

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
JEAN MISCHO

fremsat den 3. maj 2001¹

1. I den foreliggende sag er der atter tale om et problem, som Domstolen allerede har beskæftiget sig med flere gange: Spørgsmålet om fortolkning af fællesskabsretten i tilfælde af, at virksomheder med hjemsted i en medlemsstat (herefter »oprindelseslandet«) midlertidigt udstationerer arbejdstagere, der er EU-borgere, i en anden medlemsstat (herefter »værtlandet«) i forbindelse med udveksling af tjenesteydelser på tværs af grænserne.

De tyske regler om obligatoriske arbejdsvilkår i forbindelse med tjenesteydelser på tværs af grænserne

2. Den tyske lov om udstationering af arbejdstagere (Arbeitnehmer-Entsendegesetz, herefter »AEntG«), i den affattelse af 26. februar 1996, som finder anvendelse i hovedsagen, gælder inden for byggesektoren.

3. I medfør af AEntG's § 1, stk. 1, første punktum, finder visse kollektive overens-

komster, der er almindeligt gældende, også anvendelse på arbejdsgivere med hjemsted i udlandet, hvis arbejdstagere er udstationeret i Tyskland. Bestemmelsen lyder:

»Bestemmelserne i en kollektiv overenskomst inden for bygge- og anlægssektoren, der er erklæret for almindeligt gældende i den forstand, hvori dette udtryk anvendes i § 1 og 2 i bekendtgørelsen om byggevirk-somheder [...] gælder også i arbejdsforhold mellem en arbejdsgiver, der har hjemsted i udlandet, og en arbejdstager, der er beskæftiget inden for overenskomstens geografiske anvendelsesområde, såfremt virksomheden overvejende præsterer bygge- og anlægsydelser i henhold til § 75, stk. 1, nr. 2, i lov om fremme af arbejdet [...] og tysk ret ikke i forvejen finder anvendelse på arbejdsforholdet, når

- 1) den kollektive overenskomst fastsætter en ensartet mindsteløn for samtlige arbejdstagere, der omfattes af overenskomsten, og

1 — Originalsprog: fransk.

2) det tillige påhviler indenlandske arbejdsgivere, der har hjemsted uden for denne kollektive overenskomsts geografiske anvendelsesområde, mindst at garantere arbejdstagere, der er beskæftiget inden for overenskomstens område, de ifølge denne på arbejdsstedet gældende arbejdsvilkår.«

ning fra den 1. oktober 1996, men dog tidligst kunne træde i kraft på den dato, da overenskomsten blev almindeligt gældende.

4. Ifølge AEntG's § 1, stk. 1, tredje og fjerde punktum, er en arbejdsgiver i stk. 1's forstand forpligtet til at garantere en udstationeret arbejdstager de i første punktum foreskrevne arbejdsvilkår.

7. Den 12. november 1996 blev den kollektive overenskomst erklæret at være almindeligt gældende med den indskrænkning, at den almindelige gyldighed først havde virkning fra den 1. januar 1997.

5. I henhold til AEntG's § 5 kan en tilsidesættelse af de præceptive bestemmelser i AEntG's § 1 straffes som en forseelse. Ifølge § 29a i Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (lov om administrative forseelser) kan domstolene anordne pålæg om opkrævning af den formuefordel, som er opnået ved en handling, der kan straffes med bøde.

8. Den forelæggende ret har dog fremhævet, at arbejdsmarkedets parter ifølge tysk kollektiv arbejdsret har mulighed for at indgå kollektive overenskomster på flere niveauer, nemlig såvel på forbundsplan som inden for den enkelte virksomhed. I den forbindelse har kollektive særoverenskomster i princippet forrang for de mere generelle kollektive overenskomster.

6. Den 2. september 1996 indgik overenskomtparterne i den tyske bygge- og anlægssektor en kollektiv overenskomst om mindsteløn på Forbundsrepublikken Tysklands område (herefter »den kollektive overenskomst«), der principielt havde virk-

Faktiske omstændigheder i hovedsagen

9. Portugaia Construções L^{da} (herefter »Portugaia«) er et i Portugal etableret selskab. Fra marts til juli 1997 udførte selskabet byggearbejder i Tauberbischofsheim i forbindelse med råbyggeri. Til gennemførelsen heraf udstationerede selskabet flere af sine arbejdstagere i Tyskland.

10. I marts og maj 1997 foretog Arbeitsamt Tauberbischofsheim en inspektion af arbejdsvilkårene på nævnte byggeplads. På grundlag af de fremlagte dokumenter fastslog Arbeitsamt, at Portugaia havde betalt mindre i løn til de arbejdstagere, inspektionen vedrørte, end mindstelønnen ifølge AEntG. Arbeitsamt pålagde som følge heraf selskabet at betale forskelsbeløbet, dvs. forskellen mellem den timeløn, som skulle være betalt, og den faktisk betalte timeløn, ganget med det samlede antal arbejdstimer, i alt 138 018,52 DEM.

11. Den forelæggende ret skal træffe afgørelse om Portugaias indsigelse mod tilbagebetalingspålægget.

12. Den forelæggende ret er i tvivl om den tyske ordnings forenelighed med EF-traktatens artikel 59 (efter ændring nu 49 EF) og 60 (nu artikel 50 EF). Den har i denne forbindelse anført, at AEntG ifølge motiverne har til formål at beskytte det indenlandske arbejdsmarked (især mod »social dumping« på grund af tilstrømningen af billig arbejdskraft), at nedsætte arbejdsløsheden i landet og at gøre det muligt for virksomheder i Tyskland at tilpasse sig det indre marked. Ifølge den forelæggende ret har arbejdsgivere fra andre medlemsstater i modsætning til tyske arbejdsgivere ikke mulighed for at indgå kollektive særoverenskomster med en tysk faglig organisation for at undgå anvendelse af den generelle kollektive overenskomst.

13. Amtsgericht Tauberbischofsheim fandt, at tvistens løsning ville afhænge af fællesskabsrettens fortolkning. Retten har derfor ved kendelse af 13. april 1999 udsat sagen og forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er det foreneligt med fællesskabsretten at fortolke Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 96/71/EF af 16. december 1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser² således, eller, hvis direktivet er uanvendeligt, at fortolke EF-traktatens artikel 59 ff. således, at de tvingende almene hensyn, som kan begrunde en begrænsning af retten til fri udveksling af tjenesteydelser i forbindelse med udstationering af arbejdstagere, ikke blot kan bero på den sociale beskyttelse af de udstationerede arbejdstagere, men også på beskyttelsen af den nationale byggesektor og nedsættelsen af arbejdsløsheden i landet med det formål at undgå sociale spændinger?

2) Udgør det en uberettiget begrænsning af retten til fri udveksling af tjenesteydelser i henhold til EF-traktaten, at en indenlandsk arbejdsgiver ved indgåelse af en firmaoverenskomst (der har forrang) kan omgå de bestemmelser om mindsteløn, som er fastsat i en overenskomst, der er erklæret for almindeligt gældende, mens en udenlandsk

² — EFT 1997 L 18, s. 1.

arbejdsgiver fra et andet EF-land, der påtænker at udstationere arbejdstagere i Forbundsrepublikken Tyskland, ikke har mulighed herfor, i hvert fald ikke i praksis?»

Første spørgsmål

14. Den forelæggende ret har forklaret baggrunden for sit første spørgsmål således, at der »ingen juridisk pligt [består for Portugaia...] til at betale den mindsteløn, som er fastsat i den kollektive overenskomst, hvis denne pligt er uforenelig med [...] traktatens artikel 59 ff. Ifølge EF-Domstolens praksis er (ikke-diskriminerende) restriktioner for den frie udveksling af tjenesteydelser i henhold til traktatens artikel 59 ff. kun lovlige, såfremt de er tvingende nødvendige af hensyn til beskyttelsen af almenvellet, såfremt almenvellet ikke allerede er beskyttet i kraft af en ordning i hjemstaten, og såfremt restriktionen er rimelig [...] I den foreliggende sag, som vedrører udstationeringen af arbejdstagere inden for bygge- og anlægssektoren, kan de tvingende hensyn til beskyttelsen af almenvellet ifølge EF-Domstolens praksis kun bestå i den sociale beskyttelse af arbejdstagerne [...]«.

15. Den forelæggende ret har tilføjet, at »den nationale ordning i Forbundsrepublikken Tyskland, som er indført ved loven om udstationering af arbejdstagere, er imod de udstationerede arbejdstageres sociale interesser. Ifølge motiverne har loven til formål at beskytte det nationale arbejds-

marked (navnlig mod »social dumping« ved tilstrømning af billig arbejdskraft), at nedsætte arbejdsløsheden i landet og at gøre det muligt for virksomhederne i Tyskland at tilpasse sig det indre marked. Formålet med forpligtelsen efter loven om udstationering af arbejdstagere er altså ikke at sikre de udstationerede arbejdstageres sociale beskyttelse. Det gøres tværtimod sværere for arbejdsgivere fra andre medlemsstater at udstationere deres arbejdstagere med henblik på gennemførelse af byggerier i Tyskland«.

16. Heraf har den forelæggende ret udledt, at »en national ordning om udstationering af arbejdstagere, som har til formål at beskytte det nationale arbejdsmarked, og som afskærer arbejdsgivere fra andre EF-medlemsstater fra at udnytte den økonomiske fordel ved lavere lønomkostninger, medfører, at denne økonomiske fordel fordrejer konkurrencen«.

Indledende bemærkning

17. Den forelæggende ret har anmodet Domstolen om en fortolkning af direktiv 96/71, eller, såfremt dette ikke finder anvendelse, traktatens artikel 59 ff.

18. Efter den nederlandske regerings opfattelse er det uforholdsmæssigt at behandle første

spørgsmål på grundlag af direktiv 96/71. Hvad angår »det tidsmæssige aspekt af direktiv 96/71/EF skal der [...] erindres om, at medlemsstaterne skal gennemføre direktivet senest den 16. december 1999. Indtil denne dato har direktiv 96/71/EF ikke nogen direkte virkning. Indtil denne dato er direktiv 96/71/EF kun relevant for den nationale ret, når den skal bedømme, om nationale foranstaltninger er lovlige set i forhold til medlemsstaternes forpligtelse til, mens fristen løber, at afholde sig fra at træffe foranstaltninger, der kan bringe virkeliggørelsen af det i direktivet foreskrevne resultat i alvorlig fare (dom af 18.12.1997, sag C-129/96, Inter-Environnement Wallonie, Sml. I, s. 7411, præmis 45 og 46). Forelæggelseskendelsen indeholder intet, der giver grundlag for at antage, at der foreligger en sådan situation [...]«.

19. Jeg deler den nederlandske regerings opfattelse.

20. Den version af AEntG, der er relevant her, dvs. loven som affattet den 26. februar 1996, er nemlig ældre end direktiv 96/71 af 16. december 1996. AEntG blev, sådan som den tyske regering har redegjort for under den mundtlige forhandling, ændret endnu en gang i 1998 med henblik på at tilpasse loven til direktivet³. Man må derfor gå ud fra, at dette direktiv ikke var

blevet gennemført i tysk ret på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen.

21. Som Domstolen fastslog i Mazzolenidommen, der også vedrørte direktiv 96/71, skal der, »idet fristen for gennemførelse af direktivet faktisk ikke var udløbet, og idet direktivet ikke var gennemført i national ret på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen [...] ikke foretages en fortolkning af bestemmelserne med henblik på hovedsagen«⁴.

22. Den portugisiske regering har i øvrigt undersøgt det præjudicielle spørgsmål ud fra EF-traktatens artikel 48 (efter ændring nu artikel 39 EF). Af de grunde, som jeg allerede gjorde rede for i mit forslag til afgørelse i Finalarte-sagen⁵, mener jeg imidlertid, at den situation, at en virksomhed i en medlemsstat udstationerer arbejdstagere i en anden medlemsstat, ikke henhører under denne bestemmelses anvendelsesområde.

23. Spørgsmålet fra den forelæggende ret skal derfor kun besvares ud fra traktatens artikel 59 ff.

3 — Jf. ligeledes den portugisiske regerings skriftlige indlæg, hvorefter en frist i AEntG's § 10 blev afskaffet ved en lovændring i 1998 »for at give den tyske stat mulighed for at opfylde sin fællesskabsretlige forpligtelse til at gennemføre direktiv 96/71/EF i national ret inden for den gennemførelsesfrist, der er fastlagt i direktivets artikel 7«.

4 — Dom af 15.3.2001, sag C-165/98, Sml. I, s. 2189, præmis 17.

5 — Generaladvokat Mischos forslag til afgørelse fremsat den 13.7.2000 i de forenede sager C-49/98, C-50/98, C-52/98, C-53/98, C-54/98, C-68/98 — C-71/98, hvori der blev afsagt dom den 25.10.2001, Sml. I, s. 7831, punkt 29 og 30.

Parternes indlæg

24. *Portugaia* har gjort gældende, at formålet med de relevante tyske lovforskrifter og overenskomstregler er at beskytte den tyske byggesektor mod udenlandsk konkurrence og skaffe arbejdspladser til tyske byggearbejdere, idet reglerne sigter mod at få antallet af udenlandske arbejdstagere, der er udstationeret i Tyskland, til at falde.

25. *Portugaia* har fremført, at virksomheden i strid med artikel 49 EF af følgende grunde stilles ringere end de tyske virksomheder.

26. For det første »indfører § 2, stk. 3, i den kollektive overenskomst særlige overenskomstbestemmelser for de arbejdsgivere i byggebranchen, der har hjemsted uden for Tyskland, og særreglerne indeholder ikke de overenskomstbestemmelser, der begunstiger de tyske arbejdstagere; særreglerne medfører således, at byrderne for henholdsvis udlændinge og tyskere er forskellige«.

27. Nærmere henvises der til § 2, stk. 3, i den kollektive overenskomst, hvorefter mindstelønnen efter betydningen i AEntG's § 1, stk. 1, er sammensat af den overenskomstmæssige løn og et såkaldt »byggetillæg« (»Bauzuschlag«) på 5,9%. En del af

dette tillæg, nemlig 0,5% af mindstelønnen, skal kompensere for løntab i de perioder, hvor vejret ifølge loven anses for at være »dårligt« (»Schlechtwetterzeit«). Mens de tyske arbejdstagere mister deres ret til løn, når det som følge af vejrliget er umuligt at arbejde, gælder dette imidlertid ikke for de portugisiske arbejdstagere. Resten af »byggetillægget« (5,4% af lønnen) kompenserer for særlige ofre, som arbejdstagerne bringer: 2,5% betales som kompensation for de særlige belastninger, arbejdstagerne er udsat for, især som følge af at de hele tiden skifter byggeplads, og 2,9% som kompensation for de belastninger, vejrliget medfører uden for den periode, der ifølge loven er »Schlechtwetterzeit«. I medfør af § 2, stk. 3, andet punktum, i den kollektive overenskomst er de udenlandske arbejdsgivere dog altid forpligtet til at betale de tillæg, der fremgår af den pågældende udenlandske lovgivning, selv hvis disse har det samme formål som »byggetillægget«.

28. *Portugaia* har endvidere bemærket, at det følger af § 16 i rammeaftalen for de kollektive overenskomster inden for byggebranchen (»Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe — BRTV-Bau«), at de tyske arbejdstageres lønkrav fortæbes to måneder efter forfaldstid. Denne bestemmelse gælder ikke for udenlandske arbejdsgivere. Selv hvis det fremgår af den pågældende nationale ret, at en udenlandsk forældelsesregel finder anvendelse, kan de udenlandske arbejdsgivere som følge af AEntG's præceptive virkning ikke påberåbe sig den udenlandske regel.

29. Portugaia har for det andet fremført, at omfanget af den pågældende mindsteløn ikke er begrundet set ud fra tvingende almene hensyn. Virksomheden har i denne forbindelse påpeget, at mindstelønnen på 17 DEM i timen (15,64 DEM i timen i de fem nye delstater) er højere end den overenskomstmæssige mindsteløn inden for andre brancher, hvor der udføres lignende arbejde, f.eks. lønnen i metalindustrien og landbruget.

30. For det tredje er de tyske arbejdstagere ikke underkastet AEntG's sanktionsbestemmelser vedrørende det tilfælde, at retten til mindsteløn ikke respekteres.

31. Portugaia har derfor foreslået Domstolen at besvare det første spørgsmål således, at »det er uforeneligt med fællesskabsretten at fortolke direktiv 96/71 samt artikel 39, 49 og 50 EF — og de lovregler og overenskomstmæssige bestemmelser, der hviler på denne fortolkning — således, at de tvingende almene hensyn, som kan begrunde en begrænsning af retten til fri udveksling af tjenesteydelser i forbindelse med udstationering af arbejdstagere, ikke blot kan bero på den sociale beskyttelse af de udstationerede arbejdstagere, men også på økonomiske interesser, såsom beskyttelse af den nationale byggesektor mod international konkurrence, nedsættelse af arbejdsløsheden i landet og det formål at undgå sociale spændinger«.

32. *Den tyske regering* har gjort gældende, at udformningen af de tyske lovregler og motiverne bag dem ikke er relevant for, hvordan det første præjudicielle spørgsmål skal besvares. Det afgørende er nemlig kun fortolkningen af fællesskabsretten og selve direktivet, ikke fortolkningen af de tyske regler.

33. Efter at have henvist til femte betragtning til direktiv 96/71 og til Domstolens praksis har den tyske regering foreslået Domstolen at besvare spørgsmålet således, at »det er foreneligt med fællesskabsretten, at direktiv 96/71/EF [...] blandt de tvingende almene hensyn, der kan begrunde en begrænsning af retten til fri udveksling af tjenesteydelser i forbindelse med udstationering af arbejdstagere, ikke blot nævner den sociale beskyttelse af de udstationerede arbejdstagere, men også beskyttelsen af den nationale byggesektor og nedsættelsen af arbejdsløsheden i landet med det formål at undgå sociale spændinger«.

34. *Den franske regering* har fremført, at »fællesskabsretten ikke er til hinder for, at en medlemsstat udvider bestemmelser i de kollektive overenskomster, der er erklæret for almindeligt gældende, til at omfatte alle — også udstationerede — arbejdstagere, som udøver lønnet beskæftigelse på statens område, uafhængigt af i hvilken medlemsstat denne arbejdstagers arbejdsgiver har hjemsted, såfremt disse bestemmelser ikke medfører en forskelsbehandling, der tager sigte på at beskytte byggesektoren«.

35. Den nederlandske regering har bemærket, at AEntG har til formål at beskytte det indenlandske arbejdsmarked (især mod »social dumping« som følge af tilstrømning af billig arbejdskraft), nedsætte arbejdsløsheden i landet og give de tyske virksomheder mulighed for at tilpasse sig til det indre marked.

36. Den nederlandske regering har henvist til, at det følger af Domstolens praksis, at »økonomiske formål« ikke kan henregnes til de tvingende almene hensyn. Den har heraf udledt, at »AEntG's formål derfor ikke kan begrunde en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser«.

37. Den portugisiske regering har fremført, at »artikel 49 EF ff. og direktiv 96/71/EF af 16. december 1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser, er til hinder for at anvende en national regulering, der medfører en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser, som begrundes med tvingende almene hensyn, der skulle bestå i at sikre den sociale beskyttelse af de udstationerede arbejdstagere, beskyttelsen af den nationale byggesektor og nedsættelsen af arbejdsløsheden i landet med det formål at undgå sociale spændinger, når disse grunde klart og entydigt fremgår af de pågældende bestemmelsers faktiske formål og ikke blot af motiverne til loven«. Motiverne til loven er nemlig blot et indicium for lovgivers intention og kun ét af de aspekter, der skal tages hensyn til.

38. Den portugisiske regering har desuden fremført, at »det ikke strider mod artikel 49 EF ff., at en virksomhed med hjemsted i en medlemsstat, er forpligtet til at betale de arbejdstagere, den har udstationeret i en anden medlemsstat i forbindelse med udveksling af en tjenesteydelse, den mindsteløn (i byggesektoren), som er fastsat i en kollektiv overenskomst, der er almindeligt gældende i denne medlemsstat, når denne forpligtelse følger direkte af de fællesskabsretlige regler vedrørende arbejdstagernes frie bevægelighed, især Rådets forordning nr. 1612/68 af 15. oktober 1968, direktiv 96/71 og Domstolens praksis«.

39. Efter Kommissionens opfattelse kan hensyn, der, sådan som beskyttelsen af den nationale byggesektor, er af rent strukturpolitisk art, ikke begrunde en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser. Kommissionen deler imidlertid ikke den forelæggende rets holdning om, at en regulering, hvorefter mindstelønninger også gælder udenlandske tjenesteydere, ikke er begrundet i tvingende almene hensyn og ligefrem strider mod de udstationerede arbejdstageres interesser.

40. Ifølge Kommissionen er det desuden tilstrækkeligt til at begrunde en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser, at en regulering objektivt set er egnet til at fremme arbejdstagernes sociale beskyttelse. Det forhold, at reguleringen samtidig kan have følgevirkninger på forskellige

områder, stiller ikke spørgsmålstegn ved, om den kan begrunde en sådan begrænsning.

især har til formål at beskytte den nationale byggesektor og nedsætte arbejdsløsheden.

41. Kommissionen foreslår derfor, at det første præjudicielle spørgsmål besvares således:

»Artikel 49 EF skal fortolkes således, at en national regulering, som udvider de bestemmelser om mindsteløn, der er fastsat i kollektive overenskomster i byggesektoren, som er almindeligt gældende, til at omfatte udenlandske tjenesteydere og disses udstationerede arbejdstagere, er begrundet set ud fra tvingende hensyn til arbejdstagernes sociale beskyttelse, også selv om reguleringen desuden har andre formål, for så vidt reguleringen ikke går videre, end hvad der er absolut nødvendigt for at virkeliggøre dette formål om social beskyttelse.«

Bedømmelse

42. Det følger af den forelæggende rets forklaringer (jf. ovenfor, punkt 15-17), at retten i den aktuelle sag beskæftiger sig med en regulering i værtslandet, der forpligter arbejdsgivere fra oprindelseslandet til at betale de arbejdstagere, de har udstationeret i værtslandet, en mindsteløn, som

43. Henset til dette formål er den forelæggende ret i tvivl om, hvorvidt traktatens artikel 59 ff. skal fortolkes således, at »de tvingende almene hensyn, som kan begrunde en begrænsning af retten til fri udveksling af tjenesteydelser i forbindelse med udstationering af arbejdstagere, ikke blot kan bero på den sociale beskyttelse af de udstationerede arbejdstagere, men også på beskyttelsen af den nationale byggesektor og nedsættelsen af arbejdsløsheden i landet med det formål at undgå sociale spændinger«.

44. Efter min opfattelse har jeg allerede besvaret dette spørgsmål i mit forslag til afgørelse i den ovennævnte sag, Finalarte. Der henviste jeg til, at medlemsstaterne stadig frit kan fastlægge det sociale beskyttelsesniveau, de ønsker at give deres arbejdstagere, og fremførte, at hvis de tjenesteydere, der er etableret i andre medlemsstater, kunne undlade at overholde det sociale beskyttelsesniveau i værtslandet, så ville dette uden tvivl være i fare, idet de arbejdsgivere, der har hjemsted i denne medlemsstat, ville forlange en sænkning af dette beskyttelsesniveau for at kunne kæmpe mod disse tjenesteydere på lige betingelser⁶.

⁶ — Punkt 41 og 42 i forslaget til afgørelse.

45. I punkt 36 i forslaget til afgørelse anførte jeg, at selv om der under de politiske debatter forud for vedtagelsen af AEntG og i motiverne til selve loven blev anvendt udtryk, som kan give det indtryk, at der i det foreliggende tilfælde er tale om beskyttelse af en økonomisk sektor mod udenlandsk konkurrence, skal jeg ved spørgsmålet om, hvorvidt loven — sådan som den tyske regering har gjort gældende — objektivt set giver de udstationerede arbejdstagere en social beskyttelse, der i det væsentlige er identisk med den, som arbejdstagere i byggebranchen med bopæl i Tyskland har, udelukkende undersøge selve lovens indhold og de andre omtvistede bestemmelser.

46. Ligesom den tyske og den portugisiske regering samt Kommissionen mener jeg således, at det afgørende for, om en national regulering medfører en ubegrundet restriktion, ikke er lovgivers hensigt, sådan som denne måtte komme til udtryk i motiverne til reguleringen, men derimod den virkning, reglerne som følge af deres indhold rent faktisk har på den frie udveksling af tjenesteydelser.

47. Hvad angår dette indhold har den forelæggende ret henvist til, at »ifølge den tyske lov om udstationering af arbejdstagere skal der udstedes pålæg om betaling af forskelsbeløbet, når den pågældende — indenlandske eller udenlandske — arbejdsgiver bl.a. ikke udbetaler sine udstationerede arbejdstagere den mindsteløn,

som er fastsat i en kollektiv overenskomst, der er erklæret for almindeligt gældende«.

48. Som den portugisiske regering og Kommissionen har bemærket, strider det ikke i sig selv mod bestemmelserne i traktatens artikel 59 ff., at en virksomhed med hjemsted i en medlemsstat er forpligtet til at betale de arbejdstagere, den har udstationeret i en anden medlemsstat i forbindelse med udveksling af en tjenesteydelse, den mindsteløn (inden for byggebranchen), som er fastsat i en kollektiv overenskomst, der er almindeligt gældende i denne medlemsstat.

49. Det følger nemlig af Domstolens praksis, at »fællesskabsretten ikke er til hinder for, at medlemsstaterne lader deres lovgivning eller de kollektive overenskomster vedrørende mindsteløn, der er indgået mellem parterne på arbejdsmarkedet, gælde for alle, som udøver en lønnet beskæftigelse, herunder af midlertidig karakter, på deres områder, uanset i hvilken medlemsstat arbejdsgiveren er etableret, og at fællesskabsretten heller ikke opstiller noget forbud mod, at medlemsstaterne træffer passende foranstaltninger til at sikre en overholdelse af sådanne regler«⁷.

50. Dette udelukker ikke, at »der kan være omstændigheder, hvorunder anvendelsen af

7 — Dom af 23.1.1999, forenede sager C-369/96 og C-376/96, *Arblade m.fl.*, Sml. I, s. 8453, præmis 41. Jf. også dom af 3.2.1982, forenede sager 62/81 og 63/81, *Seco og Desquenne & Giral*, Sml. s. 223, præmis 14, og af 27.3.1990, sag C-113/89, *Rush Portuguesa*, Sml. I, s. 1417, præmis 12.

disse bestemmelser hverken vil være nødvendig for eller forholdsmæssig med hensyn til formålets opfyldelse, nemlig beskyttelse af de pågældende arbejdstagere«⁸. Indtil videre har Domstolen kun anerkendt, at der foreligger sådanne omstændigheder, i et tilfælde, hvor der var tale om »en virksomhed, der er etableret i et grænseområde, og hvoraf visse af lønmodtagerne kan blive sat til at udføre en del af deres tjeneste på deltid og i korte perioder i grænseområdet i en anden medlemsstat end den, hvor virksomheden er etableret«⁹.

51. Det må imidlertid konstateres, at den forelæggende ret i sin kendelse ikke har stillet spørgsmål, der vedrører sådanne særlige omstændigheder. Den forelæggende ret har derimod blot henvist til, at Portugaia er forpligtet til at betale mindstelønnen. Dette forhold strider imidlertid ikke i sig selv mod traktatens artikel 59 ff.

52. Som ovenfor nævnt (punkt 26 og 27) har Portugaia desuden fremført, at mindstelønnen er sammensat på en sådan måde, at virksomheden bliver behandlet dårligere end tyske arbejdsgivere. Portugaia har henvist til tillæg, der udgør en del af mindstelønnen, og som især har til formål at kompensere for tabt arbejdsfortjeneste i visse perioder, hvor en tysk arbejdsgiver

ikke er forpligtet til at betale løn. I henhold til portugisisk ret er Portugaia imidlertid forpligtet til at betale løn i disse perioder.

53. I sit svar på et skriftligt spørgsmål fra Domstolen har den tyske regering anført, at »der, i modsætning til hvad sagsøgte i hovedsagen har fremført, ikke sker nogen forskelsbehandling af udenlandske byggefirmaer i forbindelse med udstationering af deres arbejdstagere i Tyskland«. Ifølge den tyske regering »bedømmer Portugaia byggetillæggenes retlige karakter forkert. Overenskomstpoltisk set havde tillæggene oprindelig karakter af en kompensation for helt specifikke vanskelige omstændigheder, men de har udviklet sig sådan, at de i dag er en fast bestanddel af lønnen, som er helt uafhængig af de konkrete forhold«.

54. Det skal imidlertid konstateres, at den forelæggende ret ikke har henvist til mindstelønnens sammensætning, der ifølge Portugaia medfører, at traktatens artikel 59 ff. er tilsidesat. Det samme gælder i øvrigt med hensyn til Portugaias argumentation om forskellen i forbindelse med forældelse af lønkravene, lønniveauet, der skulle være uretfærdigt set i forhold til lønniveauet inden for andre brancher, og den manglende anvendelse af strafferetlige sanktioner over for de tyske arbejdsgivere.

55. Da den forelæggende ret ikke har spurgt om, hvorvidt disse forhold kan udgøre en tilsidesættelse af traktatens

8 — Mazzoleni-dommen, som anført ovenfor, præmis 30.

9 — Mazzoleni-dommen, som anført ovenfor, præmis 31.

artikel 59 ff., og ikke engang har nævnt dem, skal jeg ikke tage stilling hertil.

spørgsmålet kan besvares allerede på grundlag af den eksisterende praksis fra Domstolen.

56. I henhold til artikel 234 EF kan nemlig kun en ret i en af medlemsstaterne forelægge præjudicielle spørgsmål. Sagens parter har ganske vist ret til at afgive indlæg vedrørende det præjudicielle spørgsmål, men de har ikke ret til at forelægge Domstolen noget, der reelt er et nyt spørgsmål set i forhold til det spørgsmål, den forelæggende ret har stillet. Domstolen har udtrykt dette princip således, at »[...] ifølge kompetencefordelingen i henhold til artikel [234 EF] [...] tilkommer det alene den nationale retsinstans at fastlægge indholdet af de spørgsmål, den vil forelægge for Domstolen. Domstolen kan således ikke på begæring af en af parterne i hovedsagen tage stilling til spørgsmål, der ikke er forelagt af den nationale retsinstans«¹⁰. Såfremt den nationale retsinstans som følge af udviklingen i retssagen finder det nødvendigt at indhente yderligere støtte til fortolkning af fællesskabsretten, kan den endnu en gang indbringe sagen for Domstolen¹¹.

58. Det skal således konstateres, at det for det første tilkommer den nationale ret at afgøre, om de tillæg, som Portugaia henviser til, udgør en del af mindstelønnen¹².

59. Hvis disse tillæg udgør en del af mindstelønnen, og hvis det desuden fastslås, at Portugaia i modsætning til de tyske arbejdsgivere således for anden gang skal erlægge betalinger, som den allerede er forpligtet til at erlægge i henhold til portugisisk ret — hvilket ville udgøre en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser¹³ — skal den nationale retsinstans for det andet undersøge, om arbejdstagerne i oprindelsesmedlemsstaten som følge af de betalinger, Portugaia allerede har erlagt, er beskyttet på en måde, der i det væsentlige svarer til den beskyttelse, som kræves i henhold til de nationale regler om disse tillæg.

57. Hvis der foreligger et fællesskabsretligt relevant spørgsmål vedrørende de nævnte tillæg — hvilket det tilkommer den nationale ret at vurdere — er det muligt, at

60. Domstolen har nemlig fastslået, at »[d]et må anerkendes, at det almene hensyn til at yde arbejdstagerne i byggebranchen en social beskyttelse og til at kontrollere overholdelsen heraf på grund af de særlige forhold i denne branche kan udgøre en tvingende grund, der berettiger, at der pålægges en arbejdsgiver, der er etableret i en anden medlemsstat, og som udfører

10 — Dom af 9.1.1990, sag C-337/88, SAFA, Sml. I, s. 1, præmis 20. Jf. ligeledes dom af 17.9.1998, sag C-412/96, Kainuun Liikenne og Pohjolan Liikenne, Sml. I, s. 5141, præmis 23 og 24.

11 — Jf. dom af 3.10.1985, sag 311/84, CBEM, Sml. s. 3261, præmis 10, og af 14.11.1985, sag 299/84, Neumann, Sml. s. 3663, præmis 12.

12 — Arblade m.fl.-dommen, som anført ovenfor, præmis 43-47.

13 — Arblade m.fl.-dommen, som anført ovenfor, præmis 50.

tjenesteydelser i værtsmedlemsstaten, forpligtelser, der kan udgøre hindringer for den frie udveksling af tjenesteydelser. *Dette er imidlertid ikke tilfældet, hvis den pågældende arbejdsgivers arbejdstagere, der midlertidigt udfører arbejder i værtsmedlemsstaten, har den samme eller en i det væsentlige tilsvarende beskyttelse i kraft af de forpligtelser, arbejdsgiveren allerede er underkastet i den medlemsstat, hvor han er etableret*¹⁴.

tjenesteydelser, at en indenlandsk arbejdsgiver ved indgåelse af en firmaoverenskomst (der har forrang) kan omgå de bestemmelser om mindsteløn, som er fastsat i en kollektiv overenskomst, der er erklæret for almindeligt gældende, mens en arbejdsgiver fra en anden medlemsstat, der påtænker at udstationere arbejdstagere i Tyskland, ikke har mulighed herfor, i hvert fald ikke i praksis.

61. Jeg foreslår derfor, at det første spørgsmål besvares således, at EF-traktatens artikel 59 ff. skal fortolkes således, at en national regulering, som udvider de bestemmelser om mindsteløn, der er fastsat i kollektive overenskomster i byggebranchen, som er erklæret for almindeligt gældende, til at omfatte udenlandske tjenesteydere og disses udstationerede arbejdstagere, er begrundet ud fra tvingende hensyn til arbejdstagernes sociale beskyttelse, også selv om reguleringen desuden har andre formål.

Parternes indlæg

63. Portugaia har foreslået Domstolen at besvare spørgsmålet således, at »EF-traktatens artikel 48, 59 og 60 skal fortolkes således, at de ikke overholdes af AEntG's § 1, stk. 3, første punktum, sammenholdt med den kollektive overenskomst om mindsteløn i byggebranchen i Tyskland, i og med at en arbejdsgiver med hjemsted i Tyskland kan anvende en lavere løn end den mindsteløn, som er fastsat i den kollektive overenskomst, der er erklæret for almindeligt gældende, ved at skrive under på en anden, mere fordelagtig, kollektiv overenskomst, hvorimod dette ikke er muligt for en arbejdsgiver, der har hjemsted uden for Tyskland, og som udstationerer arbejdstagere i Tyskland«.

Andet spørgsmål

62. Den nationale ret har for det andet spurgt, om det udgør en ubegrundet begrænsning af retten til fri udveksling af

64. Den tyske regering har omvendt gjort gældende, at »det andet præjudicielle spørgsmål skal afvises fra realitetsbehandling, da det er rent hypotetisk, og at besvarelsen heraf er åbenbart irrelevant

14 — Arblade m.fl.-dommen, som anført ovenfor, præmis 51; min fremlæggelse.

for løsningen af tvisten i hovedsagen«. Ifølge den tyske regering »har den nationale ret kun på rent hypotetisk og abstrakt vis nævnt faren for forskelsbehandling«. Den tyske regering har fremført, at der, så vidt det er den bekendt, »ikke inden for de sektorer, hvor udenlandske arbejdsgivere er forpligtet til at overholde kollektive overenskomster om mindsteløn og feriepenge, findes nogen firmaoverenskomst, i henhold til hvilken de pågældende tyske arbejdsgivere kan anvende mindre gunstige arbejdsvilkår end dem, som skal overholdes ifølge AEntG«.

mod en tjenesteyder fra en anden medlemsstat ikke har denne mulighed.

67. Den portugisiske regering har ikke afgivet indlæg vedrørende det andet spørgsmål.

65. Den franske og den nederlandske regering samt Kommissionen er af den opfattelse, at den mulighed, tyske virksomheder har for at indgå en kollektiv overenskomst, der opstiller en lavere mindsteløn end den, der gælder for arbejdstagere, som er udstationeret af en virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat, skaber en forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, som strider mod fællesskabsretten og udgør en ubegrundet begrænsning af bestemmelserne om fri udveksling af tjenesteydelser.

Bedømmelse

68. Jeg skal indledningsvis behandle den tyske regerings argument om, at spørgsmålet »er åbenbart irrelevant for løsningen af tvisten i hovedsagen«.

66. Kommissionen har tilføjet, at det efter dens opfattelse imidlertid er meget tvivlsomt, om der i forbindelse med AEntG kan opstå en sådan situation. Ifølge Kommissionen tilkommer det den nationale ret at fastslå, om en indenlandsk arbejdstager i praksis vil kunne omgå bestemmelserne om mindsteløn i en kollektiv overenskomst, der er erklæret for almindeligt gældende, hvori-

69. Det følger af fast retspraksis¹⁵, at »det udelukkende tilkommer de nationale retter, for hvem en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retsafgørelse, der skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at de kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, de forelægger Domstolen«.

¹⁵ — Jf. især dom af 30.4.1998, sag C-230/96, Cabour, Sml. I, s. 2055, præmis 21.

70. Det er imidlertid ikke tilfældet her.

mens en arbejdsgiver fra et andet EF-land, der påtænker at udstationere arbejdstagere i Forbundsrepublikken Tyskland, ikke har mulighed herfor, i hvert fald ikke i praksis«.

71. Det fremgår nemlig af forelæggelseskendelsen, at Portugaia gør indsigelse mod sine forpligtelser ifølge AEntG med hensyn til betaling af mindsteløn, og det gøres gældende, at disse strider mod EF-traktatens artikel 59 ff. I denne forbindelse kan man ikke gå ud fra, at et spørgsmål, der vedrører en eventuel forskel mellem på den ene side tyske og på den anden side udenlandske arbejdsgiveres mulighed for at unddrage sig disse forpligtelser »er åbenbart irrelevant for løsningen af tvisten i hovedsagen«.

74. Spørgsmålet, om denne situation strider mod EF-traktatens artikel 59 ff., kan kun besvares bekræftende, da enhver form for forskelsbehandling af arbejdsgiverne fra oprindelseslandet i forhold til arbejdsgiverne i værtslandet er forbudt.

72. Man kan ligeledes heller ikke fastslå, at det andet spørgsmål skal afvises fra realitetsbehandling, fordi der, så vidt det er den tyske regering bekendt, ikke findes nogen firmaoverenskomst, hvorefter de pågældende tyske arbejdsgivere kan anvende mindre gunstige arbejdsvilkår end dem, som skal overholdes ifølge AEntG.

75. Det fremgår nemlig af traktatens artikel 60, stk. 3, at »tjenesteyderen midlertidigt [kan] udøve sin virksomhed i det land, hvor ydelsen præsteres, på samme vilkår¹⁷, som det pågældende land fastsætter for sine egne statsborgere«.

73. Det fremgår nemlig af retspraksis, at »Domstolen skal [...] lægge den af den forelæggende ret opstillede forudsætning til grund«¹⁶. I det konkrete tilfælde er der tale om den forudsætning, at en indenlandsk arbejdstager »ved indgåelse af en firmaoverenskomst (der har forrang) kan anvende en lavere løn end den mindsteløn, som er fastsat i en kollektiv overenskomst, der er erklæret for almindeligt gældende,

76. Men en arbejdsgiver fra oprindelseslandet, der — i hvert fald i praksis — i modsætning til en arbejdsgiver fra værtslandet ikke har mulighed for at unddrage sig forpligtelsen til at betale mindstelønnen til sine udstationerede arbejdstagere, kan ikke udøve sin virksomhed i det land, hvor ydelsen præsteres, på samme vilkår, som det pågældende land fastsætter for sine egne statsborgere.

16 — Arblade m.fl.-dommen, som anført ovenfor, præmis 49.

17 — Min fremhævelse.

77. Det andet spørgsmål skal derfor besvares således, at det strider mod EF-traktatens artikel 60, stk. 3, at en arbejdsgiver med hjemsted i en anden medlemsstat — i hvert fald i praksis — ikke har mulighed for at betale en løn, der er lavere end den mindsteløn, som er fastsat i en overenskomst, der er erklæret for almindeligt gældende, ved at indgå en firmaoverenskomst (der har forrang), hvorimod en arbejdsgiver fra værtsmedlemsstaten har denne mulighed.

Forslag til afgørelse

78. Jeg foreslår, at spørgsmålene fra Amtsgericht Tauberbischofsheim besvares således:

- »1) EF-traktatens artikel 59 ff. (efter ændring nu artikel 49 EF) skal fortolkes således, at en national regulering, som udvider de bestemmelser om mindsteløn, der er fastsat i kollektive overenskomster i byggesektoren, som er erklæret for almindeligt gældende, til at omfatte udenlandske tjenesteydere og disses udstationerede arbejdstagere, er begrundet set ud fra tvingende hensyn til arbejdstagernes sociale beskyttelse, også selv om reguleringen desuden har andre formål.
- 2) Det strider mod EF-traktatens artikel 60, stk. 3 (nu artikel 50, stk. 3, EF), at en arbejdsgiver med hjemsted i en anden medlemsstat — i hvert fald i praksis — ikke har mulighed for at betale en løn, der er lavere end den mindsteløn, som er fastsat i en overenskomst, der er erklæret for almindeligt gældende, ved at indgå en firmaoverenskomst (der har forrang), hvorimod en arbejdsgiver fra værtslandet har denne mulighed.«