

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

LEENDERT A. GEELHOED

föredraget den 15 september 2005¹

I — Inledning

1. I detta mål har kommissionen yrkat att domstolen skall fastställa att Förbundsrepubliken Tyskland, genom att ställa upp vissa specifika krav avseende utstationeringen av arbetstagare från länder som inte är medlemmar i Europeiska unionen hos tjänsteleverantörer som är etablerade i andra medlemsstater i Europeiska unionen, har åsidosatt artikel 49 EG.

II — De tyska reglerna om utstationering av medborgare i tredje länder

2. Utstationeringen i Tyskland av medborgare i tredje länder regleras i tyska utlänningslagen (Ausländergesetz) (nedan kallad AuslG) i dess lydelse av den 9 januari 2002, en tillämpningsföreskrift och ett cirkulär av den 15 maj 1999 adresserat till de tyska

diplomatiska och konsulära representationerna i andra länder (nedan kallat cirkuläret).

3. Enligt 1–3 §§ AuslG, måste icke tyska medborgare ha visum för att komma in i och stanna inom tyskt territorium. Utlänningar som vill bo i Tyskland för att utföra betald verksamhet måste ha ett särskilt uppehållstillstånd i enlighet med en särskild tillämpningsföreskrift. Nuvarande praxis för beviljandet av detta visum grundar sig på cirkuläret. Företag som avser att tillhandahålla tjänster i Tyskland måste se till att deras arbetstagare från tredje länder får visum vid den tyska diplomatiska representationen i den medlemsstat där företaget är etablerat. Vid bearbetningen av sådana förfrågningar granskar den behöriga myndigheten huruvida följande kriterier, som har till syfte att ge rättsverkan åt domstolens rättspraxis enligt domen i målet Vander Elst,² är uppfyllda:

- a) Början och slutet på den tidsperiod då arbetstagaren är utstationerad måste vara tydligt fastställd.

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Dom av den 9 augusti 1994 i mål C-43/93, Vander Elst (REG 1994, s. I-3803; svensk specialutgåva, volym 16, s. I-59). Se punkt 11 nedan.

- b) Den berörda arbetstagaren måste tillhöra de fast anställda hos det företag som utstationerar arbetstagaren, vilket anses vara fallet om arbetstagaren har varit anställd hos detta företag i minst ett år.

- c) Uppehållstillståndet och, i förekommande fall, det arbetstillstånd som har beviljats i den medlemsstat där företaget är etablerat måste innehålla en garanti om att de berörda arbetstagarna kommer att återanställas av det andra företaget i denna medlemsstat vid verksamhetens avslutning i Tyskland.

- d) Arbetstagaren från ett tredje land måste vara ansluten till det sociala trygghetssystemet i den medlemsstat där hans arbetsgivare är etablerad, eller ha en tillräcklig privat sjukdoms- och olycksfallsförsäkring. Skyddet under endera systemet måste utvidgas till att omfatta den verksamhet som utförs i Tyskland.

- e) Arbetstagaren från ett tredje land måste ha ett pass, vilket måste vara giltigt under hela vistelsen i Tyskland.

III — Förfarandet

4. Kommissionen tog först upp frågan om huruvida det särskilda förfarande som tillämpades av Förbundsrepubliken Tyskland för utstationering i dess territorium av arbetstagare från tredje länder hos tjänsteleverantörer som är etablerade i medlemsstater i Europeiska unionen är förenligt med artikel 49 EG genom en formell underrättelse av den 12 februari 1997. Den följdes av ett motiverat yttrande av den 7 augusti 1998 och ytterligare förfrågningar om information under åren 2000 och 2001.

5. Med tanke på att den information som har lämnats av den tyska regeringen som svar på dessa förfrågningar, senast den 28 november 2001, inte möjliggjorde en korrekt bedömning av lagligheten hos de regler som tillämpas på utstationeringen i Tyskland av medborgare i tredje länder, beslutade kommissionen cirka två och ett halvt år senare, den 4 juni 2004, att väcka denna talan vid domstolen. Den har yrkat att domstolen skall

- 1) fastställa att Förbundsrepubliken Tyskland har åsidosatt sina skyldigheter enligt artikel 49 EG genom att med sin praxis som grundar sig på administra-

tiva cirkulär, konsekvent och oproportionellt begränsa utstationeringen i Tyskland av arbetstagare som inte kommer från EU-medlemsstater för tillhandahållande av tjänster,

kommissionsförslag som syftade till att reglera denna sistnämnda aspekt genom att införa ett "EG-kort för tillhandahållande av tjänster"⁴ togs tillbaka i oktober 2004⁵. Därför regleras det problem som tas upp genom förevarande mål inte av sekundär gemenskapslagstiftning, utan, som har anförts, av bestämmelserna i EG-fördraget om tillhandahållande av tjänster.

- 2) förplikta Förbundsrepubliken Tyskland att ersätta rättegångskostnaderna.

IV — Bedömning

A — Ram för bedömning

6. Det skall inledningsvis fastställas att det särskilda förfarande som tillämpas i Tyskland med hänsyn till utstationeringen av medborgare i tredje länder verkligen måste bedömas mot bakgrund av artikel 49 EG. Trots att det finns gemenskapslagstiftning på området, nämligen direktiv 96/71 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster³, gäller detta direktiv bara för villkoren i anställningsförhållandet och inte för aspekten att komma in i och stanna inom värdmedlemsstatens territorium. Ett

7. De grundläggande principerna avseende tillämpningen av fördragsbestämmelserna om friheten att tillhandahålla tjänster inom gemenskapen är sedan länge fastställda i domstolens rättspraxis. Enligt denna rättspraxis innebär artikel 49 EG inte bara att det är nödvändigt att avskaffa all form av diskriminering på grund av nationalitet av en tjänsteleverantör som är etablerad i en annan medlemsstat utan även att det är nödvändigt att avskaffa varje inskränkning — även om den är tillämplig på inhemska tjänsteleverantörer och tjänsteleverantörer från andra medlemsstater utan åtskillnad — som innebär att tjänster som tillhandahålls av en tjänsteleverantör som är etablerad i en annan medlemsstat, där denne lagligen utför liknande tjänster, förbjuds, hindras eller blir mindre attraktiv".⁶

3 — Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster (EGT L 18, s. 1) (nedan kallat direktiv 96/71).

4 — Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om utstationering av arbetstagare från tredje land i samband med tillhandahållande av tjänster över gränserna (EGT C 67, 1999, s. 12) i dess ändrade lydelse enligt KOM(2000) 271 slutlig av den 8 maj 2000.

5 — KOM(2004) 542 slutlig/2, punkt 8.

6 — Se bland annat dom av den 21 oktober 2004 i mål C-445/03, kommissionen mot Luxemburg (REG 2004, s. I-10191), punkt 20, av den 23 november 1999 i de förenade målen C-369/96 och C-376/96, Arblade och Leloup (REG 1999, s. I-8453), punkt 33, och domen i målet Vander Elst (ovan fotnot 2), punkt 14.

8. Grundregeln är emellertid inte absolut. "Nationell lagstiftning inom ett område som ännu inte har varit föremål för harmonisering på gemenskapsnivå och som tillämpas utan åtskillnad på alla personer eller företag som bedriver verksamhet på den berörda medlemsstatens territorium kan, trots sin restriktiva inverkan på friheten att tillhandahålla tjänster, rättfärdigas i den mån som den grundas på tvingande hänsyn till allmänintresset som ännu inte säkerställts genom de bestämmelser som tjänsteleverantören måste följa i den medlemsstat där denne är etablerad och förutsatt att den är ägnad att kontrollera att det mål som eftersträvas med lagstiftningen uppnås och inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det målet."⁷

9. I fall som särskilt rör tjänsteleverantörers utstationering av arbetstagare har domstolen fastställt olika mer specifika principer som är relevanta för bedömningen av de krav som är omtvistade i förevarande mål.

10. I domen i målet *Rush Portuguesa* fastslog domstolen att värdmedlemsstaten skall ha möjlighet att kontrollera att en tjänsteleverantör som är etablerad i en annan medlemsstat inte utnyttjar friheten att tillhandahålla tjänster för andra syften. Sådana kontroller måste emellertid ske inom de ramar som gemenskapsrätten fastställer,

särskilt de som följer av friheten att tillhandahålla tjänster, vilken inte får bli illusorisk och vars utövande inte får bli föremål för myndigheternas skönsmässiga bedömning.⁸

11. Domstolens dom i målet *Vander Elst*⁹ är av särskild relevans för förevarande mål, eftersom de specifika krav som uppställs av Förbundsrepubliken Tyskland med avseende på utstationeringen av arbetstagare från tredje länder har till syfte att ge rättsverkan åt den. I detta mål, som rörde ett belgiskt företags utstationering av marockanska arbetstagare för tillhandahållande av tjänster i Frankrike, betonade domstolen att arbetstagarna var lagligt bosatta i Belgien och att de hade erhållit arbetstillstånd där¹⁰ samt att de innehade lagliga anställningskontrakt.¹¹ I denna situation innebar en tillämpning av det belgiska systemet att det var uteslutet att det skulle finnas någon nämnvärd risk för att arbetstagarna utnyttjades och för att konkurrensen mellan företagen skulle snedvridas.¹² Domstolen slog fast att "[artiklarna 49 och 50 EG] skall tolkas så att de utgör hinder för att en medlemsstat kräver att företag etablerade i en annan medlemsstat som beger sig till dess territorium för att där utföra tjänster och som *lagligen och stadigvarande* har medborgare i tredje land anställda, skall erhålla arbetstillstånd från en nationell invandrarmyndighet för dessa arbetstagare och betala de kostnader som är förenade med detta, vid äventyr att de annars

8 — Dom av den 27 mars 1990 i mål C-113/89, *Rush Portuguesa* (REG 1990, s. I-1417; svensk specialutgåva, volym 10, s. 389), punkt 17.

9 — Ovan fotnot 2.

10 — Punkt 18 i domen.

11 — Punkt 24 i domen.

12 — Punkt 25 i domen.

7 — Se bland annat domen i målet kommissionen mot Luxemburg (ovan fotnot 6), punkt 21, och domen i de förenade målen *Arblade och Leloup* (ovan fotnot 6), punkterna 34 och 35.

blir ålagda att betala administrativa böter".¹³ Begreppen "stadigvarande och lagligen" anställda har sedermera kallats för Vander Elst-kriterierna.

12. När det gäller de tvingande hänsyn av allmänintresse som kan motivera begränsningar avseende utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållandet av tjänster har domstolen, bland annat i domen i målet *Arblade och Leloup*, slagit fast att dessa omfattar skyddet för arbetstagare, men inte hänsyn av rent administrativ natur. "Tvingande hänsyn av allmänintresse som rättfärdigar de materiella bestämmelserna i en reglering kan emellertid även rättfärdiga de medel som är nödvändiga för att kontrollera att dessa bestämmelser iakttas."¹⁴

13. I detta sammanhang bör slutligen en hänvisning göras till domen i målet *kommissionen mot Luxemburg*,¹⁵ som avsåg nationella krav som liknar dem som är omtvistade i förevarande mål även om de inte är identiska med dem, och som därför utgör ett lämpligt prejudikat för bedömningen av kommissionens talan. Mer specifikt krävde företrädare för Luxemburg att en tjänsteleverantör som var etablerad i en annan medlemsstat skulle erhålla ett individuellt eller kollektivt arbetstillstånd för att utnyttja sina arbetstagare som var medborgare i ett tredje land och som lagligen bodde

och arbetade i denna andra medlemsstat. Beviljandet av dessa tillstånd var förenat med villkor avseende arbetsmarknaden samt förekomsten av ett avtal som inte är tidsbegränsat och en tidigare anställning hos samma tjänsteleverantör sedan minst sex månader. Domstolen ansåg inte att dessa krav var lämpliga för att uppnå ändamålet att skydda arbetstagarna.¹⁶

B — *Talans omfattning*

14. Omfattningen av kommissionens talan är begränsad eftersom den inte innehåller ett ifrågasättande av alla de kriterier som anges i punkt 3 ovan, vilka tillämpas av Förbundsrepubliken Tyskland vid beviljandet av det särskilda tillståndet för användning av medborgare i tredje länder på tyskt territorium av en tjänsteleverantör som är etablerad i en annan medlemsstat. Den är i stället inriktad på två särskilda aspekter på det särskilda förfarande som kommissionen anser vara oförenliga med artikel 49 EG. Den första av dessa rör det faktum att kriterierna måste kontrolleras innan tjänsterna utförs, så att förfarandet i huvudsak har en förebyggande karaktär. Den andra avser kravet att medborgarna i tredje länder måste ha varit anställda hos tjänsteleverantören i minst ett år.

¹³ — Domslutet. Min kursivering.

¹⁴ — Domen i de förenade målen *Arblade och Leloup* (ovan fotnot 6), punkterna 36–38.

¹⁵ — Ovan fotnot 6.

¹⁶ — Se punkterna 30 till 36 i domen.

C — Den förebyggande karaktären hos tillståndsförfarandet

15. Kommissionen gör från början klart att den inte motsätter sig kraven på visering och tidigare kontroller i den mån dessa är motiverade på grund av den allmänna ordningen, den allmänna säkerheten eller folkhälsan. Den motsätter sig heller inte kontroller som syftar till att säkerställa att de så kallade Vander Elst-kriterierna är uppfyllda. Den enda omtvistade punkten är att denna kontroll enligt tysk praxis måste äga rum innan de berörda arbetstagarna utstationeras i Tyskland. När ett tillstånd ges i form av ett arbetsvisum (*Arbeitsvisum*) är det tydligt att en arbetstagare utan detta dokument inte kommer att kunna utstationeras i Tyskland för att utföra de tjänster som skall tillhandahållas av dennes arbetsgivare. Det utgör därför en begränsning av friheten att tillhandahålla tjänster. Kommissionen har noterat att förfarandet är mer omfattande än en kontroll av det som är nödvändigt med hänsyn till den allmänna säkerheten. Eftersom det inte gäller för alla som tillhandahåller tjänster i Tyskland uppfyller det inte heller villkoren för att vara motiverat på grund av tvingande hänsyn avseende allmänintresset. Kommissionen anser också att mindre restriktiva åtgärder, exempelvis kontroller i efterhand, är tänkbara sätt att uppnå målet att kontrollera att arbetstagarna återvänder till ursprungsmedlemsstaten. En sådan kontroll skulle kunna utföras då en person uppfyller skyldigheten att folkbokföra sig i Tyskland.

16. Den tyska regeringen har påpekat att nuvarande praxis för beviljande av visum inte ger de diplomatiska representationerna något utrymme för skönsmässiga bedömningar och att uppehållstillstånden automatiskt beviljas inom sju dagar. Den tvivlar därför på att denna praxis utgör en väsentlig begränsning av friheten att tillhandahålla tjänster. De så kallade Vander Elst-viseringarna krävs bara i ett begränsat antal fall, särskilt när medborgare i tredje länder inte har rätt att resa fritt enligt villkoren i konventionen om tillämpning av Schengenavtalet och när viseringar krävs enligt förordning nr 539/2001.¹⁷

17. Den tyska regeringen har hävdat att medlemsstaterna har ett befogat intresse av att genomföra kontroller i förhand för att spåra missbruk av friheten att tillhandahålla tjänster och för att förhindra ett kringgående av nationella och gemenskapsrättsliga krav avseende anställning av medborgare i tredje länder. Genomförandet av kontroller i förhand är enligt den tyska regeringen motiverat av rättssäkerhetsskäl och för skyddet av arbetstagare. Det förfarande som den tillämpar måste betraktas som en lämplig åtgärd eftersom uppvisandet av ett pass i sig inte utgör ett bevis på innehavarens lagenliga anställning i ursprungsmedlemsstaten. Kontroller i efterhand, som föreslås av kommissionen, är inte tillräckliga. Det gäller särskilt möjligheten att göra kontroller vid tidpunkten för den obligatoriska folkbokför-

17 — Rådets förordning (EG) nr 539/2001 av den 15 mars 2001 om fastställande av förteckningen över tredje länder vars medborgare är skyldiga att inneha visering när de passerar de yttre gränserna och av förteckningen över de tredje länder vars medborgare är undantagna från detta krav (EGT L 81, s. 1).

ingen. Förutom att utstationerade arbetstagare vanligen inte har för avsikt att bosätta sig i Tyskland faller folkbokföringen inom förbundsländernas behörighet, medan det är de federala myndigheterna som har behörighet med avseende på villkoren för att komma in i och stanna i Tyskland. Det är mindre betungande för den berörda arbetstagaren, hans arbetsgivare och administrationen att kontrollera att Vander Elst-kriterierna är uppfyllda genom ett enda administrativt förfarande med beviljande av ett visum.

18. För det första måste det slås fast att kravet att en tjänsteleverantör, innan denne tillhandahåller tjänster i Tyskland med hjälp av medborgare i tredje länder som har anställts av denne, skall få den tyska diplomatiska representationen i den medlemsstat där tjänsteleverantören är etablerad att kontrollera att dessa anställda uppfyller vissa kriterier. Tjänsteleverantören kan annars nämligen inte utstationera dessa anställda i Tyskland, varför det utgör en tydlig begränsning av dennes frihet att tillhandahålla tjänster i den mening som avses i artikel 49 EG. Oavsett huruvida uppfyllandet av detta förfarande innebär att erhålla ett formellt arbetstillstånd för de berörda arbetstagarna av de typer som var aktuella i de ovannämnda målen Vander Elst¹⁸ och kommissionen mot Luxemburg¹⁹ är det tydligt att det har samma effekt på

tjänsteleverantörens utövande av rättigheter enligt denna fördragsbestämmelse. Domstolens avgöranden i dessa mål enligt vilka de aktuella arbetstillstånden utgjorde begränsningar av friheten att tillhandahålla tjänster²⁰ måste gälla även här.

19. Även den tyska regeringen förefaller medge att det förfarande som den tillämpar är begränsande när den anger att det inte utgör en "väsentlig begränsning" (*nennenswerten Beeinträchtigung*) av friheten att tillhandahålla tjänster. Det är i alla händelser tydligt att domstolen hittills inte har fastslagit någon *de minimis*-regel inom detta område.

20. Sedan uppstår frågan om möjligheten att motivera det särskilda förfarandet med de grunder avseende allmänintresset som har åberopats av den tyska regeringen. Den har särskilt grundat sig på domstolens resonemang i domen i det ovannämnda målet Rush Portuguesa enligt vilket medlemsstaterna måste ha möjlighet att kontrollera att en tjänsteleverantör som är etablerad i en annan medlemsstat inte utnyttjar friheten att tillhandahålla tjänster för andra syften, till exempel att företaget medför sin personal för att dessa arbetstagare skall anställas av andra.²¹ Eftersom kontrollerna syftar till att säkerställa att de berörda arbetstagarna är "lagligen och stadigvarande" anställda i den medlemsstat där företaget är etablerat på det sätt som föreskrivs i domen i målet Vander

18 — Ovan fotnot 2.

19 — Ovan fotnot 6.

20 — Domarna i de ovannämnda målen Vander Elst, punkt 15, och kommissionen mot Luxemburg, punkt 24.

21 — Punkt 17 i domen (ovan fotnot 8).

Elst och, därför har till syfte att uppfylla ett gemenskapsrättsligt krav, anser den att de är motiverade. Andra grunder för rättfärdigande som den tyska regeringen har åberopat i detta sammanhang är rättssäkerheten och skyddet för arbetstagare.

21. Det framgår av domstolens fasta rättspraxis, som upprepas i punkt 8 ovan, att det för ett åberopande av tvingande hänsyn avseende allmänintresset med avseende på en åtgärd som begränsar friheten att tillhandahålla tjänster krävs att denna åtgärd gäller utan åtskillnad alla personer och företag som bedriver verksamhet inom den medlemsstat där tjänsten skall tillhandahållas.²² Om den åtgärd som begränsar tillhandahållandet av tjänster inte uppfyller detta villkor kan den bara vara motiverad på de grunder som avses i artikel 55 EG jämförd med artiklarna 45 EG och 46 EG.

22. Det kan ifrågasättas om det särskilda förfarande som används av de tyska myndigheterna tillämpas utan åtskillnad på tjänsteleverantörer som är etablerade i och utanför Tyskland. Det är till sin natur ämnat för tjänsteleverantörer som är etablerade i andra medlemsstater. I detta avseende bör dock en åtskillnad göras mellan å ena sidan materiella bestämmelser avseende tillhandahållande av tjänster och å andra sidan bestämmelser som syftar till att säkerställa att dessa bestämmelser iakttas. Medan det är tydligt att materiella bestämmelser måste tillämpas på samma sätt

på alla företag som tillhandahåller tjänster inom en medlemsstats territorium anser jag att det emellertid skall godtas att kontrollen av att dessa bestämmelser iakttas kan kräva ett annat tillvägagångssätt i fråga om tillhandahållande av tjänster över gränser eftersom tjänsteleverantörerna endast tillfälligt omfattas av värdmedlemsstatens jurisdiktion.

23. Domstolen har också, i olika domar som rör liknande krav som skall uppfyllas innan arbetstagare utstationeras av en tjänsteleverantör som är etablerad i en annan medlemsstat, godtagit behovet för medlemsstaterna att kontrollera att nationella och gemenskapsrättsliga regler om tillhandahållande av tjänster iakttas. I domen i målet *Rush Portuguesa* bekräftade den att medlemsstaterna har rätt att kontrollera att friheten att tillhandahålla tjänster inte missbrukas, exempelvis genom att arbetstagare från tredje länder ställs till förfogande på arbetsmarknaden i värdmedlemsstaten.²³ I domen i målet *Arblade och Leloup* godtog domstolen att åtgärder som syftar till att kontrollera att bestämmelser som i sig är motiverade med hänsyn till allmänintresset iakttas.²⁴ Även om den godtog principen att kontroller utförs betonade domstolen dock att dessa kontroller måste ske inom de ramar som gemenskapsrätten fastställer och att de inte får göra att friheten att tillhandahålla tjänster blir illusorisk.²⁵

23 — Punkt 17 i domen (ovan fotnot 8).

24 — Punkt 38 i domen (ovan fotnot 6).

25 — Domen i målet *Rush Portuguesa* (ovan fotnot 8), punkt 17.

22 — Se punkt 8 ovan och där angiven rättspraxis.

24. Huvudsyftet med det särskilda förfarande som tillämpas av Förbundsrepubliken Tyskland är att kontrollera uppfyllandet av krav som härrör från gemenskapsrätten, särskilt artikel 49 EG såsom denna bestämmelse har tolkats av domstolen i domen i det ovannämnda målet Vander Elst. Dessa krav har till syfte att se till att medborgare i tredje länder är lagligen bosatta och lagligen anställda i den medlemsstat där tjänsteleverantören är etablerad. Det innebär bland annat att deras anställningsförhållande regleras av sociallagstiftningen i den medlemsstat där tjänsteleverantören är etablerad så att risken för missbruk av friheten att tillhandahålla tjänster för att kringgå sociallagstiftningen i värdmedlemsstaten och risken för social dumpning minimeras. Mot bakgrund av de domar från domstolen som nämns ovan måste kontroller i syfte att säkerställa att dessa krav, som i sig är motiverade med hänsyn till allmänintresset, uppfylls, också i princip måste anses vara motiverade.

25. Såsom har angetts har domstolen emellertid också gjort klart att dessa kontroller måste ske inom de ramar som gemenskapsrätten fastställer. Mer specifikt måste de vara lämpliga för att uppnå sina syften och de får inte begränsa denna frihet mer än nödvändigt. I detta avseende har kommissionen anfört att kontroller i efterhand skulle göra det möjligt för de tyska myndigheterna att kontrollera de olika uppgifter som de anser vara nödvändiga för att se till att medborgare i tredje länder som används inom deras territorium av en tjänsteleverantör som är etablerad i en annan medlemsstat återvänder till denna stat och inte på annat sätt kräver rätt till förmåner i Tyskland.

26. Det är visserligen klarlagt att kontroller som skall utföras efter att tillhandahållandet av tjänster har inletts skulle utgöra en mindre begränsande åtgärd än de förebyggande kontroller som för närvarande utförs av Förbundsrepubliken Tyskland. För att dessa kontroller skall vara effektiva måste emellertid myndigheterna i värdmedlemsstaten få relevant information i sådan tid att de i förekommande fall kan vidta åtgärder för att skydda allmänintresset. Jag håller i detta avseende med den tyska regeringen om att uppskjutandet av kontroller till den tidpunkt då den berörda personen ansöker om folkbokföring i Tyskland, såsom har föreslagits av kommissionen, inte skulle vara effektivt för att tillgodose den tyska regeringens behov.

27. Å andra sidan skulle ett krav på ett enkelt meddelande från tjänsteleverantören avseende dennes tänkta verksamhet i Tyskland och avseende den nödvändiga informationen om de medborgare i tredje länder som denne vill utstationera för detta syfte vid den tidpunkt då denna verksamhet inleds göra det möjligt för de tyska myndigheterna att kontrollera och verifiera dessa uppgifter, utan att tillhandahållandet av tjänster begränsas i onödan. I dom i det ovannämnda målet kommissionen mot Luxemburg hänvisade domstolen uttryckligen till denna mindre restriktiva åtgärd som ett minst lika effektivt alternativ till de arbetstillstånd som krävdes av de luxemburgska myndigheterna.²⁶

28. Det skall tilläggas att företag som har för avsikt att tillfälligt bedriva verksamhet inom

26 — Punkt 31 i domen (ovan fotnot 6).

en annan medlemsstats territorium med hjälp av arbetstagare från tredje länder i allmänhet måste bära ansvaret för att kontrollera att dessa anställda är lagligen bosatta i den medlemsstat där företaget är etablerat och att deras anställningsvillkor uppfyller den tillämpliga sociallagstiftningen. I den utsträckning som rättssäkerheten kan åberopas som en separat grund avseende allmänintresset, vilket kan betvivlas, kan den emellertid inte åberopas till stöd för att dessa förhandskontroller ger tjänsteleverantörer från andra medlemsstater klarhet i förhand. Det måste förutsättas att företag bedriver sin verksamhet i god tro i enlighet med den gällande invandrings- och sociallagstiftningen i den medlemsstat där de är etablerade. Världmedlemsstaten får tillämpa sin sociallagstiftning på tjänsteleverantörer från andra medlemsstater i den mån den ger mer skydd än sociallagstiftningen i den medlemsstat där tjänsteleverantören är etablerad.²⁷ Under dessa omständigheter är det mer lämpligt att världmedlemsstaten begränsar sitt ingripande till att kontrollera den nödvändiga information som tillhandahålls av tjänsteleverantören vid inledningen av verksamheten i världmedlemsstaten och att vidta repressiva åtgärder när det visar sig vara nödvändigt.

29. Jag drar därför slutsatsen att Förbundsrepubliken Tyskland har åsidosatt sina skyldigheter enligt artikel 49 EG, genom att uppställa krav på ett föregående tillståndsförfarande vid utstationering av medborgare

i tredje länder som är anställda av en tjänsteleverantör som är etablerad i en annan medlemsstat för att tillhandahålla tjänster i Tyskland.

D — Kravet på anställning i ett år hos samma arbetsgivare

30. Kommissionen anser att det faktum att en tjänsteleverantör får utstationera endast de medborgare i tredje länder som har varit anställda i företaget i minst ett år före tillhandahållandet av tjänster i Tyskland utgör en tydlig begränsning av friheten att tillhandahålla tjänster. Detta krav motsvarar inte kriterierna i domen i målet *Vander Elst* att medborgare i tredje land måste vara "lagligen och stadigvarande" anställda hos tjänsteleverantören. Kommissionen har förvisso noterat att kravet på laglig och stadigvarande anställning inte är ett separat villkor som ställs upp av domstolen utan bara en upprepning av ordalydelsen i den tolkningsfråga som ställdes av den nationella domstolen i detta mål. Den har också hänvisat till att domstolen i domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Luxemburg uttryckligen avvisade möjligheten att motivera ett liknande krav med stöd av det sociala skyddsändamålet.²⁸

²⁷ — Se bland annat domarna i målen *Rush Portuguesa* (ovan fotnot 8), punkt 18, och kommissionen mot Luxemburg (ovan fotnot 6), punkt 29.

²⁸ — Punkt 32 i domen (ovan fotnot 6).

31. Den tyska regeringen har gjort gällande att kravet på anställning i ett år hos samma tjänsteleverantör måste betraktas som genomförandet av kriteriet om "laglig och stadigvarande" anställning i enlighet med domstolens dom i målet Vander Elst. Detta krav är ett lämpligt och effektivt sätt att säkerställa effektiviteten hos nationell och gemenskapsrättslig lagstiftning om skyddet för arbetstagare och att förhindra social dumpning eller lönedumpning. Dess målsättningar är förenliga med direktiv 96/71. Det är dessutom nödvändigt för att garantera medlemsstaternas rätt att det gäller att kontrollera tillträdet för medborgare i tredje länder till deras arbetsmarknader.

32. Den tyska regeringen har anfört att det är fel av kommissionen att dra en parallell mellan domstolens dom i målet kommissionen mot Luxemburg och förevarande mål, eftersom det var den samlade effekten av kraven på ett arbetstillstånd, en tidigare anställningstid och en bankgaranti som ledde domstolen till slutsatsen att de luxemburgska åtgärderna var oproportionella och därför stred mot artikel 49 EG. Den har också påpekat att kommitté K4 vid undersökningen av hur domstolens dom i målet Vander Elst skulle få rättsverkan enades om att en tidigare anställningstid om minst ett år borde accepteras som bevis på att en arbetstagare är lagligen och stadigvarande anställd i ursprungsmedlemsstaten. Den har dessutom noterat att kommissionen själv, i sitt förslag till direktiv om utstationering av arbetstagare från tredje land i samband med tillhandahåll-

lande av tjänster över gränserna,²⁹ ansåg att den tidigare anställningstiden inte skulle vara mindre än sex månader. Den tyska regeringen har slutligen förklarat sig beredd att ersätta kravet på en tidigare anställningstid om minst ett år med ett mer flexibelt kriterium, till exempel genom att sätta anställningstiden i relation till varaktigheten hos den tjänst som tillhandahålls inom dess territorium.

33. Frågan huruvida kravet på en tidigare anställningstid av viss varaktighet hos samma arbetsgivare är förenligt med artikel 49 EG har redan behandlats av domstolen i dom i målet kommissionen mot Luxemburg.³⁰ I denna dom fastslog domstolen följande: "Kravet på anställningsavtal som inte är tidsbegränsade och som sluts minst sex månader innan arbetstagarna utstationeras till luxemburgskt territorium, och som binder dessa till ursprungsföretaget för att kollektivt arbetstillstånd skall beviljas, går utöver vad som för det sociala skyddsändamålet kan krävas som ett nödvändigt villkor för tillhandahållande av tjänster medelst utstationering av arbetstagare som är medborgare i tredje land."³¹

34. Trots att det särskilda tillståndet för utstationeringen av medborgare i tredje

29 — Ovan fotnot 4.

30 — Ovan fotnot 6.

31 — Punkt 32 i domen.

länder för tillhandahållande av tjänster i Tyskland inte kräver att det finns ett anställningsavtal som inte är tidsbegränsat är kravet att arbetstagaren skall tillhöra tjänsteleverantörens fast anställda, vilket endast anses vara fallet efter ett års tidigare anställning hos samma arbetsgivare, ett villkor som är till och med strängare än det som ställdes upp av Luxemburg. Mot bakgrund av domstolens avgörande i målet kommissionen mot Luxemburg kan detta krav, som tillämpas i samband med det särskilda tillståndsförfarandet som ett villkor för att bevilja det särskilda tillståndet att i Tyskland utstationera medborgare i tredje länder för tillhandahållande av tjänster, inte accepteras som ett lämpligt sätt att uppnå de målsättningar som har angetts av den tyska regeringen.

35. När den tyska regeringen har angett att detta krav har införts för att säkerställa att de berörda arbetstagarna kan sätta sig in i de gällande arbetsrättsliga reglerna och för att skydda sin rätt att kontrollera tillträdet till den nationella arbetsmarknaden är det nämligen inte uppenbart hur en fastställd tidigare anställningstid kan bidra till att dessa målsättningar uppnås eller om den är nödvändig för att uppnå dessa. Det ligger i alla händelser i utstationeringens natur, som domstolen ofta har noterat, att de berörda arbetstagarna återvänder till det land där tjänsteleverantören är etablerad efter att ha

slutfört sitt arbete och att de inte söker tillträde till arbetsmarknaden i den medlemsstat där tjänsten har tillhandahållits.³²

36. Problemet med social dumpning, som också har nämnts av den tyska regeringen, kan bekämpas med andra metoder, med tanke på att domstolen har fastställt att medlemsstaterna får låta sin lagstiftning eller kollektivavtal som ingåtts mellan arbetsmarknadens parter beträffande minimilön gälla alla som innehar ett avlönat arbete, även tillfälligtvis, inom dess territorium, oavsett i vilken stat arbetsgivaren är etablerad.³³ Direktiv 96/71 innehåller dessutom garantier i detta avseende.

37. Den tyska regeringens försök att skilja det förfarande som den tillämpar från de krav som avsågs i domen i målet kommissionen mot Luxemburg med stöd av påståendet att domstolen fastslog att dessa krav är oförenliga med artikel 49 EG endast på grund av deras samlade effekt kan inte heller godtas. Det var inte bara så att vart och ett av de krav som tillämpades av Luxemburg utgjorde flera begränsningar av friheten att tillhandahålla tjänster, utan även de villkor som skall uppfyllas i samband med det särskilda förfarandet är kumulativa.

32 — Jämför bland annat domen i målet *Rush Portuguesa* (ovan fotnot 8), punkt 15, och i målet kommissionen mot Luxemburg (ovan fotnot 6), punkt 38.

33 — Jämför bland annat domen i målet *Arblade och Leloup* (ovan fotnot 6), punkt 41.

38. Vid en noggrannare läsning av domen i målet Vander Elst uppkommer frågan om det mer allmänt kan sägas att domstolen faktiskt ställde upp ett specifikt kriterium i denna dom och, om den gjorde det, vilket detta kriterium skall anses vara. Såsom påpekades av kommissionen upprepade domstolen, genom att i domslutet slå fast att medborgare i tredje land skall vara "lagligen och stadigvarande" anställda av tjänsteleverantören, bara ordalydelsen i den tolkningsfråga som hade ställts till domstolen av den hänskjutande domstolen. Detta bör betraktas som en indikation på att domstolen inte hade för avsikt att ställa upp en distinkt bestämmelse i detta avseende.

39. Å andra sidan lade domstolen i sitt resonemang särskild vikt vid att de berörda arbetstagarna i målet Vander Elst var lagligen bosatta i ursprungsmedlemsstaten (Belgien), att de hade fått arbetstillstånd i detta land och att de innehade giltiga anställningsavtal. Eftersom deras situation därför helt reglerades av belgisk lag fanns det ingen väsentlig risk för att de skulle utnyttjas eller för att konkurrensen mellan företag skulle snedvridas.

40. Det förefaller därför som om domstolen betonade behovet av att säkerställa att endast arbetstagare från tredje länder som är lagligen bosatta i den medlemsstat där tjänsteleverantören är etablerad och lagligen anställda av denna tjänsteleverantör i denna medlemsstat bör kunna utstationeras för tillhandahållande av tjänster i andra medlemsstater utan att ytterligare begränsningar

uppställs av värdmedlemsstaten med avseende på dessa två punkter. Det är betydelsefullt att domstolen inte gjorde uppfyllandet av något av kriterierna till föremål för en given varaktighet på bosättningen eller anställningen. Det betyder att den inte gav omständigheten att vara "stadigvarande" anställd i ursprungsmedlemsstaten den betydelse som den hade fått av Luxemburg, Förbundsrepubliken Tyskland och till och med kommitté K4.

41. Omständigheten att vara "stadigvarande anställd" har därför i min mening ingen självständig betydelse. Frågan om lagligheten hos anställningsförhållandet måste besvaras med hänvisning till den medlemsstats lag som reglerar anställningsavtalet. Därför har den medlemsstat i vilken tjänsten skall tillhandahållas inte rätt att tillämpa sina egna kriterier för att fastställa lagligheten hos anställningen för de arbetstagare som har utstationerats av en tjänsteleverantör som är etablerad i en annan medlemsstat. Värdmedlemsstaten får bara kontrollera att medborgare i tredje länder, som har utstationerats till dess territorium för att tillhandahålla tjänster för ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat, verkligen är lagligen bosatta och anställda i denna medlemsstat enligt de lagar som gäller i denna medlemsstat.³⁴

34 — Jämför på denna punkt generaladvokaten Giuseppe Tesauros förslag till avgörande i målet Vander Elst (ovan fotnot 6), punkt 27, där han intar en liknande hållning.

42. Jag slår därför fast att kravet att en arbetstagare som är medborgare i ett tredje land och som skall utstationeras till Tyskland för att tillhandahålla tjänster måste tillhöra de fast anställda i det företag som utstationerar arbetstagaren, samt att det bara anses vara fallet om arbetstagaren har varit anställd i detta företag i minst ett år, är oförenligt med artikel 49 EG.

V — Förslag till avgörande

43. Mot bakgrund av vad som angetts ovan föreslår jag att domstolen skall

- 1) fastställa att Förbundsrepubliken Tyskland har åsidosatt sina skyldigheter enligt artikel 49 EG genom att
 - kräva att arbetstagare som är medborgare i tredje land och som utstationeras för att tillhandahålla tjänster på dess territorium skall erhålla förhandstillstånd, och
 - kräva att de berörda arbetstagarna skall tillhöra de fast anställda hos det företag som tillhandahåller tjänster i Tyskland, vilket anses vara fallet om arbetstagarna har varit anställda i minst ett år,
- 2) förplikta Förbundsrepubliken Tyskland att ersätta rättegångskostnaderna.