DOMSTOLENS DOM (Femte Afdeling)

25. oktober 2001 *

I sag C-493/99,

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved J. Sack, som befuldmægtiget, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

Forbundsrepublikken Tyskland ved W.-D. Plessing og B. Muttelsee-Schön, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

angående en påstand om, at det fastslås, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til EF-traktatens artikel 52 og 59 (efter ændring nu artikel 43 EF og 49 EF), idet den i sin lovgivning har bestemt, at virksomheder i byggeindustrien, der er etableret i andre medlemsstater,

* Processprog: tysk.

a) inden for rammerne af et konsortium kun må tilbyde grænseoverskridende tjenesteydelser på det tyske marked, når de har deres hjemsted eller i det mindste et forretningssted i Tyskland, der beskæftiger eget personale, og de har indgået en kollektiv virksomhedsoverenskomst

b) kun må stille arbejdskraft fra et andet land til rådighed for andre virksomheder i byggeindustrien, når de har deres hjemsted eller i det mindste et forretningssted i Tyskland, der beskæftiger eget personale, og de som medlem af en tysk arbejdsgiverorganisation er omfattet af en kollektiv rammeaftale og en kollektiv aftale om socialsikring

c) ikke i Tyskland kan oprette en filial, der kan anerkendes som en virksomhed i byggeindustrien, når dens personale udelukkende udfører forvaltnings-, salgs-, planlægnings- og tilsynsopgaver og/eller lønarbejde, men at en sådan filial på det tyske arbejdsmarked desuden skal beskæftige arbejdstagere, der i mere end 50% af virksomhedens samlede arbejdstid udfører byggemæssige opgaver,

har

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, P. Jann, og dommerne D.A.O. Edward (refererende dommer), A. La Pergola, L. Sevón og C.W.A. Timmermans,

generaladvokat: D. Ruiz-Jarabo Colomer
justitssekretær: R. Grass,

på grundlag af den refererende dommers rapport,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 5. april 2001,

afsagt følgende

Dom

1 Ved stævning indleveret til Domstolens Justitskontor den 21. december 1999 har Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber i medfør af artikel 226 EF anlagt sag med påstand om, at det fastslås, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til EF-traktatens artikel 52 og 59 (efter ændring nu artikel 43 EF og 49 EF), idet den i sin lovgivning har bestemt, at virksomheder i byggeindustrien, der er etableret i andre medlemsstater,

a) inden for rammerne af et konsortium kun må tilbyde grænseoverskridende tjenesteydelser på det tyske marked, når de har deres hjemsted eller i det mindste et forretningssted i Tyskland, der beskæftiger eget personale, og de har indgået en kollektiv virksomhedsoverenskomst

b) kun må stille arbejdskraft fra et andet land til rådighed for andre virksomheder i byggeindustrien, når de har deres hjemsted eller i det mindste et forretningssted i Tyskland, der beskæftiger eget personale, og de som medlem af en tysk arbejdsgiverorganisation er omfattet af en kollektiv rammeaftale og en kollektiv aftale om socialsikring

c) ikke i Tyskland kan oprette en filial, der kan anerkendes som en virksomhed i byggeindustrien, når dens personale udelukkende udfører forvaltnings-, salgs-, planlægnings- og tilsynsopgaver og/eller lønarbejde, men at en sådan filial på det tyske arbejdsmarked desuden skal beskæftige arbejdstagere, der i mere end 50% af virksomhedens samlede arbejdstid udfører byggemæssige opgaver.

2 Ved begæring indleveret den 18. maj 2000 har Kongeriget Nederlandene anmodet om at måtte intervenere til støtte for Kommissionens påstande. Efter at det ved Domstolens kendelse af 19. juni 2000 fik tilladelse til at intervenere i sagen, har det imidlertid ved en skrivelse, der blev modtaget på Domstolens Justitskontor den 24. august 2000, tilbagekaldt sin intervention.

Den af Kommissionen påtalte nationale lovgivning

3 Med sit søgsmål har Kommissionen påtalt § 1, stk. 1, og § 1b i Gesetz zur Regelung der gewerbsmässigen Arbeitsnehmerüberlassung (lov om ordning for

vikarbureauer) af 7. august 1972 (BGBl. 1972 I, s. 1393), som ændret ved § 63 i Gesetz zur Reform der Arbeitsförderung (lov om reform af arbejdsformidlingen) af 24. marts 1997 (BGBl. 1997 I, s. 594, herefter »AÜG«).

4 AÜG's § 1, stk. 1, bestemmer:

»Arbejdsgivere, der som leverandører af arbejdskraft erhvervsmæssigt ønsker at stille arbejdstagere (vikarer) til rådighed for tredjemand (brugere af arbejdskraft), skal have en tilladelse. Udstationering af arbejdstagere til et konsortium af virksomheder, der er stiftet med henblik på at udføre et byggearbejde, udgør ikke tilrådighedsstillelse af arbejdskraft, når arbejdsgiveren er medlem af konsortiet, når kollektive overenskomster for de samme brancher finder anvendelse på alle konsortiets medlemmer, og når alle medlemmer i henhold til konsortieaftalen er forpligtede til selvstændigt at opfylde kontraktlige forpligtelser.«

5 AÜG's § 1b bestemmer:

»Erhvervsmæssig tilrådighedsstillelse af arbejdskraft i byggeindustrien til brug for byggearbejder, der sædvanligvis udføres af arbejdere, er ikke tilladt. Tilrådighedsstillelse er tilladt mellem virksomheder inden for branchen, når disse er omfattet af de samme kollektive rammeaftaler og kollektive aftaler om socialsikring eller bundet af dem som følge af deres almindelige bindende virkning.«

Den administrative procedure

6 Da Kommissionen fandt, at den tyske lovgivning, der er citeret i denne doms præmis 4 og 5, var i strid med traktatens artikel 52 og 59, indledte den traktatbrudsproceduren. Ved skrivelse af 17. september 1997 fremsendte Kommissionen en åbningsskrivelse til Forbundsrepublikken Tyskland, hvori denne blev anmodet om at fremkomme med sine bemærkninger hertil.

7 Det svar af 21. november 1997, de tyske myndigheder gav på åbningsskrivelsen, overbeviste ikke Kommissionen. Derfor fremsatte den den 22. december 1998 en begrundet udtalelse over for Forbundsrepublikken Tyskland, idet der blev givet medlemsstaten en frist på to måneder til at efterkomme udtalelsen. Eftersom de tyske myndigheder ikke besvarede udtalelsen inden for den fastsatte frist, og da Kommissionen ikke fandt, at myndighedernes senere meddelelse af et forslag til ændring af den omtvistede lovgivning var tilstrækkelig, har Kommissionen besluttet at anlægge nærværende sag.

Realiteten

De to første klagepunkter vedrørende den frie udveksling af tjenesteydelser

Parternes argumenter

8 Kommissionen har vurderet, at den omtvistede lovgivning er uforenelig med princippet om fri udveksling af tjenesteydelser af to grunde. Lovgivningen er

ifølge Kommissionen til hinder for, at virksomheder i byggeindustrien, der ikke er etableret i Tyskland, og som derfor ikke er bundet af de tyske kollektive overenskomster for denne branche, dels deltager i et konsortium af virksomheder, der er stiftet med henblik på udførelse af et byggearbejde, dels i Tyskland udstationerer arbejdstagere til andre virksomheder inden for denne branche.

9 Kommissionen har gjort gældende, at såvel AÜG's § 1, stk. 1, 2. pkt., som dens § 1b, 2. pkt., kræver, at de tyske kollektive aftaler for byggeindustrien finder anvendelse på alle de virksomheder, der vil deltage i et konsortium eller udstationere arbejdskraft til andre virksomheder i byggeindustrien. Men kun virksomheder, der er etableret i Tyskland, og som beskæftiger arbejdere dér, kan være omfattet af de nævnte aftaler. Derfor er virksomheder, der ikke er etableret på Forbundsrepublikken Tysklands område, ifølge Kommissionen ikke i stand til at udstationere arbejdstagere fra deres hovedsæde eller forretningssteder i andre medlemsstater til et i Tyskland stiftet konsortium eller til tyske virksomheder inden for byggeindustrien, uden at et sådant konsortium eller sådanne virksomheder mister muligheden for at påberåbe sig AÜG's § 1, stk. 1, 2. pkt., eller § 1b, 2. pkt.

10 Af denne grund bliver virksomheder, der ikke er etableret i Tyskland, og for hvilke de kollektive tyske aftaler for byggeindustrien ikke gælder, på forhånd udelukket fra at deltage i konsortier, der er stiftet, eller som stiftes i Tyskland. Derfor kan de ikke i den forbindelse drage fordel af den ret til fri udveksling af tjenesteydelser, der er sikret i henhold til traktatens artikel 59.

11 Den tyske regering har bekræftet, at deltagelse i et konsortium med henblik på udførelse af et byggearbejde samt udstationering af personale til virksomheder inden for byggeindustrien i henhold til den omtvistede lovgivning forudsætter, at de tyske kollektive aftaler finder anvendelse. Regeringen har endvidere bekræftet, at aftalerne som følge af deres territoriale anvendelsesområde ikke gælder for

virksomheder, der ikke har et forretningssted i Tyskland, og den har medgivet, at betingelsen om at have et forretningssted i Tyskland, for at disse aftaler kan finde anvendelse, udgør et strengere krav for virksomheder i andre medlemsstater end i Forbundsrepublikken Tyskland. Regeringen har imidlertid fundet, at den omtvistede lovgivning ikke er i strid med de grundlæggende rettigheder, traktaten sikrer.

12 Regeringen har med hensyn hertil gjort gældende, at betingelsen om at have et forretningssted i Tyskland ikke udgør en forskelsbehandling af virksomheder i byggeindustrien, der er etableret i andre medlemsstater end Forbundsrepublikken Tyskland, idet tyske virksomheder i den nævnte branche skal opfylde det samme krav. Endvidere er den omtvistede lovgivning begrundet i det tvingende almene hensyn, som den sociale beskyttelse af arbejdstagerne inden for byggeindustrien udgør.

13 Ifølge den tyske regering er formålet med den omtvistede lovgivning at hindre misbrug inden for det prekære område som arbejde i byggeindustrien er, og at sikre den sociale beskyttelse af de arbejdstagere, der er beskæftiget i denne industri. Regeringen har tilføjet, at den nævnte lovgivning er forenelig med Domstolens praksis, bl.a. med dom af 23. november 1999, forenede sager C-369/96 og C-376/96, Arblade m.fl. (Sml. I, s. 8453, præmis 41). Endvidere har regeringen gjort gældende, at lovgivningen er forholdsmæssig, idet den gør det muligt at nå det formål, der forfølges, er nødvendig for at nå det, ligesom der er et passende forhold mellem de iværksatte midler og det formål, der forfølges.

Domstolens bemærkninger

14 Det fremgår af den omtvistede lovgivning, at tilrådighedsstillelse af arbejdskraft i byggeindustrien i princippet ikke er tilladt i Tyskland. Som en undtagelse er tilrådighedsstillelse på visse betingelser tilladt, når den består i udstationering af arbejdstagere til et konsortium af virksomheder eller finder sted mellem virksomheder i denne branche.

15 På den ene side betragtes udstationering af arbejdstagere i forbindelse med et konsortium, der er stiftet med henblik på udførelse af et byggearbejde, således i henhold til AÜG's § 1, stk. 1, ikke som tilrådighedsstillelse af arbejdskraft, når den arbejdsgiver, der udstationerer sine arbejdstagere, er medlem af konsortiet, når de kollektive aftaler for branchen gælder for alle medlemmer af konsortiet, og når alle medlemmer i henhold til konsortieaftalen er forpligtede til selvstændigt at opfylde kontraktlige forpligtelser.

16 På den anden side er tilrådighedsstillelse af arbejdskraft undtagelsesvis tilladt i henhold til AÜG's § 1b, når den finder sted mellem virksomheder i byggeindustrien, der omfattes af de samme kollektive rammeaftaler og kollektive aftaler om socialsikring, eller som er bundet af disse aftaler som følge af deres almindelige bindende virkning.

17 For at være omfattet af en af disse bestemmelser skal den berørte virksomhed derfor i princippet i en vis udstrækning være bundet af de tyske kollektive aftaler, hvilket — igen i følge den tyske lovgivning — forudsætter, at den har et forretningssted i Tyskland.

18 Da tilrådighedsstillelse af arbejdskraft er en tjenesteydelse i traktatens betydning (jf. dom af 17.12.1981, sag 279/80, Webb, Sml. s. 3305, præmis 9), står det fast, at det i den omtvistede lovgivning fastsatte krav om etablering på den medlemsstats område, hvor tjenesteydelsen udføres, hindrer den frie udveksling af tjenesteydelser.

19 Som Domstolen gentagne gange har fastslået, er kravet om fast etablering reelt et udtryk for en udelukkelse af den grundlæggende ret til fri udveksling af tjenesteydelser derved, at det fuldstændig fjerner den effektive virkning af

traktatens artikel 59, der netop tilsigter en afskaffelse af begrænsninger for den frie udveksling af tjenesteydelser for så vidt angår personer, der ikke er etableret i den medlemsstat, hvor tjenesteydelsen skal udføres. Et sådant krav kan kun anses for lovligt, såfremt det godtgøres, at det udgør en ufravigelig forudsætning for at opnå det tilstræbte formål (jf. bl.a. dom af 9.7.1997, sag C-222/95, Parodi, Sml. I, s. 3899, præmis 31).

20 Ganske vist er social beskyttelse af arbejdstagere i byggeindustrien blandt de tvingende almene hensyn, der kan berettige en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser (jf. dom af 28.3.1996, sag C-272/94, Guiot, Sml. I, s. 1905, præmis 16). Det fremgår endvidere af Domstolens praksis, at de tvingende almene hensyn, der berettiger materielle bestemmelser i en lovgivning, også kan berettige de kontrolforanstaltninger, der er nødvendige for at sikre, at de overholdes (jf. i denne retning dom af 27.3.1990, sag C-113/89, Rush Portuguesa, Sml. I, s. 1417, præmis 18).

21 Domstolen har imidlertid altid understreget, at rent forvaltningsmæssige hensyn ikke kan lovliggøre en restriktion af den frie udveksling af tjenesteydelser (jf. i denne retning bl.a. dom af 26.1.1999, sag C-18/95, Terhoeve, Sml. I, s. 345, præmis 45). Domstolen har således fastslået, at den medlemsstat, hvor tjenesteydelsen udføres, ikke må forpligte en virksomhed til at føre dokumenter, der er særlige for denne stat, hvis virksomheden i den medlemsstat, hvor den er etableret, allerede er underkastet forpligtelser, der efter deres formål, som er at beskytte arbejdstagernes interesser, over for samme arbejdstagere og for samme beskæftigelsesperioder er sammenlignelige med dem, der er fastsat i lovgivningen i den førstnævnte medlemsstat (jf. bl.a. Arblade-dommen, præmis 80).

22 For så vidt angår denne sag må det fastslås, at kravet om etablering i den medlemsstat, hvor tjenesteydelsen udføres, således som det fremgår af den omtvistede lovgivning, går ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet social beskyttelse af arbejdstagerne inden for byggeindustrien.

23 Det er således ikke blevet godtgjort, at et sådant krav, der uden forskel er pålagt alle virksomheder, der vil stille arbejdskraft til rådighed for et konsortium eller andre virksomheder i byggeindustrien, i sig selv er nødvendigt for at opnå formålet social beskyttelse af arbejdstagere inden for byggeindustrien.

24 Det følger heraf, at Kommissionens to første klagepunkter skal tages til følge.

Tredje klagepunkt om etableringsfriheden

Parternes argumenter

25 Kommissionen har gjort gældende, at det i tysk ret kun er virksomheder, hvor arbejdstagere i mere end 50% af virksomhedens samlede arbejdstid udfører byggemæssige opgaver, der kan anerkendes som virksomheder i byggeindustrien. Den har nærmere anført, at denne betingelse gør det uinteressant at oprette filialer i Forbundsrepublikken Tyskland for virksomheder i byggeindustrien, der er etableret i andre medlemsstater, og som i deres tyske filial kun ønsker at ansætte administrativt eller teknisk personale eller personale med ansvar for marketing eller promotion af projekter. Eftersom en sådan filial i tilfælde af en ordre således ikke anses for en virksomhed i byggeindustrien og derfor ikke kan omfattes af bestemmelserne i AÜG's § 1, stk. 1, og § 1b, er den ikke i stand til at udføre de krævede arbejder ved tilrådighedsstillelse af arbejdstagere, der er ansat i andre filialer eller i virksomhedens hovedsæde, idet disse er etableret i andre medlemsstater end Forbundsrepublikken Tyskland.

26 Derimod behandles tyske filialer af tyske virksomheder i byggeindustrien ifølge Kommissionen altid som virksomheder, der henhører under denne branche, selv

om de ikke i egentlig forstand opfylder reglen om, at arbejdstagere i mindst 50% af arbejdstiden udfører byggemæssige opgaver. Kommissionen har tilføjet, at denne forskelsbehandling følger af anvendelsen af § 1, afdeling IV, nr. 4, i Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (kollektiv rammeaftale for byggeindustrien) og § 1, afdeling IV, i Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (kollektiv aftale om socialsikring inden for byggeindustrien). Disse bestemmelser fastsætter i det væsentlige, at også virksomheder i byggeindustrien, der i forbindelse med en sammenslutning med andre virksomheder i branchen udelukkende eller hovedsagelig udfører forvaltnings-, salgs-, planlægnings- eller revisionsopgaver eller laboratorieanalyser for sammenslutningens medlemmers regning, anses for virksomheder i byggeindustrien.

27 Kommissionen har fundet, at denne forskelsbehandling af virksomheder, der er etableret i andre medlemsstater end Forbundsrepublikken Tyskland, og af deres filialer i Tyskland tilsidesætter den etableringsfrihed, som traktatens artikel 52 sikrer.

28 Den tyske regering har anerkendt, at for at en virksomhed kan anses for henhørende under byggeindustrien, skal den beskæftige arbejdere i byggefagene og mere end 50% af dens ansattes samlede arbejdstid skal vedrøre opgaver, der er karakteristiske for byggeindustrien. Den har imidlertid gjort gældende, at Kommissionen har misforstået formålet med og rækkevidden af bestemmelserne i de kollektive aftaler, der er nævnt i denne doms præmis 26.

29 Ifølge den tyske regering blev disse bestemmelser således ikke vedtaget med det formål at regulere spørgsmålet om tilrådighedsstillelse af arbejdskraft, men for at undgå, at arbejdstagere i byggeindustrien udelukkes fra de kollektive aftaler i denne branche som følge af en reorganisering af deres virksomhed.

Domstolens bemærkninger

30 Det er ubestridt, at efter tysk ret kan en tysk filial af en virksomhed i byggeindustrien, der er etableret i en anden medlemsstat end Forbundsrepublikken Tyskland, kun anses at henhøre under denne branche, hvis dens ansatte i mere end 50% af deres samlede arbejdstid udfører byggemæssige opgaver.

31 Uden at det er nødvendigt at afgøre, om bestemmelserne i de to kollektive aftaler, der er nævnt i denne doms præmis 26, som hævdet af Kommissionen har en diskriminerede virkning til skade for virksomheder i byggeindustrien, der er etableret i andre medlemsstater end Forbundsrepublikken Tyskland, skal det fastslås, at den i præmis 30 nævnte betingelse hindrer etableringsfriheden med hensyn til de nævnte virksomheders oprettelse af filialer.

32 For det første besværliggør betingelsen adgangen til det tyske marked for de nævnte virksomheder i byggeindustrien derved, at den gør kvalifikationen af deres tyske filialer som virksomheder, der henhører under denne branche, afhængig af kriterier, som disse filialer kun vanskeligt kan opfylde.

33 Således har interessen i at oprette en tysk filial for virksomheder i byggeindustrien, der er etableret i andre medlemsstater end Forbundsrepublikken Tyskland, som Kommissionen med rette har bemærket, ofte sit udspring i, at det er økonomisk nødvendigt, at de i Tyskland råder over administrativt og teknisk personale samt personale med ansvar for marketing eller promotion af projekter. Derimod kan det personale, der skal udføre arbejdet med henblik på at gennemføre ordrerne, være ansat andre steder, i andre filialer eller på virksomhedens hovedsæde.

34 For det andet er den nævnte bestemmelse sandsynligvis forbundet med færre omkostninger for virksomheder i Forbundsrepublikken Tyskland end for virksomheder fra andre medlemsstater, idet det er mindre vigtigt for tyske virksomheder at ansætte administrativt og teknisk personale samt salgsmedarbejdere i deres tyske filialer, fordi sådanne opgaver kan varetages af det personale, der er ansat på virksomhedens hovedsæde på det tyske område.

35 For så vidt angår begrundelsen for den fastslåede hindring har den tyske regering i det væsentlige påberåbt sig de samme argumenter som dem, den fremførte som svar på de to første klagepunkter, navnlig de tvingende hensyn vedrørende bekæmpelse af misbrug på markedet for byggeindustrien og den sociale beskyttelse af de berørte arbejdstagere.

36 Disse argumenter, der henviser til betingelsen for at være omfattet af de tyske kollektive aftaler, og ikke til den i denne doms præmis 30 nævnte betingelse, der er årsagen til denne hindring, kan imidlertid ikke begrunde den nævnte hindring.

37 Eftersom der ikke er påberåbt andre tvingende hensyn som begrundelse for den fastslåede hindring, skal også Kommissionens tredje klagepunkt tages til følge.

Sagens omkostninger

38 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har nedlagt påstand om, at Forbundsrepublikken Tyskland tilpligtes at betale sagens omkostninger, og denne har tabt sagen, bør det pålægges Forbundsrepublikken Tyskland at betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

1) **Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til EF-traktatens artikel 52 og 59 (efter ændring nu artikel 43 EF og 49 EF), idet den i sin lovgivning har bestemt, at virksomheder i byggeindustrien, der er etableret i andre medlemsstater,**

a) **inden for rammerne af et konsortium kun må tilbyde grænseoverskridende tjenesteydelser på det tyske marked, når de har deres hjemsted eller i det mindste et forretningssted i Tyskland, der beskæftiger eget personale, og de har indgået en kollektiv virksomhedsoverenskomst**

b) **kun må stille arbejdskraft fra et andet land til rådighed for andre virksomheder i byggeindustrien, når de har deres hjemsted eller i det mindste et forretningssted i Tyskland, der beskæftiger eget personale, og de som medlem af en tysk arbejdsgiverorganisation er omfattet af en kollektiv rammeaftale og en kollektiv aftale om socialsikring**

c) ikke i Tyskland kan oprette en filial, der kan anerkendes som en virksomhed i byggeindustrien, når dens personale udelukkende udfører forvaltnings-, salgs-, planlægnings-, og tilsynsopgaver og/eller lønarbejde, men at en sådan filial på det tyske arbejdsmarked desuden skal beskæftige arbejdstagere, der i mere end 50% af virksomhedens samlede arbejdstid udfører byggemæssige opgaver.

2) Forbundsrepublikken Tyskland betaler sagens omkostninger.

Jann Edward La Pergola

Sevón Timmermans

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 25. oktober 2001.

R. Grass

Justitssekretær

P. Jann

Formand for Femte Afdeling