

## FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

Y. BOT

fremSAT den 9. september 2010<sup>1</sup>

1. Anmodningerne om præjudiciel afgørelse, der er indgivet til Domstolen af Raad van State (Nederlandene), vedrører fortolkningen af artikel 49 EF og 50 EF samt af artikel 1, stk. 3, litra c), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/71/EF af 16. december 1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser<sup>2</sup>.

2. Anmodningerne er indgivet i forbindelse med tvister mellem på den ene side Vicoplus SC PUH (herefter »Vicoplus«), BAM Vermeer Contracting sp. zoo (herefter »BAM Vermeer«) og Olbek Industrial Services sp. zoo (herefter »Olbek«) og på den anden side Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (arbejds- og socialministeren) vedrørende bøder, som sagsøgerne er blevet pålagt for at have udstationeret polske arbejdstagere til Nederlandene uden at have arbejdstilladelse<sup>3</sup>.

3. I dette forslag til afgørelse vil jeg foreslå Domstolen at koncentrere sin efterprøvelse om fortolkningen af overgangsbestemmelsen i kapitel 2, punkt 2, i bilag XII til akten vedrørende vilkårene for Den Tjekkiske Republik, Republikken Estlands, Republikken Cyperns, Republikken Letlands, Republikken Litauens, Republikken Ungarns, Republikken Maltas, Republikken Polens, Republikken Sloveniens og Den Slovakiske Republiks tiltrædelse og tilpasningerne af de traktater, der danner grundlag for Den Europæiske Union<sup>4</sup>. Denne overgangsbestemmelse gjorde det muligt for Kongeriget Nederlandene på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen i sit forhold til Republikken Polen at fravige artikel 1-6 i Rådets forordning nr. 1612/68/EØF af 15. oktober 1968 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet<sup>5</sup>.

4. I lyset af overgangsbestemmelsens formål og for at bevare dens effektive virkning mener jeg, at denne bestemmelse skal fortolkes

1 — Originalsprog: fransk.

2 — EFT 1997 L 18, s. 1.

3 — Det skal bemærkes, at der for tiden verserer to sager for Domstolen, der er blevet udsat på afsigelsen af dommen i den foreliggende sag, nemlig Johan van Leendert Holding-sagen (sag C-158/10) og Jung og Hellweger-sagen (sag C-241/10).

4 — EUT 2003 L 236, s. 33, herefter »tiltrædelsesakten fra 2003«.

5 — EFT 1968 II, s. 467.

således, at arbejdskraft, der stilles til rådighed, er omfattet af dens anvendelsesområde.

7. Dette bilags kapitel 2, der har overskriften »Fri bevægelighed for personer«, bestemmer:

5. Jeg vil derefter gøre rede for de kriterier, der efter min mening gør det muligt at påvise, at arbejdskraft stilles til rådighed, med henblik på anvendelsen af overgangsbestemmelsen, der fremgår af kapitel 2, punkt 2, i bilag XII til tiltrædelsesakten fra 2003. Jeg vil således forklare, at det forhold, at arbejdskraft stilles til rådighed, for det første karakteriseres ved opretholdelsen af arbejdsforholdet mellem den virksomhed, der stiller arbejdstageren til rådighed, og arbejdstageren, for det andet ved den omstændighed, at den arbejdstager, der stilles til rådighed for bruger- virksomheden, udfører sine opgaver under denne virksomheds kontrol og ledelse, og for det tredje ved det forhold, at udstationeringen af arbejdstagere er det eneste formål med udvekslingen af tjenesteydelser.

»[...]»

1. EF-traktatens artikel 39 og 49, stk. 1, finder kun fuld anvendelse for så vidt angår arbejdskraftens frie bevægelighed og fri udveksling af tjenesteydelser, der indebærer midlertidig udstationering af arbejdstagere i henhold til artikel 1 i direktiv 96/71 [...], mellem Polen på den ene side og Belgien, Den Tjekkiske Republik, Danmark, Tyskland, Estland, Grækenland, Spanien, Frankrig, Irland, Italien, Letland, Litauen, Luxembourg, Ungarn, Nederlandene, Østrig, Portugal, Slovenien, Slovakiet, Finland, Sverige og Det Forenede Kongerige på den anden side, i henhold til overgangsbestemmelserne i punkt 2-14.

## I — Retsforskrifter

### A — Unionsretten

6. Artikel 24 i tiltrædelsesakten fra 2003 omhandler for så vidt angår Republikken Polen en liste over overgangsforanstaltninger, der fremgår af aktens bilag XII.

2. Som en undtagelse fra [artikel] 1-6 i forordning [...] nr. 1612/68 kan de nuværende medlemsstater indtil udløbet af en periode på to år efter tiltrædelsesdatoen anvende nationale foranstaltninger eller foranstaltninger i henhold til bilaterale aftaler til at regulere polske statsborgeres adgang til deres arbejdsmarked. De nuværende medlemsstater kan

fortsætte med at anvende sådanne foranstaltninger indtil udløbet af en periode på fem år efter tiltrædelsesdatoen.

8. Artikel 1 i direktiv 96/71, der har overskriften »Anvendelsesområde«, bestemmer følgende i stk. 3:

»Dette direktiv finder anvendelse, dersom en af de i stk. 1 anførte virksomheder træffer en af følgende grænseoverskridende foranstaltninger:

[...]

13. For at modvirke alvorlige forstyrrelser eller risiko herfor i specifikke følsomme tjenestesektorer på deres arbejdsmarked, som måtte opstå i visse regioner som følge af levering af tjenesteydelser over grænserne som defineret i artikel 1 i direktiv 96/71 [...], og i medfør af ovenfor nævnte overgangsbestemmelser, nationale foranstaltninger eller foranstaltninger som følge af bilaterale aftaler om polske arbejdstageres frie bevægelighed, så længe disse finder anvendelse, kan Tyskland og Østrig, efter at have underrettet Kommissionen, fravige artikel 49, stk. 1, i EF-traktaten, når det sker i forbindelse med, at selskaber, der er etableret i Polen, leverer tjenesteydelser over grænserne, og med henblik på at begrænse midlertidig udstationering af arbejdstagere, hvis ret til at arbejde i Tyskland og Østrig er underlagt nationale foranstaltninger.

a) for egen regning og under egen ledelse udstationerer en arbejdstager på en medlemsstats område i henhold til en aftale mellem den udstationerende virksomhed og modtageren af tjenesteydelsen, der driver virksomhed i denne medlemsstat, dersom der i udstationeringsperioden består et ansættelsesforhold mellem den udstationerende virksomhed og arbejdstageren;

eller

[...]

c) i sin egenskab af vikarbureau eller i sin egenskab af virksomhed, der stiller en arbejdstager til rådighed, udstationerer en arbejdstager i en brugervirksomhed, der er etableret eller har et forretningssted i en medlemsstat, dersom der inden udstationeringsperioden er indgået en ansættelseskontrakt mellem vikarbureauet eller den virksomhed, som stiller en arbejdstager til rådighed, og arbejdstageren.«

[...]«

B — *National ret*

9. I henhold til artikel 2, stk. 1, i Wet arbeid vreemdelingen (lov om beskæftigelse af udlændinge)<sup>6</sup> er det forbudt for en arbejdsgiver at beskæftige en udlænding i Nederlandene uden en arbejdstilladelse.

10. Artikel 1e, stk. 1, i besluit uitvoering Wav (bekendtgørelse om gennemførelse af Wav)<sup>7</sup>, som ændret ved bekendtgørelse af 10. november 2005<sup>8</sup>, har følgende ordlyd:

»Forbuddet i Wav's artikel 2, stk. 1, finder ikke anvendelse på udlændinge, der inden for rammerne af en grænseoverskridende levering af tjenesteydelser midlertidigt udøver arbejde i Nederlandene for en arbejdsgiver, der er etableret uden for Kongeriget Nederlandene i en anden medlemsstat i Den Europæiske Union, forudsat

- a) udlændingen er berettiget til som arbejdstager at udføre arbejde for denne arbejdsgiver i den stat, hvor arbejdsgiveren er etableret
- b) arbejdsgiveren inden arbejdets påbegyndelse skriftligt har anmeldt arbejdet i Nederlandene til Centrale Organisatie voor werk en inkomen (den centrale organisation for beskæftigelse og indkomst), og

- c) der ikke er tale om en tjenesteydelse, der består i at stille arbejdskraft til rådighed.«

## II — Tvisterne i hovedsagerne og de præjudicielle spørgsmål

A — *Sag C-307/09*

11. Under en inspektion foretaget af arbejdstilsynet blev det konstateret, at tre polske statsborgere, der var beskæftiget hos Vicoplus, arbejdede for Maris, som er et nederlandsk selskab, hvis virksomhed består i at efterse andre virksomheders pumper. I henhold til en kontrakt indgået af Maris med et andet selskab skulle arbejdet udføres i perioden fra den 15. august til den 30. november 2005.

B — *Sag C-308/09*

12. Ifølge en rapport udfærdiget af arbejdstilsynet den 31. juli 2006 havde to polske statsborgere siden den 10. januar 2006 arbejdet som montører i den garage, der drives af Flevoservice en Flevowash BV. De var

6 — Stb. 1994, nr. 959, herefter »Wav«.

7 — Stb. 1995, nr. 406.

8 — Stb. 2005, nr. 577, herefter »gennemførelsesbekendtgørelsen«.

beskæftiget hos BAM Vermeer, som havde indgået en aftale med denne nederlandske virksomhed om at reparere og tilpasse lastvogne og sættevogne.

C — Sag C-309/09

13. Den 15. november 2005 indgik det selskab, i hvis rettigheder Olbek er succederet, en kontrakt med HTG Nederveen BV med henblik på at forsyne HTG Nederveen BV's renovationsvogne med personale i en periode på flere måneder. Ved en kontrol af HTG Nederveen BV's kontorer blev det opdaget, at det var 20 polske statsborgere, der udførte dette arbejde. Ifølge de polske registre drev det nævnte selskab, i hvis rettigheder Olbek er succederet, virksomhed både på området for stålkonstruktion og som vikarbureau.

14. Efter at de ovennævnte polske statsborgere var blevet opdaget, blev de tre sagsøgere i hovedsagen pålagt bøder for tilsidesættelse af Wav's artikel 2, stk. 1, fordi de havde foranlediget, at der blev udført arbejde i Nederlandene ved hjælp af polske statsborgere, uden at der forelå en arbejdstilladelse.

15. Idet Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (og i sag C-307/09, Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid

(statssekretæren for arbejds- og socialanliggender)) afviste klagerne over disse bøder, anførte ministeren, at den udveksling af tjenesteydelser, der var blevet foretaget af henholdsvis Vicoplus, BAM Vermeer og Olbek, havde bestået i at stille arbejdskraft til rådighed som omhandlet i artikel 1e, stk. 1, litra c), i gennemførelsesbekendtgørelsen. Ministeren støttede bl.a. sin konklusion på, at de nævnte statsborgeres arbejde var blevet udført under det omhandlede nederlandske selskabs kontrol og ansvar, idet det var det nederlandske selskabs midler og materialer, der var blevet brugt, og at dette arbejde ikke henhørte under de nævnte polske virksomheders hovedaktiviteter.

16. Da Rechtbank 's-Gravenhage frifandt ministeren og staatssecretaris i de sager, som sagsøgerne havde anlagt til prøvelse af disse afgørelser, iværksatte alle sagsøgerne i hovedsagen appel ved den forelæggende ret.

17. Den forelæggende ret er af den opfattelse, at det fremgår af dom af 27. marts 1990, Rush Portuguesa<sup>9</sup>, af 9. august 1994, Vander Elst<sup>10</sup>, af 21. oktober 2004, Kommissionen mod Luxembourg<sup>11</sup>, af 19. januar 2006, Kommissionen mod Tyskland<sup>12</sup> og af 21. september 2006, Kommissionen mod Østrig<sup>13</sup>, at en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser som den, der omhandles i tvisterne i hovedsagen, kan være begrundet – navnlig i den almene interesses formål, der består i

9 — Sag C-113/89, Sml. I, s. 1417.

10 — Sag C-43/93, Sml. I, s. 3803.

11 — Sag C-445/03, Sml. I, s. 10191.

12 — Sag C-244/04, Sml. I, s. 885.

13 — Sag C-168/04, Sml. I, s. 9041.

en beskyttelse af det nationale arbejdsmarked – når en udstationering har til formål at give den omhandlede arbejdstager adgang til arbejdsmarkedet i værtsmedlemsstaten ud over, hvad der er nødvendigt for den midlertidige udstationering eller for at omgå restriktionerne for arbejdskraftens frie bevægelighed. Dette er ikke generelt set tilfældet, når den udstationerede arbejdstager gør tjeneste for ydelsens fremstiller, når denne arbejdstager udøver sin hovedaktivitet i oprindelsesmedlemsstaten, og når han vender tilbage til denne medlemsstat efter at have leveret tjenesteydelser.

18. Den forelæggende ret har imidlertid påpeget, at Domstolen ikke har gentaget præmis 16 i *Rush Portuguesa*-dommen i de nævnte senere domme. Den er derfor i tvivl om, hvorvidt unionsretten på nuværende tidspunkt er til hinder for – under omstændighederne i hovedsagen – at lade tilrådgivelsesstillelse af arbejdskraft være betinget af, at der opnås en arbejdstilladelse. Retten har anført, at arten af de omhandlede udvekslinger af tjenesteydelser ikke er blevet præciseret i disse sidstnævnte domme, og at det i disse afgørelser ikke var et spørgsmål om statsborgere fra en ny medlemsstat i en overgangsperiode, men om statsborgere fra et tredjeland. Herudover er rækkevidden af udtrykket »stille til rådighed«, der fremgår af *Rush Portuguesa*-dommen, ikke klart.

19. Følgelig er den forelæggende ret i tvivl om, hvorvidt den arbejdstilladelse, der kræves i henhold til *Wav*'s artikel 2, stk. 1, for at

kunne levere en tjenesteydelse, som består i at stille arbejdskraft til rådighed, med henblik på at beskytte det nationale arbejdsmarked, er en forholdsmæssig foranstaltning, henset til artikel 49 EF og 50 EF, også i betragtning af det forbehold, der fremgår af kapitel 2, stk. 2, i bilag XII til tiltrædelsesakten fra 2003.

20. Hvis dette er tilfældet, er den forelæggende ret i tvivl om rækkevidden af begrebet stille arbejdskraft til rådighed og navnlig om den betydning, der skal tillægges arten af den hovedaktivitet, som den omhandlede tjenesteyder udøver i sin etableringsstat.

21. På denne baggrund har Raad van State besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål, der er formuleret enslydende i de tre sager C-307/09 – C-309/09:

»1) Skal artikel 49 [EF] og 50 EF fortolkes således, at de er til hinder for en national bestemmelse som den, der er fastsat i artikel 2 i [Wav], sammenholdt med artikel 1e, stk. 1, litra c), i gennemførelsesbekendtgørelsen, hvorefter tilrådgivelsesstillelse af arbejdstagere som omhandlet i artikel 1, stk. 3, litra c), i direktiv 96/71[...] er underlagt et krav om en [arbejdstilladelse]?

- 2) På grundlag af hvilke kriterier skal det afgøres, om der foreligger tilrådighedsstilling af arbejdstagere som omhandlet i artikel 1, stk. 3, litra c), i direktiv 96/71[...]?»«
- arbejdstagere indeholdt en undtagelse til arbejdskraftens frie bevægelighed, men – for så vidt angik Kongeriget Nederlandene – ikke med hensyn til den frie udveksling af tjenesteydelser, der omfattede en midlertidig udstationering af arbejdstagere som defineret i artikel 1 i direktiv 96/71.

22. Der er indgivet skriftlige indlæg af Vicoplus, BAM Vermeer og Olbek, den nederlandske, den tjekkiske, den tyske, den østrigske og den polske regering samt af Kommissionen. Bortset fra Vicoplus har de samme intervererende parter – sammen med den danske regering – afgivet mundtlige indlæg under retsmødet, der blev afholdt den 8. juli 2010.

### III — Vurdering

23. I de foreliggende sager består hovedproblemet i at afgøre, under hvilke betingelser den virksomhed, der består i at stille arbejdskraft til rådighed – selv om den udgør en udveksling af tjenesteydelser i henhold til artikel 49 EF og 50 EF – inden for rammerne af overgangsbestemmelserne i tiltrædelsesakten fra 2003 ligeledes kan vedrøre arbejdskraftens frie bevægelighed.

24. Det særlige ved de foreliggende sager består i, at på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen fandt overgangsbestemmelserne i tiltrædelsesakten fra 2003 anvendelse, som med hensyn til polske

25. På den baggrund er jeg af den opfattelse, at det første spørgsmål, som den forelæggende ret har forelagt, må omformuleres, for at fortolkningen kan koncentreres om overgangsbestemmelserne i tiltrædelsesakten fra 2003. Jeg mener derfor, at Domstolen må undersøge, om tilrådighedsstilling af arbejdskraft falder ind under anvendelsesområdet for den undtagelse, der er omhandlet i kapitel 2, punkt 2, i bilag XII til tiltrædelsesakten fra 2003. Kun hvis dette spørgsmål må besvares benægtende, er der anledning til at undersøge, om de foranstaltninger, der er indeholdt i nederlandsk ret, udgør en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser, der skal begrundes.

26. Med henblik på at kunne besvare det første spørgsmål, sådan som jeg har omformuleret det, bemærkes, at hvis tilrådighedsstilling af arbejdskraft er en udveksling af en tjenesteydelse i henhold til artikel 49 EF og 50 EF, fører denne tjenesteydelses særlige karakter nødvendigvis til et samspil med reglerne om arbejdskraftens frie bevægelighed.

*A — Tilrådgivelsesstilling af arbejdskraft, en udveksling af tjenesteydelser i henhold til artikel 49 EF og 50 EF*

27. I medfør af artikel 50, stk. 1, EF betragtes de ydelser, der normalt udføres mod betaling, som tjenesteydelser, i det omfang de ikke omfattes af bestemmelserne vedrørende den frie bevægelighed for varer, kapital og personer. Artikel 50, stk. 2, EF anfører som eksempel bestemte former for virksomhed, der er omfattet af begrebet tjenesteydelser.

28. I den forbindelse har Domstolen i *Webb-dommen*<sup>14</sup> anført, at virksomhed, der består i at udleje arbejdskraft mod betaling, uden at der oprettes arbejdskontrakter mellem brugeren og de ansatte, udgør en erhvervs-mæssig virksomhed, der opfylder de i artikel 50, stk. 1, EF fastsatte betingelser. Den bør derfor betragtes som en tjenesteydelse i denne bestemmelses forstand<sup>15</sup>.

29. Dette forklarer f.eks., at det var med hensyn til bestemmelserne i EF-traktaten om den frie udveksling af tjenesteydelser, at det blev fastslået, at disse var til hinder for

en bestemmelse i tysk ret, der pålagde udenlandske vikarbureauer, som var etableret i andre medlemsstater, skriftligt at underrette de kompetente tyske myndigheder ikke blot om det start- og sluttidspunkt, hvor arbejdstageren blev stillet til rådighed for en brugervirksomhed i Tyskland, men også om denne arbejdstagers arbejdssted samt om enhver ændring heraf, hvorimod den samme type virksomheder etableret i Tyskland ikke var underlagt denne ekstra forpligtelse, der altid påhvilede brugervirksomhederne<sup>16</sup>.

30. Domstolen har dog flere gange fremhævet denne type tjenesteydelsers særlige karakter.

*B — Tilrådgivelsesstilling af arbejdskraft, en udveksling af tjenesteydelser med en særlig karakter*

31. Som jeg allerede har nævnt, udtalte Domstolen i *Webb-dommen*, at tilrådgivelsesstilling af arbejdskraft falder ind under anvendelsesområdet for traktatens bestemmelser om fri udveksling af tjenesteydelser. Den anerkendte imidlertid to gange i samme dom, at denne form for udveksling af tjenesteydelser har en særlig karakter.

<sup>14</sup> — Dom af 17.12.1981, sag 279/80, Sml. s. 3305.

<sup>15</sup> — Jf. ligeledes med hensyn til formidling af arbejdskraft dom af 18.1.1979, forenede sager 110/78 og 111/78, van Wese-mael m.fl., Sml. s. 35, præmis 7, samt af 11.1.2007, sag C-208/05, ITC, Sml. I, s. 181, præmis 54.

<sup>16</sup> — Dom af 18.7.2007, sag C-490/04, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 6095, præmis 83-89.



32. For det første medgav Domstolen, at de arbejdstagere, der beskæftiges af vikarbyureauer, i givet fald er omfattet af traktatens bestemmelser om arbejdskraftens frie bevægelighed og de til deres gennemførelse udstedte forordninger<sup>17</sup>.

33. Ved efterprøvelsen af begrundelsen for en national foranstaltning, der for en medlemsstat bestod i fra en virksomhed, som var etableret i en anden medlemsstat, at kræve en tilladelse til at stille arbejdskraft til rådighed på sit område, præciserede Domstolen for det andet, at det måtte erkendes, at tilrådgivningsstillelse af arbejdskraft i faglig og social henseende er et særdeles ømtåleligt område. Den forklarede, at på grund af den særlige karakter af forholdet mellem arbejdstagere og arbejdsgivere ved denne virksomhedsform påvirkes såvel forholdene på arbejdsmarkedet som de pågældende arbejdstageres lovlige interesser<sup>18</sup>.

34. I Rush Portuguesa-dommen lagde Domstolen også vægt på den særlige karakter ved tilrådgivningsstillelse af arbejdskraft. Denne sag rejste problemer vedrørende forholdet mellem den frie udveksling af tjenesteydelser som sikret ved artikel 49 EF og 50 EF og undtagelserne fra arbejdskraftens frie bevægelighed som fastsat i artikel 215 ff. i akten

vedrørende vilkårene for Kongeriget Spaniens og Republikken Portugals tiltrædelse og tilpasningerne af traktaterne<sup>19</sup>, med hensyn til udstationering af portugisiske arbejdstagere i forbindelse med udveksling af tjenesteydelser gennemført i Frankrig af en virksomhed, der var etableret i Portugal, i det pågældende tilfælde anlægget af en jernbanelinje i Vestfrankrig.

35. I denne dom udtalte Domstolen, at artikel 49 EF og 50 EF er til hinder for, at en medlemsstat opstiller hindringer for, at en tjenesteyder, der er etableret i en anden medlemsstat, til medlemsstaten kan medbringe hele sit personale, ligesom medlemsstaten ikke med hensyn til medbringelse af personalet kan opstille restriktive betingelser som f.eks. betingelser om ansættelse af personale på stedet eller om arbejdstilladelser.

36. For så vidt som artikel 216 i tiltrædelsesakten fra 1985 udsatte anvendelsen af artikel 1-6 i forordning nr. 1612/68 indtil den 1. januar 1993, måtte Domstolen præcisere virkningen af denne overgangsbestemmelse i nævnte sag. Den bemærkede i den forbindelse, at artikel 216 i tiltrædelsesakten fra 1985 har til formål at forhindre, at der efter Den Portugisiske Republiks tiltrædelse opstår forstyrrelser på arbejdsmarkedene i såvel Portugal som de øvrige medlemsstater i form af pludselige og betydelige ændringer i arbejdstyrken, og at bestemmelsen med henblik

17 — Webb-dommen, præmis 10.

18 — Ibidem, præmis 18.

19 — EFT 1985 L 302, s. 23, herefter »tiltrædelsesakten fra 1985«.

herpå fraviger princippet om arbejdskraftens frie bevægelighed i artikel 39 EF. Domstolen tilføjede, at rækkevidden af denne undtagelse skal fortolkes på grundlag af det nævnte formål<sup>20</sup>.

37. Domstolen præciserede, at undtagelsen finder anvendelse, når der er tale om portugisiske arbejdstageres adgang til arbejdsmarkedene i de øvrige medlemsstater og den ordning, som gælder for indrejse og ophold for portugisiske arbejdstagere, der ønsker en sådan adgang, og for deres familiemedlemmer. Ifølge Domstolen er en anvendelse af disse undtagelsesregler nemlig begrundet, når der under sådanne omstændigheder består en risiko for forstyrrelser på værtsmedlemsstatens arbejdsmarked<sup>21</sup>.

38. Domstolen udtalte herefter, at forholdet derimod er et andet, hvor de pågældende arbejdstagere midlertidigt udsendes til en anden medlemsstat for dér som led i deres arbejdsgivers præstering af tjenesteydelser at udføre byggeri eller offentlige bygge- eller anlægsarbejder. Den præciserede nemlig, at sådanne arbejdstagere vender tilbage til deres oprindelsesstat efter udførelsen af arbejdet, uden at de på noget tidspunkt kommer ind på værtsmedlemsstatens arbejdsmarked<sup>22</sup>.

39. Det var på dette stadium af sin argumentation, at Domstolen gav udtryk for et forhold på grund af den særlige karakter af den virksomhed, der består i at stille arbejdskraft til rådighed.

40. Domstolen præciserede således, at da begrebet »præstering af tjenesteydelser«, jf. artikel 50 EF, omfatter meget forskelligartede aktiviteter, gælder samme betragtninger ikke i alle tilfælde. Navnlig måtte det ifølge Domstolen anerkendes, at et selskab, der driver virksomhed i form af at stille arbejdskraft til rådighed – selv om et sådant selskab præsterer tjenesteydelser i traktatens forstand – udøver en virksomhed, der netop har til formål at bringe arbejdstagere ind på værtsmedlemsstatens arbejdsmarked. Domstolen udtalte, at i sådanne tilfælde vil artikel 216 i tiltrædelsesakten fra 1985 være til hinder for, at en virksomhed, der præsterer tjenesteydelser, stiller portugisisk arbejdskraft til rådighed<sup>23</sup>.

41. Domstolen foretog således en sondring mellem den situation, hvor en udstationering af arbejdstagere udgør et accessorium til en præstering af tjenesteydelser, og den situation, hvor selve formålet med præsteringen af tjenesteydelserne er at bringe arbejdstagere ind på værtsmedlemsstatens arbejdsmarked. Det er kun i sidstnævnte tilfælde, at overgangsbestemmelsen, der suspenderer anvendelsen af

20 — Rush Portuguesa-dommen, præmis 13 og den deri nævnte retspraksis.

21 — Ibidem, præmis 14.

22 — Ibidem, præmis 15.

23 — Ibidem, præmis 16.

bestemmelserne om arbejdskraftens frie bevægelighed, kan gøres gældende.

arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Unionen<sup>25</sup>.

42. Domstolen er mere generelt, og således endog uden at der har været tale om en overgangsbestemmelse, fortsat med at individualisere tilrådgighedsstillelse af arbejdstagere i forhold til andre tjenesteydelser. Den har således godtaget, at en medlemsstat – på den betingelse, at proportionalitetsprincippet overholdes – kan kontrollere, at en virksomhed, der er etableret i en anden medlemsstat, og som på førstnævnte medlemsstats område udstationerer arbejdstagere fra et tredjeland, ikke benytter sig af den frie udveksling af tjenesteydelser med et andet formål end at udføre den pågældende ydelse, f.eks. i form af, at den medbringer sit personale med henblik på at formidle beskæftigelse eller stille arbejdstagere til rådighed for andre<sup>24</sup>.

43. Disse elementer fra retspraksis viser, at tilrådgighedsstillelse af arbejdskraft udgør en udveksling af tjenesteydelser af en særlig karakter, da den karakteriseres ved sit formål, som består i at bringe arbejdstagere ind på værtsmedlemsstatens arbejdsmarked. Under denne synsvinkel kan tilrådgighedsstillelse af arbejdstagere – selv om den udgør en økonomisk virksomhed, der i høj grad falder ind under anvendelsesområdet for traktatens bestemmelser om den frie udveksling af tjenesteydelser – ikke isoleres fuldstændigt fra problemstillinger, der er forbundet med

44. Det skal nu undersøges, om tilrådgighedsstillelse af arbejdstagere – på grund af sin særlige karakter og analogt med det forbehold, Domstolen fastsatte i præmis 16 i Rush Portuguesa-dommen – kan anses for at falde ind under anvendelsesområdet for kapitel 2, punkt 2, i bilag XII til tiltrædelsesakten fra 2003.

45. Under hensyn til formålet med denne overgangsbestemmelse og nødvendigheden af at bevare dens effektive virkning må dette spørgsmål efter min opfattelse besvares bekræftende.

*C — Hensyntagen til formålet med overgangsbestemmelsen vedrørende arbejdskraftens frie bevægelighed og nødvendigheden af at bevare den effektive virkning deraf*

46. Det følger af fast retspraksis, at da en overgangsbestemmelse er en undtagelse til, at unionsrettens bestemmelser straks og fuldt ud gælder for nye medlemsstater, skal

24 — Jf. bl.a. dommen i sagen Kommissionen mod Østrig, præmis 56 og den deri nævnte retspraksis.

25 — Som et andet eksempel på et samspil mellem den frie udveksling af tjenesteydelser og arbejdskraftens frie bevægelighed, jf. ITC-dommen hvor Domstolen efterprøvede foreneligheden af en national ordning om arbejdsformidling i forhold til de to friheder.

en sådan bestemmelse fortolkes strengt med henblik på en lettere gennemførelse af traktatens formål og en uindskrænket anvendelse af dens regler<sup>26</sup>.

47. Da der derudover er tale om en overgangsbestemmelse, som i en bestemt periode suspenderer anvendelsen af artikel 1-6 i forordning nr. 1612/68, og som midlertidigt tillader medlemsstaterne at regulere polske statsborgeres adgang til deres arbejdsmarked, er det uomgængelig nødvendigt at undersøge, hvilket formål denne overgangsbestemmelse har, for at kunne fastlægge dens anvendelsesområde.

48. I den forbindelse fremgår det af Rush Portuguesa-dommen, at en overgangsbestemmelse, der suspenderer anvendelsen af Unionens retsregler om arbejdskraftens frie bevægelighed, har til formål at forhindre, at der efter en ny medlemsstats tiltrædelse opstår forstyrrelser på arbejdsmarkedet i såvel denne nye stat som de øvrige medlemsstater i form af pludselige og betydelige ændringer i arbejdsstyrken.

49. Ifølge Domstolen skal rækkevidden af denne undtagelse fortolkes på grundlag af det nævnte formål<sup>27</sup>.

26 — Jf. bl.a. dom af 3.12.1998, sag C-233/97, KappAhl, Sml. I, s. 8069, præmis 18 og den deri nævnte retspraksis.

27 — Rush Portuguesa-dommen, præmis 13 og den deri nævnte retspraksis.

50. Da tilrådgivelsesstilling af arbejdskraft, som Domstolen har anført, har til formål at bringe arbejdstagere ind på værtsmedlemsstatens arbejdsmarked, fører en formålsfortolkning af kapitel 2, punkt 2, i bilag XII til tiltrædelsesakten fra 2003 nødvendigvis til, at denne virksomhed er omfattet af denne overgangsbestemmelses anvendelsesområde.

51. I betragtning af bestemmelsens formål forekommer det mig kunstigt at sondre imellem en situation, hvor en arbejdstager får direkte og selvstændig adgang til værtsmedlemsstatens arbejdsmarked, og en situation, hvor den pågældende får adgang til arbejdsmarkedet via en virksomhed, der stiller arbejdskraft til rådighed. I begge tilfælde er der nemlig tale om ændringer i arbejdsstyrken, der potentielt er betydelige og som følge af de nye tiltrædelser kan risikere at forstyrre medlemsstaternes arbejdsmarked. Det ville derfor efter min opfattelse være i strid med denne overgangsbestemmelses formål og føre til, at den mistede en stor del af sin effektive virkning, hvis tilrådgivelsesstilling af arbejdskraft blev udelukket fra anvendelsesområdet for kapitel 2, punkt 2, i bilag XII til tiltrædelsesakten fra 2003.

52. Jeg foreslår derfor Domstolen at anlægge en fortolkning af kapitel 2, punkt 2, i bilag XII til tiltrædelsesakten fra 2003, der ikke alene svarer til denne bestemmelses formål, men som også bevarer dens effektive virkning, ved at den fastslår, at denne

overgangsbestemmelses anvendelsesområde omfatter tilrådgivningsstilling af arbejdskraft.

53. Jeg deler ikke den forelæggende rets tvivl med hensyn til, om den argumentation, Domstolen anvendte i præmis 16 i Rush Portuguesas dommen, er blevet opretholdt i de senere domme, Kommissionen mod Luxembourg af 19. januar 2006, Kommissionen mod Tyskland og Kommissionen mod Østrig. Den omstændighed, at der ikke har været nogen udtrykkelige henvisninger til denne præmis, kan nemlig forklares med de særlige omstændigheder i disse traktatbrudssøgsmål, nemlig at der var tale om tredjelandsstatsborgere, og at der ikke var tale om nogen overgangsforanstaltning med hensyn til arbejdskraftens frie bevægelighed. Der er således ikke noget, der tyder på, at Domstolen skulle have opgivet sin praksis, hvorefter den aktivitet, der udøves af en virksomhed, som stiller arbejdskraft til rådighed, har til formål at bringe arbejdstagere ind på værtsmedlemsstatens arbejdsmarked.

54. Jeg mener heller ikke, at fællesskabslovgiver – ved at vedtage direktiv 96/71, og navnlig dets artikel 1 – har villet undergrave muligheden for de stater, der allerede var medlemmer af Unionen, for at kontrollere eller begrænse adgangen for arbejdstagere fra de nye medlemsstater til deres arbejdsmarked med henblik på at undgå forstyrrelser på grund af pludselige og betydelige ændringer i arbejdsstyrken.

55. Det er rigtigt, at direktiv 96/71, der blev vedtaget efter Rush Portuguesas dommen og som retsgrundlag har traktatens bestemmelser om den frie udveksling af tjenesteydelser, i artikel 1, stk. 3, litra c), synes at henvise til denne særlige form for udstationering, som tilrådgivningsstilling af arbejdskraft udgør. Imidlertid forekommer det mig at være i overensstemmelse med et af de formål, der forfølges med dette direktiv, nemlig beskyttelse af arbejdstagerne, at fællesskabslovgiver har ønsket at integrere det størst mulige spektrum af karakteristiske situationer for udstationering af arbejdstagere i forbindelse med udveksling af tjenesteydelser i det nævnte direktivs anvendelsesområde, for at det størst mulige antal arbejdstagere kan drage fordel af de regler, der er fastsat i direktiv 96/71. Den omstændighed, at tilrådgivningsstilling af arbejdskraft er omfattet af direktivets anvendelsesområde, er således efter min mening ikke til hinder for, at denne form for virksomhed også kan henføre under den overgangsbestemmelse, der er indeholdt i kapitel 2, punkt 2, i bilag XII til tiltrædelsesakten fra 2003, når de forskellige formål, der tilsigtes med hver enkelt af disse to retsakter, tages i betragtning.

56. Flere af intervenienterne har også anført, at bilag XII til tiltrædelsesakten fra 2003 henviser til artikel 1 i direktiv 96/71 og kun for Forbundsrepublikken Tyskland og Republikken Østrig fastsætter en udtrykkelig undtagelse med hensyn til leveringen af de tjenesteydelser, der er omhandlet deri. Ifølge intervenienterne kan det udledes deraf, at hvis dette direktivs artikel 1 i sin helhed er omfattet af kapitel 2, punkt 13, i bilag XII til

tiltrædelsesakten fra 2003 – som er en bestemmelse, der alene vedrører Forbundsrepublikken Tyskland og Republikken Østrig – betyder dette, at tilrådighedsstillelse af arbejdstagere i henhold til nævnte direktivs artikel 1, stk. 3, litra c), ikke kan falde ind under anvendelsesområdet for kapitel 2, punkt 2, i bilag XII til tiltrædelsesakten fra 2003, der vedrører arbejdskraftens frie bevægelighed.

anvendelsesområdet for overgangsbestemmelsen i kapitel 2, punkt 2, i bilag XII til tiltrædelsesakten fra 2003, skal det nu – for at kunne give den forelæggende ret et brugbart svar til løsning af de tvister, der verserer for den – fastlægges, hvilke hovedkriterier der kan gøre det muligt at påvise denne særlige kategori af udveksling af tjenesteydelser.

57. Jeg er ikke enig i den vurdering. Efter min opfattelse har henvisningen til artikel 1 i direktiv 96/71 i den overgangsbestemmelse, der er indeholdt i kapitel 2, punkt 13, i bilag XII til tiltrædelsesakten fra 2003 til formål at understrege, at Forbundsrepublikken Tyskland og Republikken Østrig ikke blot har forhandlet om suspension af regler vedrørende arbejdskraftens frie bevægelighed, men også om suspension af reglerne vedrørende fri udveksling af tjenesteydelser i visse følsomme sektorer for alle former for udveksling af tjenesteydelser, der omfatter arbejdskraftens bevægelighed. Da der i kapitel 2, punkt 2, i bilag XII til tiltrædelsesakten fra 2003 ikke er fastsat nogen udtrykkelig undtagelse, har en sådan henvisning efter min mening ikke til formål at udelukke, at medlemsstaterne kan lade tilrådighedsstillelse af arbejdskraft på deres område i en overgangsperiode betinge af en tilladelse.

58. Da jeg er af den opfattelse, at tilrådighedsstillelse af arbejdskraft falder ind under

*D — Hovedkriterier, der gør det muligt at påvise en tilrådighedsstillelse af arbejdskraft*

59. Den afledte ret giver en vejledning med henblik på definitionen af, hvad der skal forstås ved tilrådighedsstillelse af arbejdskraft.

60. Jeg har tidligere henvist til artikel 1, stk. 3, litra c), i direktiv 96/71, der vedrører det tilfælde, hvor en virksomhed »i sin egenskab af vikarbureau eller i sin egenskab af virksomhed, der stiller en arbejdstager til rådighed, udstationerer en arbejdstager i en brugervirksomhed, der er etableret eller har et forretningssted i en medlemsstat, dersom der inden udstationeringsperioden er indgået en ansættelseskontrakt mellem vikarbureauet

eller den virksomhed, som stiller en arbejdstager til rådighed, og arbejdstageren«.

hvor en arbejdsgiver indgår en kontrakt med en brugervirksomhed, hvorved førstnævnte overdrager sidstnævnte den myndighed, han som arbejdsgiver har med henblik på udførelsen af de opgaver, der tildeles arbejdstageren, karakteriserer efter min mening en tilrådgivningsstilling af arbejdskraft.

61. Et første kriterium følger af denne definition, nemlig at arbejdsforholdet mellem virksomheden, der stiller arbejdstageren til rådighed, og arbejdstageren opretholdes, mens arbejdskraften stilles til rådighed. Med andre ord medfører tilrådgivningsstillingen af arbejdskraft for en brugervirksomhed ikke, at der skal oprettes en ansættelseskontrakt mellem brugervirksomheden og den arbejdstager, der stilles til rådighed.

62. I øvrigt kan der af det forhold, at angivelsen i artikel 1, stk. 3, litra a), i direktiv 96/71 – hvorefter arbejdstagerens udstationering sker for egen regning og under egen ledelse af den virksomhed, der udstationerer arbejdstageren – er udeladt, udledes, at den virksomhed, der stiller en arbejdstager til rådighed, ikke kontrollerer den måde, hvorpå arbejdstageren udfører de opgaver, han er blevet tildelt.

63. Dette er det andet kriterium, der kan påvise, at der er tale om tilrådgivningsstilling af arbejdskraft, nemlig at arbejdstageren faktisk er underordnet brugervirksomheden med hensyn til organisation, udførelse og arbejdsvilkår. Sagt på en anden måde: Den situation,

64. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/104/EF af 19. november 2008 om vikararbejde<sup>28</sup> bekræfter denne vurdering. Det fremgår nemlig af dette direktivs artikel 1, stk. 1, at det finder anvendelse »på arbejdstagere, som har indgået en arbejdsaftale eller et ansættelsesforhold med et vikarbureau og udsendes til brugervirksomheder for midlertidigt at udføre arbejdsopgaver under disses tilsyn og ledelse«<sup>29</sup>. Denne karakteristik gør det muligt at adskille tilrådgivningsstilling af arbejdskraft fra underentreprise. Når der er tale om underentreprise, bevarer de to virksomheder rådigheden over deres personale, og der sker ingen overdragelse af myndighed

28 — EUT L 327, s. 9.

29 — Jeg kan ligeledes henvise til Rådets direktiv 91/383/EØF af 25.6.1991 om supplerung af foranstaltningerne til forbedring af sikkerheden og sundheden på arbejdsstedet for arbejdstagere, der har et tidsbegrænset ansættelsesforhold eller et vikaransættelsesforhold (EFT L 206, s. 19), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/30/EF af 20.6.2007 (EUT L 165, s. 21), der i artikel 1, nr. 2), bestemmer, at det finder anvendelse på »vikaransættelsesforhold mellem et vikarbureau, som er arbejdsgiveren, og arbejdstageren, som stilles til rådighed for at arbejde for og under kontrol af en brugervirksomhed og/eller -institution«.

med henblik på udførelsen af de opgaver, der overdrages til arbejdstagerne.

65. Et tredje kriterium ligger i formålet med udvekslingen. For at kunne påvise, at der foreligger en tilrådighedsstillelse af arbejdskraft, skal det nemlig undersøges, om formålet med udvekslingen af tjenesteydelser alene er at stille arbejdstagere til rådighed for en brugervirksomhed, eller om udstationeringen af arbejdstagere udgør et accessorium til en udveksling af tjenesteydelser, som en virksomhed, der er etableret i en stat A, har påtaget sig at levere til en virksomhed, der er etableret i en stat B. F.eks. mener jeg, at den situation, hvor en virksomhed, der er specialiseret i installation af software, kontraktmæssigt påtager sig at sende sine ingeniører til en virksomhed for at udvikle dennes computersystem, ikke udgør en simpel tilrådighedsstillelse af arbejdskraft. Hovedelementet er her gennemførelsen af en udveksling af en computertjenesteydelse, der foretages af arbejdstagere fra en virksomhed, der er specialiseret på computerområdet, da disse arbejdstagere erlægger deres ydelse under denne virksomheds kontrol. I en sådan situation er udstationeringen af arbejdstagere kun den nødvendige konsekvens af installationen af knowhow, som henhører under specialet for den virksomhed, der leverer tjenesteydelserne.

66. Med henblik på anvendelsen af overgangsbestemmelsen i kapitel 2, punkt 2, i

bilag XII til tiltrædelsesakten fra 2003 udleder jeg således af disse elementer, at en tilrådighedsstillelse af arbejdskraft for det første karakteriseres ved opretholdelsen af arbejdsforholdet mellem den virksomhed, der stiller arbejdstageren til rådighed, og arbejdstageren, for det andet ved den omstændighed, at den arbejdstager, der stilles til rådighed for brugervirksomheden, udfører sine opgaver under denne virksomheds kontrol og ledelse, og for det tredje ved det forhold, at udstationeringen af arbejdstagere er det eneste formål med udvekslingen af tjenesteydelser. Det påhviler den forelæggende ret at efterprøve, om disse kriterier er overholdt i hver af de sager, den skal behandle.

67. Derimod mener jeg ikke, at andre elementer kan udgøre pålidelige kriterier for, at der foreligger en tilrådighedsstillelse af arbejdskraft.

68. Hvad angår den betydning, der skal tillægges arten af den hovedaktivitet, som tjenesteyderen udøver i sin etableringsstat, mener jeg, at denne alene er et indicium for at kunne afgøre, om det tredje kriterium er opfyldt, dvs. om formålet med udvekslingen af tjenesteydelser alene er at stille arbejdstagere til rådighed for en brugervirksomhed, eller om udstationeringen af arbejdstagere udgør et accessorium til en udveksling af tjenesteydelser af en anden art, der f.eks. svarer



til aktivitetsområdet for den virksomhed, der udsender arbejdstagerne.

tilrådighedsstillelse af arbejdskraft eller den betydning, denne kan have på værtsmedlemsstatens arbejdsmarked.

69. Jeg er endvidere af den opfattelse, at den omstændighed, at arbejdstagerne vender tilbage til deres oprindelsesmedlemsstat efter afslutningen af deres udsendelse, ikke er afgørende for at karakterisere en tilrådighedsstillelse af arbejdskraft. Det afgørende er efter min mening, at de – selv om det kun var midlertidigt – har været tilknyttet et arbejde, der faktisk er blevet udført af en virksomhed, der ligger i værtsmedlemsstaten, og at de således i et bestemt tidsrum har været inde på denne medlemsstats arbejdsmarked.

70. Under retsmødet har Kommissionen forklaret, at en arbejdstager, der stilles til rådighed, ikke får adgang til værtsmedlemsstatens arbejdsmarked, da der ikke er indgået en ansættelseskontrakt mellem arbejdstageren og brugervirksomheden. Jeg kan ikke anerkende den argumentation, da den hverken tager hensyn til den særlige karakter ved

71. En tilrådighedsstillelse af arbejdskraft medfører en spaltning i arbejdsforholdet. Som jeg tidligere har angivet, er arbejdstageren fortsat knyttet til sin oprindelige arbejdsgiver, men på samme tid leveres det materielle arbejde af arbejdsgiveren i værtsmedlemsstaten til opfyldelse af hans egen virksomheds behov, og det udføres under hans kontrol og ledelse. Den arbejdstager, der stilles til rådighed, hverves, som om han var en lokal arbejdstager, og som følge heraf indgår han direkte i konkurrencen med de lokale arbejdstagere på værtsmedlemsstatens arbejdsmarked, hvilket nødvendigvis får en betydning for dette arbejdsmarked. Den voldsomme tilstrømning af arbejdstagere, der stilles til rådighed, som en ny medlemsstats tiltrædelse kan medføre, risikerer således at ryste værtsmedlemsstatens arbejdsmarked i sin grundvold, hvilket overgangsbestemmelser som dem, denne sag handler om, præcis har til formål at forhindre.

#### IV — Forslag til afgørelse

72. Henset til ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen besvarer de præjudicielle spørgsmål fra Raad van State på følgende måde:

- »1) Kapitel 2, punkt 2, i bilag XII til akten vedrørende vilkårene for Den Tjekkiske Republiks, Republikken Estlands, Republikken Cyperns, Republikken Letlands, Republikken Litauens, Republikken Ungarns, Republikken Maltas, Republikken Polens, Republikken Sloveniens og Den Slovakiske Republiks tiltrædelse og tilpasningerne af de traktater, der danner grundlag for Den Europæiske Union, skal fortolkes således, at arbejdskraft, der stilles til rådighed, er omfattet af denne overgangsbestemmelses anvendelsesområde.
  
- 2) Med henblik på anvendelsen af nævnte overgangsbestemmelse karakteriseres en tilrådgighedsstilling af arbejdskraft for det første ved opretholdelsen af arbejdsforholdet mellem den virksomhed, der stiller arbejdstageren til rådighed, og arbejdstageren, for det andet ved den omstændighed, at den arbejdstager, der stilles til rådighed for brugervirksomheden, udfører sine opgaver under denne virksomheds kontrol og ledelse, og for det tredje ved det forhold, at udstationeringen af arbejdstagere er det eneste formål med udvekslingen af tjenesteydelser.

Det påhviler den forelæggende ret at efterprøve, om disse kriterier er overholdt i hver af de sager, den skal behandle.«