

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

V. TRSTENJAK

fremsat den 14. april 2010<sup>1</sup>

Indhold

|                                                                                             |          |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|----------|
| I — Indledning .....                                                                        | I - 7099 |
| II — Retsforskrifter .....                                                                  | I - 7100 |
| A — Fællesskabsbestemmelser .....                                                           | I - 7100 |
| 1. Direktiv 92/50 .....                                                                     | I - 7100 |
| 2. Direktiv 2004/18 .....                                                                   | I - 7100 |
| B — Nationale bestemmelser .....                                                            | I - 7101 |
| 1. Lov om forbedring af arbejdsmarkedspensionen .....                                       | I - 7101 |
| 2. Kollektiv overenskomst om lønkonvertering for kommunalt ansatte arbejds-<br>tagere ..... | I - 7102 |
| III — De faktiske omstændigheder .....                                                      | I - 7103 |
| IV — Den administrative procedure .....                                                     | I - 7104 |
| V — Retsforhandlingerne ved Domstolen og parternes påstande .....                           | I - 7106 |
| VI — Parternes væsentligste argumenter .....                                                | I - 7107 |

1 — Originalsprog: tysk.

|                                                                                                                                                                                                     |          |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|
| VII — Retlig vurdering .....                                                                                                                                                                        | I - 7110 |
| A — Anvendelse af direktiv 92/50 og 2004/18 på kollektivt aftalte rammeaftaler .....                                                                                                                | I - 7110 |
| 1. Spørgsmålet, om kollektive overenskomster generelt er undtaget fra de primærretlige konkurrenceregler, og om en sådan undtagelse kan overføres til de grundlæggende friheder .....               | I - 7111 |
| a) Kollektive overenskomster er ikke generelt undtaget fra de primærretlige konkurrenceregler .....                                                                                                 | I - 7111 |
| b) Ingen principiel overensstemmelse mellem anvendelsesområdet for de primærretlige konkurrenceregler og anvendelsesområdet for etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser ..... | I - 7114 |
| 2. De grundlæggende friheders begrænsede virkning over for tredjemand ....                                                                                                                          | I - 7115 |
| 3. Kvalificering af retten til at føre kollektive forhandlinger og aftalefriheden på arbejdsmarkedet som grundlæggende sociale rettigheder og disses forhold til de grundlæggende friheder .....    | I - 7117 |
| 4. Foreløbig konklusion .....                                                                                                                                                                       | I - 7119 |
| B — De omhandlede rammeaftalers forenelighed med direktiv 92/50 og 2004/18 ....                                                                                                                     | I - 7120 |
| 1. Kvalificering af byerne som ordregivende myndigheder .....                                                                                                                                       | I - 7120 |
| 2. Kvalificering af rammeaftalerne som gensidigt bebyrdende aftaler, der er omfattet af udbudsdirektiverne .....                                                                                    | I - 7124 |
| a) Betragtninger vedrørende bevisbyrde og bevisrisiko .....                                                                                                                                         | I - 7124 |

|        |                                                                                                                                                                                                                                 |          |
|--------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|
| b)     | Anvendelse af direktiv 92/50 og 2004/18 på rammeaftaler .....                                                                                                                                                                   | I - 7126 |
| c)     | Rammeaftalernes gensidigt bebyrdende karakter .....                                                                                                                                                                             | I - 7128 |
| d)     | Undtagelsen for arbejdsaftaler finder ikke anvendelse .....                                                                                                                                                                     | I - 7130 |
| e)     | Tærskelværdier i direktiv 92/50 og 2004/18 .....                                                                                                                                                                                | I - 7132 |
| i)     | Fastsættelse af de relevante tærskelværdier .....                                                                                                                                                                               | I - 7132 |
| ii)    | Manglende bevis for, at rammeaftalerne overskrider den relevante tærskelværdi .....                                                                                                                                             | I - 7133 |
| 3.     | Foreløbig konklusion .....                                                                                                                                                                                                      | I - 7140 |
| C —    | Subsidiært: løsning af en konflikt mellem udbudsdirektiverne på den ene side og den grundlæggende ret til at føre kollektive forhandlinger og den grundlæggende ret til aftalefrihed på arbejdsmarkedet på den anden side ..... | I - 7140 |
| 1.     | Løsning af konflikter mellem grundlæggende friheder og grundlæggende rettigheder: Viking Line-dommen og Laval un Partneri-dommen .....                                                                                          | I - 7141 |
| 2.     | Ligeværdighed mellem grundlæggende rettigheder og grundlæggende friheder og løsning af konflikter på grundlag af proportionalitetsprincippet .....                                                                              | I - 7143 |
| 3.     | Løsning af konflikten mellem direktiv 92/50 og 2004/18 på den ene side og den grundlæggende ret til at føre kollektive forhandlinger og den grundlæggende ret til aftalefrihed på arbejdsmarkedet på den anden side .....       | I - 7148 |
| 4.     | Foreløbig konklusion .....                                                                                                                                                                                                      | I - 7156 |
| VIII — | Sammenfatning .....                                                                                                                                                                                                             | I - 7156 |
| IX —   | Forslag til afgørelse .....                                                                                                                                                                                                     | I - 7157 |
| I -    | 7098                                                                                                                                                                                                                            |          |

## I — Indledning

1. Denne sag drejer sig om Kommissionens traktatbrudssøgsmål i medfør af artikel 226 EF, hvori Kommissionen har nedlagt påstand om, at det fastslås, at Forbundsrepublikken Tyskland frem til den 31. januar 2006 har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler<sup>2</sup> og siden den 1. februar 2006 har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter<sup>3</sup>, idet en lang række store byer har indgået rammeaftaler vedrørende arbejdsmarkedspensioner for deres ansatte direkte med ved kollektiv overenskomst fastsatte forsikringsinstitutioner uden afholdelse af en udbudsprocedure inden for hele Fællesskabet.

2. Den foreliggende sag præges navnlig af Kommissionens procesaktiske beslutning om ikke som eksempel at koncentrere sig om enkelte store byers anfægtede aftaleindgåelse, men derimod generelt anfægte den udbudspraksis, der er anvendt af alle byer af

en vis størrelsesorden. Denne processuelle fremgangsmåde medfører nødvendigvis, at bevismæssige spørgsmål med hensyn til Kommissionens bevisbyrde og begrundelsesforpligtelse får særlig betydning.

3. Den foreliggende sag rejser ligeledes en lang række retsspørgsmål. Det vanskeligste er uden tvivl spørgsmålet om forholdet mellem retten til at føre kollektive forhandlinger og aftalefriheden på arbejdsmarkedet på den ene side og direktiv 92/50 og 2004/18 — som konkretiserer etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser — på den anden side. Da den påståede tilsidesættelse af udbudsdirektiverne i sidste instans kan tilskrives kollektivt aftalte bestemmelser for de pågældende byer, rejser der sig nemlig det spørgsmål, om der foreligger en konflikt mellem forpligtelser på grundlag af de grundlæggende friheder på den ene side og retten til at føre kollektive forhandlinger og retten til aftalefrihed på arbejdsmarkedet på den anden side, og om virkningerne heraf.

4. Som jeg foreslår i dette forslag til afgørelse, skal retten til at føre kollektive forhandlinger og aftalefriheden på arbejdsmarkedet betragtes som dele af de generelle fællesskabsretlige principper og derfor som grundlæggende sociale rettigheder. Såfremt det formelt skulle blive fastslået, at udbudsdirektiverne ikke er overholdt, vil det derfor skulle afklares, på hvilken måde forpligtelsen til at overholde

2 — EFT L 209, s. 1.

3 — EUT L 134, s. 114.

udbudsdirektiverne kan forenes med den grundlæggende ret til at føre kollektive forhandlinger og den grundlæggende ret til aftalefrihed på arbejdsmarkedet.

7. Afsnit III i direktiv 92/50 vedrører valg af udbudsprocedure og regler for projektkonkurrencer, afsnit IV indeholder de fælles regler på det tekniske område, afsnit V de fælles regler for offentliggørelse og afsnit VI de fælles regler for deltagelse, kriterierne for kvalitativ udvælgelse og kriterierne for tildeling af ordren.

## II — Retsforskrifter

8. I bilag I A til direktiv 92/50 inddeles tjenesteydelser i den i artikel 8 anførte betydning i 16 kategorier. Den sjette kategori omfatter »Finansielle tjenesteydelser«, navnlig »Forsikring« og »Bank- og Investerings-tjenesteydelser«.

### A — Fællesskabsbestemmelser

#### 2. Direktiv 2004/18

##### 1. Direktiv 92/50

5. Ifølge artikel 1, litra a), nr. viii), i direktiv 92/50 er arbejdsaftaler ikke offentlige tjenesteydelsesaftaler.

9. I henhold til artikel 16, litra e), i direktiv 2004/18 finder dette ikke anvendelse på offentlige tjenesteydelsesktrakter om arbejdsaftaler.

6. I henhold til artikel 8 i direktiv 92/50 indgås aftaler, hvis genstand er de i bilag I A opførte tjenesteydelser, i overensstemmelse med bestemmelserne i afsnit III til VI.

10. I henhold til artikel 20 i direktiv 2004/18 indgås kontrakter, der vedrører de i bilag II A opførte tjenesteydelser, i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 23-55. Disse artikler indeholder bestemmelser om udbudsbetingelserne og udbudsmaterialet (artikel 23-27), om de forskellige udbudsprocedurer (artikel 28-34), om offentliggørelse og

gennemsigtighed (artikel 35-43) og om udbudsprocedurens afvikling (artikel 44-55).

11. I bilag II A til direktiv 2004/18 inddeles tjenesteydelserne i 16 kategorier. Den sjette kategori omfatter »Finansielle tjenesteydelser«, navnlig »Forsikring« og »Bank- og investeringstjenesteydelser«.

(1) Hvis en arbejdstager af arbejdsgiveren gives tilsagn om alders-, invaliditets- eller efterladtepensionsydelser på grundlag af ansættelsesforholdet (arbejdsmarkeds pension), gælder denne lovs bestemmelser. Arbejdsmarkeds pensionen kan effektueres direkte via arbejdsgiveren eller af en af de i § 1b, stk. 2-4, omhandlede forsikringsinstitutioner. Arbejdsgiveren er også ansvarlig for tildeling af de ydelser, der er givet tilsagn om, selv om gennemførelsen ikke direkte forestås af den pågældende.

(2) Der foreligger tillige arbejdsmarkeds pension, når

## B — Nationale bestemmelser

[...]

1. Lov om forbedring af arbejdsmarkeds pensionen

3. kommende løntilgodehavender konverteres til en modsvarende ret til pensionsydelser (lønkonvertering) eller

12. § 1 i Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (lov om forbedring af arbejdsmarkeds pensionen) af 19. december 1974<sup>4</sup> (herefter »BetrAVG«) har følgende ordlyd:

[...]«

»Arbejdsgivers tilsagn om arbejdsmarkeds pension

13. BetrAVG's § 1a bestemmer følgende:

<sup>4</sup> — BGBl. I, s. 3610, senest ændret ved artikel 5 i lov af 21.12.2008 (BGBl. I, s. 2940).

»Ret til arbejdsmarkeds pension gennem lønkonvertering

(1) Arbejdstageren kan kræve af arbejdsgiveren, at der af kommende løntilgodehavende anvendes op til 4% af den gældende øvre bidragsgrænse i den almindelige pensionsforsikring gennem lønkonvertering til hans arbejdsmarkedspension. Gennemførelsen af arbejdstagerens ret reguleres ved aftale. Hvis arbejdsgiveren er rede til en gennemførelse via en pensionsfond eller en pensionskasse (§ 1b, stk. 3), gennemføres indbetalingen af bidrag til arbejdsmarkedspensionen dér; i modsat fald kan arbejdstageren kræve, at arbejdsgiveren tegner en direkte forsikring til ham (§ 1b, stk. 2). [...]«

2. Kollektiv overenskomst om lønkonvertering for kommunalt ansatte arbejdstagere

15. § 2 i Tarifvertrags zur Entgeltumwandlung für Arbeitnehmer/-innen im kommunalen öffentlichen Dienst (den kollektive overenskomst om lønkonvertering for kommunalt ansatte arbejdstagere) af 18. februar 2003 (herefter »TV-EUmw/VKA«) har følgende ordlyd:

14. BetrAVG's § 17 bestemmer følgende:

»Princippet om lønkonvertering

»Personkreds og mulighed for fravigelse ved kollektiv overenskomst

[...]

Ved denne kollektive overenskomst reguleres foruden de kollektivt aftalte bestemmelserne om arbejdsmarkedspension (ATV/ATV-K) principperne om konvertering af kollektivt aftalte lønelementer med henblik på arbejdsmarkedspension.«

(3) §§ 1a, 2-5 og 16, § 18a, stk. 1, samt §§ 27 og 28 kan fraviges i kollektive overenskomster. [...] [...]

16. § 5 i TV-EUmw/VKA bestemmer følgende:

(5) For så vidt løntilgodehavender beror på en kollektiv overenskomst, kan disse kun anvendes til lønkonvertering, såfremt dette er fastsat eller tilladt ved kollektiv overenskomst.«

»Udøvelse af retten til lønkonvertering

(1) Arbejdstageren skal rettidigt skriftligt gøre retten til lønkonvertering gældende over for arbejdsgiveren. Arbejdstageren er bundet af aftalen med arbejdsgiveren om lønkonvertering i en periode på mindst et år.

### III — De faktiske omstændigheder

[...]«

17. § 6 i TV-EUmw/VKA bestemmer følgende:

»Nærmere regler for gennemførelsen

Delvis lønkonvertering ifølge gennemførelsesreglerne i BetrAVG skal ske ved offentlige supplerende pensionsordninger, jf. dog andet og tredje punktum. Arbejdsgiveren kan inden for rammerne af arbejdsmarkedspensionen efter første punktum også vælge en gennemførelse, der tilbydes af Sparkassen-Finanzgruppe eller de kommunale forsikringsselskaber. Ved regional kollektiv overenskomst kan der om nødvendigt træffes bestemmelser, der afviger fra første og andet punktum.«

18. Som udtryk for Forbundsrepublikken Tysklands bestræbelser på at fremme udbygningen af finansierede arbejdsmarkedspensioner for arbejdstagere indeholder BetrAVG bl.a. en ordning vedrørende såkaldt lønkonvertering. Denne lønkonvertering indebærer i det væsentlige, at en del af arbejdstagernes fremtidige løn efter ønske anvendes til deres arbejdsmarkedspension, idet kommende løn-tilgodehavender konverteres til en modsvarende ret til pensionsydelse.

19. Selv om det generelt bestemmes i BetrAVG's § 1a, at arbejdstagere har ret til arbejdsmarkedspension gennem lønkonvertering inden for de lovbestemte grænser, indeholder BetrAVG's § 17, stk. 5, en vidtgående undtagelse fra dette princip. I henhold til § 17, stk. 5, kan løntilgodehavender, der beror på en kollektiv overenskomst, nemlig kun anvendes til lønkonvertering, såfremt dette er fastsat eller tilladt ved kollektiv overenskomst.

20. På denne baggrund indgik Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (herefter »VKA«) og ver.di — Vereinte



Dienstleistungsgewerkschaft e.V. den 18. februar 2003 TV-EUmw/VKA, hvorved de kommunalt ansatte fik ret til lønkonvertering. Samtidig er der i TV-EUmw/VKA fastsat flere betingelser for denne lønkonvertering på en måde, som afviger fra BetrAVG. VKA har indgået en kollektiv overenskomst med samme indhold med fagforeningen dbb Tarifunion.

lønkonverteringen — generelt beskrevet — som regel to faser. For at give de enkelte kommunalt ansatte mulighed for at deltage i en lønkonverteringsordning, indgår de kommunale arbejdsgivere i en første fase rammeaftaler med et eller flere af de ved kollektiv overenskomst fastsatte forsikringsinstitutioner. Disse rammeaftaler indeholder typisk de vilkår, hvorpå de kommunalt ansatte arbejdstagere kan vælge lønkonverteringsordningen i en anden fase.

21. I modsætning til BetrAVG er det udtrykkeligt fastsat i TV-EUmw/VKA, hos hvilke forsikringsinstitutioner arbejdsmarkedspensionen kan opbygges gennem lønkonvertering. I den henseende er det navnlig fastsat i § 6 i TV-EUmw/VKA, at lønkonverteringen principielt skal effektueres ved offentlige supplerende pensionsordninger. Uanset denne principielle bestemmelse kan de kommunale arbejdsgivere i henhold til § 6 i TV-EUmw/VKA imidlertid ligeledes vælge et samarbejde med Sparkassen-Finanzgruppe eller med de kommunale forsikringsselskaber. Derudover indeholder § 6 i TV-EUmw/VKA udtrykkeligt mulighed for, at der i regionale kollektive overenskomster træffes bestemmelser, der afviger herfra.

22. På baggrund af den forudgående beslutning i TV-EUmw/VKA til fordel for visse forsikringsinstitutioner, hos hvilke lønkonverteringen skal gennemføres, omfatter proceduren i forbindelse med

#### IV — Den administrative procedure

23. Efter at Kommissionen på grundlag af en klage var blevet gjort opmærksom på TV-EUmw/VKA, underrettede den ved skrivelse af 12. oktober 2005 Forbundsrepublikken Tyskland om, at denne, i forbindelse med kommunale myndigheders og virksomheders indgåelse af tjenesteydelsesaftaler vedrørende arbejdsmarkedspensioner direkte med de i § 6 i TV-EUmw/VKA nævnte institutioner og virksomheder uden afholdelse af en udbudsprocedure inden for hele Fællesskabet, kunne have tilsidesat artikel 8, sammenholdt med afsnit III-VI, i direktiv 92/50 og under alle omstændigheder principperne om etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser, der er fastsat i artikel 43 EF og 49 EF, og navnlig det forbud mod forskelsbehandling, der er omfattet af disse principper. Forbundsrepublikken Tysklands regering blev i

henhold til artikel 226 EF opfordret til inden for en frist på to måneder at fremsætte sine bemærkninger hertil.

principperne om etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser, der er fastsat i artikel 43 EF og 49 EF, og navnlig det forbud mod forskelsbehandling, der er omfattet af disse principper.

24. I sit svar af 29. marts 2006 meddelte Forbundsrepublikken Tyskland, at kommunale institutioner i deres egenskab af arbejdsgivere inden for rammerne af de kollektivt aftalte forpligtelser ikke må anses for at fungere som ordregivende myndighed i henhold til reglerne om udbud. Derudover er der i forbindelse med processen med lønkonvertering og pension på grundlag af både kollektiv overenskomst og individuel arbejdsaftale ikke tale om en offentlig aftale. Endvidere er den af Kommissionen anfægtede ordning ifølge Forbundsrepublikken beskyttet af aftalefriheden på arbejdsmarkedet.

25. Ved skrivelse af 4. juli 2006 fremsatte Kommissionen en begrundet udtalelse over for Forbundsrepublikken Tyskland i henhold til artikel 226, stk. 1, EF. For at tage højde for den ændring af fællesskabsretten, der i mellemtiden havde fundet sted, og navnlig ikrafttrædelsen af direktiv 2004/18, supplerede Kommissionens sine argumenter, således at Forbundsrepublikken Tyskland på grundlag af den anfægtede fremgangsmåde frem til den 31. januar 2006 har tilsidesat de allerede nævnte bestemmelser i direktiv 92/50 og siden den 1. februar 2006 har tilsidesat de tilsvarende bestemmelser i direktiv 2004/18. Derudover forelå der ifølge Kommissionen også fortsat en tilsidesættelse af

26. Som svar på den begrundede udtalelse bekræftede Forbundsrepublikken Tyskland sit standpunkt ved skrivelse af 15. november 2006. Desuden fremhævede Forbundsrepublikken, at de gennemførelsesaftaler, der var indgået med forsikringsinstitutionerne, ikke måtte betragtes isoleret. Disse aftaler var derimod en del af eller underordnet de arbejdsretlige bestemmelser. Arbejdsaftaler er imidlertid i henhold til artikel 16, litra e), i direktiv 2004/18 ikke omfattet af dette direktiv. Derudover vedlagde Forbundsrepublikken et juridisk memorandum udarbejdet af professor Koenig og hr. Pfromm vedrørende Kommissionens begrundede udtalelse, hvori disse forfattere konkluderede, at der i de omhandlede tilfælde under hensyntagen til aftalefriheden på arbejdsmarkedet ikke kunne foreligge en udbudspligt, og at de under alle omstændigheder hverken er omfattet af det personelle eller det materielle anvendelsesområde for udbudsdirektiverne. I den forbindelse blev det ligeledes anført, at aftalerne i de enkelte tilfælde ikke var nået op på de tærskelværdier, der er fastsat i disse direktiver.

27. Med henblik på at fastslå, om udelukkelsen af udbudsreglerne i den foreliggende sag er objektivt begrundet og forholdsmæssig for

at gennemføre det socialpolitiske aspekt, der er forbundet med lønkonverteringen, sendte Kommissionen derefter en række spørgsmål til Forbundsrepublikken. Forbundsrepublikkens svar af 1. marts 2007 var efter Kommissionens opfattelse ikke overbevisende, og den anlagde derfor sag.

nævnte institutioner og virksomheder uden afholdelse af en udbudsprocedure inden for hele Fællesskabet.

- Forbundsrepublikken Tyskland tilpligtes at betale sagens omkostninger.

29. Forbundsrepublikken Tyskland har i sit svarskrift, som er indgået den 16. september 2008, nedlagt følgende påstande:

## **V — Retsforhandlingerne ved Domstolen og parternes påstande**

28. Kommissionen har i sin stævning, der er indgået til Domstolens Justitskontor den 24. juni 2008, nedlagt følgende påstande:

- Det fastslås, at Forbundsrepublikken Tyskland frem til den 31. januar 2006 har tilsidesat artikel 8, sammenholdt med afsnit III-VI, i direktiv 92/50 og siden den 1. februar 2006 har tilsidesat artikel 20, sammenholdt med artikel 23-55, i direktiv 2004/18, idet kommunale myndigheder og virksomheder med mere end 1 218 ansatte har indgået tjenesteydelsesaftaler vedrørende arbejdsmarkedspensioner direkte med de i § 6 i TV-EUmw/VKA

- Frifindelse.

- Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

30. Kommissionen har i sin replik, der blev indgivet den 27. oktober 2008, begrænset sit søgsmål. I den forbindelse har den navnlig nedlagt påstand om, at det fastslås, at Forbundsrepublikken Tyskland frem til den 31. januar 2006 har tilsidesat artikel 8, sammenholdt med afsnit III-VI, i direktiv 92/50 og siden den 1. februar 2006 har tilsidesat artikel 20, sammenholdt med artikel 23-55, i direktiv 2004/18, idet kommunale myndigheder og virksomheder, der i 2004-2005 havde mere end 2 044 ansatte og i 2006-2007 mere end 1 827 ansatte, og som i forbindelse med aftaleindgåelser siden 2008 har haft mere end 1 783 ansatte, har indgået tjenesteydelsesaftaler vedrørende arbejdsmarkedspensioner direkte med de i § 6 i TV-EUmw/VKA nævnte

institutioner og virksomheder uden afholdelse af en udbudsprocedure inden for hele Fællesskabet.

31. I sin duplik af 12. december 2008 har Forbundsrepublikken på ny nedlagt påstand om frifindelse.

32. Ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 5. december 2008 fik Kongeriget Danmark og Kongeriget Sverige tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Forbundsrepublikken Tysklands påstande. De indgav henholdsvis den 14. og den 15. april 2009 skriftlige indlæg, som Kommissionen fremsatte bemærkninger til i et indlæg, der er indgået den 30. juni 2009.

33. Under den mundtlige forhandling den 12. januar 2010 redegjorde repræsentanter for Kommissionen, Forbundsrepublikken Tyskland, Kongeriget Danmark og Kongeriget Sverige nærmere for deres synspunkter.

i TV-EUmw/VKA til fordel for visse forsikringsinstitutioner er forenelig med direktiv 92/50 og 2004/18. Efter Kommissionens opfattelse indskrænker denne kollektivt aftalte bestemmelse i strid med direktiverne de kommunale arbejdsgivers mulighed for at vælge de forsikringsinstitutioner, hos hvilke lønkonverteringen skal gennemføres. Disse udbudsdirektiver tilsidesættes derfor nødvendigvis i forbindelse med de enkelte aftaleindgælder, såfremt aftalerne er nået op på de relevante tærskelværdier.

35. Kommissionen går i den forbindelse ud fra, at direktiv 92/50 og 2004/18 finder anvendelse på de rammeaftaler, som de kommunale arbejdsgivere indgår med de udvalgte forsikringsinstitutioner. Konkret skal disse rammeaftaler betragtes som offentlige tjenesteydelsesaftaler som omhandlet i direktiv 92/50 og 2004/18, hvis aftaleværdi for en lang række store tyske byers vedkommende overstiger de relevante tærskelværdier. Ved indgåelsen af disse tjenesteydelsesaftaler skal bestemmelserne i disse direktiver derfor overholdes.

## VI — Parternes væsentligste argumenter

34. Kommissionen har i det væsentlige anfægtet, at den forudgående beslutning i § 6

36. En sådan vurdering berøres heller ikke af, at den forudgående beslutning til fordel for visse forsikringsinstitutioner er aftalt ved kollektiv overenskomst mellem VKA og de faglige organisationer. I fællesskabsretten består der nemlig ikke et generelt forbehold for aftalefrihed på arbejdsmarkedet. Derudover

vedrører forpligtelsen til at afholde udbud ikke spørgsmålet om udformningen af den enkelte kommunalt ansattes konkrete ansættelsesforhold.

mulighed for at vælge forsikringsinstitutioner ved kollektiv overenskomst.

37. Den tyske regering har først og fremmest anfægtet Kommissionens søgsmål med det argument, at de fællesskabsretlige udbudsregler ikke finder anvendelse på en sag som den foreliggende. Det afgørende er nemlig, at beslutningen om den udvælgelsesprocedure, som Kommissionen har anfægtet, er truffet af arbejdsmarkedets parter og derfor skal vurderes i lyset af aftalefriheden på arbejdsmarkedet. Det fremgår af denne vurdering, at den i den foreliggende sag anfægtede forudgående beslutning i den kollektive overenskomst til fordel for visse forsikringsinstitutioner og overtagelsen heraf i de enkelte rammeaftaler netop ikke er omfattet af udbudsdirektiverne. I den henseende har den tyske regering argumenteret for en analog anvendelse af Domstolens praksis i Albany-sagen<sup>5</sup> og van der Woude-sagen<sup>6</sup>. Desuden vil en anvendelse af udbudsdirektiverne ifølge Tyskland medføre en åbenbar forskelsbehandling af offentlige arbejdsgivere og disses arbejdstagere i forhold til de private arbejdsgivere og disses arbejdstagere, da førstnævnte ikke vil have

38. På det faktuelle plan har den tyske regering i denne forbindelse understreget grundlaget for og udformningen af de kommunalt ansatte arbejdstageres ret til lønkonvertering i de kollektive overenskomster. Den har i den henseende navnlig fremhævet, at arbejdstagerne i henhold til BetrAVG's § 1a, stk. 1, første punktum, over for deres arbejdsgivere har en lovbestemt ret til lønkonvertering, som ikke er baseret på kollektiv overenskomst. I den forbindelse påhviler det principielt arbejdsgiveren at vælge, hvilket pensionselskab der skal effektuere den lønkonvertering, som arbejdstageren har anmodet om. Med hensyn til overenskomstløn kan denne imidlertid kun anvendes til lønkonvertering i henhold til BetrAVG's § 17, stk. 5, såfremt og i det omfang dette er fastsat eller tilladt ved kollektiv overenskomst. Da denne mulighed er fastsat i TV-EUmw/VKA, er den omhandlede ordning vedrørende konvertering af overenskomstløn af ren overenskomstmæssig art.

39. Derudover har overenskomstparterne udnyttet muligheden i BetrAVG's § 17, stk. 3, for at fravige en række bestemmelser i BetrAVG. Den af Kommissionen anfægtede forudgående beslutning til fordel for visse forsikringsinstitutioner, hos hvilke lønkonverteringen skal effektueres, udgør på denne baggrund en begrænsning af arbejdsgiverens valgmulighed i henhold til BetrAVG's § 1a, stk. 1. Arbejdsgiveren blev derfor frataget sin

5 — Dom af 21.9.1999, sag C-67/96, Sml. I, s. 5751.

6 — Dom af 21.9.2000, sag C-222/98, Sml. I, s. 7111.

beslutningskompetence, og dette til fordel for en aftalt løsning fra overenskomstparternes side. I den henseende blev der allerede taget hensyn til arbejdstagerinteresser ved valget af forsikringsinstitutioner.

er omfattet af undtagelsen i artikel 16, litra e), i direktiv 2004/18, og Kommissionen tog ved beregningen af de enkelte aftalers værdi udgangspunkt i forkerte forudsætninger.

40. Selv hvis udbudsdirektiverne principielt finder anvendelse på en sag som den foreliggende, vil de af Kommissionen anfægtede rammeaftaler efter den tyske regerings opfattelse nødvendigvis ligge uden for det materielle anvendelsesområde for direktiv 92/50 og 2004/18.

42. Kongeriget Danmark og Kongeriget Sverige støtter Tysklands påstand om frifindelse.

43. Kongeriget Danmark ser navnlig en fare for det danske arbejdsmarkedspensionssystem, hvis Domstolen måtte nå til det resultat, at aftaler af en vis størrelsesorden indgået mellem offentlige arbejdsgivere og de faglige organisationer om placering af offentligt ansattes pensionsmidler er undergivet udbudspligt.

41. I betragtning af, at de kommunale arbejdsgivere som følge af de kollektivt aftalebestemmelser er blevet frataget beslutningskompetencen med hensyn til valget af forsikringsinstitutioner, vil det være i strid med ordningen at betragte disse arbejdsgivere som ordregivende myndigheder som omhandlet i udbudsdirektiverne. Derudover begrundes de rammeaftaler, som de kommunale arbejdsgivere har indgået med forsikringsinstitutionerne, ikke i sig selv et forsikringsforhold, men fastsætter blot de vilkår, hvorpå arbejdstagere kan begrunde de individuelle forsikringsforhold med forsikringsinstitutionerne. Almindeligvis indgår arbejdsgiverne også flere sådanne rammeaftaler med forskellige forsikringsinstitutioner. Desuden er disse rammeaftaler ikke gensidigt bebyrdende og

44. I deres retlige argumentation har såvel Kongeriget Danmark som Kongeriget Sverige fremhævet, at de allerede nævnte domme i Albany-sagen og van der Woude-sagen er relevante. Selv hvis man antager, at udbudsdirektiverne principielt finder anvendelse på en situation som den her omhandlede, skal det tages i betragtning, at aftalebaserede arbejdsmarkedspensionsordninger følger direkte af den kollektive overenskomst. Derudover er det kun aftalt, hvilken forsikringsinstitution der skal administrere pensionsmidlerne. Bidraget tilhører imidlertid kun arbejdstageren, hvorfor der ikke kan være tale om en ordre om levering af en tjenesteydelse til de offentlige arbejdsgivere. Derudover er

artikel 16, litra e), i direktiv 2004/18 relevant, hvorefter dette ikke finder anvendelse på arbejdsaftaler.

kapitlerne om etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser i EF-traktaten, vil det, hvis disse grundlæggende friheder ikke finder anvendelse på de omhandlede rammeaftaler, nemlig — på grundlag af en fortolkning af udbudsdirektiverne i overensstemmelse med den primære ret — medføre, at disse rammeaftaler nødvendigvis også er undtaget fra udbudsdirektivernes anvendelsesområde.

## VII — Retlig vurdering

### *A — Anvendelse af direktiv 92/50 og 2004/18 på kollektivt aftalte rammeaftaler*

45. Det første principielle spørgsmål, der skal besvares i den foreliggende sag, er, om udbudsdirektiverne kan finde anvendelse på kollektivt aftalte rammeaftaler.

46. I denne forbindelse er det navnlig omtvistet, om de omhandlede rammeaftaler kan være omfattet af de primærretlige bestemmelser vedrørende etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser.

47. Da direktiv 92/50 og 2004/18 er udstedt på grundlag af kompetencebestemmelserne i

48. De argumenter, der fremføres imod, at de grundlæggende friheder finder anvendelse på de omhandlede rammeaftaler, kan sammenfattes i tre argumentationslinjer.

49. I forbindelse med den første argumentationslinje antages det, at kollektive overenskomster — og derfor også kollektivt aftalte rammeaftaler — er undtaget fra anvendelsesområdet for de primærretlige konkurrenceregler. Denne konkurrenceretlige undtagelse kan overføres til de grundlæggende friheder, således at kollektivt aftalte rammeaftaler også er undtaget fra anvendelsesområdet for de grundlæggende friheder.

50. I forbindelse med en anden argumentationslinje, som ganske vist ikke forfølges systematisk af den tyske regering, men alligevel fremgår som en bærende tanke i mange af dens bemærkninger, tages der udgangspunkt i princippet om de grundlæggende friheders manglende virkning over for tredjemand. Under hensyntagen til, at arbejdstagerrepræsentanterne deltager i indgåelsen af kollektive

overenskomster, rejser der sig i denne forbindelse navnlig det spørgsmål, om en anvendelse af de grundlæggende friheder på kollektivt aftalte rammeaftaler er i strid med princippet om de grundlæggende friheders manglende virkning over for tredjemand.

kollektivt aftalte bestemmelser principielt ikke er omfattet af de primærretlige konkurrenceregler, og at undtagelserne fra anvendelsesområdet for de primærretlige konkurrenceregler uden videre kan overføres til de grundlæggende friheder. Denne argumentationslinje kan derfor ikke tiltrædes.

51. I forbindelse med en tredje, subsidiær argumentationslinje tages der udgangspunkt i kvalificeringen af aftalefriheden på arbejdsmarkedet som en grundlæggende social rettighed og forholdet mellem de grundlæggende rettigheder og de grundlæggende friheder. På denne baggrund er det navnlig anført, at kollektivt aftalte rammeaftaler er beskyttet af de grundlæggende rettigheder, således at de på grundlag af deres indhold ikke længere kan vurderes ud fra de grundlæggende friheder.

a) Kollektive overenskomster er ikke generelt undtaget fra de primærretlige konkurrenceregler

52. Disse tre argumentationslinjer vil jeg behandle nærmere nedenfor.

54. Domstolen har i tre principielle domme af 21. september 1999 i Albany-sagen<sup>7</sup>, Brentjens'-sagen<sup>8</sup> og Drijvende Bokken-sagen<sup>9</sup> taget stilling til spørgsmålet, om de primærretlige konkurrenceregler finder anvendelse på kollektive overenskomster og kollektivt aftalte bestemmelser.

1. Spørgsmålet, om kollektive overenskomster generelt er undtaget fra de primærretlige konkurrenceregler, og om en sådan undtagelse kan overføres til de grundlæggende friheder

55. Disse sager vedrørte spørgsmålet, om en national erhvervspensionsordning var forenelig med de primærretlige konkurrenceregler. Et centralt element var spørgsmålet, om en tilsidesættelse af artikel 10 EF, sammenholdt med artikel 81 EF, eller artikel 86, stk. 1 EF, sammenholdt med artikel 82 EF, kunne være begrundet i, at der på foranledning af arbejdsgiver- og arbejdstagerrepræsentanter for en

53. I forbindelse med denne første argumentationslinje antages det med urette, at

7 — Nævnt ovenfor i fodnote 5.

8 — Dom af 21.9.1999, forenede sager C-115/97 – C-117/97, Sml. I, s. 6025.

9 — Dom af 21.9.1999, sag C-219/97, Sml. I, s. 6121.



bestemt branche blev indført obligatorisk tilslutning til en erhvervspensionsordning for alle virksomheder i denne branche. I denne forbindelse skulle det afklares, hvorvidt og under hvilke betingelser en kollektiv overenskomst mellem arbejdsgiverne og arbejdstagerne inden for en branche om at oprette en erhvervspensionsordning i det hele taget kan omfattes af anvendelsesområdet for artikel 81, stk. 1.

56. For at klarlægge forholdet mellem konkurrencereglerne i EF-traktaten og de kollektivt aftalte bestemmelser henviste Domstolen først til de i artikel 2 EF og artikel 3, stk. 1, litra j), EF fastsatte mål om en politik på det sociale og arbejdsmarkedsmæssige område og social beskyttelse<sup>10</sup> og understregede i denne forbindelse, at der i den primære ret og i aftalen om social- og arbejdsmarkedspolitikken udtrykkeligt er taget hensyn til såvel organisationsretten som de kollektive overenskomster<sup>11</sup>.

57. Domstolen fastslog dernæst, at kollektive aftaler, der indgås mellem arbejdsgiver- og arbejdstagerorganisationer, nødvendigvis har

visse konkurrencebegrænsende virkninger. De socialpolitiske målsætninger, der forfølges med sådanne aftaler, ville imidlertid blive bragt alvorligt i fare, hvis arbejdsmarkedets parter var underlagt artikel 81, stk. 1, EF i forbindelse med deres fælles bestræbelser på at finde egnede foranstaltninger til at forbedre beskæftigelses- og arbejdsvilkårene<sup>12</sup>. På baggrund heraf konkluderede Domstolen, at en formålsbestemt og sammenhængende fortolkning af traktatens bestemmelser som helhed medfører, at aftaler, der indgås i forbindelse med kollektive forhandlinger mellem arbejdsmarkedets parter med sådanne målsætninger for øje, som følge af deres karakter og formål må anses for ikke at falde ind under artikel 81, stk. 1, EF<sup>13</sup>.

58. I disse domme har Domstolen således fastslået, at kollektive overenskomster — og derfor også kollektivt aftalte bestemmelser og beslutninger — falder uden for anvendelsesområdet for artikel 81 EF på to betingelser: Aftalen skal være indgået 1) i forbindelse med kollektive forhandlinger<sup>14</sup> og 2) med

10 — Albany-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 54, Brentjens'-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 51, og Drijvende Bokken-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 41.

11 — Albany-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 55-58, Brentjens'-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 52-55, og Drijvende Bokken-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 42-45.

12 — Albany-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 59, Brentjens'-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 56, og Drijvende Bokken-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 46.

13 — Albany-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 60, Brentjens'-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 57, og Drijvende Bokken-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 47.

14 — Jf. dom af 12.9.2000, forenede sager C-180/98 – C-184/98, Pavlov m.fl., Sml. I, s. 6451, præmis 67 ff., hvori Domstolen understregede, at udelukkelsen af kollektive overenskomster fra anvendelsesområdet for artikel 81, stk. 1, EF ikke kan udstrækkes til at omfatte en aftale, der skal sikre et bestemt pensionsniveau for alle erhvervsudøvere og dermed forbedre et af deres arbejdsvilkår, nemlig deres løn, men som ikke er blevet indgået inden for rammerne af kollektive overenskomstforhandlinger mellem arbejdsmarkedets parter.

henblik på at forbedre beskæftigelses- og arbejdsvilkårene<sup>15</sup>.

59. Da det ikke automatisk forholder sig således, at konkurrencereglerne ikke finder anvendelse i forhold til kollektive overenskomster, med det derimod skal fastslås i det konkrete tilfælde, har Domstolen i disse domme ikke anerkendt, at kollektive overenskomster generelt er undtaget fra de primæretlige konkurrenceregler. Under henvisning til den primære rets bestemmelser om kollektive arbejdsretlige aftaler og derfor inden for rammerne af en systematisk fortolkning af traktaten har den derimod fastslået en indbygget begrænsning i artikel 81 EF i forhold til kollektive overenskomster med et bestemt indhold<sup>16</sup>.

60. Det er uden betydning for denne vurdering, at Domstolen såvel i Albany-dommen, Brentjens'-dommen og Drijvende Bokken-dommen som i den efterfølgende van der Woude-dom<sup>17</sup> var meget tilbageholdende med at undersøge, om de kollektive overenskomster var indgået med henblik på at forbedre beskæftigelses- og arbejdsvilkårene. Også i forbindelse med disse domme havde

det naturligvis været tilrådeligt at foretage en mere indgående indholdsmæssig analyse af de omhandlede kollektivt aftalte bestemmelser for i de konkrete sager at eliminere enhver mistanke om misbrug af de konkurrenceretlige spillerum, der er indrømmet overenskomstparterne<sup>18</sup>. Inden for rammerne af en samlet retssystematisk analyse af disse domme står det imidlertid fast, at kun kollektive overenskomster med et bestemt indhold blev undtaget fra anvendelsesområdet for artikel 81, stk. 1, EF<sup>19</sup>.

61. På denne baggrund har generaladvokat Fennelly i forslaget til afgørelse i van der Woude-sagen med rette anført, at rækkevidden af den såkaldte »Albany-undtagelse« som en undtagelse fra det generelle anvendelsesområde for artikel 81 EF skal fortolkes indskrænkende. Kollektive overenskomster, der mærkbart påvirker konkurrencen, kan

18 — Denne kontrol af de kollektive overenskomsters indhold blev også udtrykkeligt foreslået af generaladvokat Jacobs i forslaget til afgørelse af 28.1.1999 i sag C-67/96, Albany, i forenede sager C-115/97 – C-117/97, Brentjens', og i sag C-219/97, Drijvende Bokken, Sml. 1999 I, s. 5751, punkt 190 ff., for at undgå, at kollektive forhandlinger benyttes som en ramme for aftaler mellem arbejdsgivere, der har væsentlige konkurrencebegrænsende virkninger for tredjemand eller andre markeder. Resultatet af kollektive forhandlinger bør kun være undtaget fra konkurrencereglerne, når aftalen er indgået mellem arbejdsmarkedets parter 1) inden for de formelle rammer for kollektiv forhandling og 2) i oprigtig hensigt. Som det tredje kriterium foreslog generaladvokat Jacobs derudover, at de kollektive overenskomster skal vedrøre grundlæggende emner for kollektive forhandlinger, såsom løn og arbejdsvilkår, og ikke direkte må berøre tredjemand eller andre markeder.

19 — I denne forbindelse bemærkes navnlig, at den omstændighed, at Domstolen i vidt omfang undlod at foretage en indholdsmæssig analyse af de pågældende overenskomstbestemmelser, skal ses på baggrund af Domstolens efterfølgende undersøgelse af det spørgsmål, om de af overenskomstparterne udpegede pensionsfonde var virksomheder i henhold til artikel 81 EF. Da Domstolen i Albany-dommen, Brentjens'-dommen og Drijvende Bokken-dommen konkluderede, at disse fonde var virksomheder, muliggjorde den en selvstændig undersøgelse af de konkurrencebegrænsende virkninger, der kunne være forbundet med de pågældende fonde. Begrænsningen af konkurrencereglernes anvendelsesområde blev derfor relativiseret i forhold til de omhandlede kollektive overenskomster.

15 — Udtrykkeligt bekræftet i van der Woude-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 22 ff.

16 — Jf. Aicher og Schumacher, i Grabitz og Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, bind II, EF-traktatens artikel 81, punkt 28 [40. supplement, oktober 2009].

17 — Nævnt ovenfor i fodnote 6.

derfor altid anfægtes under påberåbelse af, at aftalen ikke forfølger en ægte socialpolitisk målsætning, fordi de restriktioner, aftalen eller dens anvendelse indebærer, går ud over, hvad der er nødvendigt for at forfølge denne målsætning<sup>20</sup>. Dette forudsætter naturligvis nødvendigvis en indholdsmæssig analyse af den betingelse, om de pågældende kollektive overenskomster eller de enkelte kollektivt aftalte bestemmelser faktisk er aftalt med henblik på at forbedre beskæftigelses- og arbejdsvilkårene.

62. På baggrund heraf når jeg til den konklusion, at Domstolen i Albany-dommen, Brentjens'-dommen og Drijvende Bokken-dommen ikke har fastslået, at kollektive overenskomster generelt er undtaget fra de primærretlige konkurrenceregler. Disse domme skal derimod fortolkes således, at der derved blev fastslået en indbygget primærretlig begrænsning i artikel 81 EF i forhold til kollektive overenskomster med et bestemt indhold.

b) Ingen principiel overensstemmelse mellem anvendelsesområdet for de primærretlige konkurrenceregler og anvendelsesområdet for etableringsfriheden og den fri udveksling af tjenesteydelser

63. I sine anbringender har Forbundsrepublikken Tyskland antaget, at de begrænsninger og undtagelser, der gælder for

konkurrencereglerne, principielt kan overføres til de grundlæggende friheder. På denne baggrund har Forbundsrepublikken navnlig foreslået Domstolen at anvende de vurderinger og principper, der er indeholdt i Albany-dommen, Brentjens'-dommen og Drijvende Bokken-dommen, analogt — og derfor uden undersøgelse på baggrund af de særlige forhold i forbindelse med den frie udveksling af tjenesteydelser og etableringsfriheden — i den foreliggende sag.

64. Efter min opfattelse kan den tyske regerings standpunkt i denne henseende ikke tiltrædes.

65. Selv om såvel bestemmelserne vedrørende den frie udveksling af tjenesteydelser og etableringsfriheden som bestemmelserne vedrørende den frie konkurrence tager hensyn til målsætningen om at gennemføre det indre marked, indebærer den omstændighed, at en aftale eller en handling i betragtning af sin konkrete udformning ikke er omfattet af konkurrencereglernes anvendelsesområde, ikke nødvendigvis, at den også er udelukket fra anvendelsesområdet for bestemmelserne om fri bevægelighed<sup>21</sup>.

66. Domstolen har således i nu fast praksis fastslået, at en aftale eller en aktivitet ganske vist kan være omfattet af bestemmelserne

20 — Generaladvokat Fennellys forslag til afgørelse af 11.5.2000 i van der Woude-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 6, punkt 32.

21 — På samme måde generaladvokat Poiares Maduro i forslaget til afgørelse af 23.5.2007 i den sag, der gav anledning til dom af 11.12.2007, sag C-438/05, International Transport Workers' Federation og Finnish Seamen's Union (»Viking Line«), Sml. I, s. 10779, punkt 26.

om fri bevægelighed, men samtidig kan være udelukket fra konkurrencereglernes anvendelsesområde, og omvendt<sup>22</sup>.

på arbejdsmarkedet som en grundlæggende rettighed<sup>23 24</sup>.

67. Ifølge Domstolens praksis er der derfor ikke nødvendigvis overensstemmelse mellem anvendelsesområdet for de primærretlige konkurrenceregler og anvendelsesområdet for de grundlæggende friheder. Den omstændighed, at kollektivt aftalte bestemmelser, der har til formål at forbedre beskæftigelses- og arbejdsvilkårene, ifølge Albany-dommen, Brentjens'-dommen og Drijvende Bokken-dommen ikke er omfattet af artikel 81 EF, indebærer derfor ikke nødvendigvis, at sådanne kollektivt aftalte bestemmelser også falder uden for anvendelsesområdet for etableringsfriheden og for den frie udveksling af tjenesteydelser.

2. De grundlæggende friheders begrænsede virkning over for tredjemand

69. Anvendelsen af den frie udveksling af tjenesteydelser og etableringsfriheden på overenskomstområdet berøres heller ikke af det i den foreliggende sag nærliggende argument om, at disse grundlæggende friheder ikke har virkning over for tredjemand.

68. Helt subsidiært tilføjes, at selv hvis forholdet mellem aftalefriheden på arbejdsmarkedet og de primærretlige konkurrenceregler på den ene side og mellem aftalefriheden på arbejdsmarkedet og de grundlæggende friheder på den anden side skulle udformes på samme måde, vil dette ikke indebære, at de retningslinjer, der er indeholdt i Albany-dommen, Brentjens'-dommen og Drijvende Bokken-dommen, uden videre kan overføres til den foreliggende sag. Tværtimod vil de konkurrenceretlige retningslinjer og vurderinger i disse domme skulle undersøges under hensyntagen til anerkendelsen af aftalefriheden

70. Ifølge denne argumentation beror de omhandlede rammeaftaler i sidste ende på en kollektiv overenskomst, der er aftalt mellem

22 — Dom af 11.12.2007, sag C-438/05, International Transport Workers' Federation og Finnish Seamen's Union (»Viking Line«), Sml. I, s. 10779, præmis 53, og af 18.7.2006, sag C-519/04 P, Meca-Medina, Sml. I, s. 6991, præmis 31-34.

23 — Jf. punkt 75 ff. i dette forslag til afgørelse.

24 — Jf. i denne henseende tillige T. Novitz, »Taking collective action«, *Competition Law Insight* 2008, Vol. 7 Issue 4, s. 10, som er af den opfattelse, at den omstændighed, at Albany-undtagelsen ikke fandt anvendelse i Viking Line-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 22, netop kan forklares ved Domstolens beslutning om at anerkende retten til at iværksætte kollektive kampskridt som en grundlæggende social rettighed. L. Azoulay, »The Court of justice and the social market economy: the emergence of an ideal and the conditions for its realization«, *CMLR* 2008, s. 1335, på s. 1347 ff., ser endog en grundlæggende forskel i forholdet mellem grundlæggende friheder og grundlæggende rettigheder ifølge Albany-dommen og dette forhold ifølge Viking Line-dommen.

de offentlige arbejdsgivere og arbejdstagerrepræsentanterne. I betragtning af den manglende virkning over for tredjemand af den frie udveksling af tjenesteydelser og etableringsfriheden er arbejdstagernes deltagelse i de kollektive overenskomster principielt til hinder for at anvende de bestemmelser, der vedrører disse grundlæggende friheder, på kollektive overenskomster og på de efterfølgende aftaler, som er indgået med henblik på dissens gennemførelse.

71. Over for en sådan argumentation kan det først og fremmest anføres, at TV-EUmw/VKA er indgået mellem VKA på den ene side og de faglige organisationer på den anden side. Da statslige organer, der også er omfattet af de grundlæggende friheder, med de kommunale arbejdsgivere deltog i indgåelsen af den kollektive overenskomst, kan der i denne forbindelse højst være tale om en indirekte virkning over for tredjemand af de grundlæggende friheder på bekostning af de faglige organisationer, der ligeledes var med til at indgå den kollektive overenskomst.

72. Derudover vil jeg i denne forbindelse henvise til Domstolens faste praksis, hvorefter artikel 39 EF, 43 EF og 49 EF ikke alene gælder for offentlige myndigheders retsakter, men tillige for andre former for regler, hvis

formål er at give kollektive bestemmelser for lønarbejde og tjenesteydelser<sup>25</sup>.

73. Denne medtagelse af kollektive arbejdsregler i anvendelsesområdet for de grundlæggende friheder begrundes med, at arbejdsvilkårene i de forskellige medlemsstater reguleres dels ved love eller administrative bestemmelser, dels ved kollektive overenskomster og andre retsakter, der er indgået eller vedtaget af borgerne. Hvis de kollektive arbejdsregler ikke var omfattet af anvendelsesområdet for de grundlæggende friheder, ville dette også indebære en risiko for uligheder ved anvendelsen af de forpligtelser, der udspringer af en af de primærretlige grundlæggende friheder<sup>26</sup>.

74. På baggrund af disse betragtninger når jeg til den konklusion, at der af princippet om de grundlæggende friheders manglende virkning over for tredjemand ikke kan udledes argumenter imod, at de bestemmelser, der vedrører etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser, anvendes på de omhandlede kollektivt aftalte rammeaftaler.

25 — Viking Line-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 33, samt dom af 6.6.2000, sag C-281/98, Angonese, Sml. I, s. 4139, præmis 31, af 15.12.1995, sag C-415/93, Bosman, Sml. I, s. 4921, præmis 82, og af 12.12.1974, sag 36/74, Walrave, Sml. s. 1405, præmis 17. Jf. i den henseende A. Junker, »Europa und das deutsche Tarifrecht – Was bewirkt der EuGH«, *ZfA* 2009, s. 281, på s. 282 ff.

26 — Viking Line-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 34, Angonese-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 33, Bosman-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 84, og Walrave-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 19.

3. Kvalificering af retten til at føre kollektive forhandlinger og aftalefriheden på arbejdsmarkedet som grundlæggende sociale rettigheder og disses forhold til de grundlæggende friheder

75. Argumentet om, at udformningen af de kommunalt ansatte arbejdstageres arbejdsvilkår i TV-EUmw/VKA er baseret på den grundlæggende ret til aftalefrihed på arbejdsmarkedet, således at denne kollektive overenskomst og de efterfølgende aftaler på grundlag af deres indhold falder uden for anvendelsesområdet for etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser, er heller ikke overbevisende.

76. Efter fast retspraksis hører de grundlæggende rettigheder til de almindelige retsgrundsætninger, som Domstolen skal beskytte<sup>27</sup>. Med henblik på at fastlægge disse grundlæggende rettigheder lader Domstolen sig inspirere af de fælles forfatningsmæssige traditioner i medlemsstaterne samt af de anvisninger i form af internationale traktater om beskyttelse af menneskerettighederne, som medlemsstaterne har været med til at udarbejde, eller som de senere har tiltrådt.

77. Retten til at føre kollektive forhandlinger er anerkendt såvel i forskellige internationale

instrumenter, som medlemsstaterne har indgået eller tiltrådt, såsom den europæiske socialpagt undertegnet i Torino den 18. oktober 1961<sup>28</sup>, som i øvrigt er udtrykkeligt nævnt i artikel 136 EF, og i de instrumenter, der er udarbejdet af medlemsstaterne på fællesskabsplan eller inden for rammerne af Den Europæiske Union, såsom fællesskabspagten om arbejdstageres grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder, der blev vedtaget på Det Europæiske Råds møde i Strasbourg den 9. december 1989, og som ligeledes er nævnt i artikel 136 EF<sup>29</sup>, og Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, som blev proklameret i Nice den 7. december 2000<sup>30</sup>.

78. På denne baggrund skal retten til at føre kollektive forhandlinger og aftalefriheden på arbejdsmarkedet, som indgår i denne ret, uomtvisteligt også anerkendes i Fællesskabets retsorden som grundlæggende rettigheder,

28 — Artikel 6 i den europæiske socialpagt, ordret gengivet i artikel 6 i den reviderede europæiske socialpagt, som blev undertegnet i Strasbourg den 3.5.1996, forpligter de kontraherende parter til, for at sikre en effektiv udnyttelse af retten til at føre kollektive forhandlinger, bl.a. at fremme fælles forhandlinger mellem arbejdere og arbejdsgivere, og hvor det er fornuftigt og formålstjenligt at fremme indførelse af en fremgangsmåde til frivillige forhandlinger mellem arbejdsgivere eller arbejdsgiverorganisationer og arbejderorganisationer med henblik på en regulering af arbejdsvilkårene gennem kollektive overenskomster.

29 — Ifølge punkt 12 i fællesskabspagten om arbejdstageres grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder har arbejdsgiverne eller arbejdsgiverorganisationerne på den ene side og arbejdstagerorganisationerne på den anden side ret til under de vilkår, der gælder efter national lovgivning og praksis, at forhandle og indgå kollektive overenskomster.

30 — I henhold til artikel 28 i charteret om grundlæggende rettigheder har arbejdstagere og arbejdsgivere eller deres respektive organisationer i overensstemmelse med fællesskabslovgivningen og national lovgivning og praksis ret til at forhandle og indgå kollektive overenskomster på passende niveauer og i tilfælde af interessekonflikter ret til kollektive skridt, herunder strejke, for at forsvare deres interesser.

27 — Jf. dom af 14.10.2004, sag C-36/02, Omega, Sml. I, s. 9609, præmis 33, og af 12.6.2003, sag C-112/00, Schmidberger, Sml. I, s. 5659, præmis 71.

der er en integrerende del af de generelle fællesskabsretlige principper<sup>31</sup>.

79. Med Lissabontraktaten, der ratione temporis ikke er relevant i den foreliggende sag, blev den primærretlige forankring af retten til at føre kollektive forhandlinger i øvrigt stadfæstet, idet Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder blev erklæret juridisk bindende i artikel 6 TEU. Gennem denne generelle henvisning til charteret er den forhandlingsret, der er fastsat i artikel 28 i dette charter, nu udtrykkeligt indført i den primære ret<sup>32</sup>.

80. Det kan imidlertid ikke uden videre sluttes af anerkendelsen af retten til at føre kollektive forhandlinger og den dermed forbundne aftalefrihed på arbejdsmarkedet som

grundlæggende rettigheder, at de kollektive overenskomster, som aftales under udøvelse af disse grundlæggende rettigheder, og de efterfølgende aftaler på grundlag af deres indhold automatisk er udelukket fra anvendelsesområdet for de grundlæggende friheder.

81. I tilfælde af en konflikt mellem en grundlæggende rettighed og en grundlæggende frihed skal der nemlig tages udgangspunkt i princippet om, at begge retspositioner er ligeværdige. Denne principielle ligeværdighed betyder på den ene side, at grundlæggende friheder kan begrænses ud fra hensynet til de grundlæggende rettigheder. Den indebærer på den anden side imidlertid også, at udøvelsen af grundlæggende friheder kan begrunde en begrænsning af grundlæggende rettigheder<sup>33</sup>.

82. Den omstændighed, at retten til at føre kollektive forhandlinger og aftalefriheden på

31 — Jf. i den henseende dom af 18.12.2007, sag C-341/05, *Laval un Partneri*, Sml. I, s. 11767, præmis 90 f., samt *Viking Line-dommen*, nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 43 f., hvori retten til at iværksætte kollektive kampskridt, som er nært knyttet til retten til at føre kollektive forhandlinger, er anerkendt som en grundlæggende rettighed under henvisning til anerkendelsen heraf i den europæiske socialpagt, i den af Den Internationale Arbejdsorganisation vedtagne konvention nr. 87 om foreningsfrihed og beskyttelse af retten til at organisere sig samt i fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder og Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder.

32 — Jf. i den henseende J. Schwarze, »Der Reformvertrag von Lissabon – Wesentliche Elemente des Reformvertrags«, *EuR* 2009 (Supplement 1), s. 9, på s. 17, som med rette har peget på, at den omstændighed, at artikel 6 TEU kun indeholder en generel henvisning til charteret, er uden retlig betydning og ikke kan anvendes som argument imod at indføre charteret om grundlæggende rettigheder i den primære ret. I protokol nr. 30 om anvendelsen af Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder i Polen og i Det Forenede Kongerige fastsættes imidlertid en undtagelsesbestemmelse for Polen og Det Forenede Kongerige.

33 — Domstolen har i nu fast praksis fastslået, at beskyttelsen af grundlæggende rettigheder er et legitimt hensyn, som i princippet kan begrunde indskrænkninger i de forpligtelser, der følger af en af de i den primære ret garanterede grundlæggende friheder; jf. *Laval un Partneri-dommen*, nævnt ovenfor i fodnote 31, præmis 93, *Viking Line-dommen*, nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 45, *Omega-dommen*, nævnt ovenfor i fodnote 27, præmis 35, og *Schmidberger-dommen*, nævnt ovenfor i fodnote 27, præmis 74. Dette betyder imidlertid ikke, at handlinger, der kan betragtes som udøvelse af en grundlæggende rettighed, *eo ipso* falder uden for anvendelsesområdet for de grundlæggende friheder. Tværtimod skal udøvelsen af de grundlæggende rettigheder så vidt muligt ske i overensstemmelse med de rettigheder og friheder, der er beskyttet i traktaten, idet enhver konflikt mellem grundlæggende rettigheder og forpligtelser, der følger af de grundlæggende friheder, under hensyntagen til de pågældende grundlæggende rettighedshaver og grundlæggende friheders konkrete kendetegn skal elimineres på grundlag af proportionalitetsprincippet. Jf. punkt 183 ff. i dette forslag til afgørelse.

arbejdsmarkedet har karakter af en grundlæggende rettighed, indebærer derfor ikke, at de kollektive overenskomster, der indgås under udøvelse af disse rettigheder, eller de efterfølgende aftaler, der indgås for at opfylde disse kollektive overenskomster, automatisk og fuldt ud falder uden for anvendelsesområdet for bestemmelserne om etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser.

83. Heraf følger direkte, at argumentet om, at såvel de kollektive overenskomster, der aftales under udøvelse af den grundlæggende ret til at føre kollektive forhandlinger og den grundlæggende ret til aftalefrihed på arbejdsmarkedet, som de efterfølgende aftaler *eo ipso* falder uden for anvendelsesområdet for etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser — og den sekundære ret, der er støttet derpå — ikke er overbevisende.

84. Hvis der skulle blive fastslået en konflikt mellem disse grundlæggende friheder på den ene side og disse grundlæggende rettigheder på den anden side, skal det derimod undersøges, om de grundlæggende friheder i betragtning af alle sagens omstændigheder kan begrunde en begrænsning af den grundlæggende ret til at føre kollektive forhandlinger og den grundlæggende ret til aftalefrihed på arbejdsmarkedet, eller omvendt, om disse grundlæggende rettigheder kræver, at anvendelsesområdet for disse grundlæggende friheder og den sekundære ret, der er støttet derpå, indskrænkes.

#### 4. Foreløbig konklusion

85. På baggrund af ovenstående betragtninger når jeg til den konklusion, at kollektivt aftalte rammeaftaler principielt er omfattet af anvendelsesområdet for etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser. De omhandlede rammeaftaler er derfor principielt også omfattet af anvendelsesområdet for udbudsdirektiverne, der er baseret på disse grundlæggende friheder, naturligvis altid såfremt betingelserne for anvendelsen heraf er opfyldt.

86. Fastslås det, at direktiv 92/50 eller 2004/18 er blevet tilsidesat i forbindelse med en kollektivt aftalt rammeaftale, skal der imidlertid tages hensyn til den særlige stilling, som retten til at føre kollektive forhandlinger og aftalefriheden på arbejdsmarkedet som grundlæggende sociale rettigheder har. I den forbindelse skal det på grundlag af sagens konkrete omstændigheder undersøges, om denne tilsidesættelse af udbudsdirektiverne kan tilskrives udøvelsen af den grundlæggende sociale ret til at føre kollektive forhandlinger og aftalefriheden på arbejdsmarkedet, og i bekræftende fald, om en indskrænkning i udøvelsen af disse grundlæggende sociale rettigheder som følge af forpligtelserne i udbudsdirektiverne kan betragtes som begrundet i lyset af de grundlæggende friheder.



87. På baggrund af disse betragtninger vil jeg nedenfor først undersøge, om de omhandlede kollektivt aftalte rammeaftaler er forenelige med direktiv 92/50 og 2004/18. Derefter vil jeg undersøge, hvordan en konflikt mellem de forpligtelser, der følger af udbudsdirektiverne, på den ene side, og den frie udøvelse af den grundlæggende ret til at føre kollektive forhandlinger samt den grundlæggende ret til aftalefrihed på arbejdsmarkedet, på den anden side, kan løses.

*B — De omhandlede rammeaftalers forenelighed med direktiv 92/50 og 2004/18*

88. Kommissionen har gjort gældende, at direktiv 92/50 og 2004/18 er blevet tilsidesat som følge af, at en lang række kommunale myndigheder og virksomheder har indgået tjenesteydelsesaftaler vedrørende arbejdsmarkedspensioner for deres ansatte direkte med de i § 6 i TV-EUmw/VKA nævnte institutioner og virksomheder uden afholdelse af en udbudsprocedure inden for hele Fællesskabet.

89. Ved offentlige tjenesteydelsesaftaler som omhandlet i direktiv 92/50 og 2004/18 forstås gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en ordregivende myndighed

og en økonomisk aktør, og som hovedsageligt vedrører udførelse af tjenesteydelser.

90. I den foreliggende sag er det navnlig omtvistet, om kommunerne ved gennemførelsen af det kollektivt aftalte valg handlede som ordregivende myndigheder som omhandlet i udbudsdirektiverne. Derudover er det omtvistet, om de aftaler, der er indgået mellem kommunerne og forsikringsinstitutionerne, kan betragtes som gensidigt bebyrdende aftaler, som vedrører udførelse af tjenesteydelser og overskrider de relevante tærskelværdier.

91. Disse to centrale spørgsmål vil jeg undersøge nærmere nedenfor.

1. Kvalificering af byerne som ordregivende myndigheder

92. Forbundsrepublikken Tyskland har afvist, at de pågældende byer kan kvalificeres som ordregivende myndigheder som omhandlet i udbudsdirektiverne, med det argument, at disse byer ved valget af forsikringsinstitutioner kun gennemfører bestemmelserne i den kollektive overenskomst og dermed ikke træffer en »selvstændig« beslutning. Desuden mangler der et indkøbsmoment til fordel for det offentlige, da de retlige følger og

økonomiske virkninger af lønkonverteringen henhører under arbejdstagersfæren.

93. Med denne argumentation har Forbundsrepublikken Tyskland i det væsentlige plæderet for en formålsbestemt fortolkning af begrebet »ordregivende myndighed« med henblik på gennem en begrænsende fortolkning af dette begreb at begrænse udbudsdirektivernes anvendelsesområde i sager som den foreliggende. Denne argumentation kan ikke tiltrædes.

94. Indledningsvis skal det bemærkes, at direktiverne om indgåelse af offentlige kontrakter er vedtaget som led i gennemførelsen af det indre marked, inden for hvilket der er sikret fri bevægelighed, og konkurrencebegrænsningerne er ophævet<sup>34</sup>. I denne forbindelse har Domstolen fastslået, at et af hovedformålene med udbudsdirektiverne er at skabe så bred konkurrence om offentlige kontrakter som muligt i alle medlemsstater<sup>35</sup>.

95. Selv om det er korrekt, at Domstolen i fast praksis har fastslået, at begrebet

»ordregivende myndighed« ikke skal fortolkes formelt, men formålsbestemt<sup>36</sup>, skal det på denne baggrund understreges, at denne praksis vidner om Domstolens bestræbelser på at bryde de lukkede nationale udbudsmarkeder op og — i overensstemmelse med de målsætninger, der er formuleret i betragtningerne til udbudsdirektiverne — at få åbnet disse markeder for det fælles marked<sup>37</sup>.

96. Det mål, som Domstolen forfølger med sin formålsbestemte fortolkning af begrebet »ordregivende myndighed«, er derfor en effektiv gennemførelse af etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser i forbindelse med offentlige aftaler. Med henblik herpå har Domstolen fortolket udbudsdirektivernes materielle anvendelsesområde vidt, idet det er uvæsentligt for, hvorvidt et nationalt organ skal kvalificeres som (funktionel) ordregivende myndighed i henhold til udbudsbestemmelserne, om denne egenskab i den relevante nationale ordning er knyttet til bestemte institutionelle karakteristika<sup>38</sup>.

34 — Dom af 19.5.2009, sag C-538/07, Assitur, Sml. I, s. 4219, præmis 25, og af 21.2.2008, sag C-412/04, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 619, præmis 2.

35 — Dom af 23.12.2009, sag C-305/08, CoNISMa, Sml. I, s. 12129, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis.

36 — Dom af 13.12.2007, sag C-337/06, Bayerischer Rundfunk m.fl., Sml. I, s. 11173, præmis 37, af 1.2.2001, sag C-237/99, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 939, præmis 43, og af 20.9.1988, sag 31/87, Beentjes, Sml. s. 4635, præmis 11.

37 — Jf. F. Marx og H. Prieß, i Jestaedt, Kemper, Marx og Prieß, *Das Recht der Auftragsvergabe*, Neuwied, 1999, s. 16 f.

38 — Jf. Beentjes-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 36, hvori Domstolen fastslog, at Rådets direktiv 71/305/EØF af 26.7.1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 185, s. 5) finder anvendelse på indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter gennem en institution som den »lokale Kommission for udskiftning«, der ikke formelt er integreret i statens administration.

97. Retspraksis vedrørende begrebet »funktionel« ordregivende myndighed vedrører derfor det generelle formål med direktiverne, dvs. ved hjælp af samordningen på fællesskabsniveau af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter at fjerne hindringerne for den frie udveksling af tjenesteydelser og varer og følgelig også at beskytte interesserne for de erhvervsdrivende, der er etableret i en medlemsstat, og som ønsker at tilbyde goder eller tjenesteydelser til ordregivende myndigheder i en anden medlemsstat<sup>39</sup>. Formålet hermed er at fjerne risikoen for, at der indrømmes indenlandske bydende eller ansøgere en fortrinnsstilling ved de ordregivende myndigheders indgåelse af kontrakter, og at udelukke den mulighed, at et organ, der finansieres eller kontrolleres af staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, lader sig lede af andre hensyn end økonomiske<sup>40</sup>.

98. Selv om denne formålsbestemte fortolkning af begrebet »ordregivende myndighed« har en tendens til at udvide udbudsdirektivernes materielle anvendelsesområde, kan den i undtagelsestilfælde ligeledes medføre, at disse direktiver ikke finder anvendelse på aftaler, selv om disse formelt er indgået af en ordregivende myndighed, og også de øvrige

betingelser for anvendelsen af udbudsdirektivet synes opfyldt.

99. Et klart eksempel herpå findes i Mannesmann Anlagenbau Austria-dommen, hvori Domstolen fastslog, at en kontrakt, der skal indgås af en ordregivende myndighed, og som principielt er omfattet af udbudsdirektivernes anvendelsesområde, mister sin karakter af offentlig kontrakt, når det er godtgjort, at det pågældende projekt fra begyndelsen og i sin helhed var omfattet af formålet i en virksomhed, der ikke var undergivet udbudsreglerne, og at kontrakterne vedrørende projektet er indgået af en ordregivende myndighed på denne virksomheds vegne<sup>41</sup>.

100. Ifølge det kriterium, der blev anvendt i Mannesmann Anlagenbau Austria-dommen, for, at udbudsreglerne ikke fandt anvendelse, skal det derfor godtgøres, at beslutningen om kontraktindgåelsen blev truffet af en privat modtager i egen interesse, idet sidstnævnte skal afholde omkostningerne fuldt ud. Da de ordregivende myndigheder i den situation ganske vist formelt indgår kontrakten, men hverken har truffet eller påvirket de beslutninger, der ligger til grund for denne kontrakt, er der ingen risiko for, at denne ordregivende myndigheder i strid med udbudsreglerne indrømmer indenlandske bydende eller ansøgere en fortrinnsstilling ved indgåelsen af

39 — Jf. dommen i sagen Bayerischer Rundfunk m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 36, præmis 38, og dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt ovenfor i fodnote 36, præmis 41, samt dom af 3.10.2000, sag C-380/98, University of Cambridge, Sml. I, s. 8035, præmis 16.

40 — Dommen i sagen Bayerischer Rundfunk m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 36, præmis 36, dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt ovenfor i fodnote 36, præmis 42, og University of Cambridge-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 39, præmis 17.

41 — Dom af 15.1.1998, sag C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria, Sml. I, s. 73, præmis 42 ff. Jf. i den henseende ligeledes C. Bovis, »Case C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria AG«, CMLR 1999 s. 205, på s. 212.

kontrakter eller lader sig lede af andre hensyn end økonomiske<sup>42</sup>.

de kommunale arbejdsgivere udøve en i det mindste indirekte indflydelse på den forudgående beslutning til fordel for visse forsikringsinstitutioner, der er aftalt i TV-EUmw/VKA.

101. På baggrund af ovenstående betragtninger er det ikke overbevisende, når Forbundsrepublikken Tyskland fremfører det argument, at kommunerne ved valget af forsikringsinstitutioner kun gennemfører beslutningerne i den kollektive overenskomst og derfor ikke optræder som ordregivende myndigheder.

102. Det skal først og fremmest bemærkes, at den kollektive overenskomst er indgået mellem VKA og de faglige organisationer. Som paraplyorganisation for de kommunale myndigheder og virksomheder i Tyskland tilgodeså VKA i den forbindelse de kommunale arbejdsgivers overenskomstmæssige og arbejdsretlige interesser. Dette indebærer nødvendigvis, at de kommunale arbejdsgivere i det mindste indirekte deltog i fastlæggelsen af de forhandlingspositioner, som VKA efterfølgende forsøgte at få igennem i forbindelse med de kollektive forhandlinger med de faglige organisationer, og som i sidste instans også ligger til grund for den kollektive overenskomst. På denne baggrund kunne

103. I betragtning af, at de kommunale arbejdsgivere kunne øve i det mindste indirekte indflydelse på de kollektive overenskomstforhandlinger og derfor også på de resultater, der blev opnået i TV-EUmw/VKA, kan der ikke rejses tvivl om deres kvalificering som ordregivende myndigheder som omhandlet i udbudsdirektiverne under henvisning til beslutningerne og pligterne i den kollektive overenskomst.

104. Argumentet om, at kommunerne i den foreliggende sag funktionelt set ikke skal betragtes som ordregivende myndigheder som omhandlet i udbudsdirektiverne, da de retlige følger og økonomiske virkninger af lønkonverteringen henhører under arbejdstagersfæren, er heller ikke overbevisende.

105. Selv om de kommunale arbejdsgivere i givet fald på ingen måde yder tilskud til opbygningen af arbejdsmarkedspensionen gennem

42 — Når en ordregivende myndighed selv som tjenesteyder har til hensigt at udøve en selvstændig økonomisk virksomhed, der er underlagt konkurrence, og i denne forbindelse konkurrerer med private erhvervsdrivende, er det derimod ikke udelukket, at den ordregivende myndigheds beslutning om at give en del af disse ydelser i underentreprise til en bestemt tredjemand, er begrundet i andre hensyn end økonomiske. I en sådan situation finder udbudsdirektiverne derfor fuldt ud anvendelse. Jf. dom af 18.11.2004, sag C-126/03, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 11197, præmis 16 ff.

lønkonverteringen, vil denne konstatering i sig selv ikke være tilstrækkelig til at udelukke de aftaler, som de kommunale arbejdsgivere indgik med forsikringsinstitutionerne, fra udbudsdirektivernes anvendelsesområde.

106. Risikoen for, at ordregivende myndigheder indrømmer nationale virksomheder og udbydere en fortrinsstilling, kan ganske vist mindskes, hvis den ordregivende myndigheds aftaleindgåelse er resultatet af forhandlinger mellem den offentlige arbejdsgiver og en eller flere arbejdstagere, og kun disse arbejdstagere bærer de økonomiske følger af aftaleindgåelsen. I et sådant tilfælde har arbejdstagerne som hovedregel en særlig interesse i at opnå det økonomisk mest hensigtsmæssige resultat. Uanset, om det allerede derved er muligt at afværge risikoen for, at nationale virksomheder indrømmes en fortrinsstilling med hensyn til forhandlingsresultatet, er det for vurderingen af den foreliggende sag tilstrækkeligt at konstatere, at de kollektive forhandlinger på arbejdstagersiden er blevet ført af de faglige organisationer. Selv om disse faglige organisationer repræsenterer arbejdstagerne og derfor kan udgøre en modvægt til de ordregivende myndigheders naturlige tendens til at favorisere nationale virksomheder<sup>43</sup>, bærer de faglige organisationer ikke personligt de økonomiske konsekvenser af de lønkonverteringer, som de kommunalt ansatte arbejdstagere ansøger om. De faglige organisationers deltagelse i de forhandlinger, der er resulteret i indgåelsen af TV-EUmw/VKA, er allerede af denne grund ikke tilstrækkelig til at udelukke de ordregivende myndigheders

kollektivt aftalte valg fra udbudsdirektivernes anvendelsesområde.

107. På baggrund af disse betragtninger når jeg til den konklusion, at de kommuner, der med henblik på gennemførelse af TV-EUmw/VKA har indgået aftaler med et eller flere af de deri nævnte forsikringsinstitutioner, har optrådt som ordregivende myndigheder som omhandlet i udbudsdirektiverne.

2. Kvalificering af rammeaftalerne som gensidigt bebyrdende aftaler, der er omfattet af udbudsdirektiverne

a) Betragtninger vedrørende bevisbyrde og bevisrisiko

108. Den tyske regering har med en lang række argumenter bestridt, at de rammeaftaler, der er indgået mellem kommuner og forsikringsinstitutioner, kan kvalificeres som gensidigt bebyrdende aftaler, der er omfattet af udbudsdirektiverne. I den forbindelse har den navnlig understreget, at rammeaftalerne kun fastsatte de vilkår, hvorpå arbejdstagerne efterfølgende kunne indgå individuelle forsikringsforhold med forsikringsinstitutionerne. I denne forbindelse har den tyske regering

<sup>43</sup> — Jf. i den henseende generaladvokat Légers forslag til afgørelse af 16.9.1997 i sag C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria, Sml. I, s. 73, punkt 46.

ligeledes fremhævet, at den finansielle modydelse ikke betales af kommunerne, men af arbejdstagerne. Da der ikke foreligger et økonomisk udvekslingsforhold mellem forsikringsinstitutioner og kommuner, er rammeaftalerne efter den tyske regerings opfattelse ikke gensidigt bebyrdende. Og selv hvis de var gensidigt bebyrdende, havde Kommissionen ikke godtgjort, at de var nået op på tærskelværdierne. Derudover omfatter undtagelsen i artikel 16, litra e), i direktiv 2004/18 for arbejdsaftaler også de omhandlede rammeaftaler.

109. Analysen og vurderingen af disse argumenter vanskeliggøres i den foreliggende sag betydeligt af, at Domstolen stort set ikke har fået forelagt konkrete oplysninger om de rammeaftaler, der faktisk er indgået af de enkelte kommuner. I denne henseende virker Kommissionens bevismæssige fremgangsmåde navnlig negativ. Ved formuleringen af søgsmålet begrænsede Kommissionen sig nemlig til på grundlag af statistiske oplysninger generelt at anfægte den tildelingspraksis, der anvendes af alle tyske byer af en vis størrelsesorden.

110. Stævningen var ikke vedlagt nogen af de rammeaftaler, der var indgået af disse byer. Tværtimod begrænsede Kommissionen sig til at fremlægge en række generelle

informationsark, medlemsinformationer samt standardansøgninger fra forskellige pensionsselskaber som bevismateriale.

111. På denne baggrund er det i den foreliggende sag bl.a. forblevet uafklaret, hvilke af de omhandlede rammeaftaler der er indgået og på hvilket tidspunkt. Det er derfor ikke klart, om disse rammeaftaler skal vurderes på grundlag af direktiv 92/50 eller derimod på grundlag af direktiv 2004/18. Det afgørende er nemlig altid retsstillingen på det tidspunkt, hvor de udbudsretligt relevante processer har fundet sted<sup>44</sup>. Da dette tidspunkt ikke kan fastslås, idet der ikke foreligger nærmere oplysninger om indgåelsen af de omhandlede rammeaftaler, kan der i den foreliggende sag kun konstateres en tilsidesættelse af udbudsreglerne, hvis denne tilsidesættelse foreligger i henhold til såvel direktiv 92/50 som direktiv 2004/18.

112. I den henseende påhviler det ifølge fast retspraksis Kommissionen også faktisk at godtgøre, at det hævdede traktatbrud foreligger. Kommissionen skal for Domstolen fremlægge de omstændigheder, som er nødvendige for, at denne kan efterprøve, om det pågældende traktatbrud foreligger. Kommissionen kan herved ikke påberåbe sig nogen formodning<sup>45</sup>.

44 — A. Egger, *Europäisches Vergaberecht*, Baden-Baden, 2008, punkt 416. Jf. ligeledes dom af 5.10.2000, sag C-337/98, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 8377, præmis 37 ff.

45 — Dom af 29.10.2009, sag C-246/08, Kommissionen mod Finland, Sml. I, s. 10605, præmis 52, af 6.10.2009, sag C-438/07, Kommissionen mod Sverige, Sml. I, s. 9517, præmis 49, og af 6.12.2007, sag C-401/06, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 10609, præmis 27.

113. På denne baggrund påhviler det Kommissionen at fremføre forhold, der er tilstrækkeligt til at godtgøre en tilsidesættelse. Når dette er sket, påhviler det medlemsstaten konkret og detaljeret at gendrive de forelagte forhold og de heraf følgende virkninger<sup>46</sup>.

114. I lyset af disse betragtninger vil jeg nedenfor behandle Kommissionens argumenter og de modargumenter, som den tyske regering har fremført.

#### b) Anvendelse af direktiv 92/50 og 2004/18 på rammeaftaler

115. Selv om Domstolen ikke har fået forelagt en eneste af de omhandlede rammeaftaler mellem en by og en forsikringsinstitution, er den tyske regering og Kommissionen enige om, at tyske byer har indgået sådanne rammeaftaler. Den tyske regering har imidlertid anført, at indgåelsen af disse aftaler ikke kan betragtes som indgåelse af offentlige aftaler, da det udbudsretligt relevante

aftaleforhold først begrundes i forbindelse med den enkelte arbejdstagers deltagelse i lønkonverteringsordningen.

116. Med dette argument har den tyske regering taget udgangspunkt i, at proceduren i forbindelse med lønkonverteringen omfatter flere faser. Denne procedure er navnlig kendetegnet ved, at de kommunale arbejdsgivere i en første fase indgår rammeaftaler med en eller flere forsikringsinstitutioner, som de har udvalgt i henhold til § 6 i TV-EUmw/VKA. Disse rammeaftaler indeholder typisk de vilkår, hvorpå de kommunalt ansatte arbejdstagere i en anden fase kan vælge lønkonverteringsordningen.

117. Såfremt de materielle og personelle betingelser for anvendelsen er opfyldt, udgør rammeaftaler udbudspligtige aftaler i henhold til såvel direktiv 92/50 som direktiv 2004/18.

118. Direktiv 92/50 regulerer ikke udtrykkeligt indgåelsen af rammeaftaler. Alligevel kan det konstateres, at Domstolen i dom af 4. maj 1995 i sagen Kommissionen mod Grækenland<sup>47</sup> bekræftede, at Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 om samordning

46 — Jf. dom af 22.9.1988, sag 272/86, Kommissionen mod Grækenland, Sml. s. 4875, præmis 21.

47 — Sag C-79/94, Sml. I, s. 1071.

af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb<sup>48</sup> finder anvendelse på rammeaftaler. I lyset af denne dom kan det antages, at rammeaftaler principielt også er omfattet af direktiv 92/50. I direktiv 2004/18 er indgåelsen af rammeaftaler udtrykkeligt defineret og reguleret i artikel 32.

fastsætter vilkårene for forsikringsforhold, der kan indgå af kommunalt ansatte.

119. Selv om rammeaftaler principielt er omfattet af udbudsdirektiverne, har såvel Domstolen i dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland<sup>49</sup> som direktivgiver ved formuleringen af dette princip i direktiv 2004/18 først og fremmest taget udgangspunkt i rammeaftaler, som indeholder vilkårene for senere aftaler mellem den ordregivende myndighed og de berørte økonomiske aktører<sup>50</sup>. I den foreliggende sag er der derimod tale om rammeaftaler, der fastsætter vilkårene for en ordregivende myndigheds ansattes senere lønkonvertering.

121. Efter min opfattelse skal dette spørgsmål besvares bekræftende under de særlige forhold, der gør sig gældende i den foreliggende sag.

122. Det afgørende er i denne henseende, at proceduren i forbindelse med lønkonverteringen er udformet på en sådan måde, at rammeaftalerne ikke kun fastsætter vilkårene for de kommunalt ansattes mulige lønkonvertering, men samtidig bestemmer, hvem de kommunalt ansatte kan lade effektuere lønkonverteringen.

120. Der rejser sig derfor det spørgsmål, om direktiv 92/50 og 2004/18 skal fortolkes således, at de også omfatter de omhandlede rammeaftaler, selv om disse i det væsentlige

123. Som jeg allerede har anført, er hovedformålet med fællesskabsreglerne vedrørende offentlige kontrakter den frie bevægelighed for varer og tjenesteydelser og at skabe så bred konkurrence som muligt i alle medlemsstater<sup>51</sup>. Formålet er i denne forbindelse at fjerne risikoen for, at der indrømmes indenlandske bydende eller ansøgere en fortrinsstilling ved de ordregivende myndigheds indgåelse af kontrakter, og at udelukke den mulighed, at et organ, der finansieres eller kontrolleres af staten, lokale myndigheder

48 — EFT L 13, s. 1.

49 — Nævnt ovenfor i fodnote 47.

50 — I artikel 1, stk. 5, i direktiv 2004/18 defineres rammeaftalen som »en aftale indgået mellem en eller flere ordregivende myndigheder og en eller flere økonomiske aktører med det formål at fastsætte vilkårene for de kontrakter, der skal indgås i løbet af en given periode, især med hensyn til pris og i givet fald påtænkte mængder«. Selv om det ikke umiddelbart kan udledes af denne generelle formulering, at disse rammeaftaler normalt indeholder vilkårene for de ordregivende myndigheds fremtidige aftaler, fremgår det entydigt af 11. betragtning, at direktivets lovgiver har taget udgangspunkt i denne generelle antagelse.

51 — Jf. punkt 94 i dette forslag til afgørelse.



eller andre offentligretlige organer, lader sig lede af andre hensyn end økonomiske<sup>52</sup>.

anvendelsesområdet for såvel direktiv 92/50 som direktiv 2004/18.

124. Afgørende for den udbudsretlige analyse af de omhandlede rammeaftaler er på baggrund af disse målsætninger, at den kommunale arbejdsgiver gennem indgåelsen af rammeaftalen afgør, hos hvilken forsikringsinstitution de ansatte kan lade lønkonverteringen gennemføre i en efterfølgende fase. Det i udbudsretlig henseende relevante valg af en eller flere økonomiske aktører foretages derfor gennem indgåelsen af rammeaftalen mellem den kommunale arbejdsgiver og den pågældende forsikringsinstitution.

126. Tyskland har endelig til støtte for, at direktiv 2004/18 ikke finder anvendelse på de omhandlede rammeaftaler, gjort gældende, at den tidsmæssige begrænsning af udbudspligtige rammeaftalers løbetid til fire år, der er fastsat i dette direktivs artikel 32, stk. 2, er uhensigtsmæssig i forbindelse med etableringen af kollektive forsikringsordninger. Denne påstand må imidlertid forkastes som ubegrundet, allerede fordi denne maksimale løbetid på fire år ikke gælder i henhold til denne bestemmelse, hvis dette er uforeneligt med rammeaftalens formål.

125. På denne baggrund når jeg til den konklusion, at der klart er risiko for, at en ordregivende myndighed indrømmer indenlandske bydende eller ansøgere en fortrinsstilling ved indgåelsen af de omhandlede rammeaftaler. Da de kommunalt ansatte arbejdstagere er bundet af den beslutning, som de kommunale arbejdsgivere har truffet til fordel for en forsikringsinstitution, kan de kun beslutte, *om* de opretter et forsikringsforhold på grundlag af rammeaftalen, men derimod ikke *med hvem*. Sidstnævnte beslutning er truffet af de kommunale arbejdsgivere med indgåelsen af rammeaftalen, således at også disse rammeaftaler under de særlige forhold, der gør sig gældende i den foreliggende sag, skal omfattes af

c) Rammeaftalernes gensidigt bebyrdende karakter

127. Ifølge den tyske regerings beskrivelse finansieres lønkonverteringen i sidste instans alene af arbejdstageren. På denne baggrund har den anført, at de rammeaftaler, der er indgået af de kommunale arbejdsgivere, ikke var gensidigt bebyrdende som omhandlet i direktiv 92/50 og 2004/18.

52 — Jf. punkt 97 i dette forslag til afgørelse.

128. Uanset, hvordan overførslen af bidragene eller præmierne i forbindelse med arbejdsmarkedspensionen i form af lønkonvertering i praksis er udformet, står det fast, at arbejdstagerens kommende løntilgodehavende i forbindelse med denne procedure således anvendes til hans arbejdsmarkedspension. Dermed er det i økonomisk henseende arbejdstageren og ikke den ordregivende myndighed, der bærer omkostningerne ved arbejdsmarkedspensionen<sup>53</sup>. På grundlag af udbudsreglerne skal der derfor tages udgangspunkt i en ordning med vederlag fra tredjemand, hvor det ikke er den ordregivende myndighed, men derimod den enkelte kommunalt ansatte, der leverer en økonomisk ydelse til forsikringsinstitutionen og til gengæld får en modsvarende ret til pensionsydelse.

129. Efter min opfattelse er den omstændighed, at den økonomiske ydelse i sidste instans ikke leveres af de ordregivende myndigheder, men derimod af de kommunalt ansatte, ikke nødvendigvis til hinder for, at de rammeaftaler, som de ordregivende myndigheder har indgået, kvalificeres som gensidigt bebyrdende.

130. Betingelsen om, at aftalerne skal være gensidigt bebyrdende, har til formål at udelukke aftaler fra udbudsdirektivernes anvendelsesområde, hvor der ikke er tale om økonomisk virksomhed, såsom f.eks. velgørende ydelsesforhold<sup>54</sup>. Hvis det derimod står fast, at en aftale har et økonomisk formål, finder de fællesskabsretlige udbudsregler principielt anvendelse.

131. I denne forbindelse har Domstolen allerede præciseret, at det er uden betydning for kvalificeringen som offentlig aftale som omhandlet i udbudsdirektiverne, om den ordregivende myndighed anvender offentlige midler til den valgte tilbudsgivers betaling<sup>55</sup>.

132. Ved besvarelsen af spørgsmålet, under hvilke betingelser der er tale om indgåelse af en in house-aftale, der ikke er omfattet af de fællesskabsretlige udbudsregler, har Domstolen i dommen i sagen Carbotermo og Consorzio Alisei derudover understreget, at det for vurderingen af, om en virksomheds aktivitet hovedsageligt er bestemt for en ordregivende myndighed, er uden betydning, hvem

53 — Jf. i den henseende H. Meyer, M. Janko og L. Hinrichs, »Arbeitgeberseitige Gestaltungsmöglichkeiten bei der Entgeltumwandlung«, *DB* 2009, s. 1533, som har fremhævet arbejdstagerens finansiering af lønkonverteringen som det væsentlige kendetegn ved lønkonverteringen.

54 — Jf. M. Dreher, i U. Immenga og E.J. Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht*, bind 2, München, 4. oplag 2007, § 99, punkt 20 f. Dermed overtages en betingelse i de fællesskabsretlige udbudsregler, der udtrykkeligt nævnes i artikel 50 EF i forbindelse med den frie udveksling af tjenesteydelser, men som i sidste instans også ligger til grund for alle andre grundlæggende friheder.

55 — Dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, nævnt ovenfor i fodnote 42, præmis 20.

der betaler den pågældende virksomhed vederlag, hvad enten det er den ordregivende myndighed eller tredjemand<sup>56</sup>. Hvis vederlag fra tredjemand ifølge denne retspraksis kan være af betydning for at begrunde, at en undtagelse fra udbudsreglerne finder anvendelse, må dette så meget desto mere gælde for begrundelsen af, at udbudsreglerne som sådanne finder anvendelse<sup>57</sup>.

d) Undtagelsen for arbejdsaftaler finder ikke anvendelse

134. Ifølge artikel 1, litra a), nr. viii), i direktiv 92/50 er arbejdsaftaler ikke offentlige tjenesteydelsesaftaler. Artikel 16, litra e), i direktiv 2004/18 fastsætter på samme måde, at dette direktiv ikke finder anvendelse på offentlige tjenesteydelseskontrakter om arbejdsaftaler.

133. På baggrund af ovenstående betragtninger når jeg til den konklusion, at den ydelse, som de kommunalt ansatte leverer i forbindelse med lønkonverteringsordningen, er tilstrækkelig til at kvalificere de rammeaftaler, som de ordregivende myndigheder har indgået med de enkelte forsikringsinstitutioner, som gensidigt bebyrdende som omhandlet i udbudsdirektiverne<sup>58</sup>. Det er derfor ikke nødvendigt, at de ordregivende myndigheder i sidste instans selv betaler for den gensidigt bebyrdende ydelse.

135. Efter den tyske regerings opfattelse er de omhandlede rammeaftaler omfattet af disse undtagelsesbestemmelser. Disse rammeaftaler er baseret på et ansættelsesforhold, og genstanden herfor er derfor for så vidt en arbejdsaftale.

136. Denne argumentation er ikke overbevisende.

137. Med artikel 1, litra a), nr. viii), i direktiv 92/50 og artikel 16, litra e), i direktiv 2004/18 har direktivgiver givet udtryk for, at udførelsen af tjenesteydelser kun kan omfattes af de fællesskabsretlige udbudsregler, hvis den sker på grundlag af en aftale. Hvis tjenesteydelserne derimod udføres på grundlag af en arbejdsaftale, omfattes de ikke af udbudsreglerne<sup>59</sup>.

56 — Dom af 11.5.2006, sag C-340/04, Carbotermo og Consorzio Alisei, Sml. I, s. 4137, præmis 63 ff.

57 — Jf. M. Dreher, a.st., fodnote 54, § 99, punkt 21.

58 — På samme måde J. Schmidt, »Betriebliche Altersvorsorge im öffentlichen Dienst durch private Versicherungsunternehmen«, *VersR.* 2007, s. 760, på s. 765, som med rette har peget på, at den teleologiske fortolkning af udbudsdirektiverne i forbindelse med lønkonverteringen taler for, at udbudsreglerne finder anvendelse. Denne forfatter behandler endvidere muligheden for at tillægge den omstændighed, at arbejdsgiveren tilfører forsikringsinstitutionen sine arbejdstagere som forsikringstagere, gensidigt bebyrdende karakter.

59 — Jf. i den henseende navnlig ottende betragtning til direktiv 92/50.

138. Denne udtrykkelige undtagelse af arbejdsaftaler fra udbudsdirektivernes anvendelsesområde kan forklares ved, at indgåelsen af en arbejdsaftale begrundes et væsentligt tættere retligt forhold end indgåelsen af en fri tjenesteydelsesaftale. På denne baggrund bør udbudsreglerne ikke hindre arbejdsgiverne i at tage hensyn til subjektive elementer og indtryk, når de træffer deres valg<sup>60</sup>.

ydelser mod vederlag for modtageren og efter dennes anvisninger<sup>63</sup>.

139. Selv om indholdet af begrebet »arbejdstager« — og derfor også af »arbejdsaftale« — i henhold til fællesskabsretten ikke er entydigt, men afhænger af det retsområde, der er tale om i forbindelse med den relevante ordning<sup>61</sup>, kan man efter min opfattelse i forbindelse med definitionen af »arbejdsaftale« som omhandlet i direktiv 92/50 og 2004/18 basere sig på Domstolens faste praksis vedrørende begrebet »arbejdstager« som omhandlet i artikel 39 EF<sup>62</sup>. Ifølge denne praksis foreligger der kun et arbejdsforhold, når tjenesteyderen forpligter sig til i en vis periode at præstere

140. På denne baggrund kan en aftale mellem en ordregivende myndighed og en tjenesteyder kun kvalificeres som arbejdsaftale som omhandlet i direktiv 92/50 eller 2004/18, når tjenesteyderen forpligter sig til i en vis periode at præstere ydelser mod vederlag for den ordregivende myndighed og efter dennes anvisninger.

141. En sådan situation foreligger uden tvivl ikke i forbindelse med de omhandlede rammeaftaler. I den foreliggende sag fremgår det derfor umiddelbart, at undtagelsen for arbejdsaftaler i artikel 1, litra a), nr. viii), i direktiv 92/50 og artikel 16, litra e), i direktiv 2004/18 ikke er relevant.

60 — G. Jochum, i Grabitz og Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, bind IV, B 7, punkt 53 (40. supplement, oktober 2009).

61 — Dom af 16.7.2009, sag C-208/07, von Chamier-Glisczinski, Sml. I, s. 6095, præmis 68, af 7.6.2005, sag C-543/03, Dodi og Oberhollenzer, Sml. I, s. 5049, præmis 27, og af 12.5.1998, sag C-85/96, Martínez Sala, Sml. I, s. 2691, præmis 31.

62 — I denne henseende tillige G. Jochum, a.st., fodnote 60, punkt 53; M. Dreher, a.st., fodnote 54, § 100, punkt 25; M. Bungenberg, i U. Loewenheim, K. Meessen og A. Riesenkauf, *Kartellrecht. Band 2 – GWB*, München, 2006, § 100, punkt 20; J. Schmidt, a.st., fodnote 58, s. 766.

63 — Jf. von Chamier-Glisczinski-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 61, præmis 69, samt dom af 11.9.2008, sag C-228/07, Petersen, Sml. I, s. 6989, præmis 45, og af 3.7.1986, sag 66/85, Lawrie-Blum, Sml. s. 2121, præmis 17.

e) Tærskelværdier i direktiv 92/50 og 2004/18

i) Fastsættelse af de relevante tærskelværdier

142. Såvel direktiv 92/50 som direktiv 2004/18 gælder kun for offentlige tjenesteydelsesaftaler, hvis anslæde værdi eksklusive moms overstiger visse tærskelværdier, der er fastsat i disse direktiver.

143. Da disse tærskelværdier tilpasses regelmæssigt, skal det indledningsvis afklares, hvilken tærskelværdi der skulle tages i betragtning med hensyn til de omhandlede rammeaftaler. I den forbindelse beregnes den tærskelværdi, der var gældende på tidspunktet for kontraktforhandlingerne<sup>64</sup>.

144. Sagsakterne indeholder ingen oplysninger om, på hvilket tidspunkt de enkelte

kommunale arbejdsgivere indledte forhandlinger med de forskellige forsikringsinstitutioner, eller på hvilket tidspunkt rammeaftalerne er indgået. Under hensyntagen til, at TV-EUmw/VKA gælder fra den 1. januar 2003, og der derfor allerede fra første halvår af 2003 kunne forhandles om indgåelsen af rammeaftaler i henhold til denne kollektive overenskomst<sup>65</sup>, kan alle tærskelværdier, der var gældende fra den 1. januar 2003 indtil den 4. september 2006 (udløbet af den frist, der var fastsat i den begrundede udtalelse), komme i betragtning som relevante i den foreliggende sag. Disse er:

1. tærskelværdien i artikel 7, stk. 1, litra a), i direktiv 92/50, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF af 13. oktober 1997 om ændring af direktiv 92/50/EØF, 93/36/EØF og 93/37/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af henholdsvis offentlige tjenesteydelsesaftaler, aftaler om offentlige indkøb og offentlige bygge- og anlægskontrakter<sup>66</sup>: *200 000 SDR i ECU*
2. tærskelværdien i artikel 7, litra b), i direktiv 2004/18: *249 000 EUR*

<sup>64</sup> — Jf. i den henseende artikel 9, stk. 2, i direktiv 2004/18, hvorefter kontraktens anslæde værdi skal være gældende på tidspunktet for afsendelsen af den i artikel 35, stk. 2, omhandlede udbudsbekendtgørelse eller, såfremt der ikke kræves en sådan bekendtgørelse, på det tidspunkt, hvor den ordregivende myndighed indleder tildelingsproceduren.

<sup>65</sup> — Det fremgår af en forespørgsel foretaget af Arbeitsgemeinschaft Kommunale und Kirchliche Altersversorgung (AKA) e.V. den 18.11.2008 hos de kommunale tillægspensionskasser vedrørende lønkonverteringen, hvis resultater den tyske regering har vedlagt duplikken som bilag 2, at den gennemsnitlige andel af de kommunalt ansatte arbejdstagere, der allerede i 2003 var omfattet af lønkonverteringsordningen, udgjorde 0,61%, med et gennemsnitligt månedligt lønkonverteringsbeløb på 61,28 EUR. Dette forudsætter naturligvis, at de kommunale arbejdsgivere allerede i 2003 indgik flere rammeaftaler med forsikringsinstitutionerne.

<sup>66</sup> — EFT L 328, s. 1.

3. tærskelværdien i artikel 7, litra b), i direktiv 2004/18, som ændret ved Kommissionens forordning (EF) nr. 1874/2004 af 28. oktober 2004 om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF for så vidt angår tærskelværdierne for anvendelse af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter<sup>67</sup>: 236 000 EUR

4. tærskelværdien i artikel 7, litra b), i direktiv 2004/18, som ændret ved Kommissionens forordning (EF) nr. 2083/2005 af 19. december 2005 om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF for så vidt angår tærskelværdierne for anvendelse af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter<sup>68</sup>: 211 000 EUR.

145. Kommissionen har i stævningen forsøgt at omgå problemet med at fastsætte de tærskelværdier, der skal tages i betragtning, ved at tage udgangspunkt i tidspunktet for udløbet af den frist på to måneder, der var fastsat i den begrundede udtalelse. Da Forbundsrepublikken Tyskland modtog den begrundede udtalelse den 4. juli 2006, er den tærskelværdi på 211 000 EUR, der var gældende den 4. september 2006, relevant<sup>69</sup>.

146. Kommissionens tilgang i denne henseende finder ingen støtte i udbudsdirektiverne og tager ikke hensyn til udbudsreglernes

karakter. Den kan derfor heller ikke tiltrædes<sup>70</sup>. Til fastsættelse af den tærskelværdi, der skal anvendes, skal der i en sag som den foreliggende derimod tages udgangspunkt i tidspunktet for kontraktforhandlingerne<sup>71</sup>.

147. Da dette tidspunkt ikke kan fastslås i denne forbindelse, skal der ved vurderingen af, om de omhandlede rammeaftaler når op på de relevante tærskelværdier, tages udgangspunkt i den højeste tærskelværdi, der var gældende på det relevante tidsrum. Denne udgør 249 000 EUR.

ii) Manglende bevis for, at rammeaftalerne overskrider den relevante tærskelværdi

148. De omhandlede rammeaftaler er kendetegnet ved, at det på tidspunktet for forhandlingerne om indgåelsen heraf umuligt kunne fastslås, hvor mange kommunalt ansatte arbejdstagere der i sidste instans ville beslutte sig for lønkonverteringen, og på hvilke betingelser. På denne baggrund er det fastsat i udbudsdirektiverne, at den samlede

67 — EUT L 326, s. 17.

68 — EUT L 333, s. 28.

69 — Punkt 34 i Kommissionens stævning af 19.6.2008.

70 — Dette standpunkt synes Kommissionen uden nærmere forklaringer at være gået bort fra i replikken af 27.10.2008. I replikken omformulerede og begrænsede Kommissionen nemlig søgsmålet på grundlag af en tærskelværdi på 236 000 EUR for perioden 2004/05, på 211 000 EUR for perioden 2006/07 og på 206 000 EUR for perioden 2007/08. Under retsmødet erkendte Kommissionen på forespørgsel, at der til fastsættelsen af tærskelværdien skal tages udgangspunkt i tidspunktet for den enkelte aftale.

71 — Jf. punkt 143 i dette forslag til afgørelse.

værdi af sådanne rammeaftaler skal fastsættes på grundlag af et skøn over kontraktens forventede værdi på tidspunktet for kontraktforhandlingerne<sup>72</sup>.

til denne beregningsmåde, må det antages, at de offentligt ansattes ønske om at gøre brug af lønkonverteringsordningen i 2006 var i overensstemmelse med skønnene. Derfor kan der tages udgangspunkt i de offentligt ansattes deltagelse i lønkonverteringsordningen i 2006 for at konstatere, om de omhandlede rammeaftaler nåede op på tærskelværdien eller ej.

149. Med hensyn til tidsubegrænsede tjensteydelsesaftaler eller aftaler, hvis løbetid er over 48 måneder, og hvori der ikke er fastsat en samlet pris, fastsætter artikel 9, stk. 8, litra b), i direktiv 2004/18 desuden en begrænsning af den periode, der skal tages i betragtning ved beregningen af den samlede pris. I henhold til denne bestemmelse beregnes den samlede værdi af sådanne aftaler på grundlag af den månedlige værdi multipliceret med 48. En sådan tidsmæssig begrænsning til fire år er også fastsat i artikel 7, stk. 5, i direktiv 92/50, der ligeledes kan finde anvendelse på rammeaftaler<sup>73</sup>.

151. Ifølge fast retspraksis påhviler det Kommissionen at godtgøre, at det hævdede traktatbrud foreligger. På baggrund af ovenstående betragtninger skal Kommissionen derfor i den foreliggende traktatbrudssag godtgøre, at det på grundlag af de tilgængelige oplysninger om lønkonverteringsordningen i 2006 kan antages, at den samlede værdi af de omhandlede rammeaftaler lå over tærskelværdien på 249 000 EUR.

150. Selv om den samlede værdi, der skal tages i betragtning for en rammeaftale, hvori der ikke er fastsat en samlet pris, i henhold til udbudsdirektiverne derfor principielt skal beregnes *ex ante* på grundlag af et skøn, har Kommissionen i den foreliggende sag først og fremmest baseret sine beregninger på statistikker over de kommunalt ansattes deltagelse i lønkonverteringsordningen i 2006. I betragtning af, at Forbundsrepublikken Tyskland *ex post* ikke har tilbudt et reelt alternativ

152. Efter min opfattelse har Kommissionen ikke godtgjort dette i den foreliggende sag.

153. Til konstateringen af, hvilke kommunale arbejdsgivere der med pensionsselskaber har indgået rammeaftaler, som overstiger den udbudsretligt relevante tærskelværdi, baserer Kommissionen sig på en række statistiske

72 — Jf. artikel 9, stk. 2 og 9, i direktiv 2004/18. Med hensyn til direktiv 92/50, jf. S. Haak, »Abschluss von Rahmenvereinbarungen«, i *Vergaberecht im Wandel* (udg. R. Pitschas og J. Ziekow), Berlin, 2006, s. 99, på s. 102.

73 — Jf. S. Haak, a.st., fodnote 72, s. 103.

data og kombinerer disse med en række formodninger.

154. Kommissionen har antaget i stævningen, at alle store tyske byer har indgået en tidsubegrænset rammeaftale med en forsikringsinstitution. Det fremgår endvidere af en undersøgelse foretaget af TNS Infratest<sup>74</sup>, der var vedlagt stævningen som bilag, at 2,3% af de offentligt ansatte i december 2006 gjorde brug af lønkonverteringen, og at det månedlige lønkonverteringsbeløb udgjorde ca. 158 EUR i 2006.

155. For i henhold til artikel 9, stk. 8, i direktiv 2004/18 at beregne aftaleværdien af hvert forsikringsforhold, der blev indgået af en kommunalt ansat i forbindelse med en rammeaftale indgået af vedkommendes arbejdsgiver, tog Kommissionen efterfølgende udgangspunkt i disse statistiske data på følgende måde: 158 EUR x 48 måneder = 7584 EUR. Heraf følger, at hver rammeaftale, som vil føre til indgåelse af mindst 28 individuelle forsikringsforhold, vil have en aftaleværdi på mindst 212352 EUR og derfor overstige den tærskelværdi på 211000 EUR, som Kommissionen anser for relevant.

74 — Undersøgelse foretaget af TNS Infratest Sozialforschung den 22.6.2007 på foranledning af det tyske forbundsministerium for arbejds- og socialspørgsmål (Bundesministerium für Arbeit und Soziales) med titlen »Situation und Entwicklung der betrieblichen Altersversorgung in Privatwirtschaft und öffentlichem Dienst 2001-2006. Endbericht mit Tabellen«, af Kommissionen vedlagt stævningen som bilag A-11.

156. For at fastslå, i hvilke byer mindst 28 kommunalt ansatte arbejdstagere har ansøgt om eller vil ansøge om lønkonvertering, kombinerede Kommissionen de kommunalt ansattes allerede nævnte deltagelsesgrad på 2,3% i lønkonverteringsordningen med en yderligere videnskabelig undersøgelse, denne gang med hensyn til forholdet mellem indbyggertallet i byer og kommuner og antallet af kommunalt ansatte<sup>75</sup>. Af sidstnævnte undersøgelse udledte Kommissionen navnlig, at der i perioden 2000/2001 var 17,8 kommunalt ansatte pr. 1000 indbyggere. På grundlag af dette tal kan der for 2006 udledes et beskæftigelsestal på 16 kommunalt ansatte pr. 1000 indbyggere. På grundlag heraf er det så muligt at ekstrapolere for perioden 2006/2007, at hver tysk by med over 76125 indbyggere har indgået en rammeaftale, som overstiger den tærskelværdi på 211000 EUR, som Kommissionen anser for relevant.

157. Til identificering af de byer, der angiveligt konkret har tilsidesat udbudsdirektiverne, forelagde Kommissionen en liste over Tysklands største byer med disses indbyggertal og regnede sig i den forbindelse i stævningen frem til, at de 110 største byer havde over 76125 indbyggere og derfor havde indgået de omhandlede rammeaftaler i strid med udbudsreglerne.

75 — S. Kuhlmann, »Kommunen zwischen Staat und Markt: Lokalmodele und -reformen im internationalen Vergleich«, *Deutsche Zeitschrift für Kommunalwissenschaft, Themenheft II/2006 »Kommunalpolitik und Kommunalverwaltung«*, af Kommissionen vedlagt stævningen som bilag A-12.



158. Efter at Forbundsrepublikken Tyskland i svarskriftet med udførlige begrundelser havde anfægtet de kommunalt ansattes deltagesgrad på 2,3% i lønkonverteringsordningen, det gennemsnitligt konverterede beløb på 158 EUR, antallet af ansatte på 16 kommunalt ansatte pr. 1 000 indbyggere, den antagelse, at de kommunale arbejdsgivere kun indgik en rammeaftale med en forsikringsinstitution, samt den antagelse, at alle store tyske byer var omfattet af anvendelsesområdet for TV-EUmw/VKA, som forkerte, foretog Kommissionen en mindre tilpasning af sine beregninger.

159. På grundlag af en sagkyndig juridisk erklæring af 25. november 2005<sup>76</sup> fastsatte Kommissionen nu i replikken det gennemsnitlige månedlige lønkonverteringsbeløb til 106,77 EUR og reducerede det gennemsnitlige antal ansatte fra 16 til 15 kommunalt ansatte pr. 1 000 indbyggere. Derudover tog Kommissionen byen Berlin ud af sine beregninger. Den fastholdt imidlertid de kommunalt ansattes skønnede deltagelsesgrad på 2,3% i lønkonverteringsordningen, og påstanden om, at de enkelte kommunale arbejdsgivere havde indgået rammeaftaler med flere

forsikringsinstitutioner, afviste den ligeledes som irrelevant.

160. På grundlag af disse nye nøgletal er det efter Kommissionens opfattelse nu muligt at ekstrapolere, at tyske byer med over 136 267 indbyggere i perioden 2004/2005, over 121 800 indbyggere i perioden 2006/2007 og over 118 867 indbyggere i perioden 2008/2009 havde indgået rammeaftaler, som overstiger de tærskelværdier, der er relevante for disse perioder.

161. Til identificering af de byer, der angiveligt konkret har tilsidesat udbudsdirektiverne, henviste Kommissionen igen til listen over Tysklands største byer, nu uden Berlin. I perioden 2004/2005 var således den — efter indbyggertal — mindste by over tærskelværdien Darmstadt med 141 257 indbyggere. I perioden 2006/2007 var det Ingolstadt med 122 167 indbyggere og i perioden 2007/2008 Bottrop med 118 975 indbyggere.

162. I duplikken fremhævede den tyske regering igen som svar på disse nye beregninger, at mange arbejdsgivere indgik rammeaftaler med flere pensionsselskaber. Derudover var det gennemsnitlige beskæftigelsestal på 15 kommunalt ansatte pr. 1 000 indbyggere, som Kommissionen havde anført, ikke afgørende i den foreliggende sag, da der i dette tal også indgik kommunalt ansatte, som netop ikke

76 — Juridisk erklæring af 25.11.2005 vedrørende vurderingen i henhold til EF's udbudsregler af § 6 i den kollektive overenskomst om lønkonvertering for kommunalt ansatte arbejdstagere (TV-EUmw/VKA), udarbejdet af professor Koenig på foranledning af Arbeitsgemeinschaft Kommunale und Kirchliche Altersversorgung (AKA) e.V., München, af Kommissionen vedlagt replikken som bilag C-1.

var omfattet af bestemmelserne i TV-EUmw/VKA. Kun 85,6% af de kommunalt ansatte var arbejdstagere, der kunne deltage i lønkonverteringsordningen, således at det statistisk relevante gennemsnitlige beskæftigelsesantal højst kunne udgøre 12,84 kommunalt ansatte pr. 1000 indbyggere. Forbundsrepublikken bestred ligeledes igen de kommunalt ansattes skønnede deltagelsesgrad på 2,3% i lønkonverteringsordningen og det skønnede gennemsnitlige månedlige lønkonverteringsbeløb på 106,77 EUR og anførte på grundlag af den seneste dokumentation, at den gennemsnitlige andel af de kommunalt ansatte arbejdstagere, der i 2006 havde gjort brug af lønkonverteringsordningen, udgjorde 2,04%, med et gennemsnitligt månedligt lønkonverteringsbeløb på 89,92 EUR<sup>77</sup>.

163. På grundlag af disse oplysninger i duplikken er det — efter den af Kommissionens anvendte beregningsmåde — muligt at ekstrapolere, at de tyske byer med over 217 610 indbyggere kan have indgået rammeaftaler med en skønnet aftaleværdi på over 249 000 EUR. På grundlag af listen over Tysklands største byer kan det derfor — i overensstemmelse med Kommissionens argumentationsmåde — konkluderes, at 33 byer<sup>78</sup> kan have

77 — Procentsats og gennemsnitlig bidragssats beregnet under henvisning til en forespørgsel foretaget af Arbeitsgemeinschaft Kommunale und Kirchliche Altersversorgung (AKA) e.V. den 18.11.2008 hos de kommunale tillægspensionskasser, af Forbundsrepublikken Tyskland vedlagt duplikken som bilag 2

78 — Ifølge den liste over Tysklands største byer, som Kommissionen havde vedlagt stævningen som bilag, havde 34 byer i 2006 over 217 610 indbyggere. Parterne er imidlertid enige om, at Tysklands største by, Berlin, er undtaget fra anvendelsesområdet for TV-EUmw/VKA.

tilsidesat direktiv 92/50 og 2004/18 ved at indgå rammeaftaler om lønkonvertering.

164. Denne konklusion ville imidlertid forudsætte, at disse 33 byer hver især kun havde indgået en rammeaftale med en forsikringsinstitution. Netop denne antagelse har den tyske regering imidlertid allerede bestridt under den administrative procedure, og den har også været omtvistet i den efterfølgende procedure.

165. Den heraf følgende usikkerhed har særlig relevans i den foreliggende sag. Hverken direktiv 92/50 eller 2004/18 forbyder de ordregivende myndigheder at opdele et udbud vedrørende tjenesteydelser. En sådan opdeling kan kun betragtes som direktivstridig, hvis den foretages i den hensigt at undgå, at disse direktiver anvendes på det påtænkte udbud<sup>79</sup>. Kunstige opdelinger af en enkelt aftale er derfor forbudt. Selv om Domstolen absolut undersøger dette forbud nøje<sup>80</sup>, kan der ikke uden videre antages at foreligge en sådan omgåelseshensigt. Hvert enkelt tilfælde, hvor en aftale er blevet opdelt, skal vurderes i forhold til den kontekst, hvori den indgår,

79 — Jf. artikel 7, stk. 3, i direktiv 92/50 samt artikel 9, stk. 3, i direktiv 2004/18.

80 — Jf. dom af 5.10.2000, sag C-16/98, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 8315.

og de særlige forhold, som gør sig gældende, idet det navnlig skal kontrolleres, om vægtige grunde taler for eller snarere imod den pågældende opdeling.

eller flere udbydere. Arbejdsgiveren var i den forbindelse ikke forpligtet til ifølge den kollektive overenskomst at vælge en af de tre gennemførelsesmuligheder. Det var muligt at tilbyde de ansatte forskellige gennemførelsesmuligheder. I praksis var det ikke usædvanligt, at arbejdsgivere indgik rammeaftaler med flere forskellige udbydere<sup>82</sup>.

166. I denne forbindelse fremgår det af sagsakterne, at Kommissionen i sine spørgsmål af den 30. januar 2007<sup>81</sup> til den tyske regering selv erklærede, at den kunne udlede af Forbundsrepublikkens tidligere svar, at de kommunale arbejdsgivere indgår offentlige aftaler med forskellige grupper af forsikringsselskaber. På denne baggrund stillede Kommissionen bl.a. det spørgsmål, om der sædvanligvis mellem arbejdsgiveren og tjenesteyderen indgås rammeaftaler for alle arbejdstagere eller derimod individuelle aftaler for en enkelt arbejdstager. Desuden anmodede den om oplysninger om, hvorvidt der findes arbejdsgivere, der har indgået aftaler med flere forskellige tjenesteydere.

167. I sit svar af 1. marts 2007 præciserede Forbundsrepublikken, at afviklingen af lønkonverteringsordningen blev håndteret forskelligt, idet der både blev indgået individuelle aftaler med den enkelte arbejdstager og rammeaftaler mellem en arbejdsgiver og en

168. Trods dette klare svar, hvorefter de kommunale arbejdsgivers udformning af lønkonverteringsordningen kan være meget forskellig, anlagde Kommissionen sag uden at stille yderligere spørgsmål. Under retssagen er det efterfølgende fortsat uafklaret, om, og i bekræftende fald, hvilke tyske stater der har indgået rammeaftaler med flere forsikringsinstitutioner. Spørgsmålet, om vægtige saglige begrundelser under hensyntagen til de konkrete omstændigheder, som de enkelte byer og deres ansatte befandt sig i, talte for eller snarere imod indgåelsen af flere rammeaftaler med forskellige forsikringsinstitutioner, er ligeledes fortsat uafklaret.

81 — Kommissionens skrivelse af 30.1.2007, vedlagt stævningen som bilag A-5.

82 — Meddelelse fra Forbundsrepublikken Tysklands regering til Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber af 1.3.2007 (s. 9), af Kommissionen vedlagt stævningen som bilag A-6. I denne meddelelse havde den tyske regering i forbindelse med besvarelsen af spørgsmålet, hvilke kriterier der var anvendt ved udvælgelsen af de i § 6 i TV-EUmw/VKA nævnte forsikringsinstitutioner (s. 8), ligeledes fremhævet, at valget af en forsikringsinstitution, »såfremt arbejdsgiverne ikke giver de ansatte alle gennemførelsesmuligheder«, retter sig efter udbydernes ydeevne.

169. For vurderingen af, om det er godtgjort, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat direktiverne, er det i den foreliggende sag i sidste instans afgørende, hvem usikkerheden med hensyn til, om og af hvilke grunde Tysklands største byer undtagen Berlin har indgået rammeaftaler med flere forsikringsinstitutioner, kan henføres til. Hvis denne usikkerhed kan tilskrives mangelfuld bevisførelse fra Kommissionens side, har den ikke opfyldt den bevisbyrde, der påhviler den, og søgsmålet vil skulle afvises som utilstrækkeligt underbygget. Hvis denne usikkerhed kan tilskrives manglende medvirken fra Forbundsrepublikken Tysklands side i forbindelse med den behørig undersøgelse af de faktiske omstændigheder, vil søgsmålet derimod være tilstrækkeligt underbygget og derfor også kunne tages til følge.

170. Under hensyntagen til de særlige omstændigheder i sagen må denne usikkerhed efter min opfattelse tilskrives mangelfuld bevisførelse fra Kommissionens side.

171. Det understreges i den forbindelse, at Kommissionen med sit søgsmål oprindeligt tilstræbte at få fastslået, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktiv 92/50 og 2004/18, idet de 110 største tyske byer har indgået rammeaftaler om lønkonvertering direkte med de i § 6 i TV-EUmw/VKA nævnte institutioner og virksomheder. Over for dette argument fremførte Forbundsrepublikken

Tyskland allerede under den administrative procedure, at det er gængs praksis, at byer og kommuner indgår rammeaftaler med flere forsikringsinstitutioner, i hvilket tilfælde der skal foretages en differentieret beregning af, om tærskelværdierne nås. Kommissionen ignorerede imidlertid dette argument og anlagde sag uden at anmode Forbundsrepublikken Tyskland om en yderligere præcisering.

172. Under hensyntagen til kompleksiteten i den foreliggende sag, som rejser en lang række retlige og faktuelle spørgsmål, kan Forbundsrepublikken Tyskland ikke kritiseres for, at den hverken under den administrative procedure eller under retssagen på eget initiativ fremsendte en oversigt over alle de rammeaftaler, der var indgået af de største tyske byer, og redegjorde for baggrunden herfor. I betragtning af de mange åbne retlige og faktuelle spørgsmål, der præger den foreliggende sag, hvor Kommissionen har rejst tvivl om den anvendte tildelingspraksis i over 100 tyske byer i alle delstater, var den tyske regering under den administrative procedure nemlig først og fremmest tvunget til at påvise manglerne i Kommissionens redegørelse for de faktiske omstændigheder generelt. Disse oplysninger fra den tyske regering burde Kommissionen have benyttet til at afhjælpe manglerne i forbindelse med de faktiske omstændigheder ved hjælp af målrettede spørgsmål. I stedet anlagde Kommissionen forhastet sag, hvorved den tyske regering under retssagen indledningsvis så sig forpligtet til med hensyn til de faktiske forhold at imødegå Kommissionens statistiske data på underbygget vis. Heller ikke i denne forbindelse kan jeg

se noget forhold, som kan angive, at det kan bebrejdes Forbundsrepublikken Tyskland, at Domstolen ikke har fået oplysninger om spørgsmålet, om og af hvilke grunde de omhandlede byer indgik rammeaftaler med flere forsikringsinstitutioner.

direkte med de i § 6 i TV-EUmw/VKA nævnte institutioner og virksomheder.

173. Sammenfattende kan jeg derfor konstatere, at Kommissionen ikke har godtgjort, at den anslåede værdi af de omhandlede rammeaftaler når den tærskelværdi, der er fastsat for anvendelsen af direktiv 92/50 og 2004/18. På denne baggrund må Kommissionens søgsmål afvises som utilstrækkeligt underbygget og derfor som ubegrundet.

*C — Subsidiært: løsning af en konflikt mellem udbudsdirektiverne på den ene side og den grundlæggende ret til at føre kollektive forhandlinger og den grundlæggende ret til aftalefrihed på arbejdsmarkedet på den anden side*

### 3. Foreløbig konklusion

174. På baggrund af ovenstående betragtninger når jeg til den konklusion, at Kommissionen ikke har godtgjort, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktiv 92/50 og 2004/18, idet kommunale myndigheder og virksomheder har indgået tjenesteydelsesaftaler vedrørende arbejdsmarkedspensioner

175. Hvis Domstolen — i modsætning til min opfattelse — skulle nå til den konklusion, at Kommissionen har godtgjort, at en eller flere kommunale myndigheder eller virksomheder i strid med direktiv 92/50 eller 2004/18 har indgået tjenesteydelsesaftaler vedrørende arbejdsmarkedspensioner direkte med de i § 6 i TV-EUmw/VKA nævnte institutioner og virksomheder, skal det endvidere undersøges, om de omhandlede rammeaftalers ufor- enelighed med udbudsdirektiverne i denne henseende skal anses for at være i strid med fællesskabsretten i lyset af den grundlæggende ret til at føre kollektive forhandlinger og den grundlæggende ret til aftalefrihed på arbejdsmarkedet.

176. Hertil bemærker jeg indledningsvis, at den forudgående beslutning til fordel for visse forsikringsinstitutioner, hos hvilke lønkonverteringen skal gennemføres, blev truffet i TV-EUmw/VKA på indskrænkende måde. I henhold til § 6 i denne kollektive overenskomst kan lønkonverteringen principielt kun gennemføres ved offentlige supplerende pensionsordninger, af sparekasser eller kommunale forsikringsselskaber. Som følge af disse kollektivt aftalte bestemmelser er de kommunale myndigheders endelige valg af forsikringsinstitutioner så indskrænket, at de ikke længere frit kan give en rammeaftale vedrørende lønkonvertering i udbud uden samtidig at tilsidesætte den kollektive overenskomst.

177. Dermed foreligger der en konflikt mellem den grundlæggende ret til at føre kollektive forhandlinger og den grundlæggende ret til aftalefrihed på arbejdsmarkedet på den ene side og direktiv 92/50 og 2004/18 på den anden side. Da disse udbudsdirektiver konkretiserer etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser, skal denne konflikt først og fremmest løses på det primærretlige niveau som en konflikt mellem den grundlæggende ret til at føre kollektive forhandlinger og den grundlæggende ret til aftalefrihed på arbejdsmarkedet på den ene side og etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser på den anden side. Derefter skal denne balance, der er opnået på det primærretlige niveau, gennemføres på det sekundærretlige niveau gennem en fortolkning

af udbudsdirektiverne i overensstemmelse med den primære ret.

178. På denne baggrund vil jeg nedenfor først behandle det spørgsmål, på grundlag af hvilke kriterier og principper en konflikt mellem grundlæggende friheder og grundlæggende rettigheder skal løses. Med udgangspunkt i disse kriterier og principper vil jeg derefter godtgøre, på hvilken måde en konflikt mellem etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser på den ene side og den grundlæggende ret til at føre kollektive forhandlinger samt den grundlæggende ret til aftalefrihed på arbejdsmarkedet på den anden side vil kunne løses i den foreliggende sag. Denne undersøgelse gør det derpå i sidste instans muligt at fastslå, om de omhandlede rammeaftalers uforenelighed med direktiv 92/50 og 2004/18 vil gøre det muligt at fastslå en tilsidesættelse af direktiverne eller ej under hensyntagen til pligten til at fortolke disse direktiver i overensstemmelse med den primære ret.

1. Løsning af konflikter mellem grundlæggende friheder og grundlæggende rettigheder: Viking Line-dommen og Laval un Partneri-dommen

179. I sin nyere praksis har Domstolen haft tendens til at løse konflikter mellem udøvelsen af grundlæggende rettigheder og af

grundlæggende friheder på grundlag af de »uskrevne« begrundelser i EF-traktaten samt de i retspraksis anerkendte »uskrevne« begrundelser for restriktioner for de grundlæggende friheder.

for at nå det<sup>86</sup>. Dernæst bekræftede Domstolen, at beskyttelsen af arbejdstagere er blandt de tvingende almene hensyn, Domstolen allerede har anerkendt<sup>87</sup>, idet det ganske vist tilkom den forelæggende ret at undersøge, om de formål, der blev søgt opnået gennem de kollektive kampskridt, vedrørte beskyttelsen af arbejdstagere<sup>88</sup>. Hvis dette var tilfældet, skulle den forelæggende ret videre undersøge, om de omhandlede kollektive kampskridt kunne sikre gennemførelsen af det pågældende mål og ikke gik videre end, hvad der var nødvendigt for at nå det<sup>89</sup>.

180. Et eksempel i denne henseende er Viking Line-dommen<sup>83</sup>. I denne præjudicielle sag skulle Domstolen bl.a. afgøre, om en restriktion for etableringsfriheden som følge af kollektive kampskridt, som fagforeninger havde indledt mod en privat virksomhed, var tilladt. I denne henseende fastslog Domstolen først og fremmest, at retten til at iværksætte kollektive kampskridt, herunder strejkeretten, ganske vist skal anerkendes som en grundlæggende rettighed<sup>84</sup>, men at de omhandlede kollektive kampskridt formelt skulle vurderes som restriktioner for etableringsfriheden<sup>85</sup>. Dernæst behandlede Domstolen spørgsmålet om begrundelsen for denne restriktion. I den forbindelse fremhævede den først den »uskrevne« begrundelse »tvingende almene hensyn«, hvorefter en restriktion for etableringsfriheden er tilladt, hvis den forfølger et legitimt mål, som er foreneligt med traktaten, og er begrundet i tvingende almene hensyn, idet restriktionen skal være egnet til at sikre gennemførelsen af det pågældende mål og ikke må gå videre end, hvad der er nødvendigt

181. Selv om Domstolen i forbindelse med undersøgelsen af begrundelsen for restriktionerne for etableringsfriheden ligeledes har henvist til Fællesskabets socialpolitiske opgaver og målsætninger<sup>90</sup>, har den i sidste instans ikke undersøgt, om udøvelsen af den grundlæggende sociale ret til at iværksætte kollektive kampskridt som sådan under overholdelse af proportionalitetsprincippet kan begrunde en restriktion for etableringsfriheden. Den har derimod ladet den grundlæggende sociale ret til at iværksætte et kollektivt kampskridt indgå i det traditionelle analyseskema i forbindelse med den uskrevne

83 — Nævnt ovenfor i fodnote 22.

84 — Ibidem, præmis 42 ff.

85 — Ibidem, præmis 68 ff.

86 — Ibidem, præmis 75.

87 — Ibidem, præmis 77.

88 — Ibidem, præmis 80.

89 — Ibidem, præmis 84.

90 — Ibidem, præmis 77 ff.

begrundelse »tvingende almene hensyn«<sup>91</sup>. I den forbindelse blev der navnlig taget udgangspunkt i den tankegang, der er indeholdt i denne grundlæggende rettighed — nemlig beskyttelsen af arbejdstagere — og som allerede tidligere i fast retspraksis var anerkendt som et tvingende alment hensyn<sup>92</sup>.

2. Ligeværdighed mellem grundlæggende rettigheder og grundlæggende friheder og løsning af konflikter på grundlag af proportionalitetsprincippet

183. Tilgangen i Viking Line-dommen og Laval un Partneri-dommen, hvorefter de grundlæggende sociale rettigheder i Fællesskabet ikke som sådanne kan retfærdiggøre en restriktion for en grundlæggende frihed — under overholdelse af proportionalitetsprincippet — men der i den henseende altid skal fastslås en skrevet eller uskrevet begrundelse, som er omfattet af denne grundlæggende rettighed, er i modstrid med princippet om ligeværdighed mellem grundlæggende rettigheder og grundlæggende friheder.

182. Et lignende analyseskema anvendte Domstolen i Laval un Partneri-dommen<sup>93</sup>, hvori den først anerkendte retten til at iværksætte kollektive kampskridt som en grundlæggende rettighed, men ved den efterfølgende undersøgelse af en begrundelse for tilsidesættelsen af den frie udveksling af tjenesteydelser i forbindelse med det kollektive kampskridt igen tog udgangspunkt i beskyttelsen af arbejdstagerne som et tvingende alment hensyn.

184. En sådan undersøgelsesstruktur antyder nemlig, at der foreligger et hierarkiforhold mellem grundlæggende friheder og grundlæggende rettigheder, hvor de grundlæggende rettigheder er underordnet de grundlæggende friheder<sup>94</sup> og derfor kun kan begrænse

91 — Kritik heraf anføres hos S. Thomas, »La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt »Viking««, *Revue du droit de l'Union européenne* 2008, s. 193, på s. 199. Jf. i den henseende tillige A.C.L. Davies, »One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ«, *Industrial Law Journal* 2008, s. 126, på s. 141 f.; A. Bückner, »Die Rosella-Entscheidung des EuGH zu gewerkschaftlichen Maßnahmen gegen Standortverlagerungen: der Vorhang zu und viele Fragen offen«, *NZA* 2008, s. 212, på s. 215 f.

92 — Jf. i den henseende dom af 25.10.2001, forenede sager C-49/98, C-50/98, C-52/98 – C-54/98 og C-68/98 – C-71/98, Finalarte m.fl., Sml. I, s. 7831, præmis 33, og af 23.11.1999, forenede sager C-369/96 og C-376/96, Arblade m.fl., Sml. I, s. 8453, præmis 36. Vedrørende anerkendelsen af beskyttelsen af arbejdstagere som alment hensyn jf. tillige E. Eichenhofer, »Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerschutz«, *JZ* 2007, s. 425, på s. 427 f.

93 — Nævnt ovenfor i fodnote 31.

94 — Jf. i denne forbindelse R. Rebhahn, »Grundfreiheit vor Arbeitskampf – der Fall Viking«, *ZESAR* 2008, s. 109, på s. 115, som i sin analyse af Viking Line-dommen og Laval un Partneri-dommen når til den konklusion, at grundlæggende friheder for Domstolen, under alle omstændigheder i realiteten, hidtil har haft en højere rang end grundlæggende rettigheder. Jf. C. Vigneau, »Encadrement par la Cour de l'action collective au regard du Traité de Rome«, *La Semaine juridique – éd. G* 2008, II 10060, s. 33, på s. 34 f., ifølge hvis analyse Domstolen med disse domme har anerkendt retten til at iværksætte kollektive kampskridt som en »sekundær grundlæggende rettighed«. B. Zwanziger, »Arbeitskampf- und Tarifrecht nach den EuGH-Entscheidungen »Laval« und »Viking««, *DB* 2008, s. 294, på s. 295, er af den opfattelse, at i forhold til den afvejningsproces, der var tale om i Schmidberger-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 27, mellem grundlæggende rettigheder og grundlæggende friheder, er hovedvægten i Viking Line-dommen og Laval un Partneri-dommen blevet flyttet til de grundlæggende friheder.



de grundlæggende friheder ved hjælp af en skrevet eller uskrevet begrundelse<sup>95</sup>.

mellem grundlæggende rettigheder og grundlæggende friheder.

185. I denne forbindelse skal det ligeledes tages i betragtning, at den uskrevne begrundelse »tvingende almene hensyn« ikke kan anvendes for at retfærdiggøre restriktioner for grundlæggende friheder, som finder anvendelse på en diskriminerende måde<sup>96</sup>. Hvis udøvelsen af en grundlæggende fællesskabsrettighed derfor vil medføre en restriktion for en grundlæggende frihed, som finder anvendelse på en diskriminerende måde, skulle det i overensstemmelse med det analyseskema, der er anvendt i Viking Line-dommen og Laval un Partneri-dommen, undersøges, om en af de begrundelser for restriktioner for den pågældende grundlæggende frihed, der udtrykkeligt er indeholdt i EF-traktaten, foreligger. Denne yderligere indskrænkning af de mulige begrundelser for en restriktion for de grundlæggende friheder ville yderligere bekræfte, at der foreligger et hierarkiforhold

186. Efter min opfattelse findes der ikke et sådant hierarkiforhold mellem grundlæggende friheder og grundlæggende rettigheder<sup>97</sup>.

187. Derudover er forholdet mellem de grundlæggende friheder og de grundlæggende rettigheder kendetegnet ved en vidtrækkende konvergens, såvel med hensyn til deres struktur som deres indhold. Således er det f.eks. muligt at formulere de grundlæggende friheders garantiindhold på grundlag af de grundlæggende rettigheder, navnlig ved hjælp af grundlæggende rettigheder, som beskytter udøvelsen af erhvervsvirksomhed. I betragtning af denne konvergens ville det også være forkert at antage, at der foreligger et principielt konflikt- eller hierarkiforhold mellem grundlæggende rettigheder og grundlæggende friheder<sup>98</sup>.

95 — I denne forbindelse fremhæves det endvidere i den juridiske litteratur, at fagforeninger og andre ikke-statslige sammenslutninger og organer ifølge Domstolens faste praksis, hvorefter artikel 39 EF, 43 EF og 49 EF tillige gælder for andre former for regler, hvis formål er at give kollektive bestemmelser for lønarbejde og tjenesteydelser (jf. i den henseende punkt 66 i dette forslag til afgørelse), på visse betingelser nu også kan foreholdes at have tilsidesat de grundlæggende friheder, mens retspraksis vedrørende de skrevne og de uskrevne begrundelser primært er udviklet i forbindelse med medlemsstaters tilsidesættelse af de grundlæggende friheder. Derved er det for sådanne ikke-statslige sammenslutninger i reglen kun vanskeligt at fremlægge bevis for en begrundelse; jf. A.C.L. Davies, a.st., fodnote 91, s. 142. Dette kunne betragtes som en asymmetrisk udvikling af fællesskabsretten.

96 — Senest bekræftet i dom af 6.10.2009, sag C-153/08, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 9735, præmis 36.

97 — Jf. tillige generaladvokat Mengozzis forslag til afgørelse af 23.5.2007 i sag C-341/05, Laval un Partneri, Sml. I, s. 11767, punkt 84, og af 26.10.2006 i de sager, der gav anledning til domme af 27.2.2007, sag C-354/04 P, Gestoras Pro Amnistía m.fl. mod Rådet, Sml. I, s. 1579, punkt 177, og sag C-355/04 P, Segi m.fl. mod Rådet, Sml. I, s. 1657, punkt 177.

98 — V. Skouris, »Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten im europäischen Gemeinschaftsrecht«, DÖV 2006, s. 89, på s. 93 ff. Jf. tillige S. Prechal og S.A. De Vries, »Viking/Laval en de grondslagen van het internemarktrecht«, S.E.W. 2008, s. 425, på s. 434 f., som har peget på, at en konflikt mellem grundlæggende rettigheder og grundlæggende friheder ofte kan omformuleres som en konflikt mellem to grundlæggende rettigheder.

188. Hvis en grundlæggende frihed i et konkret tilfælde begrænses som følge af udøvelsen af en grundlæggende rettighed, skal man derfor søge efter en passende balance mellem begge retspositioner<sup>99</sup>. I den forbindelse kan det på den ene side antages, at gennemførelsen af en grundlæggende frihed udgør et legitimt mål, som kan sætte grænser for en grundlæggende rettighed. Omvendt skal gennemførelsen af en grundlæggende rettighed imidlertid også anerkendes som et legitimt mål, som kan indskrænke en grundlæggende frihed.

189. I forbindelse med en nærmere afgrænsning mellem grundlæggende friheder og grundlæggende rettigheder har proportionalitetsprincippet særlig betydning. Inden for rammerne af proportionalitetskontrollen skal der i den henseende navnlig tages udgangspunkt i et analyseskema i tre faser, hvor 1) egnetheden, 2) nødvendigheden og 3) forholdsmæssigheden af den pågældende foranstaltning skal kontrolleres<sup>100</sup>.

190. Der er nemlig kun sikret en passende balance mellem grundlæggende rettighed og

grundlæggende frihed i tilfælde af en konflikt, hvis en grundlæggende rettigheds begrænsning af en grundlæggende frihed ikke må gå ud over, hvad der er egnet, nødvendigt og forholdsmæssigt til at gennemføre den grundlæggende rettighed. Omvendt må en grundlæggende friheds begrænsning af en grundlæggende rettighed imidlertid heller ikke gå videre, end hvad der er egnet, nødvendigt og forholdsmæssigt til at gennemføre den grundlæggende frihed<sup>101</sup>.

191. Under hensyntagen til den vidtrækkende konvergens mellem grundlæggende friheder og grundlæggende rettigheder kan kun denne kontrol på grundlag af proportionalitetsprincippet i tilfælde af en konflikt føre til et resultat, hvor der sikres en optimal effektivitet af grundlæggende rettigheder og grundlæggende friheder.

192. På baggrund af ovenstående betragtninger når jeg til den konklusion, at begrænsningen af en grundlæggende frihed kan betragtes som berettiget, hvis denne begrænsning fandt sted under udøvelse af en grundlæggende fællesskabsrettighed og var egnet, nødvendig og forholdsmæssig til at gennemføre de interesser, der beskyttes af denne grundlæggende rettighed. Omvendt kan begrænsningen af en grundlæggende rettighed også betragtes som

99 — Jf. H.W. Rengeling og P. Szczekalla, *Grundrechte in der Europäischen Union*, Köln, 2004, punkt 1008, som med hensyn til retten til at iværksætte kollektive kampskridt – der nu er anerkendt som en grundlæggende fællesskabsrettighed og er meget nært knyttet til den grundlæggende ret til aftalefrihed på arbejdsmarkedet – har understreget, at eventuelle konflikter mellem de grundlæggende friheder og denne ret til at iværksætte kollektive kampskridt skal løses ved en afvejning.

100 — Vedrørende dette analyseskema i tre faser i forbindelse med proportionalitetskontrollen jf. mit forslag til afgørelse af 21.1.2010 i sag C-365/08, *Agrana Zucker*, verserer for Domstolen, punkt 59 ff.

101 — Denne vurdering er i overensstemmelse med principperne i artikel 52, stk. 1, i charteret om grundlæggende rettigheder. I henhold til artikel 52, stk. 1, i charteret om grundlæggende rettigheder skal enhver begrænsning i udøvelsen af de rettigheder og friheder, der anerkendes ved dette charter, være fastlagt i lovgivningen og desuden respektere disse rettigheds og friheders væsentligste indhold. Under iagttagelse af proportionalitetsprincippet kan der kun indføres begrænsninger, såfremt disse er nødvendige og faktisk svarer til mål af almen interesse, der er anerkendt af Unionen, eller et behov for beskyttelse af andres rettigheder og friheder.

berettiget, hvis denne begrænsning fandt sted under udøvelse af en grundlæggende frihed og var egnet, nødvendig og forholdsmæssig til at gennemføre de interesser, der beskyttes af denne grundlæggende frihed.

193. En bekræftelse af denne tilgang, der er præget af ligeværdigheden mellem grundlæggende rettigheder og grundlæggende friheder, hvor der til løsning af konflikter mellem udøvelsen af grundlæggende friheder og udøvelsen af grundlæggende rettigheder tages udgangspunkt i proportionalitetsprincippet, ville i øvrigt ikke udgøre en fuldstændig ny retning i retspraksis. Tværtimod indebærer denne analyse en tilbagevenden til de vurderinger, der allerede var indeholdt i Schmidberger-dommen<sup>102</sup>. Derudover kan der af Rüffert-dommen<sup>103</sup> udledes de første indicier for, at der er behov for en nuancering af den retspraksis, der blev fastlagt i Viking Line-dommen og Laval un Partneri-dommen.

194. I Schmidberger-dommen skulle Domstolen ved præjudiciel afgørelse bl.a. afgøre, om en hindring for de frie varebevægelser som følge af, at Brenner-motorvejen blev blokeret i 30 timer, kunne begrundes i betragtning af, at denne blokade havde fundet sted under legitim udøvelse af den grundlæggende ret til ytringsfrihed og den grundlæggende ret

til forsamlingsfrihed under fredelige former. For at løse denne konflikt mellem de omhandlede grundlæggende rettigheder og de frie varebevægelser undersøgte Domstolen i det væsentlige, om de begrænsninger, der var gjort i samhandelen inden for Fællesskabet under udøvelse af de grundlæggende rettigheder, var forholdsmæssige under hensyn til beskyttelsen af disse grundlæggende rettigheder<sup>104</sup>. Omvendt blev det ligeledes undersøgt, om en nøje gennemførelse af de frie varebevægelser ville have medført et uacceptabelt indgreb i udøvelsen af de grundlæggende rettigheder<sup>105</sup>. Da begge spørgsmål skulle besvares bekræftende, kunne hindringen for de frie varebevægelser som led i udøvelsen af de omhandlede grundlæggende rettigheder i sidste instans anses for at være begrundet.

195. Den bærende tanke i Schmidberger-dommen var derfor ligeværdigheden af de grundlæggende rettigheder og grundlæggende friheder, der var i konflikt, hvor der således gennem en proportionalitetskontrol af de omhandlede gensidige begrænsninger blev skabt en rimelig balance.

196. I denne forbindelse skal jeg endelig også nævne Rüffert-dommen<sup>106</sup>, hvor Domstolen ved præjudiciel afgørelse bl.a. tog stilling til,

<sup>102</sup> — Nævnt ovenfor i fodnote 27.

<sup>103</sup> — Dom af 3.4.2008, sag C-346/06, Sml. I, s. 1989.

<sup>104</sup> — Schmidberger-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 27, præmis 82 ff.

<sup>105</sup> — Ibidem, præmis 89 ff.

<sup>106</sup> — Nævnt ovenfor i fodnote 103.

om den nedersaksiske delstatslov om udbud af offentlige kontrakter var forenelig med artikel 49 EF.

197. I den forbindelse fastslog Domstolen indledningsvis, at bestemmelserne i denne lov, hvorefter ordregivende myndigheder kun må give kontrakter for byggeleverancer til virksomheder, som ved tilbudsgivningen skriftligt har forpligtet sig til ved udførelsen af leveringerne mindst at betale deres ansatte den på leveringsstedet overenskomstmæssigt fastsatte løn, også selv om den pågældende overenskomst ikke kan kvalificeres som en kollektiv aftale, der finder generel anvendelse, kan udgøre en restriktion i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 49 EF. I forbindelse med undersøgelsen af, om denne restriktion kunne betragtes som berettiget, undersøgte Domstolen efterfølgende tre »uskrevne« begrundelser. Det blev især undersøgt, om restriktionen kunne betragtes som berettiget 1) af formålet om arbejdstagernes beskyttelse, 2) af formålet om beskyttelse af fagforeningers uafhængige organisering af arbejdslivet eller 3) af formålet om de sociale sikringsordningers økonomiske stabilitet.

198. Selv om Domstolen således ikke betragtede restriktionen for den frie udveksling af

tjenesteydelser som berettiget, forekommer undersøgelsen heraf i lyset af »beskyttelsen af fagforeningers uafhængige organisering af arbejdslivet« mig navnlig at være af særlig betydning. Mens der nemlig med »formålet om arbejdstagernes beskyttelse« og »formålet om de sociale sikringsordningers økonomiske stabilitet« blev henvist til to tvingende almene hensyn, der er anerkendt i retspraksis<sup>107</sup>, overvejede Domstolen med undersøgelsen af »beskyttelsen af fagforeningers uafhængige organisering af arbejdslivet« i det mindste implicit den mulighed, at den grundlæggende sociale ret til foreningsfrihed som sådan kunne begrunde en begrænsning af de grundlæggende friheder.

199. På baggrund heraf når jeg til den konklusion, at begrænsningen af en grundlæggende frihed er berettiget, hvis denne begrænsning har fundet sted under udøvelse af en grundlæggende rettighed og var egnet, nødvendig og forholdsmæssig til at gennemføre de interesser, der beskyttes af denne grundlæggende rettighed. Omvendt er begrænsningen af en grundlæggende rettighed berettiget, hvis denne begrænsning har fundet sted under udøvelse af en grundlæggende frihed og var egnet, nødvendig og forholdsmæssig til at gennemføre de interesser, der beskyttes af denne grundlæggende frihed.

107 — Vedrørende anerkendelsen af arbejdstagernes beskyttelse som tvingende alment hensyn jf. den i fodnote 92 nævnte retspraksis. Vedrørende anerkendelsen af de sociale sikringsordningers økonomiske stabilitet som tvingende alment hensyn jf. dom af 16.5.2006, sag C-372/04, Watts, Sml. I, s. 4325, præmis 103 og den deri nævnte retspraksis.

3. Løsning af konflikten mellem direktiv 92/50 og 2004/18 på den ene side og den grundlæggende ret til at føre kollektive forhandlinger og den grundlæggende ret til aftalefrihed på arbejdsmarkedet på den anden side

er i strid med direktiv 92/50 eller 2004/18 — som konkretiserer etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser. Hvis dette spørgsmål derimod skal besvares benægtende, vil det gennem en fortolkning af disse direktiver i overensstemmelse med den primære ret skulle fastslås, at de omhandlede rammeaftaler ikke er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 92/50 eller 2004/18.

200. Hvis Domstolen skulle nå til den konklusion, at en eller flere kommunale myndigheder eller virksomheder i strid med direktiv 92/50 eller 2004/18 har indgået tjenesteydelsesaftaler vedrørende arbejdsmarkedspensioner direkte med de i § 6 i TV-EUmw/VKA nævnte institutioner og virksomheder, vil det være godtgjort, at disse udbudsdirektiver formelt forbyder den måde, hvorpå den grundlæggende ret til at føre kollektive forhandlinger og den grundlæggende ret til aftalefrihed på arbejdsmarkedet konkret er blevet udøvet. I den henseende vil udbudsdirektiverne indebære et indgreb i disse grundlæggende sociale rettigheder, da arbejdsmarkedets parter ikke længere frit kan udøve disse grundlæggende sociale rettigheder, men — fra et udbudsretligt perspektiv — vil være bundet af visse bestemmelser.

202. Med henblik på at efterprøve, om etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser muliggør en begrænsning af den grundlæggende ret til at føre kollektive forhandlinger og aftalefriheden på arbejdsmarkedet, der er i overensstemmelse med udbudsdirektiverne, skal det principielt undersøges, om en sådan begrænsning er egnet, nødvendig og forholdsmæssig til at nå de formål, der forfølges med de grundlæggende friheder.

203. I den foreliggende sag har den tyske regering imidlertid først og fremmest fremført argumenter for at begrunde den begrænsning af etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser, der udspringer af de grundlæggende sociale rettigheder.

201. Den derved opståede konflikt mellem direktiv 92/50 og 2004/18 og disse grundlæggende sociale rettigheder skal løses ved, at det først undersøges på det primærretlige niveau, om etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser muliggør en sådan begrænsning af disse grundlæggende sociale rettigheder. Hvis dette spørgsmål skal besvares bekræftende, er det intet til hinder for at fastslå, at de omhandlede rammeaftaler

204. Undersøgelsen af, om etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser kan begrunde en begrænsning af den grundlæggende ret til at føre kollektive forhandlinger og den grundlæggende ret til aftalefrihed på arbejdsmarkedet, er i sidste instans

et spejlbillede af undersøgelsen af, om disse grundlæggende sociale rettigheder kan begrunde en begrænsning af etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser. Da sidstnævnte undersøgelsesmulighed gør det lettere at foretage en indgående analyse af de argumenter, som den tyske regering har fremført, vil jeg nedenfor undersøge, om det til at nå de formål, der tilsigtes med den grundlæggende ret til at føre kollektive forhandlinger og den grundlæggende ret til aftalefrihed på arbejdsmarkedet, var egnet, nødvendigt og forholdsmæssigt at begrænse de grundlæggende friheder på den af Kommissionen anfægtede måde.

205. Efter selve deres karakter skal den grundlæggende ret til at føre kollektive forhandlinger og den grundlæggende ret til aftalefrihed på arbejdsmarkedet sikre, at arbejdsgivere eller arbejdsgiverorganisationer på den ene side og arbejderorganisationer på den anden side inden for rammerne af frivillige forhandlinger og i behørig uafhængighed — under overholdelse af visse grænser og bestemmelser — kan forhandle og efterfølgende på hensigtsmæssig vis fastsætte ansættelsesvilkår for arbejdstagerne<sup>108</sup>.

206. Under hensyntagen til proportionalitetsprincippet vil begrænsningen af etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser som følge af den forudgående beslutning til fordel for visse

forsikringsinstitutioner i § 6 i TV-EUmw/VKA derfor skulle betragtes som berettiget på grundlag af den grundlæggende ret til at føre kollektive forhandlinger og den grundlæggende ret til aftalefrihed på arbejdsmarkedet, hvis dette forudgående valg af forsikringsinstitutioner var egnet og nødvendigt for at muliggøre frivillige og uafhængige forhandlinger om ansættelsesvilkårene med henblik på at indgå en kollektiv overenskomst, og hvis den tilsidesættelse af de grundlæggende friheder, der fulgte heraf, stod i et rimeligt forhold til opnåelsen af disse formål.

207. En foranstaltning er *egnet* til at opnå det påberåbte formål, hvis den reelt opfylder hensynet til at nå målet på en sammenhængende og systematisk måde<sup>109</sup>.

208. I betragtning af, at princippet om koncentration af lønkonverteringen hos et begrænset antal forsikringsinstitutioner er omfattet af TV-EUmw/VKA, kan det antages, at dette princip udgør en del af det kompromis, som arbejdsgiver- og arbejdstagerrepræsentanter havde forhandlet sig frem til inden for rammerne af frivillige og uafhængige forhandlinger. Under alle omstændigheder indeholder sagsakterne ingen oplysninger, der kan føre til en anden konklusion. På denne baggrund skal den forudgående beslutning til fordel for visse forsikringsinstitutioner i § 6 i TV-EUmw/VKA betragtes som en foranstaltning, der er egnet til at gennemføre

108 — Jf. i den henseende navnlig ordlyden af artikel 6 i den europæiske socialpagt, artikel 6 i den reviderede europæiske socialpagt, punkt 12 i fællesskabspagten om arbejdstageres grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder og artikel 28 i charteret om grundlæggende rettigheder.

109 — Jf. dom af 17.11.2009, sag C-169/08, Presidente del Consiglio dei Ministri, Sml. I, s. 10821, præmis 42.

de interesser, der beskyttes af den grundlæggende ret til at føre kollektive forhandlinger og den grundlæggende ret til aftalefrihed på arbejdsmarkedet.

209. En foranstaltning er *nødvendig*, når den blandt flere foranstaltninger, der er egnede til at opnå formålet, er den mindst bebyrdende for den berørte interesse eller retlige gode<sup>110</sup>.

210. På baggrund af de særlige forhold i den foreliggende sag forudsætter en kontrol af, om den forudgående beslutning til fordel for visse forsikringsinstitutioner i § 6 i TV-EUmw/VKA er nødvendig, logisk set, at det undersøges, om der overhovedet kunne skabes tilslutning til en anden ordning til effektivering af lønkonverteringen i forbindelse med de kollektive forhandlinger. Kun hvis der mellem arbejdsmarkedets parter også kunne skabes tilslutning til en anden ordning, der i højere grad var i overensstemmelse med fællesskabsretten, kan den omhandlede forudgående beslutning til fordel for visse forsikringsinstitutioner nemlig forkastes som ikke nødvendig.

211. Ved besvarelsen af spørgsmålet, om der kunne skabes tilslutning til en anden ordning

til gennemførelse af lønkonverteringen inden for rammerne af frivillige og uafhængige forhandlinger mellem arbejdsmarkedets parter, skal Domstolen udvise den største påpasselighed. Selv om en indholdsmæssig analyse af overenskomstaftaler også — som i den foreliggende sag — kan være nødvendig for at løse en konflikt mellem de grundlæggende friheder på den ene side og den grundlæggende ret til at føre kollektive forhandlinger og den grundlæggende ret til aftalefrihed på arbejdsmarkedet på den anden side, skal Domstolen i den forbindelse i størst mulig udstrækning respektere arbejdsmarkedsparternes råderum<sup>111</sup>.

212. Nødvendighedstesten skal i den foreliggende sag således begrænses til kontrollen af, om en gennemførelsesordning, der i højere grad var i overensstemmelse med fællesskabsretten, havde været mulig, og om der åbenbart kunne skabes tilslutning til en sådan ordning mellem arbejdsmarkedets parter, således at ingen saglige begrundelser taler imod en sådan ordning. Hvis disse spørgsmål kan besvares bekræftende, vil den omhandlede

<sup>110</sup> — Dom af 11.7.1989, sag 265/87, Schröder, Sml. s. 2237, præmis 21.

<sup>111</sup> — I denne forbindelse skal jeg minde om, at Domstolen i fast praksis også kontrollerer, om indholdet af kollektive overenskomster er i strid med det forbud mod forskelsbehandling, der er forankret i artikel 39 EF og i Rådets forordning nr. 1612/68 af 15.10.1968 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet (EFT 1968 II, s. 467). Denne indholdsmæssige kontrol af de kollektive overenskomster er udtrykkeligt fastsat i denne forordnings artikel 7, stk. 4. Jf. dom af 16.9.2004, sag C-400/02, Merida, Sml. I, s. 8471, af 24.9.1998, sag C-35/97, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 5325, og af 15.1.1998, sag C-15/96, Schönig-Kougebetopoulou, Sml. I, s. 47.

forudgående beslutning til fordel for visse forsikringsinstitutioner i § 6 i TV-EUmw/VKA skulle forkastes som åbenbart unødvendig og derfor uforholdsmæssig.

krav om gennemsigtighed<sup>112</sup> eller — såfremt betingelserne for anvendelsen er opfyldt — med udbudsdirektiverne.

213. Efter min opfattelse havde det uden videre været muligt at bringe aftalerne vedrørende gennemførelsesordningen for lønkonverteringen i overensstemmelse med fællesskabsretten.

216. Spørgsmålet, om der findes saglige begrundelser, som i den foreliggende sag er blevet fremført mod en sådan overenskomstaftale til gennemførelse af lønkonverteringen, der er i overensstemmelse med fællesskabsretten, skal efter min opfattelse besvares benægtende.

214. Det skal i denne forbindelse understreges, at Kommissionens søgsmål ikke er rettet mod princippet om lønkonvertering som sådant, men kun mod det forhold, at det på forhånd er fastsat i de kollektive overenskomster, hvilke forsikringsinstitutioner de kommunale arbejdsgivere skal vælge til gennemførelsen af lønkonverteringen, selv om disse arbejdsgivere — idet udbudsdirektiverne finder anvendelse — som ordregivende myndigheder er forpligtet til at afholde udbud i henhold til disse direktiver.

217. Som begrundelse for den forudgående beslutning til fordel for visse forsikringsinstitutioner i § 6 i TV-EUmw/VKA har den tyske regering understreget, at det i henhold til BetrAVG principielt påhviler arbejdsgiveren at vælge den forsikringsinstitution, der skal gennemføre lønkonvertering, når lønkonverteringen ikke er fastsat ved kollektiv overenskomst. Derimod er der i BetrAVG's § 17, stk. 5, fastsat en kollektivt aftalt udformning af konverteringen af overenskomstløn, hvorved navnlig arbejdstagerne har fået større indflydelse på udformningen af deres arbejdsmarkedspension. I den forbindelse giver BetrAVG's § 17, stk. 3, overenskomstparterne bl.a. mulighed for efter fælles overenskomst at vælge den forsikringsinstitution, der skal gennemføre lønkonverteringen på grundlag

215. Som et alternativ, der var i overensstemmelse med fællesskabsretten, kunne man på denne baggrund forestille sig en ordning, hvorefter lønkonverteringen inden for rammerne af de gennemførelsesmuligheder, der er fastsat i BetrAVG, skulle gennemføres hos den eller de forsikringsinstitutioner, som skulle vælges af de kommunale arbejdsgivere i overensstemmelse med det primærretlige

112 — Ifølge fast retspraksis består den primærretlige gennemsigtighedsforpligtelse i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver. Den indebærer imidlertid ikke nødvendigvis en forpligtelse til at afholde et udbud; jf. dom af 13.11.2008, sag C-324/07, Coditel Brabant, Sml. I, s. 8457, præmis 25, og af 21.7.2005, sag C-231/03, Coname, Sml. I, s. 7287, præmis 21.



af en kollektiv overenskomst, hvilket også er sket med § 6 i TV-EUmw/VKA. Denne fælles forudgående beslutning til fordel for visse forsikringsinstitutioner tilgodeser på den ene side arbejdstagernes interesse i at sikre en gennemsigtig gennemførelse af lønkonverteringen og på den anden side arbejdsgiverens interesse i pensioner, der er forbundet med få administrative byrder. Overdragelsen af denne beslutning til overenskomstparterne har dermed til formål at sikre størst mulig accept og geografisk udbredelse af denne form for arbejdsmarkedspensioner.

forsikringsinstitution. § 6 i TV-EUmw/VKA beskytter derfor også arbejdstagerne mod, at arbejdsgiveren træffer et »dårligt« og ensidigt valg af forsikringsinstitution.

218. Den tyske regering har endvidere anført, at begrænsningen af den gruppe af forsikringsselskaber, som arbejdsgiveren kan vælge i forbindelse med lønkonverteringen, ifølge overenskomstparterne skal øge gennemsigtheden og accepten af den supplerende arbejdsmarkedspension. Desuden indebærer § 6 i TV-EUmw/VKA en lettelse for den enkelte arbejdsgiver: Det er ikke længere ubetinget nødvendigt at foretage en sammenligning af forsikringsinstitutionerne. Den enkelte kommunale arbejdsgiver kan også gå ud fra, at overenskomstparterne ikke har valgt en forsikringsinstitution vilkårligt, og at de i reglen har et bedre overblik over markedssituationen. Arbejdstagerne kan for deres vedkommende have tillid til, at de faglige organisationer varetog deres interesser tilstrækkeligt ved valget af

219. Med hensyn til den konkrete begrundelse for den beslutning, der er truffet i § 6 i TV-EUmw/VKA til fordel for de offentlige supplerende pensionsordninger, Sparkassen-Finanzgruppe og de kommunale forsikrings-selskaber, har den tyske regering endvidere anført, at denne var baseret på påviselige grunde, som f.eks. gode erfaringer, speciel tillid og lave administrationsomkostninger på grund af disse forsikringsinstitutioners særlige struktur. Derudover er der i forbindelse med denne beslutning også taget hensyn til arbejdsgivernes interesse i at begrænse risikoen for at skulle hæfte for manglende betaling.

220. I betragtning af det ovenstående kan de argumenter, der er fremført af den tyske regering for at begrunde ordningen i § 6 i TV-EUmw/VKA, sammenfattes i fire kategorier, nemlig 1) gennemsigtheden i udvælgelsen af forsikringsinstitutioner, 2) øget accept blandt arbejdstagerne som følge af arbejdstagerrepræsentanternes deltagelse i den forudgående beslutning til fordel for visse forsikringsinstitutioner, 3) de forhandlende arbejdsmarkedsparters bedre ekspertise og 4)

de udvalgte forsikringsinstitutioners særlige kendetegn.

221. Disse argumenter kan imidlertid på ingen måde fremføres som saglige begrundelser imod en overenskomstaftale om en gennemførelsesordning, der er i overensstemmelse med fællesskabsretten, hvor forsikringsinstitutionerne skal udvælges af de enkelte kommunale arbejdsgivere i overensstemmelse med det primærretlige krav om gennemsigtighed eller — såfremt betingelserne for anvendelsen er opfyldt — med udbudsdirektiverne.

222. Argumentet om gennemsigtighed i udvælgelsen af forsikringsinstitutioner taler ikke imod, men derimod for, at de kommunale arbejdsgivere er forpligtet til at overholde fællesskabsbestemmelserne. Det primærretlige krav om gennemsigtighed og udbudsdirektiverne har netop til formål at skabe tilstrækkelig gennemsigtighed ved udvælgelsen af de forsikringsinstitutioner, hos hvilke lønkonverteringen skal gennemføres.

223. Argumentet om øget accept blandt arbejdstagerne som følge af arbejdstagerrepræ-

sentanternes deltagelse i den forudgående beslutning til fordel for visse forsikringsinstitutioner giver heller ikke grundlag for at udlæde saglige begrundelser imod en gennemførelsesordning, der er i overensstemmelse med fællesskabsretten. Med forpligtelsen til at overholde det primærretlige krav om gennemsigtighed og udbudsdirektiverne vil der nemlig blive udløst en mere intens konkurrence på fællesskabsplan mellem forsikringsinstitutionerne, hvilket vil give en særlig garanti for, at arbejdstagerne i sidste instans får det bedste tilbud på gennemførelsen af lønkonverteringen. Det fremgår ikke, på hvilken måde dette kunne mindske arbejdstagernes accept<sup>113</sup>.

224. Den tyske regerings tredje hovedargument vedrører de kommunale arbejdsgivere, for hvem det takket være den i § 6 i TV-EUmw/VKA trufne forudgående beslutning er blevet lettere at træffe endelig beslutning om en eller flere forsikringsinstitutioner, idet disse arbejdsgivere samtidig kan forlade sig på arbejdsmarkedsparternes ekspertise.

113 — Jf. tillige P. Hanau, »Tarifvertragliche Beschränkungen der Entgeltumwandlung«, *DB* 2004, s. 2266, på s. 2268, som meget rammende har rejst tvivl om den kollektivt aftalte begrænsning af forsikringsinstitutionerne i § 6 i TV-EUmw/VKA på grundlag af princippet om anvendelse af den gunstigste bestemmelse (Günstigkeitsprinzip), der hører blandt de almindelige principper i den tyske kollektive arbejdsret. Efter hans opfattelse vil det ligefrem være absurd at antage, at det på grundlag af kollektive overenskomster kan udelukkes, at kommunale arbejdsgivere kan indgå gunstigere lønkonverteringsaftaler, uanset om gunstigheden af den alternative ordning vedrører direkte ydelser fra arbejdsgiveren eller ydelser fra forsikringsinstitutionen. Den kollektive overenskomst har nemlig til opgave at beskytte arbejdstagerne.

225. Selv om de kommunale arbejdsgivere på grundlag af den § 6 i TV-EUmw/VKA trufne forudgående beslutning i realiteten undgår at skulle afholde udgifterne til en særskilt udbudsprocedure, kan der heraf ikke udledes et holdbart argument mod en forpligtelse til at overholde det primærretlige krav om genemsigtighed og udbudsdirektiverne. Selv hvis pligten til at overholde fællesskabsretten skulle mindske arbejdsgivernes accept af den kollektivt aftalte ordning for gennemførelsen af lønkonverteringen — hvilket den tyske regering ikke har gjort gældende — kan dette ikke fremføres som saglig begrundelse imod en kollektiv aftale om denne pligt. Et sådant argument ville nemlig i sidste instans medføre, at de kommunale arbejdsgivere kunne udnytte aftalefriheden på arbejdsmarkedet til at omgå bindende fællesskabsbestemmelser.

226. Med sit fjerde hovedargument har den tyske regering endelig lagt vægt på de udvalgte forsikringsinstitutioners særlige kendetegn. For udvælgelsen af disse forsikringsinstitutioner talte navnlig de gode erfaringer, der var gjort med dem, den specielle tillid, der var opstået i denne forbindelse, de lave administrationsomkostninger på grund af deres særlige struktur samt den lavere risiko for manglende betaling. Den tyske regering har imidlertid på ingen måde dokumenteret

disse argumenter, hvorfor de allerede af denne grund må forkastes som ubegrundede<sup>114</sup>.

227. På baggrund af disse betragtninger når jeg til den konklusion, at begrænsningen af forsikringsinstitutionerne i § 6 i TV-EUmw/VKA ikke var nødvendig for at muliggøre frivillige og uafhængige forhandlinger mellem overenskomstparterne om ansættelsesvilkårene med henblik på at indgå en kollektiv overenskomst.

228. Derudover medfører den af overenskomstparterne trufne forudgående beslutning til fordel for visse forsikringsinstitutioner i § 6 i TV-EUmw/VKA efter min opfattelse også en uforholdsmæssig begrænsning af de grundlæggende friheder.

229. I forbindelse med *undersøgelsen af forholdsmæssigheden* skal det i den foreliggende sag navnlig tages i betragtning, at Kommissionens søgsmål ikke er rettet mod princippet om lønkonvertering som sådant, men kun mod det forhold, at det på forhånd er fastsat i de kollektive overenskomster, hvilke forsikringsinstitutioner de kommunale arbejdsgivere skal vælge til gennemførelsen af

114 — I denne forbindelse skal jeg ikke undlade at bemærke, at vigtige tyske retsteoretikere har behandlet det forudgående valg af forsikringsinstitutioner i § 6 i TV-EUmw/VKA særdeles kritisk. Jf. navnlig P. Hanau, a.st., fodnote 113, s. 2269, som er af den opfattelse, at de kollektivt aftalte begrænsninger i TV-EUmw/VKA af de forsikringsinstitutioner, der kan forestå gennemførelsen, kun synes at tilgodesee forsikringsinstitutionernes og ikke arbejdstagernes interesser.

lønkonverteringen, selv om disse arbejdsgivere som ordregivende myndigheder skal overholde de forpligtelser, der følger af etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser.

friheder, der følger af § 6 i TV-EUmw/VKA, betragtes som uforholdsmæssig<sup>115</sup>.

230. Den foreliggende sag vedrører derfor ikke den kollektivt aftalte principielle beslutning om at muliggøre lønkonvertering, men derimod det — i overenskomstmæssig henseende — mere tekniske spørgsmål om, hvordan de forsikringsinstitutioner, hos hvilke lønkonverteringen skal gennemføres, skal udvælges. Med den i § 6 i TV-EUmw/VKA trufne forudgående beslutning har overenskomstparterne imidlertid forsøgt at sætte de forpligtelser, der følger af etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser, fuldstændig ud af kraft for at regulere dette mere tekniske spørgsmål.

231. Under hensyntagen til, at bestemmelserne i § 6 i TV-EUmw/VKA på den ene side må betragtes som en teknisk gennemførelsesordning, som mere perifert vedrører arbejdsvilkårene, mens de på den anden side har til formål at sætte de forpligtelser, der følger af etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser, fuldstændig ud af kraft, må den begrænsning af de grundlæggende

232. På baggrund af det ovenstående kan det konstateres, at det forudgående valg af forsikringsinstitutioner i § 6 i TV-EUmw/VKA hverken var nødvendigt eller forholdsmæssigt for at nå de formål, der beskyttes af den grundlæggende ret til at føre kollektive forhandlinger og af den grundlæggende ret til aftalefrihed på arbejdsmarkedet.

233. På baggrund af disse betragtninger når jeg til den konklusion, at den grundlæggende ret til at føre kollektive forhandlinger og den grundlæggende ret til aftalefrihed på arbejdsmarkedet på grund af manglende forholdsmæssighed ikke kan retfærdiggøre den restriktion for etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser, som følger af den af overenskomstparterne trufne forudgående beslutning til fordel for visse forsikringsinstitutioner i § 6 i TV-EUmw/VKA. Disse grundlæggende rettigheder ændrer derfor heller ikke ved den konstatering, at de omhandlede rammeaftaler, der er indgået med henblik på gennemførelse af denne kollektive overenskomst, kan indebære en tilsidesættelse af direktiv 92/50 eller 2004/18.

115 — Jf. i den henseende D. Jarass, *EU-Grundrechte*, München, 2005, s. 344, hvorefter begrænsninger af retten til at føre kollektive forhandlinger og iværksætte kollektive kampskridt navnlig er mulige, når kollektive forhandlinger ikke vedrører arbejdsvilkårene.

#### 4. Foreløbig konklusion

234. Hvis Domstolen — i modsætning til min opfattelse — skulle nå til den konklusion, at en eller flere kommunale myndigheder eller virksomheder i strid med direktiv 92/50 eller 2004/18 har indgået rammeaftaler om lønkonvertering med en eller flere af de i § 6 i TV-EUmw/VKA nævnte institutioner og virksomheder, må det på baggrund af ovenstående betragtninger antages, at den grundlæggende ret til at føre kollektive forhandlinger og den grundlæggende ret til aftalefrihed på arbejdsmarkedet på grund af manglende forholdsmæssighed ikke ændrer ved konstateringen af en sådan tilsidesættelse af disse direktiver.

af de omhandlede rammeaftaler vedrørende arbejdsmarkedspensioner for deres ansatte skulle overholde bestemmelserne i direktiv 92/50 eller 2004/18, for så vidt som de materielle og personelle betingelser for anvendelsen af disse direktiver var opfyldt. Det påhviler imidlertid Kommissionen at godtgøre, at udbudsdirektiverne fandt anvendelse, uden at den herved kan påberåbe sig nogen formodning.

#### VIII — Sammenfatning

235. Sammenfattende når jeg til den konklusion, at de tyske kommuner ved indgåelsen

236. For vurderingen af den foreliggende sag er det i sidste instans afgørende, at Kommissionen baserede sine beregninger over aftaleværdien af de enkelte rammeaftaler og opnåelsen af de tærskelværdier, der gælder for anvendelsen af udbudsdirektiverne, på den formodning, at hver by af en vis størrelsesorden kun har indgået én rammeaftale. Da den tyske regering allerede under den administrative procedure bestred denne formodning som ukorrekt, og den i denne forbindelse på ingen måde kan kritiseres for manglende medvirken i forbindelse med den behørig undersøgelse af de faktiske omstændigheder, må Kommissionens søgsmål således afvises som utilstrækkeligt underbygget og derfor som ubegrundet.

## IX — Forslag til afgørelse

237. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen træffer følgende afgørelse:

- »1) Forbundsrepublikken Tyskland frifindes.
- 2) Europa-Kommissionen betaler sagens omkostninger med undtagelse af Kongeriget Danmarks og Kongeriget Sveriges omkostninger. Kongeriget Danmark og Kongeriget Sverige bærer hver deres egne omkostninger.«