

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA

DÁMASA RUIZ-JARABOJA COLOMERJA,

predstavljeni 15. julija 2004<sup>1</sup>

1. Komisija želi s to tožbo ugotoviti, da Veliko vojvodstvo Luksemburg ni izpolnilo obveznosti iz člena 49 ES zaradi pogojev, naloženih podjetjem s sedežem v drugi državi članici, ki napotijo delavce, državljane tretjih držav, na opravljanje storitev na luksemburškem ozemlju.

**I – Pravni okvir Skupnosti**

2. Člen 49, prvi odstavek, ES določa, da se „[v] okviru določb, navedenih v nadaljevanju, omejitve svobode opravljanja storitev v Skupnosti prepovejo za državljane držav članic, ki imajo sedež v eni od držav Skupnosti, vendar ne v državi osebe, ki so ji storitve namenjene“.

1 – Jezik izvornika: španščina.

**II – Upošteveno nacionalno pravo**

3. Uredba Velikega vojvodstva z dne 12. maja 1972<sup>2</sup> (v nadaljevanju: uredba iz leta 1972) določa splošno načelo, po katerem se noben tujec ne more zaposliti na ozemlju Luksemburga brez dovoljenja, ki pa se ne uporablja za delavce, ki so državljani države članice Evropske unije ali države pogodbenice Sporazuma o evropskem gospodarskem prostoru (člen 1).

4. To dovoljenje je lahko v štirih različnih oblikah, za vsako veljajo različni pogoji (člena 2 in 3). Poleg tega je prepovedano ponuditi zaposlitev tujemu delavcu, ki nima tega dovoljenja, ne da bi državnemu organu predhodno prijavili prosto delovno mesto (člen 4).

2 – Uredba Velikega vojvodstva, ki določa ukrepe za zaposlitev tujih delavcev na ozemlju Velikega vojvodstva Luksemburg (Mém. A. 1972, str. 945), kot je bila spremenjena z uredbami Velikega vojvodstva z dne 29. julija 1977 (Mém. A. 1977, str. 1345) z dne 17. junija 1994 (Mém. A. 1994, str. 1034) in z dne 29. aprila 1999 (Mém. A. 1999, št. 48). Njena pravna podlaga je zakon z dne 28. marca 1972 o vstopu, bivanju, zdravstvenem nadzoru in zaposlovanju tujcev (Mém. A. 1972, str. 818).

5. To dovoljenje izda, zavrne ali odvzame minister za delo ali njegov namestnik ob upoštevanju razmer, razvoja in organizacije trga dela (člen 8).

6. Uredba v izjemnih primerih določa kolektivno dovoljenje za tuje delavce, ki jih začasno napoti na delo v Luksemburg katero koli podjetje, vključno z nacionalnim, če imajo ti delavci pogodbo o zaposlitvi za nedoločen čas, ki je bila sklenjena vsaj šest mesecev pred napotitvijo. V vsakem primeru dovoljenje ne sme presegati osem mesecev, v kar je vključeno njegovo morebitno podaljšanje, ki je lahko odobreno samo enkrat (člen 9).

7. Individualna in kolektivna dovoljenja se izdajo, ko delodajalec predloži bančno garancijo, katere znesek mora biti višji od 60.000 LUF<sup>3</sup> na delavca (člen 9a).

8. Vsaka neizpolnitev obveznosti iz uredbe iz leta 1972 se kaznuje z globo in po potrebi z zaporno kaznijo (člen 12)<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> – Približno 1487 evrov.

<sup>4</sup> – Te kazni so določene že v členu 34 zakona z dne 28. marca 1972, navedenega v opombi 2.

### III – Predhodni postopek

9. Komisija je 19. maja 1999 je luksemburško vlado opozorila o pogojih, ki se zahtevajo za tuje delavce, da opravljajo čezmejne storitve, ki so po njenem mnenju nezdružljivi s členom 49 ES.

10. Stalno predstavništvo Luksemburga je z dopisom z dne 16. septembra 1999 poslalo pisne pripombe in zahtevalo pojasnila glede stališča Komisije. Ko je prejelo ta pojasnila, je 8. aprila 2002 poslalo dopolnilni odgovor, čeprav je 21. marca 2002 že prejelo obrazloženo mnenje, na katero ni odgovorilo.

### IV – Opredelitev problema

11. Iz zgoraj predstavljenega pravnega okvira izhaja, da Komisija izpodbija pogoje, določene z uredbo iz leta 1972, za opravljanje storitev v Luksemburgu podjetij s sedežem v drugih državah članicah Skupnosti, katerih zaposleni so državljani tretjih držav, zaradi njihove nezdružljivosti s Pogodbo ES.

12. Ne gre torej za ugotovitev obstoja diskriminacije v nasprotju s pravom Skupnosti, saj morajo te pogoje izpolnjevati tudi luksemburška podjetja, ki zaposlujejo tuje delavce<sup>5</sup>, ampak za potencialno omejitev svobode opravljanja storitev, ki jo člen 49 ES prepoveduje.

14. Prav tako tu ne gre za vprašanje obravnavanja delavcev državljanov tretjih držav, ki se zakonito nahajajo na ozemlju Skupnosti.

13. Zato je treba izločiti nekatere trditve tožene države, po katerih bi bila luksemburška podjetja lahko diskriminatorno obravnavana. Položaji namreč niso primerljivi: podjetja s sedežem v drugih državah članicah so že izpolnila pravne formalnosti v zvezi z zaposlitvijo delavcev iz tretjih držav, kar ne velja za luksemburška podjetja.

5 — Menim, da se v tej zadevi ne uporablja sodna praksa Sodišča iz točke 12 sodbe z dne 27. marca 1990 v zadevi *Rush Portuguesa* (C-113/89, Recueil, str. I-1417), v skladu s katero „člen 59 [ki je po spremembi postal člen 49 ES] in člen 60 [ki je postal člen 50 ES] Pogodbe nasprotujeta temu, da bi država članica prepovedala ponudniku storitev s sedežem v drugi državi članici, da se prosto giblje na njenem ozemlju z vsemi svojimi zaposlenimi, ali da bi ta država članica za napotitev zadevnega osebjia določila omejevalne pogoje, kot je pogoj zaposlitve na kraju samem ali obveznost dovoljenja za delo. Uvedba takih pogojev za ponudnika storitev s sedežem v drugi državi članici je namreč zanj diskriminatorna glede na njegove konkurente s sedežem v državi gostiteljici, ki lahko svobodno uporabljajo svoje zaposlene, in poleg tega vpliva na njegovo sposobnost opravljanja storitve.“ V tej zadevi je stanje drugačno, kajti če namerava luksemburško podjetje uporabiti svoje tuje delavce, mora izpolniti enake pogoje, kot veljajo za podjetje druge države članice. Razlika je samo v času: eno je to že storilo, medtem ko mora drugo to storiti pred opravljanjem storitve. Ne smemo pozabiti, da je, kot sem že navedel, podjetje iz druge države članice že moralo izpolniti pogoje, določene za zaposlitev tujih delavcev.

15. Za obravnavo izpostavljenega problema je treba na kratko preučiti nekatere vidike opravljanja čezmejnih storitev tujih delavcev in preveriti stanje razvoja prava Skupnosti, med drugim ob upoštevanju dejstva, da je, kot bom pojasnil v nadaljevanju, Sodišče že imelo priložnost, da odloči o podobnih vprašanjih.

#### V – Nekateri vidiki opravljanja čezmejnih storitev tujih delavcev

16. V skladu s členom 3(1)(c) ES je eden od ciljev Skupnosti odprava ovir pri svobodnem opravljanju storitev med državami članicami, kar vključuje pravico, da podjetje opravlja storitve na ozemlju katere koli države Skupnosti, tako da tja napoti svoje zaposlene, tudi če gre za državljane tretjih držav, ki se zakonito nahajajo na ozemlju Skupnosti.

17. Ponudniki storitev, ki želijo uresničevati to pravico, se srečujejo z različnimi nevšeč-

nostmi. Ena od teh je obveznost pridobitve dovoljenja, katerega izdaja je ne samo diskrecijska, ampak tudi težavna, saj zahteva izpolnitev bolj ali manj dolgih, zapletenih ali dragih upravnih formalnosti. Druga se nanaša na obveznost, da se je poleg nadzorom, ki jih izvaja država sedeža, treba podvreči dodatnim nadzorom, ki te nadzore včasih celo podvajajo. Vse te formalnosti pogosto pripeljejo do odpovedi opravljanja storitev ali škodljivih zamud.

18. Vendar tudi država, kjer se bo storitev opravljala, nima jamstev glede zakonitosti položaja začasno napotenih delavcev in tudi ni prepričana, da ti glavno dejavnost izvajajo v državi, kjer ima ponudnik sedež, niti da se bodo po končanem delu vrnili tja, od koder so prišli.

19. V tem smislu država, kjer se bo storitev opravljala, ne more preprečiti nadzora nad pogoji njenega izvajanja, da bi preprečila nezakonito priseljevanje, se bojevala proti nezakonitemu ali goljufivemu zaposlovanju delavcev ali upoštevala interese javnega reda, javne varnosti in javnega zdravja.

20. Nazadnje je očitno, da značilnosti storitve vplivajo na pogoje in trajanje napotitev.

## VI – Stanje razvoja prava Skupnosti

### A – Zakonodaja

21. Institucije Skupnosti se že dolgo ukvarjajo s težavami, povezanimi s tem, da podjetja ene države članice opravljajo storitve v drugi državi članici z delavci, ki niso državljani zadnje.

22. Če pustimo ob strani vidike v zvezi s socialno varnostjo, naletimo na več primerov, ki se nanašajo, kot sem pojasnil, na različne interese. Najbolj očitna primera sta, ko so delavci državljani drugih držav članic in ko so delavci državljani tretjih držav.

23. Prvi primer ureja Direktiva 96/71/ES<sup>6</sup>, za katero se zdi, da čeprav ne razlikuje med delavci, ki so državljani držav članic, in tujimi

6 — Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. decembra 1996 o napotitvi delavcev na delo v okviru opravljanja storitev (UL L 18, str. 1).

delavci, omejuje področje uporabe na delavce Skupnosti, če upoštevamo razloge za njeno sprejetje in cilje.

je bil napoten. Predlog direktive tej državi članici tudi dovoljuje, da sprejme ukrepe, ki so potrebni zaradi javnega reda, javne varnosti in javnega zdravja.

24. Vendar ni podobne ureditve glede pogojev napotitve na delo delavcev, ki so državljani tretje države, v okviru čezmejnega opravljanja storitev.

B – *Sodna praksa*

25. Vseeno pa je bil v zvezi s tem sprejet predlog direktive<sup>7</sup>. Nanaša se na začasen dokument, imenovan „kartica za opravljanje storitev – ES“, ki jo izda država članica sedeža in ki naj bi jamčila zakonitost položaja ponudnika in napotnega delavca, njegov ponovni sprejem v državo izvora po končanem delu ter zagotavljala, da država članica, kjer se storitev opravlja, ne nalaga svojih zahtev glede vstopa, bivanja in dostopa do začasne plačane dejavnosti – zlasti vizuma, dovoljenja za bivanje, dovoljenja za delo ali drugega primerljivega pogoja. Vendar država članica, kjer se opravlja storitev, ohrani pravico, da od delavca zahteva, da prijavi prisotnost in storitve, za opravljanje katerih

26. Kot sem navedel zgoraj, je Sodišče že reševalo nekatere od tu izpostavljenih težav glede začasne napotitve delavcev na delo v okviru čezmejnega opravljanja storitev<sup>8</sup>.

27. Ustaljena sodna praksa je, da člen 59 Pogodbe „ne zahteva samo odprave vsakršne diskriminacije ponudnika storitev s sedežem v drugi državi članici zaradi njegovega državljanstva, ampak tudi odpravo vsakršne omejitve, čeprav se ta omejitev uporablja brez razlikovanja tako za nacionalne ponudnike in ponudnike iz drugih držav članic, ki lahko prepove, moti ali naredi za manj privlačne dejavnosti ponudnika s sedežem v

7 – Predlog direktive Evropskega parlamenta in Sveta o pogojih napotitve na delo delavcev, ki so državljani tretje države, v okviru opravljanja čezmejnih storitev (Ul. C 67, str. 12), ki ga je Komisija predložila 12. februarja 1999. Istega dne je bil predložen še predlog direktive Sveta, ki svobodo opravljanja čezmejnih storitev razširi na državljane tretje države s stalnim bivališčem v Skupnosti (Ul. C 67, str. 17). Spremenjena predloga teh dveh direktiv sta z dne 8. maja 2000.

8 – Ta vprašanja sem prav tako preučil v sklepnih predlogih v zadevi Arblade in drugi (sodba z dne 23. novembra 1999, C-369/96 in 376/96, Recueil, str. I-8453).

drugi državi članici, kjer ta zakonito opravlja podobne storitve<sup>9</sup>, če „povzroči stroške ter dodatna upravna in gospodarska bremena“<sup>10</sup>.

zagotoviti uresničitev cilja, ki si ga prizadevajo doseči, in ne sme presegati tega, kar je potrebno za njegovo doseg<sup>12</sup>.

28. Tudi ko ureditve Skupnosti – kot v tej zadevi – ni, je Sodišče razglasilo, da „svoboda opravljanja storitev kot eno od temeljnih načel Pogodbe lahko omejijo samo predpisi, ki jih utemeljujejo nujni razlogi v splošnem interesu in se uporabljajo za vse osebe ali podjetja, ki opravljajo dejavnost na ozemlju države članice gostiteljice, če tega interesa ne varujejo pravila, ki za ponudnika veljajo v državi članici, kjer ima sedež“<sup>11</sup>, pri čemer se je sklicevalo, čeprav ne izrecno, na načelo sorazmernosti, kajti „uporaba nacionalnih predpisov države članice za ponudnike s sedežem v drugih državah članicah mora

29. Med nujnimi razlogi v splošnem interesu, ki jih je priznalo Sodišče, je varstvo delavcev<sup>13</sup>, vendar naj zgolj upravne ugotovitve po mnenju Sodišča ne bi mogle upravičiti „odstopanja države članice od pravih prava Skupnosti, zlasti če zadevno odstopanje pripelje do izključitve ali omejitve ene od temeljnih svoboščin“ Evropske unije<sup>14</sup>.

30. Sodišče je tudi razsodilo, da „delavci, ki jih zaposluje podjetje s sedežem v državi članici in ki so začasno poslani v drugo državo članico, da bodo tam opravljali storitve, nikakor ne nameravajo vstopiti na trg dela te druge države, ko se po opravljeni nalogi vrnejo v državo izvora ali stalnega prebivališča“<sup>15</sup>, tako da se jih ne sme šteti kot „del trga dela te države“<sup>16</sup>.

9 — Točka 16 sodbe z dne 24. januarja 2002 v zadevi *Portugaia Construções* (C-164/99, Recueil, str. I-787). Glede tega glej tudi sodbi z dne 25. oktobra 2001 v zadevi *Finalarte* in drugi (C-49/98, C-50/98, od C-52/98 do C-54/98 in od C-68/98 do C-71/98, Recueil, str. I-7831) in v zadevi *Arblade* in drugi, navedena v opombi 8; zadnja navaja sodbe z dne 25. julija 1991 v zadevi *Säger* (C-76/90, Recueil, str. I-4221); z dne 9. avgusta 1994 v zadevi *Vander Elst* (C-43/93, Recueil, str. I-3803); z dne 28. marca 1996 v zadevi *Guiot* (C-272/94, Recueil, str. I-1905); z dne 12. decembra 1996 v zadevi *Reisebüro Broede* (C-3/95, Recueil, str. I-6511) in z dne 9. julija 1997 v zadevi *Parodi* (C-222/95, Recueil, str. I-3899).

10 — Točka 30 zgoraj navedene sodbe *Finalarte* in drugi, ki se opira na sodbo z dne 15. marca 2001 v zadevi *Mazzoleni* in *ISA* (C-165/98, Recueil, str. I-2189).

11 — Točka 31 zgoraj navedene sodbe *Finalarte* in drugi. Glej tudi zgoraj navedene sodbe *Portugaia Construções*, *Arblade* in drugi, *Säger*, *Vander Elst* in *Guiot* ter sodbe z dne 17. decembra 1981 v zadevi *Webb* (279/80, Recueil, str. 3305); z dne 26. februarja 1991 v zadevi *Komisija proti Italiji* (C-180/89, Recueil, str. I-709) ter v zadevi *Komisija proti Grčiji* (C-198/89, Recueil, str. I-727).

12 — Točka 32 zgoraj navedene sodbe *Finalarte* in drugi. Tako sklepanje vsebujejo tudi zgoraj navedene sodbe *Portugaia Construções*, *Arblade* in drugi, *Säger*, *Vander Elst* in *Guiot*, *Komisija proti Italiji* in *Komisija proti Grčiji* ter sodbi z dne 31. marca 1993 v zadevi *Kraus* (C-19/92, Recueil, str. I-1663) in z dne 30. novembra 1995 v zadevi *Gebhard* (C-55/94, Recueil, str. I-4165).

13 — Sodba z dne 3. februarja 1982 v zadevi *Seco* in *Desquenne & Giral* (62/81 in 63/81, Recueil, str. 223), tudi zgoraj navedene sodbe *Finalarte* in drugi, *Mazzoleni* in *ISA*, *Arblade* in drugi, *Rush Portuguesa* in *Webb*.

14 — Točka 37 zgoraj navedene sodbe *Arblade* in drugi, ki se sklicuje na sodbo z dne 26. novembra 1999 v zadevi *Terhoeve* (C-18/95, Recueil, str. I-345).

15 — Točka 22 sodbe *Finalarte* in drugi, navedene v opombi 9, ki navaja zgoraj navedeni sodbi *Rush Portuguesa* in *Vander Elst*.

16 — Točka 47 zgoraj navedene sodbe *Finalarte* in drugi.

31. Vseeno je opozorilo, da se enaki sklepi ne uporabljajo v vseh primerih, saj pojem opravljanja storitev zajema različne dejavnosti, in priznalo možnost, da države članice predvidijo nadzore, kjer se upoštevajo zahteve prava Skupnosti, zlasti zahteve, ki izhajajo iz svobode opravljanja storitev, ki ne sme postati navidezna in izvajanje katere ne sme biti podvrženo diskreciji uprave<sup>17</sup>.

33. Analiza se mora nanašati na pogoje iz uredbe iz leta 1972: predhodno dovoljenje, pogodba o zaposlitvi za nedoločen čas, sklenjena vsaj šest mesecev pred napotitvijo, in položitev bančne garancije.

## VII – Pravna analiza

32. Glede na predhodne ugotovitve je treba po vrsti preučiti, ali luksemburška ureditev pomeni omejitev svobode opravljanja storitev; ob pritrdilnem odgovoru, ali jo utemeljujejo nujni razlogi v splošnem interesu in ali ta interes že varujejo pravila države članice, kjer ima ponudnik sedež; in nazadnje, ali je ta rezultat mogoče doseči z manj omejujočimi pravili.

### *A – Obstoj omejitve svobode opravljanja storitev*

34. V tem primeru gre za podjetje s sedežem v državi članici, ki opravlja storitve v drugi državi članici, za kar uporablja lastne delavce – vsi ali nekateri so državljani tretjih držav –, kar torej pomeni njihovo začasno napotitev, in če država gostiteljica uporablja delovno ureditev, ki ovira to napotitev, posredno otežuje dejavnost podjetja, od katere so ti delavci odvisni<sup>18</sup>.

35. Kot se zdi, ni nobenega dvoma, da zgoraj navedeni pogoji iz uredbe iz leta 1972, obravnavani bodisi skupaj bodisi posebej, pomenijo omejitev svobode opravljanja storitev, saj podjetje Skupnosti, ki namerava

17 – Točki 16 in 17 zgoraj navedene sodbe *Rush Portuguesa*.

18 – Natančno to je pojasnil generalni pravobranilec Tesaro v točki I sklepnih predlogov, ki jih je predstavil v zadevi, v kateri je bila izdana zgoraj navedena sodba *Vander Elst*.

uporabiti svoje tuje delavce, obvezujejo, da izpolni nekatere formalnosti, ki mu jih ne bi bilo treba upoštevati, če bi storitev opravljalo v državi sedeža.

38. Predhodno dovoljenje in zahteva v zvezi z obstojem pogodbe z določenimi značilnostmi in s položitvijo garancije prispevata k varstvu delavcev, kar je v skladu s predhodno navedenim<sup>22</sup> nujni razlog v splošnem interesu, ki naj bi upravičeval omejitev. Drugo sredstvo za preprečevanje goljufije bi bilo na primer prepovedati podjetju, ki je ponudnik storitve, da tuje delavce zaposli samo zato, da jih da na voljo drugim podjetjem.

### B – *Obstoj utemeljitve in sorazmernosti*

36. Uredba iz leta 1972 sodi na področje delovnega prava, čeprav je povezana z luksemburškimi pravili o tujcih<sup>19</sup>. Luksemburška vlada meni, da ta uredba omogoča okrepitev učinkovitosti nacionalne socialne zakonodaje, ker jo naredi strožjo na področjih, kot so minimalna plača, varnost pri delu in trajanje pogodb<sup>20</sup>.

39. V tem smislu je, kot sem pojasnil<sup>23</sup>, Sodišče priznalo zakonitost nadzorov, opravljenih v ta namen, če ti upoštevajo meje, ki jih določa pravo Skupnosti, zlasti meje, ki izhajajo iz svobode opravljanja storitev, in so sorazmerni z želenim ciljem.

37. Iz preprostega branja te uredbe izhaja, da je eden od njenih glavnih ciljev ureditev trga dela. Opomniti je treba, da so izdaja, zavrnitev ali umik individualnega dovoljenja v pristojnosti ministra za delo ali njegovega namestnika, ki za to upoštevata „razmere, razvoj in organizacijo trga dela“ (člen 8)<sup>21</sup>.

40. Zdi se, da je torej bistveno preučiti sorazmernost luksemburških pravil glede na varstvo tujih delavcev in preveriti, ali bi enak rezultat dosegli z drugimi pravili, ki manj omejujejo svobodo ustanavljanja.

41. Ker ureditve Skupnosti na tem področju ni, ni mogoče zagovarjati odprave vseh vrst omejitev, ki jih določajo nacionalne zakono-

19 — Njen člen 1 povzema člena 26 in 28 zakona z dne 28. marca 1972 o vstopu, bivanju, zdravstvenem nadzoru in zaposlovanju tujcev. Prav tako ima na primer člen 10(1) pravno podlago v členu 27 zakona.

20 — V zvezi s tem trdi, da je treba uredbo iz leta 1972 razlagati v smislu zakona z dne 24. maja 1989 o pogodbi o zaposlitvi.

21 — Ti elementi presoje se ne uporabljajo za izdajo ali zavrnitev kolektivnega dovoljenja, ki je izjemno (člen 9).

22 — V točki 29 teh sklepnih predlogov.

23 — V točki 28 teh sklepnih predlogov.

daje držav, kjer podjetja opravljajo storitve s pomočjo tujih delavcev, niti pustiti celotnega nadzora v rokah države sedeža. Zdi se, da pravo Skupnosti uporablja druga sredstva ob upoštevanju obravnavanih interesov<sup>24</sup>.

lahko delali na njegovem ozemlju v okviru opravljanja storitev podjetja druge države članice<sup>25</sup>, je predhodna pridobitev individualnega ali kolektivnega dovoljenja za delo.

42. Ker organiziranega sistema sodelovanja ali izmenjave informacij med državami članicami ni, člen 49 ES trenutno teh ne obvezuje, da bi odpravile ukrepe, ki so sorazmerni in upravičeni z varstvom napolitenih delavcev, če ponovno ne ustvarjajo ukrepov države sedeža ali če so utemeljeni z razlogi javnega reda, javne varnosti in javnega zdravja.

44. Ne morem razumeti, kako tak ukrep prispeva k varstvu delavcev. Če je namen zakonito biti seznanjen s prisotnostjo delavcev, storitvami, ki se opravljajo, in pogoji njihovega izvajanja, da bi se zanje uporabila pravila države<sup>26</sup>, tako strog ukrep ne bi bil potreben, ampak bi zadostovala izjava z ustreznimi podatki<sup>27</sup>.

### *C – Uporaba predhodnih ugotovitev za ukrepe iz uredbe iz leta 1972*

#### 1. Predhodno dovoljenje

43. Prvi od pogojev, ki jih je Veliko vojvodstvo Luksemburg določilo zato, da bi tujci

45. Če je namen to, da se zanje uporabi nacionalna socialna zakonodaja, predhodno dovoljenje, kot je zamišljeno, ne prinaša tega rezultata, ki ga pravo Skupnosti sicer ne

24 – Predlog direktive o pogojih napolitve na delo delavcev, ki so državljani tretje države, v okviru opravljanja čezmejnih storitev se nagiba k drugačni rešitvi, kot sem navedel v točki 25 teh sklepnih predlogov.

25 – Jasno je, da se ta pogoj, in drugi, uporablja za vsa podjetja, vključno s podjetji iz Luksemburga, glede vseh tujih delavcev, vendar je tu pomemben njegov vpliv na svobodo opravljanja storitev.

26 – Natančnejše pravila na področju minimalne plače in varnosti pri delu, ki so po navedbah luksemburške vlade strožja; čeprav merilo za primerjavo ni opredeljeno, se zdi, da se sklicuje na pravila vseh drugih držav članic, tako da gre za preprosto trditev, ki je ne podpira noben dokazni element.

27 – Generalni pravobranilec Tesaro se je glede tega opredelil v sklepnih predlogih, ki jih je predstavil v zadevi, v kateri je bila izrečena sodba Vander Elst, navedena v opombi 9. V tej izjavi bi bilo mogoče zahtevati informacije o delavcih, pogodbah, ki jih vežejo na podjetje, predmetu in pogojih napolitve.

prepoveduje, kajti, kot je navedlo Sodišče, nič ne nasprotuje temu, da za delavce veljajo pravila države, v katero so začasno napoteni<sup>28</sup>.

ška vlada, poznejši sodni nadzor ni izključen, mora ta temeljiti na pravnih razlogih in ne razlogih primernosti. Edini splošni pravni izrazi, predvideni v ta namen za izdajo dovoljenja za delo, se sklicujejo na „razmere, razvoj in organizacijo trga dela“ (člena 8 in 10)<sup>32</sup>.

46. Napotitev tudi ne more škodovati načelu prednosti zaposlovanja državljanov Skupnosti, ki ga določa Uredba (EGS) št. 1612/68<sup>29</sup> in na katero se sklicuje luksemburška vlada<sup>30</sup>, ker tu ne gre za najemanje delavcev niti posledično za njihov dostop do trga dela<sup>31</sup>, za kar gre v tem primeru, ampak za to, da opravlja storitve podjetje druge države članice, ki te delavce že šteje za svoje zaposlene in ki je predhodno že izpolnilo vrsto pogojev.

47. Po drugi strani ne gre pozabiti, da je izdaja ali zavrnitev dovoljenja za delo diskrecijska, ker čeprav, kot navaja luksembur-

48. V vsakem primeru obstoj sodnega nadzora ne vpliva na to, kar sem predstavil. Nasprotno, če luksemburška uprava na podlagi pooblastila za odločanje po prostem preudarku podjetju druge države članice, ki želi na delo napotiti svoje tuje delavce, zavrne prošnjo za dovoljenje in mora to podjetje vložiti pravno sredstvo na sodišča, to podjetje naleti na še eno oviro pri svobodi opravljanja storitev, ki bi bila zagotovo manjša, če bi se dovoljenje izdalo avtomatično ali bi se ga nadomestilo z izjavo, prav tako predhodno, ki bi vsebovala ustrezne podatke za nadzore, ki jih dopušča pravo Skupnosti<sup>33</sup>.

28 — V skladu z zgoraj navedeno sodbo Vander Elst „pravo Skupnosti ne izključuje tega, da države članice uporabljajo svojo zakonodajo ali kolektivne pogodbe, sklenjene med delodajalci in delavci v zvezi z minimalnimi plačami, za vse osebe, zaposlene, čeprav le začasno, na njihovem ozemlju, tudi če ima delodajalec sedež v drugi državi članici; pravo Skupnosti državam članicam tudi ne prepoveduje, da z ustreznimi sredstvi določijo upoštevanje teh pravil“ (točka 23), med katera si ne dovoljujem vključiti predhodnega dovoljenja, ki ga zahteva uredba iz leta 1972. Enako razmišljanje vsebujeta tudi zgoraj navedeni sodbi Rush Portuguesa ter Seco in Desquenne & Giral. Direktiva 96/71, na katero se sklicuje luksemburška vlada, gre v isti smeri, čeprav ne zahteva predhodnega dovoljenja kot sredstva za zagotovitev upoštevanja zakonov in kolektivnih pogodb.

29 — Uredba Sveta z dne 15. oktobra 1968 o prostem gibanju delavcev v Skupnosti (UL L 257, str. 2).

30 — Prav tako navedena v členu 10 uredbe iz leta 1972.

31 — Glej točko 49 teh sklepnih predlogov.

32 — Čeprav ti pojmi, kot izhaja iz sodb upravnega sodišča (Luksemburg), priloženih k odgovoru na tožbo, vsebujejo vidike v zvezi s plačo, obstojem prostih delovnih mest, neredno zaposlitvijo, prednostjo zaposlovanja ali druge podobne vidike.

33 — V tem smislu je generalni pravobranilec Tesouro v sklepnih predlogih, navedenih v opombah 18 in 27, potrdil, da „mora biti nadzor, opravljen v ta namen, formalen in ne sme pripeljati do odločanja po prostem preudarku; z drugimi besedami, ko je ugotovljeno, da obstaja zakonita pogodba o zaposlitvi, je treba dovoljenje za napotitev delavcev izdati avtomatično“ (točka 27). Vendar bi bilo morda ustrezno preveriti, ali taka zakonita pogodba potrjuje obstoj zakonite in običajne zaposlitve v smislu zgoraj navedene sodbe Vander Elst (točka 26), kar bom podrobneje obravnaval v točkah 53 in 54 teh sklepnih predlogov.

49. Poleg tega, če je eden od glavnih namenov predhodnega dovoljenja nadzorovati dostop delavcev tretjih držav do luksemburškega trga dela, gre za pogoj, ki presega to, kar je potrebno za opravljanje storitev, kot je Sodišče že razsodilo v podobnih zadevah, kajti zaposleni podjetja s sedežem v državi članici, ki so začasno napoteni na delo v drugo državo članico, ne nameravajo vstopiti na trg dela te druge države članice, saj se po končanem delu vrnejo v državo izvora ali stalnega prebivališča<sup>34</sup>.

preprečujejo goljufije, kot so na primer „pogodbe *ad hoc*“ ali pogodbe, ki jih je opisala luksemburška vlada in ki izkoriščajo delovno silo iz tretjih držav ali izkrivljajo konkurenco z ravnani „socialnega dumpin-ga“. Vendar ob upoštevanju splošnih in širših pogojev, v katerih so oblikovani, ti pogoji presegajo to, kar je potrebno za varstvo tujih delavcev, ki jih podjetja Skupnosti napotijo na delo v okviru čezmejnega opravljanja storitev. Ne razumem, kako lahko pogodba za nedoločen čas ali pogodba, ki je bila sklenjena že predhodno, v teh primerih zagotovi večje ali drugačno varstvo, kot ga zagotavljajo druge vrste pogodb, preprosto zato, ker se storitev opravlja v Luksemburgu<sup>35</sup>. Taka pogodba naj bi spodbujala stabilnost zaposlitve, toda vedno in ne samo v primeru napotitve v drugo državo članico v okviru čezmejnega opravljanja storitev.

## 2. Pogoji pogodb o zaposlitvi

50. Pri kolektivnem dovoljenju luksemburška ureditev ne zahteva samo predhodnega dovoljenja, ampak tudi to, da je podjetje s sedežem v drugi državi članici s tujimi delavci, napotenimi v to državo, sklenilo pogodbo o zaposlitvi za nedoločen čas vsaj šest mesecev pred napotitvijo (člen 9(1)).

51. Nedvomno ti pogoji, čeprav si lahko prizadevajo doseči druge cilje, omogočajo boljše varstvo napotenih tujih delavcev in

52. Ti pogoji ravno nasprotno implicirajo, kot je opomnila Komisija, izključitev sektorjev, v katerih so pogodbe o začasni zaposlitvi pogoste, zaradi česar so torej nesorazmerni, svoboda Skupnosti na področju opravljanja

34 – Zgoraj navedene sodbe *Rush Portuguesa*, *Vander Elst* ter *Finalarte* in drugi. V zvezi s tem glej točko 30 teh sklepnih predlogov.

35 – Direktiva 96/71 zahteva, da ob napotitvi obstaja delovno razmerje med podjetjem, ki delavca napoti, podjetjem izvora, podjetjem za začasno zaposlovanje ali podjetjem, ki da delavca na voljo, in delavcem (člen 1(3)).

občasnih storitev ali storitev za kratek čas pa navidezna<sup>36</sup>. Prav tako naj bi, na primer, nedavno ustanovljenemu podjetju preprečili, da bi opravljalo dejavnosti v Luksemburgu s tujimi delavci, kajti zahteva po pogodbah o zaposlitvi, sklenjenih najmanj šest mesecev pred napotitvijo, pomeni, da mora tudi podjetje obstajati najmanj enak čas.

54. Čeprav obstoj pogodbe, ki izpolnjuje zahteve iz uredbe iz leta 1972, potrjuje zakonito in običajno naravo zaposlitve, je tako lahko tudi pri drugih pogodbah, ki se jih tudi ne sme že vnaprej izključiti. Upoštevanje tega pogoja je v vsakem primeru mogoče nadzorovati z zgoraj omenjeno izjavo, ki naj bi vsebovala te podatke<sup>39</sup>.

53. Čeprav drži, da je sodba Vander Elst<sup>37</sup>, kot trdi luksemburška vlada, člena 59 in 60 Pogodbe razložila „v tem smislu, da nasprotujeta temu, da država članica od podjetij s sedežem v drugi državi članici, ki vstopijo na njeno ozemlje, da bi tam opravljala storitve, in ki zakonito in običajno zaposlujejo državljane tretjih držav, zahteva, da za te delavce od nacionalnega urada za priseljevanje pridobijo dovoljenje za delo in plačajo s tem povezane stroške, za kršitev česar je določena upravna denarna kazen“<sup>38</sup>, ta trditev ne pomeni, da je pogoj zakonite in običajne zaposlitve izpolnjen z določeno vrsto pogodbe – tj. pogodbo za nedoločen čas in sklenjeno vsaj šest mesecev pred napotitvijo.

55. Nazadnje in poleg prej predstavljenih pogojev je za izdajo individualnih in kolektivnih dovoljenj določena položitev bančne garancije v pavšalnem znesku na delavca (člen 9a).

56. Ta pogoj, ne glede na znesek garancije in stroškov, povezanih z njeno položitvijo in podaljševanjem<sup>40</sup>, ter dejstvo, da se v praksi redko izvaja, kot je navedla luksemburška vlada, pomeni omejitev prostega opravljanja storitev. Poleg tega se mi tudi ne zdi sorazmeren s ciljem, ki ga želi doseči. Garancija v skladu z uredbo zagotavlja kritje stroškov vrnitve v domovino napotenega tujega delavca, vendar je nesorazmerna, ker

36 — Gre za pogodbe, analogne pogodbam, sklenjenim za „zanimarljiva“ dela, navedena v členu 3(6) Direktive 96/71.

37 — Navedena v opombi 9.

38 — Moj poudarek.

39 — V točki 44 teh sklepnih predlogov.

40 — Po podatkih tožene stranke ti znašajo 25 evrov na polletje.

podjetje Skupnosti, ki se je odločilo za napotitev, v vsakem primeru odgovarja za njegovo vrnitev. Mogoče bi bilo sprejeti ukrepe, ki so bolj v skladu s to svoboščino Skupnosti, kot je odredba o plačilu nastalih stroškov, ne da bi bilo treba za to jamčiti vnaprej.

Tožena država se sama zaveda tega, saj je sprejela osnutek uredbe za razveljavitev tega pogoja<sup>41</sup>.

## VIII – Končne ugotovitve

57. Zato menim, da Veliko vojvodstvo Luksemburg, s tem ko je za opravljanje storitev na svojem ozemlju podjetij s sedežem v drugi državi članici s tujimi delavci določilo zgoraj navedene pogoje iz uredbe iz leta 1972, ni izpolnilo obveznosti iz člena 49 ES.

58. Ti pogoji pomenijo omejitev svobode opravljanja storitev in so, čeprav so včasih upravičeni z varstvom, ki ga zagotavljajo delavcem, nesorazmerni, saj bi bilo mogoče sprejeti ukrepe, ki bi bili bolj v skladu s pravom Skupnosti.

59. Predhodne ugotovitve ne vplivajo na sprejetje rešitve na zakonodajni ravni, ki jo vsebuje obstoječi predlog direktive<sup>42</sup>, in na uporabo določb, ki urejajo različne vidike delovnega razmerja za tuje delavce, napotene na delo v Luksemburg<sup>43</sup>.

## IX – Stroški

60. V skladu s členom 69(2) Poslovnika se neuspeli stranki naloži plačilo stroškov, če so bili ti priglašeni. Ker je tožba Komisije utemeljena in je ta predlagala, naj se Velikemu vojvodstvu Luksemburg naloži plačilo stroškov, se njen predlog sprejme.

42 – Glej točko 25 teh sklepnih predlogov.

43 – Točka 25 zgoraj navedene sodbe Vander Elst. V istem smislu glej tudi člen 3 Direktive 96/71. Glej tudi točko 45 teh sklepnih predlogov.

41 – Drugi odstavek na strani 15 odgovora na tožbo.

## X – Predlog

61. V skladu z zgornjimi ugotovitvami Sodišču predlagam, naj:

- 1) ugotovi, da Veliko vojvodstvo Luksemburg ni izpolnilo obveznosti iz člena 49 ES, ker je za opravljanje storitev na svojem ozemlju podjetij s sedežem v drugi državi članici s tujimi delavci določilo naslednje pogoje: a) pridobitev individualnega dovoljenja za delo, katerega izdaja je diskrecijska, ali kolektivnega dovoljenja, ki se dodeli izjemoma, pod pogojem, da so bile pogodbe o zaposlitvi sklenjene za nedoločen čas in vsaj šest mesecev pred napotitvijo; in b) v obeh primerih položitev bančne garancije;
  
2. Velikemu vojvodstvu Luksemburg naloži plačilo stroškov.