



# Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT  
HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE  
föredraget den 4 maj 2017<sup>1</sup>

**Mål C-566/15**

**Konrad Erzberger  
mot  
TUI AG,**

(begäran om förhandsavgörande från Kammergericht Berlin (regional domstol i andra instans i Berlin, Förbundsrepubliken Tyskland))

”Begäran om förhandsavgörande – Fri rörlighet för arbetstagare – Likabehandling – Artiklarna 18 FEUF och 45 FEUF – Val av arbetstagarnas företrädare i bolagets övervakningsorgan – Nationell reglering som begränsar rätten att rösta och att kandidera till enbart arbetstagare som är anställda inom det nationella territoriet”

## I. Inledning

1. Förevarande mål rör en begäran om förhandsavgörande från Kammergericht Berlin (regional domstol i andra instans i Berlin, Tyskland) angående tolkningen av artikel 18 FEUF om principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet och av artikel 45 FEUF om fri rörlighet för arbetstagare.
2. Begäran om förhandsavgörande har gjorts inom ramen för ett mål mellan en aktieägare och ett tyskt bolag angående sammansättningen av bolagets övervakningsorgan. Aktieägaren har bland annat gjort gällande att den tyska lagstiftningen om medbestämmande för bolagets arbetstagare är oförenlig med artiklarna 18 FEUF och 45 FEUF, genom att det enbart är arbetstagare som arbetar vid ett bolags inhemska driftsställen eller i inhemska koncernbolag som kan delta i valet av arbetstagarnas representanter i det bolagets övervakningsorgan.
3. Den principfråga som står i centrum för målet är om medlemsstaterna, inom ramen för en nationell reglering om arbetstagarinflytande, kan ha en skyldighet enligt artiklarna 18 FEUF och 45 FEUF att ge anställda vid dotterbolag i andra medlemsstater samma rätt att rösta och delta som de som arbetar inom landet har.
4. Jag förklarar i detta förslag till avgörande varför jag anser att den frågan bör besvaras nekande och varför artiklarna 18 FEUF och 45 FEUF inte hindrar en nationell lagstiftning såsom den i målet vid den nationella domstolen.

<sup>1</sup> Originalspråk: franska.

## II. Nationell lagstiftning

### A. Lagen om medbestämmande

5. I 1 § i Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (lagen om medbestämmande för arbetstagare) av den 4 maj 1976<sup>2</sup> (nedan kallad medbestämmandelagen), med rubriken "Företag som omfattas", föreskrivs i första stycket följande:

"I företag

1. som upprättats i form av aktiebolag, kommanditbolag, bolag med begränsat ansvar eller kooperativ och
2. som regelbundet sysselsätter mer än 2 000 arbetstagare

har arbetstagarna en rätt till medbestämmande enligt denna lag."

6. I 3 § i medbestämmandelagen, som har rubriken "Arbetstagarna och företaget", föreskrivs i första stycket följande:

"Med arbetstagare avses i denna lag

1. de personer som anges i 5 § första stycket i [Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) (lagen om arbetstagarrepresentation)], med undantag för sådana personer i ledande ställning som anges i 5 § tredje stycket i samma lag,
2. sådana ledande personer som anges i 5 § tredje stycket i lagen om arbetstagarrepresentation.

Sådana personer som avses i 5 § andra stycket i lagen om arbetstagarrepresentation är inte arbetstagare som omfattas av denna lag."

7. I 5 § i medbestämmandelagen, som har rubriken "Företagskoncerner", föreskrivs i första stycket följande:

"När ett företag ... är dominerande inom en koncern (18 § första stycket Aktiengesetz (aktiebolagslagen)) jämföras arbetstagarna i koncernföretagen med arbetstagarna i det dominerande företaget vid tillämpningen av denna lag ..."

8. I 7 § i medbestämmandelagen, som har rubriken "Övervakningsorganets sammansättning", föreskrivs i första stycket punkt 3, andra stycket punkt 3 och fjärde stycket följande:<sup>3</sup>

- 1) Ett övervakningsorgan för ett företag

...

3. som regelbundet sysselsätter fler än 20 000 arbetstagare ska bestå av tio medlemmar som företräder aktieägarna och tio medlemmar som företräder arbetstagarna.

<sup>2</sup> MitbestG (BGB1. I, 1976, s. 1153).

<sup>3</sup> Enligt 7 § andra stycket, punkterna 1 och 2, i medbestämmandelagen består övervakningsorganet i de företag som inte regelbundet sysselsätter mer än 10 000 arbetstagare av tolv ledamöter medan övervakningsorganet i företag som regelbundet sysselsätter fler än 10 000 arbetstagare men mindre än 20 000 arbetstagare 16 ledamöter, varav hälften är företrädare för arbetstagarna (fördelade mellan arbetstagare i företaget och fackliga representanter).

...

2) Bland de ledamöter som företräder arbetstagarerna ska det finnas

...

3. i ett övervakningsorgan med tio företrädare för arbetstagarerna, sju arbetstagare i företaget och tre fackliga företrädare.

...

4) De arbetstagare i företaget som avses i andra stycket ska vara minst 18 år och ha varit anställda i företaget sedan minst ett år. Till det ettåriga kravet att arbetstagaren ska ha tillhört företaget medräknas perioder då arbetstagaren varit verksam inom ett annat företag, vars arbetstagare deltar i valet av medlemmar till övervakningsorganet i nämnda företag enligt denna lag. Dessa perioder ska ha ägt rum omedelbart innan dessa arbetstagare förvärvade rätten att delta i valet av ledamöter i företagets övervakningsorgan. Övriga villkor för valbarhet som anges i § 8 första stycket ska vara uppfyllda.”

9. I 10 § medbestämmandelagen, med rubriken ”Val av ledamöter”, föreskrivs i första, andra och tredje stycket följande:

”1) Vid varje driftställe väljer arbetstagarerna representanter i hemliga och proportionella val.

2) Varje arbetstagare som fyllt 18 år är röstberättigad för val av representanter. 7 § andra meningen i lag om arbetstagarrepresentation gäller i tillämpliga delar.

3) De arbetstagare som nämns i andra stycket första meningen, och som uppfyller de ytterligare valbarhetskraven i 8 § i lag om arbetstagarrepresentation, kan väljas till arbetstagarrepresentanter.”

## **B. Lagen om arbetstagarrepresentation**

10. I 7 § Betriebsverfassungsgesetz (lagen om arbetstagarrepresentation) i dess lydelse enligt den version som offentliggjordes den 25 september 2001,<sup>4</sup> med rubriken ”Rösträtt”, föreskrivs följande:

”Samtliga arbetstagare i företaget som har fyllt 18 år är röstberättigade. Har arbetstagare ställts till förfogande för utförande av tjänster hos en annan arbetsgivare, är dessa också röstberättigade under förutsättning att deras placering överskrider tre månader.”

11. I § 8 i lagen om arbetstagarrepresentation, som har rubriken ”Valbarhet”, föreskrivs följande:

”1) Samtliga röstberättigade är valbara om de har varit anställda mer än sex månader eller om de arbetar hemifrån för främst det berörda företaget. Perioder under vilka arbetstagarerna omedelbart före den aktuella tjänsten arbetade vid ett annat driftställe inom samma företag eller inom samma företagskoncern räknas in vid beräkningen av sexmånadersperioden (18 § första stycket i lagen om aktiebolag). Den som inte är röstberättigad i allmänna val på grund av en straffrättslig dom är inte valbar.

2) För det fall driftstället har funnits mindre än sex månader, gäller med undantag från bestämmelserna i första stycket angående kravet på sex månaders tjänstetid, att arbetstagare är valbara om de vid tidpunkten då valet till övervakningsrådet inleds arbetar i företaget och de uppfyller övriga valbarhetskriterier.”

<sup>4</sup> BetrVG (BGB1. 2001 I, s. 2518).

### III. Målet vid den nationella domstolen, tolkningsfrågan och förfarandet vid domstolen

12. Sökanden i målet vid den nationella domstolen, Konrad Erzberger, äger aktier i svarandebolaget, TUI AG, som har sitt säte i Berlin och Hannover. TUI är moderbolag i en koncern som består av ett flertal bolag under dess kontroll (TUI-koncernen), vilken bedriver verksamhet inom turism. Verksamheten bedrivs över hela världen och sysselsätter omkring 10 103 personer i Tyskland och omkring 39 536 personer i nom andra medlemsstater i Europeiska unionen. Varken TUI eller något annat bolag inom TUI-koncernen har verksamhetsgrenar eller filialer i någon annan medlemsstat än den i vilken det har sitt säte.

13. Enligt medbestämmandelagen består TUI:s övervakningsorgan<sup>5</sup> av 20 medlemmar, varav tio är företrädare för aktieägarna och tio företrädare för arbetstagarna.<sup>6</sup>

14. I § 98 i aktiebolagslagen föreskrivs att i händelse av oenighet om vilka rättsliga regler som ska tillämpas på övervakningsorganets sammansättning kan frågan avgöras i domstol.

15. Konrad Erzberger har bland annat gjort gällande att TUI:s övervakningsorgan inte har bildats på ett rättsenligt sätt. Övervakningsorganet skulle enligt honom enbart ha bestått av personer som utsetts av bolagets aktieägare. Den tyska medbestämmandelagstiftningen kan inte tillämpas på frågan om övervakningsorganets sammansättning, då den strider mot artiklarna 18 FEUF och 45 FEUF. Enligt TUI är denna lagstiftning förenlig med unionsrätten.

16. Talan väcktes vid Landgericht Berlin (regional domstol i Berlin, Tyskland) som i beslut av den 12 maj 2015 slog fast att den tyska medbestämmandelagstiftningen inte var oförenlig med unionsrätten.

17. Konrad Erzberger överklagade det beslutet till den hänskjutande domstolen, som hyste vissa tvivel avseende frågan om den tyska medbestämmandelagstiftningen är förenlig med unionsrätten.

18. Den hänskjutande domstolen har i detta avseende anfört att enligt majoritetsuppfattningen i tysk doktrin<sup>7</sup> avses med "arbetstagare" vid tillämpning av medbestämmandelagen enbart arbetstagarna inom företag i Tyskland. Även om detta inte framgår av lydelsen av bestämmelserna i den lagen följer den slutsatsen av territorialitetsprincipen, enligt vilken den tyska rättsordningen inte omfattar andra staters territorier, tillsammans med medbestämmandelagens förarbeten.<sup>8</sup>

19. Den hänskjutande domstolen har även anfört att enligt rättspraxis från Bundesarbeitsgericht (den federala arbetsdomstolen, Tyskland)<sup>9</sup> är lagen om arbetstagarrepresentation, vars 5 § första stycket hänvisar till begreppet "arbetstagare" i 3 § medbestämmandelagen,<sup>10</sup> inte tillämplig på tyska företag i utlandet.

5 Den tyska regeringen har i sina skriftliga yttranden förklarat att övervakningsorganet och styrelsen är bolagsorgan. Även om det är styrelsen som leder bolaget har övervakningsorganet uppgiften att övervaka styrelsen (dualistiskt system).

6 Se 7 § i medbestämmandelagen, som återges i punkt 8 i detta förslag till avgörande. Bland dessa tio företrädare är sju arbetstagare i företaget och tre fackföreningsrepresentanter.

7 Den hänskjutande domstolen har i synnerhet hänvisat till beslut av den 5 juni 1979 av Landgericht Düsseldorf (regional domstol i Düsseldorf, Tyskland) (25 AktE 1/78, DB 1979, s. 1451). Det framgår emellertid av begäran om förhandsavgörande att tysk rättspraxis i frågan inte är entydig. Den hänskjutande domstolen har bland annat anfört att Landgericht Frankfurt am Main (regional domstol i Frankfurt-am-Main, Tyskland) i beslut av den 16 februari 2015 (Beschluss Az. 3–16 O 1/14) har slagit fast att arbetstagare som är anställda utomlands inte är uteslutna från medbestämmande och att de således ska delta i valet av företrädare för arbetstagarna i övervakningsorganet. Enligt den tyska regeringen har det beslutet inte vunnit laga kraft och förfarandet har vilandeförklarats i avvaktan på domstolens avgörande i förevarande mål.

8 Enligt den hänskjutande domstolen har den tyska lagstiftarens vilja att inte innefatta arbetstagare som arbetar i andra medlemsstater i medbestämmandet (inom ramen för en koncern) framgått i en rapport från kommissionen för arbete och sociala frågor i den tyska Bundestag (Ausschuss für Arbeit und Sozialordnung des Bundestages) av den 10 mars 1976 (BT-Drucksache 7/4845, s. 4).

9 Den hänskjutande domstolen har hänvisat till Bundesarbeitsgerichts (federala arbetsdomstolen) beslut av den 22 mars 2000 (7 ABR 34/98, NZA 2000, s. 1119 [1121]).

10 Se punkt 6 i detta förslag till avgörande.

20. Enligt den hänskjutande domstolen följer det härav att arbetstagarna i Tyskland får delta i val av företrädare för arbetstagarna, kan väljas till sådana företrädare och vara ledamöter i övervakningsorganet. Vidare måste en arbetstagare lämna sitt uppdrag som ledamot när han påbörjar tjänstgöring i en annan medlemsstat, även om han alltså är anställd av det tyska bolaget eller ett annat bolag inom samma koncern.

21. Den hänskjutande domstolen anser att det är möjligt att den tyska medbestämmandelagstiftningen medför en diskriminering grundad på nationalitet i den mening som avses i artikel 18 FEUF, genom att arbetstagarna i andra medlemsstater, som får förutsättas i allmänhet inte vara tyskar, till skillnad från arbetstagare i Tyskland inte får välja företrädare i övervakningsorganet eller vara ledamöter i det och därmed inte är tillräckligt representerade i övervakningsorganet. Enligt den hänskjutande domstolen finns det inget som kan motivera denna särbehandling.

22. Under alla förhållanden menar den hänskjutande domstolen att den tyska medbestämmandelagstiftningen är oförenlig med den fria rörligheten för arbetstagare som föreskrivs i artikel 45 FEUF. Det är enligt den domstolen möjligt att risken att förlora uppdraget som ledamot kan avskräcka arbetstagare från att söka tjänster som faktiskt erbjuds och från att i detta syfte fritt röra sig inom medlemsstaternas territorium.

23. Mot den bakgrunden beslutade Kammergericht Berlin (regional domstol i andra instans i Berlin) att vilandeförklara målet och att ställa följande tolkningsfråga till domstolen:

”Är det förenligt med artikel 18 FEUF (principen om icke-diskriminering) och artikel 45 FEUF (fri rörlighet för arbetstagare), att en medlemsstat endast tillåter arbetstagare som arbetar på ett företags inhemska driftsställen eller i inhemska koncernföretag att aktivt och passivt delta i valet av arbetstagarnas representanter i företags övervakningsorgan?”

24. Skriftliga yttranden har inkommit från Konrad Erzberger, TUI, Betriebsrat der TUI AG/TUI Group Services GmbH, Franz Jakobi m.fl. och Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di (nedan gemensamt kallade Betriebsrat der TUI m.fl.), Vereinigung Cockpit e.V, som har anslutit sig till vad Betriebsrat der TUI m.fl. anfört, den tyska regeringen, den österrikiska regeringen och Europeiska kommissionen. Vid förhandlingen, som hölls den 24 januari 2017 yttrade sig Konrad Erzberger, TUI, Betriebsrat der TUI m.fl., den tyska regeringen, den franska regeringen, den luxemburgska regeringen, den nederländska regeringen, den österrikiska regeringen, Eftas övervakningsmyndighet och kommissionen.

#### **IV. Rättslig bedömning**

##### **A. Domstolens behörighet**

25. TUI har gjort gällande att domstolen inte är behörig att besvara tolkningsfrågan eftersom den situation målet vid den nationella domstolen rör inte omfattas av unionsrättens tillämpningsområde.

26. TUI har i synnerhet anfört att sökanden i målet vid den nationella domstolen, Konrad Erzberger, äger aktier i svarandebolaget och inte är arbetstagare, varför han inte påverkas av den påstådda diskriminering eller begränsning som ska följa av den ifrågavarande tyska lagstiftningen. Samma omständighet har även lagts fram av Betriebsrat der TUI m.fl., liksom av den luxemburgska regeringen och den österrikiska regeringen.

27. Domstolen är, enligt fast rättspraxis, inte behörig att pröva en tolkningsfråga avseende en lagstiftning som inte omfattas av unionsrätten och när föremålet för tvisten inte har något samband med de situationer som avses i fördragets bestämmelser.<sup>11</sup>

28. En begäran om förhandsavgörande från en nationell domstol får emellertid bara avvisas av EU-domstolen när det är uppenbart att den begärda tolkningen av unionsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller saken i målet vid den nationella domstolen eller då frågorna är hypotetiska eller EU-domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska eller rättsliga omständigheterna som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den.<sup>12</sup>

29. Så är inte fallet här.

30. Även om sökanden i målet vid den nationella domstolen, Konrad Erzberger, inte omfattas av bestämmelserna i den tyska medbestämmandelagstiftningen i egenskap av aktieägare i TUI, framgår det nämligen av begäran om förhandsavgörande att han gjort bruk av sin rätt att enligt tysk lag<sup>13</sup> väcka talan vid domstol när det föreligger olika uppfattningar om de bestämmelser som gäller för övervakningsorganets sammansättning, genom att bland annat åberopa att dessa bestämmelser om sammansättningen av TUI:s övervakningsorgan inte är tillämpliga för att de strider mot unionsrätten. Vidare har den hänskjutande domstolen anfört att dess bedömning av den talan som Konrad Erzberger väckt är beroende av domstolens svar på tolkningsfrågan. Om den tyska medbestämmandelagstiftningen enligt EU-domstolen helt eller delvis inte ska tillämpas av det skälet att den är oförenlig med unionsrätten ska talan bifallas, helt eller delvis.

31. Härav följer att den tolkning av artiklarna 18 FEUF och 45 FEUF som den hänskjutande domstolen begärt har ett direkt samband med målet vid den nationella domstolen.

32. Domstolen är följaktligen behörig att besvara tolkningsfrågan.

## B. Prövning i sak

### 1. Föremålet för tolkningsfrågan

33. Den hänskjutande domstolen har ställt sin tolkningsfråga för att få klarhet i om den tyska medbestämmandelagstiftningen<sup>14</sup> är förenlig med artiklarna 18 FEUF och 45 FEUF i ett flertal avseenden.

34. Den hänskjutande domstolen har för det första ifrågasatt om regleringen innebär att arbetstagarna i TUI-koncernen som är anställda *i andra medlemsstater* än Tyskland diskrimineras på grund av nationalitet av det skälet att de, i motsats till anställda inom koncernen i Tyskland, inte har rätt att rösta eller kandidera när arbetstagarnas företrädare i moderbolagets (nedan kallat TUI) i TUI-koncernens övervakningsorgan ska utses.

<sup>11</sup> Se, bland annat, beslut av den 25 januari 2007, Koval'ský (C-302/06, ej publicerat, EU:C:2007:64, punkt 20).

<sup>12</sup> Se dom av den 12 oktober 2016, Ranks och Vasiļevičs (C-166/15, EU:C:2016:762, punkt 22).

<sup>13</sup> Se punkt 14 i detta förslag till avgörande.

<sup>14</sup> I tysk rätt särskiljs mellan två typer av medbestämmande för arbetstagarna, dels det som utövas på företagsnivå genom dess styrelse (Betriebsrat), dels det som utövas på bolagsnivå inom ramen för dess övervakningsorgan (Aufsichtsrat). Förevarande mål rör enbart den sistnämnda typen av medbestämmande. Se, i synnerhet, Henssler, M., "Arbeitnehmermitbestimmung im deutschen Gesellschaftsrecht", *Unternehmens-Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedstaaten*, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 2004, s. 133.

35. TUI har inga verksamhetsgrenar eller filialer i andra medlemsstater.<sup>15</sup> Bedömningen i förevarande förslag till avgörande avser alltså inte den situationen när arbetstagare är anställda i en filial eller verksamhetsgren i en annan medlemsstat än den där bolaget har sitt säte. Däremot ska det prövas om en reglering som den som är i fråga i målet vid den nationella domstolen medför en diskriminering av arbetstagare i TUI-koncernen som är anställda i dotterbolag med säte i andra medlemsstater.<sup>16</sup>

36. Den hänskjutande domstolen har, för det andra, ifrågasatt om den tyska lagstiftningen, med avseende på arbetstagarna i *Tyskland*, utgör en begränsning av den fria rörligheten för arbetstagare, eftersom denna lagstiftning, till följd av risken att förlora rätten att rösta och att kandidera, kan avhålla arbetstagarna från att söka en tjänst i en annan medlemsstat eller att göra en sådan flytt mindre lockande.

37. Då tolkningsfrågan avser två olika situationer för två olika kategorier av arbetstagare ska dessa skiljas åt vid tolkningen av de relevanta unionsrättsliga bestämmelserna.

## **2. De unionsrättsliga bestämmelser som ska tolkas**

38. Den tolkningsfråga som ställts av den hänskjutande domstolen avser både artikel 18 FEUF, i vilken den allmänna principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet säkerställs, och artikel 45 FEUF, som rör den fria rörligheten för arbetstagare.

39. Enligt fast rättspraxis tillämpas artikel 18 FEUF fristående enbart i situationer som omfattas av unionsrätten för vilka det inte finns några specifika bestämmelser om diskrimineringsförbud i fördraget.<sup>17</sup> Principen om förbud mot diskriminering har kommit till specifikt uttryck, när det gäller den fria rörligheten för arbetstagare, i artikel 45.2 FEUF.<sup>18</sup>

40. Domstolen ska således inte uttala sig om tolkningen av artikel 18 FEUF om artikel 45 FEUF är tillämplig i förevarande mål.

41. Enligt min mening är artikel 45 FEUF inte tillämplig på arbetstagare i TUI-koncernen som är anställda utanför Tyskland. Bestämmelsen är däremot tillämplig på arbetstagare inom koncernen som är anställda i Tyskland.

## **3. Tillämpligheten av artikel 45 FEUF**

### **a) Begreppet ”övriga arbetsvillkor”**

42. I artikel 45.2 FEUF föreskrivs att den fria rörligheten för arbetstagare ska innebära att all diskriminering av arbetstagare i medlemsstaterna på grund av nationalitet skall avskaffas vad gäller anställning, lön och övriga arbets- och anställningsvillkor.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> Se punkt 12 i detta förslag till avgörande.

<sup>16</sup> Se även fotnot 37 i detta förslag till avgörande.

<sup>17</sup> Se, i synnerhet, dom av den 4 september 2014, *Schiebel Aircraft* (C-474/12, EU:C:2014:2139, punkt 20 och där angiven rättspraxis) och, för ett liknande synsätt, dom av den 29 oktober 2015, *Nagy* (C-583/14, EU:C:2015:737, punkt 24).

<sup>18</sup> Se, för ett liknande synsätt, dom av den 1 december 2011, kommissionen/*Ungern* (C-253/09, EU:C:2011:795, punkt 44 och där angiven rättspraxis) och dom av den 4 september 2014, *Schiebel Aircraft* (C-474/12, EU:C:2014:2139, punkt 21 och där angiven rättspraxis).

<sup>19</sup> Se dom av den 2 mars 2017, *Eschenbrenner* (C-496/15, EU:C:2017:152, punkt 32).

43. Det följer av domstolens praxis att begreppet ”övriga arbetsvillkor” ska tolkas extensivt, på så sätt att bestämmelsen ska förstås så att den föreskriver likabehandling i fråga om allt som har en direkt eller indirekt koppling till utövandet av en avlönad verksamhet i värdmedlemsstaten.<sup>20</sup>

44. Jag anser mot denna bakgrund att rätten att rösta och att kandidera när arbetstagarnas företrädare i bolagets övervakningsorgan ska utses, såsom regleras i den berörda tyska lagstiftningen, rör begreppet ”övriga arbetsvillkor” i den mening som avses i artikel 45.2 FEUF.<sup>21</sup> Enligt den lagstiftningen beror rätten att rösta och att kandidera nämligen just på huruvida en person ska anses vara ”arbetstagare” i den mening som avses i lagstiftningen i fråga.<sup>22</sup> Den är således direkt kopplad till utövandet av en avlönad verksamhet i Tyskland.

## ***b) Anknytning till unionsrätten***

### *1) Allmänna anmärkningar*

45. För att artikel 45 FEUF ska vara tillämplig i förevarande mål krävs det att målet vid den nationella domstolen har en koppling till sådana situationer som avses i den bestämmelsen.

46. TUI, Betriebsrat der TUI m.fl. och den tyska regeringen har bestritt att artikel 45 FEUF är tillämplig i förevarande mål. De har i sak gjort gällande att det saknas gränsöverskridande omständigheter. Däremot har Konrad Erzberger, Eftas övervakningsmyndighet och kommissionen gjort gällande att det finns gränsöverskridande inslag, bland annat mot bakgrund av att en arbetstagare hos ett tyskt bolag som upptar en anställning i en annan medlemsstat förlorar sin rätt att rösta och att kandidera vid val till övervakningsorganet, även om han fortsätter att vara anställd av detta bolag.

47. När det gäller frågan om tillämpligheten av artikel 45 FEUF ska det göras åtskillnad mellan de två kategorierna av arbetstagare som tolkningsfrågan avser, det vill säga arbetstagare inom TUI-koncernen som är anställda i dotterbolag med säte i en annan medlemsstat och arbetstagare som är anställda i Tyskland.<sup>23</sup>

### *2) Arbetstagare i TUI-koncernen som är anställda i dotterbolag i andra medlemsstater*

48. Det kan konstateras att arbetstagare i TUI-koncernen som är anställda i andra medlemsstater än Tyskland inte nödvändigtvis är personer som gjort bruk av sin rätt till fri rörlighet enligt artikel 45 FEUF. Det är nämligen högst sannolikt att denna kategori arbetstagare innefattar ett stort antal personer som är medborgare eller bosatta i den medlemsstat där dotterbolaget finns och där de utför avlönat arbete.

20 Se dom av den 8 maj 2003, Wählergruppe Gemeinsam (C-171/01, EU:C:2003:260, punkt 85). Domstolen har i detta sammanhang konstaterat bland annat att artikel 45.2 FEUF är tillämplig på rätten att rösta och att kandidera i val som anordnas inom såsom organisationer som yrkesorganisationer, till vilka arbetstagarna är obligatoriskt anslutna och avgiftsskyldiga, och som har till uppgift att tillvarata de anslutna arbetstagarnas intressen. Se även dom av den 18 maj 1994, kommissionen/Luxemburg (C-118/92, EU:C:1994:198).

21 Denna slutsats har för övrigt inte ifrågasatts av de parter och berörda som yttrat sig vid domstolen. Betriebsrat der TUI m.fl. har inte ifrågasatt att rätten att rösta och kandidera i val till övervakningsorgan utgör ett arbetsvillkor i den mening som avses i artikel 45.2 FEUF, men menar att detsamma inte gäller för ett uppdrag inom ett sådant övervakningsorgan. Enligt min mening bör det inte göras någon sådan åtskillnad mellan rätten att kandidera till och att utöva ett mandat i övervakningsorganet. Dessa två aspekter är nämligen enligt min mening oupplösligt förbundna med varandra.

22 Se punkterna 5–11 i detta förslag till avgörande.

23 Se punkterna 33–37 i detta förslag till avgörande.



49. I domstolens praxis om fri rörlighet för arbetstagare har det såvitt jag kan se aldrig förekommit att artikel 45 FEUF ansetts vara tillämplig på personer som aldrig gjort bruk av sin rätt till fri rörlighet och som inte i övrigt uppvisar något samband med arbetsmarknaden i den medlemsstat vars lagstiftning ifrågasätts, enbart av det skälet att det dotterbolag i vilket de utför avlönat arbete kontrolleras av ett bolag som har sitt säte i den medlemsstaten.<sup>24</sup>

50. Domstolen har nämligen slagit fast bestämmelserna i fördraget om fri rörlighet för personer syftar till att underlätta för medborgarna i medlemsstaterna att utöva all slags yrkesverksamhet inom unionen och utgör hinder för åtgärder som kan missgynna dessa medborgare när de önskar utöva ekonomisk verksamhet i en annan medlemsstat än deras ursprungsmedlemsstat. Medlemsstaternas medborgare har därvid i synnerhet en rätt, direkt grundad på fördraget, att lämna sitt hemland och bege sig till en annan medlemsstats territorium och uppehålla sig där för att utöva ekonomisk verksamhet.<sup>25</sup>

51. I artikel 45 FEUF säkerställs således, i stora drag, den fria rörligheten i två avseenden. För det första har medlemsstaternas medborgare en rätt enligt denna artikel att behandlas på samma sätt som nationella arbetstagare på arbetsmarknaden i *värdmedlemsstaten*.<sup>26</sup> För det andra innefattar artikeln ett förbud för *ursprungsmedlemsstaten* att otillbörligt begränsa sina medborgares möjligheter att lämna dess territorium för att utöva ekonomisk verksamhet i en annan medlemsstat.<sup>27</sup>

52. Situationen för arbetstagare i TUI-koncernen som är anställda i dotterbolag från andra medlemsstater motsvarar ingen av dessa två situationer när de aldrig utövat sin rätt till fri rörlighet.<sup>28</sup> Att tillämpa artikel 45 FEUF på dessa arbetstagare skulle således innebära en avsevärd utvidgning av tillämpningsområdet för den artikeln.<sup>29</sup>

53. Jag kan, ur teleologisk synpunkt, svårligen förstå hur syftet med artikel 45 FEUF skulle kunna motivera en sådan utvidgning av dess tillämpningsområde. Den gränsöverskridande karaktären av de interna relationerna i en koncern påverkar på intet sätt den omständigheten att situationen för arbetstagarna i praktiken är rent intern i det avseendet att de omständigheter som bestämmer deras arbetssituation begränsas till en enda medlemsstat.<sup>30</sup>

24 Jag konstaterar att det mål som ledde fram till domen av den 8 maj 1994, kommissionen/Luxembourg (C-118/92, EU:C:1994:198) till skillnad från förevarande mål rörde en reglering genom vilken medborgare i andra medlemsstater som var *anställda i den berörda medlemsstaten* vägrades rätten att delta i val som anordnades inom yrkesorganisationer.

25 Se, i synnerhet, dom av den 13 juli 2016, Pöpperl (C-187/15, EU:C:2016:550, punkt 23 och där angiven rättspraxis).

26 Se även artiklarna 7 och 8 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 492/2011 av den 5 april 2011 om arbetskraftens fria rörlighet inom unionen (EUT L 141, 2011, s. 1), där det föreskrivs ett krav på likabehandling för arbetstagare från en medlemsstat *inom en annan medlemsstats territorium*.

27 Domstolen har slagit fast att artikel 45 FEUF utgör hinder för en lagstiftning som missgynnar arbetstagaren enbart av det skälet att han utövat sin rätt till fri rörlighet. Se, för ett liknande synsätt, dom av den 10 mars 2011, Casteels (C-379/09, EU:C:2011:131, punkterna 29 och 30), och dom av den 13 juli 2016, Pöpperl (C-187/15, EU:C:2016:550, punkterna 24–26).

28 Det kan konstateras att för det fall att en sådan arbetstagare faktiskt har utövat sin rätt till fri rörlighet genom att flytta till utlandet från en filial eller ett dotterbolag i koncernen i Tyskland omfattas hans situation av det andra fall som avses med tolkningsfrågan, det vill säga arbetstagarna inom koncernen i Tyskland. Se punkt 36 i detta förslag till avgörande.

29 De skäl som domstolen anfört i sin dom av den 30 april 1996, Boukhalfa (C-214/94, EU:C:1996:174), som kommissionen åberopat, gör sig på intet sätt gällande i förevarande fall. Detsamma gäller skälen i dom av den 6 juni 2000, Angonese (C-281/98, EU:C:2000:296), dom av den 16 januari 2003, kommissionen/Italien (C-388/01, EU:C:2003:30) och dom av den 11 januari 2007, ITC (C-208/05, EU:C:2007:16), vilka Eftas övervakningsmyndighet har åberopat.

30 Det framgår av fast rättspraxis att fördragets bestämmelser om fri rörlighet för personer, och de rättsakter som har antagits för att genomföra dessa bestämmelser, inte kan tillämpas på situationer som inte har någon anknytning till någon av de situationer som avses i unionsrätten och som i alla relevanta avseenden är begränsade till en enda medlemsstat. Se bland annat dom av den 6 oktober 2015, Brouillard (C-298/14, EU:C:2015:652, punkt 26 och där angiven rättspraxis). Se även, när det gäller bestämmelserna i FEUF om etableringsfriheten, friheten att tillhandahålla tjänster och fria kapitalrörelser, dom av den 15 november 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, punkt 47).

54. Exempelvis anser jag att situationen för en arbetstagare som är anställd vid TUI-koncernens franska dotterbolag är en rent intern angelägenhet för Republiken Frankrike. Denne arbetstagare är anställd i Frankrike av ett bolag som bildats enligt fransk rätt<sup>31</sup> enligt vilken rättsordning även arbetstagarens anställningsavtal i allmänhet regleras<sup>32</sup> och, på ett mer allmänt plan, hans eller hennes arbetsförhållanden.<sup>33</sup> Den geografiska lokaliseringen av ägandet av eller kontrollen över det bolag i vilket denne arbetstagare är anställd saknar betydelse för dennes arbetsituation, som faktiskt är helt jämförbar med arbetsituationen för andra arbetstagare anställda i Frankrike.

55. Mot den bakgrunden anser jag att den omständigheten att det bolag i vilket arbetstagaren är anställd ägs eller kontrolleras av ett bolag i en annan medlemsstat inte i sig kan utgöra en anknytningsfaktor till någon av de situationer som avses i artikel 45 FEUF. Med andra ord påverkas inte den fria rörligheten för arbetstagare av den omständigheten att arbetsgivaren förvärvat av ett bolag från en annan medlemsstat. Den omständigheten är nämligen, ur arbetstagarens synpunkt, extern och saknar varje koppling till arbetstagarens handlande.<sup>34</sup>

56. Den slutsatsen påverkas inte av vad Konrad Erzberger anfört om att arbetstagarna i TUI:s dotterbolag i andra medlemsstater direkt påverkas av besluten i TUI:s övervakningsorgan<sup>35</sup> och att uteslutandet av dessa arbetstagare från de tyska medbestämmandereglerna medför en underrepresentation för nationella arbetstagare i det övervakningsorganet, vilket är särskilt problematiskt när det gäller beslut om att starta eller lägga ned etableringar i andra medlemsstater.<sup>36</sup>

57. Utan att förringa relevansen av sådana överväganden i en nationell politisk kontext kan det konstateras att de inte är sådana att de kan medföra att tillämpningsområdet för artikel 45 FEUF ska omfatta situationer som saknar koppling till den fria rörligheten för arbetstagare.

58. Mot bakgrund av vad som ovan anförts anser jag att artikel 45 FEUF inte är tillämplig på arbetstagare i TUI-koncernen som är anställda i koncernens dotterbolag i andra medlemsstater.<sup>37</sup>

31 Se, när det gäller ett företags anknytning till en medlemsstats rättsordning, dom av den 9 mars 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, punkt 20), dom av den 5 november 2002, Überseering (C-208/00, EU:C:2002:632, punkt 57), dom av den 30 september 2003, Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512, punkt 97), och dom av den 12 december 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, EU:C:2006:773, punkt 43).

32 Se i detta avseende artikel 8.2 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 593/2008 av den 17 juni 2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (Rom I) (EUT L 177, 2008, s. 6), enligt vilken det enskilda anställningsavtalet i avsaknad av överenskommelse därom mellan parterna ska vara underkastat lagen i det land där den anställde vid fullgörande av avtalet vanligtvis utför sitt arbete.

33 Se, i detta avseende, punkterna 74 och 75 i detta förslag till avgörande.

34 Däremot kan bolagets uppbyggnad och kapital vara relevant med avseende på andra bestämmelser om den fria rörligheten i fördraget. Enligt domstolens praxis omfattar tillämpningsområdet för de bestämmelser i fördraget som avser etableringsfriheten sådana nationella bestämmelser som är tillämpliga på den andel som en medborgare i den berörda medlemsstaten innehar i kapitalet i ett bolag som är etablerat i en annan medlemsstat, vilken andel ger nämnde medborgare ett bestämmande inflytande över detta bolags beslut och möjlighet att avgöra bolagets verksamhet. Se dom av den 29 mars 2007, Rewe Zentralfinanz (C-347/04, EU:C:2007:194, punkt 22 och där angiven rättspraxis). Däremot ska de nationella bestämmelser som är tillämpliga på andelsinnehav som förvärvats uteslutande i placeringssyfte utan avsikt att erhålla något inflytande på förvaltning och kontroll av företaget bedömas enbart utifrån den fria rörligheten för kapital. Se dom av den 13 november 2012, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-35/11, EU:C:2012:707, punkt 92).

35 Konrad Erzberger har i detta avseende anfört att övervakningsorganets inflytande inte är begränsat till det tyska territoriet, utan innefattar hela koncernen inklusive filialer och dotterbolag i andra medlemsstater.

36 Se, när det gäller den påstådda "bristen på legitimitet" i den tyska medbestämmandelagstiftningen till följd av uteslutande av arbetstagare som är anställda utanför det tyska territoriet, Hellgardt, A., "Unionsrechtswidrigkeit der deutschen Mitbestimmung" och Hellwig, H.-J., "Vorschlag zur Einbeziehung im Ausland tätiger Arbeitnehmer in die deutsche Unternehmensmitbestimmung: Inpflichtnahme des vorstands anstelle der Betriebsverfassungsorgane zur Organisation der Wahlen"«, *Deutsche Mitbestimmung unter europäischen Reformzwang*, Fachmedien Recht und Wirtschaft, dfv Mediengruppe, Frankfurt Am Main, 2016, s. 25, 26, 162 och 163, rapport från Kommission Mitbestimmung, *Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen, Bilanz und Perspektiven*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 1998, s. 106 och 107, och förslaget från arbetsgruppen "Unternehmerische Mitbestimmung" (ZIP 2009, s. 885), avsnitt A.II.1.

37 Den bedömning som redovisas i förevarande förslag till avgörande avser inte den situationen när arbetstagaren är anställd i en filial eller en verksamhetsgren i en annan medlemsstat än den där bolaget har sitt säte, eftersom den situationen inte föreligger i målet vid den nationella domstolen. Se punkterna 12 och 35 i detta förslag till avgörande. Det kan således inte uteslutas att det i framtiden kan vara nödvändigt att ytterligare precisera tillämpligheten av artikel 45 FEUF i en sådan situation. I den mån arbetstagaren är anställd direkt av bolaget är anställningsförhållandet i sig nämligen gränsöverskridande.

59. Jag ska vidare framhålla att, tvärtemot vad Konrad Erzberger och kommissionen förefaller göra gällande, inte heller artikel 18 FEUF kan tillämpas på dessa arbetstagare. Såsom framgår av domstolens fasta praxis kan inte den princip om förbud mot diskriminering som slås fast i den artikeln tillämpas på rent interna situationer i en medlemsstat som saknar varje koppling till sådana situationer som omfattas av unionsrätten.<sup>38</sup>

### 3) Arbetstagare i TUI-koncernen som är anställda i Tyskland

60. När det gäller arbetstagare i TUI-koncernen som är anställda i Tyskland anser jag däremot, till skillnad från vad TUI och den tyska regeringen har gjort gällande, att artikel 45 FEUF kan vara tillämplig.

61. Det är en situation som avses i artikel 45 FEUF när en arbetstagare i TUI-koncernen som är anställd i Tyskland lämnar eller önskar lämna den medlemsstaten för att tjänstgöra i ett dotterbolag i samma koncern som etablerats i en annan medlemsstat.

62. Jag anser, till skillnad från TUI, att det inte rör sig om en ur ett professionellt perspektiv rent hypotetisk situation i vilken artikel 45 FEUF inte är tillämplig.<sup>39</sup> Tvärtom förefaller det mig mycket väl vara möjligt att en arbetstagare inom en gränsöverskridande koncern såsom den som svarandebolaget ingår i<sup>40</sup> övergår, antingen på eget initiativ eller på arbetsgivarens, mellan två bolag som ingår i koncernen, med säte i olika medlemsstater.

63. Jag delar inte heller det synsätt som den tyska regeringen förefaller ha, att artikel 45 FEUF inte skulle vara tillämplig på arbetstagare i TUI-koncernen som är anställda i Tyskland eftersom det i artikel 45.3 c FEUF enbart föreskrivs en rätt för arbetstagare att uppehålla sig i en medlemsstat för att inneha anställning där ”i överensstämmelse med de lagar och andra författningar som gäller för anställning av medborgare i den staten”.

64. Det kan konstateras att tredje punkten i artikel 45 FEUF inte är avsedd att begränsa tillämpningsområdet för den artikeln, utan snarare att precisera *innehållet* i rätten till fri rörlighet, i den mån artikeln faktiskt är tillämplig.<sup>41</sup>

65. Jag ska slutligen påpeka att, tvärtemot vad TUI och den tyska regeringen förefaller göra gällande, avsaknaden av harmonisering på unionsnivå när det gäller medbestämmande för arbetstagare inte påverkar bedömningen av huruvida artikel 45 FEUF är tillämplig i målet vid den nationella domstolen.

38 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 januari 1986, Hurd (44/84, EU:C:1986:2, punkt 55 och där angiven rättspraxis).

39 De skäl som domstolen anför i sin dom av den 28 juni 1984, Moser (180/83, EU:C:1984:233), vilka TUI åberopat, gör sig nämligen inte gällande i de förhållanden som råder i förevarande mål, mot bakgrund av att det målet avser en situation som skiljer sig från den som domstolen har att bedöma i förevarande mål.

40 TUI-koncernen sysselsätter omkring 10 103 personer i Tyskland och omkring 39 536 personer i andra medlemsstater i unionen. Se punkt 12 i detta förslag till avgörande.

41 I artikel 45.3 c FEUF föreskrivs att [den fria rörligheten] ”*innehåller rätt att* [med förbehåll för de begränsningar som grundas på hänsyn till allmän ordning, säkerhet och hälsa] ... c uppehålla sig i en medlemsstat i syfte att inneha anställning där i överensstämmelse med de lagar och andra författningar som gäller för anställning av medborgare i den staten” (min kursivering). Jag anser däremot att den bestämmelsen är relevant när det gäller att avgöra om lagstiftningen medför en begränsning av den fria rörligheten för arbetstagare. Se, i detta avseende, punkt 74 och följande punkter i detta förslag till avgörande.

66. Även om medlemsstaterna i avsaknad av en sådan harmonisering<sup>42</sup> i princip är fria att avgöra i vilken utsträckning arbetstagare ska vara delaktiga i styrningen av de bolag som är verksamma inom deras territorium, är de skyldiga att utöva denna behörighet med iakttagande av unionsrätten och, bland annat, bestämmelserna i artikel 45 FEUF om fri rörlighet för arbetstagare.<sup>43</sup>

67. Mot bakgrund av vad som ovan anförts anser jag att artikel 45 FEUF är tillämplig på arbetstagare i TUI-koncernen som är anställda i Tyskland när de lämnar eller önskar lämna den medlemsstaten för att tjänstgöra i ett dotterbolag inom samma koncern i en annan medlemsstat.

68. Det ska därför prövas, mot bakgrund av detta scenario, om en reglering såsom den i målet vid den nationella domstolen är förenlig med artikel 45 FEUF. Det finns däremot inte skäl att pröva om denna reglering är förenlig med artikel 18 FEUF.<sup>44</sup>

69. I den bedömningen redovisar jag skälen till att jag anser att en sådan reglering inte begränsar den fria rörligheten för arbetstagare (avsnitt 4 a). Subsidiärt förklarar jag varför jag anser att en eventuell begränsning som en sådan reglering kan innebära motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset (avsnitt 4 b).

#### ***4. Huruvida en nationell lagstiftning som den i det nationella målet är förenlig med artikel 45 FEUF***

##### ***a) Avsaknaden av en begränsning***

70. Det följer av domstolens praxis att även om bestämmelserna om fri rörlighet för arbetstagare enligt deras lydelse särskilt syftar till att säkerställa nationell behandling i värdmedlemsstaten, uppställer de samtidigt ett förbud mot att ursprungsstaten hindrar en av sina medborgare från att fritt acceptera och inneha en anställning i en annan medlemsstat.<sup>45</sup>

71. Domstolen har i detta sammanhang slagit fast att nationella bestämmelser genom vilka en arbetstagare som är medborgare i en medlemsstat hindras eller avskräcks från att lämna sitt hemland för att utöva sin rätt till fri rörlighet utgör hinder för denna frihet, även om de tillämpas oberoende av de berörda arbetstagarnas nationalitet.<sup>46</sup> Den har vidare konstaterat att artikel 45 FEUF utgör hinder för varje åtgärd som, även om den tillämpas utan diskriminering med avseende på nationalitet, kan göra det svårare eller mindre attraktivt för unionsmedborgarna att utöva de grundläggande friheter som garanteras enligt fördraget.<sup>47</sup>

72. Konrad Erzberger, Eftas övervakningsmyndighet och kommissionen har, med hänvisning till denna rättspraxis, gjort gällande att uteslutandet av arbetstagarna i TUI-koncernen som är anställda i andra medlemsstater från de tyska reglerna om medbestämmande medför en begränsning av den fria rörligheten för arbetstagare i den mening som avses i artikel 45 FEUF. Enligt dem kan den

42 Med undantag för vad som gäller för europabolag (EB), europeiska kooperativa föreningar (EKF) och gemenskapsföretag, liksom vid gränsöverskridande fusioner av bolag med begränsat ansvar, har frågan om arbetstagarnas deltagande i ledningen av bolag inte varit föremål för lagstiftning på Europainivå, om jag inte misstar mig. Se i detta avseende rådets direktiv 2001/86/EG av den 8 oktober 2001 om komplettering av stadgan för europabolag vad gäller arbetstagarinflytande (EGT L 294, 2001, s. 22), rådets direktiv 2003/72/EG av den 22 juli 2003 om komplettering av stadgan för europeiska kooperativa föreningar med avseende på arbetstagarinflytande (EUT L 207, 2003, s. 25), Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/38/EG av den 6 maj 2009 om inrättande av ett europeiskt företagsråd eller ett förfarande i gemenskapsföretag och grupper av gemenskapsföretag för information till och samråd med arbetstagare (EUT L 122, 2009, s. 28) respektive artikel 16 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/56/EG av den 26 oktober 2005 om gränsöverskridande fusioner av bolag med begränsat ansvar (EUT L 310, 2005, s. 1).

43 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 26 februari 2015, Martens (C-359/13, EU:C:2015:118, punkt 23).

44 Se punkterna 39 och 40 i detta förslag till avgörande.

45 Se, bland annat, dom av den 26 maj 2016, Kohll och Kohll-Schlesser (C-300/15, EU:C:2016:361, punkt 36 och där angiven rättspraxis).

46 Se, bland annat, dom av den 17 mars 2005, Kranemann (C-109/04, EU:C:2005:187, punkt 26 och där angiven rättspraxis).

47 Se, i synnerhet, dom av den 10 mars 2011, Casteels (C-379/09, EU:C:2011:131, punkt 22 och där angiven rättspraxis).

omständigheten att en arbetstagare som är anställd i Tyskland förlorar sin rätt att rösta och kandidera vid val av företrädare i koncernens moderbolags övervakningsorgan om han eller hon flyttar till ett dotterbolag i en annan medlemsstat avhålla arbetstagaren från att utöva sin rätt till fri rörlighet eller i vart fall göra det mindre attraktivt att utöva denna rätt. Det gäller i synnerhet för arbetstagare som redan valts till företrädare i övervakningsorganet, då de måste lämna sitt uppdrag i övervakningsorganet när de flyttar sin anställning till ett dotterbolag i en annan medlemsstat.<sup>48</sup>

73. TUI, Betriebsrat der TUI m.fl., den tyska regeringen, den luxemburgska regeringen och den österrikiska regeringen har gjort gällande att det inte föreligger någon begränsning av den fria rörligheten för arbetstagare.

74. Enligt artikel 45.3 c FEUF innefattar den rätt till fri rörlighet för arbetstagare som slås fast i den artikeln bland annat rätten att ”uppehålla sig i en medlemsstat i syfte att inneha anställning där i överensstämmelse med de lagar och andra författningar som gäller för anställning av medborgare i den staten”.<sup>49</sup>

75. En migrerande arbetstagare har således en rätt enligt artikel 45 FEUF att behandlas lika med nationella arbetstagare i värdmedlemsstaten, på så sätt att de har rätt att utöva ekonomisk verksamhet på de villkor som föreskrivs i lagstiftningen i den medlemsstaten. Däremot ger artikel 45 FEUF inte arbetstagaren någon rätt att exportera sina arbetsvillkor i ursprungsmedlemsstaten till en annan medlemsstat. Såsom generaladvokaten Fennelly anför i sitt förslag till avgörande i målet Graf ”måste arbetstagaren [i normalfallet] acceptera den nationella arbetsmarknaden som den är”.<sup>50</sup>

76. Det framgår logiskt nog av fast rättspraxis att artikel 45 FEUF inte avser den eventuella åtskillnad i behandling som kan bli följden av olikheter i nationell lagstiftning, så länge som dessa tillämpas på varje person som omfattas av deras tillämpningsområde, enligt objektiva kriterier utan hänsyn till nationalitet.<sup>51</sup> På liknande sätt har domstolen slagit fast att, när det gäller artikel 18 FEUF, det inte är oförenligt med principen om förbud mot diskriminering att tillämpa nationella rättsregler enbart av det skälet att andra medlemsstater tillämpar mindre stränga bestämmelser.<sup>52</sup>

77. Domstolen har vidare konstaterat att unionens primärrätt inte kan garantera att en försäkrad persons flytt från sin ursprungsmedlemsstat till en annan medlemsstat är konsekvensneutral vad avser social trygghet, eftersom en sådan flytt, mot bakgrund av de skillnader som förekommer mellan medlemsstaternas system och lagstiftning på området, kan vara mer eller mindre fördelaktig eller ofördelaktig för den berörda personen när det gäller social trygghet.<sup>53</sup> Detta synsätt är enligt min mening direkt överförbart på regleringar i medlemsstaterna angående arbetstagarnas medbestämmande. Rätten att rösta och att kandidera vid val av företrädare i bolagens övervakningsorgan, som föreskrivs i den berörda tyska lagstiftningen, är enligt min mening ett arbetsvillkor i den mening som avses i artikel 45.2 FEUF.<sup>54</sup>

48 Förutom förlusten av inflytande och anseende kan en ledamot i ett övervakningsorgan även, enligt Konrad Erzberger, förlora de ekonomiska förmåner som följer av hans ställning i detta organ, om han flyttar till en annan medlemsstat. Enligt honom erhåller ledamöter i TUI:s övervakningsorgan, i enlighet med svarandebolagets stadgar, en fast ersättning om 50 000 euro årligen, med tillägg för en ersättning för utförda tjänster. Till detta kommer även närvaroersättning. Ordförandena och deras företrädare erhåller ett flera gånger högre belopp.

49 Min kursivering. Se även artikel 2 i förordning nr 492/2011, enligt vilken varje ”medborgare i en medlemsstat och varje arbetsgivare som utövar någon verksamhet inom en medlemsstats territorium får utbyta anställningsansökningar respektive erbjudanden om anställning och får ingå och fullfölja anställningsavtal i enlighet med de villkor som gäller enligt lagar och andra författningar, utan att någon diskriminering blir följden därav” (min kursivering).

50 Generaladvokaten Fennellys förslag till avgörande i målet Graf (C-190/98, EU:C:1999:423, punkt 32).

51 Se, bland annat, dom av den 28 juni 1978, Kenny (1/78, EU:C:1978:140, punkt 18).

52 Se dom av den 17 oktober 1995, Fishermen’s Organisations m.fl. (C-44/94, EU:C:1995:325, punkt 45 och där angiven rättspraxis).

53 Se i synnerhet, för ett liknande resonemang, dom av den 13 juli 2016, Pöpperl (C-187/15, EU:C:2016:550, punkt 24). Se även, i frågor rörande beskattning, dom av den 2 mars 2017, Eschenbrenner (C-496/15, EU:C:2017:152, punkt 46), och dom av den 26 april 2007, Alevizos (C-392/05, EU:C:2007:251, punkt 76 och där angiven rättspraxis).

54 Se punkterna 42–44 i detta förslag till avgörande.

78. Härav följer enligt min mening att en arbetstagare som lämnar Tyskland för att utöva ekonomisk verksamhet i en annan medlemsstat inte med stöd av artikel 45 FEUF kan bibehålla de rättigheter till medbestämmande som föreskrivs i den tyska lagstiftningen. Däremot har arbetstagaren i den medlemsstat han eller hon kommer till en rätt till medbestämmande om så föreskrivs i de bestämmelser som gäller där.

79. I förevarande mål är frågan emellertid om samma slutsats också gäller när arbetstagaren flyttar *inom en koncern*. Det ska med andra ord prövas om en arbetstagare som flyttar från ett bolag till ett annat bolag inom samma koncern men där bolagen är etablerade i olika medlemsstater, med stöd av artikel 45 FEUF, kan göra gällande en rätt att efter denna flytt bibehålla vissa rättigheter till medbestämmande i koncernens moderbolag som han har enligt lagstiftningen i sin ursprungsmedlemsstat. Detta är i huvudsak vad Konrad Erzberger, Eftas övervakningsmyndighet och kommissionen gjort gällande.

80. Jag anser att den frågan bör besvaras nekande.

81. Jag kan nämligen inte finna någon grund i fördragen eller i domstolens praxis för att göra skillnad mellan en arbetstagare som byter arbete mellan två företag som inte är relaterade och finns i olika medlemsstater och en arbetstagare som flyttar mellan två bolag inom samma koncern men som är etablerade i olika medlemsstater. Det rör sig i båda fallen, från perspektivet avseende fri rörlighet för arbetstagare, om en flyttning från en medlemsstat till en annan, med alla de konsekvenser som det medför för arbetstagaren, och däribland en förändring av de tillämpliga arbetsvillkoren. Såsom redan anförts påverkar inte *koncernens* gränsöverskridande art den omständigheten att *arbetstagarens* situation i princip bestäms utifrån lagstiftningen i den medlemsstat där vilken den avlönade verksamheten utövas.<sup>55</sup>

82. Även om jag har viss sympati för tanken att varje arbetstagare som är anställd inom en koncern inom unionen ska ha rätt till samma medbestämmande inom koncernen, oavsett var han eller hon är anställd kan det konstateras att, på unionsrättens nuvarande stadium, arbetstagarnas medbestämmande i nationella bolag i medlemsstaterna ännu inte blivit föremål för harmonisering på unionsnivå.<sup>56</sup> I avsaknad av sådan harmonisering anser jag att frågan huruvida arbetstagare inom koncernen som är anställda i andra medlemsstater ska inkluderas i medbestämmandet är en fråga för medlemsstaterna att avgöra.<sup>57</sup>

<sup>55</sup> Se punkterna 53–54 i detta förslag till avgörande.

<sup>56</sup> Se fotnot 42 i detta förslag till avgörande. Jag konstaterar att kommissionen år 1972 föreslog en partiell harmonisering av medlemsstaternas regleringar av arbetstagarnas medbestämmande vid nominering till eller entledigande från aktiebolagens övervakningsorgan, vilket dock inte fick stöd från rådet. Se, i synnerhet, åttonde skälet och artikel 4 i kommissionens förslag av den 9 oktober 1972 till Europaparlamentets och rådets femte direktiv om samordning av de garantier som medlemsstaterna kräver av bolag enligt artikel 58, andra stycket i fördraget, för att skydda såväl delägarnas som tredje mans intressen vad gäller aktiebolagsformer samt deras organs befogenheter och skyldigheter (KOM(1972)887). Förslaget återkallades genom kommissionens meddelande av den 21 december 2001 (KOM (2001)763 slutlig).

<sup>57</sup> Medlemsstaternas lagstiftare uppvisar avsevärda skillnader i fråga om arbetstagarnas medbestämmande. Se, i detta avseende, bilaga III i expertgruppens slutliga rapport, *Systèmes européens d'implication des salariés*, från maj 1997 (Davignon-rapporten) (C4–0455/97) och punkt 3.2 och rapport från Reflection Group On the Future of EU Company Law av den 5 april 2011, båda upprättade på initiativ av kommissionen. Rapporterna nämns uttryckligen i den tyska medbestämmandelagstiftningen. Se, även, *Unternehmens-Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedstaaten* (citerad i fotnot 14) och Wansleben, T., "Arbeitnehmermitbestimmung auf Organebene in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union im Rechtsvergleich", *Deutsche Mitbestimmung unter europäischem Reformzwang* (citerad i fotnot 36), s. 108–134.

83. Jag anser med andra ord att en medlemsstat, på unionsrättens nuvarande stadium, inte är skyldig att enligt artikel 45 FEUF ge en arbetstagare som lämnar dess territorium för att utöva ekonomisk verksamhet i en annan medlemsstat samma rätt till medbestämmande som arbetstagare som är anställda inom medlemsstatens territorium, utan den frågan får avgöras enligt dess nationella lagstiftning.<sup>58</sup>

84. Min slutsats är att en reglering, såsom den som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, i vilken det föreskrivs att enbart de arbetstagare som är anställda vid de bolag eller i de koncerner som befinner sig på medlemsstatens nationella territorium har rätt att rösta och kandidera vid val av företrädare för arbetstagarna i bolagets övervakningsorgan utgör inte någon begränsning av den fria rörligheten för arbetstagare i den mening som avses i artikel 45 FEUF.

85. Av fullständighetsskäl och för det fall att domstolen skulle anse att en reglering såsom den som är i fråga i målet vid den nationella domstolen medför en begränsning av den fria rörligheten för arbetstagare i den mening som avses i artikel 45 FEUF ska jag i följande avsnitt ange skälen till varför jag anser att en sådan begränsning i alla händelser är motiverad.<sup>59</sup>

#### ***b) I andra hand: Förekomsten av tvingande skäl***

86. Enligt domstolens praxis kan en nationell bestämmelse som kan begränsa den fria rörligheten för arbetstagare, vilket i princip är förbjudet enligt artikel 45 FEUF, endast tillåtas när den eftersträvar ett av de legitima målen i fördraget eller är motiverad av tvingande skäl av allmänintresse. Då krävs även att dess tillämpning är ägnad att säkerställa att målet i fråga uppnås och att denna tillämpning inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål.<sup>60</sup>

87. I förevarande mål har inget av de legitima mål som anges i artikel 45.3 FEUF åberopats av de parter och berörda som yttrat sig inför domstolen.<sup>61</sup> Tvärtom har de gjort gällande att tvingande skäl av allmänintresse föreligger, om domstolen skulle konstatera att den ifrågavarande tyska lagstiftningen medför en begränsning av den fria rörligheten för arbetstagare i den mening som avses i artikel 45 FEUF.

58 I vissa medlemsstater ges arbetstagare som är anställda i andra medlemsstater rätten att rösta och kandidera i val till nationella administrativa eller styrande organ. Se, när det gäller Danmark, 140 § första stycket och 141 § första och tredje styckena i lovbeholdtgørelse nr. 1089 om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven) (lagdekret nr 1089 om bolag) av den 14 september 2015, och 2, 15, 16 och 48 §§ i bekendtgørelse nr. 344 om medarbejderrepræsentation i aktie- og anpartsselskaber (dekret nr 344 om arbetstagarnas representation i bolag) av den 30 mars 2012. Enligt dessa bestämmelser inkluderas arbetstagare som är anställda i *företag* som tillhör ett danskt bolag i andra medlemsstater inom unionen och EES i medbestämmanderegleringen avseende det bolaget. Vidare kan bolagsstämman i danska bolag besluta att inkludera arbetstagare som är anställda i dotterbolag till det bolaget med säte i andra medlemsstater inom unionen och EES i regleringen för medbestämmande i det danska moderbolaget. Eftas övervakningsmyndighet har anfört att det i norsk lagstiftning också föreskrivs en möjlighet att inkludera arbetstagare i andra medlemsstater i medbestämmanderegleringen för dess norska moderbolag.

59 Jag ska för fullständighetens skull påpeka att, i sådant fall, den rättspraxis som följer av domen i målet Graf (dom av den 27 januari 2000, C-190/98, EU:C:2000:49, punkterna 24 och 25 och där angiven rättspraxis), som åberopats av flera av parterna och de berörda, inte är tillämplig på en sådan reglering som är i fråga i målet vid den nationella domstolen. Förlusten av rätt att rösta och kandidera vid val av företrädare för arbetstagarna i bolagets övervakningsorgan vid flyttning till en annan medlemsstat kan nämligen enligt min mening inte anses som en alltför slumpmässig och indirekt omständighet i den mening som avses i denna rättspraxis. Se, i detta avseende, dom av den 1 april 2008, Gouvernement de la Communauté française och gouvernement wallon (C-212/06, EU:C:2008:178, punkt 51). Se även, för ett motsvarande synsätt när det gäller den fria rörligheten för kapital, säkerställd genom artikel 63 FEUF och följande artiklar, dom av den 14 februari 2008, kommissionen/Spanien (C-274/06, ej publicerad, EU:C:2008:86, punkt 24).

60 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 december 2013, Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken (C-514/12, EU:C:2013:799, punkterna 35 och 36 och där angiven rättspraxis).

61 Enligt artikel 45.3 FEUF godtas inskränkningar som grundas på hänsyn till allmän ordning, säkerhet och hälsa.

### 1) Tvingande skäl av allmänintresse

88. TUI, den tyska regeringen och den österrikiska regeringen har väsentligen åberopat skäl grundade på territorialitetsprincipen såsom den erkänts i folkkrätten och unionsrätten.<sup>62</sup> Det följer av denna princip att den tyska lagstiftarens behörighet är begränsad till det tyska territoriet, vilket förhindrar att arbetstagare som är anställda i andra medlemsstater inkluderas i den tyska medbestämmandelagstiftningen. Den franska regeringen har snarare uppfattningen att förevarande mål ger domstolen tillfälle att beakta ett nytt tvingande skäl av allmänintresse, nämligen nödvändigheten av att erkänna de stora skillnader som finns mellan medlemsstaternas regleringar i fråga om medbestämmande för arbetstagarna. I samma riktning har Betriebsrat der TUI m.fl. hänvisat till artikel 4.2 FEU, enligt vilken unionen ska respektera medlemsstaternas nationella identitet. Slutligen har kommissionen anfört att behovet av att säkerställa medbestämmandereglerens ändamålsenliga verkan kan motivera en begränsning av arbetstagarnas fria rörlighet, vilket det i så fall skulle ankomma på den nationella domstolen att bedöma.<sup>63</sup>

89. Konrad Erzberger och Eftas övervakningsmyndighet anser däremot att de tvingande skäl av allmänintresse som gjorts gällande i förevarande mål inte kan motivera den begränsning av den fria rörligheten som följer av den ifrågasatt regleringen. Den hänskjutande domstolen förefaller dela denna uppfattning.<sup>64</sup>

### 2) Motivering utifrån territorialitetsprincipen

90. Territorialitetsprincipen har i förevarande mål åberopats som ett hinder mot att den tyska medbestämmandelagstiftningen görs tillämplig på arbetstagare som är anställda utanför Tyskland. Det följer nämligen av den principen att den tyska lagstiftaren inte är behörig att lagstifta på ett sätt som inkluderar dessa arbetstagare i regleringen i fråga.

91. Såsom framgår av den bedömning som redovisats ovan anser jag att Tyskland *inte är skyldigt att*, enligt artikel 45 FEUF, ge arbetstagare som lämnar dess territorium för att utöva ekonomisk verksamhet i en annan medlemsstat samma rätt till medbestämmande som ges till arbetstagare som är anställda i Tyskland enligt den ifrågasatt tyska regleringen.<sup>65</sup> För det fall domstolen skulle bedöma att denna reglering utgör en begränsning av den fria rörligheten för arbetstagare i den mening som avses i artikel 45 FEUF, anser jag emellertid att territorialitetsprincipen *inte hindrar* Tyskland från att inkludera de förstnämnda arbetstagarna i sin medbestämmandelagstiftning.

62 De har bland annat hänvisat till dom av den 24 november 1992, Poulsen och Diva Navigation (C-286/90, EU:C:1992:453, punkterna 9, 28 och 29), dom av den 14 juli 1994, Peralta (C-379/92, EU:C:1994:296, punkterna 46 och 47), dom av den 5 oktober 1994, van Schaik (C-55/93, EU:C:1994:363, punkt 16), dom av den 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punkterna 36 och följande punkter), och dom av den 29 november 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punkterna 43 och följande punkter).

63 Den nationella domstolen har därvid enligt kommissionen att bedöma om den tyska lagstiftningen ur praktisk och organisatorisk synvinkel kan utsträckas till arbetstagare som är anställda i andra medlemsstater.

64 Se punkt 21 i detta förslag till avgörande.

65 Se punkt 83 i detta förslag till avgörande. Vidare föreskrivs inte heller i direktiven om medbestämmande för arbetstagare i europabolag (EB) och europeiska kooperativa föreningar (EKF) att den nationella medbestämmandelagstiftningen ska tillämpas på arbetstagare som är anställda i andra medlemsstater. Se, bland annat, referensbestämmelserna i del 1 a och 1 b första stycket i bilagan i direktiven 2001/86 och 2003/72. Detsamma gäller beträffande inrättandet av europeiska företagsråd inom gemenskapsföretag och gemenskapskoncerner, enligt de subsidiära bestämmelser som antagits av medlemsstaterna enligt direktiv 2009/38. Se punkt 1 b i bilagan i det direktivet.



92. Domstolen har erkänt territorialitetsprincipen som legitimt mål som kan motivera en begränsning av den fria rörligheten, i synnerhet inom ramen för nationella regleringar på skatteområdet som medför hinder för den etableringsfrihet som föreskrivs i fördraget.<sup>66</sup> Principen har ofta anförts tillsammans med andra legitima mål, främst att bevara uppdelningen av medlemsstaternas beskattningsrätt.<sup>67</sup> Domstolen har i detta sammanhang konstaterat att territorialitetsprincipen medför att begränsningarna i medlemsstaternas beskattningsrätt ska beaktas vid tillämpningen av unionsrätten.<sup>68</sup>

93. Jag tvivlar allvarligt på att den rättspraxis som gäller på skatteområdet låter sig överföras på förevarande situation.

94. För det första avser territorialitetsprincipen på skatteområdet att ge en lösning på specifika problem inom det området, i synnerhet när det gäller undvikande av dubbelbeskattning<sup>69</sup> och att förhindra situationer som kan äventyra ursprungsmedlemsstatens rätt att utöva sin beskattningsrätt på verksamhet som utförs på dess territorium.<sup>70</sup>

95. Sådana problem gör sig inte gällande på området för arbetstagarnas medbestämmande. Jag menar således att det inte finns något som hindrar att en arbetstagare som är anställd vid ett dotterbolag i en annan medlemsstat än den där moderbolaget finns åtnjuter ett ”dubbelt företräderskap”, det vill säga dels i dotterbolaget enligt lagstiftningen där han är anställd, dels i moderbolaget enligt regleringen i den medlemsstat där det bolaget har sitt säte.

96. För det andra anser jag att, tvärtemot vad TUI samt den tyska regeringen och den nederländska regeringen har anförts, ett inkluderande av arbetstagare som är anställda i andra medlemsstater i den tyska medbestämmandelagstiftningen inte i sig innebär ett intrång i andra medlemsstaters suveränitet eller lagstiftningsbefogenheter. Jag anser nämligen, i likhet med Eftas övervakningsmyndighet och kommissionen att frågan huruvida arbetstagarna kan delta i valet av företrädare i övervakningsorganet i ett tyskt bolag helt omfattas av den tyska lagstiftarens behörighet.<sup>71</sup> Det föreligger med andra ord ingen behörighetskonflikt.<sup>72</sup>

97. Jag anser mot denna bakgrund att ett uteslutande av arbetstagare som är anställda i andra medlemsstater från den tyska medbestämmandelagstiftningen inte kan anses vara ett uttryck för territorialitetsprincipen.

66 Se, bland annat, dom av den 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punkt 39). För fullständighetens skull ska jag framhålla att domstolens erkännande av territorialitetsprincipen inte är begränsad till skatteområdet. Rättspraxis avseende den principen på andra områden rör emellertid inte den fria rörligheten enligt fördraget och saknar därmed intresse i förevarande mål.

67 Se, i synnerhet, dom av den 7 september 2006, N (C-470/04, EU:C:2006:525, punkterna 41 à 46), dom av den 29 november 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punkterna 45–48), dom av den 16 april 2015, kommissionen/Tyskland (C-591/13, EU:C:2015:230, punkterna 64 och 65), och dom av den 8 juni 2016, Hünnebeck (C-479/14, EU:C:2016:412, punkt 65). Se även dom av den 21 mars 2002, Cura Anlagen (C-451/99, EU:C:2002:195, punkt 40), där domstolen konstaterade att medlemsstaterna var fria ”att sinsemellan fördela denna beskattningsrätt på grundval av sådana kriterier som det territorium på vilket ett fordon faktiskt brukas eller förarens hemvist, vilka är *olika beståndsdelar i territorialitetsprincipen* ...” (min kursivering).

68 Se dom av den 29 mars 2007, Rewe Zentralfinanz (C-347/04, EU:C:2007:194, punkt 69). Domstolen hänvisade i detta avseende till generaladvokaten Poiars Maduros förslag till avgörande i mål Rewe Zentralfinanz (C-347/04, EU:C:2006:350, punkt 49).

69 Se, bland annat, för ett liknande synsätt, dom av den 21 december 2016, kommissionen/Portugal (C-503/14, EU:C:2016:979, punkterna 50 och 51 samt där angiven rättspraxis).

70 Se, bland annat, dom av den 16 april 2015, kommissionen/Tyskland (C-591/13, EU:C:2015:230, punkt 65 och där angiven rättspraxis).

71 Situationen i förevarande mål skiljer sig i detta avseende från situationen i det mål som ledde fram till domen av den 14 juli 1994, Peralta (C-379/92, EU:C:1994:296), som åberopats av TUI och den tyska regeringen.

72 Se, i detta avseende, dom av den 29 mars 2007, Rewe Zentralfinanz (C-347/04, EU:C:2007:194, punkt 69), och dom av den 8 juni 2016, Hünnebeck (C-479/14, EU:C:2016:412, punkt 66). Vissa medlemsstater i EU och EES medger i praktiken arbetstagare som är anställda i andra medlemsstater rätten att rösta och kandidera vid val till administrativa organ eller ledningsorgan i nationella bolag. Se fotnot 58 i detta förslag till avgörande.

98. Den tyska regeringen menar emellertid att frågan om extraterritorialitet som uppkommer inom ramen för den tyska medbestämmandelagstiftningen mot bakgrund av att det i den, när det gäller regleringen av val,<sup>73</sup> föreskrivs vissa skyldigheter rörande organisation och genomförande av val för samtliga koncernbolag liksom för arbetstagare som deltar i valet.<sup>74</sup> Enligt denna reglering organiseras sålunda inte valet till övervakningsorganet i det tyska bolaget på ett centraliserat vis och av det bolagets övervakningsorgan, utan snarare decentraliserat och av arbetstagarna själva, inom ramen för varje bolag i koncernen. Då de dotterbolag som har sitt säte i andra medlemsstater och dess arbetstagare inte är rättssubjekt som omfattas av tysk lag kan den tyska lagstiftaren inte föreskriva skyldigheter för dem i enlighet med vad som gäller enligt denna reglering av val och på så sätt inkludera dem i den tyska medbestämmandelagstiftningen.

99. Det är således snarast den *specifika utformningen* av den tyska medbestämmandelagstiftningen och, i synnerhet, de skyldigheter som följer av valreglerna, som enligt den tyska regeringen medför hinder mot att arbetstagare som är anställda i andra medlemsstater inkluderas i regleringen. Uteslutandet av dessa arbetstagare är således inte någon absolut nödvändighet som hör samman med begränsningar i den tyska lagstiftarens behörighet, utan snarare konsekvenser av vissa val som den lagstiftaren gjort, i synnerhet när det gäller utformningen av valreglerna.<sup>75</sup>

100. Det ska således prövas om den reglering som är i fråga i målet vid den nationella domstolen kan motiveras utifrån målet att säkerställa medbestämmandet för arbetstagarna i bolaget, i enlighet med nationella sociala, ekonomiska och kulturella särdrag, vilket den franska regeringen och Betriebsrat der TUI m.fl. i sak har gjort gällande.<sup>76</sup>

### *3) Motivering utifrån målet att säkerställa medbestämmandet för arbetstagarna i bolaget, i enlighet med nationella sociala, ekonomiska och kulturella särdrag*

101. Medan Betriebsrat der TUI m.fl. har hänvisat till artikel 4.2 FEU<sup>77</sup>, enligt vilken unionen ska respektera medlemsstaternas nationella identitet, som kommer till uttryck i deras politiska och konstitutionella grundstrukturer, har den bestämmelsen inte åberopats av den tyska regeringen.<sup>78</sup>

102. Den tyska regeringen har emellertid anfört att den tyska medbestämmandelagstiftningen för arbetstagare och bestämmelserna som konkret reglerar valet av ledamöter som företräder arbetstagarna har anpassats till tyska förhållanden i företags-, bolags- och fackföreningshänseende och att den regleringen inte enbart säkerställer arbetstagarnas intressen, utan snarare ett allmänintresse, genom att den syftar till att säkerställa samarbete och integration, med beaktande av även andra

73 Den tyska regeringen har i synnerhet hänvisat till Dritte Wahlordnung zum Mitbestimmungsgesetz (3. WOMitbestG) (tredje valordningen för tillämpning av medbestämmandelagen) av den 27 maj 2002 (BGBl. 2002 I s. 1741), i dess lydelse enligt Verordnung (förordning) av den 26 augusti 2015 (BGBl. 2015 I s. 1443).

74 Den franska regeringen har nämnt bland annat dotterbolagets skyldighet att stödja inrättandet av valkommittéer, att tillhandahålla förteckningar över personalen och andra uppgifter i syfte att dessa kommittéer ska kunna upprätta vallängder i enlighet med relevanta bestämmelser och frigöra, mot ersättning, arbetstagarna som ska fullgöra uppgifter i valkommittéerna.

75 Den tyska regeringen erkände vid förhandlingen som svar på en fråga från domstolen att när medbestämmandet organiseras på så sätt att moderbolagets ledning ger arbetstagare som är anställda i utlandet rätten att rösta och kandidera och de själva anordnar detta val föreligger inte något intrång i andra medlemsstaters befogenheter.

76 Se punkt 88 i detta förslag till avgörande.

77 Se punkt 88 i detta förslag till avgörande.

78 Bevarandet av medlemsstaternas identitet har även erkänts i domstolens praxis såsom ett legitimt mål som ska respekteras i unionsrätten. Se dom av den 2 juli 1996, kommissionen/Luxembourg (C-473/93, EU:C:1996:263, punkt 35). Se även, när det gäller artikel 4.2 FEU, dom av den 22 december 2010, Sayn-Wittgenstein (C-208/09, EU:C:2010:806, punkt 92), dom av den 12 maj 2011, Runevič-Vardyn och Wardyn (C-391/09, EU:C:2011:291, punkt 86), och dom av den 2 juni 2016, Bogendorff von Wolffersdorff (C-438/14, EU:C:2016:401, punkt 73).

intressen än direkta egenintressen.<sup>79</sup> Den tyska regeringen anförde vid förhandlingen att arbetstagarnas medbestämmande är en central del av samarbetskulturen i Tyskland och att den utgör en rättslig utveckling av föreningsfriheten som gör det möjligt att utöva denna frihet, vilken skyddas i Grundgesetz (grundlagen).<sup>80</sup>

103. Jag är mot denna bakgrund tveksam till att kvalificera den tyska medbestämmandelagstiftningen som en del av den nationella identiteten i den mening som avses i artikel 4.2 FEU. Det råder emellertid ingen tvekan om att regleringen utgör ett väsentligt inslag på den tyska arbetsmarknaden och – mer allmänt – i det tyska samhället.

104. Det kan vidare konstateras att arbetstagarnas deltagande i bolagets ledning utgör ett legitimt mål enligt unionsrätten.<sup>81</sup> Unionsrätten erkänner emellertid de skillnader som finns i fråga om regler och nationell praxis på socialpolitikens område<sup>82</sup> och, mer specifikt, i frågor om på vilket sätt företrädare för arbetstagarna involveras i bolagens beslutsprocess.<sup>83</sup> På unionsrättens nuvarande stadium ankommer det således på medlemsstaterna att dels välja huruvida någon lagstiftning i fråga om involverande av arbetstagarna i bolagens ledning ska antas, dels bestämma på vilket sätt sådana regler i så fall ska utformas.<sup>84</sup>

105. När det gäller särdragen i den tyska medbestämmandelagstiftningen kan det konstateras att den regleringen kännetecknas av en särskilt hög grad av involvering av arbetstagarna i bolagens ledning.<sup>85</sup> Samtidigt föreskrivs i denna reglering, enligt valreglerna,<sup>86</sup> relativt komplicerade förfaranden, innefattande ett flertal processuella etapper, syftande till att säkerställa ett smidigt förlopp vid valen av företrädare för arbetstagarna och att säkerställa fria, rättvisa och hemliga val av ledamöter som företräder arbetstagarna.<sup>87</sup> Den tyska regeringen har i detta sammanhang anført att den tyska medbestämmandelagstiftningen är uppbyggd på principen att organisationen och genomförandet av valen av företrädare för arbetstagarna anförtros arbetstagarna, som har att organisera sig inom varje bolag i en koncern, och samarbeta med andra fackföreningar och bolag inom koncernen.

79 Den tyska regeringen har hänvisat till Bundesverfassungsgerichts (den federala författningsdomstolen, Tyskland) beslut av den 1 mars 1979 (1 BvR 532/77, 1 BvL 21/78, 1 BvR 419/78, och 1 BvR 533/77) (NJW 1979, s. 699), punkt 189, och anført att arbetstagarnas medbestämmande syftar till att genom ett institutionaliserat deltagande i företagets beslut minska utomståendes beslutsmyndighet, vilken i företag av en viss storlek följer naturligt av den omständigheten att arbetstagarna är underordnade upprättandet av en ledning och organisation med personer som står utanför bolaget och att ersätta den ekonomiska legitimiteten hos bolagets ledning med en social legitimitet. Se, när det gäller utvecklingen av det tyska medbestämmandet, kapitel 3 i rapporten från Kommission Mitbestimmung, *Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen, Bilanz und Perspektiven* (citerad i fotnot 36 i detta förslag till avgörande).

80 Den tyska regeringen har vidare nämnt att den tyska paraplyorganisationen för fackförbunden i ett öppet brev kvalificerat denna reglering som den väsentliga sociala pelaren i det tyska samhället och på den tyska arbetsmarknaden. Den har vidare anført att den tyske presidenten har karakteriserat medbestämmandet som en väl etablerad del av den nationella kulturen, med identitetsskapande inslag.

81 Se, i synnerhet, punkt 17 i gemenskapsstadgan om arbetstagarers grundläggande sociala rättigheter, till vilken det hänvisas i artikel 151 första stycket FEUF. Se även artikel 153.1 f FEUF. Se vidare artikel 27 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, angående arbetstagarers rätt till information och samråd inom företaget.

82 Se, i synnerhet, artikel 151 andra stycket FEUF och artikel 152 första stycket FEUF.

83 Se skäl 5 och 9 i direktiven 2001/86 och 2003/72. Se, när det gäller subsidiaritetsprincipen, skäl 20 i direktiv 2009/38. Till skillnad från det sistnämnda direktivet har direktiven 2001/86 och 2003/72 inte hantagits med stöd av bestämmelserna i FEUF angående socialpolitik, utan med stöd av artikel 352 FEUF.

84 Se, när det gäller skillnader mellan medlemsstaternas lagstiftning på området, fotnot 57 i detta förslag till avgörande.

85 Enligt tysk medbestämmandelagstiftning har arbetstagarna som omfattas av systemet för medbestämmande i en situation som den som målet vid den nationella domstolen gäller rätten att tillsammans med fackförbunden utse hälften av ledamöterna i bolagets övervakningsorgan. Se punkt 8 i detta förslag till avgörande.

86 Se fotnot 73 i detta förslag till avgörande.

87 Enligt den tyska regeringen pågår, inom koncerner av viss storlek, valen av dessa medlemmar mellan sex och tolv månader och förberedelserna börjar i praktiken ännu tidigare än så.

106. Enligt min mening utgör, inom ramen för en sådan nationell reglering av medbestämmande för arbetstagarna, sådana överväganden angående den närmare utformningen av organisationen och genomförandet av valen ett uttryck för vissa politiska överväganden som det, på unionsrättens nuvarande stadium, är upp till medlemsstaterna att bedöma.<sup>88</sup> En reglering såsom den som är i fråga i målet vid den nationella domstolen kan således motiveras utifrån säkerställandet av målet att arbetstagarnas medbestämmande ska ske i enlighet med nationella sociala, ekonomiska och kulturella särdrag.

107. Jag menar vidare att denna reglering är proportionerlig i förhållande till detta ändamål, det vill säga att den är lämplig för att uppnå målet att arbetstagarnas medbestämmande ska ske i enlighet med nationella sociala, ekonomiska och kulturella särdrag och att den inte går längre än vad som är nödvändigt för att uppnå detta ändamål.

108. Domstolen har redan slagit fast att det inte är absolut nödvändigt att en begränsande åtgärd motsvaras av en uppfattning som delas av samtliga medlemsstater beträffande sättet att skydda den grundläggande rättigheten eller det aktuella legitima intresset och att det förhållandet att en medlemsstat har valt ett annat skyddssystem än det som har antagits i en annan medlemsstat inte utesluter att bestämmelserna på området är nödvändiga och står i proportion till sitt syfte.<sup>89</sup>

109. Det är vidare inte möjligt att i det personliga tillämpningsområdet för den tyska medbestämmandelagstiftningen inkludera de arbetstagare som är anställda utanför Tyskland, utan att ändra de grundläggande särdragen i den regleringen. En sådan utvidgning av den tyska regleringen förutsätter nämligen att ansvaret för att organisera och genomföra valen överförs från arbetstagare och koncernbolag till ledningen för det tyska moderbolaget, vilket skulle strida mot de principer som regleringen vilar på.

110. Även om det, såsom kommissionen gjort gällande, vore möjligt att utifrån dess avgörande inflytande över koncernbolagen förplikta moderbolaget att vid val till dess övervakningsorgan ge rösträtt och rätt att kandidera även för arbetstagare som är anställda i andra medlemsstater, anser jag att medlemsstaterna inte enligt unionsrätten har någon skyldighet att göra ett sådant val inom ramen för sina regleringar rörande arbetstagarnas delaktighet i bolagens ledning.

111. Mot den bakgrunden anser jag att för det fall domstolen skulle anse att en nationell reglering, såsom den som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, medför en begränsning av den fria rörligheten för arbetstagare i den mening som avses i artikel 45 FEUF, kan det på unionsrättens nuvarande stadium anses motiverat med en sådan reglering, då den avspeglar vissa ekonomisk-politiska och socialpolitiska val som det ankommer på medlemsstaterna att göra.

112. Mot bakgrund av vad som anförts ovan anser jag att artikel 45 FEUF inte utgör hinder för en reglering, såsom den som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, enligt vilken enbart de arbetstagare som är anställda i ett bolag eller i koncernbolag som har sitt säte inom det nationella territoriet har rätt att rösta och att kandidera vid val av företrädare för arbetstagarna i det bolagets övervakningsorgan.

<sup>88</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 23 november 1989, B & Q (C-145/88, EU:C:1989:593, punkt 14), och dom av den 14 juli 1981, Oebel (155/80, EU:C:1981:177, punkt 12).

<sup>89</sup> Se dom av den 2 juni 2016, Bogendorff von Wolffersdorff (C-438/14, EU:C:2016:401, punkt 73 och där angiven rättspraxis).

## V. Förslag till avgörande

113. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska besvara tolkningsfrågan från Kammergericht Berlin (regional domstol i andra instans i Berlin, Tyskland) på följande sätt:

Artiklarna 18 FEUF och 45 FEUF ska tolkas så, att de inte hindrar en reglering, såsom den som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, i vilken det föreskrivs att enbart de arbetstagare som är anställda i ett bolag eller i koncernbolag som har sitt säte inom det nationella territoriet har rätt att rösta och att kandidera vid val av företrädare för arbetstagarna i det bolagets övervakningsorgan.