FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
YVES BOT
fremsat den 20. september 2007 [1]

1. Denne præjudicielle anmodning giver Domstolen mulighed for at lægge en ny sten til sin praksis vedrørende problematikken med udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser.

2. Det af den forelæggende ret stillede spørgsmål opfordrer endnu en gang Domstolen til at afveje den frie udveksling af tjenesteydelser med de tvingende hensyn til beskyttelse af arbejdstagere og forebyggelse af social dumping.

3. Oberlandesgericht Celle (Tyskland) anmoder i det væsentlige Domstolen om at tage stilling til problemet, om fællesskabsretten skal fortolkes således, at den er til hinder for en national lovgivning om udbud af offentlige kontrakter, som pålægger ordremodtagerne og indirekte deres underentreprenører mindst at betale arbejdstagere, der er udstationeret i forbindelse med udførelse af en offentlig kontrakt, den overenskomstmæssigt fastsatte løn, der gælder på stedet for ydelsesleveringen, under trussel om sanktioner, der kan gå så langt som til opsigelse af kontrakten, hvis den kollektive overenskomst, som denne lovbestemmelse henviser til, ikke er erklæret almindeligt gældende.

4. Denne anmodning er blevet fremsat i en sag mellem Rechtsanwalt Dr. Dirk Rüffert i sin egenskab af kurator for konkursboet efter Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG, sagsøgt i hovedsagen, mod Land Niedersachsen, sagsøger i hovedsagen, om opsigelse af en entreprisekontrakt indgået mellem det nævnte selskab og Land Niedersachsen i forbindelse med en offentlig byggekontrakt.

5. I dette forslag til afgørelse påviser jeg, hvorfor hverken Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/71/EF af 16. december

1 — Originalsprog: fransk.

1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser [2] eller artikel 49 EF efter min mening bør fortolkes således, at de er til hinder for en national foranstaltning som den i hovedsagen omhandlede.

I — Retsforskrifter

A — *Fællesskabsretten*

6. Ifølge artikel 49, stk. 1, EF er der forbud mod restriktioner, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser inden for Fællesskabet, for så vidt angår statsborgere i medlemsstaterne, der er bosat i et andet af Fællesskabets lande end modtageren af den pågældende ydelse.

7. Direktiv 96/71 har til formål at udvikle den frie udveksling af tjenesteydelser mellem medlemsstaterne og sikre fair konkurrence mellem de tjenesteydende virksomheder og foranstaltninger, der garanterer, at arbejdstagernes rettigheder respekteres [3].

8. Artikel 1 i direktiv 96/71, der har overskriften »Anvendelsesområde«, har følgende ordlyd:

»1. Dette direktiv finder anvendelse på virksomheder, som i forbindelse med levering af tjenesteydelser over grænserne udstationerer arbejdstagere på en medlemsstats område i henhold til stk. 3.

[…]

3. Dette direktiv finder anvendelse, dersom en af de i stk. 1 anførte virksomheder træffer en af følgende grænseoverskridende foranstaltninger:

a) for egen regning og under egen ledelse udstationerer en arbejdstager på en medlemsstats område i henhold til en aftale mellem den udstationerende virksomhed og modtageren af tjenesteydelsen, der driver virksomhed i denne medlemsstat, dersom der i udstationeringsperioden består et ansættelsesforhold mellem den udstationerende virksomhed og arbejdstageren

[…]«

2 — EFT 1997 L 18, s. 1.
3 — Femte betragtning.

9. Som det fremgår af sjette betragtning til ovennævnte direktiv, er fællesskabslovgiver gået ud fra en konstatering af, at når der er tale om tværnationale situationer, rejser udstationerede arbejdstageres ansættelsesforhold problemer med hensyn til, hvilken ret der skal gælde for dem.

10. I denne henseende opstiller Rom-konventionen om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser, der blev åbnet for undertegnelse i Rom den 19. juni 1980 [4], generelle kriterier for fastlæggelse af, hvilken lov der skal gælde for ansættelsesforhold [5]. Rom-konventionens artikel 3 foreskriver således som generel regel, at en aftale er underkastet den lov, som parterne har vedtaget. I mangel af et lovvalg er en arbejdsaftale i henhold til konventionens artikel 6, stk. 2, loven i det land, hvor arbejdstageren ved opfyldelsen af aftalen sædvanligvis udfører sit arbejde, selv om han midlertidigt er beskæftiget i et andet land.

11. Rom-konventionens artikel 7 foreskriver, at ufravigelige regler i en anden lovgivning, især lovgivningen i den medlemsstat, hvor en arbejdstager midlertidigt er udstationeret, under visse betingelser kan finde anvendelse sideordnet med den lovgivning, der ellers skal anvendes. Disse ufravigelige regler, der ligeledes betegnes som »umiddelbart gældende love«, som gælder på stedet for udførelse af arbejdet, er ikke præciseret i Rom-konventionen.

12. Direktiv 96/71's bidrag er i denne sammenhæng på fællesskabsplan at opstille en række ufravigelige regler i situationer med tværnational udstationering [6]. Direktivet udtrykker ligeledes princippet om fællesskabsrettens forrang, som er fastsat i Rom-konventionens artikel 20, og ifølge hvilket konventionen ikke berører anvendelsen af bestemmelser, som på særlige områder fastsætter lovvalgsregler vedrørende kontraktlige forpligtelser, og som er eller bliver optaget i retsakter fra De Europæiske Fællesskabers institutioner eller i nationale love, der er harmoniserede til gennemførelse af sådanne retsakter [7].

13. Med henblik på at forene de forskellige mål, som direktiv 96/71 forfølger, anføres det, at der bør ske en koordinering af medlemsstaternes lovgivning, »således at der kan fastsættes en kerne af ufravigelige regler for minimumsbeskyttelse, som skal overholdes i værtslandet af arbejdsgivere, som sætter arbejdstagere til at udføre midlertidigt arbejde på den medlemsstats område, hvor ydelserne præsteres« [8].

4 — EFT L 266, s. 1, herefter Rom-konventionen.

5 — Jf. syvende til tiende betragtning til direktiv 96/71.

6 — Jf. meddelelse fra Kommissionen til Rådet, Europa-Parlamentet, Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget af 25.7.2003 om gennemførelse af direktiv 96/71 i medlemsstaterne (KOM(2003) 458 endelig, punkt 2.3.1.1).

7 — Betragtning 11.

8 — Betragtning 13.

14. I betragtning 17 til direktivet anføres det, at »de ufravigelige regler om minimumsbeskyttelse, der gælder i værtslandet, [ikke må] være til hinder for, at der anvendes arbejds- og ansættelsesvilkår, som er mere favorable for arbejdstagerne«.

15. Disse principper er specificeret i direktivets artikel 3 med overskriften »Arbejds- og ansættelsesvilkår«, som har følgende ordlyd:

»1. Medlemsstaterne påser, at de i artikel 1, stk. 1, omhandlede virksomheder, uanset hvilken lovgivning der finder anvendelse på ansættelsesforholdet, på nedennævnte områder sikrer de arbejdstagere, der er udstationeret på deres område, de arbejds- og ansættelsesvilkår, som i den medlemsstat, på hvis område arbejdet udføres, er fastsat:

— ved lov eller administrative bestemmelser

og/eller

— ved kollektive aftaler eller voldgiftskendelser, der finder generel anvendelse, jf. stk. 8, for så vidt de vedrører de i bilaget nævnte aktiviteter[9]

[…]

c) mindsteløn, herunder overtidsbetaling; dette gælder ikke for erhvervstilknyttede tillægspensionsordninger

[…]

I forbindelse med dette direktiv defineres mindsteløn, jf. stk. 1, [andet led], litra c), i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis i den medlemsstat, på hvis område arbejdstageren er udstationeret.

[…]

9 — Det drejer sig om »alle de aktiviteter inden for byggeri, der vedrører opførelse, istandsættelse, vedligeholdelse, ombygning eller nedrivning af bygninger«.

7. Stk. 1-6 er ikke til hinder for anvendelse af arbejds- og ansættelsesvilkår, der er mere favorable for arbejdstagerne.

[…]

8. Ved kollektive aftaler eller voldgiftskendelser, der finder generel anvendelse, forstås kollektive aftaler og voldgiftskendelser, der skal overholdes af alle virksomheder inden for den pågældende sektor eller erhvervsgren i det pågældende geografiske område.

Hvis der ikke findes en ordning til konstatering af, at kollektive aftaler eller voldgiftskendelser finder generel anvendelse, jf. første afsnit, kan medlemsstaten beslutte at lægge følgende til grund:

— de kollektive aftaler eller voldgiftskendelser, der er alment gældende for alle tilsvarende virksomheder i det berørte geografiske område og i den pågældende sektor og erhvervsgren

og/eller

— de kollektive aftaler, der indgås af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter på nationalt plan, og som gælder på hele det nationale område

såfremt deres anvendelse på de i artikel 1, stk. 1, omhandlede virksomheder på de områder, der er nævnt i stk. 1, første afsnit, i nærværende artikel, ikke medfører forskelsbehandling mellem disse virksomheder og de øvrige virksomheder, der er nævnt i dette afsnit, og som befinder sig i en tilsvarende situation.

Efter denne artikel foreligger der ligebehandling, når nationale virksomheder, der befinder sig i en tilsvarende situation:

— på arbejdsstedet eller i den pågældende sektor er underkastet samme forpligtelser på de i stk. 1, første afsnit, nævnte områder som udstationeringsvirksomhederne

og

— skal opfylde disse forpligtelser med de samme virkninger.

[…]«

16. Endelig gør jeg med hensyn til fællesskabsreglerne for offentlige bygge- og anlægskontrakter opmærksom på, at på tidspunktet for de faktiske omstændigheder, der ligger til grund for hovedsagen, var Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter [10] gældende [11].

17. Selv om direktiv 93/37 ikke har til formål at regulere udbuddenes udførelsesfase [12], skal dets artikel 23 nævnes, som opgiver oplysninger om de arbejdsforhold, der skal overholdes under udførelsen af en offentlig kontrakt. Artikel 23 har følgende ordlyd:

»1. De ordregivende myndigheder kan i udbudsbetingelserne oplyse eller af en medlemsstat forpligtes til at oplyse, hos hvilken myndighed eller hvilke myndigheder de bydende kan få oplysninger om, hvilke forpligtelser der gælder i henhold til bestemmelserne om beskyttelse på arbejdspladsen og om arbejdsforhold i den medlemsstat, region eller lokalitet, hvor arbejdet skal udføres, og som gælder for det arbejde, der skal udføres på byggepladsen under opfyldelsen af kontrakten.

2. De ordregivende myndigheder, der giver de i stk. 1 nævnte oplysninger, anmoder de bydende eller deltagerne i en udbudsprocedure om at angive, at de ved udarbejdelsen af deres bud har taget hensyn til forpligtelser, der gælder i henhold til bestemmelserne om beskyttelse på arbejdspladsen og om arbejdsforhold på det sted, hvor arbejdet skal udføres. Denne bestemmelse er ikke til hinder for anvendelse af bestemmelserne i artikel 30, stk. 4, om undersøgelse af unormalt lave bud.«

10 — EFT L 199, s. 54. Direktiv som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF af 13.10.1997 (EFT L 328, s. 1, herefter »direktiv 93/37«). Dette direktiv er blevet ophævet og erstattet af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114), hvis gennemførelsesfrist udløb den 31.1.2006.

11 — Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at det i hovedsagen omhandlede kontraktbeløb udgjorde 8 493 331 EUR uden moms, dvs. et beløb, der ligger over direktiv 93/37's tærskelbeløb, som svarer til modværdien i ecu af 5 mio. særlige trækningsrettigheder (herefter SDR), svarende til 6 242 028 EUR [jf. i denne forbindelse modværdien af tærskelbeløbene i direktiverne om offentlige indkøb gældende fra den 1.1.2002 (EFT 2001 C 332, s. 21)].

12 — Jf. i denne retning Kommissionens fortolkningsmeddelelse om fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter og mulighederne for at tage hensyn til sociale aspekter i disse kontrakter (KOM(2001) 566 endelig, s. 16, punkt 1.6).

B — *National ret*

1. Fastsættelse af mindsteløn i byggesektoren

18. I Tyskland fastsættes mindstelønnen i byggesektoren ved kollektiv overenskomst.

19. Kollektive overenskomster indgås i Tyskland generelt mellem fagforeningerne og arbejdsgiverorganisationerne. De kan for en bestemt sektor dække en del af eller hele Forbundsrepublikken Tysklands område.

20. Byggesektoren er reguleret ved en kollektiv overenskomst, der fastsætter en generel ramme for byggefagene (Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe), af 4. juli 2002. Denne kollektive overenskomst, som gælder på hele Forbundsrepublikken Tysklands område, indeholder imidlertid ingen regler om mindsteløn.

21. Regler om mindsteløn er indeholdt i dels en kollektiv overenskomst, der fastsætter en mindsteløn i byggesektoren på Forbundsrepublikken Tysklands område (Tarifvertrag zur Regelung der Mindestlöhne im Baugewerbe im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland, herefter »TV Mindestlohn«), dels i kollektive særoverenskomster.

a) TV Mindestlohn

22. På forbundsplan fastsætter TV Mindestlohn, som gælder for de virksomheder, der er omfattet af anvendelsesområdet for den kollektive overenskomst for byggefagene, niveauet for mindsteløn ifølge to kategorier, dels svarende til lønmodtagerens kvalifikationsniveau, dels til forskellige niveauer, alt efter om det drejer sig om de »gamle« eller de »nye« delstater. Den bestemmer, at mindstelønnen består af timeløn fastsat ved denne overenskomst og et byggetillæg, som tilsammen udgør den samlede overenskomstmæssige timeløn. Den angiver desuden, at retten til højere løn i medfør af andre kollektive overenskomster eller i medfør af særaftaler ikke berøres af bestemmelsen om samlet overenskomstmæssig timeløn i kategori 1 og 2.

23. Bestemmelserne i TV Mindestlohn er erklæret for almindeligt gældende ved en bekendtgørelse om obligatoriske

arbejdsvilkår i byggesektoren (Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe).

24. Det skal anføres, at i medfør af tysk ret medfører en erklæring om, at en kollektiv overenskomst er almindeligt gældende, at overenskomsten gælder for samtlige arbejdsgivere og lønmodtagere i den berørte branche på et bestemt område. Erklæringen lader således en sådan overenskomsts anvendelsesområde gælde for arbejdsgivere og lønmodtagere, som ikke indgår i de kontraherende faglige organisationer. En sådan erklæring om at være almindeligt gældende kan fremsættes af forbundsministeren for beskæftigelse, eller hvad angår de områder, der er reguleret af den tyske lov om udstationering af arbejdstagere (Arbeitnehmer-Entsendegesetz) [13] af 26. februar 1996, i medfør af § 1, stk. 3a, i nævnte lov eller i medfør af § 5 i lov om kollektive overenskomster (Tarifvertragsgesetz).

25. TV Mindestlohn gælder for en begrænset periode. Ifølge de oplysninger, jeg er i besiddelse af, ser det ud til, at TV Mindestlohn, som var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen — den 29. oktober 2003 — var i kraft mellem den 1. november 2003 og den 31. august 2005. Denne kollektive overenskomst blev erklæret almindeligt gældende ved en bekendtgørelse af 13. december 2003 [14].

b) Kollektive særoverenskomster

26. De kollektive særoverenskomster (Entgelttarifverträge) har for størstedelens vedkommende et begrænset geografisk anvendelsesområde. De er desuden ikke normalt omfattet af en erklæring om at være almindeligt gældende, hvilket betyder, at de ikke alle er obligatorisk gældende for samtlige lønmodtagere i den berørte branche.

27. Ifølge Land Niedersachsens skriftlige svar på et af Domstolen stillet spørgsmål er den relevante kollektive overenskomst i denne sag den kollektive overenskomst om løn og uddannelsesgodtgørelse (Tarifvertrag zur Regelung der Löhne und Ausbildungsvergütungen) af 4. juli 2003, i den udgave der følger af ændringsoverenskomsten af 29. oktober 2003. Denne kollektive overenskomst er ikke erklæret almindeligt gældende.

13 — BGBl. 1996 I, s. 227, herefter »AEntG«.

14 — Bundesanzeiger nr. 242 af 30.12.2003, s. 26093. Den nævnte kollektive overenskomst er nu erstattet af TV Mindestlohn af 29.7.2005, som gælder fra den 1.9.2005 til den 31.8.2008, og som er erklæret almindeligt gældende ved en bekendtgørelse af 29.8.2005 (Bundesanzeiger nr. 164 af 31.8.2005, s. 13199).

28. Det fremgår af sagsakterne, at de i disse særoverenskomster fastsatte lønniveauer i praksis er klart højere end den mindsteløn, der er gældende for hele Tyskland i medfør af TV Mindestlohn. I øvrigt er lønskalaen i særoverenskomsterne mere detaljeret end den, som er indeholdt i TV Mindestlohn, og fastsætter lønniveauerne efter forskellige funktionsgrupper.

2. AEntG

29. Direktiv 96/71 er i Tyskland gennemført i national ret ved AEntG. I henhold til denne lovs § 1, stk. 1, er bestemmelserne i en kollektiv overenskomst inden for bygge- og anlægssektoren, der er erklæret for almindeligt gældende, og som omhandler mindsteløn, også obligatoriske i arbejdsforhold mellem en arbejdsgiver, der har hjemsted i udlandet, og en arbejdstager, der er beskæftiget inden for overenskomstens geografiske område. En sådan arbejdsgiver skal således som minimum sikre en udstationeret arbejdstager de arbejdsvilkår, der er fastsat i den pågældende kollektive overenskomst.

3. Land Niedersachsens lov om udbud af offentlige kontrakter (Niedersächsisches Landesvergabegesetz, herefter »delstatsloven«)

30. Denne lov indeholder forskrifter om udbud af offentlige kontrakter, såfremt kontrakten har en værdi på mindst 10 000 EUR. Præamblen har følgende ordlyd:

»Loven hindrer konkurrenceforvridning, der opstår inden for byggesektoren og på området for offentlig lokal persontrafik ved anvendelse af lavtlønnet arbejdskraft, og letter den heraf følgende belastning af det sociale sikringssystem. Den bestemmer med dette formål, at offentlige ordregivere kun må give kontrakter vedrørende byggeprojekter og offentlig lokal persontrafik til virksomheder, der betaler den på stedet for ydelsesleveringen overenskomstmæssigt fastsatte arbejdsløn.«

31. Ifølge delstatslovens § 3, stk. 1, må kontrakter om byggearbejder kun gives til virksomheder, som ved tilbudsgivningen skriftligt har forpligtet sig til ved leveringen af disse ydelser mindst at betale sine ansatte den på leveringsstedet overenskomstmæssigt fastsatte løn inden for den overenskomstmæssigt fastsatte frist.

32. Delstatslovens § 4, stk. 1, foreskriver bl.a., at hvis ydelser skal overdrages til underen-

treprenører, skal ordremodtageren forpligte sig til at pålægge underentreprenørerne de for ordremodtager gældende forpligtelser i henhold til loven og føre tilsyn med, at underentreprenørerne overholder disse forpligtelser.

33. I medfør af delstatslovens § 7, stk. 1, er den offentlige ordregiver berettiget til at gennemføre kontrol med henblik på at efterprøve overholdelsen af betingelserne for kontrakttildeling. Den offentlige ordregiver skal herved have adgang til ordremodtagerens og underentreprenørernes lønafregninger og dokumenter vedrørende skattebetaling og sociale bidrag samt den mellem ordremodtageren og underentreprenøren indgåede entreprisekontrakt.

34. Delstatslovens § 8, som omhandler sanktioner, har følgende ordlyd:

»1. For at sikre overholdelse af forpligtelserne i henhold til § 3, § 4 og § 7, stk. 2, skal den offentlige ordregiver med ordremodtageren aftale, at der ved overtrædelser betales en bod på 1% af kontraktværdien og ved gentagne overtrædelser en bod på op til 10%. Ordremodtageren hæfter også for betalingen af en bod i medfør af første punktum i tilfælde af, at overtrædelsen begås af en af ordremodtageren indsat underentreprenør eller af en af denne indsat underentreprenør, medmindre ordremodtageren hverken havde kendskab til eller burde have kendskab til overtrædelsen. Såfremt den ifaldne bod er uforholdsmæssig stor, kan ordregiveren på ordremodtagerens anmodning nedsætte boden til et passende beløb.

2. Den offentlige ordregiver aftaler med ordremodtageren, at ordremodtagers eller en underentreprenørs manglende opfyldelse af de i § 3 nævnte krav samt groft uagtsomme eller gentagne overtrædelser af forpligtelserne i henhold til § 4 og § 7, stk. 2, berettiger den offentlige ordregiver til at opsige kontrakten uden varsel.

3. Hvis en virksomhed bevisligt mindst groft uagtsomt eller gentagne gange har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til denne lov, kan den offentlige ordregiver udelukke virksomheden fra offentlige licitationer inden for sit sagsområde i indtil et år.

[…]«

II — Hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

35. Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at Land Niedersachsen ved en udbudsprocedure i efteråret 2003 tildelte sagsøgte en kontrakt på opførelse af en færdigmuret bygning ved opførelsen af fængslet Göttingen-Rosdorf. Kontraktbeløbet udgjorde 8 493 331 EUR uden moms. Kontrakten indeholdt en »aftale om overholdelse af overenskomstmæssige bestemmelser ved udførelse af byggeopgaver«, hvori bl.a. følgende forpligtelser for sagsøgte var bestemt:

»Mit/vort tilbud lægger følgende overenskomst til grund:

Med hensyn til § 3 i [delstatsloven] (erklæring om overholdelse af kollektive overenskomster):

Jeg forpligter mig til i tilfælde af ordretildeling mindst at betale de i min virksomhed beskæftigede ansatte den på udførelsesstedet overenskomstmæssigt fastsatte løn i henhold til den kollektive overenskomst, der er benævnt »byggesektoren« på listen over repræsentative kollektive overenskomster under nr. 1 […].

Jeg forpligter mig til også at pålægge underentreprenører de forpligtelser, der påhviler mig i medfør af [delstatslovens] § 3, § 4 og § 7, stk. 2, og til at føre tilsyn med, at underentreprenøren overholder disse forpligtelser.

[…]

Jeg er indforstået med, at min eller en af mig indsat underentreprenørs manglende opfyldelse af de i [delstatslovens] § 3 nævnte krav samt groft uagtsomme eller gentagne overtrædelser af forpligtelserne i henhold til § 4 og § 7, stk. 2, berettiger den offentlige ordregiver til at opsige kontrakten uden varsel.«

36. Sagsøgte indsatte firmaet PKZ Pracownie Konserwacji Zabytkow sp. zoo (herefter »firmaet PKZ«), Tarnow (Polen), med filial i Wedemark (Tyskland), som underentreprenør.

37. I sommeren 2004 kom firmaet PKZ under mistanke for i forbindelse med byggeprojektet at have beskæftiget polske arbejdere til en lavere løn end den overenskomstmæssige. Efter efterforskningens påbegyndelse opsagde såvel sagsøgte som Land Niedersachsen den mellem dem indgåede

entreprisekontrakt. Land Niedersachsen støttede bl.a. opsigelsen på, at sagsøgte havde overtrådt den overenskomstmæssige pligt til at overholde de kollektive overenskomster. Der blev udstedt et bødepålæg mod de hovedansvarlige i firmaet PKZ, som indeholdt en anklage om, at de 53 arbejdstagere, der blev anvendt på byggepladsen, kun var blevet betalt 46,57% af den lovmæssigt fastsatte mindsteløn.

38. Land Niedersachsen har gjort boden gældende. Den har fremført, at sagsøgte burde have været bekendt med underentreprenørens overtrædelse, og at hver medarbejders betaling under den overenskomstmæssige løn udgjorde en selvstændig overtrædelse, således at der var ifaldet en bod på 10% af kontraktværdien.

39. Landgericht Hannover har i første instans fastslået, at denne anmodning til dels var velbegrundet. Den har således fastslået, at sagsøgtes fordring i henhold til entreprisekontrakten var bortfaldet gennem sagsøgerens modregning af det bodskrav på 84 934,31 EUR, svarende til 1% af kontraktværdien, der tilkommer denne. Landgericht har i øvrigt ikke givet sagsøgeren medhold.

40. Oberlandesgericht Celle, som sagen blev indanket for, erklærer i forelæggelsesafgørelsen, at tvistens afgørelse afhænger af, om den forelæggende ret er forpligtet til ikke at anvende delstatsloven, særligt § 8, stk. 1, fordi loven er uforenelig med den frie udveksling af tjenesteydelser i henhold til artikel 49 EF.

41. Den forelæggende ret har bemærket, at forpligtelsen til at overholde kollektive overenskomster har til følge, at andre medlemsstaters byggevirksomheder i medfør af delstatsloven skal tilpasse den løn, de betaler deres ansatte, til det sædvanligvis højere niveau på udførelsesstedet i Tyskland. Derved mister de den konkurrencefordel, de har som følge af lavere lønomkostninger. Pligten til at overholde de kollektive overenskomster udgør derfor en hindring for markedsadgang for fysiske og juridiske personer fra andre medlemsstater.

42. Den forelæggende ret har i øvrigt rejst tvivl om, hvorvidt pligten til at overholde de kollektive overenskomster er begrundet med tvingende almene hensyn.

43. Den forelæggende ret har udtalt sig til fordel for den opfattelse, at der ikke kan gås ud fra, at pligten til at overholde de kollektive overenskomster hviler på tvingende almene hensyn. For så vidt som en sådan forpligtelse

bidrager til afskærmning af markedet, der beskytter de tyske byggevirksomheder mod konkurrence fra andre medlemsstater, forfølger den et formål af økonomisk art, der efter Domstolens praksis ikke er et tvingende alment hensyn, der kan begrunde en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser.

44. Den forelæggende ret finder desuden, at Domstolens praksis vedrørende mindsteløn ikke finder anvendelse i forbindelse med hovedsagen, da den løn, der er nævnt i de kollektive overenskomster, som kræves på udførelsesstedet, er langt højere end den mindsteløn, der skal anvendes på Forbundsrepublikken Tysklands område i medfør af AEntG. Retten udleder deraf, at pligten til at overholde disse overenskomster går ud over, hvad der er nødvendigt af hensyn til beskyttelsen af arbejdstagerne. Retten finder, at det, der kræves af hensyn til beskyttelsen af arbejdstagerne, er markeret ved den lovpligtige mindsteløn, sådan som den skal anvendes på Forbundsrepublikken Tysklands område i medfør af AEntG. For udenlandske arbejdstagere medfører pligten til at overholde kollektive overenskomster netop ikke en faktisk ligestilling med de tyske arbejdstagere, men forhindrer almindeligvis deres beskæftigelse i Tyskland, da deres arbejdsgiver ikke kan anvende deres omkostningsfordel med hensyn til lønomkostninger.

45. Ud fra den opfattelse, at afgørelsen af hovedsagen kræver Domstolens fortolkning af artikel 49 EF, har Oberlandesgericht Celle udsat sagen og forelagt følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

»Udgør den omstændighed, at en offentlig ordregiver ved lov er pålagt kun at give kontrakter for byggeleverancer til virksomheder, som ved tilbudsgivningen skriftligt har forpligtet sig til ved udførelsen af denne levering mindst at betale sine ansatte den på leveringsstedet overenskomstmæssigt fastsatte løn, en ubegrundet hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser i henhold til EF-traktaten?«

III — Bedømmelse

46. Med dette præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret i det væsentlige oplyst, om traktatens bestemmelser om fri udveksling af tjenesteydelser skal fortolkes således, at de er til hinder for en national lovgivning, såsom delstatsloven, som forpligter ordremodtageren og indirekte dennes underentreprenører til mindst at betale arbejdstagere, der er udstationeret

i forbindelse med udførelse af en offentlig kontrakt, den overenskomstmæssigt fastsatte løn, der gælder på stedet for ydelsesleveringen, under trussel om sanktioner, der kan gå så langt som til opsigelse af kontrakten, hvis den overenskomst, som denne lovgivning henviser til, ikke er erklæret almindeligt gældende.

47. Land Niedersachsen, den danske og den tyske regering, Irland og den cypriotiske, den østrigske, den finske og den norske regering finder i det væsentlige, at artikel 49 EF ikke er til hinder for en foranstaltning som den i hovedsagen omhandlede. Såfremt denne foranstaltning udgør en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser, vil den især være begrundet ved formålet om beskyttelse af arbejdstagerne, og den står i rimeligt forhold til dette mål.

48. Den belgiske regering mener, at en sådan hindring kan være berettiget, når arbejdstagerne ikke er omfattet af en sammenlignelig beskyttelse ved etableringsstatens lovgivning, således at anvendelsen af værtslandets nationale lovgivning giver dem en reel fordel, som bidrager betydeligt til deres sociale beskyttelse, og når anvendelsen af denne lovgivning står i rimeligt forhold til det almene formål, som forfølges. Ifølge den belgiske regering tilkommer det den forelæggende ret at foretage denne konkrete bedømmelse under hensyn til alle tvistens omstændigheder.

49. Nogle af de nævnte regeringer vurderer ligeledes spørgsmålet i lyset af direktiv 96/71 og er af den opfattelse, at direktivet ikke er til hinder for den i hovedsagen omhandlede foranstaltning.

50. Den polske regering mener derimod, at direktiv 96/71 ikke kan begrunde, at en kontrakttildeling er betinget af, at ordremodtageren betaler de udstationerede arbejdstagere en højere løn end den mindsteløn, som fremgår af direktivets artikel 3, stk. 1, litra c). Det fremgår imidlertid af forelæggelsesafgørelsen, at de overenskomstmæssigt fastsatte lønniveauer, der gælder på udførelsesstedet, er væsentligt højere end den i AEntG fastsatte mindsteløn.

51. Subsidiært har den polske regering gjort gældende, at den i hovedsagen omhandlede foranstaltning er i strid med artikel 49 EF, idet den udgør en uberettiget hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser. Den polske regering deler den forelæggende rets synspunkt, hvorefter bestemmelserne i delstatsloven har til formål at beskytte tyske byggevirksomheder mod andre medlemsstaters konkurrence, og dermed de facto virkeliggør et formål af økonomisk art, som

ifølge Domstolens praksis ikke kan begrunde en restriktion af en grundlæggende frihed. Sådanne bestemmelser går længere end, hvad der er nødvendigt for bekæmpelsen af unfair konkurrence, idet dette mål gennemføres i tilstrækkelig grad ved AEntG's fastsættelse af en mindsteløn.

52. Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mener, at hovedsagen henhører under anvendelsesområdet for direktiv 96/71, og at det præjudicielle spørgsmål derfor først og fremmest skal undersøges i lyset af direktivet. Kommissionen har anført, at direktivet har til formål at skabe ligevægt mellem den frie udveksling af tjenesteydelser og beskyttelsen af udstationerede arbejdstagere. For at nå dertil har fællesskabslovgiver i artikel 3 i direktiv 96/71 angivet en detaljeret ramme, som medlemsstaterne bør overholde.

53. Eftersom Forbundsrepublikken Tyskland har et system for, hvorledes overenskomster erklæres for almindeligt gældende, er kun artikel 3, stk. 8, første afsnit, i direktiv 96/71 relevant. I medfør af denne bestemmelse, sammenholdt med direktivets artikel 3, stk. 1, andet led, bør mindstelønnen kun fastsættes for arbejdstagere, der er udstationeret i Tyskland ved kollektive overenskomster, der er erklæret almindeligt gældende, dvs. overenskomster, som skal overholdes af alle virksomheder inden for den pågældende sektor eller erhvervsgren i det pågældende geografiske område.

54. Derfor er Kommissionen af den opfattelse, at for så vidt som delstatsloven forpligter til at overholde et lønniveau, som er fastsat i en kollektiv overenskomst, der ikke er erklæret almindeligt gældende, må denne lov anses for at være uforenelig med direktiv 96/71. Landesvergabegesetz går derved ud over rammerne for de ved dette direktiv harmoniserede garantier, som fællesskabslovgivningen foreskriver på mindstelønsområdet for udstationerede arbejdstagere.

55. Kommissionen har tilføjet, at delstatsloven, der har til formål at pålægge mere krævende arbejds- og beskæftigelsesvilkår alene for udstationerede arbejdstagere, som er beskæftiget inden for rammerne af offentlige kontrakter, dvs. i et segment af det økonomiske liv, under ingen omstændigheder kan svare til et tvingende alment hensyn i artikel 49 EF's forstand eller være egnet til at forfølge et sådant hensyn.

56. Under retsmødet har den franske regering i det væsentlige givet udtryk for samme opfattelse som Kommissionen, nemlig at artikel 49 EF og direktiv 96/71 ikke er til

hinder for, at en medlemsstat anvender den mindsteløn på udstationerede arbejdstagere, der er fastsat ved en national eller lokal overenskomst, men kun hvis den pågældende overenskomst er erklæret almindeligt gældende for virksomhederne i den pågældende sektor eller det pågældende område.

57. Det bemærkes for det første, at med henblik på at give den nationale ret, som har forelagt det præjudicielle spørgsmål, den fornødne vejledning, kan Domstolen inddrage EF-regler, som den nationale ret ikke har henvist til i sit spørgsmål [15].

58. Med hensyn til direktiv 93/37 har jeg tidligere anført, at det ikke regulerer kontrakternes udførelsesfase. Den forpligtelse, som i medfør af delstatslovens § 3, stk. 1, og § 4, stk. 1, påhviler de bydende til mindst at give deres arbejdstagere den løn, der er fastsat i den overenskomst, der gælder på stedet for ydelsesleveringen, og at sikre, at deres underentreprenører pålægges den samme forpligtelse, udgør efter min mening en kontraktudførelsesbetingelse [16].

59. Det bemærkes imidlertid, at nævnte direktivs artikel 23 ikke er uden interesse i forbindelse med den foreliggende sag, da den udtrykker den tanke, at udførelsen af kontrakten efter tildelingen af en offentlig kontrakt skal ske i overensstemmelse med bestemmelserne om beskyttelse på arbejdspladsen og arbejdsforholdene på det sted, hvor arbejdet skal udføres.

60. Jeg vil imidlertid ikke behandle fortolkningen af direktiv 93/37 nærmere, fordi det ikke gør det muligt at besvare det centrale i det problem, der er rejst med det foreliggende præjudicielle spørgsmål, nemlig fastsættelsen af de arbejdsforhold, der i overensstemmelse med fællesskabsretten kan pålægges ved udførelsen af en offentlig kontrakt i en situation med udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser.

15 — Jf. bl.a. dom af 12.10.2004, sag C-60/03, Wolff & Müller, Sml. I, s. 9553, præmis 24.

16 — Jf. i denne henseende Kommissionens fortolkningsmeddelelse om fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter og mulighederne for at tage hensyn til sociale aspekter i disse kontrakter, hvori det er præciseret, at »[u]dførelsesbetingelsen er en forpligtelse, som skal accepteres af den, som kontrakten indgås med, og som vedrører udførelsen af kontrakten«, og det er i princippet tilstrækkeligt, at »tilbudsgiverne ved afgivelse af tilbud forpligter sig til at opfylde dette krav, hvis de får tildelt kontrakten« (s. 17). For at være forenelig med artikel 49 EF skal en sådan udførelsesbetingelse, som det senere vil fremgå, overholde princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet og gennemsigtighedsprincippet.

61. Vedrørende direktiv 96/71 er jeg af den opfattelse, at de faktiske omstændigheder i hovedsagen, sådan som de er beskrevet i forelæggelsesafgørelsen, må anses for at høre ind under dette direktivs anvendelsesområde, for så vidt som de svarer til den situation, der er defineret i nævnte direktivs artikel 1, stk. 3, litra a).

62. Vi står her over for en situation, hvor en virksomhed, der er etableret i en medlemsstat, nemlig firmaet PKZ, der er hjemmehørende i Polen, har udstationeret polske arbejdstagere for egen regning og under egen ledelse på en anden medlemsstats område, Forbundsrepublikken Tyskland, i forbindelse med en underentreprenøraftale indgået mellem den udstationerende virksomhed og modtageren af tjenesteydelsen, der driver virksomhed i sidstnævnte medlemsstat, nemlig den i hovedsagen sagsøgte.

63. Det er ubestridt, at tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen ligger efter udløbet af den fastsatte frist for medlemsstaterne til at gennemføre direktiv 96/71, dvs. efter den 16. december 1999.

64. Det er ganske vist rigtigt, at delstatsloven ikke specifikt har til formål at regulere situationer med udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser, men mere generelt udbud af offentlige kontrakter i Land Niedersachsen. For så vidt som denne lov imidlertid omhandler betingelser vedrørende udførelse af kontrakter om byggeleverancer, i dette tilfælde overholdelse af mindsteløn, som obligatorisk skal anvendes på arbejdstagere, der er beskæftiget af ordremodtageren og/eller af en underentreprenør, herunder arbejdstagere, som er udstationeret som led i udveksling af tjenesteydeler, som det er tilfældet i hovedsagen, skal delstatsloven undersøges i forhold til den afledte fællesskabsretlige bestemmelse vedrørende udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser.

65. Jeg undersøger således først, om direktiv 96/71 skal fortolkes således, at det er til hinder for en national lovgivning, såsom delstatsloven, som pålægger ordremodtageren og indirekte dennes underentreprenører mindst at betale arbejdstagere, der er udstationeret i forbindelse med udførelse af en offentlig kontrakt, den overenskomstmæssigt fastsatte løn, der gælder på stedet for ydelsesleveringen, under trussel om sanktioner, der kan gå så langt som til opsigelse af kontrakten, hvis den kollektive overenskomst, som denne lovgivning henviser til, ikke er erklæret almindeligt gældende som omhandlet i direktivets artikel 3, stk. 8, første afsnit.

A — *Fortolkningen af direktiv 96/71*

66. Efter min mening kan direktiv 96/71 ikke fortolkes således, at det er til hinder for en foranstaltning som den i hovedsagen omhandlede. Dette er jeg nået frem til ved at beskrive det ved dette direktiv etablerede system. Dernæst undersøger jeg i forhold til det således beskrevne system den ordning, der gælder i tysk ret for fastsættelsen af mindsteløn i byggesektoren.

67. Som tidligere anført har direktiv 96/71 til formål at koordinere medlemsstaternes lovgivninger, således at der kan fastsættes en kerne af ufravigelige regler for minimumsbeskyttelse, som skal overholdes i værtslandet af arbejdsgivere, som udstationerer arbejdstagere til at udføre midlertidigt arbejde på den medlemsstats område, hvor ydelserne præsteres.

68. Med vedtagelsen af direktivet 96/71 har fællesskabslovgiver ikke alene antaget den af Domstolen gradvist fastsatte praksis vedrørende udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser, men har desuden præciseret og styrket den.

69. Domstolen har således siden dommen af 3. februar 1982, Seco og Desquenne & Giral [17], fastslået, at fællesskabsretten principielt ikke er til hinder for, at medlemsstaterne lader deres lovgivning eller de kollektive overenskomster, der er indgået mellem arbejdsmarkedets parter, gælde for alle, som udøver en lønnet beskæftigelse, herunder af midlertidig karakter, på deres områder, uanset i hvilken medlemsstat arbejdsgiveren er etableret, og at den heller ikke opstiller noget forbud mod, at medlemsstaterne træffer passende foranstaltninger til at sikre en overholdelse af sådanne regler [18]. Denne retspraksis er gentaget i betragtning 12 til direktiv 96/71.

70. Direktivets første bidrag består i at omdanne, hvad der hidtil kun havde været en mulighed for medlemsstaterne, til en forpligtelse. Direktivet pålægger således medlemsstaterne at anvende en række nationale forskrifter, som fastsætter arbejds- og ansættelsesvilkår på visse områder, på virksomheder, der er etableret i en anden medlemsstat, og som udstationerer arbejdstagere på deres område som led i udveksling af grænseoverskridende tjenesteydelser.

71. Direktiv 96/71's andet bidrag består i at give konsistens til en kerne af klart definerede beskyttelsesregler, som fællesskabslovgiver har ønsket at sikre anvendelsen af til fordel for udstationerede arbejdstagere.

17 — Forenede sager 62/81 og 63/81, Sml. s. 223.
18 — Præmis 14.

72. Direktivets artikel 3, stk. 1, angiver de nationale regler, der fastsætter de arbejds- og ansættelsesvilkår, som udstationerede arbejdstagere *ikke kan fratages* i den medlemsstat, hvor ydelsen udføres.

73. Som Domstolen for nylig har anført, etablerer direktivet »en liste over de nationale forskrifter, som en medlemsstat skal anvende på virksomheder, der er etableret i en anden medlemsstat, og som udstationerer arbejdstagere på dennes område som led i udveksling af grænseoverskridende tjenesteydelser« [19]. Det drejer sig således om beskyttelsesregler af en tvingende karakter.

74. Fællesskabslovgivers etablering af disse forskrifter styrker retssikkerheden, for så vidt som en tjenesteyder, der er etableret i en anden medlemsstat, herefter kan være sikker på, at han er pålagt et klart identificerbart mindstemål af arbejds- og ansættelsesvilkår, som er i kraft i den stat, hvor ydelsen skal udføres. På tilsvarende måde kan en arbejdstager, der er udstationeret i en medlemsstat, kræve anvendelse til egen fordel af disse regler, hvis tvingende karakter følger direkte af direktiv 96/71.

75. Et af disse tvingende arbejdsvilkår er mindstelønnen, som fastsættes ved lov eller administrative bestemmelser eller for aktiviteter på byggeområdet ved kollektive overenskomster eller voldgiftskendelser, der finder generel anvendelse i direktivets artikel 3, stk. 8's forstand.

76. Denne kategori af arbejdsvilkår udviser særtræk i forhold til andre områder nævnt i artikel 3, stk. 1, i direktiv 96/71, såsom maksimal arbejdstid og minimal hviletid, sikkerhed, sundhed og hygiejne på arbejdspladsen samt mindste antal betalte feriedage pr. år. For de andre omhandlede arbejdsvilkår er der udviklet fællesskabsforanstaltninger, og der er navnlig foretaget en tilnærmelse af de nationale lovgivninger ved direktiver, der fastsætter minimumsforskrifter [20]. Det forholder sig anderledes på mindstelønsområdet, hvor der endnu ikke findes nogen fællesskabsforanstaltninger af denne type [21].

19 — Dom af 18.7.2007, sag C-490/04, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 6095, præmis 17. I denne dom har Domstolen fastslået, at »direktiv 96/71 har dog ikke harmoniseret de nationale reglers materielle indhold, [og] medlemsstaterne kan derfor frit fastlægge dette indhold under overholdelse af traktaten og de almindelige fællesskabsretlige principper, således også […] artikel 49 EF« (præmis 19).

20 — Jf. bl.a. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/88/EF af 4.11.2003 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden (EUT L 299, s. 9). I henhold til dette direktivs artikel 15, med overskriften »Gunstigere bestemmelser«, »berører [dette] ikke medlemsstaternes adgang til at anvende eller indføre love og administrative bestemmelser, der er gunstigere med hensyn til beskyttelse af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed, eller til at fremme eller tillade anvendelse af kollektive overenskomster eller aftaler mellem arbejdsmarkedets parter, der er gunstigere med hensyn til beskyttelse af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed«.

21 — Jf. P. Rodière: *Droit social de l'Union européenne,* L.G.D.J., anden udg., Paris, 2002, s. 551.

77. Selv om det ikke kan hævdes, at lønspørgsmålet ligger fuldstændig uden for fællesskabsretten, må det erkendes, at fastsættelsen af lønbeløb eller -niveau endnu ikke er omfattet af denne ret [22].

78. Artikel 3, stk. 1, sidste afsnit, i direktiv 96/71 vidner om den særlige karakter af spørgsmålet om mindsteløn, når det heri bestemmes, at »begrebet mindsteløn, jf. stk. 1, litra c), [defineres] i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis i den medlemsstat, på hvis område arbejdstageren er udstationeret«.

79. Anvendelsen af den kerne af klart definerede beskyttelsesregler, der er nævnt i direktivets artikel 3, stk. 1, må efter min mening forstås som udgørende en mindstegaranti for udstationerede arbejdstagere, som således er sikre på mindst at være omfattet af disse nationale forskrifter, som har fået præceptiv karakter.

80. Dette andet kendetegn for systemet, der er etableret ved ovennævnte direktiv, finder sit udtryk i selve begrebet »kerne af klart definerede regler for minimumsbeskyttelse« som omhandlet i betragtning 13 til direktiv 96/71.

81. Jeg erindrer desuden om, at det anføres i betragtning 17 til dette direktiv, at »de ufravigelige regler om minimumsbeskyttelse, der gælder i værtslandet, [ikke må] være til hinder for, at der anvendes arbejds- og ansættelsesvilkår, som er mere favorable for arbejdstagerne«. Direktivets artikel 3, stk. 7, første afsnit, udtrykker fællesskabslovgivers hensigt ved at præcisere, at »[s]tk. 1-6 ikke [er] til hinder for anvendelse af arbejds- og ansættelsesvilkår, der er mere favorable for arbejdstagerne«.

82. Sidstnævnte bestemmelse indeholder efter min mening to aspekter. Dels betyder den, at den ufravigelige karakter af de beskyttelsesregler, der gælder i staten eller på stedet for leveringsydelsen, kan udelukkes til fordel for anvendelsen af de regler, der gælder i den stat, hvor tjenesteyderen er etableret, såfremt disse fastsætter arbejds- og ansættelsesvilkår, der er mere favorable for de udstationerede arbejdstagere.

83. Dels — og det er dette aspekt, der er relevant i denne sag — giver artikel 3, stk. 7, i direktiv 96/71 efter min mening ligeledes

22 — Samme sted, s. 55 og 56. Forfatteren præciserer imidlertid, at man ikke kan undlade at behandle dette emne under eventuelle lønforhandlinger på europæisk plan. Han bemærker desuden, at ud over den egentlige fastsættelse af lønbeløbet eller —niveauet »kan princippet om ligeløn til mænd og kvinder have en generel virkning på arbejdstagernes lønmekanismer«, og at »[a]ndre fællesskabsbestemmelser kan have sekundære virkninger på lønområdet, f.eks. tilrettelæggelse af arbejdstiden«.

medlemsstaterne på stedet for leveringsydelsen mulighed for, på de i direktivets artikel 3, stk. 1, omhandlede områder, at forbedre niveauet for social beskyttelse, som de ønsker at sikre arbejdstagere, der er beskæftiget på deres område, og som de således kan anvende på arbejdstagere, der er udstationeret på deres område. Denne bestemmelse berettiger således til at gennemføre en forstærket national beskyttelse [23].

84. Det skal dog præciseres, at gennemførelsen af en sådan forstærket national beskyttelse skal ske i overensstemmelse med, hvad artikel 49 EF tillader [24].

85. Hvis jeg nu sammenligner den ordning, der gælder i tysk ret for fastsættelsen af mindstelønnen i byggesektoren, med det system, der er etableret ved direktiv 96/71, sådan som jeg har beskrevet det, kan jeg udlede følgende bemærkninger heraf.

86. For det første, at der i tysk ret findes et system, der giver mulighed for at konstatere, at kollektive overenskomster finder generel anvendelse. Den tyske ordning for fastsættelse af mindstelønnen i byggesektoren må derfor undersøges på grundlag af artikel 3, stk. 1, i direktiv 96/71, og ikke i forhold til direktivets bestemmelser i artikel 3, stk. 8, andet afsnit, som omhandler en situation, hvor der ikke findes en ordning til konstatering af, at kollektive aftaler finder generel anvendelse.

87. I overensstemmelse med nævnte direktivs artikel 3, stk. 1, foreskriver AEntG's § 1, stk. 1, at retsforskrifterne i en generelt bindende kollektiv overenskomst i byggesektoren, som vedrører mindsteløn, også er bindende i forbindelse med arbejdsforhold mellem en arbejdsgiver, der er etableret i udlandet, og dennes ansatte, der arbejder inden for den pågældende kollektive aftales geografiske anvendelsesområde. En sådan

23 — Dette er det udtryk, der er anvendt af N. Moizard i *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée — L'exemple du droit du travail français*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence 2000 (jf. navnlig s. 94-96). Ifølge forfatteren er arbejds- og ansættelsesvilkårene inden for de i direktiv 96/71 omhandlede områder »interne minimumsregler — statslige eller overenskomstmæssige — som direktivet forpligter medlemsstaterne til at sikre overholdt i forbindelse med midlertidig udstationering af arbejdstagere« (s. 95). Denne tanke udtrykkes ligeledes i betragtning 34 til direktiv 2004/18, hvorefter direktiv 96/71 »indeholder de mindstekrav, der skal opfyldes i modtagerlandet over for de udstationerede arbejdstagere«.

24 — Jeg tilslutter mig i denne henseende generaladvokat Mengozzis vurdering i det forslag til afgørelse, han fremsatte den 23.5.2007 i sag C-341/05, Laval un Partneri, som verserer ved Domstolen, hvorefter »[d]et navnlig [skal] holdes for øje, at selv om direktiv 96/71 gør det muligt for medlemsstaterne at lade mere fordelagtige arbejds- og ansættelsesvilkår finde anvendelse på en leverandør af tjenesteydelser fra en medlemsstat, som midlertidigt udstationerer arbejdstagere på en anden medlemsstats område, end dem, der bl.a. er fastsat i artikel 3, stk. 1, i direktiv 96/71, skal anerkendelsen af en sådan mulighed imidlertid udøves med respekt for den frie udveksling af tjenesteydelser, som er sikret ved artikel 49 EF« (punkt 151). Jeg bemærker endvidere, at Kommissionen i sin fortolkningsmeddelelse om fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter og mulighederne for at tage hensyn til sociale aspekter i disse kontrakter anerkender, at både i nationale situationer og i grænseoverskridende situationer »kan der gælde bestemmelser, som er mere gunstige for arbejdstagerne (og som i givet fald også skal overholdes), for så vidt de er forenelige med fællesskabsretten« (s. 21, punkt 3.2).

arbejdsgiver skal således mindst give de udstationerede arbejdstagere de arbejdsvilkår, der er defineret i den pågældende overenskomst.

88. Jeg minder dernæst om, at den TV Mindestlohn, der var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen, og hvorom det var konstateret, at den fandt generel anvendelse og dækker Forbundsrepublikken Tysklands område, i byggesektoren fastsætter mindstelønnen efter to kategorier, dels svarende til arbejdstagerens kvalifikationsniveau, dels på forskellige niveauer, alt efter om der er tale om »gamle« eller »nye« delstater.

89. Denne kollektive overenskomst, der fandt generel anvendelse som omhandlet i artikel 3, stk. 8, første afsnit, i direktiv 96/71, indgår således i kernen af klart definerede beskyttelsesregler som etableret i direktivets artikel 3, stk. 1.

90. Det skal samtidig understreges, at den ovennævnte overenskomst ligeledes præciserer, at arbejdstagernes ret til højere løn i henhold til andre kollektive overenskomster eller særaftaler ikke berøres af bestemmelsen om samlet overenskomstmæssig timeløn i de to ovennævnte kategorier. TV Mindestlohn forbeholder sig således udtrykkeligt, i overensstemmelse med hvad direktivets artikel 3, stk. 7, berettiger til, mulighed for at anvende arbejdsvilkår, der er mere favorable for arbejdstagerne.

91. Den ordning, der gælder i tysk ret for fastsættelse af mindstelønnen i byggesektoren, hviler ligeledes, som supplement til TV Mindestlohn, på kollektive særoverenskomster, der for størstedelens vedkommende har et begrænset geografisk anvendelsesområde, og som normalt ikke finder generel anvendelse, hvilket derfor placerer dem uden for den kerne af klart definerede minimumsbeskyttelsesregler som defineret i artikel 3, stk. 1, i direktiv 96/71.

92. Indebærer dette, som Kommissionen har hævdet, at overholdelsen af sådanne kollektive særoverenskomster, der ikke finder generel anvendelse i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktivets artikel 3, stk. 8, første afsnit, ikke kan pålægges virksomheder, som udstationerer arbejdstagere som led i udveksling af grænseoverskridende tjenesteydelser?

93. Det mener jeg ikke.

94. Jeg mener således, at for så vidt som de lønniveauer, der er fastsat i disse kollektive særoverenskomster, i praksis er klart højere end den mindsteløn, der er pålagt på

Forbundsrepublikken Tysklands område i medfør af TV Mindestlohn, udgør sådanne overenskomster gennemførelsen af en forstærket national beskyttelse. Som jeg tidligere har påvist, er en sådan forstærket national beskyttelse tilladt i henhold til artikel 3, stk. 7, i direktiv 96/71.

95. En national foranstaltning som den i hovedsagen omhandlede, der gør sådanne kollektive overenskomster bindende, herunder i forbindelse med udstationering af arbejdstagere, er efter min mening forenelig med dette direktiv, for så vidt som den gennemfører den beføjelse, der er givet medlemsstaterne i medfør af direktivets artikel 3, stk. 7.

96. I øvrigt er den omstændighed, at en kollektiv overenskomst, der finder generel anvendelse, såsom TV Mindestlohn, selv generelt henviser til andre overenskomster eller særaftaler, som foreskriver ret til højere løn, efter min mening i overensstemmelse med direktiv 96/71.

97. Jeg finder således, at den tyske ordning for fastsættelse af mindsteløn i byggesektoren udgør et sammenhængende system, som er foreneligt med direktiv 96/71.

98. Jeg er derfor af den opfattelse, at direktiv 96/71 skal fortolkes således, at det ikke er til hinder for en national lovgivning såsom delstatsloven, som pålægger ordremodtageren og indirekte dennes underentreprenører mindst at betale arbejdstagere, der er udstationeret i forbindelse med udførelse af en offentlig kontrakt, den overenskomstmæssigt fastsatte løn, der gælder på stedet for ydelsesleveringen, under trussel om sanktioner, der kan gå så langt som til opsigelse af kontrakten, herunder i en situation, hvor den kollektive overenskomst, som denne lovgivning henviser til, ikke finder generel anvendelse som omhandlet i direktivets artikel 3, stk. 8, første afsnit.

99. Jeg skal nu undersøge, om artikel 49 EF skal fortolkes således, at den er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede.

B — *Fortolkning af artikel 49 EF*

100. Det fremgår af fast retspraksis, at artikel 49 EF ikke blot kræver afskaffelse af enhver form for forskelsbehandling til skade for en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat på grundlag af dennes nationalitet, men også ophævelse af enhver

restriktion, også selv om den gælder uden forskel for såvel indenlandske tjenesteydere som tjenesteydere fra andre medlemsstater, der kan være til hinder for eller indebære ulemper for den virksomhed, som udøves af en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat, hvor denne lovligt leverer tilsvarende tjenesteydelser, eller kan gøre denne virksomhed mindre tiltrækkende [25].

101. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at Domstolen allerede har fastslået, at anvendelsen af værtsmedlemsstatens nationale lovgivning på tjenesteydere kan være til hinder for, indebære ulemper for eller gøre tjenesteydelser præsteret af personer eller virksomheder med hjemsted i andre medlemsstater mindre tiltrækkende, i det omfang denne lovgivning medfører udgifter samt yderligere administrative og økonomiske omkostninger [26].

102. I den foreliggende sag er der efter min mening ingen tvivl om, at der kan identificeres en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser.

103. Ved at forpligte ordremodtageren af en kontrakt om byggearbejder og indirekte dennes underentreprenører til mindst at overholde den løn, der er fastsat i den overenskomst, der gælder på udførelsesstedet, kan delstatslovens § 3, stk. 1, og § 4, stk. 1, pålægge en tjenesteyder hjemmehørende i en anden medlemsstat, hvor mindstelønnen er lavere, en yderligere økonomisk omkostning, som kan være til hinder for, indebære ulemper for eller gøre præstationen af deres tjenesteydelser i værtsmedlemsstaten mindre tiltrækkende.

104. Det bemærkes endvidere, at de pågældende bestemmelser i delstatsloven uden forskel anvendes på indenlandske tjenesteydere og tjenesteydere fra andre medlemsstater. Forpligtelsen til at overholde den mindsteløn, der er fastsat i den på udførelsesstedet gældende overenskomst, gælder både tjenesteydere hjemmehørende i Tyskland og tjenesteydere hjemmehørende i en anden medlemsstat.

105. Det fremgår endvidere af Domstolens faste praksis, at en sådan lovbestemmelse, der kan anvendes uden forskel, i forhold til artikel 49 EF kan begrundes med tvingende almene hensyn, såfremt disse hensyn ikke tilgodeses i kraft af de bestemmelser, tjenesteyderen er pålagt i den medlemsstat, hvor han er etableret, og forudsat, at bestemmelserne er egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger, og ikke går ud

25 — Jf. bl.a. dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 63 og den deri nævnte retspraksis.

26 — Jf. bl.a. dommen i sagen Wolff & Müller, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis.

over, hvad der er nødvendigt for at opfylde formålet [27].

106. Beskyttelsen af arbejdstagere er et af de tvingende almene hensyn, Domstolen har anerkendt [28].

107. Det fremgår således af Domstolens faste praksis, at fællesskabsretten ikke er til hinder for, at medlemsstaterne lader deres lovgivning *eller de kollektive overenskomster, der er indgået mellem arbejdsmarkedets parter*, gælde for alle, som udøver en lønnet beskæftigelse, herunder af midlertidig karakter, på deres områder, uanset i hvilket land arbejdsgiveren er etableret, og at den heller ikke opstiller noget forbud mod, at medlemsstaterne træffer passende foranstaltninger til at sikre en overholdelse af sådanne regler, når det viser sig, at den beskyttelse, disse giver, ikke er sikret af tilsvarende eller i det væsentlige sammenlignelige forpligtelser, som virksomheden allerede er pålagt i etableringsmedlemsstaten [29].

108. Domstolen har endvidere fastslået, at det formål, der består i at undgå illoyal konkurrence fra virksomheder, der betaler deres arbejdstagere en lavere løn end mindstelønnen, også kan tages i betragtning som et tvingende hensyn, der kan begrunde en hindring af den frie udveksling af tjenesteydelser [30]. Domstolen har videre bemærket, at der ikke nødvendigvis er en modsigelse mellem formålet bestående i at opretholde en loyal konkurrence på den ene side og formålet bestående i at sikre beskyttelsen af arbejdstagere på den anden [31].

109. Domstolen har for nylig videreudviklet denne argumentation og udtrykkeligt etableret forbindelse mellem sin faste praksis, der anerkender, at medlemsstaterne kan lade deres lovgivning eller de kollektive overenskomster vedrørende mindsteløn gælde for alle, som er ansat, herunder midlertidigt, på deres område, og begrundelsen knyttet til »forebyggelse af social dumping« [32].

110. Jeg har tidligere anført, at den foreliggende ret har udtrykt tvivl om, hvorvidt

27 — Jf. bl.a. dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 64 og 65 og den deri nævnte retspraksis.

28 — Jf. bl.a. dommen i sagen Wolff & Müller, præmis 35 og den deri nævnte retspraksis. For at anerkende, at det almene hensyn til at yde arbejdstagerne i byggebranchen en social beskyttelse og til at kontrollere overholdelsen heraf kan udgøre en tvingende grund, har Domstolen understreget »de særlige forhold i denne branche« (dom af 28.3.1996, sag C-272/94, Guiot, Sml. I, s. 1905, præmis 16, og af 23.11.1999, forenede sager C-369/96 og C-376/96, Arblade m.fl., Sml. I, s. 8453, præmis 51).

29 — Jf. bl.a. dom af 21.10.2004, sag C-445/03, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 10191, præmis 29 og den deri nævnte retspraksis, og af 21.9.2006, sag C-168/04, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 9041, præmis 47.

30 — Dommen i sagen Wolff & Müller, præmis 41.

31 — Samme dom, præmis 42. Domstolen henviser til femte betragtning til direktiv 96/71, som ifølge Domstolen viser, at disse to mål kan forfølges på samme tid.

32 — Dom af 19.1.2006, sag C-244/04, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 885, præmis 61. Jf. vedrørende udviklingen af denne retspraksis J. Mischo: »Libre circulation des services et dumping social«, *Le droit à la mesure de l'Homme*, i Mélanges en l'honneur de Philippe Léger, Pedone, Paris, 2006, s. 435.

den forpligtelse, som delstatsloven pålægger ordremodtageren og indirekte dennes underentreprenører til at overholde den kollektive overenskomst, der gælder på udførelsesstedet, er begrundet i tvingende almene hensyn.

111. Jeg erindrer i denne henseende om, at ifølge den forelæggende ret er hovedformålet med de pågældende lovbestemmelser at beskytte de tyske byggevirksomheder mod konkurrence fra andre medlemsstater. Et sådant formål af økonomisk art kan imidlertid ikke udgøre et tvingende alment hensyn, der kan begrunde en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser.

112. Den forelæggende ret finder desuden, at forpligtelsen til på stedet for ydelsesleveringen at overholde en kollektiv overenskomst, der fastsætter en mindsteløn, der er højere end den, der kan anvendes på Forbundsrepublikken Tysklands område i medfør af AEntG, går ud over, hvad der er nødvendigt for beskyttelsen af arbejdstagerne. Ifølge retten afgrænses det, der er nødvendigt for beskyttelsen af arbejdstagerne, af den obligatoriske mindsteløn, sådan som den skal anvendes på Forbundsrepublikken Tysklands område i medfør af AEntG.

113. Jeg er ikke enig i den forelæggende rets vurdering, som i det væsentlige støttes af den polske regering.

114. Jeg mener derimod, at de anfægtede bestemmelser i delstatsloven er egnede til at sikre virkeliggørelsen af de formål, der består i at beskytte arbejdstagerne og forebygge social dumping, og at de ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at opfylde dem.

115. Det er ganske vist rigtigt, at det følger af fast retspraksis, at foranstaltninger, som udgør hindringer for den frie udveksling af tjenesteydelser, ikke kan være begrundet med formål af økonomisk art, såsom beskyttelsen af indenlandske virksomheder [33]. Domstolen har imidlertid fastslået, at selv om lovgivers hensigt, således som den kommer til udtryk under de politiske drøftelser forud for vedtagelsen af en lov eller i bemærkningerne til et lovforslag, ganske vist kan udgøre et indicium for det med loven forfulgte formål, er denne hensigt ikke afgørende [34]. Det tilkommer den forelæggende ret, som nærer tvivl om lovgivers reelt forfulgte formål, at efterprøve, om de pågældende bestemmelser objektivt set sikrer beskyttelsen af udstationerede arbejdstagere [35] eller i bredere forstand forebyggelsen af social dumping.

116. For så vidt angår den forelæggende rets bemærkning om, at hovedformålet med de i hovedsagen omhandlede lovbestemmelser

33 — Dom af 25.10.2001, forenede sager C-49/98, C-50/98, C-52/98 — C-54/98 og C-68/98 — C-71/98, Finalarte m.fl., Sml. I, s. 7831, præmis 39, og af 24.1.2002, sag C-164/99, Portugaia Construções, Sml. I, s. 787, præmis 26.

34 — Portugaia Construções-dommen, præmis 27 og den deri nævnte retspraksis.

35 — Portugaia Construções-dommen, præmis 28 og den deri nævnte retspraksis.

er at beskytte tyske byggevirksomheder mod konkurrence fra andre medlemsstater, påhviler det denne ret at tage stilling til, om disse bestemmelser objektivt set sikrer beskyttelsen af udstationerede arbejdstagere. Det skal ved afgørelsen heraf efterprøves, om de pågældende bestemmelser yder de berørte arbejdstagere en egentlig fordel, som væsentligt bidrager til deres sociale beskyttelse [36].

117. For at konstatere, om der findes en sådan fordel, der reelt udgør ekstra beskyttelse for udstationerede arbejdstagere [37], skal den forelæggende ret vurdere den tilsvarende eller den i det væsentlige sammenlignelige karakter af den beskyttelse, der allerede ydes disse arbejdstagere med hensyn til deres løn ved lovgivningen og/eller kollektive overenskomster, der gælder i tjenesteyderens etableringsstat. Inden for rammerne af denne vurdering er det bruttolønnen, som skal medregnes [38].

118. Jeg erindrer om, at det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at firmaet PKZ er blevet anklaget for kun at have udbetalt 46,57% af den lovmæssigt fastsatte mindsteløn til de 53 arbejdstagere, der blev anvendt på byggepladsen. Under disse omstændigheder forekommer det at være fastslået, at overholdelse af delstatsloven ville have ydet disse arbejdstagere en reel ekstra beskyttelse ved at lade dem være omfattet af en klart højere løn end den, der normalt udbetales i deres arbejdsgivers etableringsstat. Denne lov forekommer mig derfor egnet til at sikre beskyttelse af udstationerede arbejdstagere.

119. Den nævnte lov er efter min mening ligeledes egnet til at forebygge social dumping, for så vidt som den navnlig har til formål at udligne forskellen mellem de betingelser, hvorpå tjenesteydere, uanset om de er etableret i Tyskland, skal aflønne arbejdstagere i forbindelse med udførelsen af en offentlig kontrakt. Loven sikrer således, at lokale arbejdstagere og udstationerede arbejdstagere, der arbejder på samme byggeplads, aflønnes på samme måde.

120. Den omstændighed, at Land Niedersachsen har valgt i sin lov om udbud af offentlige kontrakter som reference at anvende en anden kollektiv særoverenskomst end TV Mindestlohn med den konsekvens, at den mindsteløn, der skal overholdes af ordremodtageren og dennes underentreprenører på udførelsesstedet, bliver højere end den, der normalt anvendes på Forbundsrepublikken Tysklands område i byggesektoren, forekommer mig ikke i sig selv at kunne anfægtes i forhold til fællesskabsretten.

36 — Jf. Wolff & Müller-dommen, præmis 38.

37 — Dommen i sagen Finalarte m.fl., præmis 45.

38 — Dom af 14.4.2005, sag C-341/02, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 2733, præmis 29.

121. Dels kan det ikke nægtes, at sikring af en højere løn for udstationerede arbejdstagere er egnet til at sikre deres beskyttelse [39]. Dels og mere generelt må det ikke overses, at artikel 136, stk. 1, EF bestemmer, at »Fællesskabet og medlemsstaterne, der er opmærksomme på de grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder, […] har som mål […] en forbedring af leve- og arbejdsvilkårene for herigennem at muliggøre en udjævning af disse vilkår på et stadigt stigende niveau, [samt] dialogen på arbejdsmarkedet«.

122. De anfægtede bestemmelser i delstatsloven går efter min mening ikke længere end, hvad der er nødvendigt for at sikre målene om beskyttelse af arbejdstagerne og forebyggelse af social dumping.

123. Disse bestemmelser har således til formål at gøre det obligatorisk for tjenesteydere, der er involveret i opfyldelsen af en offentlig kontrakt, at anvende den mindsteløn, der er fastsat i medfør af den kollektive særoverenskomst, der gælder på stedet for ydelsesleveringen. Til dette formål foreskriver de, at kontrakten kun tildeles til bydende, som skriftligt har forpligtet sig til ved udførelsen af leveringen mindst at betale arbejdstagerne den på leveringsstedet overenskomstmæssigt fastsatte løn, og som ligeledes forpligter sig til at pålægge deres underentreprenører den samme forpligtelse. En overtrædelse af denne forpligtelse medfører graduerede sanktioner, som kan gå fra anvendelsen af en bod til opsigelse af kontrakten.

124. Målene om beskyttelse af arbejdstagerne og forebyggelse af social dumping kan efter min mening ikke opfyldes lige så effektivt med regler, der er mindre indgribende og mindre restriktive for den frie udveksling af tjenesteydelser.

125. Som Irland har anført i sit skriftlige indlæg [40], er der desuden intet forhold, som angiver, at den mindsteløn, der kræves i medfør af den kollektive særoverenskomst, som delstatsloven henviser til — under hensyn til relevante indikatorer såsom pristalsindekset — ikke står i et rimeligt forhold til den mindsteløn, der er fastsat ved TV Mindestlohn.

126. Ovenstående vurdering kan efter min mening ikke ændres ved Kommissionens argument om, at en delstatslov, der har til formål at pålægge mere krævende arbejds- og

39 — Som den tyske regering har anført i punkt 63 i sit skriftlige indlæg, er det, ud over at kollektive særoverenskomster fastsætter højere mindsteløn, ligeledes interessant, at målet om at beskytte arbejdstagerne også ligger i, at disse overenskomster giver mulighed for en mere differentieret og passende løn i forhold til det udførte arbejde. Jeg bemærker i denne henseende, at lønskalaen i de nævnte overenskomster er mere detaljeret end lønskalaen i TV Mindestlohn og fastsætter lønniveauet i forhold til forskellige funktionsgrupper.

40 — Punkt 26.

ansættelsesvilkår alene for udstationerede arbejdstagere, som er beskæftiget inden for rammerne af offentlige kontrakter, dvs. i et segment af det økonomiske liv, ikke kan imødekomme et tvingende alment hensyn i artikel 49 EF's forstand eller være egnet til at forfølge et sådant hensyn.

127. Som Kommissionen har anført under retsmødet, kritiserer den delstatsloven for at skabe forskelsbehandling mellem arbejdstagerne i byggesektoren, alt efter om bygherren er offentlig eller privat. Kommissionen har endvidere bemærket, at hvis Land Niedersachsens formål reelt var at beskytte arbejdstagerne, burde den lade denne type foranstaltninger gælde for alle arbejdstagerne i denne sektor.

128. Jeg kan af følgende grunde ikke tiltræde denne argumentation.

129. Det blev for det første bekræftet under retsmødet, at undtagen ved bemyndigelse har Land Niedersachsen ikke kompetence til at erklære en kollektiv overenskomst for almindeligt gældende. Med vedtagelsen af delstatslovens anfægtede bestemmelser har Land Niedersachsen således søgt at gøre den kollektive overenskomst, der gælder på stedet for leveringsydelsen, uanset om den finder generel anvendelse, bindende på et område, der henhører under dens kompetence, nemlig offentlige kontrakter.

130. Argumentet om, at der er tale om forskelsbehandling mellem arbejdstagerne i byggesektoren, alt efter om bygherren er offentlig eller privat, finder jeg for det andet ikke relevant i forhold til fællesskabsretten.

131. Som tidligere anført er det afgørende, at delstatsloven overholder princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, og således pålægger tjenesteyderne den samme forpligtelse til at overholde den mindsteløn, der gælder på udførelsesstedet, uanset om de er etableret i Tyskland eller i en anden medlemsstat. Sagt med andre ord, forekommer det mig afgørende, at lokale arbejdstagere og udstationerede arbejdstagere aflønnes på samme niveau i forbindelse med udførelse af den samme offentlige kontrakt. Det er efter min mening der, markøren skal placeres for at afsløre en eventuel forskelsbehandling i strid med fællesskabsretten.

132. Selv om det for det tredje er korrekt, at offentlige indkøb først og fremmest har til formål at opfylde et identificeret administrativt behov inden for bygge- og anlægsarbejder, tjenesteydelser eller indkøb, kan udbud af offentlige kontrakter ligeledes imødekomme andre almene behov, f.eks.

inden for miljøpolitikken eller som i denne sag på det sociale område [41].

133. Muligheden for at integrere sociale krav i offentlige kontrakter er allerede blevet anerkendt af Domstolen [42] og er nu stadfæstet i direktiv 2004/18. Dettes artikel 26 med overskriften »Betingelser vedrørende kontraktens udførelse« har følgende ordlyd:

»De ordregivende myndigheder kan fastsætte særlige betingelser vedrørende kontraktens udførelse, hvis disse er forenelige med fællesskabsretten, og de er nævnt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne. Betingelserne vedrørende kontraktens udførelse kan navnlig handle om sociale hensyn eller miljøhensyn« [43].

134. For så vidt som betingelsen for kontraktens udførelse vedrørende arbejdstagernes mindsteløn som fastsat i delstatslovens anfægtede bestemmelser overholder princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, og når den overholder gennemsigtighedsprincippet, må den efter min mening anses for at være forenelig med fællesskabsretten.

135. For så vidt angår gennemsigtighedsprincippet er det efter min mening vigtigt, at de kollektive overenskomster, som kræves overholdt, er tilstrækkeligt præcise og tilgængelige, således at det ikke i praksis er umuligt eller urimeligt vanskeligt for arbejdsgiveren at få klarhed over, hvilke forpligtelser han skal overholde [44]. Det påhviler den forelæggende ret at efterprøve, om dette er tilfældet i denne sag [45].

41 — Jf. i denne retning V. Martinez: »Les péripéties du critère social dans l'attribution des marchés publics«, *Contrats publics*, i Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal, bind II, Presses de la Faculté de Droit de Montpellier, 2006, s. 251, på s. 252. Forfatteren nævner bl.a. den idé, at offentlige indkøb kan udgøre et middel til bekæmpelse af arbejdsløshed og social udstødelse, idet de anvendes som en »fordelagtig støtte til udvikling af arbejde«.

42 — Dom af 20.9.1988, sag 31/87, Beentjes, Sml. s. 4635, og af 26.9.2000, sag C-225/98, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 7445. Jf. vedrørende denne retspraksis og dens modtagelse i fransk ret H. Pongérard-Payet: »Critères sociaux et écologiques des marchés publics: droits communautaire et interne entre guerre et paix«, Europe nr. 10, oktober 2004, Étude 10.

43 — Jeg minder endvidere om betragtning 33 til direktiv 2004/18, der har følgende ordlyd: »Vilkårene for udførelse af en kontrakt er i overensstemmelse med dette direktiv, hvis de hverken direkte eller indirekte er diskriminerende, og hvis de er anført i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne.« I Beentjes-dommen havde Domstolen allerede fastslået, at med henblik på at opfylde direktivets formål, nemlig at sikre udviklingen af en effektiv konkurrence på udbudsområdet, »skal de kriterier og betingelser, der gælder for hvert udbud, endelig offentliggøres på passende måde af de ordregivende myndigheder« (præmis 21).

44 — Jf. i denne retning vedrørende strafferetlig forfølgning dommen i sagen Arblade m.fl., præmis 43.

45 — Jeg erindrer om, at den af den bydende indgåede forpligtelse henviser til »den på udførelsesstedet overenskomstmæssigt fastsatte løn i henhold til den kollektive overenskomst, der er benævnt »byggesektoren« på listen over repræsentative kollektive overenskomster under nr. 1«.

IV — Forslag til afgørelse

136. Under hensyn til det ovenfor anførte foreslår jeg Domstolen at besvare det præjudicielle spørgsmål, som Oberlandesgericht Celle har forelagt, således:

»Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/71/EF af 16. december 1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser og artikel 49 EF skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for en national lovgivning såsom Land Niedersachsens lov om udbud af offentlige kontrakter, som pålægger ordremodtageren og indirekte dennes underentreprenører mindst at betale arbejdstagere, der er udstationeret i forbindelse med udførelse af en offentlig kontrakt, den overenskomstmæssigt fastsatte løn, der gælder på stedet for ydelsesleveringen, under trussel om sanktioner, der kan gå så langt som til opsigelse af kontrakten, hvis den kollektive overenskomst, som denne lovgivning henviser til, ikke er erklæret almindeligt gældende.

Det påhviler den forelæggende ret at efterprøve, om denne nationale lovgivning faktisk indeholder en reel fordel for udstationerede arbejdstagere, som væsentligt bidrager til deres sociale beskyttelse, og om princippet om gennemsigtighed i udførelsesbetingelserne for den pågældende offentlige kontrakt er overholdt ved gennemførelsen af den nævnte lovgivning.«