OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO PHILIPPE'A LÉGERA

przedstawiona w dniu 23 lutego 2006 r. [1]

1. Komisja Wspólnot Europejskich wnosi w niniejszej skardze do Trybunału o stwierdzenie, że Republika Austrii uchybiła zobowiązaniom, które ciążą na niej na mocy art. 49 WE w ten sposób, że w przypadku przedsiębiorstwa mającego siedzibę w innym państwie członkowskim uzależnia delegowanie przez nie pracowników najemnych będących obywatelami państw trzecich od otrzymania dokumentu zwanego „potwierdzeniem oddelegowania na terytorium Wspólnoty", którego wydanie przez władze austriackie wymaga spełnienia łącznie dwóch warunków: po pierwsze, stażu lub trwałości stosunku pracy pomiędzy tym przedsiębiorstwem a delegowanymi pracownikami najemnymi, a po drugie systemowego podporządkowania tych pracowników najemnych reżimowi zatrudnienia obowiązującemu na terytorium austriackim w trakcie przyszłego delegowania. Komisja wnosi także do Trybunału o stwierdzenie, że to państwo członkowskie uchybiło ciążącym na nim zobowiązaniom poprzez odmowę przyznania dokumentu uprawniającego do wjazdu lub pobytu obywatelowi państwa trzeciego, który jest delegowany przez przedsiębiorstwo mające siedzibę w innym państwie członkowskim, w sytuacji gdy obywatel ten wjechał na terytorium Austrii bez wizy.

2. O ile pierwszy zarzut powołany w ramach niniejszej skargi jest relatywnie porównywalny z zarzutem badanym przez Trybunał w wyroku z dnia 21 października 2004 r. w sprawie Komisja przeciwko Luksemburgowi [2], jak również w wyroku z dnia 19 stycznia 2006 r. w sprawie Komisja przeciwko Niemcom [3], o tyle drugi zarzut zdaje się być nowy, nawet jeśli wykazuje pewne związki z zarzutem przedstawionym w ostatniej sprawie. Poprzez ten drugi zarzut Komisja wzywa Trybunał do oceny zgodności uregulowania krajowego, zmierzającego do zapewnienia przestrzegania zgodności przepisów dotyczących kontroli wjazdu i pobytu obywateli państwa trzeciego na terytorium państwa członkowskiego z normami traktatu WE w dziedzinie swobody świadczenia usług.

I — Krajowe ramy prawne

3. Delegowanie na terytorium krajowe pracowników najemnych będących obywatelami

1 — Język oryginału: francuski.

2 — Wyrok w sprawie C-445/03, Zb.Orz. str. I-10191.

3 — Wyrok w sprawie C-244/04, Zb.Orz. str. I-885.

państwa trzeciego przez przedsiębiorstwo mające siedzibę w innym państwie jest uregulowane w Austrii w ustawie o zatrudnianiu cudzoziemców (Ausländerbeschäftigungsgesetz, zwanej dalej „AuslBG") [4], jak również w ustawie o prawie umów pracy (Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, zwanej dalej „AVRAG") [5].

4. Artykuł 18 ust. 1 AuslBG ustanawia zasadę, zgodnie z którą delegowanie cudzoziemców na terytorium krajowe przez przedsiębiorstwo niemające siedziby w Austrii wymaga wcześniejszego pozwolenia. Istnieje kilkanaście wyjątków od tej zasady na rzecz niektórych przedsiębiorstw lub rodzajów działalności.

5. Wśród tych różnych wyjątków znajduje się i ten, o którym mowa w art. 18 ust. 12 AuslBG (w brzmieniu nadanym reformą obowiązującą od dnia 1 stycznia 1998 r.), dotyczący delegowania obywateli państw trzecich przez przedsiębiorstwo zagraniczne mające siedzibę w innym państwie członkowskim Wspólnoty Europejskiej w celu świadczenia usług na terytorium austriackim. Taka operacja podlega szczególnej procedurze, zwanej „potwierdzeniem oddelegowania na terytorium Wspólnoty", a nie ogólnej procedurze przewidzianej dla delegowania cudzoziemców, która, jak właśnie wskazano, jest procedurą w sprawie wydania pozwolenia.

4 — BGBl. 218/1975.

5 — BGBl. 459/1993.

6. Procedura potwierdzenia oddelegowania na terytorium Wspólnoty, zaskarżona niniejszą skargą, odbywa się w następujący sposób:

7. Po pierwsze przedsiębiorstwo mające siedzibę w państwie członkowskim innym niż Austria, które zamierza delegować pracowników, musi to uprzednio zgłosić właściwym organom krajowym, czyli w regionalnym urzędzie pracy.

8. Następnie urząd ten wydaje danemu przedsiębiorstwu dokument zwany „potwierdzeniem oddelegowania na terytorium Wspólnoty", który jest równoznaczny z zaświadczeniem o zgłoszeniu. Wydanie tego dokumentu, w terminie sześciu tygodni od otrzymania wspomnianego zgłoszenia, zależy od łącznego spełnienia dwóch warunków. Warunki te, określone w art. 18 ust. 13 AuslBG, są następujące:

9. Po pierwsze, konieczne jest, aby „cudzoziemiec wykonywał pracę, w delegującym go przedsiębiorstwie zgodnie z przepisami i zwyczajami od co najmniej roku w kraju siedziby tego przedsiębiorstwa lub zawarł umowę o pracę na czas nieokreślony i posiadał zezwolenia wymagane w dziedzinie zatrudnienia od obywateli państw trzecich w państwie, które go deleguje".

10. Po drugie, delegowani pracownicy muszą podlegać w okresie trwania ich przyszłego delegowania warunkom wynagradzania i zatrudnienia oraz przepisom dotyczącym zabezpieczenia społecznego przewidzianym w prawie austriackim.

11. Poza wymogami właściwymi dla procedury potwierdzenia oddelegowania na terytorium Wspólnoty art. 7 lit. b) ust. 3 i 9 AVRAG zawiera zobowiązanie pod karą grzywny przedsiębiorstwa mającego siedzibę w innym państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego, które chce delegować swoich pracowników do Austrii, do dokonania zgłoszenia w centralnym urzędzie ds. kontroli legalności zatrudnienia, podlegającym federalnemu ministerstwu finansów. To zgłoszenie, obok zgłoszenia w innym urzędzie w ramach procedury potwierdzenia oddelegowania na terytorium Wspólnoty, musi być co do zasady dokonane co najmniej na tydzień przed podjęciem pracy, która ma być wykonana w formie oddelegowania. Zgłoszenie musi zawierać szereg informacji dotyczących osób biorących udział w delegowaniu oraz jego sposobów [6]. Jest ono następnie przekazywane przez urząd będący adresatem do różnych organów zabezpieczenia społecznego oraz do inspekcji pracy.

12. Poza tym Fremdengesetz (ustawa o cudzoziemcach, zwana dalej „FrG") [7] nakłada na obywateli państw trzecich, zwłaszcza tych prowadzących działalność gospodarczą w Austrii i niemających tam miejsca zamieszkania, obowiązek posiadania dokumentu uprawniającego do wjazdu i pobytu, o ile umowa międzynarodowa nie stanowi inaczej [8].

13. Artykuł 10 ust. 1 pkt 3 FrG stanowi, że „po wjeździe na terytorium Austrii bez uprzednio uzyskanej wizy [z wyjątkiem niektórych kategorii osób] odmawia się wydania dokumentu uprawniającego do wjazdu i pobytu". I tak artykuł ten sprzeciwia się wydaniu dokumentu uprawniającego do wjazdu lub pobytu obywatelowi państwa trzeciego, delegowanego przez przedsiębiorstwo mające siedzibę w innym państwie członkowskim, jeśli wjechał on na terytorium austriackie bez uprzedniego otrzymania wymaganej wizy. Innymi słowy, w sytuacji, gdy obywatel taki wjechał na terytorium krajowe nielegalnie bez uprzednio uzyskanego zezwolenia na wjazd, a następnie pobyt, jego sytuacja nie może być konwalidowana na miejscu poprzez wydanie dokumentu uprawniającego do wjazdu lub pobytu.

II — Postępowanie poprzedzające wniesienie skargi

14. W następstwie wymiany korespondencji pomiędzy Republiką Austrii i Komisją

6 — Informacje te, wymienione w art. 7 lit. b) ust. 4 AVRAG, są następujące: 1) nazwisko i adres pracodawcy, 2) nazwisko osoby odpowiedzialnej, 3) nazwisko i adres klienta krajowego, 4) nazwiska, daty urodzenia oraz numery ubezpieczeń społecznych pracowników delegowanych do Austrii, 5) początek i przewidywany okres trwania oddelegowania w Austrii, 6) wysokość wynagrodzenia należnego pracownikowi, 7) miejsce prowadzenia działalności w Austrii, 8) odnośnie do prac budowlanych — rodzaj działalności i rodzaj usługi, jaką wykonuje pracownik.

7 — BGBl. I, 75/1997.

8 — Zobacz art. 2 ust. 1 w zw. z art. 5 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 4 pkt 4 FrG.

i otrzymania przez Komisję skargi Komisja — oceniając, że to państwo członkowskie uchybiło zobowiązaniom, które ciążą na nim z mocy art. 49 WE — pismami z dnia 14 lipca 1997 r. oraz z dnia 2 lipca 1998 r. skierowała do Republiki Austrii wezwanie do usunięcia uchybienia [9].

15. W dniu 5 kwietnia 2002 r. Komisja, której nie przekonały wyjaśnienia przedstawione przez Republikę Austrii, skierowała do niej uzasadnioną opinię, wzywając ją do przyjęcia środków niezbędnych do zastosowania się do zobowiązań, które ciążą na Republice Austrii na mocy tego artykułu, w terminie dwóch miesięcy od jej doręczenia.

16. Po wskazaniu przez władze austriackie, że nie zamierzają zmieniać spornych przepisów krajowych, w dniu 5 kwietnia 2004 r. Komisja zdecydowała się wnieść niniejszą skargę do Trybunału.

17. Po dopuszczeniu w dniu 26 października 2004 r. przez prezesa Trybunału interwencji Królestwa Niderlandów po stronie Republiki Austrii Królestwo Niderlandów odstąpiło od interwencji pismem z dnia 16 grudnia 2004 r., w związku z czym prezes Trybunału nowym postanowieniem z dnia 4 lutego 2005 r. wykreślił to państwo członkowskie jako stronę interweniującą w sporze.

III — Skarga

18. Na poparcie swojej skargi, przypomnijmy, Komisja powołuje dwa zarzuty, dotyczące po pierwsze procedury wydawania potwierdzania oddelegowania na terytorium Wspólnoty, a po drugie niemożliwości uregulowania przez delegowanego pracownika, obywatela państwa trzeciego, swojej sytuacji w zakresie wjazdu i pobytu na terytorium Austrii. Zbadam po kolei każdy z tych zarzutów.

A — *W przedmiocie zarzutu pierwszego, dotyczącego procedury wydawania potwierdzania oddelegowania na terytorium Wspólnoty*

1. Argumentacja stron

19. Pierwszy zarzut Komisji wobec Republiki Austrii dotyczy naruszenia art. 49 WE przez uzależnienie oddelegowania pracowników będących obywatelami państw trzecich przez

9 — Drugie pismo, z dnia 2 lipca 1998 r., uwzględniało zmiany AuslBG, jakie weszły w życie w dniu 1 stycznia 1998 r., w wyniku których (jak zostało już wskazane w pkt 5 niniejszej opinii) procedura zwana „zezwoleniem" została zastąpiona przez procedurę zwaną „potwierdzeniem oddelegowania na terytorium Wspólnoty" dla obywateli państw trzecich delegowanych przez przedsiębiorstwo mające siedzibę w innym niż Austria państwie członkowskim.

przedsiębiorstwo mające siedzibę w innym państwie członkowskim od uzyskania przez nie potwierdzenia oddelegowania na terytorium Wspólnoty, którego wydanie wymaga po pierwsze istnienia stosunku pracy łączącego delegowanych pracowników z danym przedsiębiorstwem od co najmniej roku lub zawarcia pomiędzy nimi umowy o pracę na czas nieokreślony, a po drugie podporządkowania tychże pracowników systemowi wynagradzania i zatrudniania obowiązującego na terytorium Austrii w okresie przyszłego oddelegowania.

20. Na poparcie tego zarzutu Komisja dowodzi, że w przeciwieństwie do tego, co twierdzi rząd austriacki, procedura wydawania potwierdzenia oddelegowania na terytorium Wspólnoty nie ma charakteru czysto deklaratoryjnego, ale skutkuje prawdziwą decyzją w przedmiocie zezwolenia, której wydanie zależy od spełnienia pewnych warunków. Ten wymóg uzyskania zezwolenia stanowiłby ograniczenie swobody świadczenia usług w zakresie, w jakim uwzględniając obciążenia administracyjne i finansowe, jak również wynikające z nich terminy, zniechęcałby przedsiębiorstwa mające siedzibę w innym państwie członkowskim do oddelegowywania swoich pracowników do Austrii w celu świadczenia tam usług.

21. Według Komisji ograniczenie to, bez względu na to, czy jest dyskryminujące, czy nie [10], jest w każdym razie nieproporcjonalne w stosunku do celów ochrony pracowników i zapobiegania nadużyciom, którym ma służyć obowiązek uzyskania potwierdzenia oddelegowania na terytorium Wspólnoty oraz związane z nim warunki czy wymogi.

22. Odnośnie do, dokładniej, wymogu dotyczącego przestrzegania warunków wynagradzania i zatrudnienia przewidzianych w Austrii, to jest on jej zdaniem niepotrzebny, ponieważ został już uwzględniony podczas kontroli przeprowadzonej w tej dziedzinie przez AVRAG w celu transponowania dyrektywy 96/71/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 grudnia 1996 r. dotyczącej delegowania pracowników w ramach świadczenia usług [11].

23. Odnośnie do dodatkowego wymogu dotyczącego stałego charakteru stosunków pracy pomiędzy danym przedsiębiorstwem a pracownikami najemnymi, których ma dotyczyć oddelegowanie, w opinii Komisji nie tylko wymóg ten sprawia, że możliwość oddelegowania pracowników będących obywatelami państwa trzeciego staje się w niektórych sektorach pozorna, ale także bardziej działa na ich niekorzyść niż ich chroni.

24. Republika Austrii przyznaje, że procedura wydawania potwierdzenia oddelegowa-

10 — Jak Komisja podkreśliła w pkt 35 skargi, jej podejście jest niezależne od rozwiązania kwestii, czy rozpatrywane przepisy krajowe mają charakter dyskryminacyjny.

11 — Dz.U. 1997, L 18, str. 1.

nia na terytorium Wspólnoty ogranicza swobodę świadczenia usług, natomiast przeczy, jakoby środek ten był nieproporcjonalny w stosunku do celu ochrony pracowników, jaki ma realizować. Jej zdaniem sporna procedura, określona jako deklaratoryjna, nie tylko nie jest zbieżna z procedurą przewidzianą w AVRAG, która jest zwolniona z wszelkiej kontroli odnośnie do przestrzegania warunków wynagrodzenia i zatrudniania, ale ponadto wpisuje się w wyrok Trybunału z dnia 9 sierpnia 1994 r. w sprawie Vander Elst [12], który uzależnia oddelegowanie pracowników będących obywatelami państwa trzeciego, od których nie wymaga się zezwolenia, od zgodnego z przepisami i zwyczajami zatrudnienia pracowników przez przedsiębiorstwo świadczące usługi.

2. Ocena

25. Według mnie pierwszy zarzut jest uzasadniony.

26. Przed zbadaniem, czy — jak sądzę — postanowienia traktatu dotyczące swobodnego świadczenia usług stoją na przeszkodzie wspomnianym przepisom krajowym w dziedzinie oddelegowania pracowników, sprawdzę najpierw, czy takie postanowienia rzeczywiście znajdują zastosowanie w tej dziedzinie.

a) Zastosowanie zasad traktatu dotyczących swobody świadczenia usług w dziedzinie delegowania pracowników

27. Trybunał orzekł w pkt 25 ww. wyroku w sprawie Komisja przeciwko Luksemburgowi, że kwestie odnoszące się do delegowania pracowników będących obywatelami państw trzecich w ramach świadczenia usług transgranicznych nie są zharmonizowane na poziomie wspólnotowym — projekt dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady, przedstawiony przez Komisję w dniu 12 lutego 1999 r., do chwili obecnej nie został przyjęty [13]. Jak Trybunał niedawno wyjaśnił, ta uwaga jest nadal aktualna [14]. W istocie Komisja ostatecznie zrezygnowała z tego projektu w sierpniu 2004 r., czyli kilka miesięcy po wniesieniu niniejszej skargi.

28. Odnośnie do dyrektywy 96/71 realizowane przez nią zadanie harmonizacji jest częściowe i niepełne, nawet jeśli ma ona zastosowanie bez względu na narodowość

12 — Wyrok w sprawie C-43/93, Rec. str. I-3803.

13 — Dz.U. L 67, str. 12.

14 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, pkt 32.

delegowanych pracowników, a tym samym w szczególności do tych będących obywatelami państw trzecich [15].

29. Wynika z tego, że postanowienia traktatu w dziedzinie swobodnego świadczenia usług rzeczywiście mają na celu uregulowanie oddelegowania pracowników będących obywatelami państw trzecich w ramach świadczenia usług transgranicznych.

30. Według mnie te postanowienia traktatu stoją na przeszkodzie, jak podnosi Komisja w ramach pierwszego zarzutu, temu, aby państwo członkowskie uzależniało delegowanie pracowników, będących obywatelami państw trzecich, przez przedsiębiorstwo mające siedzibę w innym państwie członkowskim, od otrzymania przez nie potwierdzenia oddelegowania na terytorium Wspólnoty, którego wydanie wymaga po pierwsze istnienia od co najmniej roku stosunku pracy wiążącego delegowanych pracowników z danym przedsiębiorstwem lub zawarcia pomiędzy nimi umowy o pracę na czas nieokreślony, a po drugie poddania tychże pracowników systemowi wynagradzania i zatrudniania obowiązującego na terytorium krajowym pierwszego państwa członkowskiego w trakcie trwania przyszłego delegowania.

15 — W przeciwieństwie do projektu dyrektywy z 1999 r., z którego, jak już wspomniano, ostatnio zrezygnowano, dyrektywa 96/71 nie przewiduje żadnej szczególnej procedury dla oddelegowania pracowników w ramach świadczenia usług transgranicznych. To ostatnie ogranicza się co do zasady głównie do zapewnienia pracownikom oddelegowanym w tych ramach zastosowania na ich korzyść pewnych zasad obowiązujących w państwie członkowskim, na terytorium którego jest świadczona rzeczona usługa, w zakresie niektórych warunków wynagradzania i zatrudnienia. Zresztą nawet jeśli ta dyrektywa pozostawia państwom członkowskim staranie o zapewnienie przestrzegania tych zasad, to wyłącznie, jak stanowi motyw dwunasty tej dyrektywy, pod warunkiem przyjęcia odpowiednich środków w tym względzie, czyli takich, które nie naruszają przepisów traktatu w dziedzinie swobodnego świadczenia usług.

31. Tę właśnie kwestię wyjaśnię teraz, badając po pierwsze restrykcyjny skutek spornej procedury wydawania potwierdzenia oddelegowania na terytorium Wspólnoty, a następnie jego potencjalne uzasadnienie, jak również, w razie potrzeby, jego hipotetyczną proporcjonalność w świetle niektórych wymogów interesu ogólnego.

b) Restrykcyjny skutek spornej procedury wydawania potwierdzenia oddelegowania na terytorium Wspólnoty względem swobody świadczenia usług

32. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem przepisy krajowe, które uzależniają wykonywanie świadczenia usług na terytorium narodowym przez przedsiębiorstwo mające siedzibę w innym państwie członkowskim od wystawienia zezwolenia administracyjnego, stanowią ograniczenie swobody świadczenia usług [16].

33. Otóż w przeciwieństwie do twierdzeń rządu austriackiego wymóg, o którym mowa w art. 18 ust. 12 AuslBG, polegający na obowiązku uzyskania potwierdzenia oddelegowania na terytorium Wspólnoty, przed

16 — Zobacz zwłaszcza wyroki: z dnia 25 lipca 1991 r. w sprawie C-76/90 Säger, Rec. str. I-4221, pkt 14; z dnia 9 marca 2000 r. w sprawie C-355/98 Komisja przeciwko Belgii, Rec. str. I-1221, pkt 35; z dnia 20 lutego 2001 r. w sprawie C-205/99 Analir i in., Rec. str. I-1271, pkt 22; z dnia 29 maja 2001 r. w sprawie C-263/99 Komisja przeciwko Włochom, Rec. str. I-4195, pkt 21 oraz w dziedzinie delegowania pracowników ww. wyroki w sprawach: Vander Elst, pkt 15, Komisja przeciwko Luksemburgowi, pkt 24 i Komisja przeciwko Niemcom, pkt 34.

samym delegowaniem, nie ogranicza się jedynie do zwykłego poinformowania właściwych władz administracyjnych.

34. O ile prawdą jest, jak już wskazałem [17], że wydanie potwierdzenia oddelegowania na terytorium Wspólnoty zakłada wstępnie, że pracodawca zamierzający delegować pracowników zgłosił to już właściwym organom administracyjnym, władze te muszą jeszcze wydać rzeczone potwierdzenie. Nie ma najmniejszych wątpliwości, że w sytuacji, gdy jego wydanie jest uzależnione od spełnienia kilku warunków i to do tych organów należy sprawdzenie ich spełnienia, takie potwierdzenie musi być uznane za zezwolenie administracyjne, a nie za zwykłe zaświadczenie o dokonaniu wymaganego uprzedniego zgłoszenia, którego wydanie jest automatyczne lub systemowe [18].

35. Wynika z tego, że art. 18 ust. 12 AuslBG stanowi barierę dla delegowania pracowników będących obywatelami państw trzecich przez przedsiębiorstwo mające siedzibę w innym państwie członkowskim i w konsekwencji barierę dla prowadzenia działalności przez to przedsiębiorstwo w zakresie świadczenia przez nie usług.

36. Dzieje się tak, tym bardziej że zgodnie z tym przepisem termin na wydanie potwierdzenia oddelegowania na terytorium Wspólnoty może wynosić do sześciu tygodni począwszy od wymaganego uprzedniego zgłoszenia. Jak podkreśliła Komisja, taki termin wydaje się szczególnie długi zwłaszcza dla świadczenia usług konserwacji, które zazwyczaj są potrzebne natychmiast.

37. Nie trzeba zatem dodawać, że uzależniając oddelegowanie pracowników będących obywatelami państw trzecich od uprzedniego otrzymania zezwolenia administracyjnego, zaskarżone przepisy krajowe powodują, już choćby z tego tytułu, ograniczenie swobody świadczenia usług.

38. Do ograniczenia wynikającego z wymogu uzyskania zezwolenia dochodzą ograniczenia wynikające ze szczególnych warunków, jakie muszą być spełnione w celu jego otrzymania, które — przypomnijmy — zgodnie z art. 18 ust. 13 AuslBG polegają po pierwsze na stażu lub trwałości stosunków pracy pomiędzy danym przedsiębiorstwem a pracownikami, których dotyczy planowane oddelegowanie,

17 — Zobacz pkt 7 niniejszej opinii.

18 — I tak rozpatrywane przepisy krajowe (które, jak wskazano już w pkt 4 i 5 niniejszej opinii, od dnia 1 stycznia 1998 r. dotyczą wyłącznie delegowania cudzoziemców, takich jak obywatele państw trzecich, przez przedsiębiorstwo mające siedzibę w innym niż Austria państwie członkowskim) nie są ostatecznie zasadniczo różne od przepisów, jakie obowiązywały poprzednio (dla wszystkich przypadków oddelegowania cudzoziemców dokonywanych przez przedsiębiorstwa zagraniczne, bez względu na to, czy przedsiębiorstwa te miały siedzibę na terytorium państwa trzeciego, czy innego państwa członkowskiego).

a po drugie ich systemowego podporządkowania reżimowi wynagradzania i zatrudnienia obowiązującemu w Austrii w okresie delegowania [19].

39. W rezultacie nałożenie takich warunków powoduje dla zainteresowanego przedsiębiorstwa szczególne obciążenia, tak administracyjne jak i finansowe, związane zwłaszcza z koniecznością udowodnienia, że warunki te są spełnione, i równoległym wymogiem konsekwentnego działania albo poprzez utworzenie stosunków pracy wiążących delegowanych pracowników z ich przedsiębiorstwem pochodzenia od co najmniej roku, albo poprzez zawarcie umowy o pracę na czas nieokreślony, jak również poprzez podporządkowanie tychże pracowników warunkom wynagradzania i zatrudniania obowiązujących w Austrii w czasie trwania planowanego oddelegowania, co potencjalnie wymagało zmiany w tym kierunku istniejących umów o pracę. Takie obciążenia mogą wyłącznie zniechęcać przedsiębiorstwa mające siedzibę w innym państwie członkowskim do delegowania pracowników, będących obywatelami państw trzecich, do Austrii w celu świadczenia tam usług [20].

19 — Trybunał przyjął podobne rozumowanie w ww. wyrokach w sprawach: Komisja przeciwko Włochom, pkt 21 oraz Komisja przeciwko Luksemburgowi, pkt 23 i 24, rozróżniając ograniczenie świadczenia usług wynikające samo w sobie z uprzedniego wymogu uzyskania zezwolenia administracyjnego od dodatkowego ograniczenia wynikającego ze szczególnych warunków, jakie należy spełnić w celu otrzymania takiego zezwolenia. Zobacz także podobnie ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Niemcom.

20 — Zobacz podobnie zwłaszcza wyroki: z dnia 15 marca 2001 r. w sprawie C-165/98 Mazzoleni i ISA, Rec. str. I-2189, pkt 24; z dnia 25 października 2001 r. w sprawach połączonych C-49/98, C-50/98, od C-52/98 do C-54/98 oraz od C-68/98 do C-71/98 Finalarte i in., Rec. str. I-7831, pkt 30; z dnia 24 stycznia 2002 r. w sprawie C-164/99 Portugaia Construções, Rec. str. I-787, pkt 18 oraz ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Luksemburgowi, pkt 23, 24 i 30.

40. Z całości tych rozważań wynika, że sporna procedura wydawania potwierdzenia oddelegowania na terytorium Wspólnoty, o której mowa w art. 18 ust. 12 i 13 AuslBG, stanowi z wielu względów ograniczenie swobodnego świadczenia usług.

41. Obecnie należy zbadać, czy takie ograniczenie może być jednak uzasadnione i w razie potrzeby, proporcjonalne. Przed zbadaniem, czy tak jest w niniejszym przypadku, należy określić, jakie kategorie uzasadnień mogą być powołane na poparcie zaskarżonego ograniczenia.

c) W przedmiocie kategorii uzasadnień, które mogą być powołane na poparcie zaskarżonego ograniczenia

42. W odpowiedzi na argumenty przedstawione przez rząd austriacki w ramach postępowania poprzedzającego wniesienie skargi Komisja zbadała, czy wymogi mające na celu ochronę pracowników i zapobieganie nadużyciom mogą uzasadnić zaskarżone uregulowanie krajowe, niezależnie od kwestii, czy to uregulowanie ma charakter dyskryminacyjny, czy też nie.

43. Nie jestem przekonany, czy należy przyjąć takie podejście.

44. W istocie zgodnie z tradycyjnym orzecznictwem, do którego Trybunał nadal się odwołuje [21], uregulowanie krajowe, które odmiennie traktuje spółki świadczące usługi, mające siedziby w innym państwie członkowskim, niż spółki mające siedziby na terytorium krajowym i które tym samym dyskryminuje w oparciu o miejsce siedziby przedsiębiorcy czy też pochodzenie świadczenia, jest zgodne z postanowieniami traktatu w dziedzinie swobody świadczenia usług tylko wtedy, gdy jest objęte wyłączeniem wyraźnie przewidzianym przez traktat, takim jak wyłączenie zawarte w art. 46 ust. 1 WE, do którego odsyła art. 55 WE.

45. Wynika z tego co do zasady, że takie uregulowanie krajowe może być uzasadnione jedynie względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego, zgodnie z tymi dwoma artykułami traktatu, a nie nadrzędnymi wymogami interesu ogólnego, wywodzącymi się z orzecznictwa, takimi jak wymogi dotyczące ochrony pracowników, czy ochrony stabilności rynku pracy (do czego przyczynia się zapobieganie nadużyciom), która to kategoria uzasadnień może teoretycznie działać tylko na rzecz środków niedyskryminacyjnych, czyli środków stosowanych bez rozróżnienia (które stosują się do tych wszystkich, którzy zamierzają świadczyć swoje usługi na terytorium państwa członkowskiego, które przyjęło środek tego rodzaju, innymi słowy zarówno do usługodawców mających siedziby w tym państwie członkowskim, jak i do tych mających siedziby w innych państwach członkowskich) [22].

46. O ile prawdą jest, że niektóre wyroki w dziedzinie swobodnego świadczenia usług nie są całkowicie pozbawione dwuznaczności

21 — Zobacz zwłaszcza wyroki: z dnia 26 kwietnia 1988 r. w sprawie 352/85 Bond van Adverteerders i in., Rec. str. 2085, pkt 32 i 33; z dnia 18 czerwca 1991 r. w sprawie C-260/89 ERT, Rec. str. I-2925, pkt 24; z dnia 25 lipca 1991 r. w sprawie C-288/89 Collectieve Antennevoorziening Gouda i in., Rec. str. I-4007, pkt 11 oraz z dnia 25 lipca 1991 r. w sprawie C-353/89 Komisja przeciwko Niderlandom, Rec. str. I-4069, pkt 15; z dnia 16 grudnia 1992 r. w sprawie C-211/91 Komisja przeciwko Belgii, Rec. str. I-6757, pkt 5, 6, 10 i 11; z dnia 4 maja 1993 r. w sprawie C-17/92 Fedicine, Rec. str. I-2239, pkt 14–16; z dnia 14 listopada 1995 r. w sprawie C-484/93 Svensson i Gustavsson, Rec. str. I-3955, pkt 12 i 15 oraz z dnia 21 marca 2002 r. w sprawie C-451/99 Cura Anlagen, Rec. str. I-3193, pkt 30 i 31. Podobnie zob. zwłaszcza wyroki: z dnia 29 kwietnia 1999 r. w sprawie C-224/97 Ciola, Rec. str. I-2517, pkt 16, odnośnie do uregulowania krajowego dyskryminującego na podstawie miejsca zamieszkania osoby fizycznej będącej usługobiorcą; jak również w dziedzinie swobody przedsiębiorczości wyrok z dnia 29 kwietnia 1999 r. w sprawie C-311/97 Royal Bank of Scotland, Rec. str. I-2651, pkt 32. Zobacz również podobnie w dziedzinie swobody świadczenia usług wyrok z dnia 16 stycznia 2003 r. w sprawie C-388/01 Komisja przeciwko Włochom, Rec. str. I-721, pkt 19 i 20, odnośnie do uregulowania krajowego dyskryminującego na podstawie zwłaszcza obywatelstwa osób fizycznych będących usługobiorcami. Zobacz podobnie wyrok z dnia 14 października 2004 r. w sprawie C-36/02 Omega, Zb.Orz. str. I-9609, pkt 29 dla rozumowania a contrario.

22 — W ww. wyroku w sprawie Säger Trybunał wykroczył poza tradycyjną zasadę „traktowania narodowego", orzekając, że „art. 59 traktatu [po zmianie art. 49 WE] wymaga nie tylko wyeliminowania wszelkiej dyskryminacji opartej na narodowości wobec świadczącego usługi, ale także zniesienia wszelkich ograniczeń, nawet jeśli stosują się bez rozróżnienia do usługodawców krajowych i usługodawców z innych państw członkowskich, jeśli mogą w inny sposób zakazywać lub przeszkadzać działalności usługodawcy mającego siedzibę w innym państwie członkowskim, w którym zgodnie z prawem świadczy on analogiczne usługi" (pkt 12). Ta szeroka koncepcja wymogów wynikających ze swobody świadczenia usług, która została także przyjęta dla innych podstawowych swobód zapewnionych przez traktat, szła w parze ze złagodzeniem systemu dopuszczalnych uzasadnień, poprzez uznanie — w ramach środków stosowanych bez rozróżnienia — szeregu nadrzędnych wymogów interesu ogólnego, które pokrywają wyraźnie szersze spektrum niż art. 46 ust. 1 WE, do którego odsyła art. 55 WE.

w zakresie dopuszczalnych rodzajów uzasadnień [23], to dwuznaczność ta, jak się wydaje, daje wyraz trudnościom, jakich doświadcza Trybunał przy kwalifikowaniu niektórych uregulowań krajowych jako dyskryminujących, jak również trosce o przestrzeganie uprawnień państw członkowskich w dziedzinie podatków pośrednich [24].

47. Otóż takie rozważania nie mają związku z omawianymi przepisami krajowymi w zakresie, w jakim z jednej strony oddelegowanie pracowników nie wchodzi w zakres kompetencji zastrzeżonych dla państw członkowskich (tak jak dziedzina bezpośredniego opodatkowania) oraz w zakresie, w jakim z drugiej strony przepisy te okazują się być wyraźnie dyskryminujące.

48. Wydaje się bowiem, że jedynie spółki mające siedzibę w państwie członkowskim innym niż Republika Austrii podlegają spornej procedurze wydawania potwierdzania oddelegowania na terytorium Wspólnoty. Z dokumentacji sprawy w obecnym stanie nie wynika, aby spółki mające siedzibę w Austrii, które delegują pracowników będących obywatelami państw trzecich na terytorium Austrii, również podlegały takiej lub porównywalnej procedurze.

49. Podobnie okazuje się, że w przeciwieństwie do uregulowania krajowego, którego dotyczył ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Luksemburgowi [25], uregulowanie będące przedmiotem niniejszej skargi o stwierdzenie uchybienia należy postrzegać w ten sposób, że ustanawia odmienne traktowanie ze względu na miejsce siedziby spółki świadczącej usługi, która zamierza delegować pracowników. Takie odmienne traktowanie jest jawnie dyskryminujące.

23 — Ta dwuznaczność przybiera różne formy. Najczęściej Trybunał ograniczał się do wskazania, że rozpatrywane uregulowanie krajowe [nie wypowiadając się na temat jego charakteru (nie)dyskryminacyjnego] stanowiło zwykłą barierę w swobodnym świadczeniu usług lub „odmienne traktowanie" szczególnie niekorzystne dla podmiotów, które chciały wykonywać swoje prawa wynikające z takiej swobody, a następnie badał, czy takie uregulowanie spełniało wymóg uzasadnienia, nieprzewidzianego wyraźnie w traktacie, aby ostatecznie stwierdzić, że tak nie jest lub też przedstawić sądowi krajowemu wskazówki w tym zakresie. To podejście było realizowane w wyrokach: z dnia 28 kwietnia 1998 r. w sprawie C-118/96 Safir, Rec. str. I-1897, pkt 24–30 i 34; z dnia 26 października 1999 r. w sprawie C-294/97 Eurowings Luftverkehr, Rec. str I-7447, pkt 36 i nast.; z dnia 29 listopada 2001 r. w sprawie C-17/00 De Coster, Rec. str. I-9445, pkt 33–39; z dnia 3 października 2002 r. w sprawie C-136/00 Danner, Rec. str. I-8147, pkt 30 i nast. oraz z dnia 6 listopada 2003 r. w sprawie C-243/01 Gambelli i in., Rec. str. I-13031, pkt 57 i nast. Rzadziej, w celu udzielenia odpowiedzi na argumenty przedstawione przez strony, Trybunał badał sporne uregulowanie krajowe nie tylko w świetle uzasadnień wyraźnie przewidzianych przez traktat, ale również w świetle innych rodzajów uzasadnień, mimo że Trybunał zakwalifikował to uregulowanie jako dyskryminacyjne, aby ostatecznie stwierdzić, że nie było ono uzasadnione. Zobacz podobnie ww. wyrok w sprawie Svensson i Gustavsson, pkt 15 i nast., jak również wyrok z dnia 13 listopada 2003 r. w sprawie C-42/02 Lindman, Rec. str. I-13519, pkt 21 i nast.

24 — W tym względzie zob. opinię rzecznika generalnego G. Tesaura w ww. sprawie Safir, pkt 30–34, uwidaczniające trudności powstałe przy kwalifikacji niektórych uregulowań krajowych pod kątem dyskryminacji), jak również opinię rzecznika generalnego M. Poiaresa Madura w sprawie C-446/03 Marks & Spencer [wyrok z dnia 13 grudnia 2005 r., Zb.Orz. str. I-10837, pkt 25–32, podkreślający z jednej strony wahania Trybunału odnośnie do ominięcia zasady traktowania krajowego w dziedzinie bezpośredniego opodatkowania, mając na względzie troskę o zachowanie integralności krajowych systemów podatkowych, a z drugiej strony trudności ustalenia dyskryminacji w tej dziedzinie, mając na względzie kryteria wypracowane w wyroku z dnia 14 lutego 1995 r. w sprawie C-279/93 Schumacker, Rec. str. I-225, zgodnie z którymi należy oprzeć się na obiektywnych różnicach pomiędzy danymi sytuacjami].

25 — Trybunał podkreślił w pkt 25, że zaskarżone uregulowanie krajowe stosuje się zarówno do przedsiębiorstw mających siedzibę poza terytorium Wielkiego Księstwa, jak i na tym terytorium.

50. Wnioskuję z tego, że rozważania, które, jak się zdaje, spowodowały pewną niejednoznaczność orzecznictwa w zakresie rodzaju dopuszczalnych uzasadnień w dziedzinie swobody świadczenia usług, nie mają racji bytu w niniejszej sprawie.

51. Jeśli pozostaniemy przy dominującej linii orzecznictwa, według której, przypominam, w dziedzinie swobody świadczenia usług dyskryminacyjne uregulowanie krajowe może być uzasadnione jedynie względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego, konieczne stanie się zbadanie, czy tak jest w przypadku zaskarżonego ograniczenia, mimo że ta kwestia nie wywołała żadnej dyskusji między stronami niniejszego postępowania w sprawie stwierdzenia uchybienia.

d) Potencjalne uzasadnienie zaskarżonego ograniczenia na podstawie względów porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego

52. Należy stwierdzić, że sporne uregulowanie nie daje podstaw do takich rozważań.

53. W istocie Trybunał wielokrotnie stwierdzał, że takie uzasadnienia w zakresie, w jakim wyłączają podstawową swobodę zapewnioną przez traktat, powinny być interpretowane ściśle, tak aby w szczególności uzasadnienie oparte na porządku publicznym mogło być przywoływane jedynie w przypadku „realnego i wystarczająco poważnego zagrożenia, naruszającego podstawowy interes społeczny" [26]. Trudno mi jest wyobrazić sobie, w jaki sposób wymóg potwierdzania oddelegowania na terytorium Wspólnoty miałby odpowiadać takiej szczególnej sytuacji lub przynajmniej być proporcjonalny do celu ochrony porządku publicznego, który zresztą nie może obejmować usprawiedliwienia zmierzającego do ochrony pracowników lub ochrony stabilności rynku pracy. Według mnie ochrony porządku publicznego raczej dotyczyłoby uregulowanie, którego szczególnym celem byłoby kontrolowanie wjazdu i pobytu obywateli państw trzecich na terytorium Austrii, jak to, którego dotyczy drugi zarzut niniejszej skargi o stwierdzenie uchybienia.

54. Poza tym to właśnie ze względu na taką ścisłą wykładnię odstępstw, o których mowa w art. 46 WE, takich jak dotyczące porządku publicznego, niektórzy twierdzą, że należałoby dopuścić inne uzasadnienia, które miałyby równie uzasadniony czy nadrzędny charakter, jak te wyraźnie przewidziane przez traktat, a to w celu ujednolicenia systemu uzasadnień mających zastosowanie do ograniczeń swobody świadczenia usług, bez

26 — Zobacz zwłaszcza wyroki: z dnia 27 października 1977 r. w sprawie 30/77 Bouchereau, Rec. str. 1999, pkt 33 i 35; z dnia 29 października 1998 r. w sprawie C-114/97 Komisja przeciwko Hiszpanii, Rec. str. I-6717, pkt 46; z dnia 19 stycznia 1999 r. w sprawie C-348/96 Calfa, Rec. str. I-11, pkt 21 i 23; z dnia 14 marca 2000 r. w sprawie C-54/99 Église de scientologie, Rec. str. I-1335, pkt 17, jak również ww. wyrok w sprawie Omega, pkt 30.

względu na to, czy ograniczenia te są dyskryminujące, czy też nie [27].

55. Do dziś Trybunał nie podążył oficjalnie tą drogą, mimo że, jak wskazałem odnośnie do sprawy Danner, był do tego mocno zachęcany.

56. Ja, ze swej strony, jestem raczej ostrożny wobec takiej propozycji. W istocie, w przypadku gdyby Trybunał ją zaakceptował, wykroczyłaby ona poza brzmienie art. 46 WE (do którego odsyła art. 55 WE), a nawet byłaby z nim sprzeczna, ponieważ dopuściłaby możliwość powoływania się na inne przyczyny niż te, które są wyraźnie wymienione w art. 46 jako uzasadnienie uregulowania krajowego przewidującego specjalny system dla obywateli zagranicznych, jak czyni to sporne uregulowanie, które zastrzega szczególny system dla przedsiębiorstw świadczących usługi, mających siedziby w innym niż Austria państwie członkowskim, które zamierzają delegować na terytorium Austrii pracowników będących obywatelami państw trzecich.

27 — Zobacz w szczególności opinię rzecznika generalnego F.G. Jacobsa w sprawie, która legła u podstaw ww. wyroku w sprawie Danner. Zaproponował on uwzględnienie dyskryminacyjnego charakteru uregulowania krajowego nie na etapie badania powołanych uzasadnień, ale na późniejszym etapie badania proporcjonalności przedmiotowego ograniczenia w świetle danego uzasadnienia, dodając, że „im bardziej środek jest dyskryminacyjny, tym mniej jest prawdopodobne, że będzie on zgodny z tą zasadą [proporcjonalności]" (pkt 40).

57. W każdym razie nawet w przypadku, gdyby w niniejszej sprawie Trybunał orzekł inaczej, według mnie nasuwa się taki sam wniosek, czyli stwierdzenie uchybienia przez Republikę Austrii zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy art. 49 WE. Doprowadzi do tego wniosku analiza zaskarżonego ograniczenia w świetle celów, które — jak twierdzi Republika Austrii — są przez nią realizowane, czyli z jednej strony ochrona pracowników, a z drugiej strony ochrona stabilności rynku zatrudnienia.

e) Potencjalne uzasadnienie zaskarżonego ograniczenia na podstawie względów ochrony pracowników i ochrony stabilności rynku pracy

58. W tym względzie odsyłam do analizy przeprowadzonej w ww. wyroku w sprawie Komisja przeciwko Luksemburgowi, wydanego kilka miesięcy po wszczęciu zajmującego nas postępowania.

59. Należy zatem przypomnieć treść tego wyroku (przejętą w całości w niedawnym, wyżej wymienionym, wyroku w sprawie Komisja przeciwko Niemcom), przed dokładnym określeniem konsekwencji, jakie należy z niego wyciągnąć w ramach niniejszej sprawy.

i) Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Komisja przeciwko Luksemburgowi

60. W ww. wyroku w sprawie Komisja przeciwko Luksemburgowi Trybunał zbadał zgodność uregulowania krajowego, w znacznej mierze porównywalnego z uregulowaniem rozważanym w niniejszej sprawie, z zasadami traktatu w dziedzinie swobody świadczenia usług. Dokładniej, to uregulowanie uzależniało oddelegowanie pracowników będących obywatelami państw trzecich przez przedsiębiorstwo mające siedzibę na terytorium Austrii lub na terytorium innego państwa członkowskiego, od uzyskania przez nie indywidualnego lub zbiorowego zezwolenia na pracę, których wydanie przez władze luksemburskie zależało między innymi od aspektów związanych z rynkiem pracy, jak również od istnienia pomiędzy delegowanymi pracownikami a przedsiębiorstwem macierzystym stosunków pracy co najmniej na sześć miesięcy przed rozpoczęciem oddelegowania w ramach umów o pracę na czas nieokreślony.

61. Trybunał orzekł, że to uregulowanie krajowe stanowiło ograniczenie swobodnego świadczenia usług, nieproporcjonalne w stosunku do jakoby realizowanych przez nie celów, zarówno ochrony pracowników, jak i ochrony stabilności rynku pracy.

62. Odnośnie do nadrzędnego względu interesu ogólnego związanego z ochroną pracowników Trybunał przypomniał, że w świetle jego orzecznictwa „prawo wspólnotowe nie stoi na przeszkodzie temu, aby państwa członkowskie rozciągały stosowanie swojego własnego prawodawstwa, [...], na wszelkie zatrudnione na ich terytorium osoby, nawet w sytuacji gdy ich zatrudnienie ma charakter czasowy, i to niezależnie od kraju pochodzenia pracodawcy [...], nie zabrania tym bardziej wymagania poszanowania tych zasad poprzez przyjęcie najwłaściwszych środków [...] w sytuacji, gdy okazuje się, że ochrona, której te zasady udzielają, nie jest zagwarantowana przez wymogi identyczne lub co do zasady porównywalne, których przedsiębiorstwo jest przedmiotem w państwie członkowskim, w którym ma siedzibę" [28].

63. Jednakże według Trybunału wymóg uzyskania zezwolenia na pracę nie stanowi właściwego środka do zapewnienia ochrony pracowników. Trybunał wyjaśnia, że dowodem na to jest to, iż „wymóg postawiony przedsiębiorstwu świadczącemu usługi, aby sygnalizowało zawczasu lokalnym władzom obecność jednego lub większej liczby oddelegowanych pracowników, przewidywany czas tej obecności, a także tego, czy świadczenie usługi uzasadnia delegowanie, stanowiłby równie skuteczny, a mniej restrykcyjny środek niż sporny wymóg" [29]. W istocie taki rys „z natury swojej pozwalałby tym władzom kontrolować, czy podczas oddelegowania przestrzegane są [krajowe] przepisy socjalne, z uwzględnieniem także wymogów

28 — Punkt 29 ww. wyroku w sprawie Komisja przeciwko Luksemburgowi, powtórzony w pkt 44 ww. wyroku w sprawie Komisja przeciwko Niemcom. Dyrektywa 96/71 wpisuje się w kontynuację większości orzecznictwa powołanego we wspomnianym pkt 29. Zobacz podobnie art. 3 ust. 1 i 7 tej dyrektywy, który, przypomnijmy, nakłada na państwa członkowskie obowiązek zapewnienia, że bez względu na to, jakie prawo stosuje się w odniesieniu do stosunku pracy, przedsiębiorstwa świadczące usługi będą gwarantowały pracownikom delegowanym na ich terytorium warunki zatrudnienia tam przewidziane, bez naruszenia stosowania warunków korzystniejszych dla pracowników.

29 — Punkt 31 ww. wyroku w sprawie Komisja przeciwko Luksemburgowi, powtórzony w pkt 45 ww. wyroku w sprawie Komisja przeciwko Niemcom.

postawionych przedsiębiorstwu zgodnie z zasadami prawa socjalnego stosowanymi w państwie członkowskim pochodzenia tego przedsiębiorstwa" [30].

64. Trybunał dodał, że uzależnienie uzyskania rzeczonego zezwolenia na pracę od istnienia umów o pracę na czas nieokreślony wiążących danych pracowników z ich macierzystym przedsiębiorstwem od co najmniej sześciu miesięcy przed rozpoczęciem oddelegowania na terytorium luksemburskie, wykracza ponad to, do czego można zobowiązać na rzecz ochrony pracowników. Trybunał oparł się na następujących trzech względach:

65. Po pierwsze, „wymóg ten, [...], z natury swej znacznie utrudnia delegowanie pracownika z kraju trzeciego na terytorium luksemburskie celem świadczenia usług w tych sektorach, w których, z uwagi na specyfikę działalności, często stosuje się umowy na czas określony lub o wykonanie określonego świadczenia" [31].

66. Po drugie, ten sam wymóg „ma [...] wpływ na sytuację nowo powstających przedsiębiorstw, które noszą się z zamiarem świadczenia usług w Luksemburgu, zatrudniając pracowników z krajów trzecich" [32].

67. Po trzecie, „wymóg ten nie uwzględnia zobowiązań o charakterze społecznym, którym przedsiębiorstwo noszące się z zamiarem delegowania podlega w kraju pochodzenia, zwłaszcza w zakresie warunków pracy i wynagrodzenia, zgodnie z prawem tego państwa członkowskiego lub też zgodnie z ewentualną umową o współpracy zawartą pomiędzy Wspólnotą Europejską a danym krajem trzecim, których stosowanie ze swej natury wyklucza poważne ryzyko wyzysku pracowników oraz negatywny wpływ na konkurencję pomiędzy przedsiębiorstwami" [33].

68. Trybunał orzekł na tej podstawie, że ani wymóg uzyskania zezwolenia na pracę, ani równoległy wymóg związany z długością i trwałością stosunków pracy między pracownikami, których dotyczy oddelegowanie, a ich macierzystym pracodawcą nie są proporcjonalne w stosunku do celu ochrony pracowników.

69. Według Trybunału ten sam wniosek nasuwa się odnośnie do celu polegającego na zapobieganiu destabilizacji lokalnego rynku pracy w wyniku napływu pracowników będących obywatelami państw trzecich.

70. W istocie Trybunał przypomniał, że „troska o uniknięcie zakłóceń na rynku pracy stanowi z pewnością niezaprzeczalną rację interesu publicznego [...]. Pracownicy zatrudnieni przez przedsiębiorstwo mające siedzibę w państwie członkowskim, delego-

30 — Ibidem.

31 — Punkt 33.

32 — Punkt 34.

33 — Punkt 35.

wani do innego państwa członkowskiego celem świadczenia tam usług, nie roszczą sobie tymczasem prawa dostępu do rynku pracy tego drugiego państwa, ponieważ powracają oni do swego kraju pochodzenia lub pobytu po spełnieniu swej misji" [34].

71. Trybunał podkreślił, iż zostało już w każdym razie rozstrzygnięte, „że państwo członkowskie może sprawdzić, czy przedsiębiorstwo mające siedzibę w innym państwie członkowskim, które deleguje na jego terytorium pracowników z kraju trzeciego, nie korzysta ze swobody świadczenia usług w celu innym niż spełnienie danego świadczenia, jak na przykład przysłanie swego personelu celem ulokowania go bądź też jego udostępnienia [...] [pod warunkiem] uwzględniania ograniczeń wynikających z prawa wspólnotowego, w szczególności tych wynikających ze swobody świadczenia usług, która nie może stać się pozorna i z której korzystanie nie może być uzależnione od swobodnego uznania administracyjnego" [35].

72. Otóż według Trybunału zaskarżone uregulowanie luksemburskie z dwóch względów wykracza poza ograniczenia stawiane przez prawo wspólnotowe. Z jednej strony „konieczność uzyskania zezwolenia na pracę jest w stanie, ze względu na formalności i terminy, które pociąga za sobą, pozbawić sensu swobodne świadczenie usług na terytorium luksemburskim z udziałem delegowanych pracowników będących obywatelami krajów trzecich", w ten sposób, że ta podstawowa swoboda okazuje się iluzoryczna [36]. Z drugiej strony wykonywanie tej swobody jest zależne od uznania lokalnej administracji, jako że jest uzależnione od wydania przez nią pozwolenia na pracę, co pozostaje zdarzeniem wyjątkowym i zależy od sytuacji na rynku pracy ocenianej przez rzeczoną administrację.

73. Trybunał orzekł odnośnie do wymogu dotyczącego długości i trwałości stosunków pracy między delegowanymi pracownikami a macierzystym przedsiębiorstwem (od którego jest uzależnione wydanie pozwolenia na pracę), że jest on nieproporcjonalny w stosunku do celu polegającego na zapewnieniu powrotu pracowników do państwa członkowskiego pochodzenia po zakończeniu ich delegowania.

74. Według Trybunału „nałożone na przedsiębiorstwo świadczące usługi zobowiązanie, aby dostarczyć lokalnym władzom informacje poświadczające, że dani pracownicy mają uregulowaną sytuację w państwie członkowskim, gdzie to przedsiębiorstwo ich zatrudnia, zwłaszcza jeśli chodzi o legalność pobytu, zezwolenie na pracę oraz zabezpieczenie socjalne, dawałoby tym władzom, w mniej restrykcyjny, ale także skuteczny sposób, gwarancje co do legalności sytuacji takich pracowników, a także co do tego, że wykonują oni swoją główną działalność zawodową w państwie członkowskim, w

34 — Punkt 38 zawierający odwołanie do wyroku z dnia 27 marca 1990 r. w sprawie C-113/89 Rush Portuguesa, Rec. str. I-1417, pkt 13 i 15, jak również do ww. wyroków w sprawach Vander Elst, pkt 21 i Finalarte i in., pkt 22.

35 — Punkty 39 i 40, zawierające odwołanie do ww. wyroku w sprawie Rush Portuguesa, pkt 17.

36 — Punkt 41.

którym ma siedzibę przedsiębiorstwo świadczące usługi" [37]. Trybunał dodał, że „w połączeniu z dostarczonymi przez to przedsiębiorstwo danymi dotyczącymi przewidywanego okresu oddelegowania informacje te pozwoliłyby władzom luksemburskim na podjęcie, w danym przypadku, odpowiednich środków po upływie tego okresu" [38].

75. Trybunał wywnioskował z tego, że ani wymóg uzyskania pozwolenia na pracę, ani związany z nim wymóg dotyczący uprzedniego istnienia i trwałości stosunków pracy pomiędzy delegowanymi pracownikami a ich macierzystym pracodawcą nie są proporcjonalne w stosunku do celu polegającego na zapobieganiu destabilizacji rynku pracy.

76. I tak Trybunał doszedł do takiego samego wniosku, jak w przypadku celu ochrony pracowników. Trybunał stwierdził, że Wielkie Księstwo Luksemburga uchybiło zobowiązaniom ciążącym na nim na mocy art. 49 WE.

ii) Wnioski, jakie należy wyciągnąć z ww. wyroku w sprawie Komisja przeciwko Luksemburgowi

77. W przypadku gdyby w niniejszej sprawie Trybunał zbadał zaskarżone uregulowanie krajowe w świetle nadrzędnych wymogów interesu ogólnego, takich jak te dotyczące ochrony pracowników czy ochrony stabilności rynku pracy, wspomniane orzecznictwo dałoby się w znacznej mierze zastosować. Wnioski, jakie należałoby z tego wyciągnąć, byłyby następujące: ani wymóg potwierdzenia oddelegowania na terytorium Wspólnoty, ani związane z nim warunki, nie są proporcjonalne ani do celu ochrony pracowników, ani do celu polegającego na zapobieganiu destabilizacji rynku pracy, w związku z czym Republika Austrii rzeczywiście uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy art. 49 WE.

78. Można nawet uznać, że to, co ma znaczenie dla zaskarżonego uregulowania luksemburskiego, a fortiori ma zastosowanie do spornego uregulowania austriackiego.

79. W istocie warunki, jakim zgodnie z uregulowaniem austriackim podlega wydanie zaskarżonego uprzedniego zezwolenia, są pod wieloma względami jeszcze bardziej ograniczające niż te przewidziane przez uregulowanie luksemburskie.

80. Po pierwsze, wymóg dotyczący umowy o pracę na czas nieokreślony, jak również wymóg dotyczący długości stosunków pracy pomiędzy delegowanymi pracownikami a ich macierzystym pracodawcą przed oddelegowaniem, stosowane są systemowo przez prawo austriackie, podczas gdy w prawie luksemburskim są one wymagane wyłącznie

37 — Punkt 46, rozwinięty w pkt 41 ww. wyroku w sprawie Komisja przeciwko Niemcom.

38 — Ibidem.

przy wniosku o grupowe pozwolenie na pracę, a nie wniosku o indywidualne pozwolenie na pracę.

81. Poza tym wymóg długości stosunków pracy przewidziany w uregulowaniu austriackim, nawet jeśli nie łączy się z wymogiem umowy o pracę na czas nieokreślony, jest surowszy niż warunek postawiony przez uregulowanie luksemburskie, gdzie wymagana długość wynosi jedynie sześć miesięcy, a nie rok [39].

82. Wreszcie inaczej niż w ww. sprawie Komisja przeciwko Luksemburgowi zaskarżone uregulowanie krajowe nakłada dodatkowy warunek, który polega na podporządkowaniu danych pracowników austriackiemu systemowi wynagradzania i zatrudnienia w czasie trwania ich oddelegowania. Ten dodatkowy wymóg jeszcze bardziej ogranicza delegowanie pracowników przez przedsiębiorstwo mające siedzibę w innym państwie członkowskim i w konsekwencji wykonywanie przez nie świadczenia usług. Jest on ponadto nieproporcjonalny do celu ochrony pracowników, ponieważ po pierwsze związany jest z reżimem uprzedniego uzyskania zezwolenia administracyjnego, a po drugie ma charakter systemowy, w ten sposób, że poziom ochrony, z jakiego korzystają delegowani pracownicy w państwie członkowskim, w którym ma siedzibę zatrudniające ich przedsiębiorstwo świadczące usługi, nie jest uwzględniany [40].

83. Ponadto, jak podkreśliła Komisja, przedsiębiorstwo świadczące usługi ma już obowiązek wskazania władzom krajowym w formie uprzedniego zgłoszenia pewnych elementów, takich jak wynagrodzenie należne pracownikowi w trakcie okresu przyszłego delegowania [41]. Ten obowiązek, który został ustanowiony w ramach transpozycji rzeczonej dyrektywy i którego Komisja nie podważa, przyczynia się w znaczący sposób do zapewnienia w danym przypadku przestrzegania warunków pracy i zatrudnienia obowiązujących na terytorium Austrii, zwłaszcza poprzez ułatwienie potencjalnych kontroli przeprowadzanych na miejscu przez właściwe organy w trakcie okresu delegowania wskazanego w zgłoszeniu. Wymaganie ponadto od przedsiębiorstwa świadczącego usługi, aby systematycznie uzasadniało przestrzeganie tych warunków w trakcie przyszłego delegowania w ramach procedury potwierdzenia oddelegowania na terytorium Wspólnoty wykracza ponad to, co jest konieczne dla zapewnienia ochrony pracowników.

39 — To właśnie to podkreślił rzecznik generalny L.A. Geelhoed w pkt 34 swojej opinii w sprawie, zakończonej ww. wyrokiem w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, odnośnie do tego samego warunku roku stażu pracy danych pracowników w macierzystym przedsiębiorstwie, wyjaśniając, że żaden warunek — spełniany łącznie lub rozłącznie — zmierzający do zawarcia umowy o pracę na czas nieokreślony nie jest tu wymagany.

40 — Zobacz podobnie pkt 29 ww. wyroku w sprawie Komisja przeciwko Luksemburgowi, wyjaśniony w pkt 62 niniejszej opinii. Sporny wymóg wykracza również poza przepisy przewidziane przez dyrektywę 96/71 w zakresie ochrony pracowników, jako że nie tylko ma on charakter systematyczny, a tym samym wyłącza zastosowanie korzystniejszych warunków do pracowników, jakie obowiązywałyby w państwie członkowskim pochodzenia, wbrew temu, co stanowi art. 3 ust. 7 tej dyrektywy, ale co więcej wymóg ten wpisuje się w ramy uprzedniego zezwolenia administracyjnego, co w rozumieniu tejże dyrektywy nie stanowi właściwego środka dla zapewnienia przestrzegania danych warunków wynagrodzenia i zatrudnienia.

41 — Zobacz pkt 11 i przypis 6 niniejszej opinii.

84. Wnioskuję z tego, że gdyby Trybunał zbadał zaskarżone uregulowanie krajowe w świetle nadrzędnych wymogów interesu ogólnego ochrony pracowników czy też ochrony stabilności rynku pracy, musiałby on stwierdzić uchybienie zobowiązaniom ciążącym na Republice Austrii na mocy art. 49 WE.

85. Według mnie, w przeciwieństwie do twierdzeń rządu austriackiego, niewielkie znaczenie ma okoliczność, że — w odróżnieniu od uregulowania krajowego, którego dotyczył ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Luksemburgowi — wydanie spornego pozwolenia na pracę nie jest zależne od uznania administracji lokalnej [42], czyli od takich kwestii jak sytuacja na rynku pracy, ale wyłącznie od obiektywnej weryfikacji, czy są spełnione warunki dotyczące po pierwsze długości lub też trwałości stosunków pracy, a po drugie podporządkowania danych pracowników w okresie trwania ich oddelegowania systemowi wynagradzania, zatrudnienia i zabezpieczenia społecznego obowiązującego na terytorium Austrii.

86. Nawet bowiem zakładając, że — jak podnosi rząd austriacki — instytucja procedury potwierdzania oddelegowania na terytorium Wspólnoty wynika z troski o sprawdzenie, czy przedsiębiorstwo mające siedzibę w innym państwie członkowskim, które deleguje na terytorium austriackie pracowników będących obywatelami państwa trzeciego, nie wykorzystuje swobody świadczenia usług w innym celu niż spełnienie danego świadczenia, na przykład przysłania swego personelu w celu pośrednictwa pracy bądź też udostępnienia pracowników, to jednak — jak Trybunał przypomniał w pkt 40 ww. wyroku w sprawie Komisja przeciwko Luksemburgowi — takie kontrole są dopuszczalne w świetle celu zmierzającego do uniknięcia destabilizacji lokalnego rynku pracy tylko wtedy, gdy uwzględniają ograniczenia wynikające z prawa wspólnotowego, w szczególności te wynikające ze swobody świadczenia usług.

87. Otóż Trybunał zakreślił podwójne ograniczenie dla tego rodzaju kontroli. Pierwsze stoi na przeszkodzie temu, aby wykonywanie swobody świadczenia usług było uzależnione od uznania administracyjnego. Drugie stoi na przeszkodzie temu, aby ta podstawowa swoboda zapewniona przez traktat stała się pozorna. Aby zaskarżone kontrole były dopuszczalne, nie wystarczy więc, że są one pozbawione jakiegokolwiek charakteru dyskryminacyjnego. Nie mogą ponadto sprawiać, że swoboda świadczenia usług stanie się pozorna. Otóż według mnie tak się właśnie dzieje w przypadku kontroli przeprowadzanych w ramach procedury potwierdzania oddelegowania na terytorium Wspólnoty.

88. Przypominam, że — jak Trybunał podkreślił w pkt 41 ww. wyroku w sprawie Komisja przeciwko Luksemburgowi — w istocie „konieczność uzyskania zezwolenia na pracę jest w stanie, ze względu na formalności i terminy, które pociąga za sobą, pozbawić sensu swobodne świadczenie usług

42 — Zobacz podobnie ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, pkt 33.

na terytorium luksemburskim z udziałem delegowanych pracowników będących obywatelami krajów trzecich".

89. Powyższa uwaga dotycząca uregulowania luksemburskiego odnosi się także do spornego uregulowania austriackiego, biorąc pod uwagę formalności i terminy, które są związane z procedurą potwierdzania oddelegowania na terytorium Wspólnoty, która, jak mogliśmy się przekonać, stanowi procedurę w sprawie wydania pozwolenia na pracę [43]. Jak wskazała Komisja, takie ograniczenia czynią pozornym korzystanie z delegowania, a w konsekwencji swobodę świadczenia usług, zwłaszcza w sektorze, gdzie świadczone usługi charakteryzuje sporadycznie krótki czas trwania, a nawet są one pilne.

90. Tym bardziej że — jak przypomnę — wydanie takiego zezwolenia na pracę jest uzależnione w szczególności od zawarcia umowy o pracę na czas nieokreślony lub też od istnienia od co najmniej roku stosunków pracy pomiędzy pracownikami, których dotyczy delegowanie a przedsiębiorstwem, które zamierza go dokonać. Takie warunki, nawet jeśli są one spełniane tylko rozłącznie, a nie kumulatywnie (jak te przewidziane przez uregulowanie, którego dotyczył ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Luksemburgowi) również mogą uczynić pozornym swobodne świadczenie usług w niektórych sektorach, takich jak budownictwo lub informatyka, w których, jak podniosła Komisja, często zawierane są krótkie umowy na czas określony lub umowy na wykonanie określonego świadczenia, w związku z czym bardzo mało prawdopodobne jest, aby jeden lub drugi z tych warunków został spełniony, tym bardziej w sytuacji, gdy oddelegowaniem miałyby się zająć nowo powstałe przedsiębiorstwa, niemające w związku z tym innej możliwości jak zawarcie w tym celu umów o pracę na czas nieokreślony (z braku możliwości powołania się, z definicji, na istnienie stosunków pracy z delegowanymi pracownikami od ponad roku).

91. Wreszcie należy uznać, że wymóg dotyczący długości lub trwałości stosunku pracy pomiędzy delegowanymi pracownikami a przedsiębiorstwem świadczącym usługi jest nieproporcjonalny do celu polegającego na uzyskaniu pewności co do powrotu tych pracowników do państwa członkowskiego pochodzenia po zakończeniu ich oddelegowania po to, by chronić stabilność rynku pracy [44].

92. Według mnie ww. wyrok w sprawie Vander Elst, na który powołuje się rząd austriacki, nie wyklucza takiego stwierdzenia. Oczywiście w tym wyroku Trybunał, odrzucając przedstawione przez rząd francuski uzasadnienie wymogu otrzymania przez delegowanych pracowników od organów

43 — Zobacz pkt 7 i 8, jak również pkt 34–36 niniejszej opinii.

44 — Odsyłam do pkt 45 i 46 ww. wyroku w sprawie Komisja przeciwko Luksemburgowi, gdzie zostały powołane mniej restrykcyjne, a równie skuteczne, jak zaskarżone wymogi, środki. Zauważam poza tym, że porównywalne środki zostały przewidziane w AVRAG (zob. pkt 11 i 83 niniejszej opinii).

francuskich pozwolenia na pracę w celu zapobiegania destabilizacji rynku pracy i ochrony pracowników, zasadniczo oparł się, zgodnie z sugestią sądu krajowego, na okoliczności, że delegowani pracownicy marokańscy byli zgodnie z prawem i zwyczajowo zatrudnieni przez przedsiębiorstwo belgijskie świadczące usługi. Jednakże byłoby zbyt daleko idące wnioskowanie z tego, w oparciu o wykładnię a contrario przedstawianą przez rząd austriacki, że w innych okolicznościach niż te, których wyraźnie dotyczy ww. wyrok w sprawie Vander Elst, wymóg pozwolenia na pracę, którego wydanie zależy od warunku polegającego na istnieniu zgodnego z przepisami i zwyczajowego stosunku pracy, takiego jak warunek przewidziany przez sporne uregulowanie austriackie, byłby dopuszczalny. W każdym razie ww. wyroki w sprawach Komisja przeciwko Luksemburgowi i Komisja przeciwko Niemcom zawierają formalne zaprzeczenie tej tezy [45].

93. Z całości powyższych rozważań wynika, że w świetle ww. wyroku w sprawie Komisja przeciwko Luksemburgowi (potwierdzonego przez ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Niemcom) jest oczywiste, iż sporne uregulowanie krajowe stanowi ograniczenie swobody świadczenia usług, nieproporcjonalne zarówno do celu ochrony pracowników, jak i do celu ochrony rynku pracy.

45 — W pkt 55 ww. wyroku w sprawie Komisja przeciwko Niemcom Trybunał specjalnie podkreślił, że „Trybunał nie obwarował pojęcia »zatrudnienia zgodnego z przepisami oraz zwyczajowego« warunkiem miejsca zamieszkania lub zatrudnienia przez czas określony w państwie członkowskim siedziby przedsiębiorstwa usługodawcy".

94. I tak, według mnie, bez względu na to, czy Trybunał bada wspomniane uregulowanie w świetle tych celów lub wyłącznie w świetle celów ochrony porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego, nasuwa się ten sam wniosek: Republika Austrii uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy art. 49 WE.

95. W konsekwencji uważam, że w każdym wypadku pierwszy zarzut niniejszej skargi jest zasadny.

B — *W przedmiocie zarzutu drugiego, dotyczącego braku możliwości konwalidacji przez delegowanego pracownika będącego obywatelem państwa trzeciego swojej sytuacji w zakresie wjazdu i pobytu na terytorium Austrii*

1. Argumenty stron

96. Drugi zarzut stawiany przez Komisję Republice Austrii polega na jednoczesnym naruszeniu art. 49 WE poprzez systemowe zakazanie wydania dokumentu uprawniającego do wjazdu lub pobytu obywatelowi państwa trzeciego, który jest delegowany przez przedsiębiorstwo mające siedzibę na terytorium innego państwa członkowskiego, w sytuacji gdy obywatel ten wjechał na terytorium Austrii bez wizy, w ten sposób, że jego sytuacja nie może być w żadnym wypadku konwalidowana na miejscu.

97. Na poparcie tego zarzutu Komisja podnosi, że taki systemowy zakaz, który skutkowałby automatycznym wydaleniem z terytorium Austrii, stanowi ograniczenie delegowania pracowników będących obywatelami państw trzecich i w konsekwencji stanowi barierę dla świadczenia usług przez przedsiębiorstwo, które zamierza ich delegować. Zakładając, że takie ograniczenie swobody świadczenia usług odpowiada celowi interesu ogólnego, w co powątpiewa Komisja, to byłoby ono nieproporcjonalne, w zakresie w jakim dotyczyłoby pracowników będących obywatelami państw trzecich, którzy przebywaliby zgodnie z prawem na terytorium państwa członkowskiego siedziby przedsiębiorstwa świadczącego usługi, do którego zamierzaliby wrócić po zakończeniu ich delegowania. W tym względzie Komisja powołuje się na wyrok z dnia 25 lipca 2002 r. w sprawie MRAX[46], dotyczący obywateli państwa trzeciego, będących małżonkami obywateli państw członkowskich, z którego wywodzi, że wydanie dokumentu uprawniającego do pobytu pracownikowi delegowanemu będącemu obywatelem państwa trzeciego jest aktem czysto deklaratoryjnym, a nie konstytutywnym, a zatem decyzja o odmowie wydania dokumentu uprawniającego do pobytu, a tym bardziej wydalenie, uzasadnione wyłącznie brakiem dopełnienia formalności prawnych z zakresu kontroli cudzoziemców, są nieproporcjonalne.

98. Rząd austriacki przyznaje, że zakaz wydania pozwolenia na pobyt, o którym mowa w art. 10 ust. 1 pkt 3 FrG, ogranicza delegowanie pracowników będących obywatelami państw trzecich przez przedsiębiorstwo świadczące usługi, mające siedzibę w innym państwie członkowskim, chyba że to państwo jest stroną układu z Schengen, ponieważ w takim przypadku zaskarżony zakaz nie miałby zastosowania. Natomiast rząd ten podważa nieproporcjonalność wspomnianego zakazu. Jego zdaniem bowiem dla zachowania porządku publicznego i bezpieczeństwa publicznego jest konieczne, aby wniosek o wizę został złożony przed wjazdem na terytorium. Dopuszczenie możliwości konwalidacji na miejscu sprowadziłoby się do pozbawienia władz krajowych prawa odmowy pozwolenia na pobyt osobie stwarzającej zagrożenie dla porządku lub bezpieczeństwa publicznego.

2. Ocena

99. Tytułem wstępu należy wyjaśnić, że kwestie związane z wjazdem i pobytem obywateli państw trzecich na terytorium państwa członkowskiego w ramach oddelegowania przez przedsiębiorstwo świadczące usługi, mające siedzibę w innym państwie członkowskim, nie były dotychczas przedmiotem harmonizacji na poziomie wspólnotowym.

100. W istocie dyrektywa 96/71 nie zawiera żadnego takiego przepisu. Zresztą motyw dwudziesty wskazuje, że „niniejsza dyrektywa nie wpływa [...] na krajowe prawodawstwo związane z wjazdem, pobytem i zatrudnie-

46 — Wyrok w sprawie C-459/99, Rec. str. I-6591, pkt 74.

niem pracowników państw trzecich".

101. Odnośnie do projektu dyrektywy z 1999 roku dotyczącej warunków delegowania pracowników najemnych będących obywatelami państw trzecich w ramach świadczenia usług transgranicznych, to choć zawierał on normy dotyczące warunków wjazdu i pobytu tych pracowników, to, jak już wskazałem, ostatecznie go zaniechano [47].

102. Wynika z tego, że postanowienia traktatu w dziedzinie swobody świadczenia usług rzeczywiście stosują się do warunków wjazdu i pobytu na terytorium państwa członkowskiego, do którego ma nastąpić oddelegowanie, pracowników będących obywatelami państwa trzeciego, którzy są delegowani przez przedsiębiorstwo świadczące usługi, mające siedzibę w innym państwie członkowskim.

103. Należy przyznać, że zakazując w sposób systemowy wydania dokumentu uprawniającego do wjazdu lub pobytu pracownikowi będącemu obywatelem państwa trzeciego, który jest delegowany przez przedsiębiorstwo mające siedzibę w innym państwie członkowskim, w sytuacji gdy ten pracownik wjechał na terytorium Austrii bez wizy, zaskarżone uregulowanie państwa członkowskiego wprowadza ograniczenie delegowania takich pracowników i w konsekwencji ograniczenie wykonywania przez to przedsiębiorstwo świadczenia usług.

104. W istocie, wykluczając wszelką możliwość konwalidacji na miejscu sytuacji delegowanego pracownika, uregulowanie to naraża go na ryzyko wydalenia z terytorium Austrii, a nawet pociąga za sobą jego automatyczne wydalenie, a także — potencjalnie — zakaz powrotu lub pobytu na tym terytorium. Taka perspektywa może poważnie zagrozić realizacji zamierzonego oddelegowania.

105. W celu uniknięcia takich trudności przedsiębiorstwo świadczące usługi nie ma innej możliwości jak dopilnowanie przed oddelegowaniem, by każdy delegowany pra-

47 — Zobacz pkt 27 niniejszej opinii. Projekt dyrektywy przewidywał wprowadzenie dokumentu, zwanego „kartą świadczenia usług — WE", ważnego na czas określony i odnawialnego, w celu ułatwienia takiego delegowania. Chodziło o to, aby władze państwa członkowskiego siedziby przedsiębiorstwa usługodawcy miały obowiązek wydania mu tego dokumentu na jego wniosek, jeśli zamierza on delegować pracowników, którzy znajdują się na terytorium tego państwa zgodnie z prawem. Natomiast art. 3 ust. 1 tego projektu stanowił, że „każde państwo członkowskie, w którym odbywa się świadczenie usług, [wyraża zgodę na] wjazd i pobyt pracownika najemnego będącego obywatelem państwa trzeciego na swoje terytorium w celu świadczenia usług(i), jeśli ta osoba posiada kartę świadczenia usług — WE oraz dowód osobisty lub paszport ważne przez okres świadczenia usług". Zgodnie z tą logiką wyjaśniono dodatkowo w art. 3 ust. 2 lit. a) i b) projektu, że co do zasady „żadne państwo członkowskie, w którym odbywa się świadczenie usług, nie może nakładać obowiązku wizy wjazdowej [ani] żadnego dokumentu uprawniającego do pobytu lub pozwolenia na pobyt ani na pracownika delegowanego, ani na usługodawcę jako pracodawcę [...]". Jednakże art. 4 ust. 2 tego projektu dopuszczał, aby państwa członkowskie wyłączyły tę dyrektywę ze względu na porządek publiczny, bezpieczeństwo publiczne i zdrowie publiczne, według zasad porównywalnych z zasadami przewidzianymi dyrektywą Rady 64/221/WE z dnia 25 lutego 1964 r. w sprawie koordynacji specjalnych środków dotyczących przemieszczania się i pobytu cudzoziemców, uzasadnionych względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego (Dz.U. 1964, 56, str. 850) (która ma zastosowanie do obywateli państw członkowskich).

cownik wystąpił o wydanie wizy i ją otrzymał. Otóż, jak podnosi Komisja, i czemu rząd austriacki nie zaprzeczył w przekonujący sposób, wydanie wizy jest co do zasady uzależnione w szczególności od otrzymania potwierdzenia oddelegowania na terytorium Wspólnoty [48], co, jak widzieliśmy, może trwać do sześciu tygodni od momentu otrzymania wymaganego uprzedniego zgłoszenia [49]. Uzależnianie wydania wizy od otrzymania tego potwierdzenia zmierza tym samym do wzmocnienia restrykcyjnego skutku zakazu wszelkiej konwalidacji na miejscu.

106. Ponadto to właśnie w celu uniknięcia takich przeszkód projekt dyrektywy z 1999 r., jak już wspomniałem, zakazywał każdemu państwu członkowskiemu, w którym świadczone są dane usługi, nakładania na delegowanego pracownika lub na usługodawcę jako pracodawcę obowiązku uzyskania dokumentu uprawniającego do wjazdu, jak również jakiegokolwiek dokumentu lub pozwolenia na pobyt (z wyjątkiem przypadku, gdy całkowity zamierzony okres świadczenia usługi lub usług przekracza sześć miesięcy w okresie dwunastu miesięcy) [50].

107. Chociaż takie ograniczenie swobody świadczenia usług może być według mnie uzasadnione ze względu na porządek publiczny lub bezpieczeństwo publiczne, niemniej wykracza poza to, czego można wymagać w świetle tych celów.

108. Przypominam bowiem, że na mocy utrwalonego orzecznictwa [51] tego rodzaju uzasadnienia mogą być powoływane jedynie w razie realnego i wystarczająco poważnego zagrożenia dotyczącego podstawowego interesu społecznego.

109. Otóż zakaz wydania tytułu uprawniającego do wjazdu lub pobytu, przewidziany zaskarżonym uregulowaniem, działa w sposób automatyczny w sytuacji, gdy delegowany pracownik będący obywatelem państwa trzeciego wjechał na terytorium Austrii, nie posiadając wymaganej wizy. Według mnie popełnienie takiego wykroczenia odnośnie

48 — Relatywnie porównywalny system jest przewidziany w uregulowaniu krajowym zaskarżonym w sprawie zakończonej ww. wyrokiem w sprawie Komisja przeciwko Niemcom. Na mocy tego uregulowania delegowanie do Niemiec pracowników będących obywatelami państw trzecich przez przedsiębiorstwo świadczące usługi, mające siedzibę w innym państwie członkowskim, jest uzależnione od wydania pozwolenia na pobyt w formie wizy, która z kolei uzależniona jest od spełnienia kilku warunków, takich jak wymóg, aby delegowany pracownik był zatrudniony co najmniej od roku w delegującym przedsiębiorstwie (który, jak wskazano, jest podobny do jednego z warunków, od których w Austrii uzależnione jest wydanie potwierdzenia oddelegowania).

49 — Zobacz pkt 36 niniejszej opinii.

50 — Jak podkreśla motyw czwarty tego projektu dyrektywy, jest ona oparta na stwierdzeniu, że „usługodawcy, którzy muszą delegować pracownika najemnego będącego obywatelem państwa trzeciego, napotykają na takie trudności, że często są zmuszeni albo do zaniechania planowanego świadczenia, albo borykają się z naruszającymi interesy opóźnieniami [...]".

51 — Zobacz pkt 53 niniejszej opinii.

do wymogu wizy, bez względu na stopień naganności [52], nie wystarczy do stwierdzenia istnienia realnego i wystarczająco poważnego zagrożenia dla podstawowego interesu społecznego [53], a tym samym do uzasadnienia spornego zakazu, jak również środków, które mogą mu towarzyszyć (wydalenie i zakaz wjazdu i pobytu na terytorium). Wynika z powyższego, że zaskarżony zakaz z racji swojego automatycznego charakteru wydaje się nieproporcjonalny do celu polegającego na ochronie porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego.

110. Tym bardziej że zakaz ten ma zastosowanie, nawet jeśli sytuacja delegowanego pracownika na terytorium państwa członkowskiego, z którego jest on delegowany, jest zgodna z prawem lub jeśli okaże się potwierdzeniem oddelegowania na terytorium Wspólnoty (co, jak wskazano, zakłada, że przedsiębiorstwo świadczące usługi spełniło już bardzo rygorystyczne wymogi), podczas gdy właśnie przeciwnie, w takich okolicznościach, tenże pracownik, nie stanowiąc zagrożenia dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego, oferuje pewne gwarancje odnośnie do swojego pobytu na terytorium Austrii i powrotu do państwa członkowskiego pochodzenia po wykonaniu zadania.

111. Poza tym, o ile mi wiadomo, większość państw członkowskich, które uzależniają oddelegowanie pracowników najemnych, będących obywatelami państw trzecich, przez przedsiębiorstwo mające siedzibę w innym państwie członkowskim, od uzyskania przez nich wizy pobytowej lub dokumentu uprawniającego do pobytu, nie przewiduje sankcji za nielegalny wjazd tychże pracowników na terytorium w postaci automatycznej odmowy konwalidacji sytuacji tych osób na miejscu [54]. Te dane prawa porównawczego wzmacniają pogląd, że wspomniany zakaz wykracza ponad to, co jest konieczne dla zapewnienia przestrzegania porządku publicznego czy bezpieczeństwa publicznego.

112. Powyższej analizy nie podważa okoliczność, że — jak twierdzi rząd austriacki — sporny zakaz nie ma na celu działania przeciwko pracownikom będącym obywatelami państw trzecich, którzy są delegowani na pewien okres przez przedsiębiorstwo mające siedzibę w innym państwie członkowskim niż Austria i posiadają dokument uprawniający do pobytu na terytorium państwa członkowskiego, z którego przyjechali, w sytuacji gdy to państwo jest stroną układu

52 — Z utrwalonego orzecznictwa wynika, że „prawo wspólnotowe nie uniemożliwia państwu członkowskiemu przewidywania wszelkich właściwych sankcji za nieprzestrzeganie przepisów krajowych dotyczących kontroli cudzoziemców [...], jakie są konieczne dla zapewnienia skuteczności tych przepisów, pod warunkiem że te sankcje są proporcjonalne". Zobacz ww. wyrok w sprawie MRAX (pkt 77 i powołane tam orzecznictwo).

53 — Zobacz podobnie wyrok z dnia 8 kwietnia 1976 r. w sprawie 48/75 Royer, Rec. str. 497, pkt 47, jak również ww. wyrok w sprawie MRAX, pkt 79.

54 — Jedynymi państwami członkowskimi, które, jak się zdaje, przewidują taką sankcję, są Republika Włoska, Republika Węgier, Rzeczpospolita Polska oraz Republika Słowenii. Pomimo że o wydanie dokumentu uprawniającego do wjazdu i pobytu należy, co do zasady, wystąpić do właściwych władz konsularnych państwa miejsca zamieszkania cudzoziemca przed wjazdem na dane terytorium, to taka sankcja najwyraźniej nie jest przewidziana w Królestwie Belgii, Republice Czeskiej, Królestwie Danii, Republice Federalnej Niemiec, Republice Greckiej, Republice Francuskiej, Irlandii, Wielkim Księstwie Luksemburga, Królestwie Szwecji i Zjednoczonym Królestwie Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej. Ponadto władze belgijskie, duńskie i francuskie zdają się dopuszczać możliwość konwalidacji na miejscu.

z Schengen, a w szczególności konwencji wykonawczej do układu z Schengen [55].

113. Oczywiście art. 21 ust. 1 KWUS stanowi, że „cudzoziemcy posiadający dokument uprawniający do pobytu wydany przez jedną z umawiających się stron mogą na podstawie tego dokumentu oraz dokumentu podróży, w okresie ich ważności, swobodnie przemieszczać się na terytorium innych państw członkowskich przez okres maksymalnie trzech miesięcy, pod warunkiem że spełniają warunki wjazdu, o których mowa w art. 5 ust. 1 lit. a), c) i e) [56], i nie znajdują się w krajowym rejestrze zgłoszeń danego państwa członkowskiego".

114. Z przepisów tych wynika, że pracownicy będący obywatelami państw trzecich wobec Unii Europejskiej, którzy są delegowani na terytorium Austrii przez przedsiębiorstwo świadczące usługi mające siedzibę w innym państwie członkowskim będącym stroną KWUS, na maksymalny okres trzech miesięcy, nie mają obowiązku uzyskania od władz austriackich jakiegokolwiek dokumentu uprawniającego do wjazdu lub pobytu w celu wypełnienia zadania w ramach delegowania. W rzeczywistości wystarczy, aby z zastrzeżeniem spełnienia warunków, o których mowa w art. 21 ust. 1 KWUS, delegowani pracownicy posiadali dokument uprawniający do pobytu wydany przez władze umawiającego się państwa członkowskiego, z którego przyjechali. Z definicji pracownicy ci nie są tym samym objęci zakazem wydania przez władze austriackie dokumentu uprawniającego do wjazdu lub pobytu w razie wjazdu na terytorium Austrii bez wizy.

115. Tym samym, bez względu na zasięg tego złagodzenia zaskarżonego zakazu (który zresztą wydaje się być bardzo ograniczony), kwestia ta ma niewielkie znaczenie dla oceny nieproporcjonalnego charakteru przedmiotowego ograniczenia, a w rezultacie zasadności drugiego zarzutu. Z utrwalonego orzecznictwa wynika bowiem, że uchybienie stwierdza się bez względu na znaczenie lub wagę stwierdzonego naruszenia [57].

116. Stwierdzam na tej podstawie, że drugi zarzut niniejszej skargi jest zasadny.

55 — Konwencja wykonawcza do Układu z Schengen z dnia 14 czerwca 1985 r. między rządami państw unii gospodarczej Beneluksu, Republiki Federalnej Niemiec oraz Republiki Francuskiej w sprawie stopniowego znoszenia kontroli na wspólnych granicach (Dz.U. 2000, L 239, str. 19, zwana dalej „KWUŚ"). Pozostałe państwa członkowskie Unii Europejskiej przystąpiły do tego układu, z wyjątkiem Irlandii, Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej i nowych państw członkowskich (które przystąpiły do Unii Europejskiej w maju 2004 r.).

56 — Chodzi o następujące warunki: a) posiadanie ważnego dokumentu lub dokumentów umożliwiających przekroczenie granicy zewnętrznej przestrzeni Schengen; c) przedstawienie, w razie potrzeby, dokumentów uzasadniających cel i warunki zamierzonego pobytu i posiadanie wystarczających środków finansowych, zarówno na okres zamierzonego pobytu, jak i na powrót do kraju przyjazdu lub tranzytu do państwa trzeciego, do którego ma zapewniony dostęp lub posiadanie możliwości zgodnego z prawem uzyskania tych środków; e) niebycie uważanym za osobę mogącą naruszyć porządek publiczny, bezpieczeństwo publiczne lub stosunki międzynarodowe jednej z umawiających się stron.

57 — Zobacz zwłaszcza, ostatnio, wyrok z dnia 1 lutego 2001 r. w sprawie C-333/99 Komisja przeciwko Francji, Rec. str. I-1025, pkt 32.

IV — Wnioski

117. Podsumowując, proponuję, aby Trybunał:

1) stwierdził, że Republika Austrii uchybiła swoim zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy art. 49 WE:

— przyjmując i utrzymując w mocy uregulowanie, które uzależnia oddelegowanie pracowników będących obywatelami państwa trzeciego przez przedsiębiorstwo mające siedzibę w innym państwie członkowskim od uzyskania przez nie uprzedniego zezwolenia administracyjnego, zwanego „potwierdzeniem oddelegowania na terytorium Wspólnoty", którego wydanie wymaga, po pierwsze, istnienia stosunków pracy wiążących delegowanych pracowników z delegującym przedsiębiorstwem od co najmniej roku lub zawarcia umowy na czas nieokreślony, i po drugie podporządkowania tychże pracowników obowiązującym na terytorium Austrii warunkom wynagrodzenia i zatrudnienia przez czas trwania przyszłego delegowania;

— przyjmując i utrzymując w mocy uregulowanie, które zakazuje w sposób systemowy wydania dokumentu uprawniającego do wjazdu lub pobytu pracownikowi będącemu obywatelem państwa trzeciego, delegowanemu przez przedsiębiorstwo mające siedzibę w innym państwie członkowskim, jeżeli pracownik ten wjechał na terytorium Austrii bez wizy, tak że sytuacja tego pracownika nie może być w żaden sposób konwalidowana na miejscu;

2) obciążył Republikę Austrii kosztami postępowania oraz kosztami poniesionymi przez Komisję Wspólnot Europejskich.