FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT PHILIPPE LÉGER

föredraget den 23 februari 2006 [1]

1. Genom denna talan har Europeiska gemenskapernas kommission yrkat att domstolen skall fastställa att Republiken Österrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 49 EG genom att vid utstationering av arbetstagare som är medborgare i ett tredjeland, av ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat, kräva att detta företag erhåller en handling som betecknas "europeisk utstationeringsförklaring", vars utfärdande av de behöriga österrikiska myndigheterna fordrar att två kumulativa villkor är uppfyllda, dels att anställningsförhållandet mellan företaget i fråga och de berörda arbetstagarna har pågått en längre tid eller gäller varaktigt, dels att dessa arbetstagare lyder under gällande österrikisk arbetsrätt under hela den kommande utstationeringens varaktighet. Kommissionen har vidare yrkat att domstolen skall fastställa att denna medlemsstat har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter genom att förbjuda beviljandet av visering för inresa eller vistelse för en medborgare i ett tredjeland, som är utstationerad av ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat, när nämnda medborgare har rest in i landet utan visering.

I — Tillämpliga nationella bestämmelser

2. Den första anmärkningen som har gjorts gällande i förevarande talan är relativt jämförbar med den som domstolen undersökte i sin dom av den 21 oktober 2004 i målet kommissionen mot Luxemburg [2] och i sin dom av den 19 januari 2006 i målet kommissionen mot Tyskland, [3] medan den andra anmärkningen däremot förefaller ny, även om den har viss koppling till den som framfördes i det senare målet. Kommissionen har genom denna andra anmärkning önskat få fastställt huruvida en nationell lagstiftning, som har till syfte att säkerställa efterlevnaden av föreskrifterna om kontroll av inresa och vistelse för medborgare i ett tredjeland på en medlemsstats territorium, är förenlig med EG-fördragets bestämmelser om frihet att tillhandahålla tjänster.

3. I Österrike regleras utstationering på det nationella territoriet av arbetstagare som är

1 — Originalspråk: franska.

2 — C-445/03 (REG 2004, s. I-10191).

3 — C-244/04 (REG 2006, s. I-885).

medborgare i ett tredjeland, av ett företag i en annan medlemsstat, i lagen om anställning av utländska medborgare (Ausländerbeschäftigungsgesetz) (nedan kallad AuslBG)[4] och i lagen om anpassning av lagstiftningen avseende anställningsavtal (Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz) (nedan kallad AVRAG).[5]

4. I 18 § första stycket AuslBG anges principen enligt vilken det vid utstationering av utlänningar på det nationella territoriet, av ett företag som inte har sitt säte i Österrike, krävs att ett förhandstillstånd har lämnats. Flera undantag från denna princip föreskrivs till förmån för vissa företag eller verksamheter.

5. Bland dessa undantag finns det som anges i artikel 18 § tolfte stycket AuslBG (i ändrad lydelse efter en reform i kraft sedan den 1 januari 1998), för utstationering av medborgare i ett tredjeland av ett utländskt företag som har sitt säte i en annan EG-medlemsstat, i syfte att utföra en tjänst på österrikiskt territorium. I ett sådant fall gäller ett särskilt förfarande som betecknas "europeisk utstationeringsförklaring" och inte det allmänrättsliga förfarande för utstationering av utlänningar som, såsom jag har angett ovan, är ett tillståndsförfarande.

6. Det förfarande för europeisk utstationeringsförklaring som ifrågasätts i förevarande mål är utformat på följande sätt.

7. Inledningsvis åligger det företag som är etablerade i en annan medlemsstat än Österrike och som önskar genomföra en utstationering att göra en förhandsanmälan om detta till de behöriga nationella myndigheterna, det vill säga arbetsförmedlingens regionala kontor.

8. Sedan ankommer det på detta kontor att till det berörda företaget utfärda en handling som betecknas "europeisk utstationeringsförklaring", vilken beskrivs som ett intyg om att anmälan gjorts. För utfärdande av denna handling krävs att två kumulativa villkor skall vara uppfyllda. Det är fråga om följande villkor, vilka anges i artikel 18 § tredje stycket AuslBG.

9. För det första krävs det att "utlänningen arbetar för det företag som han skall utstationeras av på lagenligt och stadigvarande vis sedan minst ett år i det land där företaget har sitt säte, eller [har] ingått ett avtal om tillsvidareanställning med detta företag, och innehar de arbetstillstånd som fordras för medborgare i ett tredjeland i det land från vilket han skall utstationeras".

4 — BGBl. 218/1975.

5 — BGBl. 459/1993.

10. För det andra skall de berörda arbetstagarna, under hela den kommande utstationeringen, lyda under de löne- och anställningsvillkor samt socialskyddsbestämmelser som föreskrivs i österrikisk rätt.

11. Utöver dessa krav i samband med förfarandet för europeisk utstationeringsförklaring, föreskrivs i 7 b §, punkterna 3–9 AVRAG för företag som är etablerade i en annan EEG-medlemsstat och som önskar utstationera sina arbetare i Österrike en skyldighet att, vid vite, lämna in en anmälan till den centrala samordningsenheten för kontroll av olagligt arbete, under det federala finansministeriet. Denna anmälan, vilken tillkommer utöver den som är ämnad för en annan myndighet inom ramen för förfarandet för europeisk utstationeringsförklaring, skall i princip göras senast en vecka innan det arbete påbörjas som skall utföras genom utstationeringen. Den skall innehålla en rad angivelser beträffande de personer som berörs av utstationeringen, samt på vilka villkor den kommer att genomföras. [6] Nämnda anmälan vidarebefordras sedan från mottagarenheten till diverse socialförsäkringsorgan och till yrkesinspektionen.

12. För övrigt föreskrivs i lagen om utländska medborgares inresa, vistelse och bosättning (Fremdengesetz) (nedan kallad utlänningslagen) [7] en skyldighet för medborgare i tredjeländer, bland annat de som utövar yrkesverksamhet i Österrike utan att vara bosatta där, att inneha ett tillstånd för inresa och vistelse, såvida det inte i en internationell överenskommelse anges något annat. [8]

13. I 10 § första stycket tredje punkten utlänningslagen anges att "ansökan om ett tillstånd för inresa eller vistelse skall avslås när ... ansökan om tillståndet ... [utom för vissa kategorier av personer] lämnats in efter inresa utan visering". Denna bestämmelse utgör således hinder för utfärdande av ett tillstånd för inresa eller vistelse avseende en medborgare i ett tredjeland, som är utstationerad av ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat, när denna medborgare har rest in på österrikiskt territorium utan att i förväg ha erhållit erforderlig visering. Med andra ord, när denna medborgare olagligen har rest in på nationellt territorium, utan att inneha tillstånd för inresa och därefter vistelse, kan inte dennes situation på plats ändras så att den står i överensstämmelse med gällande bestämmelser genom utfärdande av ett tillstånd för inresa eller vistelse.

II — Det administrativa förfarandet

14. Till följd av korrespondens mellan Republiken Österrike och kommissionen

6 — Dessa angivelser, vilka anges i 7 b § fjärde stycket AVRAG, skall omfatta följande: 1) arbetsgivarens namn och adress. 2) den ansvarige tjänstemannens namn, 3) den nationella kundens namn, 4) de i Österrike utstationerade arbetstagarnas namn, födelsedatum, och socialförsäkringsnummer, 5) den första arbetsdagen och den uppskattade arbetsperioden i Österrike, 6) arbetstagarens lön, 7) verksamhetens adress i Österrike, 8) för det fall det rör sig om byggnadsarbete, verksamhetens art och användningen av arbetstagaren.

7 — BGBl. I 75/1997.

8 — Se i förening 2 § första stycket, 5 § första och andra styckena och 7 § fjärde stycket fjärde punkten.

och efter att den senare mottagit ett klagomål, ansåg kommissionen att nämnda medlemsstat hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 49 EG, och anmodade genom skrivelser av den 14 juli 1997 och den 2 juli 1998 [9] denna att inkomma med yttrande.

15. Kommissionen övertygades inte av Republiken Österrikes yttrande och riktade därför, genom skrivelse av den 5 april 2002, till denna ett motiverat yttrande, i vilket den uppmanades att vidta nödvändiga åtgärder för att inom två månader från yttrandets tillkännagivande uppfylla sina skyldigheter enligt direktivet.

16. De österrikiska myndigheterna angav att de inte avsåg att ändra den ifrågavarande nationella lagstiftningen, varför kommissionen beslutade att väcka förevarande talan, genom ansökan som inkom till domstolens kansli den 5 april 2004.

17. Genom beslut av domstolens ordförande den 26 oktober 2004 tilläts Konungariket Nederländerna intervenera till stöd för Republiken Österrike, men genom skrivelse av den 16 december 2004 avstod Konungariket Nederländerna från sin rätt att intervenera, varför denna medlemsstat genom ett nytt beslut av domstolens ordförande av den 4 februari 2005 avskrevs som intervenient i målet.

III — Talan

18. Det skall erinras om att kommissionen till stöd för sin talan har gjort gällande två anmärkningar, den ena avseende förfarandet för europeisk utstationeringsförklaring och den andra avseende omöjligheten för en utstationerad arbetare som är medborgare i ett tredjeland att på plats tillse att dennes situation överensstämmer med gällande bestämmelser beträffande inresa och vistelse på det nationella territoriet. Jag kommer i tur och ordning att pröva var och en av dessa båda anmärkningar.

A — *Den första anmärkningen avseende förfarandet för europeisk utstationeringsförklaring*

1. Parternas argument

19. Genom sin första anmärkning har kommissionen kritiserat Republiken Österrike för att ha åsidosatt artikel 49 EG genom att vid utstationering av arbetstagare som är med-

9 — I den andra skrivelsen, av den 2 juli 1998, beaktas ändringarna i AuslBG, vilka trädde i kraft den 1 januari 1998, genom vilka (som jag redan har angett i punkten 5 i detta förslag) "tillstånds"-förfarandet har ersatts av ett förfarande som betecknas "europeisk utstationeringsförklaring" för medborgare i ett tredjeland som är utstationerade av ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat än Österrike.

borgare i ett tredjeland, av ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat, kräva att detta företag erhåller en europeisk utstationeringsförklaring, vars utfärdande av de behöriga österrikiska myndigheterna kräver att två kumulativa villkor är uppfyllda, dels att de berörda arbetstagarna är bundna till företaget i fråga genom ett anställningsförhållande sedan minst ett år eller att ett avtal om tillsvidareanställning har ingåtts mellan dem, dels att dessa arbetstagare under hela den kommande utstationeringens varaktighet lyder under de löne- och anställningsregler som gäller på det nationella territoriet.

20. Kommissionen har till stöd för denna anmärkning gjort gällande att, i motsats till vad den österrikiska regeringen har påstått, förfarandet för europeisk utstationeringsförklaring inte endast tjänar ett upplysningssyfte utan ger utrymme för ett verkligt beslut om tillstånd, vars utfärdande är beroende av att vissa villkor har uppfyllts. Detta tillståndskrav utgör en restriktion av friheten att tillhandahålla tjänster genom att det, mot bakgrund av den administrativa bördan och de ekonomiska kostnaderna samt de tidsfördröjningar som följer härav, avskräcker företag som är etablerade i en annan medlemsstat att utstationera sina arbetstagare i Österrike i syfte att utföra tjänster där.

21. Enligt kommissionen är denna restriktion, vare sig den är diskriminerande eller inte, [10] i vart fall oproportionerlig i förhållande till strävan att skydda arbetstagare och förebygga missbruk, vilket är syftet med nämnda europeiska utstationeringsförklaring och de därmed anknutna villkoren och kraven.

22. Vad gäller, närmare bestämt, kravet angående iakttagande av de löne- och anställningsvillkor som gäller i Österrike, är detta krav överflödigt eftersom det redan har beaktats i det kontrollförfarande som införts på området genom AVRAG för införlivandet av Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster. [11]

23. Beträffande det ytterligare kravet på varaktiga anställningsförhållanden mellan det berörda företaget och de arbetstagare som skall utstationeras, innebär detta inte bara att möjligheten att utstationera arbetare som är medborgare i ett tredjeland inom vissa sektorer blir illusorisk, utan medför dessutom snarare att dessa arbetstagare diskrimineras än att de skyddas.

24. Republiken Österrike har medgett att förfarandet för europeisk utstationerings-

10 — Som kommissionen har påpekat i punkt 35 i sin ansökan, är dess synsätt oberoende av frågan huruvida den ifrågavarande nationella lagstiftningen är diskriminerande eller inte.

11 — EGT L 18, 1997, s. 1.

förklaring till sin art hindrar friheten att tillhandahålla tjänster, men har däremot bestridit att denna åtgärd är oproportionerlig i förhållande till det påstått eftersträvade syftet att skydda arbetstagare. Det omtvistade förfarandet, vilket kvalificeras som upplysande, överensstämmer inte med det som föreskrivs inom ramen för AVRAG, vilket inte omfattar någon kontroll av iakttagandet av löne- och anställningsvillkoren, och överensstämmer dessutom med domstolens dom av den 9 augusti 1994 i målet Vander Elst, [12] enligt vilken det vid utstationering av arbetstagare som är medborgare i tredjeländer, för vilka inget tillstånd erfordras, krävs att dessa arbetstagare skall ha en lagenlig och stadigvarande anställning i det tjänstelevererande företaget.

2. Bedömning

25. Jag anser att det finns grund för den första anmärkningen.

26. Innan jag undersöker huruvida fördragets bestämmelser om frihet att tillhandahålla tjänster utgör hinder för den ifrågavarande nationella lagstiftningen angående utstationering av arbetstagare, skall jag kontrollera att dessa bestämmelser verkligen är tillämpliga på detta område.

a) Huruvida fördragets bestämmelser om frihet att tillhandahålla tjänster skall tillämpas beträffande utstationering av arbetstagare

27. Domstolen angav i punkt 25 i sin dom i det ovannämnda målet kommissionen mot Luxemburg att reglerna om utstationering av avlönade arbetstagare som är medborgare i tredjeländer i syfte att tillhandahålla gränsöverskridande tjänster inte hade harmoniserats på gemenskapsnivå, eftersom det förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv som lades fram av kommissionen den 12 februari 1999 på området inte hade antagits. [13] Som domstolen nyligen har angett, gäller detta konstaterande fortfarande. [14] Kommissionen övergav nämligen slutligt detta förslag i augusti 2004, det vill säga några månader efter det att förevarande talan om fördragsbrott väcktes.

28. Vad gäller direktiv 96/71 skall detta visserligen tillämpas oavsett arbetstagarnas nationalitet och således, bland annat, avseende dem som är medborgare i ett tredje-

12 — C-43/93 (REG 1994, s. I-3803; svensk specialutgåva, s. I-59).

13 — EGT C 67, 1999, s. 12.

14 — Se domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkt 32.

land, men den harmonisering som det medför är delvis och inte total. [15]

29. Härav följer att fördragets bestämmelser om frihet att tillhandahålla tjänster verkligen reglerar utstationering av arbetstagare som är medborgare i ett tredjeland inom ramen för ett gränsöverskridande tillhandahållande av tjänster.

30. Enligt min uppfattning, och som kommissionen har gjort gällande i sin första anmärkning, utgör dessa bestämmelser i fördraget hinder för att en medlemsstat, vid utstationering av arbetstagare som är medborgare i tredjeländer av ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat, kräver att detta företag skall erhålla en europeisk utstationeringsförklaring, vars utfärdande kräver dels att de berörda arbetstagarna är bundna till nämnda företag genom ett anställningsförhållande sedan minst ett år eller att ett avtal om tillsvidareanställning har ingåtts mellan dem, dels att dessa arbetstagare under hela den kommande utstationeringens varaktighet lyder under de löne- och anställningsregler som gäller på det nationella territoriet i den första medlemsstaten.

15 — I motsats till 1999 års förslag till direktiv, vilket, som jag har påpekat, nyligen har upphävts, föreskrivs det i direktiv 96/71 inte något särskilt förfarande för genomförande av en utstationering av arbetstagare inom ramen för ett gränsöverskridande tillhandahållande av tjänster. Detta direktiv är huvudsakligen begränsat till att, i princip, säkerställa för arbetstagare som är utstationerade under dessa förhållanden att vissa regler, som är i kraft i den medlemsstat på vars territorium tjänsten utförs, tillämpas till deras fördel vad avser vissa arbets- och anställningsvillkor. För övrigt lämnas visserligen genom detta direktiv ansvaret att säkerställa att dessa bestämmelser iakttas till medlemsstaterna, men endast, såsom påpekas i skäl 12 i direktivet, medelst lämpliga medel för detta ändamål, det vill säga som inte strider mot fördragets bestämmelser om frihet att tillhandahålla tjänster.

31. Det är detta som jag nu skall redogöra för genom att undersöka först den restriktiva verkan av det omtvistade förfarandet för europeisk utstationeringsförklaring och sedan dess eventuella berättigande och, i förekommande fall, huruvida det står i proportion till vissa mål av allmänt intresse.

b) Den restriktiva verkan som det omtvistade förfarandet för europeisk utstationeringsförklaring har på friheten att tillhandahålla tjänster

32. Enligt fast rättspraxis utgör en medlemsstats lagstiftning enligt vilken ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat måste ha ett administrativt tillstånd för att få utföra vissa tjänster inom det nationella territoriet en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster. [16]

33. Emellertid, i motsats till vad den österrikiska regeringen har gjort gällande, kan det krav som föreskrivs i 18 § tolfte stycket AuslBG och som består i att en europeisk utstationeringsförklaring måste erhållas före

16 — Se, bland annat, domstolens dom av den 25 juli 1991 i mål C-76/90, Säger (REG 1991, s. I-4221), punkt 14, av den 9 mars 2000 i mål C-355/98, kommissionen mot Belgien (REG 2000, s. I-1221), punkt 35, av den 20 februari 2001 i mål C-205/99, Analir m.fl. (REG 2001, s. I-1271), punkt 21, och angående utstationering av arbetstagare domarna i de ovannämnda målen Vander Elst, punkt 15, kommissionen mot Luxemburg, punkt 24, och kommissionen mot Tyskland, punkt 34.

utstationeringen inte reduceras till en enkel upplysning i förhållande till de behöriga administrativa myndigheterna.

34. Som jag ovan har angett [17] förutsätter utfärdandet av en europeisk utstationeringsförklaring att den arbetsgivare som önskar genomföra en sådan utstationering har gjort en förhandsanmälan om detta till de behöriga administrativa myndigheterna, men därutöver krävs också att de senare accepterar att utfärda nämnda förklaring. Eftersom beviljandet av denna förutsätter att flera villkor har uppfyllts, och eftersom det ankommer på nämnda myndigheter att kontrollera huruvida detta är fallet, råder det inga tvivel om att en sådan förklaring måste ses som ett administrativt tillstånd, och inte endast ett intyg om att den erforderliga förhandsanmälan har gjorts, vars utfärdande skulle ha varit automatiskt eller systematiskt. [18]

35. Härav följer att 18 § tolfte stycket AuslBG utgör hinder för genomförandet av utstationeringar av arbetstagare som är medborgare i tredjeländer av ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat, och därmed också det senares utövande av verksamhet avseende tillhandahållande av tjänster.

36. Så är i än högre grad fallet eftersom tidsfristen för utfärdandet av en europeisk utstationeringsförklaring, såsom föreskrivs i nämnda artikel, kan sträcka sig upp till sex veckor från det att myndigheten mottar den erforderliga förhandsanmälan. Som kommissionen har påpekat är denna tidsfrist onormalt lång, i synnerhet när det gäller att tillhandahålla underhållstjänster vilka oftast efterfrågas brådskande.

37. Det skall således konstateras att den ifrågavarande nationella lagstiftningen, genom att det krävs ett administrativt tillstånd för att utstationera arbetstagare som är medborgare i tredjeländer, enbart av denna anledning medför en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster.

38. Utöver denna inskränkning genom kravet på nämnda tillstånd tillkommer de inskränkningar som följer av de särskilda villkor som skall vara uppfyllda för utfärdandet av detta, vilka, skall det erinras om, enligt 18 § trettonde stycket AuslBG består i dels att anställningsförhållandet mellan företaget i fråga och de berörda arbetstagarna skall ha pågått en längre tid eller gälla

17 — Se punkt 7 i detta förslag.

18 — Således är den ifrågavarande nationella lagstiftningen (vilken, som jag har nämnt i punkterna 4 och 5 i detta förslag, sedan den 1 januari 1998 endast avser utstationering av utlänningar, såsom medborgare i tredjeländer, av ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat än Österrike) i slutändan inte fundamentalt annorlunda än den som tidigare var i kraft (avseende alla utstationeringar av utlänningar som genomfördes av utländska företag, oavsett huruvida de senare var etablerade i ett tredjeland eller i en annan medlemsstat).

varaktigt, dels att dessa arbetstagare systematiskt skall lyda under de löne- och anställningsvillkor som gäller i Österrike under hela den nämnda utstationeringens varaktighet. [19]

39. Kravet på uppfyllandet av dessa villkor medför för det berörda företaget såväl betydande administrativ omgång som ekonomisk börda, som bland annat kan hänföras till nödvändigheten att bevisa att nämnda villkor är uppfyllda och till de åtgärder som har behövt vidtas för att uppfylla dem, antingen för att visa att de berörda arbetstagarna är bundna till det utstationerande företaget genom anställningsförhållanden sedan minst ett år tillbaka, eller genom att ingå avtal om tillsvidareanställning, och genom att nämnda arbetstagare systematiskt lyder under de löne- och anställningsvillkor som gäller i Österrike under den planerade utstationeringens varaktighet, vilket eventuellt har medfört en ändring av de existerande anställningsavtalen. Denna börda kan endast få till följd att företag som är etablerade i en annan medlemsstat avskräcks från att utstationera arbetstagare som är medborgare i tredjeländer till Österrike i syfte att tillhandahålla tjänster. [20]

19 — Domstolen har fört ett liknande resonemang, genom att göra en åtskillnad mellan inskränkningen av friheten att tillhandahålla tjänster på grund av kravet på ett administrativt tillstånd i sig och den ytterligare inskränkning som följer av de särskilda villkor som skall vara uppfyllda för att ett sådant tillstånd skall kunna erhållas, i sina domar i de ovannämnda målen kommissionen mot Italien (punkt 21) och kommissionen mot Luxemburg (punkterna 23 och 24). Se även för ett liknande resonemang domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland.

20 — Se, för ett liknande resonemang, bland annat domstolens dom av den 15 mars 2001 i mål C-165/98, Mazzoleni och ISA (REG 2001, s. I-2189), punkt 24, av den 25 oktober 2001 i de förenade målen C-49/98, C-50/98, C-52/98–C-54/98 och C-68/98–C-71/98, (REG 2001, s. I-7831), punkt 30, av den 24 januari 2002 i mål C-164/99, Portugaia construções, (REG 2002, s. I-787), punkt 18, och i det ovannämnda målet kommissionen mot Luxemburg, punkterna 23, 24 och 30.

40. Av det ovanstående följer att det omtvistade förfarandet för europeisk utstationeringsförklaring som föreskrivs i 18 § tolfte och trettonde styckena AuslBG i flera hänseenden utgör en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster.

41. Det skall nu undersökas huruvida en sådan inskränkning likväl kan vara motiverad och, i förekommande fall, proportionerlig. Innan jag undersöker huruvida så är fallet är det av vikt att fastställa vilka kategorier av skäl som kan göras gällande till stöd för den ifrågavarande inskränkningen.

c) Kategorier av skäl som kan göras gällande till stöd för den ifrågavarande inskränkningen

42. För att bemöta de argument som den österrikiska regeringen har framställt inom ramen för det administrativa förfarandet har kommissionen undersökt huruvida kraven om skydd för arbetstagare och förebyggande av missbruk kan motivera den ifrågavarande nationella lagstiftningen, oberoende av frågan huruvida nämnda lagstiftning är diskriminerande eller inte.

43. Jag är inte övertygad om att detta är rätt tillvägagångssätt.

44. Enligt fast rättspraxis, till vilken domstolen fortsätter att hänvisa, [21] är en nationell lagstiftning enligt vilken tjänsteleverera nde företag som är etablerade i en annan medlemsstat erhåller en annorlunda behandling än den som gäller till förmån för dem som är etablerade på det nationella territoriet, och vilken således medför diskriminering grundad på var tjänsteleverantören är etablerad eller på var tjänsten tillhandahålls, endast förenlig med fördragets bestämmelser om frihet att tillhandahålla tjänster för det fall den omfattas av ett i fördraget uttryckligen angett undantag, såsom det som föreskrivs i artikel 46.1 EG, till vilken artikel 55 EG hänvisar.

45. Följaktligen kan en sådan nationell lagstiftning i princip endast motiveras med hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa, i enlighet med nämnda artiklar i fördraget i förening, och inte av tvingande hänsyn av allmänintresse, av pretorianskt ursprung, såsom skydd för arbetstagare eller upprätthållande av stabiliteten på arbetsmarknaden (till vilket förebyggandet av missbruk bidrar), eftersom dessa skäl i teorin endast verkar till förmån för icke-diskriminerande åtgärder, det vill säga som tillämpas utan åtskillnad (som tillämpas för alla som avser att tillhandahålla sina tjänster i den medlemsstat som har antagit en bestämmelse av detta slag, med andra ord, både för tjänsteleverantörer som är etablerade i denna medlemsstat och för dem som är etablerade i andra medlemsstater). [22]

46. Visserligen visar utvecklingen i rättspraxis en viss osäkerhet på området frihet att tillhandahålla tjänster beträffande vilka skäl

21 — Se, bland annat, domstolens dom av den 26 april 1988 i mål 325/85, Bond van Adverteerders m.fl. (REG 1988, s. 2085; svensk specialutgåva, volym 9, s. 449), punkterna 32 och 33, av den 18 juni 1991 i mål C-260/89, ERT (REG 1991, s. I-2925; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-209), punkt 24, av den 25 juli 1991 i mål C-288/89, Collectieve Antennevoorziening Gouda m. fl. (REG 1991, s. I-4007; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-331), punkt 11, av den 25 juli 1991 i mål C-353/89, kommissionen mot Nederländerna (REG 1991, s. I-4069; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-353), punkt 15, av den 16 december 1992 i mål C-211/91, kommissionen mot Belgien (REG 1992, s. I-6757; svensk specialutgåva, volym 8, s. I-235), punkterna 5, 6, 10 och 11, av den 4 maj 1993 i mål C-17/92, Fedicine (REG 1993, s. I-2239; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-181), punkterna 14 och 16, av den 14 november 1995 i mål C-484/93, Svensson och Gustavsson (REG 1995, s. I-3955), punkterna 12 och 15, och av den 21 mars 2002 i mål C-451/99, Cura Anlagen (REG 2002, s. I-3193), punkterna 30 och 31. Se, för ett liknande resonemang, bland annat domstolens dom av den 29 april 1999 i mål C-224/97, Ciola (REG 1999, s. I-2517), punkt 16, angående en nationell lagstiftning som medförde diskriminering grundad på hemvist för en fysisk person som erhöll en tjänst, och angående etableringsfriheten, av den 29 april 1999 i mål C-311/97, Royal Bank of Scotland (REG 1999 , s. I-2651), punkt 32. Se även, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 16 januari 2003 i mål C-388/01, kommissionen mot Italien (REG 2003, s. I-721), punkterna 19 och 20, angående en nationell lagstiftning som medförde diskriminering grundad bland annat på nationalitet för de fysiska personer som var mottagare av tjänsterna. Se, för ett liknande resonemang *e contrario*, domstolens dom av den 14 oktober 2004 i mål C-36/02, Omega (REG 2004, s. I-9609), punkt 29.

22 — I domen i det ovannämnda målet Säger gick domstolen utöver den traditionella regeln "om nationell behandling", genom att bedöma att "artikel 59 i fördraget [numera artikel 49 EG] ... inte bara fordrar att all diskriminering mot tjänsteleverantörer på grund av nationalitet försvinner, utan även att alla inskränkningar upphävs, även om de tillämpas lika för nationella tjänsteleverantörer och för dem från andra medlemsstater, när de till sin art förbjuder eller på annat sätt hindrar verksamheten för en tjänsteleverantör som är etablerad i en annan medlemsstat, där han lagligen tillhandahåller motsvarande tjänster" (punkt 12). Denna vida tolkning av de krav som följer av friheten att tillhandahålla tjänster, vilken även har anammats avseende andra grundläggande rättigheter som garanteras genom fördraget, sammanföll med en nyansering av systemet med godtagbara skäl, genom antagandet — till förmån för åtgärder som tillämpas utan åtskillnad — av ett antal tvingande skäl av allmänt intresse som täcker ett betydligt vidare spektrum av skäl än det som täcks av artikel 46.1 EG till vilken artikel 55 EG hänvisar.

som skall godtas [23], men det förefaller som att denna osäkerhet huvudsakligen hänför sig till de svårigheter som domstolen har haft att kvalificera vissa nationella lagstiftningar som diskriminerande, och domstolens önskan att beakta medlemsstaternas behörighet inom området för direkt beskattning. [24]

47. Några sådana överväganden är emellertid inte nödvändiga beträffande den i målet aktuella nationella lagstiftningen, dels eftersom utstationering av arbetstagare inte är ett område där medlemsstaterna har exklusiv lagstiftningsbehörighet (till skillnad från direkt beskattning), dels eftersom nämnda lagstiftning förefaller klart diskriminerande.

48. Det verkar nämligen som om det omtvistade förfarandet för europeisk utstationeringsförklaring endast tillämpas på de företag som är etablerade i en annan medlemsstat än Republiken Österrike. I handlingarna i målet finns ingenting som tyder på att detta eller något jämförbart förfarande skulle tillämpas på företag som är etablerade i Österrike och som utstationerar arbetstagare som är medborgare i tredjeländer på det nationella territoriet.

49. Således framgår det att den nationella lagstiftning som det är fråga om i förevarande talan om fördragsbrott till skillnad från den nationella lagstiftning som avsågs i det ovannämnda målet kommissionen mot Luxemburg, [25] måste anses innebära en skillnad i behandling på grundval av var det tjänstelevererande företaget som avser att utstationera arbetstagare är etablerat. En sådan skillnad i behandling är uppenbart diskriminerande.

23 — Denna osäkerhet yttrar sig på olika sätt. Domstolen har oftast begränsat sig till att ange att den ifrågavarande nationella lagstiftningen (utan att uttala sig angående huruvida denna är diskriminerande eller inte) endast utgör ett hinder mot friheten att tillhandahålla tjänster eller en "skillnad i behandling" som innebär en särskild nackdel för de aktörer som önskar utöva sina rättigheter enligt denna frihet och, därefter, undersökt huruvida nämnda lagstiftning motsvarade ett skäl som inte angetts specifikt i fördraget, för att slutligen avgöra att så inte var fallet eller antyda detta till den hänskjutande domstolen. Detta synsätt tillämpades i domen av den 28 april 1998 mål C-118/96, Safir (REG 1998, s. I-1897), punkterna 24, 30 och 34, av den 26 oktober 1999 i mål C-294/97, Eurowings Luftverkehr (REG 1999, s. I-7447), punkt 36 och följande punkter, av den 29 november 2001 i mål C-17/00, De Coster (REG 2001, s. I-9445), punkterna 33–39, av den 3 oktober 2002 i mål C-136/00, Danner (REG 2002, s. I-8147), punkt 30 och följande punkter, och av den 6 november 2003 i mål C-243/01, Gambelli m.fl. (REG 2003, s. I-13031), punkt 57 och följande punkter. Domstolen har i enstaka fall, i syfte att bemöta parternas argument, undersökt den omtvistade nationella lagstiftningen, inte enbart med hänsyn till de i fördraget uttryckligen föreskrivna skälen, utan även med hänsyn till andra typer av skäl, även om domstolen varit noga med att kvalificera nämnda lagstiftning som diskriminerande, för att slutligen därav dra slutsatsen att den senare inte var motiverad. Se i denna riktning domen i det ovannämnda målet Svensson och Gustavsson, punkt 15 och följande punkter, samt domstolens dom av den 13 november 2003 i mål C-42/02, Lindman (REG 2003, s. I-13519), punkt 21 och följande punkter.

24 — Se, i detta hänseende, generaladvokaten Tesauros förslag till avgörande i det ovannämnda målet Safir (i vilket han i punkterna 30–34 visar de svårigheter som uppkommer vid kvalificeringen av en nationell lagstiftning som diskriminerande), och generaladvokat Poiares Maduros förslag till avgörande i mål C-446/03, Marks & Spencer (dom av den 13 december 2005 (REG 2005, s. I-10837, s. I-10839), punkterna 25–32, i vilken domstolen angav sin motvilja att avvika från regeln om nationell behandling på området direkt beskattning, mot bakgrund av önskan att upprätthålla de nationella beskattningssystemens integritet, dels svårigheterna att fastställa en diskriminering på området med hänsyn till de kriterier som fastställts i domstolens dom av den 14 februari 1995 i mål C-279/93, Schumacker (REG 1995, s. I-225), enligt vilken de objektiva skillnaderna mellan de berörda situationerna skall beaktas).

25 — Domstolen har i punkt 25 varit noga med att påpeka att den ifrågavarande nationella lagstiftningen är tillämplig utan åtskillnad på företag som är etablerade utanför och inom det luxemburgska territoriet.

50. Härav kan slutsatsen dras att de överväganden som förefaller ha medfört viss osäkerhet i rättspraxis beträffande typen av tillåtna skäl för inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster saknar relevans i förevarande mål.

51. Om man håller sig till den dominerande tendensen i rättspraxis, enligt vilken, skall det erinras om, avseende friheten att tillhandahålla tjänster, en diskriminerande nationell lagstiftning endast kan motiveras med hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa, måste det undersökas huruvida så är fallet med den ifrågavarande inskränkningen, även om denna fråga inte har väckt någon debatt mellan parterna i förevarande fördragsbrottsförfarande.

d) Eventuellt skäl för den ifrågavarande inskränkningen med hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa

52. Det skall konstateras att den omtvistade lagstiftningen inte hänför sig till några sådana hänsyn.

53. Domstolen har nämligen vid upprepade tillfällen fastställt att sådana skäl, på grund av att de utgör avvikelser från en i fördraget föreskriven grundläggande frihet, måste tolkas restriktivt. Således kan exempelvis hänsyn till allmän ordning med framgång åberopas som skäl enbart då det föreligger ”ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot som påverkar ett grundläggande samhällsintresse”. [26] Jag har svårt att föreställa mig att kravet på en europeisk utstationeringsförklaring skulle motsvara en sådan särskild situation eller åtminstone att den skulle vara proportionerlig i förhållande till målet skydd av allmän ordning, vilket för övrigt inte kan anses omfatta hänsyn till skydd för arbetstagare eller upprätthållandet av stabiliteten på arbetsmarknaden. Enligt min uppfattning skulle skyddet av allmän ordning snarare kunna upprätthållas genom en lagstiftning med det specifika ändamålet att kontrollera inresa och vistelse för medborgare i tredjeländer på det nationella territoriet, såsom det som åsyftas i den andra anmärkningen i förevarande talan om fördragsbrott.

54. Det är för övrigt just på grund av denna snäva tolkning av de i artikel 46 EG föreskrivna undantagen, såsom det som avser allmän ordning, som somliga anser att även andra skäl som är precis lika legitima eller tvingande som de som uttryckligen föreskrivs i fördraget borde godtas, för att uppnå enhetliga regler för vilka skäl som skall till-

26 — Se bland annat domstolens dom av den 27 oktober 1977 i mål 30/77, Bouchereau (REG 1977, s. 1999; svensk specialutgåva, volym 3, s. 459), punkterna 33 och 35, av den 29 oktober 1998 i mål C-114/97, kommissionen mot Spanien (REG 1998, s. I-6717), punkt 46, av den 19 januari 1999 i mål C-348/96, Calfa (REG 1999, s. I-11), punkterna 21 och 23, av den 14 mars 2000 i mål C-54/99, Église de scientologie (REG 2000, s. I-1335), punkt 17, och domen i det ovannämnda målet Omega, punkt 30.

lämpas för inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster, oavsett huruvida nämnda inskränkningar skall anses vara diskriminerande eller inte. [27]

55. Domstolen har hittills inte formellt bekräftat denna linje, trots att den som jag har påpekat avseende målet Danner i det fallet starkt uppmuntrades till detta.

56. Jag är för min del tveksam till en sådan uppmuntran. För det fall domstolen skulle följa denna skulle den nämligen gå utöver lydelsen i artikel 46 EG (till vilken det hänvisas i artikel 55 EG), eller till och med överträda den, eftersom den skulle tillstå att andra skäl än de som uttryckligen, eventuellt uteslutande, uppräknas i artikel 46 skulle kunna motivera en nationell lagstiftning i vilken föreskrivs särskilda bestämmelser för utländska medborgare, såsom den i målet omtvistade, i vilken föreskrivs särskilda bestämmelser för tjänsteleverantörsföretag som är etablerade i en annan medlemsstat än Österrike och som avser att utstationera arbetstagare som är medborgare i tredjeländer på det nationella territoriet.

27 — Se bland annat generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i det ovannämnda målet Danner. Han föreslog att det inte skall beaktas huruvida en nationell lagstiftning är diskriminerande eller inte vid undersökningen av de skäl som åberopats, utan att detta skall göras i ett senare skede vid undersökningen av huruvida inskränkningen är proportionerlig i förhållande till det åberopade skälet och preciserade att ”[j]u mer diskriminerande åtgärden är desto mer osannolikt är det under alla omständigheter att åtgärden är förenlig med proportionalitetsprincipen” (punkt 40).

57. I alla händelser, även för det fall domstolen skulle avgöra förevarande mål på annat sätt, skulle enligt min uppfattning samma slutsats behöva dras, nämligen att Republiken Österrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 49 EG. Detta kommer att framgå vid undersökningen av den ifrågavarande inskränkningen mot bakgrund av de mål som Republiken Österrike påstår sig eftersträva, det vill säga dels skyddet för arbetstagare, dels upprätthållandet av stabiliteten på arbetsmarknaden.

e) Inskränkningens eventuella berättigande med hänsyn till skydd för arbetstagare och upprätthållande av stabiliteten på arbetsmarknaden

58. I detta avseende hänvisar jag i stor utsträckning till domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Luxemburg, vilken avkunnades några månader efter det att det aktuella förfarandet inleddes.

59. Det är således av vikt att jag erinrar om innebörden av denna dom (som bekräftades fullständigt i den nyligen avkunnade domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland), innan jag bedömer exakt vilka följder denna dom bör få för utgången av förevarande mål.

i) Domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Luxemburg

60. I det ovannämnda målet kommissionen mot Luxemburg undersökte domstolen förenligheten av en nationell lagstiftning, i stor utsträckning jämförbar med den som är aktuell i förevarande mål, med fördragets bestämmelser angående frihet att tillhandahålla tjänster. Genom denna lagstiftning uppställdes närmare bestämt ett krav på personligt eller kollektivt arbetstillstånd för ett företag som var etablerat på det nationella territoriet eller i en annan medlemsstat, när detta önskade utstationera arbetstagare som var medborgare i ett tredjeland, ett tillstånd vars utfärdande av de luxemburgska myndigheterna bland annat var förenat med villkor avseende arbetsmarknaden, förekomsten av ett avtal om tillsvidareanställning och en tidigare anställning hos samma tjänsteleverantör sedan minst sex månader.

61. Domstolen ansåg att denna lagstiftning innebar en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster som inte stod i proportion vare sig till de mål som den påstods eftersträva eller till skyddet för arbetstagare eller upprätthållandet av stabiliteten på arbetsmarknaden.

62. Beträffande de tvingande hänsyn till allmänintresset som rör skydd för arbetstagare, erinrade domstolen om sin rättspraxis enligt vilken "gemenskapsrätten inte utgör hinder mot att medlemsstaterna utsträcker sina lagstiftningar ... till att omfatta alla personer som utför avlönat arbete, även tillfälligt, på deras territorium, oavsett i vilket land arbetsgivaren är etablerad. Gemenskapsrätten innehåller inte heller något förbud för medlemsstaterna att använda adekvata medel för att tillse efterlevnaden av dessa bestämmelser ..., när det visar sig att det skydd som föreskrivs i dessa inte kan säkerställas genom krav som är identiska eller i huvudsak jämförbara med de krav som företaget redan har att uppfylla i den medlemsstat där det är etablerat". [28]

63. Kravet på ett arbetstillstånd utgjorde emellertid, enligt domstolen, inte en adekvat åtgärd för att garantera skyddet för arbetstagarna. Till stöd för denna uppfattning angav den att "[s]kyldigheten för ett tjänstetillhandahållande företag att i förväg meddela de lokala myndigheterna om närvaron av en eller flera utstationerade avlönade arbetstagare, den tidsperiod som förutses för denna närvaro och den eller de tjänster som tillhandahålls och som motiverar utstationeringen, utgör en åtgärd som är minst lika effektiv som det ifrågavarande kravet och samtidigt mindre restriktiv". [29] En sådan åtgärd skulle nämligen "möjliggöra för dessa myndigheter att kontrollera efterlevnaden av den [nationella] sociallagstiftningen under den tid som utstationeringen varar samtidigt

28 — Se punkt 29 i domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Luxemburg, vilken återgavs i punkt 44 i domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland. Direktiv 96/71 utgör en förlängning av en stor del av den rättspraxis som anges i nämnda punkt 29. Se, för ett liknande resonemang, artikel 3.1 och 3.7 i detta direktiv, enligt vilket, skall det erinras om, medlemsstaterna skall, oavsett vilken lag som gäller för anställningsförhållandet, se till att de tjänstelevererande företagen garanterar de arbetstagare som är utstationerade inom deras territorium de arbets- och anställningsvillkor som gäller där, utan att detta hindrar tillämpning av arbets- och anställningsvillkor som är förmånligare för arbetstagarna.

29 — Punkt 31 i domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Luxemburg, vilken återgavs i punkt 45 i domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland.

som de skyldigheter som företaget redan har att efterkomma enligt de socialrättsliga bestämmelser som är tillämpliga i ursprungsmedlemsstaten beaktas". [30]

64. Domstolen tillade att kravet på avtal om tillsvidareanställning och som sluts minst sex månader innan arbetstagarna utstationeras till luxemburgskt territorium, och som binder dessa till ursprungsföretaget för att kollektivt arbetstillstånd skall beviljas, går utöver vad som kan krävas för skyddet för arbetstagare. Domstolen angav för sitt resonemang följande tre grunder.

65. För det första "kan detta krav ... avsevärt komplicera utstationeringen av arbetstagare från tredje land till luxemburgskt territorium i syfte att där tillhandahålla tjänster inom sådana sektorer där avtal med kort löptid eller för angivna tjänster är vanliga på grund av den ifrågavarande verksamhetens särdrag". [31]

66. För det andra "påverkar det ifrågavarande kravet dessutom situationen för nybildade företag som önskar tillhandahålla en tjänst i Luxemburg medelst arbetstagare från tredje land". [32]

67. För det tredje "beaktas inte heller de sociala åtgärder som det företag som avser att genomföra en utstationering har att vidta i ursprungsstaten — bland annat i fråga om arbetsvillkor och löner — i enlighet med lagstiftningen i medlemsstaten i fråga eller i enlighet med ett eventuellt samarbetsavtal som slutits mellan Europeiska gemenskapen och det berörda tredjelandet, och vars tillämpning är ägnad att avvärja förutsebara risker för utnyttjande av arbetstagare och snedvridning av konkurrensen mellan företagen". [33]

68. Domstolen drog därav slutsatsen att varken kravet på arbetstillstånd eller att anställningsförhållandet mellan företaget i fråga och de berörda arbetstagarna skulle ha pågått en längre tid eller gälla varaktigt stod i proportion till målet att skydda arbetstagarna.

69. Enligt domstolen var samma slutsats tillämplig avseende målet att förebygga en destabilisering av den lokala arbetsmarknaden på grund av ökningen av antal arbetstagare från tredjeländer.

70. Den erinrade om att "önskan att undvika störningar på arbetsmarknaden visserligen utgör ett tvingande skäl av allmänintresse ..., men att de arbetstagare som anställts av ett företag som är etablerat i en medlemsstat

30 — Ibidem.

31 — Punkt 33.

32 — Punkt 34.

33 — Punkt 35.

och som utstationeras i en annan medlemsstat för att där tillhandahålla tjänster inte gör anspråk på tillträde till arbetsmarknaden i sistnämnda stat. De återvänder nämligen till sitt ursprungsland eller bosättningsland när arbetet är slutfört". [34]

71. Domstolen påpekade att den emellertid redan hade slagit fast "att en medlemsstat kan kontrollera att det företag som är etablerat i en annan medlemsstat, och som utstationerar arbetstagare från tredje land i förstnämnda stat, inte utnyttjar friheten att tillhandahålla tjänster för andra ändamål än fullgörandet av den berörda tjänsten, exempelvis att sända ut personalen för att den skall anställas av andra eller finnas till förfogande för andra ... Sådana kontroller måste emellertid företas inom de gränser som gemenskapsrätten uppställer, i synnerhet de som följer av friheten att tillhandahålla tjänster, vilken inte får bli illusorisk och vars utövande inte får bli föremål för myndigheternas skönsmässiga bedömning". [35]

72. Enligt domstolen gick emellertid den ifrågavarande luxemburgska lagstiftningen, i två avseenden, utöver de i gemenskapsrätten föreskrivna gränserna. Dels "kan ... behovet av att utverka ett arbetstillstånd, på grund av de formaliteter och den tidsutdräkt som detta föranleder, medföra att friheten att tillhandahålla tjänster medelst utstationerade arbetstagare som är medborgare i tredje land blir ointressant", [36] dels kommer de lokala myndigheternas skönsmässiga bedömning att vara avgörande för möjligheten att utöva denna frihet, eftersom det fordras att de meddelar ett arbetstillstånd, vilket endast kan ske undantagsvis och vilket beror på nämnda myndigheters bedömning av situationen på arbetsmarknaden.

73. Domstolen fastställde beträffande kravet på avtal om tillsvidareanställning som band berörda arbetstagare till företaget sedan minst sex månader tillbaka (vilket måste vara uppfyllt för att arbetstillstånd skall meddelas) att detta inte stod i proportion till målet att säkerställa att arbetstagarna återvänder till ursprungsmedlemsstaten när utstationeringen upphör.

74. Enligt domstolen ger "[s]kyldigheten för ett tjänstetillhandahållande företag att ge de lokala myndigheterna upplysningar som styrker att situationen för de berörda arbetstagarna, bland annat i fråga om bostadsort, arbetstillstånd och socialförsäkring, är i sin ordning i den medlemsstat där detta företag anlitar arbetstagarna, ... nämligen nämnda myndigheter, på ett sätt som är mindre restriktivt men lika effektivt som de här ifrågavarande kraven, garantier för att situationen för dessa arbetstagare är korrekt och

34 — Domstolen hänvisade i punkt 38 till sin dom av den 27 mars 1990 i mål C-113/89, Rush Portuguesa (REG 1990, s. I-1417), punkterna 13 och 15, och till domarna i de ovannämnda målen Vander Elst, punkt 21, och Finalarte m.fl., punkt 22.

35 — Punkterna 39 och 40, i vilka det hänvisas till domen i det ovannämnda målet Rush Portuguesa, punkt 17.

36 — Punkt 41.

för att dessa utför sitt huvudsakliga arbete i den medlemsstat där det tjänstetillhandahållande företaget är etablerat". [37] Domstolen tillade att "[t]illsammans med de uppgifter som detta företag lämnar i fråga om den förutsedda perioden för utstationeringen ... möjliggör nämnda upplysningar för de luxemburgska myndigheterna att i förekommande fall vidta de åtgärder som krävs vid utgången av denna period". [38]

75. Domstolen drog av detta slutsatsen att varken kravet på arbetstillstånd eller på att be berörda arbetstagarna skall vara bundna till det utstationerande företaget sedan viss tid eller genom avtal om tillsvidareanställning står i proportion till målet att förebygga en destabilisering av arbetsmarknaden.

76. Den kom således fram till samma slutsats som avseende målet att skydda arbetstagare. Domstolen slog därmed fast att Storhertigdömet Luxemburg hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 49 EG.

ii) Konsekvenserna av domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Luxemburg

77. För det fall domstolen i förevarande mål skulle undersöka den ifrågavarande nationella lagstiftningen mot bakgrund av tvingande skäl av allmänintresse, såsom skydd för arbetstagare eller upprätthållandet av stabiliteten på arbetsmarknaden, kan denna rättspraxis i stor utsträckning tillämpas. Följande konsekvenser av denna rättspraxis bör beaktas i förevarande mål: Varken kravet på en europeisk utstationeringsförklaring eller de därtill anknutna villkoren står i proportion till vare sig målet att skydda arbetstagare eller att förebygga en destabilisering av arbetsmarknaden. Republiken Österrike har därför underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 49 EG. De

78. Det kan till och med anses att det som gäller avseende den berörda luxemburgska lagstiftningen gäller *a fortiori* avseende den omtvistade österrikiska lagstiftningen.

79. De i den österrikiska lagstiftningen uppställda kraven för utfärdandet av den ifrågavarande europeiska utstationeringsförklaringen är nämligen, i flera hänseenden, ännu strängare än de som föreskrivs i den luxemburgska lagstiftningen.

80. För det första gäller kravet avseende avtal om tillsvidareanställning och det avseende de tidigare anställningsförhållandena mellan de berörda arbetstagarna och ursprungsarbetsgivaren systematiskt enligt österrikisk rätt, medan dessa enligt luxem-

37 — Punkt 46, vilken utvecklades i punkt 41 i domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland.

38 — Ibidem.

burgsk rätt endast krävs vid en ansökan om kollektivt arbetstillstånd och inte vid en ansökan om personligt arbetstillstånd.

81. Vidare är kravet på att anställningsförhållandena skall ha förelegat under viss tid, även utan att kumuleras med kravet på avtal om tillsvidareanställning, strängare än det krav som föreskrivs i luxemburgsk rätt, eftersom den tid under vilken anställningen skall ha pågått är bestämd till ett år i stället för endast sex månader. [39]

82. Slutligen, till skillnad från vad som var fallet i målet kommissionen mot Luxemburg, föreskrivs det i den ifrågavarande lagstiftningen ytterligare ett krav som avser att de berörda arbetstagarna systematiskt skall lyda under österrikiska löne- och anställningsvillkor under hela utstationeringens varaktighet. Genom detta ytterligare krav hindras i än högre grad utstationering av arbetstagare för ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat, och följaktligen detta företags verksamhet med tillhandahållande av tjänster. Nämnda krav står dessutom inte i proportion till målet att skydda arbetstagare, dels eftersom det är knutet till en ordning med administrativt förhandstillstånd, dels eftersom det är systematiskt tillämpligt, varför ingen hänsyn tas till den nivå av skydd som de berörda arbetstagarna åtnjuter i den medlemsstat där det tjänstelevererande företag som de är anställda av är etablerat. [40]

83. Som kommissionen har påpekat åligger det för övrigt redan det tjänstelevererande företaget att i förväg genom en anmälan meddela de nationella myndigheterna vissa uppgifter, såsom det lönebelopp som arbetstagaren kommer att erhålla under den kommande utstationeringens varaktighet. [41] Denna formalitet, vilken instiftades inom ramen för införlivandet av nämnda direktiv och som inte ifrågasattes av kommissionen, bidrar i hög grad till att, i förekommande fall, säkerställa att de arbets- och anställningsbestämmelser som är i kraft på det nationella territoriet följs, bland annat genom att underlätta de eventuella kontroller som utförs på plats av behöriga myndigheter under den utstationeringsperiod som angetts i nämnda anmälan. Att därutöver kräva att det tjänstelevererande företaget, inom ramen för ett förfarande för administrativt tillstånd, systematiskt skall visa att hänsyn kommer att tas till nämnda villkor vid den kommande utstationeringen, går utöver vad som krävs för att säkerställa skydd för arbetstagarna.

39 — Generaladvokaten Geelhoed har påpekat detta i punkt 34 i sitt förslag till avgörande i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, angående ett identiskt villkor om att de berörda arbetstagarna skulle ha varit anställda av ursprungsföretaget sedan minst ett år, och preciserat att det i det fallet inte förelåg något — kumulativt eller alternativt — krav på avtal om tillsvidareanställning.

40 — Se, för ett liknande resonemang, punkt 29 i domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Luxemburg, vilken återges i punkt 62 i detta förslag. Det omtvistade kravet går även utöver de bestämmelser som föreskrivs i direktiv 96/71 avseende skydd för arbetstagare, eftersom det inte bara är systematiskt och därmed utesluter tillämpning av för arbetstagarna förmånligare villkor som gäller i ursprungsmedlemsstaten, i motsats till vad som föreskrivs i artikel 3.7 i detta direktiv, utan även utgör en del av ett förfarande för administrativt tillstånd, vilket inte utgör ett lämpligt medel, i den betydelse som avses i direktivet, för att säkerställa att de aktuella löne- och anställningsreglerna följs.

41 — Se punkt 11 och fotnot 6 i detta förslag.

84. Härav drar jag slutsatsen att, för det fall domstolen undersöker den ifrågavarande nationella lagstiftningen mot bakgrund av målen att skydda arbetstagare eller att upprätthålla stabiliteten på arbetsmarknaden, den är tvungen att slå fast att Republiken Österrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 49 EG.

85. Till skillnad från vad den österrikiska regeringen har påstått, anser jag inte att det har någon betydelse att den lokala myndigheten, till skillnad från vad som gäller enligt den nationella lagstiftning som avsågs i det ovannämnda målet kommissionen mot Luxemburg, inte förfogar över något utrymme för skönsmässig bedömning vid utfärdandet av det omtvistade arbetstillståndet, [42] det vill säga att sådana kriterier som situationen på arbetsmarknaden inte kan vara avgörande, utan att det endast görs en objektiv kontroll av de villkor som rör dels att anställningsförhållandet har förelegat under en viss tid och gäller varaktigt, dels att de berörda arbetstagarna under utstationeringsperioden lyder under de löne-, anställnings- och socialskyddsbestämmelser som är i kraft på det nationella territoriet har uppfyllts.

86. Även om införandet av förfarandet för europeisk utstationeringsförklaring, som den österrikiska regeringen har gjort gällande, innebär att det kan kontrolleras att det företag som är etablerat i en annan medlemsstat, och som utstationerar arbetstagare från ett tredjeland i förstnämnda stat, inte utnyttjar friheten att tillhandahålla tjänster för andra ändamål än fullgörandet av den berörda tjänsten, exempelvis att sända ut personalen för att den skall anställas av andra eller finnas till förfogande för andra, måste ändå, som domstolen erinrade om i punkt 40 i sin dom i det ovannämnda målet kommissionen mot Luxemburg, sådana kontroller, som görs med hänsyn till målet att förebygga en destabilisering av arbetsmarknaden, företas inom de gränser som gemenskapsrätten uppställer, i synnerhet de som följer av friheten att tillhandahålla tjänster.

87. Domstolen har emellertid fastställt en dubbel begränsning av denna typ av kontroll. Dels får utövandet av friheten att tillhandahålla tjänster inte bli föremål för myndigheternas skönsmässiga bedömning. Dels utgör begränsningen hinder för att denna grundläggande frihet som föreskrivs i fördraget blir illusorisk. För att de ifrågavarande kontrollerna skall vara godtagbara räcker det alltså inte att myndigheterna saknar utrymme för skönsmässig bedömning. Kontrollerna får inte heller innebära att friheten att tillhandahålla tjänster blir illusorisk. Enligt min uppfattning är detta dock fallet beträffande den kontroll som utförs inom ramen för förfarandet för europeisk utstationeringsförklaring.

88. Det skall erinras om att, som domstolen påpekade i punkt 41 i sin dom i det ovannämnda målet kommissionen mot Luxemburg, ”behovet av att utverka ett arbetstillstånd, på grund av de formaliteter och den tidsutdräkt som detta föranleder, [kan] medföra att friheten att tillhandahålla

42 — Se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkt 33.

tjänster medelst utstationerade arbetstagare som är medborgare i tredje land blir ointressant i fråga om det [nationella] territoriet".

89. Detta konstaterande beträffande den luxemburgska lagstiftningen gäller även för den omtvistade österrikiska lagstiftningen, mot bakgrund av de formaliteter och tidsfrister som omfattas av förfarandet för europeisk utstationeringsförklaring, vilket såsom jag har påpekat utgör ett arbetstillståndsförfarande.[43] Som kommissionen har påpekat medför dessa villkor att möjligheten till utstationering blir illusorisk och så blir även friheten att tillhandahålla tjänster, i synnerhet inom de verksamhetssektorer där tillfälliga, ibland brådskande, ingripanden med kort varaktighet förekommer.

90. Detta är i än högre grad fallet eftersom, skall det erinras om, utfärdandet av ett sådant arbetstillstånd bland annat förutsätter att ett avtal om tillsvidareanställning har ingåtts eller att det föreligger ett anställningsförhållande sedan minst ett år mellan de arbetstagare som berörs av utstationeringen och det företag som avser att företa denna. Sådana villkor kan, även om de endast är alternativa och inte kumulativa (som de som föreskrevs i den lagstiftning som prövades i det ovannämnda målet kommissionen mot Luxemburg), också innebära att friheten att tillhandahålla tjänster blir illusorisk i vissa sektorer, såsom byggsektorn eller databehandlingssektorn, inom vilka man, som kommissionen har påpekat, ofta använder sig av korttidsavtal eller avtal för specifika prestationer, varför det inte är särskilt troligt att varken det ena eller det andra av dessa villkor är uppfyllda. Detta är än mindre troligt för det fall de företag som önskar genomföra en utstationering är nystartade och för dessa finns då ingen annan utväg än att i detta syfte ingå avtal om tillsvidareanställning (eftersom anställningsförhållanden sedan minst ett år med avseende på de berörda arbetstagarna i detta fall omöjligt kan göras gällande).

91. För övrigt skall det medges att detta krav på att anställningsförhållandet skall ha förelegat under viss tid eller gäller varaktigt mellan de berörda arbetstagarna och det tjänstelevererande företaget inte står i proportion till målet att säkerställa att arbetstagarna återvänder till ursprungsmedlemsstaten när utstationeringen upphör i syfte att upprätthålla stabiliteten på arbetsmarknaden.[44]

92. Enligt min uppfattning motsäger inte domen i det ovannämnda målet Van Elst, till vilken den österrikiska regeringen har hänvisat, detta konstaterande. Domstolen grundade visserligen, som den hänskjutande domstolen hade föreslagit, sitt resonemang i det målet på den omständigheten att de berörda marockanska arbetstagarna arbetade lagenligt och stadigvarande för det belgiska tjänstelevererande företaget, för att tillbakavisa de invändningar som den franska regeringen hade framfört om förebyggande av destabilisering av arbetsmarknaden och

43 — Se punkterna 7 och 8 samt 34–36 i detta förslag.

44 — Jag hänvisar till punkterna 45 och 46 i domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Luxemburg, i vilka anges mindre restriktiva men lika effektiva åtgärder än de ifrågavarande kraven. Det skall för övrigt påpekas att det i AVRAG föreskrivs jämförbara åtgärder (se punkterna 11 och 83 i detta förslag).

skydd för arbetstagare i syfte att försvara att ett av de franska myndigheterna utfärdat arbetstillstånd krävdes för utstationering av arbetstagare. Det skulle emellertid vara för långtgående att genom den tolkning *e contrario* som den österrikiska regeringen har framfört härav dra slutsatsen att kravet på ett arbetstillstånd vars utfärdande skulle vara beroende av ett villkor om ett lagenligt och stadigvarande anställningsförhållande, såsom det som föreskrivs i den omtvistade österrikiska lagstiftningen, skulle vara godtagbart under andra omständigheter än dem som uttryckligen angavs i domen i det ovannämnda målet Van Elst. I domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Luxemburg och kommissionen mot Tyskland bestrids denna uppfattning, i alla händelser, formellt. [45]

93. Av det ovanstående följer att det mot bakgrund av domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Luxemburg (som bekräftats genom domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland) är uppenbart att den omtvistade nationella lagstiftningen utgör en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster, som inte står i proportion vare sig till målet att skydda arbetstagarna eller till målet att upprätthålla stabiliteten på arbetsmarknaden.

45 — I punkt 55 i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland var domstolen noga med att påpeka att den inte hade "knutit begreppet lagenlig och stadigvarande anställning till ett krav på bosättning eller på anställning som varat en bestämd period i den medlemsstat där det tjänstelevererande företaget är etablerat".

94. Enligt min uppfattning skall oavsett huruvida domstolen undersöker nämnda lagstiftning mot bakgrund av dessa mål eller endast med hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa samma slutledning dras: Republiken Österrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 49 EG.

95. Följaktligen anser jag att det under alla omständigheter finns grund för den första anmärkningen i förevarande talan.

B — *Den andra anmärkningen angående omöjligheten för en utstationerad arbetstagare som är medborgare i ett tredjeland att tillse att dennes situation står i överensstämmelse med gällande bestämmelser beträffande inresa och vistelse på det nationella territoriet*

1. Parternas argument

96. Kommissionen har genom sin andra anmärkning kritiserat Republiken Österrike för att även ha åsidosatt artikel 49 EG genom att systematiskt vägra tillstånd för inresa eller vistelse för en medborgare i ett tredjeland som är utstationerad av ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat, när nämnda medborgare har rest in till det nationella territoriet utan visering, varför dennes situation inte på något vis på plats kan ändras så att den står i överensstämmelse med gällande bestämmelser.

97. Kommissionen har till stöd för denna anmärkning gjort gällande att en sådan systematisk vägran, vilken medför en automatisk utvisning från det nationella territoriet, utgör en restriktion avseende utstationering av arbetstagare som är medborgare i tredjeländer och följaktligen hindrar utövandet av verksamheten för det tjänstelevererande företag som avser att utstationera dessa. Kommissionen anser att denna restriktion, även om den fyller ett syfte av allmänintresse, är oproportionerlig eftersom den avser arbetstagare som är medborgare i tredjeländer och som är i en lagenlig situation i den medlemsstat där det tjänstelevererande företaget är etablerat och till vilken de avser återvända efter utstationeringen. Kommissionen har i detta avseende hänvisat till domstolens dom av den 25 juli 2002 i målet MRAX, [46] angående medborgare i tredjeländer som är makar till medborgare i medlemsstater, till stöd för uppfattningen att beviljandet av ett uppehållstillstånd för en utstationerad arbetstagare från ett tredjeland endast är en fastställelse av redan existerande rättigheter och inte utgör grund för några nya rättigheter, varför ett beslut om vägran av uppehållstillstånd och, i än högre grad, en utvisningsåtgärd, vilka enbart är grundade på ett bristande uppfyllande av en juridisk formalitet angående utlänningskontroll, är oproportionerliga.

98. Den österrikiska regeringen har medgett att det förbud att bevilja uppehållstillstånd som föreskrivs i 10 § första stycket tredje punkten FrG utgör ett hinder för utstationering av arbetstagare från tredjeländer av ett tjänstelevererande företag som är etablerat i en annan medlemsstat, utom när denna medlemsstat är part i Schengenavtalet eftersom det ifrågavarande förbudet då inte gäller. Nämnda regering har emellertid bestridit att det ifrågavarande förbudet skulle vara oproportionerligt. Den anser att det med hänsyn till allmän ordning och säkerhet krävs att en ansökan om visering inlämnas före inresa på territoriet. Att godta möjligheten att på plats ändra situationen så att den står i överensstämmelse med gällande bestämmelser skulle innebära att de nationella myndigheterna förlorade sin rätt att vägra uppehållstillstånd till en person som utgör en risk med hänsyn till allmän ordning eller säkerhet.

2. Bedömning

99. Inledningsvis skall det preciseras att villkoren för inresa och vistelse för medborgare i tredjeländer på en medlemsstats territorium, inom ramen för en utstationering som genomförs av ett tjänstelevererande företag som är etablerat i en annan medlemsstat, inte har harmoniserats på gemenskapsnivå.

100. Direktiv 96/71 omfattar ingen bestämmelse i denna riktning. I skäl 20 i detta direktiv anges för övrigt att ”[d]etta direktiv inte påverkar ... nationell lagstiftning om villkor för inresa, bosättning och anställning

46 — Mål C-459/99 (REG 2002, s. I-6591), punkt 74.

för arbetstagare som är medborgare i tredje land".

101. Vad gäller 1999 års förslag till direktiv, angående villkoren för anställda arbetstagare som är medborgare i ett tredjeland inom ramen för gränsöverskridande tillhandahållande av tjänster, så föreskrivs i detta regler om inresa och vistelse för nämnda arbetstagare, men som jag har påpekat övergavs detta slutligen. [47]

102. Härav följer att fördragets bestämmelser angående frihet att tillhandahålla tjänster kan tillämpas på villkor för inresa och vistelse på den medlemsstats territorium där utstationeringen görs, för medborgare som är medborgare i ett tredjeland och som utstationeras av ett tjänstelevererande företag som är etablerat i en annan medlemsstat.

103. Det måste konstateras att den ifrågavarande medlemsstatens lagstiftning, genom att systematiskt förbjuda utfärdande av tillstånd för inresa och vistelse för en arbetstagare som är medborgare i ett tredjeland och som är utstationerad av ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat, när nämnda arbetstagare har rest in till territoriet utan visering, medför hinder för utstationering av sådana arbetstagare och därmed för detta företags utövande av verksamheten med tillhandahållande av tjänster.

104. Genom att utesluta varje möjlighet att på plats ändra den berörde arbetstagarens situation så att den står i överensstämmelse med gällande bestämmelser utsätts arbetstagaren genom nämnda lagstiftning för en risk för utvisning från det nationella territoriet. Lagstiftningen kan också få till följd att arbetstagaren drabbas av en automatisk utvisning och eventuellt ett förbud att återvända till eller vistas inom territoriet. En sådan risk skulle allvarligt äventyra genomförandet av den planerade utstationeringen.

105. För att undvika sådana problem har det tjänstelevererande företaget ingen annan möjlighet än att, innan utstationeringen påbörjas, försäkra sig om att varje berörd

47 — Se punkt 27 i detta förslag. Rådet avsåg i detta förslag till direktiv att införa en handling med beteckningen "EG-kort för tillhandahållande av tjänster", för en viss giltighetsperiod som skulle kunna förnyas, i syfte att underlätta denna typ av utstationeringar. Det var frågan om att myndigheterna i den medlemsstat där tjänsteleverantören är etablerad skulle vara skyldiga att, på förfrågan av den senare, utfärda denna handling, när denne avsåg att genomföra nämnda utstationering och den arbetstagare som skulle utstationeras befann sig i en lagenlig situation på nämnda stats territorium. Som villkor för detta föreskrevs i artikel 3.1 i nämnda proposition att "[v]arje medlemsstat där tjänster tillhandahålls skall bevilja egenföretagare rätt till inresa och vistelse för att tillhandahålla en eller flera tjänster, under förutsättning att personen i fråga innehar EG-kortet för tillhandahållande av tjänster samt ett ID-kort eller pass som är giltigt för hela den period som tjänsterna tillhandahålls". I enlighet med denna logik preciserades det i artikel 3.2 a och b i samma förslag att "[i]ngen medlemsstat där en tjänst tillhandahålls får av tjänsteleverantören kräva någon av följande handlingar: a) Inrese- eller utresevisum, b) Annat uppehållstillstånd än det som avses i punkt 3". I artikel 4.2 i nämnda förslag föreskrevs dock att medlemsstaterna fick avvika från direktivet i fråga när detta var berättigat med hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa, under förutsättningar som kan jämföras med dem som föreskrivs i rådets direktiv 64/221/EEG av den 25 februari 1964 om samordningen av särskilda åtgärder som gäller utländska medborgares rörlighet och bosättning och som är berättigade med hänsyn till allmän ordning, säkerhet och hälsa (som tillämpas på medlemsstaternas medborgare) (EGT, 1964, s. 850; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 28).

arbetstagare har ansökt om och beviljats en visering. Som kommissionen har gjort gällande, och vilket inte på ett övertygande sätt har bestridits av den österrikiska regeringen, krävs emellertid för beviljandet av en visering i princip bland annat att en europeisk utstationeringsförklaring har erhållits, [48] vilket såsom framgått kan ta upp till sex veckor räknat från mottagandet av förhandsanmälan. [49] Att kräva en europeisk utstationeringsförklaring för beviljande av visering bidrar således till att öka den restriktiva verkan som förbudet mot att på plats ändra situationen så att den står i överensstämmelse med gällande bestämmelser medför.

106. Det är för övrigt just för att undvika sådana hinder som det i 1999 års förslag till direktiv, som jag redan har nämnt, föreskrevs ett förbud för varje medlemsstat där den berörda tjänsten tillhandahölls att av den utstationerade arbetstagaren eller leverantören i egenskap av arbetsgivare kräva någon typ av visering för inresa eller någon typ av uppehållstillstånd (utom för det fall den totala varaktigheten av de planerade tjänsterna översteg sex månader under en period av tolv månader). [50]

107. En sådan inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster kan visserligen vara motiverad med hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa, men enligt min uppfattning går den likväl utöver vad som kan krävas för att uppnå dessa mål.

108. Det skall erinras om att dessa skäl, enligt fast rättspraxis, [51] endast kan åberopas i fall då ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot föreligger som påverkar ett grundläggande samhällsintresse.

109. Det förbud mot beviljande av ett tillstånd för inresa eller vistelse som föreskrivs i den ifrågavarande lagstiftningen kan tillämpas automatiskt när en utstationerad arbetstagare reser in till det nationella territoriet utan visering. Enligt min uppfattning är inte en överträdelse av kravet på

48 — Ett relativt jämförbart system föreskrivs i den nationella lagstiftning som ifrågasattes i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland. Med stöd av denna lagstiftning krävs för utstationering i Tyskland av arbetstagare som är medborgare i ett tredjeland, av ett tjänstelevererande företag som är etablerat i en annan medlemsstat, beviljande av ett uppehållstillstånd i form av en visering, för vilken det i sin tur krävs att flera villkor skall vara uppfyllda, såsom att den berörda arbetstagaren skall vara anställd sedan minst ett år i det företag som skall företa utstationeringen (vilket som har framgått motsvarar ett av de villkor som ställs för beviljandet av en europeisk utstationeringsförklaring i Österrike).

49 — Se punkt 36 i detta förslag.

50 — Detta förslag till direktiv bygger på konstaterandet att, som det anges i skäl 4 i förslaget, "[n]är tjänsteleverantörer behöver utstationera en anställd som är tredjelandsmedborgare möter de ofta svårigheter som leder till att de antingen tvingas avstå från att erbjuda tjänsten eller också får acceptera skadliga förseningar ...".

51 — Se punkt 53 i detta förslag.

visering, oavsett hur fördömligt detta må vara,[52] tillräcklig för att det skall kunna anses föreligga ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot som påverkar ett grundläggande samhällsintresse,[53] och således inte för att det omtvistade förbudet eller därtill möjliga anknutna åtgärder (utvisning och förbud mot inresa och vistelse på territoriet) skall kunna anses vara motiverade. Härav följer att det ifrågavarande förbudet, på grund av sin automatiska karaktär, förefaller oproportionerligt med hänsyn till upprätthållandet av allmän ordning och säkerhet.

110. Detta gäller i än högre grad eftersom förbudet kan tillämpas även när den berörde arbetstagaren är i en lagenlig situation i den medlemsstat från vilken han är utstationerad, eller när han innehar en europeisk utstationeringsförklaring (vilket som har framgått förutsätter att det tjänstelevererande företaget redan har uppfyllt synnerligen stränga krav), trots att nämnda arbetstagare under sådana omständigheter, som är långt ifrån hot mot allmän ordning eller säkerhet i den mening som avses i domstolens rättspraxis, tvärtom erbjuder verkliga garantier beträffande sin vistelse på det nationella territoriet och sitt återvändande till ursprungsmedlemsstaten efter att ha utfört sitt uppdrag.

111. Majoriteten av de medlemsstater i vilka det vid en utstationering från ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat, av arbetare som är medborgare i tredjeländer, krävs visering för inresa eller uppehållstillstånd vidtar för övrigt inte, vad jag vet, sanktionsåtgärder med avseende på en olaglig inresa av dessa arbetstagare på territoriet genom att automatiskt vägra en ändring på plats av den berördes situation så att den står i överensstämmelse med gällande bestämmelser.[54] Dessa uppgifter avseende komparativ rätt stärker min uppfattning att det ifrågavarande förbudet går utöver vad som är nödvändigt för att säkerställa upprätthållandet av allmän ordning och säkerhet.

112. Denna bedömning kan inte ifrågasättas på grund av den omständigheten att det omtvistade förbudet, som den österrikiska regeringen har gjort gällande, i princip inte kan göras gällande gentemot arbetstagare som är medborgare i tredjeländer, vilka är utstationerade för en viss period av ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat än Österrike och som har uppehållstillstånd i den medlemsstat som de är utstationerade från, när denna senare stat är part i

52 — Det följer av fast rättspraxis att "gemenskapsrätten inte innebär något hinder för medlemsstaterna att för åsidosättanden av nationella bestämmelser om kontroll av utlänningar föreskriva varje lämplig åtgärd som är nödvändig för att säkerställa dessa bestämmelsers verkan ... under förutsättning att dessa sanktionsåtgärder är proportionerliga". Se domen i det ovannämnda målet MRAX, punkt 77, och däri angiven rättspraxis.

53 — Se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 8 april 1976 i mål 48/75, Royer (REG 1976, s. 497; svensk specialutgåva, volym 3, s. 73), punkt 47, och domen i det ovannämnda målet MRAX, punkt 79.

54 — De enda medlemsstater som erkänner sådana sanktionsåtgärder förefaller vara Republiken Italien, Republiken Ungern, Republiken Polen och Republiken Slovenien. Även om ansökan om visering i princip måste göras före inresa till det berörda territoriet, oftast hos de konsulära myndigheterna i det land där utlänningen är bosatt, föreskrivs tydligen inga sådana sanktionsåtgärder i Konungariket Belgien, Republiken Tjeckien, Konungariket Danmark, Förbundsrepubliken Tyskland, Republiken Grekland, Republiken Frankrike, Irland, Storhertigdömet Luxemburg, Konungariket Sverige eller Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland. De belgiska, danska och franska myndigheterna förefaller dessutom erkänna möjligheten till en reglering på plats.

Schengenavtalet och särskilt i konventionen om tillämpning av Schengenavtalet. [55]

113. I artikel 21.1 i konventionen föreskrivs förvisso att ”[u]tlänningar med av någon avtalsslutande part utfärdat uppehållstillstånd får, under förutsättning att såväl detta tillstånd som resedokumentet är giltiga, röra sig fritt under högst tre månader på övriga avtalsslutande parters territorier, såvida de uppfyller de inresevillkor som anges i artikel 5.1 a, 5.1 c och 5.1 e [56] och inte finns registrerade på den berörda avtalsslutande partens spärrlista”.

114. Av dessa bestämmelser följer att de arbetstagare som är medborgare i tredjeländer i förhållande till Europeiska unionen och som utstationeras till Österrike, för en period om högst tre månader, av ett tjänsteleverererande företag som är etablerat i en annan medlemsstat som är part i konventionen, inte är skyldiga att av de österrikiska myndigheterna erhålla någon visering eller något uppehållstillstånd för att utföra sitt uppdrag inom ramen för nämnda utstationering. Under förutsättning att de villkor som anges i artikel 21.1 i konventionen är uppfyllda, är det nämligen tillräckligt att de berörda arbetstagarna har beviljats uppehållstillstånd av myndigheterna i den avtalsslutande medlemsstat som de utstationerats från. Dessa arbetstagare undkommer således per definition förbudet för utfärdande, av de österrikiska myndigheterna, av ett tillstånd för inresa eller vistelse efter inresa utan visering på det nationella territoriet.

115. Oavsett vilken omfattning som skall tillskrivas detta undantag från det ifrågavarande förbudet (vilket för övrigt reduceras betydligt), är detta inte av vikt för att bedöma huruvida den ifrågavarande inskränkningen är oproportionerlig och därmed huruvida den andra anmärkningen är välgrundad. Det följer nämligen av fast rättspraxis att ett fördragsbrott föreligger oberoende av den fastställda överträdelsens omfattning och allvar. [57]

116. Av detta skall den slutsatsen dras att det finns grund för den andra anmärkningen i förevarande talan.

55 — Konvention om tillämpning av Schengenavtalet av den 14 juni 1985 mellan regeringarna i Beneluxstaterna, Förbundsrepubliken Tyskland och Franska republiken om gradvis avskaffande av kontroller vid de gemensamma gränserna (EGT L 239, 2000, s. 19) (nedan kallad konventionen). Alla EU-medlemsstaterna har undertecknat denna konvention, med undantag av Irland, Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland och de nya medlemsstaterna (som blev medlemmar i Europeiska unionen i maj 2004).

56 — Det rör sig om följande villkor: a) att vara innehavare av ett eller flera giltiga dokument som tillåter passerande av Schengenområdets yttre gränser, c) att i förekommande fall kunna visa upp dokument som bevisar syftet med och villkoren för den avsedda vistelsen samt ha tillräckliga medel för uppehälle vad gäller såväl den planerade vistelsens längd som återresan till ursprungslandet eller transitresa till tredjeland som medger inresa, eller att vara i stånd att på laglig väg anskaffa dessa medel, e) att inte anses utgöra en risk för den allmänna ordningen, statens säkerhet eller någon av de avtalsslutande parternas internationella förbindelser.

57 — Se bland annat, för ett nyligen fastställt exempel, domstolens dom av den 1 februari 2001 i mål C-333/99, kommissionen mot Frankrike (REG 2001, s. I-1025), punkt 32.

IV — Förslag till avgörande

117. Jag föreslår att domstolen skall avgöra målet enligt följande:

1) Republiken Österrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 49 EG, genom att

— anta och upprätthålla en lagstiftning enligt vilken det krävs att vid utstationering av arbetstagare som är medborgare i tredjeländer, av ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat, detta företag i förväg skall erhålla ett administrativt tillstånd som betecknas "europeisk utstationeringsförklaring", vars utfärdande kräver dels att de berörda arbetstagarna är bundna till nämnda företag genom anställningsförhållanden sedan minst ett år eller att ett avtal om tillsvidareanställning har ingåtts mellan dessa parter, dels att nämnda arbetstagare lyder under de löne- och anställningsvillkor som gäller på det nationella territoriet under hela den planerade utstationeringens varaktighet,

— anta och upprätthålla en lagstiftning i vilken föreskrivs ett systematiskt förbud mot utfärdande av tillstånd för inresa eller vistelse avseende en arbetstagare som är medborgare i ett tredjeland, som är utstationerad av ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat, när nämnda arbetstagare har rest in på det nationella territoriet utan visering, på så sätt att den senares situation inte på något sätt på plats kan ändras så att den står i överensstämmelse med gällande bestämmelser.

2) Republiken Österrike förpliktas att bära sin rättegångskostnad samt att ersätta rättegångskostnaderna för Europeiska gemenskapernas kommission.