FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT P. CRUZ VILLALÓN fremsat den 5. maj 2010[1]

I — Indledning

1. Rechtbank van eerste aanleg van het gerechtelijk arrondissement Antwerpen (ret i første instans i Antwerpen retskreds, herefter »Rechtbank«), har anmodet Domstolen om at tage stilling til, om belgisk ret kan fortolkes i overensstemmelse med artikel 5 i direktiv 96/71/EF om udstationering af arbejdstagere[2] og i overensstemmelse med artikel 56 TEUF og 57 TEUF.

2. Den foreliggende sag er i det væsentlige en følge af Domstolens dom i sagen Arblade m.fl.[3], i hvilken de nødvendige kriterier opstilledes for i lyset af artikel 56 TEUF og 57 TEUF at afgøre, om en national lovgivning rettet mod at kontrollere lovmæssigheden af forflytning af arbejdstagere inden for Fællesskabet er i overensstemmelse med traktaten. Nærmere bestemt drejer det sig om en række tvivlsspørgsmål vedrørende lovligheden af den forpligtelse, der påhviler arbejdsgiveren til forudgående at fremsende en udstationeringsanmeldelse til de belgiske arbejdsmarkedsmyndigheder, og af pligten til at opbevare dokumenter, der svarer til de belgiske individuelle konti eller lønsedler.

3. Ti år efter den nævnte dom skal Domstolen tage stilling til et lignende problem som i sagen Arblade m.fl., men i en ny national juridisk sammenhæng, og efter at der er sket en betydelig udvikling i Den Europæiske Unions retspraksis på det sociale område. Den foreliggende sag giver således mulighed for at afklare, om konstateringen af, at Unionen også forfølger et socialt mål, sådan som Domstolen fastslog i Viking Line-dommen og dommen i sagen Laval un Partneri[4] og efter Lissabontraktatens ikrafttræden, har en indvirkning på den retspraksis, som følger af dommen i sagen Arblade m.fl.

1 — Originalsprog: spansk.

2 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 16.12.1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser (EFT 1997 L 18, s. 1).

3 — Dom af 23.11.1999, forenede sager C-369/96 og C-376/96, Sml. I, s. 8453.

4 — Dom af 11.12.2007, sag C-438/05, International Transport Workers' Federation og Finnish Seamen's Union, »Viking Line«, Sml. I, s. 10779, og af 18.12.2007, sag C-341/05, Laval un Partneri, Sml. I, s. 11767.

II — Relevante retsregler

A — *EU-retlige forskrifter*

1. Fri udveksling af tjenesteydelser

4. Artikel 56 TEUF bestemmer:

»Inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser er der forbud mod restriktioner, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser inden for Unionen, for så vidt angår statsborgere i medlemsstaterne, der er bosat i en anden medlemsstat end modtageren af den pågældende ydelse.

Europa-Parlamentet og Rådet kan efter den almindelige lovgivningsprocedure udstrække anvendelsen af bestemmelserne i dette kapitel til tjenesteydere, der er statsborgere i et tredjeland og bosat inden for Unionen.«

2. Direktiv 96/71

5. Med henblik på at harmonisere udstationeringen af arbejdstagere som følge af grænseoverskridende udveksling af tjenesteydelser indførte direktiv 96/71 en række foranstaltninger vedrørende arbejdstagernes rettigheder og arbejdsgivernes forpligtelser. I det punkt, som vedrører arbejds- og ansættelsesvilkår, bestemmer det nævnte direktivs artikel 3, stk. 1, følgende:

»Artikel 3 Arbejds- og ansættelsesvilkår

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

— ved lov eller administrative bestemmelser,

og/eller

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

a) maksimal arbejdstid og minimal hviletid

b) mindste antal betalte feriedage pr. år

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

d) betingelserne for at stille arbejdstagere til rådighed, især via vikarbureauer

e) sikkerhed, sundhed og hygiejne på arbejdspladsen

f) beskyttelsesforanstaltninger med hensyn til arbejds- og ansættelsesvilkår for gravide kvinder og kvinder, der lige har født, samt for børn og unge

g) ligebehandling af mænd og kvinder og andre bestemmelser vedrørende ikke-forskelsbehandling.

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

6. Artikel 5 bemyndiger medlemsstaterne til at træffe passende foranstaltninger til at overholde direktiv 96/71. Der foreskrives følgende:

»Foranstaltninger

Medlemsstaterne træffer passende foranstaltninger i tilfælde af manglende overholdelse af dette direktiv.

De sørger især for, at arbejdstagerne og/eller deres repræsentanter råder over egnede procedurer med henblik på gennemførelse af forpligtelserne i dette direktiv.«

B — *National ret*

7. Belgien gennemførte direktiv 96/71 ved lov af 5. marts 2002 [5] og tog samtidig højde for de udtalelser, som Domstolen var kommet med i dommen i sagen Arblade m.fl. Af interesse for denne sag er det, at gennemførelsesloven bl.a. indførte en forenklet ordning for opbevaring af visse arbejdsretlige dokumenter for virksomheder, der udstationerer arbejdstagere på Belgiens område (herefter »forenklet ordning«). Denne ordning blev sat

5 — *Moniteur belge* af 13.3.2002.

i kraft ved kongelig anordning af 29. marts 2002 [6], hvori defineres de aktiviteter inden for byggebranchen, som udtrykkeligt er nævnt i gennemførelseslovens artikel 6, stk. 2.

8. Som det fremgår af Kommissionens, den belgiske regerings og de tiltalte i hovedsagens bemærkninger har den forenklede ordning, der er udformet ved ovennævnte lov og kongelig anordning af 29. marts 2002, ikke fundet anvendelse siden den 1. april 2007, idet den er blevet erstattet af »et nyt, enklere og lettere tilgængeligt system« baseret på et elektronisk format af udstationeringsanmeldelsen, den såkaldte »Limosa-erklæring« [7]. Til trods herfor udgør lovgivningen fra 2002 med henblik på dette præjudicielle spørgsmål af tidsmæssige årsager den nationale referenceretsforskrift.

9. Gennemførelseslovens artikel 8 i den affattelse, der var gældende på datoen for de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag, fritog arbejdsgiveren for at opfylde betingelserne i artikel 6b, stk. 2, i kongelig anordning nr. 5 af 23. oktober 1978 om opbevaring af arbejdsretlige dokumenter, dog kun for den seksmånedersperiode, der ved bekendtgørelse var fastsat med støtte i samme bestemmelse. Arbejdsgiveren var således fritaget for at udarbejde et arbejdsregulativ [8], lønsedler [9], dokumenter vedrørende ansættelseskontrakter [10] samt skrivelsen og erklæringen om umiddelbar beskæftigelse med den virkning, at arbejdsgiveren ikke blev underlagt de belgiske sociale sikringsordninger [11].

10. I henhold til artikel 6b, stk. 2, i kongelig anordning nr. 5 er arbejdsgiverne fritaget for at udfærdige og opbevare de arbejdsretlige dokumenter, som er foreskrevet i eller som følger af den kongelige anordnings kapitel II, forudsat at de opfylder to betingelser, nemlig at de for det første, inden de beskæftiger arbejdstagerne, sender de kompetente tjenestemænd en udstationeringserklæring, der er udarbejdet i overensstemmelse med artikel 6c, og for det andet, at de i den periode, der er foreskrevet i stk. 1, holder en kopi af de dokumenter, der er fastsat i lovgivningen i det land, hvor arbejdsgiveren er etableret, til rådighed for de samme tjenestemænd, forudsat at de svarer til den »individuelle konto«, der er omhandlet i den kongelige anordnings artikel 4, stk. 1, eller til den »lønseddel«, der er nævnt i artikel 15 i lov af 12. april 1965 om beskyttelse af arbejdstageres løn.

11. Såfremt arbejdsgiveren ikke råder over »tilsvarende dokumenter«, bestemmer artikel 6c, stk. 4, i kongelig anordning nr. 5, at han er forpligtet til at udfærdige og opbevare

6 — *Moniteur belge* af 17.4.2002.

7 — Forkortelse for »Landenoverschrijdend Informatiesysteem ten behoeve van MigratieOnderzoek bij de Sociale Administratie« (grænseoverskridende informationssystem vedrørende undersøgelse af indvandring i relation til socialforvaltningen). Kommissionen har i sit skriftlige indlæg oplyst, at dette system har været genstand for et traktatbrudssøgsmål som følge af tilsidesættelse af artikel 56 TEUF (sag nr. 2007/2367).

8 — Artikel 4 i lov af 8.4.1965.

9 — Artikel 15 i lov af 12.4.1965.

10 — Artikel 4 og 123 i lov af 3.7.1978.

11 — Artikel 38 i lov af 26.7.1996.

individuelle konti og lønsedler, sådan som det er bestemt i den belgiske lovgivning.

12. Kapitel III i kongelig anordning af 29. marts 2002 med overskriften »Nærmere bestemmelser om dispensation for udfærdigelse og opbevaring af arbejdsretlige dokumenter« indeholder artikel 3, som kræver, at arbejdsgiverne inden påbegyndelsen af udstationerede arbejdstageres beskæftigelse tilsender arbejdstilsynet en »forudgående udstationeringsmeddelelse« enten ved brev, e-mail eller fax i overensstemmelse med samme anordnings artikel 4. Arbejdstilsynet bekræfter modtagelsen og forskriftsmæssigheden af denne anmeldelse inden for fem arbejdsdage efter den dato, hvor den blev modtaget, og det skal på samme måde tildele arbejdsgiveren et »registreringsnummer« for denne anmeldelse (stk. 2). Arbejdstagernes faktiske beskæftigelse kan kun finde sted efter den dato, hvor tilsynet har meddelt arbejdsgiveren registreringsnummeret. I modsat fald kan arbejdsgiveren ikke benytte sig af undtagelsen (stk. 3).

13. Kapitel IV i samme kongelige anordning med overskriften »Udstationeringsanmeldelsen« indeholder artikel 4, som præciserer de oplysninger, som denne forudgående anmeldelse skal indeholde:

»1. Oplysninger om arbejdsgiveren: efternavn, fornavn, bopæl eller virksomhedens firmanavn eller hjemsted, virksomhedstype, adresse, telefon- og faxnummer, e-mail-adresse og arbejdsgiverens identifikations- eller registreringsnummer ved det kompetente socialsikringsorgan i oprindelseslandet.

2. Oplysninger om arbejdsgiverens repræsentant eller befuldmægtigede, som skal stille de tilsvarende dokumenter til rådighed: efternavn, fornavn, firmanavn, adresse, telefon- og faxnummer og e-mail-adresse.

3. Oplysninger om hver enkelt af de arbejdstagere, der udstationeres i Belgien: efternavn, fornavn, bopæl, fødselsdato, civilstand, køn, nationalitet, adresse, telefonnummer, legitimationsdokumentets nummer og art, datoen for indgåelse af arbejdskontrakten, datoen for påbegyndelsen af beskæftigelsen i Belgien og typen af arbejdsopgaver.

4. Oplysninger om, hvilke arbejdsvilkår der gælder for de udstationerede arbejdstagere: antal ugentlige arbejdstimer og arbejdstidens længde.

5. Oplysninger om udstationeringen: typen af tjenesteydelser, der skal leveres inden for rammerne af udstationeringen, datoen for påbegyndelse af udstationeringen, dens

forventede varighed og det sted, hvor arbejdet skal udføres.

6. Oplysninger om de tilsvarende dokumenter: stedet hvor de føres og opbevares i overensstemmelse med denne anordnings artikel 5.«

14. I henhold til den kongelige anordnings artikel 4, stk. 2, skal den omhandlede anmeldelse affattes i overensstemmelse med en model, der er vedlagt som bilag til den kongelige anordning.

15. Den kongelige anordnings kapitel V handler om »hvordan de tilsvarende dokumenter skal holdes til rådighed og opbevares«, idet der i første del sondres mellem »i perioden for de udstationerede arbejdstageres beskæftigelse i Belgien« (artikel 5) og »efter perioden for de udstationerede arbejdstageres beskæftigelse i Belgien« i anden del (artikel 6).

16. Artikel 5, stk. 1, omhandler arbejdsgivernes forpligtelse til at holde en kopi til rådighed for tilsynsmyndighederne enten på det sted, hvor arbejdet udføres, eller på den belgiske bopæl for en fysisk person, der opbevarer dokumenterne som repræsentant eller befuldmægtiget. Denne forpligtelse indbefatter pligten til forskriftsmæssigt at udfylde dokumenterne i overensstemmelse med de forpligtelser, som finder anvendelse efter oprindelseslandets lov. Hvis det ikke sker, skal de oprette og udarbejde individuelle konti og lønsedler i overensstemmelse med de belgiske regler, hvilket er fastsat i artikel 5, stk. 1, in fine.

17. Efter de seks måneder, som der henvises til i den kongelige anordnings artikel 2, skal arbejdsgiverne i fem år opbevare en kopi af de tilsvarende dokumenter, der skal stå til rådighed for den pågældende tilsynstjeneste og på de ovenfor nævnte steder. Såfremt de ikke opfylder denne forpligtelse, skal de udarbejde en belgisk individuel konto og lønseddel. I henhold til artikel 5, stk. 3, kan de imidlertid opbevare kopierne af de tilsvarende dokumenter i valgfri form, forudsat at de er læselige, og at deres reproduktionsform muliggør et effektivt tilsyn.

18. Artikel 6 omhandler ligeledes arbejdsgivernes forpligtelse til at deponere en kopi af de tilsvarende dokumenter hos arbejdstilsynet. Denne forpligtelse består også efter, at beskæftigelsesperioden er afsluttet.

III — De faktiske omstændigheder og tvisten i hovedsagen

19. Termiso Limitada, som er et portugisisk selskab med speciale i varme- og lydisolering inden for skibsreparation, udstationerede svejsere og montører fra personalet i Portugal til det skibsbygningsanlæg, som selskabet

Antwerp Ship Repair har i Antwerpen, med henblik på at udføre underentreprise.

20. Hver gang der blev indgået en kontrakt, anmodede Termiso om E101-blanketten [12] hos de portugisiske myndigheder, mens Antwerp Ship Repair foretog den tilsvarende meddelelse om udstationering af arbejdstagere til arbejdstilsynet i henhold til artikel 69 i lov om økonomisk nyorientering af 14. august 1978 [13].

21. I forbindelse med en kontrol, som den føderale socialsikringstjeneste foretog den 12. juli 2004 på Antwerp Ship Repairs skibsbygningsanlæg, konstateredes det, at 53 metalarbejdere, der var udstationeret fra Termiso Limitada, arbejdede på de nævnte anlæg. Ingen af de nævnte arbejdstageres udstationering havde været genstand for nævnte forhåndsanmeldelse, som inden deres udstationering skulle sendes til det belgiske arbejdstilsyn. Termisos værkfører kunne ikke fremvise nogen dokumentation for lønudbetalinger.

22. Den af arbejdstilsynet den 14. juli 2004 indledte administrative procedure mod Termiso Limitada for tilsidesættelse af belgisk lovgivning vedrørende opbevaring af arbejdsretlige dokumenter blev henlagt den 17. november 2004.

23. Belgien har kvalificeret den manglende overholdelse af betingelserne i den belgiske sociallovgivning som strafbar [14]. Som følge heraf rejste anklagemyndigheden tiltale mod Termiso Limitada (arbejdsgiver og strafferetligt ansvarlig juridisk person), Vítor Manuel dos Santos Palhota (aktionær og administrerende direktør), Mário de Moura Gonçalves (nu afdød) og Fernando Luis das Neves Palhota (aktionær og teknisk direktør) for en række strafbare forhold bestående i ikke at have oprettet særskilte konti for de udstationerede arbejdstagere og ikke at have udbetalt den lovpligtige mindsteløn og overtidsbetaling i henhold til bestemmelserne i belgisk lovgivning.

IV — Det præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne for Domstolen

24. I forbindelse med den ved Rechtbank anlagte straffesag mod Termiso Limitada, Vitor Manuel dos Santos Palhota, Mário de Moura Gonçalves og Fernando Luis das Neves Palhota har denne ret udsat sagen og i henhold

12 — De sagsøgte i hovedsagen har medgivet, at til trods for at blanketterne ikke blev udfærdiget til tiden, gav forsinkelsen ikke anledning til mistanke hos det belgiske arbejdstilsyn.

13 — *Moniteur belge* af 17.8.1978.

14 — De relevante strafferetlige bestemmelser er ikke specificeret i Rechtbanks afgørelse eller i de forskellige intervenienters skriftlige eller mundtlige indlæg.

til artikel 267 TEUF forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Er artikel 8 i lov af 5. marts 2002 og artikel 3, 4 og 5 i kongelig anordning af 29. marts 2002 (gennemførelsesanordningen) i strid med artikel 49 EF og artikel 50 EF, for så vidt som de pålægger udenlandske arbejdsgivere, der ønsker at udstationere arbejdstagere, en pligt til at fremsende en udstationeringsanmeldelse til arbejdstilsynet (Dienst Toezicht op de Sociale Wetten) og en pligt til at opbevare dokumenter, der svarer til de belgiske individuelle konti eller lønsedler, hvilket indebærer, at adgangen til det belgiske arbejdsmarked hindres eller i det mindste begrænses?«

25. Den præjudicielle forelæggelse blev registreret på Domstolens Justitskontor den 26. november 2008.

26. Den belgiske, den tyske, den franske, den græske og den danske regering samt Kommissionen og de tiltalte i den nationale straffesag har afgivet skriftlige indlæg inden for den i artikel 23 i statutten for Domstolen fastsatte frist.

27. Under retsmødet den 25. februar 2010 blev der givet møde af de befuldmægtigede for Kongeriget Belgien, Den Hellenske Republik, Republikken Frankrig, EFTA-Tilsynsmyndigheden og Kommissionen.

V — Formaliteten

28. Belgien har fremsat tre anbringender til støtte for sin påstand om, at det præjudicielle spørgsmål afvises fra realitetsbehandling.

29. Belgien har for det første anført, at den forelæggende rets spørgsmål udspringer af en fejlagtig fortolkning af artikel 8 i den belgiske lov om gennemførelse af direktiv 96/71 og af den kongelige anordning gående ud på, at den omhandlede »forenklede ordning« er bindende for tjenesteydere. Den nævnte bestemmelse foreskriver nemlig et alternativt system, som giver den pågældende arbejdsgiver mulighed for at anvende den forenklede ordning eller, alternativt, at udfærdige og opbevare de belgiske dokumenter.

30. For det andet har Belgien gjort gældende, at forelæggelsesafgørelsen savner begrundelse, idet dens retlige og faktuelle baggrund ikke gør det muligt at udlede grundene til, at den belgiske lovgivning skulle være i strid med den nugældende artikel 56 TEUF. Medlemsstaten har desuden bestridt, at direktiv 96/71 er relevant for afgørelsen af sagens realitet.

31. For det tredje mener Belgien ikke, at Domstolen kan udtale sig om artikel 57 TEUF, for så vidt som ingen har bestridt, at det arbejde, der udføres i Belgien af Termiso Limitadas arbejdstagere består i levering af tjenesteydelser, og dens anvendelse desuden tilkommer den nationale ret.

32. Det er indlysende, at den første formalitetsindsigelse er utilstrækkelig til at støtte en umiddelbar afvisning af det præjudicielle spørgsmål. For det første fordi det ikke tilkommer Domstolen at analysere national ret, idet den præjudicielle mekanisme er baseret på en klar adskillelse mellem de nationale retters og Domstolens funktioner, og Domstolen kun har kompetence til at træffe afgørelse vedrørende fortolkningen eller gyldigheden af en EU-forskrift på grundlag af de faktiske omstændigheder, sådan som de er beskrevet af den nationale ret [15]. For det andet fordi det, uanset hvilke grunde der har kunnet tilskynde Rechtbank til at koncentrere sine tvivlsspørgsmål om den forenklede ordning, kun tilkommer den nationale ret at vurdere, om det er nødvendigt at tage stilling til nødvendigheden af at forelægge Domstolen et spørgsmål, og at vælge den faktuelle og normative baggrund, som støtter det [16].

33. Med hensyn til den anden formalitetsindsigelse skal det påpeges, at en umiddelbar afvisning af et præjudicielt spørgsmål ifølge fast retspraksis kun kan begrundes med, at den ønskede fortolkning af fællesskabsretten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand [17], når problemet er af hypotetisk karakter [18], eller når Domstolen ikke råder over de faktiske eller retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål [19].

34. For at opnå en fortolkning af EU-retten, som den nationale ret kan bruge, […] er det påkrævet, at den redegør for den faktiske og normative baggrund for det præjudicielle spørgsmål [20], hvilket også giver de parter, der deltager i den præjudicielle proces, mulighed for at afgive skriftlige indlæg i sagen [21].

35. Til trods forelæggelsesafgørelsens summariske form kan det ikke nægtes, at den giver en kortfattet men tilstrækkelig illustration af forholdet mellem artikel 56 TEUF, direktiv 96/71 og de belgiske retsforskrifter i 2002 samt af de faktiske omstændigheder, som støtter den forelæggende rets spørgsmål. Den omstændighed, at der ikke henvises til ovennævnte direktiv i spørgsmålet, berører på ingen måde Domstolens kompetence, da den forelæggende ret med føje har påberåbt artikel 56 TEUF, som er en bestemmelse, der er relevant for at besvare spørgsmålet.

15 — Dom af 2.6.1994, sag C-30/93, AC-ATEL Electronics Vertriebs, Sml. I, s. 2305, præmis 16, af 20.3.1997, sag C-352/95, Phytheron International, Sml. I, s. 1729, præmis 11, og af 16.7.1998, sag C-235/95, Dumon og Froment, Sml. I, s. 4531, præmis 25-27.

16 — Dom af 25.10.2001, sag C-475/99, Ambulanz Glöckner, Sml. I, s. 8089, præmis 10, af 2.6.2005, sag C-136/03, Dörr og Ünal, Sml. I, s. 4759, præmis 46, og af 22.6.2006, sag C-419/04, Conseil général de la Vienne, Sml. I, s. 5645, præmis 24.

17 — Dom af 1.10.2009, sag C-505/07, Compañía Española de Comercialización de Aceite, Sml. I, s. 8963, præmis 26.

18 — Dom af 22.1.2002, sag C-390/99, Canal Satélite Digital, Sml. I, s. 607, præmis 19.

19 — Dom af 26.1.1993, forenede sager C-320/90 — C-322/90, Telemarsicabruzzo m.fl., Sml. I, s. 393, præmis 6.

20 — Udtalelse af 19.3.1993, sag C-157/92, Banchero, Sml. I. s. 1085, præmis 4, kendelse af 7.4.1995, sag C-167/94, Grau Gomis m.fl., Sml. I, s. 1023, præmis 8, og dom af 23.12.2009, sag C-45/08, Spector Photo Group og Van Raemdonck, Sml. I, s. 12073, præmis 26.

21 — Domstolens dom af 1.4.1982, forenede sager 141/81 – 143/81, Holdijk m.fl., Sml. s. 1299, præmis 6.

36. Den af Belgien påberåbte tredje formalitetsindsigelse må lide samme skæbne i betragtning af, at artikel 57 TEUF forbyder forskelsbehandling i forbindelse med den frie udveksling af tjenesteydelser, og dette netop er den problematik, der gør sig gældende i den af Rechtbank forelagte sag.

37. Spørgsmålet skal således antages til realitetsbehandling.

VI — Realiteten

A — *Bedømmelsesparametret*

1. Indledende betragtninger: udstationering af arbejdstagere, direktiv 96/71 og de berørte interesser

38. Den foreliggende sag viser igen de iboende spændinger mellem opbygningen af det indre marked og beskyttelsen af de sociale værdier. Som det er fremgået af tidligere sager, medfører udstationeringen af arbejdstagere, at der opstår konflikter mellem de virksomheder, som udøver retten til den frie udveksling af tjenesteydelser, de ansatte i virksomhederne, som forflyttes som resultat af udvekslingen, og de medlemsstater, som tager imod både virksomheden og de ansatte. Direktiv 96/71 har til formål at mindske disse spændinger og skabe balance mellem arbejdsgiverens frihed til at levere tjenesteydelser og sikringen af visse standarder for social beskyttelse.

39. Afgørende for anvendelsen af direktivet er, at en virksomhed gennemfører økonomisk aktivitet i en anden medlemsstat end virksomhedens oprindelsesstat, og at virksomheden udstationerer arbejdstageren for egen regning og under egen ledelse. Unionslovgiver er derfor klar over, at »det er i parternes interesse at fastsætte de arbejds- og ansættelsesvilkår, der skal gælde for det pågældende ansættelsesforhold« [22], hvorfor der bør indføres regler om, hvilke arbejdsretlige bestemmelser der skal anvendes.

40. Spørgsmålet om, hvilke bestemmelser der skal anvendes (etableringslandets eller værtslandets) besvares ved at påpege nødvendigheden af en koordinering af de nationale lovgivninger, således at der kan fastsættes en kerne af ufravigelige regler for minimumsbeskyttelse [23], som skal overholdes i værtsstaten uanset varigheden af arbejdstagerens udstationering [24]. Denne tanke udmøntes i direktivets artikel 3, stk. 1, som fastsætter, at medlemsstaterne påser, at »uanset hvilken lovgivning der finder anvendelse på ansættelsesforholdet, sikrer de [omhandlede

22 — Sjette betragtning til direktiv 96/71.

23 — Betragtning 13 til direktiv 96/71.

24 — Betragtning 14 til direktiv 96/71.

virksomheder] [...] de arbejdstagere, der er udstationeret på deres område, arbejds- og ansættelsesvilkår« vedrørende så væsentlige aspekter som bl.a. maksimal arbejdstid og minimal hviletid, mindsteløn og sundhed på arbejdspladsen. Hertil kommer direktivets artikel 3, stk. 7, som under alle omstændigheder sikrer »anvendelse af arbejds- og ansættelsesvilkår, der er mere favorable for arbejdstagerne« [25].

41. Afslutningsvis anerkender artikel 3, stk. 10, at medlemsstaterne under iagttagelse af traktaterne pålægger virksomheder, som udstationerer arbejdstagere til deres område, arbejds- og ansættelsesvilkår på andre områder end dem, der er nævnt i artikel 3, stk. 1, første afsnit, for så vidt der er tale om grundlæggende retsprincipper (ordre public).

42. Den ovenfor anførte ordning, der kan kvalificeres som direktivets materielle kerne, for så vidt den vedrører arbejdsforholdet, sameksisterer med accessoriske bestemmelser, som også er væsentlige for overholdelsen af den førstnævnte ordning, nemlig de nationale kontrol- og beskyttelsesbestemmelser, der skal efterprøve overholdelsen af de pågældende arbejdstageres rettigheder. Det er netop i denne gruppe, at de belgiske bestemmelser, der er omtvistet i den foreliggende sag, befinder sig. Disse bestemmelser, der sædvanligvis vedtages og gennemføres af værtsmedlemsstaten, indgår ikke i direktivets materielle del — for det første fordi de ikke er indeholdt i artikel 3, og for det andet fordi artikel 5 overlader det til medlemsstaterne at sikre, at direktivets mål opnås.

43. Heraf følger, at for så vidt direktivets artikel 5 giver medlemsstaterne beføjelse til at træffe foranstaltninger til sikring af direktiv 96/71, skal disse foranstaltningers overensstemmelse med EU-retten sikres på grundlag af traktaterne [26]. Den foreliggende sag kræver derfor ikke i så høj grad en fortolkning af artikel 5 som af artikel 56 TEUF og 57 TEUF, som anerkender fri udveksling af tjenesteydelser samt de grundlæggende krav, der er pålagt medlemsstaterne for at beskytte den pågældende friheds effektive virkning.

25 — Det særlige ved den ordning, der indføres med direktiv 96/71, bliver endnu tydeligere, når den sammenlignes med de generelle regler for, hvilken lov der skal anvendes i artikel 3 og 6 i Romkonventionen af 19.6.1980 om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser (EFT L 266, s. 1). Konventionen vælger en anden løsning, idet den foreskriver, at i mangel af parternes lovvalg (hovedkriteriet) er arbejdsaftalen undergivet loven i den stat, hvor arbejdstageren ved opfyldelsen af aftalen sædvanligvis udfører sit arbejde, selv om han midlertidigt er beskæftiget i en anden stat, eller loven i det land, hvor det forretningssted, som har antaget arbejdstageren, er beliggende (subsidiært kriterium), med forbehold for den mulighed, at under bestemte betingelser finder en anden lovgivning, sideordnet med den lov, der ellers skal anvendes, anvendelse, især lovgivningen i den medlemsstat, på hvis område en arbejdstager midlertidigt er udstationeret (den tvingende norms kriterium).

26 — Dom af 12.10.2004, sag C-60/03, Wolf & Müller, Sml. I, s. 9553, præmis 30.

44. Dette resultat stemmer endvidere overens med Domstolens praksis. Domstolen har for nyligt anlagt en vid fortolkning af de materielle bestemmelser i direktiv 96/71, der tillagde hensynet til den frie udveksling af tjenesteydelser særlig vægt. Som bekendt anlagde Laval un Partneri-dommen en fortolkning af artikel 3 i direktiv 96/71, som begrænser medlemsstaternes skøn med hensyn til at pålægge udenlandske virksomheder, som udstationerer arbejdstagere på deres område, andre foranstaltninger til social beskyttelse end de i den nævnte artikel opregnede. Denne fortolkning af artikel 3 i direktiv 96/71 er ligeledes betingende for anvendelsen af artikel 56 TEUF, nærmere bestemt af den kontrol, der skal foretages af de nationale foranstaltninger til beskyttelse af arbejdstagere. Denne fortolkning, der ikke har undgået kritik, og som er noget tvetydig [27], er for nylig blevet gentaget i Rüffert-dommen [28] og i dommen i sagen Kommissionen mod Luxembourg [29].

45. Når de pågældende foranstaltninger vedrører de kontrol- og overvågningsforanstaltninger, som medlemsstaterne træffer for at sikre overholdelsen af artikel 3 i direktiv 96/71, har Domstolen imidlertid bekræftet, at det relevante kontrolparameter er traktaten. Dette fremgår af dommen i sagen Kommissionen mod Luxembourg, hvor Domstolen bedømte nationale materielle foranstaltninger på grundlag af artikel 3 i direktiv 96/71 og efterprøvede kontrol- og overvågningsforanstaltningerne på baggrund af traktaterne.

46. Bedømmelsesparametret samt den kontrolstandard, der skal anvendes på de pågældende nationale foranstaltninger, er derfor det i traktaterne fastsatte, sådan som det var tilfældet i sagen Arblade m.fl. Den retspraksis, som den nævnte sag gav anledning til, er således fortsat fuldt anvendelig til trods for den seneste udvikling efter Laval un Partneri-dommen.

47. Denne konklusion er imidlertid ikke, som Domstolen fastslog i dommen i sagen Arblade m.fl., til hinder for, at den forelæggende ret »i overensstemmelse med et princip i national strafferet tager hensyn til de mere lempelige bestemmelser i direktiv 96/71 ved anvendelsen af national ret, selv om fællesskabsretten ikke indeholder nogen forpligtelse hertil« [30]. I det omfang direktiv 96/71 indfører kriterier, som lemper de tiltaltes strafferetlige ansvar, kan der således tages hensyn til direktivet ved anvendelsen af artikel 56 TEUF og 57 TEUF.

2. Restriktioner for den frie udveksling af tjenesteydelser og deres begrundelse

48. I et scenario med manglende harmonisering af de bestemmelser, der skal anvendes på

27 — C. Kilpatrick, »The ECJ and Labour Law: A 2008 Retrospective«, *Industrial Law Journal*, bind 38, nr. 2, Oxford University Press, 2009, s. 196-202.

28 — Dom af 3.4.2008, sag C-346/06, Sml. I, s. 1989.

29 — Dom af 19.6.2008, sag C-319/06, Sml. I, s. 4323.

30 — Dommens præmis 29.

tjenesteydelser, udspringer hindringerne for artikel 56 TEUF undertiden af, at de nationale lovgivninger omfatter alle, der befinder sig på det nationale område, også tjenesteydere, som er etableret i andre medlemsstater, men midlertidigt befinder sig på deres område. Retspraksis har gentagne gange fastslået, at denne grundlæggende frihed ikke alene kræver afskaffelse af enhver forskelsbehandling på grund af nationalitet til skade for grænseoverskridende tjenesteydere, men også ophævelse af enhver restriktion — selv om den anvendes uden forskel på nationale tjenesteydere og tjenesteydere fra andre medlemsstater — som kan indebære, at den virksomhed, der udøves af en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat, hvor han lovligt leverer tilsvarende tjenesteydelser [31], hindres, forbydes eller bliver mindre attraktiv.

49. Domstolen opererer således med et vidt »restriktionsbegreb« med hensyn til den frie udveksling af tjenesteydelser, der indbefatter alt lige fra et faktisk forbud mod en aktivitet til det blotte tab af dens attraktivitet. Denne udvikling stemmer overens med udviklingen i andre friheder, navnlig den frie bevægelighed for varer.

50. Ifølge artikel 52, stk. 1, TEUF, som finder anvendelse på fri udveksling af tjenesteydelser ved artikel 62 TEUF's henvisning til samme, kan restriktioner for den pågældende frihed være berettiget af hensyn til den offentlige orden, sikkerhed og sundhed. Hvis restriktionen imidlertid er en foranstaltning, som uden forskel finder anvendelse og ikke giver anledning til direkte forskelsbehandling, har Domstolen anerkendt, at sådanne foranstaltninger også kan begrundes »i tvingende almene hensyn, og som gælder for enhver person eller ethvert selskab, der driver virksomhed på værtsmedlemsstatens område, og kun i det omfang disse hensyn ikke tilgodeses i kraft af de bestemmelser, tjenesteyderen er undergivet i den medlemsstat, hvor denne er etableret« [32]. Denne begrundelse skal fortolkes strengt [33] og underkastes en proportionalitetskontrol [34].

51. Fra den 1. december 2009, på hvilken dato Lissabontraktaten trådte i kraft, skal der imidlertid tages hensyn til en række primærretlige sociale bestemmelser, som påvirker rammerne for frihederne. På det konkrete plan skal udstationering af arbejdstagere, i det omfang den kan påvirke intensiteten af den frie udveksling af tjenesteydelser, fortolkes i lyset af de sociale bestemmelser, der er indført med den nævnte traktat. Artikel 9 TEUF indeholder nemlig en tværgående bestemmelse

31 — Dom af 25.7.1991, sag C-76/90, Säger, Sml. I, s. 4221, præmis 12, af 5.6.1997, sag C-398/95, SETTG, Sml. I, s. 3091, præmis 16, af 19.1.2006, sag C-244/04, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 885, præmis 30, og af 1.10.2009, sag C-219/08, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 9213, præmis 13.

32 — I denne retning dommen i sagen Arblade m.fl., præmis 34, dom af 15.3.2001, sag C-165/98, Mazzoleni og ISA, Sml. I, s. 2189, præmis 27, og af 25.10.2001, forenede sager C-49/98, C-50/98, C-52/98 — C-54/98 og C-68/98 — C-71/98, Finalarte m.fl., Sml. I, s. 7831, præmis 33, samt dommen i sagen International Transport Workers' Federation og Finnish Seamen's Union, præmis 77, og i sagen Laval un Partneri, præmis 103.

33 — Dommen af 19.6.2008 i sagen Kommissionen mod Luxembourg, præmis 30.

34 — Dommen i sagen Arblade m.fl., præmis 35.

om social beskyttelse, som forpligter institutionerne til at tage hensyn til »de krav, der er knyttet til fremme af et højt beskæftigelsesniveau, sikring af passende social beskyttelse, bekæmpelse af social udstødelse samt et højt niveau for uddannelse, erhvervsuddannelse og beskyttelse af menneskers sundhed«. Dette krav følger efter erklæringen i artikel 3, stk. 3, TEU om, at opbygningen af det indre marked udmøntes i en politik, der er baseret på »en social markedsøkonomi med høj konkurrenceevne, hvor der tilstræbes fuld beskæftigelse og sociale fremskridt«.

52. Dette sociale mandat afspejles endnu klarere i artikel 31 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, som nu udgør en del af Unionens primærret, og hvor det proklameres, at »[e]nhver arbejdstager har ret til sunde, sikre og værdige arbejdsforhold«. Disse forhold vedrører bl.a. en relativ sikring af arbejdets varighed, hviletid og ferie med løn, som udgør, om end ikke udtømmende, en mindsteramme for beskyttelse af arbejdstageren.

53. Lissabontraktatens ikrafttræden kræver, at hvis arbejdsbetingelserne udgør tvingende almene interesser, som kan begrunde en undtagelse fra den frie udveksling af tjenesteydelser, skal de ikke længere fortolkes strengt. For så vidt som beskyttelsen af arbejdstageren udgør en faktor, hvis sikring er forankret i traktaterne selv, er der ikke tale om en simpel undtagelse fra en frihed, og slet ikke om en uskrevet undtagelse, som er udledt af retspraksis. Ifølge den nye primærretlige ramme kan medlemsstaterne, i det omfang den foreskriver en høj grad af social beskyttelse, begrænse en frihed med henblik på sikring af et vist socialt beskyttelsesniveau, uden at EU-retten anser det for noget ekstraordinært og dermed som en undtagelse, der skal bedømmes strengt. Denne opfattelse, der er forankret i de nye forskrifter i de ovenfor nævnte traktater, kommer i praksis til udtryk ved anvendelsen af proportionalitetsprincippet.

54. For at værtsstatens omtvistede beskæftigelsesforanstaltninger skal kunne anses for at være begrundede som ovenfor anført, skal de være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det mål, de forfølger, og må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opfylde formålet. Dette proportionalitetskriterium, som Domstolen gentagne gange har anvendt i sin praksis vedrørende grundlæggende friheder, betegnes sædvanligvis henholdsvis som egnetheds- og nødvendighedstesten.

55. Det skal således afgøres, om de omtvistede foranstaltninger udgør en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser, og i bekræftende fald skal det vurderes, om de er berettigede på grundlag

af en proportionalitetskontrol. Denne analyse skal gennemføres individuelt med en særskilt undersøgelse af hver af de pågældende foranstaltninger og i lyset af en kontrolstandard, som i medfør af traktaten skal tillægge den sociale beskyttelse af arbejdstageren særlig vægt.

B — *De belgiske kontrolforanstaltninger*

56. Den forenklede ordning, der blev indført i Belgien i 2002, fritager en tjenesteyder, der er etableret i en anden medlemsstat, for at oprette visse dokumenter, som er foreskrevet i værtslandets ret, forudsat at han a) til det belgiske arbejdstilsyn sender en forudgående anmeldelse vedrørende hver arbejdstager, som han udstationerer, i overensstemmelse med en detaljeret model, b) opbevarer og holder til rådighed for de relevante myndigheder de dokumenter fra virksomhedens etableringsland, som svarer til de individuelle konti og lønsedler, der er omhandlet i den belgiske lovgivning, og c) den midlertidige udstationering ikke overstiger seks måneder.

57. Den forenklede ordning finder således aldrig anvendelse på en udstationering, der varer længere end seks måneder, men den er ligeledes udelukket ved en udstationering, der er kortere end seks måneder, hvis kravet om forudgående anmeldelse ikke opfyldes, idet den generelle ordning i så fald finder anvendelse.

1. Den forudgående udstationeringsanmeldelse

a) Problemstilling

58. Kommissionen og de tiltalte i hovedsagen har gjort gældende, at den præceptive anmeldelse og følgerne af undladelsen af at fremsende den i realiteten skjuler en reel godkendelse, som hindrer den frie udveksling af tjenesteydelser. Den belgiske regering har derimod understreget, at Fællesskabets retspraksis udtrykkeligt har anerkendt denne kontrolmetode, og at den ikke udgør en nødvendig betingelse for at undgå den almindelige ordning.

59. Til trods for de af Belgien fremførte argumenter tyder alt på, at der er tale om en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser, henset til at medlemsstaten ikke anvender samme vilkår for udenlandske tjenesteydere som for de nationale tjenesteydere, da anmeldelsen kun afkræves de førstnævnte.

60. Som udgangspunkt skal det bemærkes, at retspraksis har fastslået, at en forudgående udstationeringsanmeldelse er begrundet med henblik på beskyttelsen af arbejdstagere [35]. Der kan rent faktisk ikke gøres indsigelse

35 — Dom af 21.10.2004, sag C-445/03, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 10191, præmis 46, samt dommen af 19.1.2006 i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 41 og 42, og dommen i sagen Kommissionen mod Belgien, præmis 16.

mod tjenesteyderens forpligtelse til at udføre en sådan handling for at attestere, at de berørte arbejdstagere opfylder de gældende retsforskrifter, navnlig med hensyn til bopæl, arbejdstilladelse og social dækning i den medlemsstat, hvor de beskæftiges af virksomheden. En sådan foranstaltning går således ikke ud over, hvad der er nødvendigt for at forebygge det misbrug, som gennemførelsen af den frie udveksling af tjenesteydelser kan give anledning til.

61. Som det anføres nedenfor, kan denne begrundelse udmærket forsvares med hensyn til anmeldelsens *indhold* og *form*. At den skal godkendes *før* udstationeringen samt visse aspekter vedrørende dens *praktiske anvendelse*, sår imidlertid tvivl om dens forenelighed med artikel 56 TEUF.

b) Anmeldelsens indhold

62. De oplysninger, der ifølge artikel 4 i kongelig anordning af 29. marts 2002 skal indeholdes i den forudgående anmeldelse, rejser ingen videre tvivl efter en analyse på grundlag af traktaterne. Sådan som de medlemsstater, der har indgivet indlæg, har anført, er det formål, som disse detaljerede oplysninger forfølger, i overensstemmelse med kriterierne i direktiv 96/71 at bevise, at arbejdstagerne opfylder de gældende retsforskrifter i oprindelsesstaten, og fastsætte deres rettigheder på stedet for den midlertidige levering af tjenesteydelserne. Disse oplysninger er endvidere absolut nødvendige, for at det kan afgøres, hvilke bestemmelser der er mest gunstige for dem. De detaljerede oplysninger vedrørende arbejdsgiveren, arbejdstagerne selv[36] og de arbejdsvilkår, der finder anvendelse, nærmere bestemt den ugentlige arbejdstid og arbejdstiderne, har til formål at efterprøve lovligheden af deres ansættelse i oprindelsesstaten. Formålet bestående i at undersøge de anerkendte rettigheder for de ansatte i værtsstaten står således i et rimeligt forhold til undersøgelsen af »typen af de serviceydelser, der skal leveres inden for rammerne af udstationeringen, datoen for udstationeringens påbegyndelse, dens forventede varighed og stedet for udførelsen af arbejdet«.

63. Oplysningerne om det sted, hvor de tilsvarende dokumenter føres og opbevares, og oplysningerne om den person, der er ansvarlig for dem i Belgien, er ligeledes relevante for en effektiv beskyttelse af arbejdstagerne. I dommen i sagen Arblade m.fl. fastslog Domstolen, at den pågældende beskyttelse, navnlig med hensyn til sikkerhed, sundhed og arbejdstid »kan forudsætte, at visse dokumenter holdes til rådighed på byggepladsen eller i det mindste på et sted i værtsmedlemsstaten, der er tilgængeligt og *klart defineret* for denne stats kontrolmyndigheder, navnlig i mangel af et organiseret system med samarbejde eller

36 — Med særlig relevans »datoen for indgåelse af arbejdskontrakten, datoen for påbegyndelse af beskæftigelsen i Belgien og den udførte arbejdsopgave«.

udveksling af oplysninger mellem medlemsstaterne som foreskrevet i artikel 4 i direktiv 96/71«.

c) Anmeldelsens form

64. Kravet om, at anmeldelsen affattes efter en standardmodel, kan heller ikke anses for en urimelig byrde for tjenesteyderen, idet det giver ham retlig klarhed og forenkler opgaven med at fremsende anmeldelsen. Tjenesteyderen kan desuden udfylde formularen på sit eget sprog [37].

d) Attestering af anmeldelsens forskriftsmæssighed før udstationeringen

65. Nøjere overvejelse fortjener de belgiske forskrifter, der ledsager de her omhandlede bestemmelser, navnlig dem, der fritager for at udfærdige og føre de belgiske arbejdsretlige dokumenter, såfremt tilsynet attesterer »anmeldelsens modtagelse og forskriftsmæssighed« inden for fem arbejdsdage efter dens modtagelse, tildeler et registreringsnummer for anmeldelsen og meddeler det til arbejdsgiveren.

66. Belgien har kvalificeret ordningen med forudgående anmeldelse som en »simpel underretningsprocedure« [38] og har afvist, at det drejer sig om en nødvendig forudsætning for at foretage en udstationering. Denne fortolkning synes imidlertid at være i strid med Belgiens oplysning om, at »anvendelsen af den forenklede ordning er betinget af fremsendelse af en udstationeringsanmeldelse« [39], og med ordlyden af de forskrifter, der regulerer anmeldelsen.

67. Ifølge dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland går en forudgående kontrol foretaget af myndighederne i værtslandet »ud over, hvad der er nødvendigt for at forebygge det misbrug, som gennemførelsen af den frie udveksling af tjenesteydelser kan give anledning til« [40]. Den forudgående kontrol af overholdelse af kravene er til hinder for det rent informative formål, som retspraksis tillægger denne type meddelelser, der blot giver de nationale myndigheder mulighed for »efterfølgende at kontrollere oplysningerne og for at træffe de nødvendige foranstaltninger i tilfælde af, at arbejdstagernes situation er ulovlig« [41].

37 — Dette oplystes under retsmødet af den belgiske regerings repræsentant.

38 — Punkt 32 i medlemsstatens interventionsindlæg.
39 — Punkt 31 i medlemsstatens interventionsindlæg.
40 — Dommens præmis 42.
41 — Ibidem, præmis 41.

68. Det skal tilføjes, at hvad angår udstationering af et tredjelands arbejdstagere, som er beskæftigede i en virksomhed, der er etableret i Den Europæiske Union, er det i retspraksis fastslået, at en national ordning ikke kan gøre deres levering af tjenesteydelser betinget af, at der foreligger en tilladelse hertil fra en forvaltningsmyndighed [42]. Det er derfor rimeligt, at Domstolen opretholder et tilsvarende standpunkt, når der er tale om ansatte, der er unionsborgere, som det er tilfældet med Termiso Limitadas ansatte.

69. Den foreliggende sag udviser imidlertid et særtræk i forhold til retspraksis vedrørende statsborgere fra tredjelande, idet de belgiske myndigheder nødvendigvis skal tildele et registreringsnummer, efter at arbejdsgiveren har udfærdiget den krævede forhåndsanmeldelse. Som tidligere anført indebærer en godkendelse fra værtsmedlemsstatens myndigheder ikke altid en kontrol af, at udstationeringen opfylder alle de krav, der er fastsat i den sociale lovgivning. Godkendelsen kan snarere tværtimod fortolkes som en formalitet, som begrænser sig til at konstatere, at anmeldelsen er korrekt udfyldt. Den belgiske ordning bør imidlertid vurderes på en helt anden måde, når det tages i betragtning, at det ikke er muligt at påbegynde leveringen af tjenesteydelser, før det nævnte registreringsnummer er tildelt og fremsendt til arbejdsgiveren, uden hvilket udstationering som tidligere påvist ikke kan finde sted.

70. Følgelig kan den blotte fremsendelse af oplysninger til myndighederne i bestemmelseslandet samt bekræftelsen af modtagelsen potentielt omdannes til mekanismer til kontrol og godkendelse forud for præstationen af tjenesteydelsen. Et sådant resultat kan vanskeligt forenes med traktaterne, og endnu mindre hvis det ses i lyset af virkningen heraf.

e) Anmeldelsens administrative virkning

71. Det er klart, at kendskab til omstændighederne vedrørende et bestemt arbejdsforhold letter tilsynsopgaven. Med attesteringen af den forudgående udstationeringsanmeldelses forskriftsmæssighed får den tilsynsførende kendskab til indholdet i arbejdsforholdet og kan således afhjælpe eventuelle mangler, der kunne gøre sig gældende før arbejdets påbegyndelse. Opdages der sådanne uregelmæssigheder, får arbejdsgiveren ikke tildelt registreringsnummeret (da der som tidligere anført ikke finder udstationering eller arbejde sted uden registrering), hvorved det undgås, at den tilsynsførende konstaterer sådanne mangler på arbejdsstedet.

42 — Ifølge dom af 9.8.1994, sag C-43/93, Vander Elst, Sml. I, s. 3803, præmis 15, dommen af 21.10.2004 i sagen Kommissionen mod Luxembourg, præmis 24, og af 19.1.2006 i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 34, udgør dette krav en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser i artikel 49 EF's forstand.

72. Set i lyset af artikel 56 TEUF begrunder en sådan forvaltningsmæssig effektivitet imidlertid ikke, at udstationering betinges af, at anmeldelsen godkendes ved hjælp af et registreringsnummer.

73. Dommen i sagen Arblade m.fl. giver kategorisk udtryk for, at kriteriet om at gøre det lettere for myndighederne at opfylde deres kontrolopgave »ikke er tilstrækkeligt til at begrunde en sådan hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser«, og tilføjer, at »[d]et må også kræves, at de pågældende myndigheder ikke kan udføre deres kontrolopgave på effektiv vis« [43]. I samme retning fastslog dommen i sagen Kommissionen mod Luxembourg, at kravet om, at en befuldmægtiget, som var bosiddende i Luxembourg, opbevarede bestemte dokumenter, var uforholdsmæssigt ud fra den betragtning, at Storhertugdømmet Luxembourg »ikke har fremført nogen konkrete omstændigheder til støtte for sin opfattelse om, at myndighederne i denne medlemsstat kun har mulighed for at udføre den kontrol, som påhviler dem, såfremt dokumenterne opbevares hos en befuldmægtiget, som er bosiddende i Luxembourg« [44].

74. Oplysningerne i anmeldelsen er tilstrækkeligt klare til, at der efterfølgende kan udføres kontrol, uden at det forekommer indlysende, i hvilket omfang en godkendelse inden for fem dage er nødvendig for gennemførelse af kontrollen.

75. Et sådant krav indebærer heller ikke en reel eller yderligere fordel for udstationerede arbejdstagere i forhold til en efterfølgende kontrol [45]. Selve tvisten ved den nationale ret, hvor myndighederne undersøger Termiso Limitadas arbejdstageres lønkrav, udgør faktisk et bevis på, at den forudgående kontrol af den individuelle udstationeringsanmeldelse ikke er afgørende for det belgiske arbejdstilsyns opgaver.

76. Med hensyn til de belgiske myndigheders frist på fem dage til at bekræfte modtagelsen og tildele registreringsnummeret er det desuden blevet påvist, at denne — om end kortvarige — tidsfrist kan skabe hindringer for den frie udveksling af tjenesteydelser for virksomheder som Termiso, for så vidt som gennemførelsen af den type tjenesteydelser, som virksomheden tilbyder, kræver en næsten øjeblikkelig udstationering af dens arbejdstagere til Belgien [46], hvilket ikke vil kunne lade sig gøre, hvis virksomheden skal afvente svaret fra arbejdstilsynet inden for den nævnte frist. En alternativ metode kunne f.eks. være en ordning med stiltiende accept, ifølge hvilken registreringsnummeret anses for at være blevet tildelt, såfremt myndigheden ikke har givet et svar inden for fristen. En sådan løsning viser således, at der findes mindre indgribende midler end afventning af bekræftelsen og registreringsnummeret, og dermed

43 — Dommens præmis 76.

44 — Dommen af 19.6.2008, præmis 91.

45 — Kriteriet om en yderligere fordel for arbejdstagerne, om end begrænset til en sammenholdelse af lovgivningen i oprindelses- og værtslandet, fremgår af dommen i sagen Finalarte m.fl.

46 — Som det fremgår af de tiltalte i hovedsagens argumenter, som blev bekræftet under retsmødet, kræver reparationer som dem, der foretages af Termiso, at arbejdstagerne straks udstationeres.

bekræftes det, at det pågældende system ikke står for en proportionalitetskontrol [47].

f) Sammenfatning

77. I lyset af de anførte argumenter skal artikel 56 TEUF og 57 TEUF fortolkes således, at de er til hinder for en national lovgivning, hvorefter arbejdstilsynet skal bekræfte modtagelse og forskriftsmæssighed af anmeldelsen inden for en frist på fem arbejdsdage efter datoen for dens modtagelse, inden arbejdstagerne kan udstationeres og leveringen af tjenesteydelserne kan påbegyndes.

2. Etableringsstatens dokumenter, der svarer til værtslandets dokumenter

a) Problemstilling

78. Den anden foranstaltning, som har givet anledning til Rechtbanks tvivl, er forpligtelsen for en virksomhed, der er etableret i en anden medlemsstat, til at holde visse dokumenter fra oprindelseslandet, som svarer til dokumenter i værtslandet, nærmere bestemt dokumenter vedrørende belgiske individuelle konti og lønsedler, til rådighed for de kompetente myndigheder.

79. Forbuddet mod »dobbelt kontrol«, som er forbundet med Domstolens praksis, giver grundlag for at fastslå, at direktiv 96/71 kræver, at der foreligger en rimelig grad af ækvivalens mellem de garantimekanismer, der er pålagt virksomhederne i værtsstaten, og de garantimekanismer, der kræves i arbejdsgiverens oprindelsesstat. Der stilles hyppigt krav om sammenlignelige vilkår, når der er tale om arbejdsretlige dokumenter, som er det sædvanlige udgangspunkt for arbejdstilsynet.

80. I sit forslag til afgørelse i sagen Arblade m.fl. undersøgte generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer, hvordan ækvivalenskravet fungerer, og påpegede, at bestemmelsesstaterne »skal [...] sikre sig, at virksomhederne ikke allerede opfylder lignende forpligtelser i henhold til lovgivningen i etableringsmedlemsstaten, hvorved de ikke så meget skal tage hensyn til benævnelsen af de forskellige dokumenter, men mere til deres indhold og formål. Såfremt dette er tilfældet, skal de anerkende, at reglerne i etableringsmedlemsstaten er i overensstemmelse med deres egne regler«. Bestemmelsesstaterne kan således »kun [...] kræve, at [tjenesteyderne] retter sig efter deres lovgivning, i det omfang hvor denne supplerer lovgivningen i etableringsmedlemsstaten, men

47 — At Kommissionens befuldmægtigede anerkendte dette under retsmødet, er særligt illustrativt.

ikke, hvis lovgivningerne dermed anvendes dobbelt« (punkt 89).

81. Dette ræsonnement tilsluttede Domstolen sig i dommen i ovennævnte sag, hvor den fastslog, at forpligtelsen til at udfærdige og føre værtsmedlemsstatens dokumenter »medfører udgifter og yderligere administrative og økonomiske byrder for virksomheder, der er etableret i en anden medlemsstat, således at disse virksomheder ikke i konkurrencemæssig henseende behandles på lige fod med arbejdsgivere, der er etableret i værtsmedlemsstaten« (punkt 58). Domstolen fastslog endvidere, at »[d]erimod kan den blotte omstændighed, at der findes visse forskelle med hensyn til form eller indhold, ikke begrunde, at der skal føres to sæt dokumenter, nemlig et, der er i overensstemmelse med etableringsmedlemsstatens regler, og et, der er i overensstemmelse med værtsmedlemsstatens regler, hvis de oplysninger, der er indeholdt i de dokumenter, som kræves efter etableringsmedlemsstatens regler, samlet er tilstrækkelige til, at der kan foretages den nødvendige kontrol i værtsmedlemsstaten« [48]. Domstolen nåede følgelig til den konklusion, at »[e]n sådan forpligtelse udgør [...] en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser som omhandlet i traktatens artikel 59« [49].

82. Bag den retspraksis, som følger af dommen i sagen Arblade m.fl., ligger et princip om gensidig tillid mellem medlemsstaterne, da afvisningen af en »dobbelt byrde« indebærer anerkendelse af lovgivningen i en anden medlemsstat (oprindelsesstaten) som et gyldigt grundlag for at varetage almene hensyn i værtsstaten.

83. På baggrund af ovenstående kan det hævdes, at kravet om dokumenter fra oprindelseslandet (*in abstracto,* uden hensyn til pligten til opbevaring) ikke strider mod artikel 56 TEUF, dels fordi virksomheden, præcis som alle andre, skal oprette dem i den stat, hvor den er etableret, dels fordi virksomheder, der er etableret på det sted, hvor tjenesteydelsen skal leveres, også skal fremlægge »tilsvarende« dokumenter jf. belgisk lovgivning. Den belgiske ordnings konkrete karakter, navnlig pligten til opbevaring af de nævnte dokumenter, kan imidlertid, som det vises nedenfor, føre til et andet resultat.

b) Dokumenter svarende til værtslandets individuelle konti og lønsedler

84. Uden at komme ind på betydningen af det valg, som Belgiens ordning, ifølge den belgiske regering, giver tjenesteyderen (enten at anvende den forenklede ordning eller direkte at påtage sig at udfærdige de i Belgien

48 — Dommen i sagen Arblade m.fl., præmis 64.
49 — Ibidem, præmis 59.

foreskrevne dokumenter), kan det konstateres, at den forenklede ordning har til formål at fritage arbejdsgiveren for nogle formaliteter, såsom udarbejdelse og opbevaring af visse dokumenter (bl.a. de individuelle konti og lønsedler), som i overensstemmelse med artikel 56 TEUF kun kan kræves i forbindelse med midlertidig udstationering af arbejdstagere, når deres sociale beskyttelse ikke er sikret ved de dokumenter, der er foreskrevet i lovgivningen i den medlemsstat, hvor virksomheden er etableret.

85. Belgiens argumenter bekræfter denne fortolkning. Eftersom dommen i sagen Arblade m.fl. forhindrer indførelsen af en generel pligt for udenlandske arbejdsgivere til at udfærdige de i belgisk ret foreskrevne individuelle konti, fritager denne ret under visse betingelser arbejdsgiveren for en sådan byrde.

86. Retspraksis opstillede et hovedkriterium og et subsidiært kriterium i ovennævnte dom og pålagde klart myndighederne og i givet fald domstolene i værtsmedlemsstaten, »inden det kræves, at der udfærdiges og føres arbejdsretlige dokumenter på denne stats område i overensstemmelse med statens egne regler, [at undersøge], om det hensyn til social beskyttelse af arbejdstagerne, der kan begrunde disse krav, ikke i tilstrækkelig grad tilgodeses ved, at der inden for en rimelig frist fremlægges dokumenter, der føres i etableringsmedlemsstaten, eller kopi heraf« [50].

87. Såfremt arbejdsgiveren ikke er i besiddelse af sådanne tilsvarende dokumenter, forpligter værtsmedlemsstatens lovgivning ham til at udfærdige og føre de individuelle konti og lønsedler, der er omhandlet i den belgiske lovgivning. Man kan således ikke underkende en ordning, som kræver nogle arbejdsretlige dokumenter forelagt, der svarer til etableringslandets dokumenter, og derved fortrænge kravene efter de almindelige dokumentationskrav. Det er klart, at dette er foreneligt med Domstolens praksis i dommen i sagen Arblade m.fl.

88. Det er imidlertid vanskeligere at begrunde, at Belgien begrænser Domstolens praksis til udstationeringer på under seks måneder, henset til at længere udstationeringer også er omfattet af artikel 56 TEUF. Når alt kommer til alt, er selv udstationeringer, der overstiger seks måneder, stadig midlertidige, som det kan udledes af dommene i sagerne Rush Portuguesa, Vander Elst, Finalarte og Kommissionen mod Luxembourg, hvor Domstolen udtalte, at for så vidt arbejdstagerne er udstationeret for en virksomheds regning, som ikke etablerer sig i værtsmedlemsstaten, men leverer tjenesteydelser dér, kan de »ikke [...]

50 — Ibidem, præmis 65.

kræve at få adgang til udstationeringsmedlemsstatens arbejdsmarked« [51].

c) Dokumenternes indhold

89. En arbejdstagers individuelle konto indeholder oplysninger om, hvilket arbejde arbejdstageren har udført i løbet af et år, og den modtagne løn. Lønsedlerne, som sendes til arbejdstageren i hver lønperiode, angiver den nøjagtige lønberegning og de beløb, der er tilbageholdt.

90. Det er åbenbart, at disse to dokumenter er egnede til at anskueliggøre arbejdstagerens økonomiske rettigheder, da de gør det muligt at kontrollere, at de grænser, der er fastsat enten ved lov eller kollektiv overenskomst, er overholdt, og om der faktisk er udbetalt løn for alle de dage, hvor leveringen af tjenesteydelser har fundet sted, herunder helligdage og årlig ferie, idet dette ligeledes er nødvendigt for at kontrollere overholdelsen af mindstelønnen og overtidsbetaling. De nævnte dokumenter er endvidere nødvendige for at sammenligne den ansattes rettigheder i de forskellige retsordener, og henset til at etableringsmedlemsstatens dokumenter anerkendes som svarende til værtslandets, er de mindre indgribende end andre alternativer, såsom direkte at udfylde de belgiske dokumenter.

d) Opbevaring af dokumenterne

91. Med hensyn til opbevaring af dokumenterne skal tre forskellige aspekter fremhæves. Det første vedrører tilrådighedsstillelsen og opbevaringen af de tilsvarende dokumenter i den periode, hvor de udstationerede arbejdstagere er beskæftiget i Belgien. Det andet vedrører udstrækningen af opbevaringspligten til fem år regnet fra udløbet af de seks måneder efter den første udstationering. Det tredje vedrører opbevaringsstedet, dvs. det sted, hvor den udstationerede arbejdstager udfører arbejdet, eller på den belgiske bopæl for en fysisk person, der som fuldmægtig opbevarer dokumenterne.

92. For så vidt angår den tidsmæssige udstrækning af den nævnte forpligtelse gør det

51 — Jf. dom af 27.3.1990, sag C-113/89, Rush Portuguesa, Sml. I, s. 1417, præmis 15, Vander Elst-dommen, præmis 21, dommen i sagen Finalarte m.fl., præmis 22, dommen af 21.10.2004 i sagen Kommissionen mod Luxembourg, præmis 38.

organiserede system med samarbejde og udveksling af oplysninger mellem medlemsstaterne, der er fastsat i artikel 4 i direktiv 96/71, det overflødigt at opbevare sådanne dokumenter i værtsmedlemsstaten, når arbejdsgiveren ikke længere beskæftiger arbejdstagere dér [52]. På den anden side tillader retspraksis »opbevaring af bestemte dokumenter hos en fysisk person, der er bosat i værtsmedlemsstaten«, men begrænset til den tid, udstationeringen varer [53]. Kravet om, at de tilsvarende dokumenter skal opbevares i udstationeringsperioden, er ganske vist forholdsmæssigt, men det er mere tvivlsomt, om forpligtelsen kan udstrækkes til fem år efter, at arbejdet er ophørt, hvilket bekræftes i præmis 77 og 78 i dommen i sagen Arblade m.fl. samt i præmis 90-94 i dommen af 19. juni 2008 i sagen Kommissionen mod Luxembourg. Den omstændighed, at medlemsstaterne råder over alternative samarbejdsformer, der fritager arbejdsgiveren for denne byrde, der desuden indebærer administrationsomkostninger, som unødigt afskrækker fra at levere tjenesteydelser i en anden medlemsstat end etableringsstaten, bekræfter, at det drejer sig om et uforholdsmæssigt krav, som strider imod artikel 56 TEUF.

e) Sammenfatning

93. Af det ovenfor anførte fremgår det, at artikel 56 TEUF og 57 TEUF skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for en national lovgivning, som kræver, at visse dokumenter fra etableringslandet, som svarer til dem, der skal udfærdiges i værtsstaten (i den foreliggende sag belgiske individuelle konti og lønsedler), skal fremlægges. En ordning som den belgiske, der kræver opbevaring af visse af etableringsstatens dokumenter, der svarer til dem i værtsmedlemsstaten, efter arbejdstagernes udstationering faktisk er ophørt, er derimod uforholdsmæssig og kan ikke berettiges efter artikel 56 TEUF og 57 TEUF. Samme kritik kan rettes mod et system, som direkte kræver disse dokumenter fra værtsstaten ved midlertidig udstationering af arbejdstagere, der overstiger seks måneder.

52 — Dommen af 19.6.2008 i sagen Kommissionen mod Luxembourg, præmis 92, og dommen i sagen Arblade m.fl., præmis 79.

53 — Dette fremgår modsætningsvis af præmis 74 i dom af 18.7.2007, sag C-490/04, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 6095: »Det er ganske vist korrekt, at Domstolen i denne doms [dommen i sagen Arblade m.fl.] præmis 76 har fastslået, at det ikke er tilstrækkeligt for at begrunde en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser — der består i at pålægge den udenlandske arbejdsgiver at opbevare visse dokumenter på bopælen for en fysisk person i værtsmedlemsstaten — at tilstedeværelsen af sådanne dokumenter på værtsmedlemsstatens område generelt kan gøre det lettere for denne stats myndigheder at opfylde deres kontrolopgave. Denne præmis i nævnte dom vedrørte dog arbejdsgiverens forpligtelse til at stille visse dokumenter til rådighed for de kompetente myndigheder, selv om denne ikke længere havde arbejdstagere beskæftiget i værtsmedlemsstaten.«

VII — Forslag til afgørelse

94. På baggrund af ovenstående foreslår jeg, at Domstolen besvarer det præjudicielle spørgsmål således:

»1) Artikel 56 TEUF og 57 TEUF skal fortolkes således, at de er til hinder for en national lovgivning, hvorefter arbejdstilsynet skal bekræfte modtagelse og forskriftsmæssighed af anmeldelsen inden for fem arbejdsdage efter datoen for dens modtagelse, inden arbejdstagerne kan udstationeres, og leveringen af tjenesteydelser kan påbegyndes.

2) Artikel 56 TEUF og 57 TEUF skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for en national ordning, som kræver fremlæggelse af visse dokumenter fra etableringslandet, som svarer til dem, der skal udfærdiges i værtsstaten (i den foreliggende sag de belgiske individuelle konti og lønsedler).

— Artikel 56 TEUF og 57 TEUF skal derimod fortolkes således, at de er til hinder for en national ordning, som kræver, at visse dokumenter fra etableringsstaten, som svarer til dokumenterne fra værtsstaten, opbevares, efter at arbejdstagernes udstationering faktisk er ophørt

— dokumenter fra værtsstaten indhentes ved midlertidig udstationering af arbejdstagere, som overstiger seks måneder.«