i fodnote 46, præmis 31.

skal derfor undersøges, om de restriktioner for den frie udveksling af tjenesteydelser, som følger af denne luxembourgske bestemmelse, er begrundet i et tvingende alment hensyn, og i givet fald, om de er nødvendige for på passende måde at opfylde dette formål.

80. Den luxembourgske regering påberåber sig arbejdstagerbeskyttelse, misbrugsbekæmpelse samt nødvendigheden af en effektiv kontrol. Som allerede forklaret<sup>59</sup>, anerkendes både den sociale beskyttelse af arbejdstagerne og bekæmpelsen af misbrug som legitime formål, mens udførelsen af kontrolforanstaltninger for at håndhæve nationale beskyttelsesbestemmelser kun anses for forenelig med fællesskabsretten, for så vidt som kontrollen finder sted inden for de af fællesskabsretten trukne grænser<sup>60</sup>.

81. Det skal først påpeges, at en medlemsstat i forbindelse med udførelsen af tjenesteydelser på dens område ikke må kræve alle de betingelser overholdt, der stilles ved en etablering, idet de bestemmelser i EF-traktaten, som netop skal sikre den frie udveksling af tjenesteydelser, herved ville blive praktisk virkningsløse<sup>61</sup>.

82. Tilsvarende har Domstolen i dommen i sagen Kommissionen mod Italien<sup>62</sup> fastslået,

at kravet om, at vikarbureauer, der ønsker at stille arbejdskraft til rådighed for aftagere, som er etableret i Italien, selv skal have hjemsted eller en filial i Italien, ikke er foreneligt med den frie udveksling af tjenesteydelser, for så vidt som det gør det umuligt for virksomheder, der er etableret i andre medlemsstater, at udføre tjenesteydelser i den pågældende medlemsstat.

83. Den luxembourgske regering har i det væsentlige gjort gældende, at intet i artikel 8 i lov af 20. december 2002 angiver nogle nøjagtige egenskaber ved den omhandlede ad hoc-repræsentant. Det kræves hverken, at den pågældende er en fysisk eller juridisk person, eller at det skal være et foretagende, der handler mod vederlag. Det eneste vigtige er, at arbejdstilsynet kender navnet på den person, som har de krævede dokumenter deponeret. En ad hoc-repræsentant i denne bestemmelses forstand kan f.eks. i byggebranchen enten være hovedentreprenøren, arbejdsformanden eller en byggeforvaltning.

84. Herimod må det indvendes, at denne fortolkning ikke på nogen måde kommer til udtryk i artikel 8 i lov af 20. december 2002. Den er endda i strid med lovbestemmelserne. Det fremgår tværtimod entydigt af ordlyden, at den omhandlede ad hoc-repræsentant skal være »bosiddende« i Luxembourg, altså at han skal have »centrum for sin tilværelse« eller sin »normale bopæl« i indlandet. Som Kommissionen korrekt bemærker, forudsætter dette kriterium en »fast bopæl« eller i det mindste et ophold, der går ud over den tid, det tager at levere tjenesteydelser. Heraf følger så, at betingelserne i artikel 8 i lov af

59 — Jf. punkt 71.

60 — Jf. punkt 72.

61 — Jf. Säger-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 13, og Mazzoleni og ISA-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 23.

62 — Dom af 7.2.2002, sag C-279/00, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 1425, præmis 17 og 18.



20. december 2002 ikke er opfyldt, hvis de påkrævede dokumenter opbevares f.eks. af en af de udstationerede arbejdstagere.

85. Denne konklusion finder jeg stridende mod Domstolens praksis. I Arblade-dommen<sup>63</sup> fastslog Domstolen nemlig, at en forpligtelse til at holde bestemte dokumenter til rådighed og opbevare dem på bopælen for en fysisk person i værtsmedlemsstaten, der fører dokumenterne som fuldmægtig eller repræsentant for den arbejdsgiver, der har udpeget ham, selv efter at arbejdsgiveren er ophørt med at beskæftige arbejdstagere i denne stat, kun kan anses for tilladelig, hvis myndighederne i den pågældende stat ikke kan udføre deres kontrolopgave på effektiv vis, uden at der foreligger en sådan forpligtelse.

86. Man må på den ene side give den luxembourgske regering ret i, at det er bydende nødvendigt at føre kontrol for at sikre overholdelsen af de nationale beskyttelsesbestemmelser. På den anden side kan man foreholde den, at den ikke i tilstrækkelig grad har redegjort for eller bevist, at de luxembourgske myndigheder ikke ville kunne opfylde deres tilsynspligt uden deltagelse af en ad hoc-befuldmægtiget person bosiddende i Luxembourg. For at kunne retfærdiggøre en begrænsning, der griber ind i den frie udveksling af tjenesteydelser i en grad som den foreliggende, er det nemlig ikke tilstrækkeligt uden en omhyggelig begrundelse at fremsætte kritik og nære tvivl eller blot betænkelighed ved effektiviteten af det organiserede system med samarbejde og udveksling af oplysninger mellem medlemsstaterne, der er fastsat i artikel 4 i direktiv

96/71<sup>64</sup>. Ligesom alle andre medlemsstater er Storhertugdømmet Luxembourg forpligtet til at deltage i det anførte system med administrativt bistand for at overvåge, at de pågældende arbejds- og ansættelsesvilkår overholdes. På dette punkt har den luxembourgske regering ikke opfyldt sin procesuelle pligt til at redegøre for sagen og føre bevis.

87. Bortset derfra kan kontrollen af, at de regler, der står i forbindelse med den sociale beskyttelse af arbejdstagerne, overholdes, godt sikres ved mindre indgribende foranstaltninger. Der skal nemlig principielt tages udgangspunkt i, at det til opfyldelse af denne overvågningsopgave er tilstrækkeligt at udpege en af de udstationerede arbejdstagere, f.eks. en arbejdsformand, som varetager kontakten mellem den udenlandske virksomhed og arbejdstilsynet samt om nødvendigt holder de påkrævede dokumenter til rådighed enten på byggepladsen eller på et tilgængeligt og klart defineret sted i værtsmedlemsstaten<sup>65</sup>. Som en foranstaltning, der griber mindre ind i den frie

63 — Arblade-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 33, præmis 76, og dom af 4.12.1986, Kommissionen mod Tyskland, sag 205/84, Sml. s. 3755, præmis 54.

64 — I Arblade-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 33, præmis 79, fastslog Domstolen, at »det organiserede system med samarbejde og udveksling af oplysninger mellem medlemsstaterne, der er fastsat i artikel 4 i direktiv 96/71, snart vil gøre det overflødig at opbevare dokumenter i værtsmedlemsstaten, efter at arbejdsgiveren ikke længere beskæftiger arbejdstagere dér«. Ifølge denne bestemmelse er medlemsstaterne forpligtet til skabe en organisatorisk opbygning, der muliggør et snævert samarbejde mellem medlemsstaterne inden for arbejds- og ansættelsesvilkår. Hermed skal der navnlig gives domstolene i de enkelte medlemsstater mulighed for at skaffe sig kendskab til ansættelsesvilkårene på de forskellige arbejdspladser i andre medlemsstater. Med en sådan opbygning tænkes der især på forbindelseskontorer eller andre instanser, der yder administrativt bistand. Af særlig relevans er det i direktivet omhandlede samarbejde mellem de offentlige myndigheder, som har kompetence til at overvåge de pågældende arbejds- og ansættelsesvilkår. Dette samarbejde består i at besvare forespørgsler fra andre medlemsstater om i) oplysninger vedrørende grænseoverskridende tilrådgivningsstillinger af arbejdstagere, ii) åbenlyst misbrug og iii) grænseoverskridende aktiviteter, der anses for ulovlige. Den gensidige administrative bistand skal være gratis, se herom K. Forgó, »Aktuelles zur Entsenderrichtlinie«, nævnt ovenfor i fodnote 10, s. 817.

65 — Jf. Arblade-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 33, præmis 65 og 74, som drejede sig om den sociale beskyttelse af arbejdstagere i byggebranchen.

udveksling af tjenesteydelser, til sikring af den sociale beskyttelse af arbejdstagerne ville den være i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

## VII — Sagens omkostninger

88. Jeg når derfor til den konklusion, at kravene i artikel 8 i lov af 20. december 2002 er uforholdsmæssige og i strid med artikel 49 EF. Derfor er også det fjerde klagepunkt begrundet.

89. I medfør af procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den part, der taber sagen, at betale sagens omkostninger. Storhertugdømmet Luxembourg har i alt væsentligt tabt sagen og bør derfor pålægges at betale sagens omkostninger.

## VIII — Forslag til afgørelse

90. Henset til ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen

— at fastslå, at Storhertugdømmet Luxembourg ikke har opfyldt sine forpligtelser i henhold til artikel 3, stk. 1 og 10, i direktiv 96/71, samt i henhold til artikel 49 EF og 50 EF

1. ved at have erklæret bestemmelserne i artikel 1, stk. 1, nr. 1, 8 og 11, i lov af 20. december 2002 for administrative regler inden for den »nationale offentlige orden«

2. ved ikke at have gennemført artikel 3, stk. 1, litra a), i direktiv 96/71 fuldstændigt i artikel 1, stk. 1, nr. 3, i samme lov
  
3. ved i artikel 7, stk. 1, i denne lov at have opstillet betingelser, som ikke er tilstrækkeligt klare til at varetage retssikkerheden, og
  
4. ved i artikel 8 i denne lov at have overdraget opbevaringen af de dokumenter, der er nødvendige for at føre kontrol i Luxembourg, til en ad hoc-befuldmægtiget person bosiddende dér

— at forkaste de øvrige anbringender som ugrundede

— at pålægge Storhertugdømmet Luxembourg at betale sagens omkostninger.