

## FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

YVES BOT

föredraget den 20 september 2007<sup>1</sup>

1. Förevarande begäran om förhandsavgörande innebär en möjlighet för domstolen att foga en ny byggsten till sin rättspraxis om problematiken kring utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

2. Genom den tolkningsfråga som har ställts av den hänskjutande domstolen anmodas domstolen än en gång att göra en avvägning mellan, å ena sidan, friheten att tillhandahålla tjänster och, å andra sidan, nödvändigheten att skydda arbetstagarna och förebygga social dumpning.

3. Oberlandesgericht Celle (Tyskland) har begärt att domstolen skall uttala sig om huruvida gemenskapsrätten skall tolkas så, att den utgör hinder för att tillämpa en nationell lagstiftning om offentlig upphandling som ålägger entreprenörer och indirekt deras underentreprenörer att, vid äventyr av sanktionsåtgärder som till och med kan innebära uppsägning av entreprenadkontraktet, betala arbetstagare som utstationerats i samband

med utförandet av ett offentligt kontrakt minst den lön som föreskrivs i det kollektivavtal som är tillämpligt på den plats där tjänsterna tillhandahålls, när det kollektivavtal som avses i lagbestämmelsen i fråga inte har förklarats ha allmän giltighet.

4. Begäran har framställts i ett mål mellan Rechtsanwalt Dr. Dirk Rüffert als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG (Rüffert, advokat, i egenskap av konkursförvaltare för tillgångarna i bolaget Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG), motpart i målet vid den nationella domstolen, och Land Niedersachsen (nedan kallad delstaten Niedersachsen), sökande i målet vid den nationella domstolen, angående uppsägningen av ett entreprenadkontrakt som ingåtts mellan bolaget och delstaten inom ramen för en offentlig upphandling av byggentreprenader.

5. I mitt förslag till avgörande kommer jag att visa varför varken Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av

1 — Originalspråk: franska.

arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster<sup>2</sup> eller artikel 49 EG enligt min mening bör tolkas så, att de utgör hinder för att tillämpa en nationell bestämmelse av det slag som avses i målet vid den nationella domstolen.

## I — Tillämpliga bestämmelser

### A — *Gemenskapsrätten*

6. I artikel 49 första stycket EG anges att inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster inom gemenskapen skall förbjudas beträffande medborgare i medlemsstater som är etablerade i en annan stat inom gemenskapen än mottagaren av tjänsten.

7. Direktiv 96/71 syftar till att öka friheten att tillhandahålla tjänster mellan medlemsstaterna samtidigt som lojal konkurrens mellan de företag som tillhandahåller tjänsterna säkerställs och respekten för arbetstagarnas rättigheter garanteras.<sup>3</sup>

8. I artikel 1 i direktiv 96/71 föreskrivs följande under rubriken Tillämpningsområde:

”1. Detta direktiv skall tillämpas på företag som är etablerade i en medlemsstat och som i samband med tillhandahållande av tjänster över gränserna, utstationerar arbetstagare enligt punkt 3, inom en medlemsstats territorium.

...

3. Detta direktiv skall tillämpas om ett företag som anges i punkt 1 vidtar någon av följande gränsöverskridande åtgärder:

- a) Utstationering av en arbetstagare för egen räkning och under egen ledning inom en medlemsstats territorium, enligt avtal som ingåtts mellan det utstationerande företaget och mottagaren av tjänsterna, vilken bedriver verksamhet i denna medlemsstat, om det finns ett anställningsförhållande mellan det utstationerande företaget och arbetstagaren under utstationeringstiden.

2 — EGT L 18, 1997, s. 1.

3 — Skäl 5.

...”

9. Gemenskapslagstiftaren konstaterade i skäl 6 i direktivet att i samband med tillhandahållande av tjänster över gränserna ger utstationerade arbetstagares anställningsförhållanden upphov till problem beträffande vilken lag som skall tillämpas.

10. Romkonventionen om tillämplig lag för avtalsförpliktelser, som öppnades för under-tecknande i Rom den 19 juni 1980,<sup>4</sup> innehåller allmänna kriterier för att avgöra vilken lag som skall tillämpas på anställningsförhållanden<sup>5</sup>. I artikel 3 i konventionen anges som en allmän regel att parterna fritt får välja vilken lag som skall tillämpas. Om inget val gjorts regleras anställningsavtalet, enligt artikel 6.2 i konventionen, av lagen i det land där arbetstagaren vanligtvis utför sitt arbete, även om han tillfälligt är utstationerad i ett annat land.

11. I artikel 7 i Romkonventionen anges vidare att de obligatoriska reglerna i en annan lag, särskilt lagen i den medlemsstat inom vars territorium arbetstagaren tillfälligt är utstationerad, på vissa villkor kan gälla samtidigt som den lag som har förklarats vara tillämplig. I konventionen görs inga närmare preciseringar om dessa tvingande regler som

gäller på den plats där arbetet utförs, även benämnda som "lois d'application immédiate" eller "lois de police".

12. Genom direktiv 96/71 infördes ett antal bestämmelser på gemenskapsnivå som är tvingande vid transnationell utstationering.<sup>6</sup> I direktivet hänvisas även till principen om företräde för gemenskapsrätten som anges i artikel 20 i Romkonventionen, enligt vilken konventionen inte skall inverka på tillämpningen av bestämmelser som på särskilda områden fastställer hur lagvalsfrågor som rör avtalsförpliktelser skall lösas och som har tagits med i gemenskapsrättsakter eller i nationell lagstiftning som har harmoniserats vid genomförandet av sådana rättsakter.<sup>7</sup>

13. I syfte att förena de olika mål som eftersträvas med direktiv 96/71 var det nödvändigt att samordna medlemsstaternas lagstiftning "så att det kan fastställas en kärna av tvingande regler för minimiskydd, vilka skall följas i värdlandet av de arbetsgivare som utstationerar arbetstagare för tillfälligt arbete på den medlemsstats territorium där tjänsterna tillhandahålls".<sup>8</sup>

4 — EGT L 266, s. 1, nedan kallad Romkonventionen.

5 — Se skälen 7–10 i direktiv 96/71.

6 — Se kommissionens meddelande till rådet, Europaparlamentet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén av den 25 juli 2003 om genomförandet av direktiv 96/71 i medlemsstaterna (KOM(2003) 458 slutlig, punkt 2.3.1.1).

7 — Skäl 11.

8 — Skäl 13.

14. Enligt skäl 17 i direktivet "[bör] de tvingande regler för minimiskydd som gäller i värdlandet ... inte hindra att arbets- och anställningsvillkor som är förmånligare för arbetstagarna tillämpas".

— i kollektivavtal eller skiljedomar som förklarats ha allmän giltighet enligt punkt 8, i den utsträckning som de rör de verksamheter som anges i bilagan<sup>9</sup>:

...

15. Dessa principer fastställdes närmare i artikel 3 i direktivet, med rubriken Arbets- och anställningsvillkor, som har följande lydelse:

c) Minimilön, inbegripet övertidserättning; denna punkt gäller dock inte yrkesanknutna tilläggs-pensions-system.

...

"1. Medlemsstaterna skall, oavsett vilken lag som gäller för anställningsförhållandet, se till att de företag som anges i artikel 1.1 på följande områden garanterar de arbetstagare som är utstationerade inom deras territorium de arbets- och anställningsvillkor som i den medlemsstat inom vars territorium arbetet utförs är fastställda

I detta direktiv avses med minimilön enligt punkt c första raden den minimilön som fastställs i nationell lagstiftning och/eller praxis i den medlemsstat inom vars territorium arbetstagaren är utstationerad.

...

— i bestämmelser i lagar eller andra författningar, och/eller

<sup>9</sup> — Verksamheterna i fråga är "all byggverksamhet som avser uppförande, iståndsättande, underhåll, ombyggnad eller rivning av byggnader".

7. Punkt 1–6 skall inte hindra tillämpning av arbets- och anställningsvillkor som är förmånligare för arbetstagarna.

— kollektivavtal som har ingåtts av de mest representativa arbetsmarknadsorganisationerna på nationell nivå och som gäller inom hela det nationella territoriet,

...

8. Med kollektivavtal eller skiljedomar som förklarats ha allmän giltighet menas sådana kollektivavtal eller skiljedomar som skall följas av alla företag inom den aktuella sektorn eller det aktuella arbetet och inom det aktuella geografiska området.

om det vid tillämpningen av dem på de företag som anges i artikel 1.1 vad gäller de områden som räknas upp i punkt 1 första stycket i denna artikel garanteras att dessa företag behandlas på samma sätt som de övriga företag som anges i detta stycke och som befinner sig i en likartad situation.

Om det saknas ett system för att förklara att kollektivavtal eller skiljedomar har allmän giltighet enligt första stycket, kan medlemsstaterna, om de så beslutar, utgå ifrån

Enligt denna artikel behandlas företag på samma sätt när de nationella företag som befinner sig i en likartad situation

— kollektivavtal eller skiljedomar som gäller allmänt för alla likartade företag inom den aktuella sektorn eller det aktuella arbetet och inom det aktuella geografiska området, och/eller

— på de aktuella arbetsplatserna eller inom de aktuella sektorerna är underkastade samma skyldigheter på de områden som räknas upp i punkt 1 första stycket som de företag som avses med utstationeringarna, och

— skall uppfylla dessa skyldigheter med samma verkningar.

det direktivet som gäller upplysningar om de arbetsvillkor som skall respekteras under utförandet av offentliga kontrakt. Artikeln har följande lydelse:

...”

16. När det slutligen gäller gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling av byggtreprenader bör det påpekas att vid tidpunkten för de omständigheter som ligger till grund för målet vid den nationella domstolen var rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader<sup>10</sup> tillämpligt.<sup>11</sup>

”1. Den upphandlande myndigheten kan i kontraktshandlingarna upplysa om, eller kan av en medlemsstat åläggas att upplysa om, hos vilken eller vilka myndigheter anbudsgivaren kan få adekvata upplysningar om vilka förpliktelser som gäller under kontraktstiden beträffande bestämmelser om anställningsskydd och arbetsvillkor i den medlemsstat, region eller på den plats där arbetet skall utföras.

17. Även om syftet med direktiv 93/37 inte var att reglera utförandet av kontraktet,<sup>12</sup> är det ändå lämpligt att citera artikel 23 i

10 — EGT L 199, s. 54. I dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997 (EGT L 328, s. 1, nedan kallat direktiv 93/37). Detta direktiv har upphävts och ersatts av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114), vars sista dag för införlivande var den 31 januari 2006.

11 — Det framgår av begäran om förhandsavgörande att värdet av det offentliga kontrakt som avses i målet vid den nationella domstolen motsvarar 8 493 331 euro exklusive mervärdesskatt, vilket ligger över tröskelvärdet för tillämpning av direktiv 93/37, som är 5 000 000 särskilda dragningsrätter (nedan kallade SDR) i euro, eller 6 242 028 euro (se motvärdet för de tröskelvärden som anges i upphandlingsdirektiven som var tillämpligt från och med den 1 januari 2002 (EGT C 332, 2001, s. 21)).

12 — Se, för ett liknande resonemang, kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling (KOM(2001) 566 slutlig, s. 16, punkt 1.6).

2. Den upphandlande myndighet som enligt punkt 1 skall tillhandahålla upplysningar, skall uppmana anbudsgivarna eller de som deltar i ett upphandlingsförfarande att bekräfta, att de vid utformandet av anbudet har tagit hänsyn till de förpliktelser som gäller beträffande bestämmelser om anställningsskydd och arbetsvillkor på den plats där arbetet skall utföras. Denna bestämmelse hindrar inte tillämpningen av bestämmelserna i artikel 30.4 om granskningen av onormalt låga anbud.”

## B — Nationell rätt

publiken Tysklands territorium (Tarifvertrag zur Regelung der Mindestlöhne im Baugewerbe im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland, nedan kallat TV Mindestlohn), dels i särskilda kollektivavtal.

## 1. Fastställande av minimilöner i byggsektorn

18. I Tyskland fastställs minimilönerna i byggsektorn genom kollektiva förhandlingar.

a) TV Mindestlohn

19. I denna medlemsstat ingås kollektivavtalen vanligen mellan fackföreningar och arbetsgivarorganisationer. Kollektivavtal för en särskild sektor kan täcka en del av eller hela Förbundsrepubliken Tyskland.

20. Byggsektorn regleras av kollektivavtalet för byggnadsindustrin (Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe) av den 4 juli 2002. Detta kollektivavtal, som gäller på Förbundsrepubliken Tysklands hela territorium, innehåller dock inga bestämmelser om minimilöner.

21. Bestämmelserna om minimilöner återfinns dels i kollektivavtalet om minimilöner inom byggnadssektorn inom Förbundsre-

22. I TV Mindestlohn, som på federal nivå är tillämpligt på företag som omfattas av tillämpningsområdet för kollektivavtalet för byggnadsindustrin, fastställs minimilönenivån enligt två kategorier beroende på arbetstagarnas kvalifikationsnivå och dessutom på olika nivå beroende på om det rör sig om "gamla" eller "nya" delstater. I TV Mindestlohn anges att minimilönen skall bestå av den i detta kollektivavtal föreskrivna timlönen och ett tillägg för byggsektorn, vilka tillsammans utgör den avtalsenliga totala timlönen. I TV Mindestlohn anges vidare att rätten till högre lön enligt andra kollektivavtal eller särskilda avtal inte påverkas av bestämmelsen om avtalsenlig total timlön enligt kategorierna 1 och 2.

23. Bestämmelserna i TV Mindestlohn har förklarats ha allmän giltighet genom förordningen om tvingande arbetsvillkor inom

byggnadssektorn (Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe).

avtal förklarades ha allmän giltighet genom en förordning av den 13 december 2003.<sup>14</sup>

24. Det bör påpekas att enligt tysk rätt innebär det faktum att ett kollektivavtal har förklarats ha allmän giltighet att det är tillämpligt på alla arbetsgivare och arbetstagare i den berörda sektorn och inom det fastställda territoriet. Genom en sådan förklaring utvidgas således avtalets tillämpningsområde till att omfatta arbetsgivare och arbetstagare som inte tillhör de arbetsgivarorganisationer eller fackföreningar som är parter i avtalet. En sådan förklaring om allmän giltighet kan utfärdas av ministeriet för sysselsättning antingen enligt 1 § stycke 3a i den tyska lagen om utstationering av arbetstagare (Arbeitnehmer-Entsendegesetz)<sup>13</sup> av den 26 februari 1996, när det gäller de områden som omfattas av den lagen, eller enligt 5 § i lagen om kollektivavtal (Tarifvertragsgesetz).

25. Varje TV Mindestlohn är tillämpligt under begränsad tid. Enligt de uppgifter som jag har tillgång till förefaller det som om TV Mindestlohn av den 29 oktober 2003, som var i kraft mellan den 1 november 2003 och den 31 augusti 2005, var tillämpligt vid tidpunkten för omständigheterna i målet vid den nationella domstolen. Detta kollektiv-

#### b) Särskilda kollektivavtal

26. De flesta av de särskilda kollektivavtalen (Entgelttarifvertraege) har ett begränsat geografiskt tillämpningsområde. Vidare omfattas de vanligen inte av en förklaring om allmän giltighet, vilket innebär att alla inte är obligatoriskt tillämpliga på alla arbetstagare i den berörda sektorn.

27. Det kollektivavtal som avses i det förevarande målet är, enligt det skriftliga svar som inkommit från delstaten Niedersachsen på en fråga från domstolen, kollektivavtalet om löner och yrkesutbildningsbidrag (Tarifvertrag zur Regelung der Löhne und Ausbildungsvergütungen) av den 4 juli 2003, i dess lydelse enligt kollektivavtalet om ändring av detta avtal av den 29 oktober 2003. Detta kollektivavtal har inte förklarats ha allmän giltighet.

<sup>13</sup> — BGBl. 1996 I, s. 227, nedan kallad AEntG.

<sup>14</sup> — *Bundesanzeiger* nr 242, av den 30 december 2003, s. 26093. Detta kollektivavtal är numera ersatt med TV Mindestlohn av den 29 juli 2005, som är tillämpligt från och med den 1 september 2005 till och med den 31 augusti 2008, och som har förklarats ha allmän giltighet genom en förordning av den 29 augusti 2005 (*Bundesanzeiger* nr 164, av den 31 augusti 2005, s. 13199).

28. Av handlingarna i målet framgår att de lönenivåer som fastställs i dessa särskilda kollektivavtal i praktiken är betydligt högre än de minimilöner som gäller för hela Tyskland enligt TV Mindestlohn. Löneskalan i dessa avtal är dessutom mer detaljerad än den i TV Mindestlohn, och lönenivåerna är fastställda enligt olika tjänstegrupper.

## 2. AEntG

29. I Tyskland har direktiv 96/71 införlivats i den nationella rätten genom AEntG. I 1 § första stycket i denna lag anges bland annat att rättsregler i ett kollektivavtal inom byggnadsindustrin som har förklarats ha allmän giltighet och som gäller minimilöner även skall tillämpas på ett anställningsförhållande mellan en arbetsgivare som är etablerad i utlandet och dennes arbetstagare som arbetar inom det geografiska tillämpningsområdet för detta kollektivavtal. En arbetsgivare i denna mening är således skyldig att garantera sina utstationerade arbetstagare åtminstone de arbetsvillkor som gäller enligt kollektivavtalet.

## 3. Delstaten Niedersachsens lag om offentlig upphandling

30. Delstaten Niedersachsens lag om offentlig upphandling (Niedersächsisches

Landesvergabegesetz, nedan kallad delstatslagen) innehåller bestämmelser om offentlig upphandling vars värde uppgår till minst 10 000 euro. I motiveringen till lagen anges följande:

”Denna lag syftar till att hindra att konkurrensen i byggsektorn och inom den lokala kollektivtrafiken snedvrids genom anställning av billig arbetskraft samt till att mildra trycket på socialförsäkringssystemet. För att detta mål skall kunna uppnås får upphandlande myndigheter vid offentlig upphandling som avser byggentreprenader eller kollektivtrafik endast sluta avtal med företag som betalar sina anställda den lön som gäller enligt de kollektivavtal som är tillämpliga på den plats där tjänsterna tillhandahålls.”

31. Enligt 3 § första stycket i delstatslagen får byggentreprenadavtal endast slutas med företag som när de lämnar anbud skriftligen förbinder sig att för utförandet av tjänsterna i fråga betala sina anställda minst den lön som fastställs i det kollektivavtal som är tillämpligt på den plats där tjänsterna tillhandahålls.

32. I 4 § första stycket i denna lag anges bland annat att när tjänster läggs ut på

underentreprenad skall entreprenören även förbinda sig att ålägga underentreprenörerna att uppfylla samma skyldigheter som de som gäller för entreprenören enligt lagen i fråga samt övervaka att de uppfyller dessa skyldigheter.

en annan underentreprenör som denne i sin tur har anlitat är ansvarig för överträdelsen, såvida det inte är så att entreprenören varken kände till eller borde ha känt till överträdelsen. Om vitet är oproportionerligt högt, kan den upphandlande myndigheten sätta ned det på begäran av entreprenören.

33. Enligt 7 § första stycket i delstatslagen har den upphandlande myndigheten rätt att genomföra kontroller av att de krav som anges i kontraktshandlingarna är uppfyllda. Myndigheten får i detta syfte ta del av entreprenörens och underentreprenörernas bokföring rörande löneutbetalningar, handlingar som rör avdrag för skatt och sociala avgifter samt de entreprenadavtal som har ingåtts mellan entreprenören och underentreprenörerna.

2. Den upphandlande myndigheten skall sluta avtal med entreprenören om att myndigheten skall ha rätt att säga upp avtalet med omedelbar verkan, om entreprenören eller dennes underentreprenörer underlåter att uppfylla sina skyldigheter enligt 3 § eller grovt eller vid upprepade tillfällen åsidosätter sina skyldigheter enligt 4 § och 7 § andra stycket.

34. Delstatslagens 8 §, som gäller sanktionsåtgärder, har följande lydelse:

”1. I syfte att se till att skyldigheterna enligt 3 och 4 §§ samt 7 § andra stycket efterlevs skall den upphandlande myndigheten för varje överträdelse av dessa bestämmelser ha rätt till vite från entreprenören motsvarande en procent av entreprenadens värde och vid upprepade överträdelser upp till 10 procent av entreprenadens värde. Entreprenören skall även vara skyldig att betala vite enligt första meningen i fall då en underentreprenör eller

3. Om ett företag bevisligen grovt eller vid upprepade tillfällen har åsidosatt sina skyldigheter enligt denna lag, kan den upphandlande myndigheten utesluta företaget från anbudsförfaranden inom myndighetens kompetensområde för en period på upp till ett år.

...”

## II — Tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

Jag förbinder mig även att ålägga mina underentreprenörer att uppfylla de skyldigheter som åligger mig enligt 3 och 4 §§ samt 7 § andra stycket i [delstatslagen] och att övervaka att de uppfyller dessa skyldigheter.

35. Av begäran om förhandsavgörande framgår att delstaten Niedersachsen efter ett anbudsförfarande under hösten 2003 tilldelade motparten ett entreprenadkontrakt för byggnation av kriminalvårdsanstalten i Göttingen-Rosdorf. Kontraktets belopp var på 8 493 331 euro exklusive mervärdesskatt. Kontraktet innehöll ett ”åtagande att följa kollektivavtalens bestämmelser vid utförandet av byggarbetena”, genom vilket motparten bland annat förband sig till följande:

”Mitt/Vårt anbud grundas på följande åtagande:

Enligt 3 § i [delstatslagen] (åtagande att följa kollektivavtalen):

Jag förbinder mig, om mitt anbud antas, att betala mina anställda som utför de arbeten som upphandlingen avser minst den lön som, enligt det kollektivavtal som anges i förteckningen över representativa kollektivavtal under punkt nr 1 (Byggarbeten), gäller för den plats där arbetet utförs. ...

...

Jag ger den upphandlande myndigheten rätt att säga upp avtalet med omedelbar verkan, om jag eller mina underentreprenörer åsidosätter våra skyldigheter enligt 3 § i [delstatslagen], eller grovt eller vid upprepade tillfällen åsidosätter våra skyldigheter enligt 4 § och 7 § andra stycket i samma lag.”

36. Som underentreprenör anlätade motparten bolaget PKZ Pracownie Konserwacji Zabytkow sp. zoo (nedan kallat bolaget PKZ), Tarnow (Polen) som har en filial i Wedemark (Tyskland).

37. Under sommaren 2004 väcktes misstankar om att bolaget PKZ vid byggarbetsplatsen hade anställt polsk arbetskraft med lägre lön än vad som föreskrevs i det tillämpliga kollektivavtalet. Efter det att förundersökning hade inletts sade både motparten och

delstaten Niedersachsen upp entreprenadavtalet mellan dem. Delstaten Niedersachsen grundade uppsägningen bland annat på det faktum att motparten hade underlåtit att uppfylla den i kontraktet fastställda skyldigheten att respektera kollektivavtalen. Dessutom utfärdades ett strafföreläggande mot de huvudansvariga vid bolaget PKZ för att ha betalat de 53 arbetarna vid bygget endast 46,57 procent av den fastställda minimilönen.

38. Delstaten Niedersachsen yrkade att vitesklausulen skulle tillämpas emedan motparten borde ha känt till att underentreprenören hade åsidosatt sina skyldigheter och gjorde gällande att utbetalningen av lägre lön till var och en av arbetstagarna än vad som föreskrevs i kollektivavtalet utgjorde ett upprepat åsidosättande, varför ett vite på 10 procent av kontraktsbeloppet var lämpligt.

39. Landgericht Hannover, som handlade målet i första instans, ansåg att detta krav delvis var befogat. Landgericht Hannover konstaterade att ett vite på 84 934,31 euro, det vill säga en procent av kontraktsbeloppet, skulle avräknas från den fordran som motparten hade inestående med anledning av entreprenadkontraktet, och ogillade talan i övrigt.

40. Ärendet överklagades till Oberlandesgericht Celle, som i sin begäran om förhandsavgörande anger att avgörandet av målet vid

den nationella domstolen är avhängigt av huruvida denna är förhindrad att tillämpa delstatslagen, framför allt 8 § första stycket, för det fall att den är oförenlig med friheten att tillhandahålla tjänster enligt artikel 49 EG.

41. Den hänskjutande domstolen har i detta hänseende påpekat att enligt delstatslagen är byggföretag etablerade i andra medlemsstater skyldiga att respektera kollektivavtalen, vilket innebär att de måste anpassa de anställdas löner efter den vanligen mycket högre lönenivå som gäller på den plats i Tyskland där tjänsterna tillhandahålls. Detta betyder att de går miste om den konkurrensfördel i form av lägre lönekostnader som de annars skulle ha. Skyldigheten att respektera kollektivavtalen utgör därför ett hinder när det gäller möjligheterna för fysiska och juridiska personer från andra medlemsstater att etablera sig i Tyskland.

42. Den hänskjutande domstolen vill även få klarhet i huruvida skyldigheten att respektera kollektivavtalen motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset.

43. Den hänskjutande domstolen har tagit ställning för åsikten att skyldigheten att respektera kollektivavtalen inte kan anses motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset. Eftersom denna skyldighet bidrar till

en avskärmning av marknaden som skyddar tyska byggföretag från konkurrens från andra medlemsstater, har den ett ekonomiskt syfte och kan, enligt domstolens rättspraxis, inte utgöra ett tvingande hänsyn till allmänintresset som motiverar en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster.

44. Den hänskjutande domstolen anser vidare att domstolens rättspraxis om minimilöner inte är tillämplig i målet vid den nationella domstolen, eftersom de löner som enligt kollektivavtalen skall gälla på den plats där tjänsten tillhandahålls är mycket högre än de minimilöner som är tillämpliga på Förbundsrepubliken Tysklands territorium enligt AEntG. Den hänskjutande domstolen har därav dragit slutsatsen att skyldigheten att respektera dessa kollektivavtal går utöver vad som är nödvändigt för att skydda arbetstagarna. Den hänskjutande domstolen anser nämligen att avgränsningen av det skydd som är nödvändigt för arbetstagarna följer av den obligatoriska minimilön som enligt AEntG skall tillämpas på Förbundsrepubliken Tysklands territorium. Den hänskjutande domstolen anser slutligen att skyldigheten att respektera kollektivavtalen inte innebär att utländska arbetstagare faktiskt jämföras med tyska arbetstagare utan snarare hindrar dem från att få arbete i Tyskland, eftersom deras arbetsgivare inte kan utnyttja den fördel som lägre arbetskraftskostnader skulle innebära.

45. Med beaktande av att det för att avgöra målet vid den nationella domstolen krävs att domstolen tolkar artikel 49 EG har Oberlandesgericht Celle beslutat att vilandeförklara målet och hänskjuta följande tolkningsfråga till domstolen:

”Innebär det en omotiverad inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster enligt EG-fördraget att en upphandlande myndighet vid offentlig upphandling av byggtreprenader enligt lag endast får anta anbud från företag som i sina anbud skriftligen förbinder sig att för utförandet av tjänsterna i fråga betala sina anställda minst den lön som fastställs i det kollektivavtal som är tillämpligt på den plats där tjänsterna tillhandahålls?”

### III — Bedömning

46. Den hänskjutande domstolen har ställt frågan för att få klarhet i huruvida fördragets bestämmelser om friheten att tillhandahålla tjänster skall tolkas så, att de utgör hinder för att tillämpa en sådan nationell lagstiftning som delstatslagen, som ålägger entreprenörer och indirekt deras underentreprenörer att, vid äventyr av sanktionsåtgärder som till och med kan innebära uppsägning

av entreprenadkontraktet, betala arbetstägare som utstationerats i samband med utförandet av ett offentligt kontrakt minst den lön som föreskrivs i det kollektivavtal som är tillämpligt på den plats där tjänsterna tillhandahålls, när det kollektivavtal som avses i lagstiftningen i fråga inte har förklarats ha allmän giltighet.

bedömning av detta med beaktande av samtliga omständigheter i den tvist som anhängiggjorts vid den.

47. Delstaten Niedersachsen, den tyska och den danska regeringen, Irland samt den cypriotiska, den österrikiska, den finländska och den norska regeringen anser i huvudsak att artikel 49 EG inte utgör något hinder för att tillämpa en bestämmelse av det slag som avses i målet vid den nationella domstolen. I den mån bestämmelsen i fråga begränsar friheten att tillhandahålla tjänster motiveras den bland annat av syftet att skydda arbetstägarna och står i proportion till detta syfte.

49. Vissa av dessa regeringar har bedömt frågan även mot bakgrund av direktiv 96/71 och anser att direktivet inte utgör något hinder för den bestämmelse som avses i målet vid den nationella domstolen.

50. Den polska regeringen däremot anser att direktiv 96/71 inte kan motivera att det för tilldelning av kontrakt krävs att tjänstleverantören skall betala de utstationerade arbetstägarna en lön som ligger över den miniminivå som härrör från artikel 3.1 c i direktivet. Av begäran om förhandsavgörande framgår att de lönenivåer som fastställs i det kollektivavtal som är tillämpligt på den plats där tjänsterna tillhandahålls är avsevärt högre än den minimilönenivå som fastställs i AEntG.

48. Den belgiska regeringen anser att ett sådant hinder kan vara motiverat, dels när arbetstägarna inte åtnjuter jämförbart skydd enligt lagstiftningen i den stat där företaget är etablerat, så att tillämpningen av värdstatens nationella bestämmelser medför en verklig fördel som avsevärt bidrar till deras sociala skydd, dels när tillämpningen av dessa bestämmelser står i proportion till det mål av allmänintresse som eftersträvas. Enligt den belgiska regeringen ankommer det på den hänskjutande domstolen att göra en konkret

51. Den polska regeringen har i andra hand gjort gällande att den bestämmelse som avses i målet vid den nationella domstolen strider mot artikel 49 EG. Enligt den polska regeringen utgör åtgärden ett omotiverat hinder för friheten att tillhandahålla tjänster. Denna regering instämmer i den hänskjutande domstolens åsikt att bestämmelserna i delstatslagen syftar till att skydda de tyska byggföretagen från konkurrens från andra

medlemsstater och har således, de facto, ett ekonomiskt syfte, vilket enligt domstolens rättspraxis inte kan motivera en begränsning av en grundläggande frihet. Bestämmelser av detta slag går utöver vad som är nödvändigt för att bekämpa illojal konkurrens, emedan detta syfte uppfylls tillräckligt väl genom den minimilönenivå som anges i AEntG.

52. Europeiska gemenskapernas kommission anser att målet vid den nationella domstolen omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 96/71 och att tolkningsfrågan därför bör prövas framför allt mot bakgrund av direktivet. Kommissionen anser att direktivet i fråga syftar till att skapa jämvikt mellan friheten att tillhandahålla tjänster och skyddet för utstationerade arbetstagare. För att uppnå detta har gemenskapslagstiftaren i artikel 3 i direktiv 96/71 fastställt en detaljerad ram som medlemsstaterna skall respektera.

53. Eftersom Förbundsrepubliken Tyskland har ett system för att förklara att kollektivavtal har allmän giltighet, är endast artikel 3.8 första stycket i direktivet relevant. Enligt denna bestämmelse jämförd med artikel 3.1 andra strecksatsen i direktivet skall minimilöner för arbetstagare utstationerade i Tyskland fastställas endast genom kollektivavtal som förklarats ha allmän giltighet, det vill

säga avtal som skall följas av alla inom den aktuella sektorn eller det aktuella arbetet och inom det aktuella geografiska området.

54. Kommissionen anser därför att eftersom det i delstatslagen föreskrivs att en lönenivå som fastställs i ett kollektivavtal som inte har förklarats ha allmän giltighet skall tillämpas, bör denna lag anses vara oförenlig med direktiv 96/71. Den omfattas inte av den ram av garantier avseende minimilönen för utstationerade arbetstagare som harmoniserats genom direktivet och som fastställs i gemenskapslagstiftningen.

55. Kommissionen anser vidare att en delstatslag som syftar till att införa strängare arbets- och anställningsvillkor endast för utstationerade arbetstagare som är anställda inom ramen för ett offentligt kontrakt, det vill säga i ett segment av ekonomin, i alla händelser inte kan anses uppfylla ett mål av allmänintresse i den mening som avses i artikel 49 EG och inte heller kan eftersträva ett sådant intresse.

56. Vid den muntliga förhandlingen antog den franska regeringen i huvudsak samma ståndpunkt som kommissionen, genom att anse att artikel 49 EG och direktiv 96/71 inte

hindrar att en medlemsstat tillämpar den minimilön som fastställs i ett nationellt eller lokalt kollektivavtal på utstationerade arbetstagare, förutsatt att avtalet i fråga har förklarats ha allmän giltighet på företagen inom sektorn eller det geografiska området i fråga.

57. Med avseende på dessa synpunkter bör det erinras om att domstolen, för att kunna ge den domstol som har begärt ett förhandsavgörande ett användbart svar, kan behöva ta hänsyn till gemenskapsrättsliga normer som den nationella domstolen inte har hänvisat till i sin begäran.<sup>15</sup>

58. När det för det första gäller direktiv 93/37 har jag redan påpekat att detta direktiv inte reglerade utförandet av offentliga kontrakt. Det åtagande som anbudsgivare måste uppfylla enligt 3 § första stycket och 4 § första stycket i delstatslagen, att betala sina anställda minst den lön som föreskrivs i det kollektivavtal som är tillämpligt på den plats där tjänsterna i fråga tillhandahålls samt att ålägga sina underentreprenörer samma skyl-

dighet, utgör emellertid enligt min åsikt ett villkor för utförande av kontraktet.<sup>16</sup>

59. Det bör emellertid påpekas att artikel 23 i detta direktiv inte helt saknar intresse i det förevarande målet, eftersom det där anges att utförandet av kontraktet efter upphandlingen skall ske i överensstämmelse med de bestämmelser om anställningsskydd och arbetsvillkor som är i kraft på den plats där arbetet skall utföras.

60. Jag skall emellertid inte gå längre än så i tolkningen av direktiv 93/37, eftersom det inte bidrar till en lösning av den grundläggande frågan i förevarande begäran om förhandsavgörande, som gäller vilka krav på arbetsvillkor som kan åläggas i överensstämmelse med gemenskapsrätten när arbetstagare utstationerats för att tillhandahålla tjänster inom ramen för utförandet av ett offentligt kontrakt.

16 — Se kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling, där det anges att "[u]tförarvillkoret är en förpliktelse som den som tilldelas kontraktet måste acceptera och som är kopplat till hur kontraktet skall utföras" och genom vilket "anbudsgivarna när de lämnar sitt anbud åtar sig att uppfylla detta krav i den händelse de får kontraktet" (s. 17). För att vara förenligt med artikel 49 EG bör ett sådant utförarvillkor, som vi kommer att se längre ned, respektera principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet och principen om insyn.

15 — Se, bland annat, dom av den 12 oktober 2004 i mål C-60/03, Wolff & Müller (REG 2004, s. I-9553), punkt 24.

61. När det gäller direktiv 96/71 anser jag att omständigheterna i målet vid den nationella domstolen, såsom de beskrivs i begäran om förhandsavgörande, bör anses omfattas av detta direktivs tillämpningsområde, eftersom de motsvarar det fall som anges i artikel 1.3 a i direktivet.

62. I det förevarande målet är fallet det att ett företag etablerat i en medlemsstat, det vill säga bolaget PKZ, som är etablerat i Polen, har utstationerat polska arbetstagare för egen räkning och under egen ledning på en annan medlemsstats territorium, i förevarande fall Förbundsrepubliken Tyskland, inom ramen för ett underentreprenadkontrakt mellan det utstationerande företaget och mottagaren av tjänsterna, vilken bedriver verksamhet i denna medlemsstat, det vill säga motparten i målet vid den nationella domstolen.

63. Omständigheterna i målet vid den nationella domstolen inträffade efter det att den tidsfrist inom vilken medlemsstaterna skulle införliva direktiv 96/71 hade löpt ut, det vill säga efter den 16 december 1999.

64. Det är förvisso riktigt att delstatslagen inte specifikt syftar till att reglera utstationeringen av arbetstagare i samband med

tillhandahållande av tjänster, utan mer allmänt reglerar offentlig upphandling i delstaten Niedersachsen. Eftersom det i delstatslagen fastställs tvingande villkor för utförandet av entreprenadkontrakt, till exempel rörande utbetalning av minimilöner, som skall tillämpas på entreprenörens eller en eventuell underentreprenörs anställda, inbegripet arbetstagare som är utstationerade i samband med tillhandahållande av tjänster, såsom är fallet i målet vid den nationella domstolen, skall lagen i fråga emellertid prövas mot bakgrund av de gemenskapsrättsliga normerna för utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

65. Jag skall därför först behandla frågan huruvida direktiv 96/71 skall tolkas så, att det utgör hinder för en sådan nationell lagstiftning som delstatslagen, som ålägger entreprenörer och indirekt deras underentreprenörer att, vid äventyr av sanktionsåtgärder som till och med kan innebära uppsägning av entreprenadkontraktet, betala arbetstagare som utstationerats i samband med utförandet av ett offentligt kontrakt minst den lön som föreskrivs i det kollektivavtal som är tillämpligt på den plats där tjänsterna tillhandahålls, när det kollektivavtal som avses i lagstiftningen i fråga inte har förklarats ha allmän giltighet i den mening som avses i artikel 3.8 första stycket i detta direktiv.

A — *Tolkningen av direktiv 96/71*

66. Enligt min åsikt kan direktiv 96/71 inte tolkas så, att det utgör hinder för att tillämpa en bestämmelse av det slag som avses i målet vid den nationella domstolen. Detta framgår tydligt av beskrivningen nedan av det system som inrättats genom direktivet. Jag skall nedan även, mot bakgrund av det beskrivna systemet, granska den ordning som enligt tysk rätt gäller för att bestämma minimilön-nivåerna i byggsektorn.

67. Som jag redan har angett syftar direktiv 96/71 till att samordna medlemsstaternas lagstiftning så att det kan fastställas en kärna av tvingande regler för minimiskydd, vilka skall följas i värdlandet av de arbetsgivare som utstationerar arbetstagare för tillfälligt arbete på den medlemsstats territorium där tjänsterna tillhandahålls.

68. När detta direktiv antogs tog gemenskapslagstiftaren hänsyn till den rättspraxis som domstolen stegvis fastställt inom området utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster, och preciserade och befäste den dessutom.

69. I sin dom av den 3 februari 1982, i de förenade målen *Seco och Desquenne & Giral*,<sup>17</sup> slog domstolen fast att gemenskapsrätten i princip inte utgör något hinder för att medlemsstaterna utvidgar sin lagstiftning eller de kollektivavtal som ingåtts av arbetsmarknadens parter till att omfatta alla personer som utför ett avlönat arbete, även om detta bara är tillfälligt, på deras territorium oavsett i vilket land arbetsgivaren är etablerad och att den inte heller utgör något hinder för att medlemsstaterna med lämpliga medel säkerställer att dessa bestämmelser iakttas.<sup>18</sup> Denna rättspraxis återges i skäl 12 i direktiv 96/71.

70. Ett av direktivets viktigaste bidrag var att något som dittills endast utgjort en möjlighet för medlemsstaterna omvandlades till en skyldighet. Genom direktivet åläggs medlemsstaterna således skyldigheten att inom vissa områden tillämpa ett antal nationella bestämmelser om arbets- och anställningsvillkor på företag som är etablerade i en annan medlemsstat men som i samband med tillhandahållande av tjänster över gränserna utstationerar arbetstagare på de förstnämnda medlemsstaternas territorium.

71. Ett annat bidrag var att det i direktiv 96/71 fastställdes en "hård kärna" av skyddsbestämmelser vars tillämpning gemenskapslagstiftaren ville säkerställa till förmån för utstationerade arbetstagare.

17 — Dom av den 3 februari 1982 i de förenade målen 62/81 och 63/81, *Seco och Desquenne & Giral* (REG 1982, s. 223; svensk specialutgåva, volym 6, s. 299).

18 — Punkt 14.

72. I artikel 3.1 i direktivet anges således de nationella bestämmelser om arbets- och anställningsvillkor som utstationerade arbetstagare *inte kan nekas att åtnjuta* i den medlemsstat där tjänsten tillhandahålls.

73. Som domstolen nyligen konstaterade upprättas genom direktivet i fråga ”en förteckning över de nationella bestämmelser som en medlemsstat skall tillämpa på företag som är etablerade i en annan medlemsstat, vilka i samband med tillhandahållande av tjänster över gränserna utstationerar arbetstagare inom dess territorium”.<sup>19</sup> Det rör sig således om tvingande skyddsbestämmelser.

74. Att gemenskapslagstiftaren upprättat en förteckning över bestämmelserna i fråga stärker rättssäkerheten, eftersom en tjänsteleverantör som är etablerad i en annan medlemsstat numera kan vara säker på att han måste uppfylla de tydligt angivna minimibestämmelser om arbets- och anställningsvillkor som är i kraft i den medlemsstat där tjänsterna tillhandahålls. Likaså kan en arbetstagare som är utstationerad i en medlemsstat kräva att dessa bestämmelser, som är tvingande enligt direktiv 96/71, skall tillämpas till förmån för honom.

19 — Dom av den 18 juli 2007 i mål C-490/04, kommissionen mot Tyskland (REG 2007, s. I-6095), punkt 17. I samma dom angav domstolen även att "[d]irektiv 96/71 utgör ... inte en harmonisering av dessa nationella bestämmelser [och m]edlemsstaterna kan därför fritt bestämma innehållet i dessa bestämmelser under iakttagande av fördraget och de allmänna gemenskapsrättsliga principerna, vilket [...] således omfattar artikel 49 EG" (punkt 19).

75. Bland dessa tvingande bestämmelser om arbetsvillkor återfinns bestämmelserna om minimilön, oavsett om de fastställs i lagar och andra författningar eller, när det gäller verksamheten inom byggsektorn, genom kollektivavtal eller skiljedomar som har förklarats ha allmän giltighet i den mening som avses i artikel 3.8 i direktivet.

76. Denna kategori arbetsvillkor uppvisar vissa särdrag jämfört med de övriga områden som anges i artikel 3.1 i direktiv 96/71, såsom längsta arbetstid och kortaste vilotid, säkerhet, hälsa och hygien på arbetsplatsen, samt minsta antal betalda semesterdagar per år. För de övriga av de angivna områdena har gemenskapsåtgärder utarbetats, och framför allt har medlemsstaternas nationella lagstiftning kunnat tillnärmast genom direktiv innehållande minimiföreskrifter.<sup>20</sup> Det är annorlunda när det gäller minimilönenivåerna, för vilka det inte ännu finns någon gemenskapsbestämmelse av detta slag.<sup>21</sup>

20 — Se, bland annat, Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/88/EG av den 4 november 2003 om arbetstidens förläggning i vissa avseenden. Enligt artikel 15 i detta direktiv, med rubriken "Gynnsammare bestämmelser", skall direktivet "inte påverka medlemsstaternas rätt att tillämpa eller införa lagar eller andra författningar som bättre skyddar arbetstagarnas hälsa och säkerhet eller underlättar eller tillåter tillämpningen av kollektivavtal eller avtal mellan arbetsmarknadens parter som bättre skyddar arbetstagarnas hälsa och säkerhet".

21 — Se Rodière, P., *Droit social de l'Union européenne*, LGD, 2:a utgåvan, Paris, 2002, s. 551.

77. Även om det inte kan sägas att frågan om löner ligger fullständigt utanför gemenskapsrättens område, måste det erkännas att området för fastställande av lönebelopp eller lönenivåer ännu inte omfattas av gemenskapsrätten.<sup>22</sup>

78. I artikel 3.1 sista stycket i direktiv 96/71 anges att ”med minimilön enligt punkt c första raden [avses] den minimilön som fastställs i nationell lagstiftning och/eller praxis i den medlemsstat inom vars territorium arbetstagaren är utstationerad”, vilket vittnar om särdragen på området för minimilönenivåer.

79. Tillämpningen av den ”hårda kärna” av skyddsregler som avses i artikel 3.1 i detta direktiv bör enligt min åsikt ses som en minimigaranti för utstationerade arbetstagare, som därigenom kan vara förvissade om att åtnjuta minst dessa nationella bestämmelser av tvingande karaktär.

22 — Ibidem, s. 55 och 56. Författaren preciserar emellertid att detta område kan vara föremål för löneförhandlingar på europeisk nivå. Han påpekar vidare att utanför det strikta fastställandet av lönebelopp eller lönenivåer, ”kan principen om lika lön för kvinnor och män allmänt inverka på lönemekanismerna” och att ”andra gemenskapsbestämmelser, till exempel om arbetstidens förlängning, sekundärt kan inverka på området för löner”.

80. Detta andra särdrag hos det system som inrättats genom direktivet i fråga uttrycks genom begreppet ”en kärna av tvingande regler för minimiskydd” i skäl 13 i direktiv 96/71.

81. Jag skall vidare erinra om att det i skäl 17 i direktivet anges att ”[d]e tvingande regler för minimiskydd som gäller i värdlandet ... inte [bör] hindra att arbets- och anställningsvillkor som är förmånligare för arbetstagarna tillämpas”. Att detta var gemenskapslagstiftarens vilja framgår av artikel 3.7 första stycket i direktivet där det anges att ”[p]unkt 1–6 skall inte hindra tillämpning av arbets- och anställningsvillkor som är förmånligare för arbetstagarna”.

82. Den sistnämnda bestämmelsen innebär enligt min åsikt två saker. För det första innebär den att de skyddsregler av tvingande karaktär som är i kraft i den stat där tjänsterna tillhandahålls kan få träda tillbaka till förmån för bestämmelser som är i kraft i den stat där tjänsteleverantören är etablerad, i den mån som dessa bestämmelser föreskriver förmånligare arbets- och anställningsvillkor för de utstationerade arbetstagarna.

83. För det andra – och det är denna aspekt som är relevant i det förevarande målet – innebär artikel 3.7 i direktiv 96/71 också,

enligt min åsikt, att den medlemsstat där tjänsterna tillhandahålls kan förbättra nivån på socialskyddet för arbetstagare inom sitt territorium inom de områden som anges i artikel 3.1 i direktivet och, således, tillämpa denna socialskydds nivå även på arbetstagare som är utstationerade inom territoriet i fråga. Denna bestämmelse möjliggör således i princip en förstärkning av det nationella skyddet.<sup>23</sup>

84. Det bör dock påpekas att verkställandet av en sådan förstärkning av det nationella skyddet skall ske i överensstämmelse med artikel 49 EG.<sup>24</sup>

23 — Enligt det uttryck som används av Moizard, N., *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée – L'exemple du droit du travail français*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2000 (se särskilt s. 94–96). Enligt författaren utgör arbets- och anställningsvillkoren inom de områden som avses i direktiv 96/71 "nationella minimibestämmelser som fastställs på statlig nivå eller genom avtal och som direktivet ålägger medlemsstaterna att åtminstone uppfylla vid tillfällig utstationering av arbetstagare" (s. 95). Denna tanke uttrycks också i skäl 34 i direktiv 2004/18, där det anges att i direktiv 96/71 "fastställs ... de minimivillkor som måste uppfyllas i värdlandet gentemot ... utstationerade arbetstagar[e]".

24 — Jag instämmer i detta hänseende i den bedömning som generaladvokaten Mengozzi gjorde i sina slutsatser av den 23 maj 2007 i mål C-341/05, *Laval un Partneri* (anhängigt vid domstolen), där han anser att "den rätt som medlemsstaterna ges i direktiv 96/71 att på ett tjänsteföretag från en medlemsstat, som tillfälligt utstationerar arbetstagare till en annan medlemsstat, tillämpa arbets- och anställningsvillkor som är förmånligare för arbetstagarna än de som avses i bland annat artikel 3.1 i [detta] direktiv [måste] utövas med iakttagande av friheten att tillhandahålla tjänster som föreskrivs i artikel 49 EG" (punkt 151). Jag skall dessutom påpeka att kommissionen i sitt tolkningsmeddelande om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling medger att såväl i nationella situationer som i gränsoverskridande situationer "[kan] för de anställda mer förmånliga bestämmelser också ... tillämpas (vilket betyder att de i förekommande fall även skall följas) under förutsättning att de är förenliga med gemenskapsrätten" (s. 21, punkt 3.2).

85. Vid en jämförelse av den ordning för att fastställa minimilönenivåerna i byggsektorn som tillämpas enligt tysk rätt med det ovan beskrivna system som inrättades genom direktiv 96/71 kan nedanstående slutsatser dras.

86. Det bör för det första påpekas att det enligt tysk rätt finns ett system för att förklara att kollektivavtal har allmän giltighet. Den tyska ordningen för att fastställa minimilönenivåer i byggsektorn skall därför granskas mot bakgrund av artikel 3.1 i direktiv 96/71, och inte mot bakgrund av bestämmelserna i artikel 3.8 andra stycket i direktivet, som avser fall där det saknas ett system för att förklara att kollektivavtal har allmän giltighet.

87. I överensstämmelse med artikel 3.1 i direktivet i fråga anges i 1 § första stycket AEntG bland annat att rättsregler i ett kollektivavtal inom byggnadsindustrin som har förklarats ha allmän giltighet och som gäller minimilöner även skall tillämpas på ett anställningsförhållande mellan en arbetsgivare som är etablerad i utlandet och dennes arbetstagare som arbetar inom det geografiska tillämpningsområdet för detta avtal.

En arbetsgivare i denna mening är således skyldig att garantera sina utstationerade arbetstagare åtminstone de arbetsvillkor som gäller enligt kollektivavtalet.

88. Det bör vidare påpekas att i det TV Mindestlohn som var tillämpligt vid tidpunkten för omständigheterna i målet vid den nationella domstolen, vilket hade förklarats ha allmän giltighet och var tillämpligt på Förbundsrepubliken Tysklands territorium, fastställs för byggsektorn minimilönenivån enligt två kategorier beroende på arbetstagarernas kvalifikationsnivå och dessutom på olika nivå beroende på om det rör sig om "gamla" eller "nya" delstater.

89. Detta kollektivavtal, som har förklarats ha allmän giltighet i den mening som avses i artikel 3.8 första stycket i direktiv 96/71 ingår således i den "hårda kärna" av skyddsbestämmelser som avses i artikel 3.1 i samma direktiv.

90. Det bör även betonas att det i det nämnda kollektivavtalet vidare anges att rätten till högre lön enligt andra kollektivavtal eller särskilda avtal inte skall påverkas av bestämmelsen om avtalsenlig total timlön enligt de två ovannämnda kategorierna. I TV Mindestlohn erkänns således uttryckligen den möjlighet som anges i artikel 3.7 i direktivet att tillämpa mer förmånliga arbetsvillkor för arbetstagarna.

91. Den ordning som enligt tysk rätt tillämpas för att fastställa minimilönenivåer i byggsektorn baserar sig förutom på TV Mindestlohn även på särskilda kollektivavtal som till största delen har ett begränsat geografiskt tillämpningsområde och vanligen inte har förklarats ha allmän giltighet, varför de alltså inte ingår i den "hårda kärna" av minimiskyddsbestämmelser som avses i artikel 3.1 i direktiv 96/71.

92. Innebär detta, såsom kommissionen har hävdad, att företag som utstationerar arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster över gränserna inte kan åläggas att följa sådana särskilda kollektivavtal som inte har förklarats ha allmän giltighet i den mening som avses i artikel 3.8 första stycket i direktivet?

93. Jag anser inte det.

94. Jag anser nämligen att eftersom lönenivåerna i de särskilda kollektivavtalen i praktiken är betydligt högre än de minimilönenivåer som gäller på Förbundsrepubliken

Tysklands territorium enligt TV Mindestlohn, innebär dessa avtal en förstärkning av det nationella skyddet. Som jag redan angett ovan är en sådan förstärkning av det nationella skyddet tillåten enligt artikel 3.7 i direktiv 96/71.

95. Jag anser även att en nationell bestämmelse av det slag som avses i målet vid den nationella domstolen, som innebär att sådana kollektivavtal är obligatoriskt tillämpliga även när det gäller utstationering av arbetstagare, är förenlig med direktivet, eftersom den innebär att den möjlighet som medlemsstaterna har enligt artikel 3.7 i direktivet genomförs.

96. Det faktum att det i ett kollektivavtal som har förklarats ha allmän giltighet, såsom TV Mindestlohn, allmänt hänvisas till andra kollektivavtal eller särskilda avtal i vilka anges en högre lönenivå är också, enligt min åsikt, förenligt med direktiv 96/71.

97. Den tyska ordningen för att fastställa minimilönenivåer i byggsektorn förefaller således utgöra ett sammanhängande system som är förenligt med direktiv 96/71.

98. Jag anser följaktligen att direktiv 96/71 skall tolkas så, att det inte utgör något hinder för att tillämpa en sådan nationell lagstiftning som delstatslagen, som ålägger entreprenörer och indirekt deras underentreprenörer att, vid äventyr av sanktionsåtgärder som till och med kan innebära uppsägning av entreprenadkontraktet, betala arbetstagare som utstationerats i samband med utförandet av ett offentligt kontrakt minst den lön som föreskrivs i det kollektivavtal som är tillämpligt på den plats där tjänsterna tillhandahålls, inbegripet när det kollektivavtal som avses i lagstiftningen i fråga inte har förklarats ha allmän giltighet i den mening som avses i artikel 3.8 första stycket i direktivet.

99. Jag skall nu granska frågan huruvida artikel 49 EG skall tolkas så, att den utgör hinder för att tillämpa en nationell lagstiftning av det slag som avses i målet vid den nationella domstolen.

#### B — *Tolkningen av artikel 49 EG*

100. Enligt fast 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 attraktiva.<sup>25</sup>

första stycket i delstatslagen medföra att tjänsteleverantörer som är etablerade i en annan medlemsstat, där minimilönenivåerna är lägre, åläggs ytterligare en ekonomisk börda som kan medföra att deras tjänster förbjuds, hindras eller blir mindre attraktiva i värdstaten.

101. Det bör i detta sammanhang påpekas att domstolen tidigare har slagit fast att tillämpning av värdmedlemsstatens nationella bestämmelser på personer som tillhandahåller tjänster kan medföra att de tjänster som tillhandahålls av personer eller företag som är etablerade i andra medlemsstater förbjuds, hindras eller blir mindre attraktiva i den mån de medför ytterligare kostnader samt ytterligare administrativa och ekonomiska bördor.<sup>26</sup>

104. Det bör påpekas att de ifrågavarande bestämmelserna i delstatslagen utan åtskillnad är tillämpliga på såväl nationella tjänsteleverantörer som tjänsteleverantörer från andra medlemsstater. Med andra ord gäller skyldigheten att respektera den minimilön som fastställs i det kollektivavtal som är tillämpligt på den plats där tjänsterna tillhandahålls såväl tjänsteleverantörer etablerade i Tyskland som de som är etablerade i någon annan medlemsstat.

102. I det förevarande målet råder det, enligt min mening, knappast något tvivel om att det föreligger en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster.

103. Genom att de som tilldelas byggtreprenadkontrakt, och indirekt deras underentreprenörer, förpliktas att betala minst den lön som fastställs i det kollektivavtal som är tillämpligt på den plats där tjänsterna tillhandahålls, kan 3 § första stycket och 4 §

105. Av domstolens fasta rättspraxis framgår det vidare att bestämmelser av detta slag som tillämpas utan åtskillnad kan motiveras med hänsyn till artikel 49 EG, om de grundas på tvingande hänsyn till allmänintresset, i den mån detta intresse inte skyddas genom de bestämmelser som gäller för tjänsteleverantören i den medlemsstat där han är etablerad och förutsatt att de är ägnade att säkerställa att det eftersträvade syftet uppnås och inte

25 — Se, bland annat, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkt 63 och där angiven rättspraxis.

26 — Se, bland annat, domen i det ovannämnda målet Wolff & Müller, punkt 32 och där angiven rättspraxis.

går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta syfte.<sup>27</sup>

106. Skyddet för arbetstagare är en av de tvingande hänsynen till allmänintresset som domstolen tidigare har erkänt.<sup>28</sup>

107. När det gäller ovannämnda tvingande hänsyn framgår det av domstolens fasta rättspraxis att gemenskapsrätten inte utgör något hinder mot att medlemsstaterna utsträcker sina lagstiftningar *eller de kollektivavtal som sluts av arbetsmarknadens parter* till att omfatta alla personer som utför avlönat arbete, även tillfälligt, på deras territorium, oavsett i vilket land arbetsgivaren är etablerad. Gemenskapsrätten innehåller inte heller något förbud för medlemsstaterna att använda adekvata medel för att övervaka att dessa bestämmelser efterlevs, när det visar sig att det skydd som föreskrivs i dem inte kan säkerställas genom krav som är identiska eller i huvudsak jämförbara med de krav som företaget redan har att uppfylla i den medlemsstat där det är etablerat.<sup>29</sup>

27 — Se, bland annat, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkterna 64 och 65 och där angiven rättspraxis.

28 — Se, bland annat, domen i det ovannämnda målet Wolff & Müller, punkt 35 och där angiven rättspraxis. Domstolen har slagit fast att allmänintresset i fråga om socialt skydd för arbetstagare inom byggnadssektorn och kontroll av att detta skydd respekteras kan utgöra ett tvingande hänsyn på grund av "de särskilda villkoren inom denna sektor" (dom av den 28 mars 1996 i mål C-272/94, Guiot (REG 1996, s. I-1905), punkt 16, och av den 23 november 1999 i de förenade målen C-369/96 och C-376/96, Arblade m.fl. (REG 1999, s. I-8453), punkt 51).

29 — Se, bland annat, dom av den 21 oktober 2004 i mål C-445/03, kommissionen mot Luxemburg (REG 2004, s. I-10191), punkt 29 och där angiven rättspraxis, och av den 21 september 2006 i mål C-168/04, kommissionen mot Österrike (REG 2006, s. I-9041), punkt 47.

108. Domstolen har även slagit fast att syftet att förebygga illojal konkurrens från företag som avlönar sina arbetstagare med en lägre lön än minimilönen också kan beaktas bland de tvingande hänsyn som kan motivera en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster.<sup>30</sup> Domstolen har vidare angett att det inte nödvändigtvis föreligger en motsättning mellan syftet att bevara en lojal konkurrens och syftet att garantera arbetstagar skydd.<sup>31</sup>

109. Domstolen utvecklade nyligen detta resonemang och upprättade uttryckligen en koppling mellan sin fasta rättspraxis, enligt vilken medlemsstaterna får låta sin lagstiftning eller kollektivavtal beträffande minimilön gälla alla som är anställda, även tillfälligtvis, inom deras territorium, och motiveringen avseende "förebyggande av social dumping".<sup>32</sup>

110. Som jag har angett ovan vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huru-

30 — Se domen i det ovannämnda målet Wolff & Müller, punkt 41.

31 — Ibidem (punkt 42). Domstolen hänvisade i detta sammanhang till skäl 5 i direktiv 96/71 som enligt domstolen visar att dessa båda målsättningar kan eftersträvas samtidigt.

32 — Dom av den 19 januari 2006 i mål C-244/04, kommissionen mot Tyskland (REG 2006, s. I-885), punkt 61. När det gäller utvecklingen av denna rättspraxis, se Mischo, J., "Libre circulation des services et dumping social", *Le droit à la mesure de l'Homme*, i Mélanges en l'honneur de Philippe Léger, Pedone, Paris, 2006, s. 435.

vida den skyldighet som enligt delstatslagen åligger entreprenörerna och indirekt deras underentreprenörer, att respektera det kollektivavtal som är tillämpligt på den plats där tjänsterna tillhandahålls, motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset.

111. Det bör i detta sammanhang erinras om att den hänskjutande domstolen anser att de ifrågavarande lagbestämmelsernas huvudsakliga syfte är att skydda tyska byggföretag från konkurrens från andra medlemsstater. Ett sådant syfte av ekonomisk natur kan dock inte utgöra ett tvingande hänsyn till allmänintresset som motiverar en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster.

112. Den hänskjutande domstolen anser vidare att skyldigheten att på den plats där tjänsterna tillhandahålls respektera ett kollektivavtal, i vilket det fastställs högre minimilönenivåer än de som är tillämpliga på Förbundsrepubliken Tysklands territorium enligt AEntG, går utöver vad som är nödvändigt för att skydda arbetstagarna. Den hänskjutande domstolen anser nämligen att avgränsningen av det skydd som är nödvändigt för arbetstagarna följer av den obligatoriska minimilön som enligt AEntG skall tillämpas på Förbundsrepubliken Tysklands territorium.

113. Jag instämmer inte i den bedömning som gjorts av den hänskjutande domstolen, och vilken i huvudsak stöds av den polska regeringen.

114. Jag anser tvärtom att de ifrågasatta bestämmelserna i delstatslagen är ägnade att garantera att syftena att skydda arbetstagarna och förebygga social dumpning förverkligas och att de inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå dessa syften.

115. Det är riktigt att det följer av fast rättspraxis att åtgärder som utgör en begränsning av friheten att tillhandahålla tjänster inte kan motiveras av ekonomiska hänsyn, som till exempel att skydda inhemska företag.<sup>33</sup> Domstolen har emellertid också slagit fast att lagstiftarens avsikt, såsom denna kommer till uttryck vid de politiska debatter som föregår antagandet av en lag eller i förarbetena till denna, inte kan vara avgörande, utan endast kan utgöra en indikation på vilket syfte lagen i fråga skall uppnå.<sup>34</sup> Det ankommer på den hänskjutande domstolen, som frågar sig vilket syfte lagstiftaren verkligen eftersträvar, att pröva huruvida bestämmelserna i fråga objektivt sett främjar skyddet av utstationerade arbetstagare<sup>35</sup> eller, mer allmänt, förebygger social dumpning.

116. Den hänskjutande domstolen har påpekat att det huvudsakliga syftet med de lagbestämmelser som avses i målet vid den

33 — Dom av den 25 oktober 2001 i de förenade målen C-49/98, C-50/98, C-52/98 till C-54/98 och C-68/98 till C-71/98, Finalarte m.fl. (REG 2001, s. I-7831), punkt 39, och av den 24 januari 2002 i mål C-164/99, Portugaia Construções (REG 2002, s. I-787), punkt 26.

34 — Se domen i det ovannämnda målet Portugaia Construções, punkt 27 och där angiven rättspraxis.

35 — Ibidem, punkt 28 och där angiven rättspraxis.

nationella domstolen är att skydda tyska byggföretag från konkurrens från andra medlemsstater. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva huruvida dessa bestämmelser objektivt sett främjar skyddet av utstationerade arbetstagare eller inte. Det är då av vikt att kontrollera att bestämmelserna i fråga medför en verklig fördel för de berörda arbetstagarna och att denna avsevärt bidrar till deras sociala skydd.<sup>36</sup>

av delstatslagen har inneburit ett verkligt tilläggsskydd för dessa arbetstagare genom att de beviljats en betydligt högre lön än den som de vanligen erhåller i den stat där deras arbetsgivare är etablerad. Denna lag förefaller således vara ägnad att säkerställa skyddet för utstationerade arbetstagare.

117. I syfte att fastställa huruvida det föreligger en sådan fördel, som utgör ett verkligt tilläggsskydd för utstationerade arbetstagare,<sup>37</sup> bör den hänskjutande domstolen bedöma huruvida den lagstiftning och/eller de kollektivavtal som är i kraft i den stat där tjänsteleverantören är etablerad redan erbjuder ett likvärdigt eller väsentligen jämförbart skydd för dessa arbetstagare när det gäller lönen. Inom ramen för denna bedömning är det bruttolönen som skall beaktas.<sup>38</sup>

119. Delstatslagen är också, enligt min åsikt, ägnad att förebygga social dumpning, eftersom den bland annat syftar till att införa mer lika villkor avseende den lön som tjänsteleverantörer skall betala till arbetstagare inom ramen för utförandet av ett offentligt kontrakt, oavsett om de är etablerade i Tyskland eller inte. Den garanterar således att lokala arbetstagare och utstationerade arbetstagare på samma byggarbetsplats får samma lön.

118. Det bör i detta sammanhang erinras om att det av begäran om förhandsavgörande framgår att ett strafföreläggande har utfärdats mot de huvudansvariga vid bolaget PKZ för att ha betalat de 53 arbetarna vid bygget endast 46,57 procent av den tillämpliga minimilönen. Under dessa omständigheter förefaller det klart att tillämpningen

120. Att delstaten Niedersachsen har valt att i sin lag om offentlig upphandling hänvisa till ett särskilt kollektivavtal och inte till TV Mindestlohn, med följderna att den minimilön som skall tillämpas av entreprenörerna och deras underentreprenörer på den plats där tjänsterna tillhandahålls blir högre än den som vanligen tillämpas inom byggsektorn på Förbundsrepubliken Tysklands territorium, är, enligt min mening, inte i sig oförenligt med gemenskapsrätten.

36 — Se domen i det ovannämnda målet Wolff & Müller, punkt 38.

37 — Se domen i det ovannämnda målet Finalarte m.fl., punkt 45.

38 — Dom av den 14 april 2005 i mål C-341/02, kommissionen mot Tyskland (REG 2005, s. I-2733), punkt 29.

121. Det kan knappast förnekas att en garanti om högre lön för utstationerade arbetstagare är ägnad att säkerställa deras skydd.<sup>39</sup> Man bör inte heller glömma bort att det i artikel 136 första stycket EG mer allmänt anges att "[g]emenskapens och medlemsstaternas mål skall under beaktande av [...] grundläggande sociala rättigheter [...] vara [...] att förbättra levnads- och arbetsvillkor och därigenom möjliggöra en harmonisering samtidigt som förbättringarna bibehålls [samt] en dialog mellan arbetsmarknadens parter".

122. De ifrågasatta bestämmelserna i delstatslagen förefaller inte heller gå utöver vad som är nödvändigt för att säkerställa att syftena att skydda arbetstagarna och förebygga social dumpning uppnås.

123. Bestämmelserna i fråga syftar till att göra det obligatoriskt för tjänsteleverantörer som deltar i utförandet av ett offentligt kontrakt att tillämpa de lönenivåer som gäller enligt det särskilda kollektivavtal som är i kraft på den plats där tjänsterna tillhandahålls. För att uppnå detta föreskrivs i bestämmelserna att entreprenadkontrakt endast skall tilldelas anbudsgivare som skriftligen förbinder sig att för utförandet av tjänsterna i

fråga betala sina anställda minst den lön som fastställs i det kollektivavtal som är tillämpligt på den plats där tjänsterna tillhandahålls, och som även förbinder sig att ålägga sina underentreprenörer samma skyldighet. Åsidosättande av denna skyldighet leder till sanktionsåtgärder som kan sträcka sig från avtalsvite till uppsägning av kontraktet.

124. Enligt min åsikt kan syftena att skydda arbetstagarna och förebygga social dumpning inte uppnås lika effektivt genom mindre tvingande bestämmelser som innebär en mindre omfattande inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster.

125. Som Irland har angett i sitt skriftliga yttrande,<sup>40</sup> finns det dessutom inte någonting som, med beaktande av relevanta indikatorer, till exempel levnadskostnadsindex, tyder på att de minimilönenivåer som krävs enligt det särskilda kollektivavtal som avses i delstatslagen är oproportionerliga jämfört med de nivåer som fastställs i TV Mindestlohn.

126. Ovanstående bedömning förefaller inte kunna påverkas av kommissionens argument att en delstatslag som syftar till att införa strängare krav vad gäller befintliga

39 — Som den tyska regeringen har angett i punkt 63 i sitt skriftliga yttrande är det också intressant att notera att förutom att det i de särskilda kollektivavtalen fastställs högre minimilönenivåer, bidrar det faktum att dessa avtal gör det möjligt att differentiera och anpassa lönerna beroende på arbetet efter målsättningen att skydda arbetstagarna. Det bör härvid erinras om att löneskalan i avtalen i fråga är mer detaljerad än den i TV Mindestlohn, och att lönenivåerna fastställs enligt olika tjänstegrupper.

40 — Punkt 26.

arbets- och anställningsvillkor endast för utstationerade arbetstagare som är anställda inom ramen för ett offentligt kontrakt, det vill säga i ett segment av ekonomin, inte kan anses uppfylla ett mål av allmänintresse i den mening som avses i artikel 49 EG och inte heller kan eftersträva ett sådant intresse.

127. Vid den muntliga förhandlingen angav kommissionen att den anser att delstatslagen skapar diskriminering mellan arbetstagarna i byggsektorn, beroende på om byggherren är ett offentligt eller ett privat bolag. Om delstaten Niedersachsens målsättning verkligen är att skydda arbetstagarna borde den, enligt kommissionens åsikt, dessutom låta bestämmelsen omfatta samtliga arbetstagare i sektorn.

128. Av nedan angivna skäl kan jag inte instämna i denna argumentering.

129. För det första har det vid den muntliga förhandlingen bekräftats att delstaten Niedersachsen inte har behörighet att utan fullmakt förklara att ett kollektivavtal har allmän giltighet. Genom att anta de ifrågasatta bestämmelserna i delstatslagen har delstaten Niedersachsen således försökt att inom ett av sina behörighetsområden, det vill säga offentlig upphandling, göra det obligatoriskt att tillämpa det kollektivavtal som är tillämpligt på den plats där tjänsterna tillhandahålls, oavsett om det har förklarats ha allmän giltighet eller inte.

130. För det andra anser jag inte att argumentet att detta innebär diskriminering av arbetstagare i byggsektorn, beroende på om byggherren är ett offentligt eller ett privat företag, är relevant med avseende på gemenskapsrätten.

131. Det viktiga är, som jag har angett ovan, att delstatslagen respekterar principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet, och således ålägger tjänsteleverantörerna samma skyldighet att respektera de minimilönenivåer som är tillämpliga på den plats där tjänsterna tillhandahålls, oavsett om de är etablerade i Tyskland eller i en annan medlemsstat. Med andra ord förefaller det avgörande att de lokala arbetstagarna och de utstationerade arbetstagarna avlönas enligt samma lönenivå inom ramen för utförandet av samma offentliga kontrakt. Detta bör enligt min åsikt vara utgångspunkten för att avgöra huruvida det eventuellt föreligger diskriminering som är oförenlig med gemenskapsrätten.

132. För det tredje, även om offentliga beställningar framför allt syftar till att tillgodose ett specifikt administrativt behov inom områdena byggtreprenader, varor eller tjänster, är det också möjligt att vid offentlig upphandling möta andra behov av allmänt intresse, till exempel inom ramen för miljö-

politiken eller, som i det förevarande målet, inom det sociala området.<sup>41</sup>

133. Möjligheten att integrera sociala krav vid offentlig upphandling har redan erkänts av domstolen,<sup>42</sup> och bekräftas i direktiv 2004/18. Detta direktiv innehåller en artikel 26, med rubriken Villkor för fullgörande av kontraktet, som har följande lydelse:

”En upphandlande myndighet får ställa särskilda krav på hur kontraktet skall fullgöras under förutsättning att de är förenliga med gemenskapsrätten samt att de anges i meddelandet om upphandling eller i förfråg-

ningsunderlaget. Dessa krav får bland annat omfatta sociala hänsyn och miljöhänsyn.”<sup>43</sup>

134. Eftersom det villkor för utförande av kontraktet som avser arbetstagarnas minimilön och som föreskrivs i de ifrågasatta bestämmelserna i delstatslagen respekterar principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet, och eftersom det respekterar principen om insyn, bör det enligt min åsikt anses vara förenligt med gemenskapsrätten.

135. När det gäller principen om insyn är det enligt min åsikt viktigt att de kollektivavtal som skall tillämpas är tillräckligt preciserade och tillgängliga, så att det inte i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt för arbetsgivaren att få kännedom om vilka skyldigheter som åligger honom.<sup>44</sup> Det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva om detta är fallet i det förevarande målet.<sup>45</sup>

41 — Se, för ett liknande resonemang, Martinez, V., ”Les péri-péties du critère social dans l’attribution des marchés publics”, *Contrats publics*, i *Mélanges en l’honneur du professeur Michel Guibal*, vol. II, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, s. 251 och 252. Författaren framför, bland annat, tanken att offentliga beställningar kan utgöra ett medel att bekämpa arbetslöshet och utestängning och sålunda användas som ”ett stöd för att utveckla arbetsmarknaden”.

42 — Dom av den 20 september 1988 i mål 31/87, Beentjes (REG 1988, s. 4635), och av den 26 september 2000 i mål C-225/98, kommissionen mot Frankrike (REG 2000, s. I-7445). Se, när det gäller denna rättspraxis och hur den har beaktats i fransk rätt, Pongérard-Payet, H., ”Critères sociaux et écologiques des marchés publics: droits communautaire et interne entre guerre et paix”, *Europe* n° 10, oktober 2004, Étude 10.

43 — Jag skall även citera skäl 33 i detta direktiv, där det anges att ”[v]illkoren för fullgörandet av ett kontrakt är förenliga med detta direktiv om de inte är direkt eller indirekt diskriminerande och om de anges i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget”. Domstolen slog redan i domen i det ovannämnda målet Beentjes fast att för att uppfylla målet att garantera en effektiv konkurrens inom området offentlig upphandling ”skall den upphandlande myndigheten offentliggöra kriterierna och villkoren för varje offentlig upphandling på ett relevant sätt för att uppfylla detta mål” (punkt 21).

44 — När det gäller åtal, se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Arblade m.fl., punkt 43.

45 — Det bör i detta hänseende erinras om att anbudsgivarens åtagande gäller ”den lön som, enligt det kollektivavtal som anges i förteckningen över representativa kollektivavtal under punkt nr 1 (Byggarbeten), gäller för den plats där arbetet utförs”.

#### IV — Förslag till avgörande

136. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar den tolkningsfråga som har ställts av Oberlandesgericht Celle på följande sätt:

Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster och artikel 49 EG skall tolkas så, att de inte utgör något hinder för att tillämpa en sådan nationell lagstiftning som Niedersachsens delstatslag om offentlig upphandling, som ålägger entreprenörer och indirekt deras underentreprenörer att, vid äventyr av sanktionsåtgärder som till och med kan innebära uppsägning av entreprenadkontraktet, betala arbetstagare som utstationerats i samband med utförandet av ett offentligt kontrakt minst den lön som föreskrivs i det kollektivavtal som är tillämpligt på den plats där tjänsterna tillhandahålls, när det kollektivavtal som avses i lagstiftningen i fråga inte har förklarats ha allmän giltighet.

Det ankommer på den nationella domstolen att kontrollera att denna lagstiftning faktiskt medför en verklig fördel för de utstationerade arbetstagarna och avsevärt bidrar till deras sociala skydd, samt att principen om insyn i villkoren för utförande av offentliga kontrakt respekteras vid genomförandet av lagstiftningen i fråga.