DOMSTOLENS DOM (femte avdelningen)
den 25 oktober 2001 *

I mål C-493/99,

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av J. Sack, i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Förbundsrepubliken Tyskland, företrädd av W.-D. Plessing och B. Muttelsee-Schön, båda i egenskap av ombud,

svarande,

angående en talan om fastställelse av att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 52 och 59 i EG-fördraget (nu artiklarna 43 EG och 49 EG i ändrad lydelse) genom att i sin lagstiftning föreskriva att byggnadsindustriföretag som är etablerade i andra medlemsstater,

* Rättegångsspråk: franska.

a) får tillhandahålla gränsöverskridande tjänster inom ramen för ett konsortium på den tyska marknaden endast när de har sitt säte eller åtminstone ett driftställe i Tyskland, i vilket egen personal är anställd, och när de ingår företagskollektivavtal för denna personal,

b) får ställa arbetskraft från ett annat land till andra byggnadsindustriföretags förfogande endast när de har sitt säte eller åtminstone ett driftställe i Tyskland i vilket egen personal är anställd, och när de i sin egenskap av medlemmar i en tysk arbetsgivarorganisation omfattas av ett ramkollektivavtal och ett kollektivavtal om socialkassor, och

c) inte i Tyskland får bilda en som ett byggnadsindustriföretag ansedd filial när filialens personal endast svarar för uppgifter avseende administration, försäljning, planering, kontroll eller för beställningsarbeten utan måste, för att en filial skall anses som en sådan, på den tyska arbetsmarknaden ha arbetare anställda i denna filial som på byggarbetsplatser fullgör mer än 50 procent av personalens sammanlagda arbetstid.

meddelar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden P. Jann samt domarna D. A. O. Edward (referent), A. La Pergola, L. Sevón och C. W. A. Timmermans,

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

med hänsyn till referentens rapport,

och efter att den 5 april 2001 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Europeiska gemenskapernas domstol har, genom ansökan som inkom till domstolens kansli den 21 december 1999, i enlighet med artikel 226 EG väckt talan om fastställelse av att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 52 och 59 i EG-fördraget (nu artiklarna 43 EG och 49 EG i ändrad lydelse) genom att i sin lagstiftning föreskriva att byggnadsindustriföretag som är etablerade i andra medlemsstater

a) får tillhandahålla gränsöverskridande tjänster inom ramen för ett konsortium på den tyska marknaden endast när de har sitt säte eller åtminstone ett driftställe i Tyskland, i vilket egen personal är anställd, och när de ingår företagskollektivavtal för denna personal,

b) får ställa arbetskraft från ett annat land till andra byggnadsindustriföretags förfogande endast när de har sitt säte eller åtminstone ett driftställe i Tyskland, i vilket egen personal är anställd, och när de i sin egenskap av medlemmar i en tysk arbetsgivarorganisation omfattas av ett ramkollektivavtal och ett kollektivavtal om socialkassor, och

c) inte i Tyskland får bilda en som ett byggnadsindustriföretag ansedd filial när filialens personal endast svarar för uppgifter avseende administration, försäljning, planering, kontroll eller för beställningsarbeten utan måste, för att en filial skall anses som en sådan, på den tyska arbetsmarknaden ha arbetare anställda i denna filial som på byggarbetsplatser fullgör mer än 50 procent av personalens sammanlagda arbetstid

2 Konungariket Nederländerna begärde, genom ansökan som inkom till domstolens kansli den 18 maj 2000, att få intervenera till stöd för kommissionens yrkanden. Sedan Konungariket Nederländerna genom domstolens beslut av den 19 juni 2000 medgetts att intervenera i förevarande mål, återkallade denna stat emellertid sin intervention genom skrivelse som kom in till domstolens kansli den 24 augusti 2000.

Den nationella lagstiftning som kommissionen har ifrågasatt

3 Kommissionen har genom sin talan ifrågasatt 1 § första stycket och 1 b § i Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (lag om ställande till

förfogande av tillfällig arbetskraft) av den 7 augusti 1972 (BGBl. 1972 I, s. 1393), i dess ändrade lydelse enligt 63 § i Gesetz zur Reform der Arbeitsförderung (lag om reformering av sysselsättningsfrämjande åtgärder) av den 24 mars 1997 (BGBl. 1997 I, s. 594, nedan kallad AÜG).

4 I 1 § första stycket i AÜG föreskrivs följande:

"Arbetsgivare som i egenskap av tillhandahållare av arbetskraft önskar yrkesmässigt ställa arbetstagare (tillfälliga arbetstagare) till tredje mans förfogande (användare av arbetskraft) skall ha tillstånd till detta. Utstationering av arbetstagare till ett företagskonsortium som bildats för att genomföra ett byggnadsarbete innebär inte att arbetskraft ställs till förfogande när arbetsgivaren är medlem i konsortiet, när kollektivavtal för samma bransch tillämpas på alla medlemmar i konsortiet och när samtliga dessa, oberoende av varandra, är skyldiga att utföra avtalsenliga tjänster enligt konsortieavtalet."

5 Enligt 1 b § i AÜG gäller följande:

"Det är förbjudet att i byggnadsindustrin yrkesmässigt ställa arbetskraft till förfogande för arbeten som normalt utförs av arbetare. Detta är tillåtet mellan företag i denna sektor när de omfattas av samma ramkollektivavtal och kollektivavtal om socialkassor eller omfattas av de sistnämndas allmänt bindande verkan."

Det administrativa förfarandet

6 Kommissionen ansåg att den ovan i punkterna 4 och 5 i denna dom citerade tyska lagstiftningen stred mot artiklarna 52 och 59 i fördraget och inledde därför ett fördragsbrottsförfarande. Genom skrivelse av den 17 september 1997 anmodade kommissionen Förbundsrepubliken Tyskland formellt att yttra sig i frågan.

7 Det svar som de tyska myndigheterna lämnade den 21 november 1997 på denna formella underrättelse övertygade inte kommissionen. Denna avgav därför den 22 december 1998 ett motiverat yttrande till Förbundsrepubliken Tyskland och gav denna medlemsstat en frist på två månader för att rätta sig efter detta. Eftersom de tyska myndigheterna inte hade svarat på detta yttrande inom den angivna fristen och eftersom kommissionen inte ansåg att ett förslag till ändringar av den omtvistade lagstiftningen som myndigheterna översände senare var tillräckligt, beslutade kommissionen att väcka förevarande talan.

Prövning i sak

De två första anmärkningarna, avseende friheten att tillhandahålla tjänster

Parternas argument

8 Kommissionen anser att den omtvistade lagstiftningen strider mot friheten att tillhandahålla tjänster av två skäl. Enligt kommissionen hindrar denna lagstift-

ning byggnadsindustriföretag, som inte är etablerade i Tyskland och som således inte omfattas av tyska kollektivavtal för denna sektor, för det första från att delta i ett företagskonsortium som bildats för att genomföra ett byggnadsarbete och för det andra från att i Tyskland utstationera arbetskraft till andra företag i denna sektor.

9 Kommissionen har gjort gällande att såväl 1 § första stycket andra meningen i AÜG som 1 b § andra meningen i denna lag innebär krav på att tyska kollektivavtal för byggnadsindustrisektorn skall tillämpas på alla företag som önskar delta i ett konsortium eller utstationera arbetskraft till andra företag i byggnadsindustrin. Endast företag som är etablerade i Tyskland och som har arbetare anställda där kan emellertid omfattas av dessa avtal. Enligt kommissionen kan företag som inte är etablerade i Förbundsrepubliken Tyskland följaktligen inte utstationera arbetstagare från sitt säte eller från driftställen i andra medlemsstater till ett konsortium som bildats i Tyskland eller till tyska byggnadsindustriföretag utan att detta konsortium eller dessa företag förlorar möjligheten att åberopa 1 § första stycket andra meningen eller 1 b § andra meningen i AÜG.

10 Av denna anledning är företag som inte är etablerade i Tyskland, på vilka de tyska kollektivavtalen för byggnadsindustrin inte tillämpas, på förhand utestängda från konsortier som bildats eller som kommer att bildas i Tyskland. Följaktligen kan de inte i detta avseende åtnjuta den frihet att tillhandahålla tjänster som säkerställs i artikel 59 i fördraget.

11 Den tyska regeringen har bekräftat att den omtvistade lagstiftningen innebär att deltagande i ett konsortium för genomförandet av ett byggnadsarbete samt utstationering av personal till byggnadsindustriföretag är villkorade av att företagen omfattas av tyska kollektivavtal. Regeringen har också bekräftat att på grund av dessa avtals territoriella tillämpningsområde tillämpas de inte på företag

som inte förfogar över ett driftställe i Tyskland. Den har således medgett att skyldigheten att förfoga över ett driftställe i Tyskland för att dessa avtal skall kunna tillämpas utgör ett mer betungande krav för andra medlemsstaters företag än för företag i Förbundsrepubliken Tyskland. Regeringen anser likväl att den omtvistade lagstiftningen inte strider mot de grundläggande friheter som säkerställs i fördraget.

12 Den har därvid gjort gällande för det första att skyldigheten att förfoga över ett driftställe i Tyskland inte utgör diskriminering av byggnadsindustriföretag som är etablerade i andra medlemsstater än Förbundsrepubliken Tyskland, eftersom de tyska företagen i denna sektor också måste uppfylla detta krav. För det andra är den omtvistade lagstiftningen motiverad av det tvingande hänsyn till allmänintresset som det sociala skyddet för arbetstagare i byggnadsindustrisektorn utgör.

13 Enligt den tyska regeringen är syftet med den omtvistade lagstiftningen att förhindra missbruk av de osäkra arbetsförhållandena inom byggnadsindustrin och att säkerställa socialt skydd för arbetstagare som är anställda i denna. Den har tillagt att denna lagstiftning överensstämmer med domstolens rättspraxis, särskilt med domen av den 23 november 1999 i de förenade målen C-369/96 och C-376/96, Arblade m.fl. (REG 1999, s. I-8453), punkt 41. Den har vidare hävdat att denna lagstiftning är proportionerlig, eftersom den gör det möjligt att nå det avsedda målet, att den är nödvändig för att uppnå detta och ändamålsenlig när det gäller de medel som används.

Domstolens bedömning

14 Det framgår av den omtvistade lagstiftningen att det i Tyskland i princip är förbjudet att ställa arbetskraft till förfogande i byggnadsindustrisektorn. Det är, om vissa villkor är uppfyllda, undantagsvis tillåtet att ställa arbetskraft till förfogande när det gäller utstationering av arbetstagare till ett företagskonsortium eller genomförs mellan företag i denna sektor.

15 Därvid anses för det första enligt 1 § första stycket AÜG utstationering av arbetstagare inom ramen för ett konsortium som bildats för att genomföra ett byggnadsarbete inte som att arbetskraft ställs till förfogande när den arbetsgivare som utstationerar sina arbetstagare är medlem i konsortiet, när kollektivavtal för samma sektor tillämpas på alla medlemmar i detta konsortium och när samtliga dessa, oberoende av varandra, är skyldiga att utföra avtalsenliga tjänster enligt konsortieavtalet.

16 För det andra är det enligt 1b § AÜG undantagsvis tillåtet att ställa arbetskraft till förfogande när det sker mellan byggnadsindustriföretag som täcks av samma ramkollektivavtal och kollektivavtal om socialkassor eller som omfattas av dessa avtal på grund av deras allmänt bindande verkan.

17 För att omfattas av någon av dessa bestämmelser skall det berörda företaget således i princip i en viss utsträckning omfattas av tyska kollektivavtal, vilket förutsätter, också enligt den tyska lagstiftningen, att de har driftställen i Tyskland.

18 Eftersom det när arbetskraft ställs till förfogande är fråga om en tjänst i den mening som avses i fördraget (se dom av den 17 december 1981 i mål 279/80, Webb, REG 1981, s. 3305, punkt 9; svensk specialutgåva, volym 6, s. 265), står det klart att det i den omtvistade lagstiftningen föreskrivna kravet på ett driftställe i den medlemsstat där tjänster tillhandahålls hindrar friheten att tillhandahålla tjänster.

19 Som domstolen vid upprepade tillfällen har fastställt utgör kravet på fast etablering just motsatsen till den grundläggande friheten att tillhandahålla tjänster, eftersom det medför att artikel 59 i fördraget helt fråntas sin ändamåls-

enliga verkan, en artikel som just avser att avskaffa begränsningarna av friheten att tillhandahålla tjänster för personer som inte är etablerade i den medlemsstat där tjänsten skall tillhandahållas. För att ett sådant krav skall godtas måste det följaktligen vara oundgängligt för att uppnå det eftersträvade målet (se särskilt dom av den 9 juli 1997 i mål C-222/95, Parodi, REG 1997, s. I-3899, punkt 31).

20 Det är riktigt att socialt skydd för arbetstagare i byggnadsindustrin återfinns bland de tvingande hänsyn till allmänintresset som kan motivera en inskränkning av friheten att tillhandahålla tjänster (se dom av den 28 mars 1996 i mål C-272/94, Guiot, REG 1996, s. I-1905, punkt 16). Det framgår dessutom av domstolens rättspraxis att de tvingande hänsyn till allmänintresset som motiverar materiella bestämmelser i en reglering även kan motivera kontrollåtgärder som är nödvändiga för att säkerställa att de iakttas (se, för ett liknande resonemang, dom av den 27 mars 1990 i mål C-113/89, Rush Portuguesa, REG 1990, s. I-1417, punkt 18; svensk specialutgåva, volym 10, s. 389).

21 Domstolen har emellertid även betonat att hänsyn av rent administrativ art inte kan göra en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster rättsenlig (se, för ett liknande resonemang, dom av den 26 januari 1999 i mål C-18/95, Terhoeve, REG 1999, s. I-345, punkt 45). Domstolen har därvid fastställt att den medlemsstat i vilken en tjänst tillhandahålls inte kan förplikta ett företag att tillhandahålla denna stat särskilda handlingar när detta företag redan i den stat där företaget är etablerat omfattas av skyldigheter som, med hänsyn till deras syfte att tillvarata arbetstagarnas intressen, gentemot samma arbetstagare och för samma verksamhetsperioder, är jämförbara med dem som föreskrivs i lagstiftningen i den förstnämnda medlemsstaten (se särskilt domen i det ovannämnda målet Arblade m.fl., punkt 80).

22 När det gäller detta mål skall det konstateras att ett krav på ett driftställe i den medlemsstat där en tjänst tillhandahålls, såsom det krav som följer av den omtvistade lagstiftningen, går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det syfte som består i socialt skydd för arbetstagare i byggnadsindustrin.

23 Det har nämligen inte visats att ett sådant krav, som utan åtskillnad åläggs alla företag som önskar ställa arbetskraft till ett konsortiums eller andra byggnadsindustriföretags förfogande, i sig är nödvändigt för att uppnå det syfte som består i socialt skydd för arbetstagare i byggnadsindustrin.

24 Av detta följer att kommissionens två första anmärkningar skall godtas.

Den tredje anmärkningen, avseende etableringsfriheten

Parternas argument

25 Kommissionen har gjort gällande att enligt tysk rätt kan endast företag i vilka mer än 50 procent av arbetstiden fullgörs av arbetare på byggarbetsplatser anses som byggnadsindustriföretag. Kommissionen har hävdat att detta villkor medför att det blir ointressant att bilda filialer i Förbundsrepubliken Tyskland för byggnadsindustriföretag som är etablerade i andra medlemsstater och som i sin tyska filial endast önskar placera administrativ, teknisk eller försäljningsrelaterad personal som ansvarar för reklam eller lansering av projekt. Vid en beställning skulle, eftersom en sådan filial inte anses som ett byggnadsindustriföretag och följaktligen inte kan omfattas av 1 § första stycket och 1 b § i AÜG, denna filial inte kunna genomföra de arbeten som krävs genom att ställa till förfogande arbetstagare som är anställda i andra filialer eller arbetstagare från den plats där företaget har sitt säte, såvitt dessa är etablerade i en annan medlemsstat än Förbundsrepubliken Tyskland.

26 Enligt kommissionen anses däremot tyska filialer till tyska byggnadsindustriföretag alltid som företag som ingår i denna sektor, även om de egentligen inte

uppfyller bestämmelsen att minst 50 procent av arbetstiden skall fullgöras av arbetare på byggarbetsplatser. Kommissionen har tillagt att denna skillnad i behandling följer av en tillämpning av 1 § avsnitt IV punkt 4 i Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (ramkollektivavtal för byggnadsindustrin) och 1 § avsnitt IV i Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (kollektivavtal om ordning för socialkassor inom byggnadsindustrin). I dessa bestämmelser föreskrivs i huvudsak att även företag som inom ramen för ett konsortium med företag i denna sektor endast eller huvudsakligen fullgör förvaltnings-, försäljnings-, planerings- eller bokföringsuppgifter eller utför laboratorieanalyser för medlemmar i detta konsortiums räkning också anses som byggnadsindustriföretag.

27 Kommissionen anser att denna diskriminerande behandling av företag som är etablerade i andra medlemsstater än Förbundsrepubliken Tyskland och av deras filialer i Tyskland innebär ett åsidosättande av etableringsfriheten enligt artikel 52 i fördraget.

28 Den tyska regeringen har medgett att för att anses som ett byggnadsindustriföretag skall ett företag ha byggnadsarbetare anställda och mer än 50 procent av personalens sammanlagda arbetstid avse arbete som är typiskt för byggnadsindustrisektorn. Regeringen har emellertid hävdat att kommissionen har missuppfattat innebörden och omfattningen av bestämmelserna i de ovan i punkt 26 i denna dom nämnda kollektivavtalen.

29 Enligt den tyska regeringen antogs nämligen dessa bestämmelser inte i syfte att reglera förhållandena när arbetskraft ställs till förfogande, utan för att undvika att arbetstagare i byggnadsindustrin utesluts från kollektivavtalen i denna sektor på grund av en omorganisation av deras företag.

Domstolens bedömning

30 Det är ostridigt att en tysk filial till ett byggnadsindustriföretag som är etablerat i en annan medlemsstat än Förbundsrepubliken Tyskland enligt tysk rätt anses ingå i denna sektor endast om mer än 50 procent av den sammanlagda arbetstiden för dess personal fullgörs av arbetare på byggarbetsplatser.

31 Domstolen konstaterar, utan att det är nödvändigt att avgöra om, såsom kommissionen har hävdat, bestämmelserna i de två kollektivavtal som nämnts ovan i punkt 26 i denna dom har en diskriminerande verkan till nackdel för byggnadsindustriföretag som är etablerade i andra medlemsstater än Förbundsrepubliken Tyskland, att det villkor om vilket erinrats i den föregående punkten hindrar dessa företags frihet att etablera sig genom att bilda filialer.

32 För det första försvårar detta villkor dessa byggnadsindustriföretags tillträde till den tyska marknaden, eftersom klassificeringen av deras tyska filialer som företag som ingår i denna sektor villkoras av kriterier som dessa filialer endast med svårighet uppfyller.

33 Som kommissionen med rätta har anfört har nämligen intresset för byggnadsindustriföretag som är etablerade i en annan medlemsstat än Förbundsrepubliken Tyskland att bilda en tysk filial ofta sitt ursprung i det ekonomiska behovet av att i Tyskland förfoga över administrativ, teknisk eller försäljningsrelaterad personal, bland annat för att svara för reklam eller lansering av projekt. Personal som genomför arbete för att utföra beställningar kan emellertid vara anställda på annat håll, på andra filialer eller på den plats där företaget har sitt säte.

34 För det andra kan detta villkor visa sig vara mindre betungande för företag i Förbundsrepubliken Tyskland än för andra medlemsstaters företag, eftersom det är mindre viktigt för de förstnämnda att placera administrativ, teknisk och försäljningsrelaterad personal i sina tyska filialer, eftersom sådana uppgifter kan utföras av personal som är anställd vid företagets säte i Tyskland.

35 För att motivera det konstaterade hindret har den tyska regeringen i huvudsak åberopat samma argument som den anförde till bemötande av de två första anmärkningarna, det vill säga särskilt tvingande hänsyn avseende bekämpande av missbruk på byggnadsindustrimarknaden och avseende socialt skydd för berörda arbetstagare.

36 Eftersom dessa argument emellertid avser villkoret att företagen skall omfattas av tyska kollektivavtal och inte det villkor, om vilket erinrats ovan i punkt 30 i denna dom, som är ursprunget till det konstaterade hindret, kan de inte rättfärdiga detta hinder.

37 Eftersom inga andra tvingande hänsyn till allmänintresset har åberopats för att rättfärdiga det konstaterade hindret, skall även kommissionens tredje anmärkning godtas.

Rättegångskostnader

38 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att Förbundsrepubliken Tyskland skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom denna stat har tappat målet, skall den ersätta rättegångskostnaderna.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

följande dom:

1) **Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 52 och 59 i EG-fördraget (nu artiklarna 43 EG och 49 EG i ändrad lydelse) genom att i sin lagstiftning föreskriva att byggnadsindustriföretag som är etablerade i andra medlemsstater**

   a) **får tillhandahålla gränsöverskridande tjänster inom ramen för ett konsortium på den tyska marknaden endast när de har sitt säte eller åtminstone ett driftställe i Tyskland, i vilket egen personal är anställd, och när de ingår företagskollektivavtal för denna personal,**

   b) **får ställa arbetskraft från ett annat land till andra byggnadsindustriföretags förfogande endast när de har sitt säte eller åtminstone ett driftställe i Tyskland, i vilket egen personal är anställd, och när de i sin egenskap av medlemmar i en tysk arbetsgivarorganisation omfattas av ett ramkollektivavtal och ett kollektivavtal om socialkassor, och**

c) inte i Tyskland får bilda en som ett byggnadsindustriföretag ansedd filial när filialens personal endast svarar för uppgifter avseende administration, försäljning, planering, kontroll eller för beställningsarbeten utan måste, för att en filial skall anses som en sådan, på den tyska arbetsmarknaden ha arbetare anställda i denna filial som på byggarbetsplatser fullgör mer än 50 procent av personalens sammanlagda arbetstid.

2) Förbundsrepubliken Tyskland skall ersätta rättegångskostnaderna.

Jann Edward La Pergola

Sevón Timmermans

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 25 oktober 2001.

R. Grass

Justitiesekreterare

P. Jann

Ordförande på femte avdelningen