FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT PHILIPPE LÉGER

fremsat den 23. februar 2006 [1]

1. Med den foreliggende sag ønsker Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber fastslået, at Republikken Østrig har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 49 EF, idet den betinger udstationeringen af arbejdstagere fra tredjelande, der er udsendt af en virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat, af, at sidstnævnte erhverver en såkaldt »bekræftelse af udstationering inden for EU«. De kompetente østrigske myndigheders udfærdigelse heraf forudsætter, at to betingelser er opfyldt: For det første skal ansættelsesforholdet mellem den nævnte virksomhed og de pågældende arbejdstagere have været af en bestemt varighed eller være fast, og for det andet skal sidstnævnte automatisk underlægges de løn- og arbejdsvilkår, der gælder i Østrig, i løbet af den periode udstationeringen varer. Kommissionen anmoder ligeledes Domstolen om at fastslå, at denne medlemsstat har tilsidesat sine forpligtelser ved at nægte at udstede en indrejse- eller opholdstilladelse til en tredjelandsstatsborger, der er udstationeret af en virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat, når den nævnte borger er rejst ind på det nationale område uden visum.

I — De nationale retsregler

2. Det første klagepunkt i denne sag er tilsyneladende forholdsvist sammenligneligt med det klagepunkt, Domstolen undersøgte i dommen af 21. oktober 2004, i sagen Kommissionen mod Luxembourg [2], samt i dom af 19. januar 2006, i sagen Kommissionen mod Tyskland [3]. Det andet klagepunkt er derimod nyt, selv om det har visse lighedspunkter med klagepunktet i sidstnævnte sag. Med det andet klagepunkt ønsker Kommissionen fastslået, om bestemmelserne i EF-traktaten om den frie udveksling af tjenesteydelser er forenelige med en national lovgivning, der skal sikre overholdelsen af forskrifter om kontrol af tredjelandsborgeres indrejse og ophold på medlemsstatens område.

3. I Østrig reguleres udstationering af arbejdstagere fra tredjelande til Østrig af en

1 — Originalsprog: fransk.

2 — Sag C-445/03, Sml. I, s. 10191.

3 — Sag C-244/04, Sml. I, s. 885.

virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat af Ausländerbeschäftigungsgesetz (lov om beskæftigelse af udlændinge, herefter »AuslBG«) [4], samt af Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (lov om kontrol med ansættelseskontrakter, herefter »AVRAG«) [5].

4. § 18, stk. 1, i AuslBG bestemmer, at udstationering af udlændinge på det nationale område af en virksomhed, der ikke har hjemsted i Østrig, er betinget af opnåelsen af en forudgående tilladelse. Der gælder flere undtagelser fra dette princip for visse former for virksomhed eller aktiviteter.

5. En af disse undtagelser er nævnt i § 18, stk. 12, i AuslBG (som ændret ved en reform, der har været gældende siden den 1. januar 1998), om udstationering af tredjelandsstatsborgere af en udenlandsk virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat, med henblik på at præstere en tjenesteydelse i Østrig. En sådan aktivitet er betinget af en særlig procedure benævnt »bekræftelse af udstationering inden for EU« og ikke den almenretlige, der er fastsat for udstationering af udlændinge, der, som netop nævnt, kar karakter af en godkendelsesprocedure.

4 — BGBl. 218/1975.

5 — BGBl. 459/1993.

6. Proceduren for bekræftelse af udstationering inden for EU, der anfægtes i denne sag, foregår på følgende måde.

7. Det påhviler først og fremmest den virksomhed, der har hjemsted i en anden medlemsstat end Østrig, og som ønsker at foretage en udstationering, at foretage en forudgående anmeldelse herom til de kompetente nationale myndigheder, dvs. den regionale arbejdsmarkedsmyndighed.

8. Derefter skal den nævnte myndighed udstede en såkaldt »bekræftelse af udstationering inden for EU«, der beskrives som en bekræftelse på, at den nævnte virksomhed har foretaget anmeldelse. Udstedelsen af dette dokument, inden for en frist på seks uger at regne fra modtagelsen af den nævnte anmeldelse, er betinget af opfyldelsen af to krav. Disse krav, nævnt i § 18, stk. 13, i AuslBG, er følgende.

9. For det første er det nødvendigt, at »udlændingen har arbejdet for den virksomhed, der er ansvarlig for udstationeringen, lovligt og fast i mindst et år i virksomhedens hovedsæde, eller har indgået en ansættelseskontrakt på ubestemt tid med denne virksomhed, og har de tilladelser hvad angår ansættelse af tredjelandsstatsborgere, som kræves i det land, hvori han udstationeres«.

10. For det andet skal de pågældende arbejdstagere i løbet af deres fremtidige udstationering være underlagt de løn- og arbejdsvilkår samt bestemmelser om socialsikring, der er gældende i østrigsk ret.

11. Foruden disse krav vedrørende proceduren for bekræftelse af udstationering inden for EU, pålægger § 7, litra b), stk. 3 og 9, i AVRAG under bødestraf den virksomhed, der har hjemsted i en anden EØF-stat, og som ønsker at udstationere sine arbejdstagere i Østrig, en forpligtelse til at foretage en anmeldelse til den centrale koordineringsmyndighed for illegalt arbejde, under finansministeriet. Denne anmeldelse skal sammen med den, der skal sendes til en anden myndighed i forbindelse med proceduren for bekræftelse af udstationering inden for EU, i princippet foretages senest en uge inden arbejdet påbegyndes. Anmeldelsen skal indeholde en række oplysninger om de personer, der skal udstationeres samt måden herfor [6]. Den modtagende myndighed videregiver derefter anmeldelsen til diverse socialsikringsorganer samt arbejdstilsynet.

12. I øvrigt pålægger Fremdengesetz (udlændingeloven, herefter »FrG«) [7] tredjelandsstatsborgere, navnlig dem, der udøver erhvervsaktivitet i Østrig uden at have bopæl her, en forpligtelse til at være i besiddelse af en indrejse- og opholdstilladelse, medmindre andet er fastsat i en international aftale [8].

13. § 10, stk. 1, punkt 3, i FrG bestemmer, at »[...] indrejse- og opholdstilladelse skal nægtes udstedt, når [...] opholdstilladelsen [...] (bortset fra visse grupper af personer) skal gives, i tilfælde hvor arbejdstageren allerede er indrejst i Østrig uden visum«. Denne bestemmelse er derfor til hinder for udstedelsen af en indrejse- eller opholdstilladelse til en tredjelandsstatsborger, der er udsendt af en virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat, når denne borger allerede er indrejst i Østrig uden det krævede visum. Når den nævnte tredjelandsstatsborger med andre ord er rejst illegalt ind i landet uden først at have opnået tilladelse hertil og efterfølgende har taget ophold her, kan hans situation ikke efterfølgende lovliggøres ved udstedelsen af en indrejse- eller opholdstilladelse.

II — Den administrative sag

14. Efter en skriftveksling mellem Republikken Østrig og Kommissionen og sidstnævn-

6 — Disse oplysninger, opregnet i § 7, litra b), stk. 4, i AVRAG, er følgende: 1) arbejdsgiverens navn og adresse, 2) den ansvarshavendes navn, 3) navn og adresse på den nationale kunde, 4) navn, fødselsdato og socialsikringsnummer på de arbejdstagere, der er udstationeret i Østrig, 5) begyndelsestidspunktet og den anslåede varighed af arbejdet i Østrig, 6) arbejdstagerens løn, 7) stedsangivelse for aktiviteten i Østrig, 8) såfremt det drejer sig om bygningsarbejde, hvilken type aktivitet der er tale om og arbejdstagerens opgave.

7 — BGBl, I, 75/1997

8 — Jf. sammenholdt § 2, stk. 1, § 5, stk. 1 og 2, § 7, stk. 4, punkt 4, i FrG.

tes modtagelse af en klage, fandt Kommissionen, at den nævnte medlemsstat havde tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 49 EF og anmodede ved skrivelser af 14. juli 1997 og 2. juli 1998 [9] denne om at fremsætte sine bemærkninger.

15. Da Kommissionen ikke fandt de af Republikken Østrig fremlagte bemærkninger overbevisende, fremsendte den ved skrivelse af 5. april 2002 en begrundet udtalelse, hvori den opfordrede Østrig til at træffe de nødvendige foranstaltninger for at efterkomme de forpligtelser, der ifølge samme artikel påhvilede den inden for en frist på to måneder at regne fra meddelelsen af den begrundede udtalelse.

16. Da de østrigske myndigheder anførte, at de ikke havde til hensigt at ændre den pågældende nationale lovgivning, besluttede Kommissionen at anlægge nærværende sag ved stævning indgivet til Domstolen den 5. april 2004.

17. Ved Domstolens kendelse af 26. oktober 2004 fik Kongeriget Nederlandene tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Republikken Østrig. Ved skrivelse af 16. december 2004 afstod Kongeriget Nederlandene imidlertid fra sin ret til at intervenere, således at denne medlemsstat, ved en ny kendelse fra Domstolen af 4. februar 2005, blev slettet som intervenerende part i tvisten.

III — Søgsmålet

18. Til støtte for søgsmålet påberåber Kommissionen sig to klagepunkter, der vedrører på den ene side proceduren for bekræftelse af udstationering inden for EU, og på den anden side den omstændighed, at det ikke er muligt for en udstationeret tredjelandsstatsborger på stedet at få bragt sin situation i overensstemmelse med gældende bestemmelser vedrørende indrejse og ophold på det nationale område. Jeg skal undersøge disse klagepunkter i nævnte rækkefølge.

A — *Første klagepunkt om proceduren for bekræftelse af udstationering inden for EU*

1. Parternes argumenter

19. Med sit første klagepunkt foreholder Kommissionen Republikken Østrig at have tilsidesat artikel 49 EF, idet den har betinget udstationeringen af tredjelandsstatsborgere,

9 — Den anden skrivelse af 2.7.1998 tager hensyn til de ændringer i AuslBG, der trådte i kraft den 1.1.1998, hvorved (som allerede nævnt i punkt 5 ovenfor) den såkaldte »godkendelsesprocedure« blev erstattet af »proceduren for bekræftelse af udstationering inden for EU« for tredjelandsstatsborgere udstationeret af en virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat end Østrig.

af en virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat, af, at denne borger opnår en bekræftelse af udstationering inden for EU, hvis udstedelse på den ene side kræver, at de pågældende arbejdstagere har haft mindst et års beskæftigelse i den nævnte virksomhed, eller at de har indgået en ansættelseskontrakt på ubestemt tid, og på den anden side, at de nævnte arbejdstagere i løbet af udstationeringen er underlagt de løn- og arbejdsvilkår, der er gældende efter østrigsk ret.

20. Til støtte for dette klagepunkt har Kommissionen, i modsætning til den østrigske regering, anført, at proceduren for bekræftelse af udstationering inden for EU ikke er rent deklaratorisk, men indebærer en egentlig beslutning om tilladelse, der er betinget af opfyldelsen af visse betingelser. Dette krav om godkendelse begrænser den frie levering af tjenesteydelser for så vidt som det, henset til de administrative og økonomiske udgifter samt frister, der følger heraf, afskrækker virksomheder med hjemsted i en anden medlemsstat fra at udstationere deres arbejdstagere i Østrig med henblik på at yde deres tjenesteydelser dér.

21. Ifølge Kommissionen står denne begrænsning, uanset om den er diskriminerende eller ej [10], under alle omstændigheder ikke i et rimeligt forhold til de mål om beskyttelse af arbejdstagerne og bekæmpelse af misbrug, som forfølges med pålæggelsen af den nævnte bekræftelse af udstationering inden for EU og de deraf følgende betingelser eller krav.

22. Hvad nærmere angår kravet om at overholde de løn- og arbejdsvilkår, der er gældende i Østrig, er dette et unødvendigt krav, idet der allerede tages hensyn hertil ved den kontrol, der er indført på området ved AVRAG med henblik på gennemførelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/71/EF af 16. december 1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser [11].

23. Hvad angår det yderligere krav om et fast ansættelsesforhold mellem den pågældende virksomhed og de arbejdstagere, der skal udstationeres, indebærer dette ikke blot, at muligheden for at udstationere arbejdstagere fra tredjelande i visse sektorer bliver illusorisk, men tillige at disse arbejdstagere skades snarere end beskyttes.

24. Selv om Republikken Østrig erkender, at proceduren for bekræftelse af udstationering

10 — Som Kommissionen har fremhævet i stævningens punkt 35, er dens opfattelse uafhængig af, om den pågældende nationale lovgivning er diskriminerende.

11 — EFT 1997 L 18, s. 1.

inden for EU begrænser den frie levering af tjenesteydelser, bestrider den derimod, at denne foranstaltning er uforholdsmæssig i henseende til det forfulgte mål om at beskytte arbejdstagerne. Den omtvistede procedure, der betegnes som deklaratorisk, svarer ikke til den, der foreskrives i AVRAG, der er undtaget enhver kontrol om overholdelse af løn- og arbejdsvilkårene, men skal ses i lyset af Domstolens dom af 9. august 1994, Vander Elst [12], der betinger udstationeringen af tredjelandsstatsborgere, der ikke er underlagt et godkendelseskrav, af, at disse er lovligt og fast beskæftiget af den virksomhed, der præsterer tjenesteydelsen.

2. Vurdering

25. Efter min opfattelse er dette første klagepunkt begrundet.

26. Førend jeg undersøger, om traktatbestemmelserne om den frie udveksling af tjenesteydelser er til hinder for den pågældende nationale bestemmelse om udstationering af arbejdstagere, skal jeg undersøge, om disse bestemmelser rent faktisk kan anvendes på området.

a) Anvendelse af traktatbestemmelserne om den frie udveksling af tjenesteydelser på området for udstationering af arbejdstagere

27. I præmis 25 i den nævnte dom i sagen Kommissionen mod Luxembourg fastslog Domstolen, at betingelserne for udstationering af arbejdstagere fra tredjelande som led i udveksling af tjenesteydelser over grænserne ikke er harmoniseret på fællesskabsplan, da forslaget til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv, der blev forelagt af Kommissionen den 12. februar 1999, ikke er blevet vedtaget [13]. Som Domstolen for nyligt fastslog, gælder dette stadig [14]. Det nævnte forslag blev i august 2004, dvs. få måneder efter anlægget af nærværende traktatbrudssag, endeligt opgivet af Kommissionen.

28. Hvad angår direktiv 96/71, der ganske vist gælder uanset de nævnte arbejdstageres nationalitet og navnlig de, der er statsborgere i et tredjeland, indebærer dette alene en

12 — Sag C-43/93, Sml. I, s. 3803.

13 — EFT C 67, s. 12.

14 — Dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 32.

harmonisering, der forbliver delvis og ikke fuldstændig [15].

29. Det følger heraf, at det er traktatbestemmelserne om den frie udveksling af tjenesteydelser der primært regulerer udstationeringen af tredjelandsstatsborgere i forbindelse med tjenesteydelser over grænserne.

30. Efter min opfattelse er disse traktatbestemmelser, som Kommissionen har anført i sit første klagepunkt, til hinder for, at en medlemsstat betinger udstationeringen af arbejdstagere fra tredjelande, af en virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat, af, at sidstnævnte opnår en bekræftelse af udstationering inden for EU, hvis udstedelse for det første kræver, at de pågældende arbejdstagere har haft mindst et års beskæftigelse i virksomheden eller har indgået en ansættelseskontrakt på ubestemt tid, og for det andet kræver, at de nævnte arbejdstagere underlægges de løn- og arbejdsvilkår, der gælder på det nationale område, i den tid udstationeringen varer.

15 — I modsætning til direktivforslaget af 1999, der som bekendt for nylig blev forkastet, fastsætter direktiv 96/71 ingen særlig procedure for udstationering af arbejdstagere i forbindelse med tjenesteydelser over grænserne. Direktivet begrænser sig primært til at sikre de arbejdstagere, der er udstationeret, at visse af de regler om arbejds- og ansættelsesvilkår, der gælder i den medlemsstat, hvori den nævnte tjenesteydelse præsteres, ligeledes gælder for disse. Når direktivet herefter overlader medlemsstaterne at sikre overholdelsen af disse bestemmelser, er det udelukkende, hvilket fremgår af tolvte betragtning til direktivet, med forbehold for at vedtage passende midler herfor, dvs. midler som ikke tilsidesætter traktatbestemmelserne om den frie udveksling af tjenesteydelser.

31. Det er dette, jeg nu skal redegøre for ved først og fremmest at undersøge den restriktive virkning af den omtvistede procedure for bekræftelse af udstationering inden for EU, og dernæst dens eventuelle begrundelse samt i givet fald dens teoretiske forholdsmæssighed i relation til visse mål af almen interesse.

b) Den restriktive virkning af den omtvistede procedure for bekræftelse af udstationering inden for EU på den frie udveksling af tjenesteydelser

32. I henhold til fast retspraksis er en national ordning, hvorefter en virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat kun må levere tjenesteydelser i det pågældende land, hvis den har opnået en tilladelse hertil fra en administrativ myndighed, en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser [16].

33. Men i modsætning til det af den østrigske regering anførte kan det krav, der foreskrives i § 18, stk. 12, i AuslBG, hvorefter der forud skal opnås en bekræftelse af udstationering inden for EU, ikke anses for

16 — Jf. bl.a. dom af 25.7.1991, sag C-76/90, Säger, Sml. I, s. 4221, præmis 14, af 9.3.2000, sag C-355/98, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 1221, præmis 35, af 20.2.2001, sag C-205/99, Analir m.fl., Sml. I, s. 1271, præmis 22, af 29.5.2001, sag C-263/99, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 4195, præmis 21, og hvad angår udstationering af arbejdstagere Vander Elst-dommen, præmis 15, dommen i sagen Kommissionen mod Luxembourg, præmis 24, og dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 34.

ene og alene at udgøre en anmeldelse til de kompetente administrative myndigheder.

34. Selvom, som allerede nævnt [17], udstedelsen af en bekræftelse af udstationering inden for EU ganske vist forudsætter, at den arbejdsgiver, der ønsker at foretage en sådan udstationering, allerede har foretaget en anmeldelse herom til de kompetente administrative myndigheder, skal sidstnævnte stadig acceptere at udstede en sådan bekræftelse. Eftersom udstedelsen af denne forudsætter, at flere vilkår er opfyldt, og eftersom det påhviler de nævnte myndigheder at undersøge, om dette er tilfældet, hersker der ingen tvivl om, at en sådan bekræftelse må betragtes som en administrativ tilladelse og ikke som en blot og bar bekræftelse på, at anmeldelsen er indgivet, og at udstedelsen derfor sker automatisk eller systematisk [18].

35. Det følger heraf, at § 18, stk. 12, i AuslBG gør det vanskeligt for en virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat at udstationere tredjelandsstatsborgere, og dermed hindrer denne virksomhed i at præstere sine tjenesteydelser.

36. Dette gælder så meget desto mere, eftersom den nævnte bestemmelse fastsætter, at fristen for udstedelse af en bekræftelse af udstationering inden for EU kan være på seks uger at regne fra modtagelsen af den krævede forudgående anmeldelse. Som Kommissionen har fremhævet, er en sådan frist usædvanlig lang, især når det gælder vedligeholdelsesydelser, der ofte har karakter af hastesager.

37. Jeg skal derfor fastslå, at ved at betinge udstationeringen af tredjelandsstatsborgere af en forudgående administrativ tilladelse, hindrer den nationale lovgivning, allerede af denne grund, den frie udveksling af tjenesteydelser.

38. Foruden denne begrænsning, der beror på kravet om den nævnte tilladelse, skal jeg nævne de yderligere begrænsninger, der følger af de særlige vilkår, der skal opfyldes for at opnå udstedelsen. Disse består efter § 18, stk. 13, dels i, at ansættelsesforholdet mellem den pågældende virksomhed og de udstationerede arbejdstagere skal være af en

17 — Jf. punkt 7 ovenfor.

18 — De pågældende nationale bestemmelser (der som nævnt i punkt 4 og 5 ovenfor siden 1.1.1998 er forbeholdt tredjelandsstatsborgere, der udstationeres af en virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat end Østrig) er således ikke grundlæggende forskellige fra dem, der tidligere var gældende (for samtlige udstationeringer af udlændinge af udenlandske virksomheder uanset om disse havde hjemsted i et tredjeland eller i en anden medlemsstat).

bestemt varighed eller er fast, dels at sidstnævnte systematisk er underlagt de løn- og arbejdsvilkår, der gælder i Østrig, i den tid udstationeringen varer [19].

39. For den berørte virksomhed medfører opfyldelsen af sådanne krav betydelige såvel administrative som økonomiske byrder, der bl.a. følger af nødvendigheden af at dokumentere, at de nævnte krav er opfyldt og de heraf følgende krav om at have handlet i overensstemmelse hermed enten ved at have etableret ansættelsesmæssige forbindelser med de pågældende arbejdstagere i mindst et år, eller ved at indgå ansættelseskontrakter af ubestemt varighed, samt ved at de nævnte arbejdstagere systematisk er underlagt de løn- og arbejdsvilkår, der er gældende i Østrig, i den tid udstationeringen varer, hvilket eventuelt har nødvendiggjort en ændring af de eksisterende ansættelseskontrakter. Sådanne byrder kan kun afskrække virksomheder i andre medlemsstater fra at udstationere arbejdstagere, der er tredjelandsstatsborgere, i Østrig, med henblik på at præstere tjenesteydelser der [20].

19 — Domstolen anlagde et sammenligneligt ræsonnement, idet den sondrede mellem begrænsningen af den frie udveksling af tjenesteydelser, der følger af kravet om en forudgående administrativ tilladelse, og den, der følger af særlige vilkår, der skal opfyldes for at få en sådan tilladelse, i dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 21, i dommen i sagen Kommissionen mod Luxembourg, præmis 23 og 24. Jf. ligeledes i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland.

20 — Jf. herom bl.a. dom af 15.3.2001, sag C-165/98, Mazzoleni og ISA, Sml. I, s. 2189, præmis 24, 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 30, af 24.1.2002, sag C-164/99, Portugaia Construções, Sml. I, s. 787, præmis 18, og dommen i sagen Kommissionen mod Luxembourg, præmis 23, 24 og 30.

40. Det fremgår af det anførte, at den omtvistede procedure til bekræftelse af udstationering inden for EU, fastsat i § 18, stk. 12 og 13, i AuslBG, i flere henseender udgør en hindring af den frie udveksling af tjenesteydelser.

41. Jeg skal nu undersøge, om en sådan begrænsning alligevel kan begrundes, og i givet fald om den er forholdsmæssig. Inden en undersøgelse af, om dette er tilfældet, må det afgøres, hvilke former for begrundelse der kan påberåbes til støtte for den pågældende begrænsning.

c) Former for begrundelse, som kan påberåbes til støtte for den pågældende begrænsning

42. Som følge af den østrigske regerings argumenter fremsat under den administrative procedure har Kommissionen undersøgt, om kravene om beskyttelse af arbejdstagerne og bekæmpelse af misbrug kan begrunde den pågældende nationale lovgivning, uafhængigt af om den er udtryk for diskriminering eller ej.

43. Jeg er ikke overbevist om, at dette er den rette fremgangsmåde.

44. I henhold til fast praksis, til hvilken Domstolen fortsat henviser [21], er nationale bestemmelser, hvorefter tjenesteydelsesvirksomheder med hjemsted i en anden medlemsstat behandles anderledes end dem, der har hjemsted på det nationale område, og som derfor er udtryk for forskelsbehandling baseret på tjenesteyderens hjemsted eller tjenesteydelsens oprindelse, kun forenelige med traktatbestemmelserne om den frie udveksling af tjenesteydelser, hvis de kan henføres til en udtrykkelig undtagelsesbestemmelse som traktatens artikel 46, stk. 1, EF, hvortil artikel 55 henviser.

45. Det følger heraf, at i princippet kan en sådan national ordning kun begrundes af hensyn til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed, i henhold til en samlet gennemgang af de nævnte traktatbestemmelser, og ikke af tvingende grunde af almen interesse af pretoriansk oprindelse, såsom dem, der vedrører en beskyttelse af arbejdstagerne eller kontrol med stabiliteten på arbejdsmarkedet (hvortil bekæmpelse af misbrug bidrager), eftersom denne kategori af begrundelser i teorien kun omfatter ikke-diskriminerende foranstaltninger, dvs. som anvendes uden forskel (på alle, der har til hensigt at præstere deres tjenesteydelser i en medlemsstat, der har vedtaget en sådan foranstaltning, med andre ord både for tjenesteydere, der er bosat i denne medlemsstat, og dem der er bosat i andre medlemsstater) [22].

46. Selv om udviklingen i retspraksis på området for den frie udveksling af tjenesteydelser viser en vis usikkerhed om, hvilke

21 — Jf. bl.a. dom af 26.4.1988, sag 352/85, Bond van Adverteerders m.fl, Sml. s. 2085, præmis 32 og 33, af 18.6.1991, sag C-260/89, ERT, Sml. I, s. 2925, præmis 24, af 25.7.1991, sag C-288/89, Collectieve Antennevoorziening Gouda m.fl., Sml. I, s. 4007, præmis 11, og sag C-353/89, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 4069, præmis 15; dom af 16.12.1992, sag C-211/91, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 6757, præmis 5, 6, 10 og 11, af 4.5.1993, sag C-17/92, Fedicine, Sml. I, s. 2239, præmis 14-16, af 14.11.1995, sag C-484/93, Svensson og Gustavsson, Sml. I, s. 3955, præmis 12 og 15, og af 21.3.2002, sag C-451/99, Cura Anlagen, Sml. I, s. 3193, præmis 30 og 31. I samme retning jf. bl.a. domme af 29.4.1999, sag C-224/97, Ciola, Sml. I, s. 2517, præmis 16, om en national bestemmelse, der diskriminerede på grundlag af bopælen for den fysiske person, der modtog en tjenesteydelse; samt om den frie etableringsret, sag C-311/97, Royal Bank of Scotland, Sml. I, s. 2651, præmis 32. Jf. i denne retning, om den frie udveksling af tjenesteydelser, dom af 16.1.2003, sag C-388/01, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 721, præmis 19 og 20, om en national ordning, der diskriminerede på grundlag af nationaliteten af de fysiske personer, der modtog tjenesteydelsen. For et modsætningsvist ræsonnement i samme retning jf. dom af 14.10.2004, sag C-36/02, Omega, Sml. I, s. 9609, præmis 29.

22 — I Säger-dommen gik Domstolen videre end den almindelige bestemmelse om såkaldt »national behandling«, idet den fastslog, at »traktatens artikel 59 [nu artikel 49 EF] ikke blot kræver afskaffelse af enhver forskelsbehandling til skade for tjenesteyderen på grund af dennes nationalitet, men også ophævelse af enhver restriktion — også selv om den anvendes uden forskel på indenlandske tjenesteydere og tjenesteydere fra andre medlemsstater — der kan være til hinder for eller på anden måde genere den virksomhed, som udøves af en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat, hvor han lovligt leverer tilsvarende tjenesteydelser« (præmis 12). Denne vide fortolkning af de krav, der følger af den frie udveksling af tjenesteydelser, der ligeledes er anlagt i henseende til andre grundlæggende friheder i traktaten, går hånd i hånd med en opblødning af ordningen for tilladte begrundelser, gennem anerkendelsen — til fordel for foranstaltninger, der anvendes uden forskel — af en række tvingende grunde af almen interesse, der omfatter et betydeligt videre antal begrundelser, end dem, der omfattes af artikel 46, stk. 1, EF, hvortil artikel 55 EF henviser.

begrundelser der anerkendes [23], beror denne usikkerhed tilsyneladende på de af Domstolen påpegede vanskeligheder ved at kvalificere visse nationale lovgivninger som diskriminerende, samt Domstolens ønske om at respektere medlemsstaternes kompetence inden for området for direkte beskatning [24].

47. Sådanne overvejelser er imidlertid ikke nødvendige i relation til den foreliggende nationale lovgivning, for så vidt som, for det første, udstationeringen af arbejdstagere ikke henhører under et kompetenceområde, der er forbeholdt medlemsstaterne (som det er tilfældet med direkte beskatning), og for det andet nævnte lovgivning forekommer åbenlyst diskriminerende.

48. Kun virksomheder, der har hjemsted i en anden medlemsstat end Republikken Østrig, er underlagt den omtvistede procedure om bekræftelse af udstationering inden for EU. På sagens nuværende trin fremgår det ikke, at selskaber med hjemsted i Østrig, som udstationerer tredjelandsstatsborgere på det nationale område, ligeledes er underlagt en sådan — eller en lignende procedure.

49. Således fremgår det, at den nationale lovgivning i denne traktatbrudssag, til forskel fra den, der var omhandlet i den nævnte dom i Kommissionen mod Luxembourg [25], bør anses for at fastsætte en forskelsbehandling baseret på hjemstedet for den tjenesteydelsesvirksomhed, som har til hensigt at udstationere arbejdstagere. En sådan forskelsbehandling er åbenlyst diskriminerende.

23 — Denne tvetydighed antager forskellige former. Oftest har Domstolen alene anført, at den pågældende nationale lovgivning (uden at udtale sig om, hvorvidt den er diskriminerende eller ej) udgør en blot og bar hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser eller en »forskelsbehandling«, der er til skade for de erhvervsdrivende, der ønsker at udøve deres rettigheder ifølge en sådan frihed, og derefter undersøgt, om den pågældende lovgivning opfyldte en begrundelse, der ikke udtrykkeligt fremgik af traktaten, for endeligt at fastslå, at dette ikke var tilfældet eller at give den nationale ret elementer i så henseende. Denne fremgangsmåde blev fulgt i dom af 28.4.1998, sag C-118/96, Safir, Sml. I, s. 1897, præmis 24-30 og 34, af 26.10.1999, sag C-294/97, Eurowings Luftverkehr, Sml. I, s. 7447, præmis 36 ff., af 29.11.2001, sag C-17/00, De Coster, Sml. I, s. 9445, præmis 33-39, af 3.10.2002, sag C-136/00, Danner, Sml. I, s. 8147, præmis 30 ff., og af 6.11.2003, sag C-243/01, Gambelli m.fl., Sml. I, s. 13031, præmis 57 ff. Domstolen har i enkelte tilfælde, med henblik på at besvare de af parterne påberåbte argumenter, undersøgt den omtvistede nationale lovgivning ikke blot hvad angår de begrundelser, der udtrykkeligt fremgår af traktaten, men ligeledes hvad angår andre begrundelser, skønt Domstolen har været forsigtig med at betegne den nævnte lovgivning som diskriminerende med henblik på endeligt at fastslå, at sidstnævnte ikke var begrundet. Jf. i denne retning dommen i sagen Svensson og Gustavsson, præmis 15 ff., samt dom af 13.11.2003, sag C-42/02, Lindman, Sml. I, s. 13519, præmis 21ff.

24 — Se i denne henseende forslag til afgørelse fra generaladvokat Tesauro i den nævnte Safir-sag (punkt 30-34, der illustrerer de nævnte vanskeligheder ved at kvalificere visse nationale lovgivninger som diskriminerende), samt forslag til afgørelse fra generaladvokat Poiares Maduro i Marks & Spencer-sagen (dom af 13.12.2005, sag C-446/03, Sml. I, s. 10837, på s. 10839, punkt 25-32, der for det første understreger Domstolens tilbageholdenhed med at gå videre end kravet om en national behandling på området for den direkte beskatning, henset til ønsket om at respektere de nationale beskatningssystemers integritet, og for det andet vanskelighederne ved at fastslå, at der er tale om diskrimination henset til kriterierne i dom af 14.2.1995, sag C-279/93, Schumacker, Sml. I, s. 225, hvorefter der skal tages udgangspunkt i de objektive forskelle i de pågældende forhold).

25 — I præmis 25 fremhævede Domstolen, at den pågældende nationale lovgivning fandt anvendelse uden forskel på virksomheder, der er etableret uden for Luxembourg, og virksomheder, der er etableret på Storhertugdømmets område.

50. Det følger heraf, at de betragtninger, der har medført en vis usikkerhed i retspraksis hvad angår karakteren af de begrundelser, der tillades på området for begrænsninger i retten til fri udveksling af tjenesteydelser, ikke er relevante i denne sag.

51. Hvis man henholder sig til den mest fremherskende tendens i retspraksis, hvorefter en diskriminerende national lovgivning om den frie udveksling af tjenesteydelser kun kan begrundes ud fra hensyn til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed, må det derfor undersøges, om dette er tilfældet med den foreliggende begrænsning, skønt dette spørgsmål ikke er blevet diskuteret mellem parterne i denne traktatbrudssag.

d) Eventuel begrundelse af den foreliggende begrænsning ud fra hensyn til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed

52. Jeg må fastslå, at den omtvistede lovgivning ikke kan henføres til sådanne hensyn.

53. Domstolen har flere gange fastslået, at sådanne begrundelser, idet de gør undtagelse fra en i traktaten garanteret grundlæggende frihed, skal fortolkes snævert, således at bl.a. begrundelsen vedrørende hensynet til den offentlige orden kun kan påberåbes i tilfælde af, at »der foreligger en virkelig og tilstrækkeligt alvorlig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn« [26]. Jeg kan vanskeligt forestille mig, at kravet om en bekræftelse af udstationering inden for EU svarer til en sådan særlig situation eller i det mindste er rimeligt i forhold til hensynet om at beskytte den offentlige orden, hvilket i øvrigt ikke kan omfatte hensyn om beskyttelse af arbejdstagerne eller sikring af stabiliteten på arbejdsmarkedet. Efter min opfattelse skal hensynet til den offentlige orden snarere opretholdes ved en ordning, der specifikt har til formål at kontrollere tredjelandsstatsborgeres indrejse og ophold på det nationale område, således som det fremgår af andet klagepunkt i denne traktatbrudssag.

54. I øvrigt er det netop under henvisning til denne strenge fortolkning af undtagelserne fastsat i artikel 46 EF, såsom det vedrørende den offentlige orden, at visse hævder, at der bør tillades andre begrundelser, der er lige så legitime eller tvingende, som den, der udtrykkeligt fastsættes i traktaten, for således at opnå ensartede regler for hvilke begrundelser der kan gælde for indskrænkninger af

26 — Jf. bl.a. dom af 27.10.1977, sag 30/77, Bouchereau, Sml. s. 1999, præmis 33 og 35, af 29.10.1998, sag C-114/97, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 6717, præmis 46, af 19.1.1999, sag C-348/96, Calfa, Sml. I, s. 11, præmis 21 og 23, af 14.3.2000, sag C-54/99, Scientologikirken, Sml. I, s. 1335, præmis 17, samt Omega-dommen, præmis 30.

den frie udveksling af tjenesteydelser, uanset om de er diskriminerende eller ej [27].

55. Domstolen har indtil videre ikke formelt bekræftet denne linje, skønt den, som netop anført i forbindelse med Danner-sagen, på det kraftigste er blevet opfordret hertil.

56. Jeg er forbeholden over for en sådan opfordring. Hvis Domstolen valgte denne linje, ville den gå videre end ordlyden af artikel 46 EF (hvortil artikel 55 EF henviser), og endda tilsidesætte denne, eftersom den ville tillade, at andre begrundelser end dem, der udtrykkeligt og udtømmende er nævnt i artikel 46, kan begrunde en national lovgivning, som fastsætter en særordning for udenlandske statsborgere, som de omtvistede, der forbeholder en særlig ordning for tjenesteydelsesvirksomheder, der er etableret i en anden medlemsstat end Østrig, og som har til hensigt at udstationere tredjelandsstatsborgere på det nationale område.

27 — Jf. bl.a. forslag til afgørelse fra generaladvokat Jacobs i Danner-dommen. Denne foreslog, at der ikke skulle tages hensyn til den diskriminerende karakter af en national ordning på tidspunktet for undersøgelsen af de påberåbte begrundelser, men på tidspunktet forud for undersøgelsen af hvorvidt proportionalitetsprincippet er opfyldt i henseende til den pågældende begrundelse, idet han præciserede, at »under alle omstændigheder er det så meget mindre sandsynligt, at foranstaltningen opfylder proportionalitetsprincippet, jo mere diskriminerende den er« (punkt 40).

57. Under alle omstændigheder — selv om Domstolen måtte træffe en anden afgørelse i denne sag — mener jeg, at der må drages samme konklusion, nemlig at Republikken Østrig har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 49 EF. Dette skal jeg begrunde ved en undersøgelse af den pågældende begrænsning med baggrund i de mål, som Østrig foregiver at forfølge, nemlig beskyttelse af arbejdstagerne på den ene side og opretholdelse af stabiliteten på arbejdsmarkedet på den anden side.

e) Begrænsningens eventuelle begrundelse baseret på hensyn til beskyttelse af arbejdstagerne og opretholdelse af stabiliteten på arbejdsmarkedet

58. I denne henseende skal jeg i vidt omfang henvise til den gennemgang, der blev foretaget i den nævnte dom i sagen Kommissionen mod Luxembourg, afsagt et par måneder efter nærværende sag blev anlagt.

59. Jeg finder det derfor hensigtsmæssigt at henvise til indholdet af den pågældende dom (der fuldt ud blev stadfæstet i den nylige dom i nævnte sag i Kommissionen mod Tyskland), inden jeg præcist skal vurdere, hvilke følger der bør drages heraf for denne sag.

i) Den nævnte dom i sagen Kommissionen mod Luxembourg

60. I nævnte dom i sagen Kommissionen mod Luxembourg undersøgte Domstolen, hvorvidt en national ordning, som hovedsageligt var identisk med ordningen i denne sag, var forenelig med traktatbestemmelserne om den frie udveksling af tjenesteydelser. Denne ordning krævede nærmere bestemt, at en virksomhed, etableret på det nationale område eller i en anden medlemsstat, der ønskede at udstationere tredjelandsstatsborgere, skulle opnå en individuel eller kollektiv arbejdstilladelse, hvis udstedelse af de luxembourgske myndigheder afhang af hensyn, der bl.a. havde tilknytning til arbejdsmarkedet, og som var betinget af, at der forelå en kontrakt om tidsubegrænset ansættelse, samt af forudgående beskæftigelse hos denne samme tjenesteyder i mindst seks måneder.

61. Domstolen fastslog, at denne nationale ordning udgjorde en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser, der ikke stod i rimeligt forhold til de angivne forfulgte mål, hverken målet om at beskytte arbejdstagerne eller målet om at opretholde stabilitet på arbejdsmarkedet.

62. Hvad angår det tvingende almene hensyn om at beskytte arbejdstagerne, fastslog Domstolen, at i henhold til retspraksis »[er] fællesskabsretten ikke til hinder for, at medlemsstaterne lader deres lovgivning [...] 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 [...] 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« [28].

63. Ifølge Domstolen udgør forpligtelsen til at opnå en arbejdstilladelse imidlertid ikke et passende middel til at sikre en beskyttelse af arbejdstagerne. Beviset herpå er, at »forpligtelsen for en virksomhed, der leverer tjenesteydelser, til på forhånd at give de lokale myndigheder meddelelse om tilstedeværelsen af en eller flere udstationerede arbejdstagere, den påtænkte periode for denne tilstedeværelse og den eller de tjenesteydelser, der begrunder udstationeringen, er imidlertid en foranstaltning, der er lige så effektiv og mindre indgribende end det omhandlede krav« [29]. »Herved er det muligt for myndighederne at kontrollere overholdelsen af den [nationale] sociallovgivning i

28 — Præmis 29 i dommen i sagen Kommissionen mod Luxembourg, gentaget i præmis 44 i dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland. Direktiv 96/71 udgør en forlængelse af hovedparten af den retspraksis, der henvises til i nævnte præmis 29. Jf. i denne retning artikel 3, stk. 1 og 7, i direktivet, der, som allerede nævnt, pålægger medlemsstaterne at sørge for, at de virksomheder der præsterer tjenesteydelsen, uanset hvilken lovgivning der finder anvendelse på ansættelsesforholdet, sikrer de arbejdstagere, der er udstationeret, de arbejds- og ansættelsesvilkår, der er gældende på dette område, med forbehold for anvendelse af de mest favorable vilkår på disse.

29 — Præmis 31 i dommen i sagen Kommissionen mod Luxembourg, gentaget i præmis 45 i dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland.

udstationeringsperioden under hensyntagen til de forpligtelser, som virksomheden allerede er pålagt i medfør af socialretten i oprindelsesmedlemsstaten« [30].

64. Domstolen tilføjede, at kravet om udstedelse af en kollektiv arbejdstilladelse, hvorefter der skal foreligge tidsubegrænsede ansættelseskontrakter, der mindst seks måneder før udstationeringen til Luxembourg knytter de pågældende arbejdstagere til deres oprindelige virksomhed, går videre, end hvad der kan kræves af hensynet til den sociale beskyttelse. Domstolen baserede sig på de tre følgende begrundelser.

65. For det første »[kan] dette krav [...] i betydelig grad komplicere udstationeringen til Luxembourg af arbejdstagere fra tredjelande med henblik på levering af tjenesteydelser inden for de sektorer, hvor der som følge af den særlige karakter af den omhandlede virksomhed ofte benyttes kortvarige kontrakter eller fastlagte ydelser« [31].

66. For det andet »berører det omhandlede krav [...] situationen for nyligt oprettede virksomheder, der ønsker at levere en tjenesteydelse i Luxembourg ved at ansætte arbejdstagere fra et tredjeland« [32].

67. For det tredje »tages [der] ved kravet i øvrigt ikke hensyn til de sociale foranstaltninger, som den virksomhed, der påtænker at foretage en udstationering, er pålagt i oprindelsesstaten, navnlig med hensyn til arbejdsvilkår og aflønning, i medfør af den pågældende medlemsstats lovgivning eller en eventuel samarbejdsaftale indgået mellem Det Europæiske Fællesskab og det pågældende tredjeland, og hvis anvendelse kan udelukke, at der består nogen nævneværdig risiko for en udnyttelse af arbejdstagerne og for en fordrejning af konkurrencen mellem virksomheder« [33].

68. Domstolen fastslog, at hverken kravet om en arbejdstilladelse eller det deraf følgende krav om, at arbejdsforholdet mellem de udstationerede arbejdstagere og deres arbejdsgiver har været af en bestemt varighed eller er fast, udgør passende foranstaltninger til at forfølge hensynet om en beskyttelse af arbejdstagerne.

69. Ifølge Domstolen gør det samme sig gældende hvad angår formålet om at forebygge en destabilisering af det lokale arbejdsmarked på grund af en øgning af arbejdstagere, der er tredjelandsstatsborgere.

70. Domstolen fastslog, »at selv om hensynet til at undgå forstyrrelser på arbejdsmarkedet er et tvingende alment hensyn [...] sker udstationering til en anden medlemsstat med henblik på at levere tjenesteydelser dér

30 — Idem.

31 — Præmis 33.

32 — Præmis 34.

33 — Præmis 35.

af arbejdstagere, der er beskæftiget i en virksomhed, som er etableret i én medlemsstat, imidlertid ikke med det formål at få adgang til arbejdsmarkedet i denne anden medlemsstat, idet arbejdstagerne vender tilbage til deres hjem- eller bopælsland efter udførelsen af arbejdet« [34].

71. Domstolen har imidlertid allerede fastslået, »at en medlemsstat kan kontrollere, at en virksomhed, der er etableret i en anden medlemsstat, og som på medlemsstatens område udstationerer arbejdstagere fra et tredjeland, ikke benytter sig af den frie udveksling af tjenesteydelser med et andet formål end at udføre den pågældende ydelse, f.eks. i form af, at den medbringer sit personale med henblik på at formidle beskæftigelse eller stille arbejdstagerne til rådighed for andre [...] [med forbehold for, at] kontrollen hermed imidlertid ikke [må] gå ud over de grænser, som fællesskabsretten afstikker, herunder navnlig de grænser, der følger af retten til fri udveksling af tjenesteydelser, som ikke må undergraves, og hvis udøvelse ikke af myndighederne kan underlægges betingelser fastsat efter disses frie skøn« [35].

72. Ifølge Domstolen går den pågældende luxembourgske lovgivning ud over de i fællesskabsretten fastsatte grænser på to punkter. For det første »kan nødvendigheden af at opnå en arbejdstilladelse i det foreliggende tilfælde som følge af de formaliteter og frister, som det indebærer, hæmme den frie udveksling af tjenesteydelser på det luxembourgske område ved hjælp af udstationerede arbejdstagere fra et tredjeland«, således at en sådan grundlæggende frihed bliver illusorisk [36]. For det andet underkastes udøvelsen af denne frihed de lokale myndigheders skøn, eftersom den er betinget af, at sidstnævnte udsteder en arbejdstilladelse, der forbliver en undtagelse og afhænger af situationen på arbejdsmarkedet, således som denne vurderes af den nævnte myndighed.

73. Hvad angår kravet om, at arbejdsforholdet mellem de pågældende arbejdstagere og deres oprindelige virksomhed har været af en bestemt varighed eller er fast (som udstedelsen af en arbejdstilladelse er betinget af), fastslog Domstolen, at dette krav er uforholdsmæssigt i henseende til formålet om at sikre sig, at arbejdstagerne vender tilbage til oprindelsesmedlemsstaten ved udstationeringens udløb.

74. Ifølge Domstolen »[giver] forpligtelsen for en virksomhed, der leverer tjenesteydelser, til at give de lokale myndigheder oplysninger, der attesterer, at de pågældende arbejdstagere opfylder de gældende retsforskrifter navnlig med hensyn til bopæl, arbejdstilladelse og social dækning i den medlemsstat, hvor denne virksomhed har ansat dem, nemlig på en mindre indgribende og lige så effektiv måde som de omhandlede krav, de pågældende myndigheder sikkerhed for lovmæssigheden af disse arbejdstageres situation og den omstændighed, at disse udøver deres hovedaktivitet i den medlemsstat, hvor den virksomhed, der leverer

34 — Præmis 38, hvori der henvises til dom af 27.3.1990, sag C-113/89, Rush Portuguesa, Sml. I, s. 1417, præmis 13 og 15, samt til Vander Elst-dommen (præmis 21) og dommen i sagen Finalarte m.fl. (præmis 22).

35 — Præmis 30 og 40, hvori der henvises til Rush Portuguesa-dommen, præmis 17.

36 — Præmis 41.

tjenesteydelser, er etableret« [37]. Domstolen tilføjede, at »sammenholdt med de oplysninger, som denne virksomhed meddeler vedrørende den påtænkte periode for udstationeringen [...], gør disse angivelser det muligt for de luxembourgske myndigheder i givet fald at træffe de nødvendige foranstaltninger ved denne periodes udløb« [38].

75. Domstolen udledte heraf, at hverken kravet om en arbejdstilladelse eller kravet om at arbejdsforholdet mellem de arbejdstagere, der skal udstationeres, og deres oprindelige arbejdsgiver har været af en bestemt varighed eller er fast er forholdsmæssige i henseende til at forfølge formålet om at forebygge en destabilisering af det lokale arbejdsmarked.

76. Domstolen nåede derfor til samme konklusion, som den nåede til i relation til målet om beskyttelse af arbejdstagerne. Domstolen fastslog, at Storhertugdømmet Luxembourg havde tilsidesat sine forpligtelser i henhold artikel 49 EF.

ii) Konsekvenserne af den nævnte dom i sagen Kommissionen mod Luxembourg

77. Såfremt Domstolen i denne sag måtte undersøge den gældende nationale lovgivning ud fra tvingende hensyn af almen interesse, såsom hensynet til beskyttelse af arbejdstagerne eller opretholdelse af stabiliteten på arbejdsmarkedet, vil denne retspraksis i stort omfang kunne overføres. De konsekvenser, der skal drages heraf, vil være følgende: Hverken kravet om en bekræftelse af udstationering inden for EU eller de dertil knyttede betingelser står i et rimeligt forhold til målet om social beskyttelse eller formålet med at forebygge en destabilisering af arbejdsmarkedet, hvoraf følger, at Republikken Østrig har tilsidesat sine forpligtelser i medfør af artikel 49 EF.

78. Det kan til og med antages, at det, der gælder for den pågældende luxembourgske lovgivning, i endnu større grad gælder for den omtvistede østrigske lovgivning.

79. De i den østrigske lovgivning fastsatte krav til udstedelsen af den pågældende forudgående tilladelse er nemlig på flere punkter endnu strengere end de krav, der er fastsat i den luxembourgske lovgivning.

80. Først og fremmest gælder kravet om en ansættelseskontrakt på ubestemt tid samt kravet om en vis beskæftigelsesperiode forud for udstationeringen af de pågældende arbejdstagere systematisk i østrigsk ret, mens disse krav i luxembourgsk lovgivning kun kræves opfyldt, såfremt der ansøges om en

37 — Præmis 46, uddybet i præmis 41 i dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland.

38 — Idem.

kollektiv arbejdstilladelse, og ikke hvis der ansøges om en individuel arbejdstilladelse.

81. Endvidere er anciennitetskravet som fastsat i den østrigske lovgivning, selv om det ikke kumuleres med kravet om en ansættelseskontrakt på ubestemt tid, endnu strengere end kravet i den luxembourgske lovgivning, hvor den krævede anciennitet kun var på seks måneder og ikke et år [39].

82. I modsætning til den nævnte sag i Kommissionen mod Luxembourg stiller den foreliggende nationale lovgivning et yderligere krav, der består i, at de pågældende arbejdstagere systematisk skal underlægges de østrigske løn- og arbejdsvilkår i udstationeringens varighed. Ved dette yderligere krav hindres i højere grad udstationeringen af arbejdstagere for en virksomhed, som er etableret i en anden medlemsstat, og derved dennes præstation af tjenesteydelser. Endvidere er det nævnte krav uforholdsmæssigt i henseende til målet om social beskyttelse, når det på den ene side knytter sig til en ordning om forudgående administrativ tilladelse, og på den anden side udgør et systematisk krav, således at der ikke tages hensyn til den beskyttelse, som de pågældende arbejdstagere nyder i den medlemsstat, hvor den tjenesteydelsesvirksomhed, de er ansat i, er etableret [40].

83. Som Kommissionen har fremhævet, er tjenesteydelsesvirksomheden endvidere allerede forpligtet til, ved en forudgående anmeldelse, at oplyse de nationale myndigheder om forskellige elementer, såsom den løn, arbejdstageren skal betales i løbet af udstationeringen [41]. Denne formalitet, som blev indført i forbindelse med gennemførelsen af det nævnte direktiv, og som Kommissionen ikke har anfægtet, bidrager i væsentligt omfang til, i givet fald, at sikre en overholdelse af de løn- og arbejdsvilkår, der gælder på det nationale område, bl.a. ved at lette kontrollen, der eventuelt kan foretages på stedet af de kompetente myndigheder i løbet af udstationeringsperioden, som anført i den nævnte anmeldelse. At kræve at tjenesteydelsesvirksomheden, i forbindelse med en administrativ procedure om forudgående tilladelse, endvidere systematisk skal bevise, at de nævnte krav overholdes i en fremtidig udstationering, går ud over, hvad der er nødvendigt for at sikre den sociale beskyttelse.

39 — Dette fremhævede generaladvokat Geelhoed i punkt 34 i sit forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Tyskland, i forbindelse med et sådant krav om et års anciennitet for de pågældende arbejdstagere i den oprindelige virksomhed, idet han præciserede, at der ikke blev opstillet noget som helst krav — kumulativt eller alternativt — om indgåelse af en ansættelseskontrakt på ubestemt tid.

40 — Jf. i denne retning præmis 29 i dommen i sagen Kommissionen mod Luxembourg, nævnt i punkt 62 ovenfor. Det omtvistede krav går ligeledes videre end bestemmelserne i direktiv 96/71 om social beskyttelse, eftersom det ikke kun har en systematisk karakter og således udelukker anvendelsen af mere gunstige vilkår for arbejdstagerne, som gælder i oprindelsesmedlemsstaten, i strid med artikel 3, stk. 7, i dette direktiv, men kravet udgør desuden en del af en forudgående administrativ tilladelse, hvilket ikke er et passende middel i henhold til direktivet, til at sikre en overholdelse af de pågældende løn- og ansættelsesvilkår.

41 — Jf. punkt 11 og fodnote 6 ovenfor.

84. Jeg udleder heraf, at hvis Domstolen måtte undersøge den nationale lovgivning ud fra hensynene til social beskyttelse eller opretholdelse af stabiliteten på arbejdsmarkedet, kan den kun nå til den konklusion, at Republikken Østrig har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 49 EF.

85. I modsætning til det af den østrigske regering anførte, mener jeg ikke, at det har nogen betydning, at de lokale myndigheder, til forskel fra hvad der var tilfældet med den nationale lovgivning i den nævnte dom i Kommissionen mod Luxembourg, ikke har nogen skønsmæssig beføjelse ved udstedelsen af de omtvistede arbejdstilladelser [42], dvs. at udstedelsen ikke afhænger af kriterier vedrørende situationen på arbejdsmarkedet, men kun af en objektiv undersøgelse af, om kravene om arbejdsforholdets varighed og om der er tale om en fastansættelse, og om de pågældende arbejdstagere i løbet af deres udstationering er underlagt de løn-, arbejds- og socialsikringsvilkår, der gælder på det nationale område, er opfyldt.

86. Selv om det antages, som den østrigske regering har gjort gældende, at indførelsen af proceduren for bekræftelse af udstationering inden for EU opfylder ønsket om at kontrollere, at den virksomhed, der er etableret i en anden medlemsstat, og som udstationerer tredjelandsstatsborgere i Østrig, ikke udnytter retten til fri udveksling af tjenesteydelser med andet mål for øje end at fuldføre den pågældende tjenesteydelse, som f.eks. at udsende sine ansatte med henblik på at stille dem til rådighed på arbejdsmarkedet, er, hvilket Domstolen fastslog i præmis 40 i den nævnte dom i Kommissionen mod Luxembourg, en sådan kontrol kun mulig med henblik på at undgå en destabilisering af det lokale arbejdsmarked, hvis den ikke går ud over de grænser, som fællesskabsretten afstikker, herunder navnlig de grænser, der følger af retten til fri udveksling af tjenesteydelser.

87. Domstolen har imidlertid fastslået en dobbelt begrænsning af denne type kontrol. Den ene hindrer, at udøvelsen af den frie udveksling af tjenesteydelser underlægges myndighedens skønsbeføjelse. Den anden hindrer, at den i traktaten sikrede grundlæggende frihed gøres illusorisk. For at den pågældende kontrol kan tillades, er det derfor ikke tilstrækkeligt, at den fratages enhver skønsmæssig karakter. Den må endvidere ikke gøre den frie udveksling af tjenesteydelser illusorisk. Efter min opfattelse er dette netop tilfældet med den kontrol, der gennemføres i forbindelse med proceduren for bekræftelse af udstationering inden for EU.

88. Jeg skal bemærke, at Domstolen i præmis 41 i den nævnte dom i Kommissionen mod Luxembourg fastslog, at »nødvendigheden af at opnå en arbejdstilladelse i det foreliggende tilfælde som følge af de formaliteter og frister, som det indebærer, [kan] hæmme den frie udveksling af tjeneste-

42 — Jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 33.

ydelser på det [nationale] område ved hjælp af udstationerede arbejdstagere fra et tredjeland«.

89. Denne konstatering vedrørende den pågældende luxembourgske lovgivning gælder ligeledes for den omtvistede østrigske lovgivning, henset til at de formaliteter og frister, der er knyttet til proceduren for bekræftelse af udstationering inden for EU som allerede anført udgør en procedure med henblik på at opnå en arbejdstilladelse [43]. Som Kommissionen har nævnt, indebærer sådanne hindringer, at udstationeringen bliver illusorisk, og følgelig bliver den frie udveksling af tjenesteydelser illusorisk, i særdeleshed inden for de erhvervssektorer, hvor der skal ske en præcis og hurtig, eventuelt uopsættelig, udførelse.

90. Dette gælder i endnu højere grad, når udstedelsen af en sådan arbejdstilladelse bl.a. er betinget af, at der indgås en ansættelseskontrakt på ubestemt tid, eller at de arbejdstagere, der skal udsendes, har haft mindst et års beskæftigelse hos den pågældende virksomhed. Sådanne betingelser, selv om de blot er alternative og ikke kumulative (som dem, der fastsættes i den forordning, der er omhandlet i den nævnte dom i Kommissionen mod Luxembourg), kan ligeledes gøre den frie udveksling af tjenesteydelser illusorisk i visse erhvervssektorer, såsom bygge- og edb-sektoren, hvor der, som Kommissionen nævner, ofte benyttes kortvarige kontrakter eller kontrakter om en specifik præstation, således at det er lidet sandsynligt, at den ene eller den anden af disse betingelser er opfyldt, især i det tilfælde, hvor virksomhederne, der ønsker at foretage en udstationering, er nyoprettede og således ikke har andre muligheder end at indgå aftaler på ubestemt tid (da de i dette tilfælde ikke kan gøre gældende, at de pågældende arbejdstagere har været ansat i mere end et år).

91. Jeg skal derfor fastslå, at kravet om, at ansættelsesforholdet mellem de pågældende arbejdstagere og tjenesteydelsesvirksomheden skal have bestået i en vis tid eller være indgået på ubestemt tid, ikke står i rimeligt forhold til formålet om at sikre, at de nævnte arbejdstagere vender tilbage til oprindelsesmedlemsstaten ved afslutningen af deres udstationering med henblik på at sikre stabiliteten på arbejdsmarkedet [44].

92. Jeg mener ikke, at den nævnte Vander Elst-dom, som den østrigske regering har henvist til, er til hinder for en sådan konklusion. I den pågældende dom har Domstolen ganske vist hovedsageligt, som den forelæggende ret foreslog, baseret sig på den omstændighed, at de pågældende

43 — Jf. punkt 7 og 8 samt punkt 34-36 ovenfor.

44 — Jeg skal henvise til præmis 45 og 46 i dommen i sagen Kommissionen mod Luxembourg, hvori opregnes mindre indgribende og lige så effektive foranstaltninger som de pågældende krav. I øvrigt skal jeg bemærke, at lignende foranstaltninger er fastsat af AVRAG (jf. punkt 11 og 83 ovenfor).

marokkanske arbejdstagere arbejdede lovligt og permanent for den belgiske tjenesteydelsesvirksomhed med henblik på at tilbagebevise de indvendinger, som den franske regering fremsatte om forebyggelse af en destabilisering af arbejdsmarkedet og beskytte arbejdstagerne, for at begrunde, at udstationering af de pågældende arbejdstagere måtte betinges af opnåelsen af en arbejdstilladelse udstedt af de franske myndigheder. Det er imidlertid overdrevent at udlede heraf, ud fra den modsætningsslutning, som den østrigske regering har fremført, at under andre omstændigheder end dem, der udtrykkeligt fremgår af den nævnte Vander Elst-dom, vil kravet om en arbejdstilladelse, hvis udstedelse betinges af et krav om, at der foreligger et lovligt og fast arbejdsforhold, som det der fastsættes i den omtvistede østrigske lovgivning, være lovligt. De nævnte domme i sagerne Kommissionen mod Luxembourg og Kommissionen mod Tyskland afkræfter udtrykkeligt denne opfattelse [45].

93. Det fremgår af det anførte, at henset til den nævnte dom i sagen Kommissionen mod Luxembourg (som blev bekræftet af den nævnte dom i sagen Kommissionen mod Tyskland), er det åbenbart, at den omtvistede nationale lovgivning udgør en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser, der ikke står i rimeligt forhold til hverken målet om at beskytte arbejdstagerne eller målet om at sikre stabilitet på arbejdsmarkedet.

45 — I præmis 55 i dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland har Domstolen fremhævet, at den »ikke har forsynet begrebet »lovlig og fast beskæftigelse« med en betingelse om bopæl eller om ansættelse af en vis varighed i den medlemsstat, hvori den tjenesteydende virksomhed er etableret«.

94. Uanset om Domstolen undersøger den nævnte lovgivning i forhold til disse formål eller i forhold til beskyttelsen af den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed, bliver resultatet det samme: Republikken Østrig har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 49 EF.

95. Derfor mener jeg, at det første klagepunkt under alle omstændigheder er begrundet.

B — *Andet klagepunkt om, at det er umuligt for en udstationeret tredjelandsstatsborger at lovliggøre sin indrejse og sit ophold, når først han er indrejst på det nationale område*

1. Parternes argumenter

96. Med det andet klagepunkt gør Kommissionen gældende, at Republikken Østrig ligeledes har tilsidesat artikel 49 EF ved systematisk at nægte udstedelse af en indrejse- eller opholdstilladelse til en tredjelandsstatsborger, der er udstationeret af en virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat, når denne statsborger er indrejst i landet uden visum, således at dennes situation i intet tilfælde kan lovliggøres på stedet.

97. Til støtte for dette klagepunkt har Kommissionen anført, at en sådan automatisk nægtelse, der medfører en automatisk udvisning fra landet, udgør en hindring for udstationeringen af tredjelandsstatsborgere, og følgelig en hindring for leveringen af tjenesteydelser for den virksomhed, der ønsker at udstationere disse. Selv om det formodes, at denne hindring af den frie udveksling af tjenesteydelser tilgodeser et mål af almen interesse, hvilket Kommissionen betvivler, vil hindringen være uforholdsmæssig, for så vidt som den vedrører arbejdstagere, der er tredjelandsstatsborgere, og som opholder sig lovligt i den medlemsstat, hvor tjenesteydelsesvirksomheden har hjemsted, og hvortil de har til hensigt at vende tilbage efter udstationeringens afslutning. I denne henseende har Kommissionen henvist til dom af 25. juli 2002, MRAX [46], om tredjelandsstatsborgere, der er ægtefæller til statsborgere i medlemsstater, og anført, at udstedelsen af en opholdstilladelse til en udstationeret arbejdstager, der er tredjelandsstatsborger, blot er en konstatering af en allerede eksisterende ret og ikke udgør en ny rettighed, hvorfor en beslutning om afvisning på opholdstilladelse, så meget desto mere en udvisningsforanstaltning, der alene er begrundet i en manglende opfyldelse af retslige formaliteter om kontrol af udlændinge, er uforholdsmæssige.

98. Den østrigske regering erkender, at nægtelsen af at udstede en opholdstilladelse, indeholdt i § 10, stk. 1, punkt 3, i FrG, kan hindre en tjenesteydelsesvirksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat i at udstationere arbejdstagere fra tredjelande, medmindre virksomhedens hjemstat er med i Schengen-aftalen, da forbuddet i dette tilfælde ikke gælder. Derimod bestrider regeringen, at det pågældende forbud er uforholdsmæssigt. For at sikre den offentlige orden og den offentlige sikkerhed skal en visumansøgning være indgivet før indrejse på det nationale område. At tillade, at der udstedes visum på stedet ville medføre, at de nationale myndigheder mistede deres ret til at afvise at give visum til en person, der kan være til fare for den offentlige orden eller den offentlige sikkerhed.

2. Vurdering

99. Indledningsvis skal jeg bemærke, at indtil nu er betingelserne for tredjelandsstatsborgeres indrejse til og ophold i en medlemsstat, i forbindelse med en udstationering fra en tjenesteydelsesvirksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat, ikke harmoniseret på fællesskabsniveau.

100. Direktiv 96/71 indeholder ingen bestemmelse herom. I øvrigt fremgår det af dets tyvende betragtning, at »dette direktiv berører hverken [...] nationale love, der

46 — Sag C-459/99, Sml. I, s. 6591, præmis 74.

vedrører indrejse, bopæl og adgang til beskæftigelse for arbejdstagere fra tredjelande«.

101. Selv om direktivforslaget af 1999 om betingelserne for udstationering af arbejdstagere fra tredjelande i forbindelse med grænseoverskridende tjenesteydelser fastsatte regler for betingelserne for indrejse og ophold for de nævnte arbejdstagere, blev direktivet i sidste ende, som allerede nævnt, ikke vedtaget [47].

102. Det følger heraf, at traktatbestemmelserne om den frie udveksling af tjenesteydelser rent faktisk skal anvendes på de betingelser om indrejse til og ophold i den medlemsstat, hvor udstationeringen skal finde sted, der gælder for arbejdstagere, som er tredjelandsstatsborgere, og som udstationeres af en tjenesteydelsesvirksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat.

103. Jeg skal fastslå, at ved systematisk at nægte udstedelse af en indrejse eller opholdstilladelse til en arbejdstager fra et tredjeland, der er udstationeret af en virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat, når den nævnte statsborger er indrejst på det nationale område uden visum, hindrer den pågældende nationale lovgivning udstationeringen af sådanne arbejdstagere, og følgelig denne virksomheds levering af tjenesteydelser.

104. Ved således at udelukke enhver mulighed for at lovliggøre den pågældende arbejdstagers situation på stedet udsætter den nævnte lovgivning sidstnævnte for en risiko for at blive udvist fra det nationale område, eller lovgivningen indebærer dennes automatiske udvisning samt eventuelt et forbud mod at vende tilbage til eller opholde sig på området. Et sådant perspektiv skader i vidt omfang gennemførelsen af den påtænkte udstationeringsopgave.

105. For at undgå sådanne vanskeligheder har tjenesteydelsesvirksomheden ikke andre muligheder end at sikre sig, at hver berørt arbejdstager har søgt om og fået et visum, før

47 — Jf. punkt 27 ovenfor. Hensigten med direktivforslaget var at indføre et dokument benævnt »EF-tjenesteydelseskort«, gyldigt i en vis periode og som skulle fornyes med henblik på at lette udstationeringen. Der var tale om, at myndighederne i den medlemsstat, hvor tjenesteyderen var etableret, skulle udstede et sådant dokument til sidstnævnte på dennes anmodning, når denne havde til hensigt at foretage en udstationering, og når den arbejdstager, der skulle udstationeres, opholdt sig lovligt på denne medlemsstats område. Derimod fremgår det af artikel 3, stk. 1, i det nævnte forslag, at »enhver medlemsstat, hvor der leveres en tjenesteydelse, tillader en arbejdstager fra et tredjeland at rejse ind på eller tage ophold på sit område med henblik på leveringen af en eller flere tjenesteydelser, hvis denne person er i besiddelse af et EF-tjenesteydelseskort og et identitetskort eller et pas, der er gyldigt i den periode, hvor tjenesteydelserne leveres«. I overensstemmelse hermed fastslås det i samme forslags artikel 3, stk. 2, litra a) og b), at i princippet kan »ingen medlemsstat, hvor en tjenesteydelse leveres, [...] pålægge en udstationeret arbejdstager eller en tjenesteyder i egenskab af arbejdsgiver at indhente a) indrejse- eller udrejsevisum (og) b) opholdsbevis eller -tilladelse [...]«. Imidlertid tillader artikel 4, stk. 2, i det nævnte forslag, at medlemsstaterne fraviger bestemmelserne i det pågældende direktiv, når det er begrundet i hensyn til den offentlige orden, sikkerhed og sundhed, på en måde, der er sammenlignelig med den, der opstilles i Rådets direktiv 64/221/EØF af 25. februar 1964 om samordning af de særlige foranstaltninger, som gælder for udlændinge med hensyn til rejse og ophold, og som er begrundet i hensynet til den offentlige orden, sikkerhed og sundhed, EFT 1963-1964 s. 109 (der gælder for statsborgere fra medlemsstaterne).

den foretager udstationering. Men som Kommissionen har anført, uden at den på overbevisende måde bliver modsagt af den østrigske regering, er udstedelsen af et visum i princippet ligeledes betinget navnlig af opnåelsen af en bekræftelse af udstationering inden for EU [48], der, som allerede anført, kan tage op til seks uger at regne fra modtagelsen af den krævede forudgående anmodning [49]. At betinge udstedelsen af et visum af opnåelsen af den nævnte bekræftelse forstærker ligeledes den restriktive virkning af forbuddet mod enhver lovliggørelse på stedet.

106. Det er i øvrigt netop for at undgå sådanne hindringer, at man med direktivforslaget af 1999, som allerede nævnt, ville forbyde enhver medlemsstat, i hvilken en given tjenesteydelse fandt sted, at pålægge den udstationerede arbejdstager eller tjenesteyder i egenskab af arbejdsgiver at opnå en hvilken som helst indrejse- eller opholdstilladelse (medmindre den samlede varighed af tjenesteydelsen eller tjenesteydelserne overstiger seks måneder i løbet af en tolvmåneders periode) [50].

107. Selv om en sådan hindring af den frie udveksling af tjenesteydelser kan begrundes i hensyn til den offentlige orden eller den offentlige sikkerhed, overstiger den efter min opfattelse ikke desto mindre, hvad der kan kræves ud fra disse mål.

108. Jeg skal bemærke, at i henhold til fast retspraksis [51] kan disse begrundelser kun påberåbes i tilfælde af, at der foreligger en virkelig og tilstrækkeligt alvorlig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn.

109. Forbuddet i den pågældende ordning om at forbyde udstedelse af en indrejse- eller opholdstilladelse finder automatisk anvendelse, så snart en udstationeret arbejdstager, der er tredjelandsstatsborger, rejser ind på det nationale område uden det påkrævede visum. Efter min opfattelse er en overtrædelse af visumkravet, uanset hvor strafbar

48 — En forholdsvis lignende ordning er fastsat i den nationale ordning, der blev anfægtet i dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland. I henhold til denne ordning er udstationeringen i Tyskland af tredjelandsstatsborgere, der udsendes af en tjenesteydelsesvirksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat, betinget af, at der udstedes en opholdstilladelse, der har form af et visum, der igen er betinget af, at flere betingelser er opfyldt, bl.a. at den pågældende arbejdstager har været ansat i mindst et år i den virksomhed, der er ansvarlig for udstationeringen (hvilket ligner en af de betingelser som udstedelsen af en bekræftelse af udstationering inden for EU er betinget af i Østrig).

49 — Jf. punkt 36 ovenfor.

50 — Dette direktivforslag er baseret på en konstatering af, som det fremhæves i dets fjerde betragtning, at »tjenesteydere, som ønsker at udstationere en arbejdstager, der er statsborger i et tredjeland, støder på vanskeligheder i et sådant omfang, at de ofte er nødsaget til at afstå fra at levere tjenesteydelsen eller må tage betragtelige forsinkelser med i købet«.

51 — Jf. punkt 53 ovenfor.

den måtte være [52], ikke tilstrækkelig til at begrunde forekomsten af en virkelig og tilstrækkeligt alvorlig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn [53] og kan derfor ikke begrunde det omtvistede forbud samt de foranstaltninger, der kan følge heraf (udvisning og forbud mod indrejse og ophold i landet). Det følger heraf, at det pågældende forbud henset til dets automatiske karakter er uforholdsmæssigt i forhold til formålet om at beskytte den offentlige orden eller den offentlige sikkerhed.

110. Dette gælder i endnu højere grad, eftersom hensigten med det nævnte forbud er, at det skal finde anvendelse, selv når den pågældende arbejdstager opholder sig lovligt i den medlemsstat, hvorfra han udsendes, eller når han er i besiddelse af en bekræftelse af udstationering inden for EU (hvilket som allerede set forudsætter, at tjenesteydelsesvirksomheden allerede opfylder yderst indgribende krav), skønt nævnte arbejdstager netop under sådanne omstændigheder langt fra udgør en trussel mod den offentlige orden eller sikkerhed i den i Domstolens praksis omhandlede betydning, men der derimod består reelle garantier for, at han vender tilbage til oprindelsesmedlemsstaten, når arbejdet er udført.

111. Hovedparten af de medlemsstater, hvor udstationeringen fra en virksomhed, der har hjemsted i en anden medlemsstat, af arbejdstagere fra tredjelande betinges af udstedelsen af en indrejse- eller opholdstilladelse, straffer så vidt jeg ved ikke en ulovlig indrejse med en automatisk afvisning af at lovliggøre arbejdstagernes situation på stedet [54]. Disse oplysninger af komparativ karakter styrker min opfattelse af, at det pågældende forbud går ud over, hvad der er nødvendigt for at sikre den offentlige orden eller den offentlige sikkerhed.

112. Denne vurdering kan ikke ændres af den omstændighed, at det omtvistede forbud, som den østrigske regering gør gældende, i princippet ikke kan gøres gældende over for arbejdstagere fra tredjelande, der i en vis periode er udstationeret af en virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat end Østrig, og som har en opholdstilladelse i den medlemsstat, hvorfra han er udsendt, når sidstnævnte medlemsstat er deltager i Schengen-aftalen, og navnlig kon-

52 — Det fremgår af fast retspraksis, at »fællesskabsretten ikke er til hinder for, at medlemsstaterne knytter sådanne passende sanktioner [...] som måtte være nødvendige for at sikre de nævnte reglers efterlevelse [...] forudsat at sanktionerne er forholdsmæssige«.

53 — Jf. i denne retning dom af 8.4.1976, sag 48/74, Royer, Sml. s. 497, præmis 47, samt MRAX-dommen, præmis 79.

54 — De eneste medlemsstater, der har en sådan sanktionsmulighed, er tilsyneladende Den Italienske Republik, Republikken Ungarn, Republikken Polen og Republikken Slovenien. Selv om der i princippet skal anmodes om visum forud for indrejsen i det pågældende land, sædvanligvis på konsulaterne i det land, hvor udlændingen har bopæl, findes der tilsyneladende ikke en sådan sanktionsmulighed i Kongeriget Belgien, Den Tjekkiske Republik, Kongeriget Danmark, Forbundsrepublikken Tyskland, Den Hellenske Republik, Den Franske Republik, Irland, Storhertugdømmet Luxembourg, Kongeriget Sverige og Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland. Endvidere tillader de belgiske, danske og franske myndigheder tilsyneladende en lovliggørelse på stedet.

ventionen om anvendelsen af Schengen-aftalen [55].

113. Ganske vist fastsætter artikel 21, stk. 1, i Schengen-konventionen, at »en udlænding, der er indehaver af en gyldig opholdstilladelse udstedt af en af de kontraherende parter samt et gyldigt rejsedokument, kan frit færdes på de øvrige kontraherende parters område i højst tre måneder, for så vidt de opfylder indrejsebetingelserne i artikel 5, stk. 1, litra a), c) og e) [56], og ikke er opført på den pågældende kontraherende parts nationale liste over uønskede personer«.

114. Det fremgår heraf, at arbejdstagere fra tredjelande i forhold til Fællesskabet, der udstationeres i Østrig, for en periode på højst tre måneder, af en tjenesteydelsesvirksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat, der er deltager i Schengen-konventionen, ikke er forpligtet til at opnå nogen som helst indrejse- eller opholdstilladelse af de østrigske myndigheder for at udføre deres opgave i forbindelse med den nævnte udstationering. Når de betingelser, der er fastsat i Schengen-konventionens artikel 21, stk. 1, er opfyldt, er det tilstrækkeligt, at de pågældende arbejdstagere har en opholdstilladelse fra myndighederne i den medlemsstat, hvorfra de udstationeres. Disse arbejdstagere undgår således pr. definition forbuddet om, at de østrigske myndigheder ikke må udstede en indrejse- eller opholdstilladelse, såfremt de er indrejst uden visum.

115. Uanset i hvilket omfang der gælder afvigelse fra forbuddet (der i øvrigt er betydeligt reduceret), har dette kun ringe betydning med hensyn til at vurdere, om den pågældende hindring er uforholdsmæssig, og dermed hvorvidt det andet klagepunkt er begrundet. Det fremgår af fast retspraksis, at der er tale om traktatbrud uanset overtrædelsens art eller grovhed [57].

116. Det bør derfor fastslås, at det andet klagepunkt er begrundet.

55 — Konventionen om gennemførelse af Schengen-aftalen af 14. juni 1985 mellem regeringerne for staterne i den økonomiske union Benelux, Forbundsrepublikken Tyskland og Den Franske Republik om gradvis ophævelse af kontrollen ved de fælles grænser, EFT 2000 L 239, s. 19, herefter »Schengen-konventionen«. Samtlige øvrige medlemsstater i EU har tiltrådt denne konvention, med undtagelse af Irland, Det Forenede Kongerige, Storbritannien og Nordirland og de nye medlemsstater (der tiltrådte EU i maj 2004).

56 — Det drejer sig om følgende betingelser: litra a) den pågældende skal være i besiddelse af et eller flere gyldige grænsepassagedokumenter, litra c) den pågældende skal om nødvendigt forelægge dokumentation for opholdets formål og nærmere omstændigheder og have de nødvendige midler til sit underhold både med hensyn til hele det påtænkte ophold og til hjemrejsen til hjemlandet eller til gennemrejsen til et tredjeland, hvor den pågældende er sikret indrejse, eller være i stand til på lovlig vis at erhverve sig disse midler; , litra e) den pågældende må ikke udgøre en trussel for en af de kontraherende parters offentlige orden, nationale sikkerhed eller internationale forbindelser.

57 — Jf. bl.a. for en nylig illustration, dom af 1.2.2001, sag C-333/99, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 1025, præmis 32.

IV — Forslag til afgørelse

117. Jeg foreslår derfor Domstolen at træffe følgende afgørelse:

1) Republikken Østrig har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 49 EF,

— idet den har vedtaget og opretholdt en ordning, der betinger udstationeringen af arbejdstagere fra tredjelande, der er udsendt af en virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat, af, at sidstnævnte opnår en såkaldt »bekræftelse af udstationering inden for EU«, hvis udstedelse af de kompetente østrigske myndigheder kræver, at to betingelser er opfyldt: for det første, at de pågældende arbejdstagere har haft mindst et års beskæftigelse i den nævnte virksomhed, eller at parterne har indgået en ansættelseskontrakt på ubestemt tid, og for det andet, at arbejdstagerne automatisk underlægges de løn- og arbejdsvilkår, der er gældende i Østrig, under den periode, udstationeringen varer

— idet den har vedtaget og opretholdt en ordning, der systematisk forbyder udstedelsen af en indrejse- eller opholdstilladelse til en tredjelandsstatsborger, der er udstationeret af en virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat, når den nævnte arbejdstager allerede er rejst ind i landet uden visum, således at sidstnævntes situation på ingen måde kan lovliggøres på stedet.

2) Republikken Østrig betaler sine egne omkostninger samt Kommissionen for De Europæiske Fællesskabers omkostninger.