FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT JEAN MISCHO

fremsat den 13. juli 2000 [1]

Indhold

De tyske bestemmelser vedrørende betalt ferie og de faktiske omstændigheder i hovedsagerne ..... I - 7836

De præjudicielle spørgsmål ..... I - 7839

Anvendeligheden af traktatens artikel 48 ..... I - 7841

Første præjudicielle spørgsmål ..... I - 7843

a) Spørgsmålet, om der foreligger en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser ..... I - 7850

b) Spørgsmålet, om der foreligger forskelsbehandling ..... I - 7852

c) Spørgsmålet, om der foreligger et alment hensyn ..... I - 7853

d) Beskyttelse af det almene hensyn i kraft af reglerne i tjenesteyderens etableringsstat I - 7856

e) Muligheden for at opnå det samme resultat ved mindre indgribende regler ..... I - 7858

Andet præjudicielle spørgsmål ..... I - 7860

a) Feriens længde ..... I - 7860

Indlæg ..... I - 7861

Vurdering ..... I - 7863

b) Fremgangsmåden ved udbetaling af feriegodtgørelse ..... I - 7864

Indlæg ..... I - 7864

Vurdering ..... I - 7866

c) Omfanget af oplysningspligten ..... I - 7867

Indlæg ..... I - 7869

Vurdering ..... I - 7871

Tredje præjudicielle spørgsmål ..... I - 7875

Indlæg ..... I - 7877

Vurdering ..... I - 7878

Fjerde præjudicielle spørgsmål ..... I - 7879

Forslag til afgørelse ..... I - 7882

1 — Originalsprog: fransk.

1. De foreliggende sager rejser på ny et problem, som Domstolen allerede har beskæftiget sig med gentagne gange, nemlig fortolkningen af fællesskabsretten i forbindelse med en situation, hvor en virksomhed, som er etableret i en medlemsstat (herefter »oprindelsesstaten«) midlertidigt udstationerer arbejdstagere, som er statsborgere i Den Europæiske Union, på en anden medlemsstats område (herefter »værtsstaten«) som led i en grænseoverskridende udveksling af tjenesteydelser.

De tyske bestemmelser vedrørende betalt ferie og de faktiske omstændigheder i hovedsagerne

2. Den tyske ferieordning for arbejdstagere i byggefagene, som er en integreret del af deres arbejds- og ansættelsesvilkår, er reguleret af Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer — Bundesurlaubsgesetz (forbundslov om mindsteferie for arbejdstagere, herefter »BUrlG«) og af Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (hovedaftale for byggefagene, herefter »BRTV«). Ferieordningen forvaltes gennem et system af feriekasser, som hovedsagelig reguleres af Verfahrenstarifvertrag (kollektiv overenskomst vedrørende socialsikringskasserne, herefter »VTV«). Anvendelsesområdet for de nævnte kollektive overenskomster er ved et forbundsregeringsdekret blevet udvidet til at omfatte hele byggesektoren.

3. Arbeitsgericht Wiesbaden (herefter »den nationale ret«) har forklaret, at en arbejdstager i henhold til BUrlG principielt skal have været i arbejdsgiverens tjeneste i en karensperiode på seks måneder, før vedkommende for første gang har krav på den fulde årlige ferie. Der gør sig imidlertid et særligt forhold gældende i byggesektoren, som gør en fravigelse af ferieordningen nødvendig. Denne sektor er nemlig kendetegnet ved hyppigt skiftende arbejdssteder, hvilket har til følge, at arbejdstagerne ofte skifter arbejdsgiver, og at »ansættelsesforhold af kortere varighed end et år i stort omfang er sædvanlige«. I en lang række tilfælde er arbejdstagerne derfor ikke i den pågældende virksomhed i de krævede seks måneder og optjener af denne grund kun krav på nogle få dages ferie eller slet ingen. Hertil kommer i de fleste tilfælde, at arbejdstagerne på grund af ansættelsesforholdets ophør ikke får deres feriekrav omsat i fritid, men kun får udbetalt et pengebeløb som kompensation for det optjente feriekrav.

4. I henhold til BUrlG[2] kan ferieloven fraviges ved overenskomst, når dette er nødvendigt for at sikre arbejdstagerne i byggefagene en sammenhængende årlig ferie trods hyppigt skiftende arbejdsgivere.

2 — BUrlG's § 13, stk. 2.

5. På denne baggrund og med dette formål bestemmer BRTV [3], at de forskellige ansættelsesforhold, som en arbejdstager har haft i ferieåret, det vil normalt sige kalenderåret, skal behandles, som om der var tale om ét ansættelsesforhold. Denne fiktion sikrer, at arbejdstageren kan sammenlægge de ferietilgodehavender, der er optjent hos de forskellige arbejdsgivere i løbet af ferieåret, og kan gøre alle disse rettigheder gældende over for den arbejdsgiver, som han aktuelt er beskæftiget hos, uanset hvor længe han har været beskæftiget hos denne.

6. Dette system ville normalt medføre, at den sidstnævnte arbejdsgiver ville blive pålagt en tung finansiel byrde, idet han ville blive nødsaget til at betale arbejdstageren feriegodtgørelse, selv for de feriedage, som var optjent hos andre arbejdsgivere. For at afhjælpe dette problem og sikre en rimelig fordeling af de finansielle byrder mellem de berørte arbejdsgivere besluttede de tyske arbejdsmarkedsparter at oprette feriekasser.

7. Tyske arbejdsgivere indbetaler 14,45% af bruttolønsummen i deres virksomhed til feriekassen og har til gengæld et krav mod kassen på hel eller delvis refusion af de beløb, de som arbejdsgivere skal udbetale arbejdstagerne (feriegodtgørelse, yderligere ferietillæg samt et skønsmæssigt fastsat procenttillæg for de socialsikringsbidrag, arbejdsgiveren skal betale).

8. Arbejdsgiverne skal hver måned give Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft (kasse, der forvalter ordningen med betalt ferie og feriegodtgørelse inden for byggesektoren, herefter »Ulak«) visse oplysninger, således at denne kan fastsætte virksomhedens månedlige bruttolønsum og beregne de bidragsbeløb, der skal udredes.

9. Forbundsministeren for arbejde og socialvæsen har ved dekret erklæret BRTV og VTV for almindeligt gældende, således at de også gælder for de arbejdsgivere og arbejdstagere, der ikke har tiltrådt overenskomsterne, når blot de er omfattet af overenskomsternes saglige, territoriale og personlige anvendelsesområde.

10. I henhold til lov om udstationering af arbejdstagere af 26. februar 1996 [4] (herefter »AEntG«) finder bestemmelserne i byggesektorens kollektive overenskomster om retten til betalt ferie med virkning fra 1. marts 1996 — under visse betingelser — også anvendelse på arbejdsforhold mellem virksomheder med hjemsted uden for Forbundsrepublikken Tyskland (herefter

3 — BRTV's § 8.

4 — Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen — Arbeitnehmer-Entsendegesetz — AEntG af 26.2.1996 (BGBl I, s. 227) (lov om gældende arbejdsvilkår ved grænseoverskridende tjenesteydelser).

»udenlandske tjenesteydere«) og arbejdstagere, som disse for en bestemt periode udsender til en byggeplads i Tyskland med henblik på at udføre byggearbejder (herefter »udstationerede arbejdstagere«).

11. Med henblik herpå er BRTV's § 8, som vedrører feriekrav for arbejdstagere i byggefagene, blevet ændret, og VTV er med virkning fra 1. januar 1997 [5] blevet suppleret af en tredje del med overskriften »Ferieordning for arbejdsgivere med hjemsted uden for Tyskland og deres ansatte i Tyskland« [6].

12. Den tyske regering har imidlertid i sine skriftlige indlæg anført, at »ordningen med socialsikringskasser i byggesektoren omfatter en lang række overenskomstfastsatte ydelser. Foruden ferieordningen har arbejdsmarkedsparterne i byggesektoren under hensyn til de særlige forhold, der gør sig gældende i denne, til socialsikringskasserne i sektoren overdraget forvaltningen af følgende ydelser: lønkompensation i perioden 24.-26. december samt for den 31. december og 1. januar, tillægspensionsordning og videreuddannelse. AEntG, som kun vedrører forvaltningen af ydelsen »ferie«, som inden for rammerne af socialsikringskasseordningen betales af virksomheden, har udvidet denne til virksomheder med hjemsted i udlandet og til deres udstationerede arbejdstagere«. Efter den tyske regerings opfattelse har lovgiver således med sin foranstaltning begrænset sig til det absolutte kerneområde af de i forbindelse med udstationering relevante arbejdsvilkår.

13. Udenlandske tjenesteydere, som opererer inden for byggesektoren, skal således deltage i den tyske feriekasseordning, hvilket bl.a. indebærer en forpligtelse til at indbetale bidrag til Ulak med 14,25% af bruttolønsummen for de arbejdstagere, som de har udstationeret i Tyskland (14,82% indtil den 30.6.1997) og at meddele feriekassen en række oplysninger.

14. Når en udstationeret arbejdstager ønsker at afvikle ferie, skal den udenlandske tjenesteyder underrette Ulak herom, hvorefter denne udbetaler arbejdstageren den feriegodtgørelse, han har krav på [7]. Til forskel fra arbejdsgivere med hjemsted i Tyskland skal en udenlandsk tjenesteyder ikke på forhånd udbetale arbejdstageren den feriegodtgørelse, han har krav på. Følgelig kan arbejdsgiveren heller ikke gøre krav på refusion fra Ulak.

5 — Ændringsoverenskomst af 18.12.1996.

6 — §§ 55-71 (nye) i VTV.

7 — VTV's § 65.

15. Den samme fremgangsmåde gælder i henhold til VTV's § 66 ved betaling af feriegodtgørelse, når den udstationerede arbejdstager vender tilbage til hjemlandet uden at have taget den ferie, som han har optjent i Tyskland [8].

16. Endvidere skal tjenesteydere med hjemsted uden for Tyskland give feriekassen flere oplysninger end arbejdsgivere med hjemsted i Tyskland.

17. De i henhold til portugisisk ret stiftede selskaber Santos & Kewitz Construções L.[da] (herefter »Santos«), Tecnamb-Tecnologia do Ambiente L.[da] (herefter »Tecnamb«), Finalarte Sociedade de Construção Civil L.[da] (herefter »Finalarte«), Portugaia Construções L.[da] (herefter »Portugaia«), Engil Sociedade de Construção Civil SA (herefter »Engil«), Amilcar Oliveira Rocha (herefter »Amilcar«), Turiprata Construções Civil L.[da] (herefter »Turiprata«), Duarte dos Santos Sousa (herefter »Duarte«) samt det i henhold til engelsk ret stiftede selskab Tudor Stone Ltd (herefter »Tudor«) udstationerede, som led i den frie udveksling af tjenesteydelser, i 1997 arbejdstagere i Tyskland med henblik på udførelse af byggearbejder.

18. De har gjort gældende, at fællesskabsretten er til hinder for, at feriekasseordningen, og især forpligtelsen til at betale bidrag og meddele oplysninger til Ulak, anvendes på dem.

19. Mens selskaberne Finalarte, Portugaia og Engil har anlagt sag ved Arbeitsgericht Wiesbaden med påstand om, at det fastslås, at de ikke er underlagt de forpligtelser, der er pålagt dem gennem AEntG (negative anerkendelsessøgsmål), er de øvrige selskaber af Ulak indstævnet for samme domstol med påstand om, at de dømmes til at indbetale bidrag og meddele de krævede oplysninger.

De præjudicielle spørgsmål

20. På baggrund af ovenstående har den nationale ret stillet Domstolen følgende fire præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal EF-traktatens artikel 48, 59 og 60 fortolkes således, at de er til hinder for en bestemmelse i national ret — § 1, stk. 3, 1. pkt., i AEntG — hvorefter bestemmelserne i kollektive overenskomster, der er erklæret for almindeligt gældende, om opkrævning af bidrag og udbetaling af ydelser vedrørende arbejdstageres feriekrav gennem organer, overenskomstparterne i fællesskab

8 — BRTV's § 8, nr. 7.1, litra i).

har oprettet, og dermed overenskomsternes bestemmelser om fremgangsmåden herfor udstrækkes til også at gælde arbejdsgivere med hjemsted i udlandet og de af deres arbejdstagere, der er udstationeret til at gøre tjeneste inden for overenskomsternes territoriale anvendelsesområde?

2) Skal EF-traktatens artikel 48, 59 og 60 fortolkes således, at de er til hinder for bestemmelserne i § 1, stk. 1, 2. pkt., og stk. 3, 1. pkt., i AEntG, der indebærer, at der skal anvendes bestemmelser i kollektive overenskomster, der er erklæret for almindeligt gældende, og hvorefter

a) der gælder en længere ferie end den årlige ferie, der er foreskrevet i Rådets direktiv 93/104/EF af 23. november 1993 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden,

og/eller

b) arbejdsgivere med hjemsted i Tyskland, over for organer, overenskomstparterne i fællesskab har oprettet, har krav på refusion af udgifter til feriegodtgørelse og ferietillæg, mens arbejdsgivere med hjemsted i udlandet ikke har krav herpå, idet de udstationerede arbejdstagere i stedet kan gøre krav gældende direkte over for de organer, overenskomstparterne i fællesskab har oprettet,

og/eller

c) arbejdsgivere med hjemsted i udlandet som led i den ordning med socialsikringskasser, der i henhold til overenskomsterne finder anvendelse, over for organer, overenskomstparterne i fællesskab har oprettet, har en oplysningspligt, som med hensyn til de oplysninger, der skal meddeles, er mere omfattende end den oplysningspligt, der gælder for arbejdsgivere med hjemsted i Tyskland?

3) Skal EF-traktatens artikel 48, 59 og 60 fortolkes således, at de er til hinder for § 1, stk. 4, i AEntG, hvorefter alle de i Tyskland udstationerede arbejdstagere — og kun disse — anses for at udgøre en virksomhed ved afgrænsningen af det materielle anvendelsesområde for en overenskomst, der er erklæret for almindeligt gældende, og som efter § 1, stk. 3, 1. pkt., i AEntG også gælder for arbejdsgivere med

hjemsted i udlandet og de af deres arbejdstagere, som er udstationeret til at gøre tjeneste inden for overenskomstens territoriale anvendelsesområde, selv om der for arbejdsgivere med hjemsted i Tyskland gælder en anden definition af begrebet virksomhed, som i visse tilfælde fører til en anden afgrænsning af, hvilke virksomheder der falder inden for den almindeligt gældende overenskomsts anvendelsesområde?

4) Skal artikel 3, stk. 1, litra b), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/71/EF af 16. december 1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser fortolkes således, at bestemmelsen med udgangspunkt i en korrekt fortolkning af EF-traktatens artikel 48, 59 og 60 under alle omstændigheder hverken foreskriver eller tillader anvendelsen af de bestemmelser, der er omhandlet i spørgsmål 1, 2 og 3?«

21. Før disse spørgsmål undersøges, finder jeg det hensigtsmæssigt at undersøge, om EF-traktatens artikel 48 (efter ændring nu artikel 39 EF) rent faktisk er anvendelig på en situation som den i hovedsagerne omhandlede.

Anvendeligheden af traktatens artikel 48

22. Det er ubestridt, at tvisterne i hovedsagerne vedrører faktiske situationer, hvor virksomheder med hjemsted i andre medlemsstater end Forbundsrepublikken Tyskland for en bestemt periode har udstationeret deres egne arbejdstagere til en byggeplads i Tyskland med henblik på at præstere en grænseoverskridende tjenesteydelse. Ingen af parterne har bestridt, at de faktiske situationer henhører under EF-traktatens artikel 59 (efter ændring nu artikel 49 EF) og EF-traktatens artikel 60 (efter ændring nu artikel 50 EF).

23. Der hersker derimod ikke enighed om, hvorvidt udstationering af arbejdstagere som led i en grænseoverskridende tjenesteydelse ligeledes henhører under traktatens artikel 48.

24. Den nationale ret er af den opfattelse, at nationale bestemmelser som de i de præjudicielle spørgsmål omhandlede, såfremt de fører til en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser, dermed har en indirekte restriktiv virkning på arbejdstagernes frie bevægelighed, idet arbejdstagernes chancer for at blive ansat og udstationeret i udlandet forringes, i det omfang en arbejdstager som følge af udvidelsen af ferieordningen forhindres i at udøve virksomhed i Tyskland inden for

rammerne af den frie udveksling af tjenesteydelser.

25. Selskaberne Finalarte og Portugaia har anført, at traktatens artikel 48 også finder anvendelse på udstationering af arbejdstagere. De har anført, at anvendelsen af nationale bestemmelser, som underlægger en udenlandsk tjenesteyder den tyske feriekasseordning, indebærer en begrænsning af den i traktatens artikel 59 fastsatte frie udveksling af tjenesteydelser og samtidig tilsidesætter traktatens artikel 48, idet udstationerede arbejdstagere hindres i at »følge« deres arbejdsgiver i værtsstaten og arbejde der på de arbejdsvilkår, der gælder i oprindelsesstaten.

26. Den tyske regering har heroverfor anført, at spørgsmålet om, hvorvidt udstationering af arbejdstagere henhører under anvendelsesområdet for traktatens artikel 48, er irrelevant for afgørelsen af tvisterne i hovedsagerne, idet den frie bevægelighed for arbejdstagere udgør en grundlæggende rettighed, som kun kan påberåbes af arbejdstagerne selv.

27. Den tyske regering har subsidiært anført, at artikel 48 ikke indebærer nogen ret for en udstationeret arbejdstager til at arbejde på de i oprindelsesstaten gældende betingelser, men at den derimod stadfæster princippet om ligebehandling, hvilket indebærer, at arbejdstageren skal kunne ansættes på de samme vilkår, som gælder for tyske arbejdstagere.

28. Ulak har anlagt samme fortolkning af artikel 48, som den tyske regering og understreget, at Arbeitsgericht Wiesbaden støtter sig på rene formodninger, eftersom AEntG's ikrafttræden ikke har ført til en nedgang af antallet af udstationerede arbejdstagere i Tyskland.

29. For mit vedkommende mener jeg ligesom Ulak, den belgiske regering og Kommissionen, at spørgsmålet allerede er blevet afgjort ved dommene i sagerne Rush Portuguesa og Vander Elst [9]. I præmis 21 i den sidstnævnte dom hedder det: »Når arbejdstagere, der er beskæftiget i en virksomhed, som er etableret i én medlemsstat, midlertidigt udsendes til en anden medlemsstat med henblik på at præstere tjenesteydelser dér, sker dette [...] ikke med det formål at få adgang til arbejdsmarkedet i denne anden medlemsstat, idet arbejdstagerne vender tilbage til deres hjem- eller bopælsland efter udførelsen af arbejdet.«

30. Heraf følger, at traktatens artikel 48 ikke finder anvendelse på deres situation, hvorfor det er ufornødent at undersøge de stillede spørgsmål i lyset af denne bestemmelse. Hvis nogle af de udstationerede arbejdstagere skulle ønske at afslutte arbejdsforholdet med den virksomhed, som har udsendt dem til Tyskland, og indgå en arbejdskontrakt med en virksomhed, der er etableret i denne medlemsstat, vil de ganske klart i henhold til artikel 48 have ret hertil. Dette har imidlertid intet at gøre med det spørgsmål om eventuelle

9 — Dom af 27.3.1990, sag C-113/89, Sml. I, s. 1417, og af 9.8.1994, sag C-43/93, Sml. I, s. 3803.

begrænsninger af udenlandske virksomheders ret til at præstere tjenesteydelser, som er blevet rejst inden for rammerne af de verserende tvister ved den nationale domstol.

Første præjudicielle spørgsmål

31. Med det første spørgsmål ønsker den nationale ret nærmere bestemt oplyst, om traktatens artikel 59 og 60 som udgangspunkt er til hinder for, at feriekasseordningen udvides til også at gælde arbejdsgivere med hjemsted i udlandet, som udstationerer arbejdstagere til Tyskland med henblik på dér at præstere en tjenesteydelse.

32. I indledningen til forelæggelseskendelsen anfører Arbeitsgericht Wiesbaden følgende: »Endvidere findes det betænkeligt, at det i bemærkningerne til AEntG [...] bl.a. gøres til et erklæret mål, at virksomhederne i den tyske byggebranche skal beskyttes mod den stigende konkurrence på Fællesskabets indre marked, dvs. mod udenlandske konkurrenter«. Den nationale ret bemærker, at det allerede på et tidligt tidspunkt i diskussionerne om udkastet til AEntG flere gange blev fremført, at formålet med en sådan lov først og fremmest var at bekæmpe »unfair konkurrence fra de europæiske lavtlønsområder« og »løn- og socialdumping«.

33. Den nationale ret finder det endvidere tvivlsomt, om det kan hævdes, at udenlandske arbejdsgivere, som udnytter, at der i deres hjemland på grund af en anden levestandard betales lavere lønninger, driver »unfair« konkurrence. Den bemærker, at i Den Europæiske Union skal åbne markeder som en væsentlig del af det indre marked sørge for en mere intensiv konkurrence og en stærkere international arbejdsdeling. Den henviser herved til EF-traktatens artikel 3 A, stk. 1 (nu artikel 4, stk. 1, EF), og EF-traktatens artikel 102 A (nu artikel 98 EF). Det kan derfor ikke i sig selv være et alment hensyn at begrænse konkurrencen som sådan.

34. Generaladvokaten kan ikke forbigå disse indledende bemærkninger fra den nationale ret i tavshed og betragte dem som underordnede. De udgør nemlig baggrunden for de stillede spørgsmål og afspejler tilsyneladende et for flere tyske domstole fælles problem. I nær fremtid skal Domstolen træffe afgørelse i sagen Portugaia Construções (sag C-164/99), hvor den nationale ret med et af sine præjudicielle spørgsmål ønsker oplyst, om de tvingende hensyn til almenvellet, som kan begrunde en begrænsning af retten til fri udveksling af tjenesteydelser i forbindelse med udstationering af arbejdstagere, ikke blot kan bero på den sociale beskyttelse af de udstationerede arbejdstagere, men også på beskyttelsen af den nationale byggesektor og nedsættelsen af arbejdsløsheden i værtslandet.

35. Jeg skal altså undersøge de spørgsmål, som den nationale ret stiller vedrørende princippet om den frie konkurrence. Jeg skal indledningsvis bemærke, at ifølge Domstolens praksis kan foranstaltninger, som udgør en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser, ikke være begrundet i formål af økonomisk art [10].

36. Selv om der på et tidligt tidspunkt i de politiske diskussioner om udkastet til AEntG og i bemærkningerne til denne lov er anvendt udtryk, som kan give indtryk af, at der var tale om at beskytte en økonomisk sektor mod udenlandsk konkurrence, skal jeg under alle omstændigheder alene undersøge selve indholdet i denne lov og de øvrige omhandlede retsforskrifter for at fastslå, om den, som den tyske regering har hævdet, objektivt sikrer de udstationerede arbejdstagere en social beskyttelse, som hovedsagelig svarer til den beskyttelse, som de arbejdstagere i byggesektoren, der er etableret i Tyskland, nyder.

37. Jeg skal for det første fastslå, at de fleste (og formodentlig samtlige) medlemsstater har sat bestemmelser om mindsteløn i kraft, som har til formål at sikre arbejdstagerne anstændige levevilkår, samt bestemmelser om den daglige, ugentlige og årlige arbejdstid med henblik på at beskytte deres sundhed ved at garantere dem tilstrækkelige hvileperioder.

38. Disse bestemmelser udelukker nødvendigvis, at visse nationale virksomheder kan skaffe sig en konkurrencefordel i forhold til andre virksomheder, som er etableret i samme land, ved at pålægge deres ansatte mindre favorable arbejdsvilkår.

39. Men intet i traktaten forpligter medlemsstaterne til at lægge et andet konkurrencebegreb til grund, når det drejer sig om virksomheders interesser, der er etableret i andre medlemsstater, eller at acceptere, at disse virksomheder kan skaffe sig en konkurrencefordel ved ikke at overholde den pågældende lovgivning. I præmis 25 i ovennævnte Vander Elst-dom har Domstolen derimod fastslået, at det er legitimt at ville »udelukke, at der består nogen nævneværdig risiko for en udnyttelse af arbejdstagerne og for en fordrejning af konkurrencen mellem virksomheder« (Sml. I, s. 3803 og s. 3826).

40. Jeg skal dernæst erindre om, at socialpolitikken, herunder forskrifterne for arbejdsvilkår, principielt hører under medlemsstaternes kompetence. I henhold til EF-traktatens artikel 118 (EF-traktatens artikel 117-120 er erstattet af artikel 136 EF — 143 EF) »*støtter og supplerer Fælles-*

10 — Dom af 26.4.1998, sag 352/85, Bond van Adverteerders m.fl., Sml. s. 2085, og af 5.6.1997, sag C-398/95, SETTG, Sml. I, s. 3091.

skabet medlemsstaternes indsats [11] på følgende områder:

— forbedring af især arbejdsmiljøet for at beskytte arbejdstagernes sikkerhed og sundhed

— arbejdsvilkårene

— [...]«

41. Medlemsstaterne bestemmer således frit, hvilket beskyttelsesniveau de vil sikre deres arbejdstagere. Medlemsstaterne bibeholder denne ret, også selv om der er sket en vis harmonisering af arbejdsvilkårene i Fællesskabet.

42. Det er klart, at det sociale beskyttelsesniveau i værtsstaten inden for en overskuelig tid ville blive anfægtet, hvis tjenesteydere med hjemsted i andre medlemsstater kunne undlade at overholde det, da de i værtsstaten etablerede arbejdsgivere ville kræve en sænkning af beskyttelsesniveauet for at kunne konkurrere med lige midler mod de udenlandske tjenesteydere.

43. Det generelle princip er således, at en medlemsstats retssystem, bortset fra de i Domstolens praksis fastslåede undtagelsestilfælde, som jeg vender tilbage til, også finder anvendelse på »udenlandske« tjenesteydere. Dette bekræftes af EF-traktatens artikel 60, sidste stykke (nu artikel 50, sidste stykke, EF), hvori det hedder, at tjenesteyderen »midlertidigt [kan] udøve sin virksomhed i det land, hvor ydelsen præsteres, på samme vilkår, som det pågældende land fastsætter for sine egne statsborgere«.

44. Med andre ord, og i modsætning til, hvad nogle af de virksomheder, der er parter i tvisterne i hovedsagerne, har anført, giver traktaten ikke virksomhederne ret til ved udøvelsen af deres virksomhed i en anden medlemsstat at medbringe ikke alene eget personale og materiel, men også deres oprindelsesstats lovgivning.

45. Jeg skal desuden bemærke, at traktatens artikel 102 A, som den nationale ret henviser til, er placeret i det kapitel i traktaten, der omhandler den økonomiske politik, og ikke i kapitlerne om de fire grundlæggende friheder. I traktatens artikel 3 A er det fastsat, at »medlemsstaternes og Fællesskabets virke [...] skal indebære gennemførelse af en økonomisk politik, der

11 — Min fremhævelse.

bygger på snæver samordning af medlemsstaternes økonomiske politikker, på det indre marked og på fastlæggelse af fælles mål, og som føres i overensstemmelse med princippet om en åben markedsøkonomi med fri konkurrence«.

46. Det følger imidlertid ikke af disse bestemmelser, at princippet om den frie konkurrence i fællesskabsretten tillægges en højere værdi end andre principper. Faktum er, at de europæiske traktater samtidig forfølger flere mål, som indbyrdes skal bringes i overensstemmelse.

47. Arbeitsgericht Wiesbaden har ganske vist ret, når den påpeger, at ingen nogensinde har anfægtet den konkurrencefordel, som følger af de lavere lønninger, der betales i visse medlemsstater, for så vidt angår omkostningerne til fremstillingen af varer, som efterfølgende eksporteres til andre medlemsstater.

48. Jeg skal dog erindre om, at i præamblen til traktaten om oprettelse af De Europæiske Fællesskaber fastslog ophavsmændene, at de havde det forsæt »gennem fælles handling at sikre økonomiske og sociale fremskridt for deres lande« ved at »sætte det som et væsentligt mål for deres bestræbelser stadig at forbedre deres folks levevilkår og beskæftigelsesforhold«.

49. I den efterfølgende betragtning erkender de, »at fjernelsen af bestående hindringer kræver fælles indsats med henblik på at sikre en vedvarende ekspansion, ligevægt i samhandelen og redelig konkurrence«.

50. I traktatens artikel 117, i affattelsen fra 1957, hedder det, at medlemsstaterne er enige om, »at det er nødvendigt at fremme en forbedring af arbejdernes leve- og arbejdsvilkår for herigennem at muliggøre en udjævning af disse vilkår på et stadigt stigende niveau«.

51. Denne passage blev i artikel 136 EF, som har erstattet EF-traktatens artikel 117, forstærket ved en yderligere henvisning til den europæiske socialpagt fra 1961, fællesskabspagten af 1989 om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder, målet at fremme beskæftigelsen, en passende social beskyttelse, dialogen på arbejdsmarkedet, en udvikling af de menneskelige ressourcer, der skal muliggøre et varigt højt beskæftigelsesniveau, og bekæmpelse af social udstødelse.

52. Det er interessant, at Domstolen i en dom af 4. april 1974 [12], som den tyske regering har henvist til i sine indlæg vedrørende uanvendeligheden af traktatens artikel 48 på det foreliggende tilfælde, har henvist til den i artikel 117 fastsatte målsætning og fastslået, at forbuddet mod

12 — Sag 167/73, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 359, præmis 45.

forskelsbehandling (i det pågældende tilfælde for så vidt angår arbejdstagernes frie bevægelighed) ikke blot har til formål at sikre, at statsborgere fra andre medlemsstater har lige adgang til beskæftigelse, »men også [...] at sikre *egne statsborgere* [13], at de ikke udsættes for ugunstige følger af fremmede statsborgeres tilbud om eller antagelse af mindre fordelagtige arbejds- eller lønvilkår, end dem, der gælder i henhold til den nationale ret, idet et sådant tilbud eller en sådan antagelse er forbudt«.

53. Den tyske og den franske regering har således argumenteret i overensstemmelse med denne retspraksis, når de hævder, at muligheden for at betale udstationerede arbejdstagere på samme byggeplads lavere løn end arbejdstagere i værtsstaten, og/eller at i andre henseender at byde dem mindre gunstige arbejdsvilkår, vil kunne bringe de indenlandske arbejdstageres sociale beskyttelsesniveau i fare og måske endog deres ansættelse. Den belgiske regering har i det væsentlige indtaget samme standpunkt.

54. Det fremgår også af traktatens artikel 117, stk. 2, at traktatens forfattere, selv om de mente, at en »harmonisering af de sociale ordninger« ville følge af »fællesmarkedets virksomhed«, tildeler »målrettede« initiativer til forbedring af arbejdsvilkårene en betydelig rolle. Et udtryk herfor er de to direktiver, som der henvises til i nærværende sager, nemlig Rådets direktiv 93/104/EF af 23. november 1993 om visse aspekter af tilrettelæggelse af arbejdstiden [14] (herefter »arbejdstidsdirektivet«) og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/71/EF af 16. december 1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser [15] (herefter »udstationeringsdirektivet«).

55. I femte betragtning til sidstnævnte direktiv hedder det:

»En sådan fremme af tjenesteydelser over grænserne forudsætter fair konkurrence og forholdsregler, der garanterer, at arbejdstagernes rettigheder respekteres.«

56. Det er formodentlig sådanne grunde, der har foranlediget Domstolen (selv om den ikke har redegjort nærmere herfor) til allerede i 1982 i Seco og Desquenne & Giral-dommen [16] at fastslå følgende:

13 — Min fremhævelse.

14 — EFT L 307, s. 18.

15 — EFT L 18, s. 1.

16 — Dom af 3.2.1982, forenede sager 62/81 og 63/81, Sml. s. 223, præmis 14.

»Det står fast, at fællesskabsretten ikke er til hinder for, at medlemsstaterne udstrækker deres lovgivning eller de af arbejdsmarkedets parter indgåede kollektive arbejdsaftaler vedrørende mindsteløn til at omfatte enhver, der, selv midlertidigt, udfører lønnet arbejde på deres område, uanset hvor arbejdsgiveren er etableret, ligesom fællesskabsretten ikke forbyder medlemsstaterne at gennemtvinge overholdelsen af disse regler ved passende midler.«

57. Som Arbeitsgericht Wiesbaden bemærker i sine bemærkninger i forbindelse med sit andet spørgsmål, og som også den tyske regering har anført, har Rush Portuguesa-dommen i hvert fald stiltiende stadfæstet, at dette princip gælder for samtlige bestemmelser og kollektive aftaler, som indgås af arbejdsmarkedets parter, eftersom ordlyden af Seco og Desquenne & Giral-dommen gengives, uden at spørgsmålet om mindsteløn nævnes.

58. Der kan således ikke herske tvivl om, at Forbundsrepublikken Tyskland har ret til også at pålægge udenlandske tjenesteydere sine lovbestemmelser om feriens længde samt, i det mindste principielt feriekasseordningen. Denne ordnings kendetegn skal imidlertid undersøges nærmere, eftersom traktatens artikel 60, stk. 3, ikke indebærer, »at hele den nationale lovgivning, der anvendes i forhold til denne stats egne borgere, og som i almindelighed regulerer de i denne stat etablerede virksomheders løbende aktiviteter, fuldt ud på samme måde kan bringes i anvendelse på aktiviteter af midlertidig art, der udøves af virksomheder, der er etableret i andre medlemsstater« [17].

59. Domstolen har således i præmis 33-38 i Arblade m.fl.-dommen [18] fastslået følgende:

»33 Det fremgår af Domstolens faste praksis, at traktatens artikel 59 ikke blot kræver afskaffelse af enhver form for forskelsbehandling til skade for en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat på grundlag af dennes nationalitet, men også ophævelse af enhver restriktion — også selv om den gælder uden forskel for såvel indenlandske tjenesteydere som tjenesteydere fra andre medlemsstater — der kan være til hinder for eller indebære ulemper for den virksomhed, som udøves af en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat, hvor denne lovligt præsterer tilsvarende tjenesteydelser, eller kan gøre denne virksomhed mindre tiltrækkende (jf. dom af 25.7.1991, sag C-76/90, Säger, Sml. I, s. 4221, præmis 12, af 9.8.1994, sag C-43/93, Vander Elst, Sml. I, s. 3803, præmis 14, af 28.3.1996, sag C-272/94, Guiot, Sml. I, s. 1905, præmis 10, af 12.12.1996, sag C-3/95, Reisebüro Broede, Sml. I, s. 6511, præmis 25, og af 9.7.1997, sag C-222/95, Parodi, Sml. I, s. 3899, præmis 18).

17 — Dom af 17.12.1981, sag 279/80, Webb, Sml. s. 3305, præmis 16.

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

34 Selv om der ikke er foretaget en harmonisering på området, kan den frie udveksling af tjenesteydelser, som er et grundlæggende princip i traktaten, kun begrænses ved regler, der er begrundet i tvingende almene hensyn, og som gælder for enhver person eller ethvert selskab, der driver virksomhed på modtagerstatens område, og kun i det omfang, disse hensyn ikke tilgodeses i kraft af de bestemmelser, tjenesteyderen er undergivet i den medlemsstat, hvori denne er etableret (jf. bl.a. dom af 17.12.1981, sag 279/80, Webb, Sml. s. 3305, præmis 17, domme af 26.2.1991, henholdsvis sag C-180/89, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 709, præmis 17, og sag C -198/89, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 727, præmis 18, Säger-dommen, præmis 15, Vander Elst-dommen, præmis 16, og Guiot-dommen, præmis 11).

35 Anvendelsen af en medlemsstats nationale regler i forhold til tjenesteydere, som er etableret i andre medlemsstater, skal være egnet til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger, og må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt, for at formålet opfyldes (jf. bl.a. Säger-dommen, præmis 15, dom af 31.3.1993, sag C-19/92, Kraus, Sml. I, s. 1663, præmis 32, af 30.11.1995, sag C-55/94, Gebhard, Sml. I, s. 4165, præmis 37, og Guiot-dommen, præmis 11 og 13).

36 Blandt de tvingende almene hensyn, Domstolen allerede har anerkendt, er beskyttelse af arbejdstagere (jf. Webb-dommen, præmis 19, dom af 3.2.1982, forenede sager 62/81 og 63/81, Seco og Desquenne & Giral, Sml. s. 223, præmis 14, og af 27.3.1990, sag C-113/89, Rush Portuguesa, Sml. I, s. 1417, præmis 18), navnlig social beskyttelse af arbejdstagere i byggebranchen (Guiot-dommen, præmis 16).

37 Derimod kan rent forvaltningsmæssige hensyn ikke begrunde, at en medlemsstat fraviger fællesskabsrettens regler, hvilket så meget mere må gælde, såfremt den pågældende fravigelse medfører, at udøvelsen af en af fællesskabsrettens grundlæggende frihedsrettigheder udelukkes eller begrænses (jf. bl.a. dom af 26.1.1999, sag C-18/95, Terhoeve, Sml. I, s. 345, præmis 45).

38 De tvingende almene hensyn, der begrunder de materielle regler i en lovgivning, kan imidlertid også begrunde nødvendige kontrolforanstaltninger med henblik på at sikre, at de materielle regler overholdes (jf. i samme retning Rush Portuguesa-dommen, præmis 18).«

60. Jeg skal herefter undersøge, om feriekasseordningen virker som en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser, og for så vidt som denne ordning ikke er diskriminerende, om der er tvingende almene hensyn, der begrunder en sådan hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser. I bekræftende fald skal jeg endvidere undersøge, om disse hensyn ikke allerede er tilgodeset ved reglerne i den medlemsstat, hvor tjenesteyderen er etableret, og om det samme resultat ikke kan opnås ved mindre indgribende regler (jf. bl.a. Säger-dommen, præmis 15, Kraus-dommen, præmis 32, Gebhard-dommen, præmis 37, Guiot-dommen, præmis 13, og Reisebüro Broede-dommen, præmis 28).

a) *Spørgsmålet, om der foreligger en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser*

61. Jeg skal for det første undersøge, om feriekasseordningen indebærer begrænsninger af den frie udveksling af tjenesteydelser.

62. Der består i den henseende to forskelle mellem det forhold, som behandles her, og de ovennævnte sager Seco og Desquenne & Giral, Guiot samt Arblade m.fl.

63. I disse tre sager kunne de nationale retsinstanser henholde sig til, at der i virksomhedernes oprindelsesland fandtes en bidragspligt med henblik på at dække de samme risici og med det samme eller i det mindste et lignende formål som den anfægtede ordning. Domstolen kunne derfor tage denne konstatering som udgangspunkt for sin argumentation og fastslå, at den forpligtelse, som værtslandet pålægger »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, og derfor muligvis vil afholde sig fra at levere tjenesteydelser i værtsmedlemsstaten« [19].

64. I nærværende sager må det imidlertid antages, at der ikke i de i hovedsagerne omhandlede virksomheders oprindelsesstater er en forpligtelse til at betale bidrag til en feriekasse, da virksomhederne ellers givetvis ikke ville have undladt at beskrive arten og omfanget heraf for Arbeitsgericht Wiesbaden, som i så fald ville have henvist hertil i sin forelæggelseskendelse. Dette er imidlertid ikke tilfældet.

65. Den anden, endnu vigtigere forskel i forhold til de tidligere sager er, at det fremgår af de tyske bestemmelser, at kravet på arbejdsgiverbidrag til feriekasseordningen bortfalder for arbejdsgivere med hjemsted i udlandet, som udstationerer arbejdstagere i Tyskland, når det godtgøres, at der betales bidrag for disse arbejdstagere til en sammenlignelig kasse i oprindelsesstaten (BRTV's § 8, nr. 11.2).

19 — Arblade m.fl.-dommen, præmis 50, og Guiot-dommen, præmis 14 og 15.

66. Denne ordning er altså indrettet således, at en situation med dobbelt bidragsbetaling som i sagerne Seco og Desquenne & Giral, Guiot samt Arblade m.fl., ikke kan opstå.

67. Dette afgør imidlertid ikke spørgsmålet om en eventuel dobbeltbyrde, når kasseordningen ikke findes i tjenesteyderens etableringsstat. De virksomheder, som er parter i hovedsagerne, har nemlig anført, at de allerede er forpligtet til at indrømme deres ansatte betalt ferie i henhold til lovgivningen i deres respektive oprindelsesstater. Den finansielle byrde, som disse feriedage repræsenterer [20] (hvad enten de afvikles i form af fridage eller i form af feriegodtgørelse), fordobles således delvis gennem de bidrag, som arbejdsgiveren skal betale til den tyske feriekasse.

68. Jeg siger »delvis«, da jeg går ud fra, at arbejdstagernes løn er lavere i oprindelseslandet, og at antallet af feriedage, som de har krav på i henhold til dette lands lovgivning, ligeledes er lavere. Hvis derimod lønningerne og feriekravene i oprindelseslandet i vid udstrækning var de samme, eller endog højere, vil der foreligge en situation, hvor den interesse, der skal beskyttes, med Domstolens formulering allerede var »beskyttet af de regler, som tjenesteyderen er underkastet i den medlemsstat, hvor han er etableret«.

69. Jeg antager således, at en sådan situation ikke foreligger her. Følgelig afhænger alt af, om den arbejdsgiver, der er underkastet den tyske feriekasseordning, i henhold til lovgivningen i oprindelseslandet, ikke selv skal betale for de feriedage, som hans udstationerede arbejdstagere tager, fordi de betales af den tyske feriekasse.

70. Hvis denne mulighed ikke findes, kumuleres de bidrag, som skal betales til den tyske kasse, med de forpligtelser, der påhviler arbejdsgiveren i henhold til oprindelseslandets lovgivning. I så fald foreligger der en betydelig begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser og tilmed en uoverstigelig hindring for udøvelsen heraf.

71. I så fald vil obligatorisk tilslutning til kassen kun være tilladt, hvis bidragene tilpasses således, at der tages hensyn til de byrder, der påhviler tjenesteyderen i henhold til oprindelseslandets lovgivning.

72. Hvis derimod, som det er tænkeligt, den arbejdsgiver, som præsterer tjenestey-

20 — For så vidt som de vedrører den periode, hvor arbejdstageren er udstationeret i Tyskland.

delsen, ikke selv skal betale for arbejdstagerens feriedage (uanset om de afvikles eller ej), men kan overlade dette helt og holdent til feriekassen, sparer han de hertil svarende beløb, og den faktiske yderligere finansielle byrde, der pålægges ham, svarer kun til forskellen mellem det beløb, der skal betales i henhold til henholdsvis ferieordningen i oprindelseslandet og den tyske ordning.

73. Det tilkommer den nationale ret at undersøge, hvilken af de to situationer der foreligger.

74. I det sidstnævnte tilfælde behandles den udenlandske arbejdsgiver ikke dårligere end de arbejdsgivere, der er etableret i værtsmedlemsstaten. Som angivet i præmis 58 i den ovennævnte Arblade m.fl.-dom, vil han i så fald »i konkurrencemæssig henseende« blive behandlet »på lige fod« med de sidstnævnte.

75. Det står imidlertid fast, at den arbejdsgiver, som præsterer en tjenesteydelse, pålægges den ovennævnte yderligere byrde samt alle de administrative formaliteter, der er forbundet med feriekasseordningen.

76. Ifølge Domstolens retspraksis udgør enhver yderligere byrde i forhold til oprindelseslandets ordning imidlertid en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser. Hvis man vil følge denne retspraksis, følger nødvendigvis heraf, at der i det foreliggende tilfælde er tale om en begrænsning eller en hindring.

b) *Spørgsmålet, om der foreligger forskelsbehandling*

77. Den nationale ret og parterne i hovedsagerne har anført, at visse aspekter af de tyske bestemmelser er diskriminerende, og at de følgelig kun er tilladte under de særlige forudsætninger, som er angivet i EF-traktatens artikel 55 (nu artikel 45 EF), EF-traktatens artikel 56 (efter ændring nu artikel 46 EF) og EF-traktatens artikel 66 (nu artikel 55 EF), hvilke betingelser tilsyneladende ikke er opfyldt i det foreliggende tilfælde.

78. Jeg vender tilbage til dette spørgsmål ved gennemgangen af de enkelte præjudicielle spørgsmål.

79. Jeg skal dog bemærke, at der her — med forbehold for mine bemærkninger vedrørende det tredje spørgsmål — er tale om en lovgivning, som uden forskel gælder for virksomheder med hjemsted i Tyskland og virksomheder med hjemsted i andre medlemsstater.

80. En vis begrebsforvirring er muligvis opstået på grund af det forhold, at Forbundsrepublikken Tyskland har indført en tillægsbestemmelse til sin lovgivning for at tage hensyn til, at virksomheder, som er etableret i andre medlemsstater, ikke nødvendigvis befinder sig i nøjagtig samme situation som virksomheder med hjemsted i værtslandet. Domstolen har imidlertid i præmis 17 i den nævnte Webb-dom udtalt, at »i betragtning af, at visse tjenesteydelser er af speciel karakter, kan særlige krav til tjenesteyderne, der er begrundet i anvendelse af faglige regler, ikke anses for uforenelige med traktaten«.

c) *Spørgsmålet, om der foreligger et alment hensyn*

81. Alle intervenienter er enige om, at det eneste tvingende hensyn, der kan komme på tale i denne sammenhæng, er den i Guiot-dommen og Arblade m.fl.-dommen anerkendte »sociale beskyttelse af arbejdstagere i byggesektoren«.

82. Efter min opfattelse fremgår det allerede af den nationale rets beskrivelse af feriekasseordningen, at den tyske ordning efter dennes mening effektivt beskytter feriekravene for arbejdstagere i virksomheder med hjemsted i Tyskland. Jeg skal derfor ikke gå nærmere ind på dette aspekt af spørgsmålet.

83. Hvad angår den yderligere beskyttelse, som ordningen kan give udstationerede arbejdstagere, må der sondres mellem fire situationer:

Første situation: Den udenlandske arbejdstager tager, inden afslutning af de arbejder, som udføres af hans virksomhed i Tyskland, de feriedage, han allerede har krav på

84. Jeg erindrer om, at jeg antager, at arbejdstageren i henhold til den tyske lovgivning har krav på flere feriedage og en højere feriegodtgørelse pr. dag end den, som følger af lovgivningen i hans oprindelsesstat. Denne godtgørelse udbetales til ham af feriekassen.

85. Hvis arbejdsgiveren ikke var forpligtet til at betale bidrag til kassen, kunne han fristes til kun at betale arbejdstageren den i oprindelsesstaten gældende mindsteløn og indrømme ham et lavere antal feriedage.

Anden situation: Den udenlandske arbejdstager forlader Tyskland efter arbejdernes afslutning uden at have taget ferie

86. I dette tilfælde betaler kassen arbejdstageren modværdien af de feriedage, der

ikke er afholdt, på grundlag af det antal dage, han har krav på i henhold til den tyske lovgivning, og på grundlag af den løn, han har oppebåret i Tyskland.

87. Hvis den tyske feriekasseordning erklæres uforenelig med traktatens artikel 59 og 60, skal den udenlandske arbejdsgiver ikke betale bidrag til kassen, og den arbejdstager, som vender tilbage til sit hjemland, vil naturligvis ikke modtage noget fra kassen.

88. Hvis arbejdstageren forbliver i den samme arbejdsgivers tjeneste, vil han måske have vanskeligt ved at overtale denne til, i stedet for det antal feriedage, der følger af lovgivningen i oprindelseslandet, at bevilge ham det antal dage, som følger af den tyske ordning, og at betale ham feriegodtgørelse på grundlag af den tyske løn.

89. Hvis arbejdstageren skifter arbejdsgiver efter at være vendt tilbage til oprindelsesstaten og ikke har taget ferie hos den tidligere arbejdsgiver, er han afhængig af den tidligere arbejdsgivers gode vilje med hensyn til, hvilket beløb han skal have for den ferie, han ikke har taget i Tyskland, forudsat at arbejdsgiverne i henhold til lovgivningen i oprindelsesstaten skal betale arbejdstagere, som fratræder deres stilling, en godtgørelse for de feriedage, de ikke har kunnet eller villet afholde.

90. Det er nemlig muligt, at lovgivningen i oprindelsesstaten ikke indeholder en sådan forpligtelse. I så fald vil de feriedage, som svarer til det arbejde, der er udført hos den tidligere arbejdsgiver, i Tyskland eller i dennes etableringsstat, være definitivt tabt.

91. Arbejdsgivernes obligatoriske tilslutning til den tyske kasseordning medfører således en yderligere social fordel for arbejdstageren, når denne vender tilbage til sin oprindelsesstat efter afslutningen af de arbejder, som hans arbejdsgiver har udført i Tyskland.

Tredje situation: Den udstationerede arbejdstager forlader sin arbejdsgiver under opholdet i Tyskland for at overgå til ansættelse hos en anden »udenlandsk« arbejdsgiver, som ligeledes udfører arbejder i Tyskland

92. Den nationale ret mener, at denne situation er rent teoretisk, og at kun den første og den anden situation forekommer i praksis.

93. Den tyske regering har dog under retsmødet henvist til, at det af statistikkerne fremgår, at 22% af de udstationerede arbejdstagere benytter sig af denne mulighed. Denne procentsats indbefatter, ifølge regeringen, ikke engang de udstationerede arbejdstagere, som overgår til ansættelse i virksomheder med hjemsted i Tyskland, hvilket ligeledes forekommer meget ofte (fjerde situation, som undersøges nedenfor).

94. Når arbejdsgiverne er forpligtet til at betale bidrag til den tyske feriekasse, modtager den udstationerede arbejdstager fra denne kasse en feriegodtgørelse, der beregnes på grundlag af det akkumulerede antal feriedage i henhold til den tyske lovgivning og på grundlag af hans »tyske løn«. Han kan tage disse feriedage hos sin nye »udenlandske« arbejdsgiver, uden omkostninger for sidstnævnte, så snart han har akkumuleret de i henhold til den tyske lovgivning krævede mindste antal dage.

95. Arbejdstageren kan på denne måde tage en sammenhængende ferie af en vis længde.

96. Hvis den udenlandske arbejdsgiver ikke har betalt bidrag til feriekasseordningen, er arbejdstageren afhængig af sin tidligere arbejdsgivers gode vilje, for så vidt angår muligheden for fra denne at få godtgørelse for akkumulerede feriedage i henhold til de tyske bestemmelser.

97. Det kan nemlig tænkes, at den tidligere arbejdsgiver kun vil betale arbejdstageren godtgørelse i forhold til de feriedage, han har krav på i henhold til lovgivningen i oprindelsesstaten, og i henhold til det lønniveau, som gælder i dette land.

98. Den udstationerede arbejdstager kan således befinde sig i en mindre gunstig situation, end hvis han umiddelbart får feriegodtgørelsen udbetalt af feriekassen.

Fjerde situation: Den udenlandske arbejdstager forlader sin udenlandske arbejdsgiver under opholdet i Tyskland for at overgå til ansættelse hos en arbejdsgiver, som er etableret i Tyskland

99. I dette tilfælde benytter arbejdstageren sig af den ved traktatens artikel 48 sikrede ret til fri bevægelighed for arbejdstagere.

100. Hans tidligere arbejdsgivers rettigheder og pligter falder imidlertid fortsat ind under artikel 59 og 60.

101. Hvis sidstnævnte har skullet betale bidrag til feriekassen, vil denne betale arbejdstageren godtgørelse efter de tyske satser for de feriedage, der ikke er afholdt, og arbejdstageren mister således ikke sine rettigheder. Han kan da sammenlægge de ikke afholdte feriedage med dem, han optjener hos sin nye arbejdsgiver, uden omkostninger for sidstnævnte.

102. Det er også muligt, at kassen straks anvender den »interne tyske ordning« og udbetaler godtgørelsen direkte til den nye

arbejdsgiver (med hjemsted i Tyskland), når arbejdstageren har taget sin årlige ferie hos sidstnævnte. Det drejer sig her om en praktisk detalje, som ikke er blevet drøftet under proceduren ved Domstolen, men som ikke indebærer nogen forskel med hensyn til den sociale beskyttelse af arbejdstageren.

103. Hvis den »udenlandske« arbejdsgiver ikke skal betale bidrag til kassen, vil arbejdstageren på ny være afhængig af dennes gode vilje eller af muligheden for at opnå en domstolsafgørelse imod denne.

104. Også i dette tilfælde er den sociale beskyttelse af arbejdstageren ringere end ved anvendelse af feriekasseordningen.

105. Sammenfattende giver feriekasseordningen således i de fleste situationer den udstationerede arbejdstager, og frem for alt ved skifte af arbejdsgiver, en yderligere social beskyttelse.

106. Ordningen kan sikre virkeliggørelsen af det formål, den forfølger, ikke alene for arbejdstagere i virksomheder med hjemsted i Tyskland, men også for udstationerede arbejdstagere, nemlig beskyttelsen af feriekrav, der er akkumuleret hos den første arbejdsgiver, og retten til at tage en sammenhængende ferie af en vis varighed hos den nye arbejdsgiver.

107. Ordningen er således begrundet i et tvingende alment hensyn.

d) *Beskyttelse af det almene hensyn i kraft af reglerne i tjenesteyderens etableringsstat*

108. Jeg har allerede forbigående behandlet dette aspekt af spørgsmålet i forbindelse med ovenstående gennemgang af de fire situationer, men jeg skal nu behandle det mere indgående.

109. De portugisiske selskaber, som er parter i hovedsagerne, har anført, at lovgivningen i deres oprindelsesstat indrømmer arbejdstagerne et antal feriedage, som ikke alene svarer til det mindsteantal, der er fastlagt i arbejdstidsdirektivet, men derudover i praksis giver lige så mange dage som den tyske lovgivning.

110. Den tyske regering har hertil udtalt følgende:

»Den almene interesse tilgodeses ikke allerede i kraft af lovgivningen i den stat, hvor tjenesteyderen har sit sæde. Det ville derimod f.eks. være tilfældet, hvis de nationale bestemmelser, der gælder for arbejdstagerne i byggesektoren i Portugal [...] eller Det Forenede Kongerige — hvor de for-

skellige sagsøgere ved de nationale domstole har deres sæde — foreskriver et lignende feriekrav og garanterer det gennem en sammenlignelig ordning, især også for den arbejdstid, som erlægges i Tyskland.

I overensstemmelse hermed indeholder AEntG's § 1, stk. 3, en undtagelsesbestemmelse (jf. Guiot-dommen), der finder anvendelse, når den udenlandske virksomhed også skal betale bidrag til en tilsvarende institution i den stat, hvor den har sit sæde. På grundlag af denne bestemmelse har feriekassen indgået »frigørelsesaftaler« med bl.a. sammenlignelige institutioner i Frankrig, Østrig og Nederlandene; andre aftaler er under forberedelse.

For så vidt angår nærværende sager, er det imidlertid tilstrækkeligt at konstatere, at der hverken i Portugal eller Det Forenede Kongerige findes en institution, der svarer til den tyske feriekasse. I § 1, stk. 3, 1. pkt., nr. 2, i AEntG er det desuden fastsat, at der skal tages hensyn til ferieydelser, som en virksomhed med hjemsted i udlandet allerede før udstationeringen har afholdt for de arbejdstagere, som det har udstationeret i udlandet. Denne bestemmelse er af betydning for de virksomheder, som ikke allerede i henhold til § 1, stk. 3, 1. pkt., nr. 1, i AEntG helt og holdent er undtaget fra at deltage i den tyske feriekasseordning.«

111. Som jeg allerede påpegede i indledningen, kan det således anses for givet, at den tyske lovgivning udelukker, at en arbejdsgiver underlægges feriekasseordningen i Tyskland, hvis en sådan ordning findes i oprindelsesstaten.

112. Det kan imidlertid også tænkes, at arbejdstageren i henhold til lovgivningen i oprindelsesstaten, uden anvendelse af en feriekasse, principielt nyder de samme fordele.

113. Det tilkommer den nationale ret at undersøge, om dette er tilfældet. Den skal med henblik herpå foretage en efterprøvelse, som Kommissionen har sammenfattet således:

»Den obligatoriske deltagelse i en feriekasseordning udgør en utilladelig begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser, når det er sikret, at arbejdsgivere, som udstationerer deres arbejdstagere, giver disse samme antal betalte feriedage som det antal, der foreskrives i de tyske overenskomstbestemmelser. Det skal endvidere være sikret, at der betales en feriegodtgørelse svarende til den, der foreskrives i de tyske kollektive overenskomster. Endvidere skal det være sikret, at arbejdstagerne, hvis de skifter arbejdsgiver under udstationeringen, kan opretholde deres feriekrav. Endelig skal det være sikret, at

arbejdstageren i henhold til § 8, nr. 9, i BRTV-Bau har et krav på feriegodtgørelse, når han ikke har taget ferie i Tyskland under udstationeringen, og feriekravet mod hans arbejdsgiver er forfaldent.

Det er uden betydning, hvilken retlig form de tilsvarende bestemmelser har. Det afgørende er, at der findes en retligt anvendelig garanti for en identisk (eller højere) beskyttelse for arbejdstageren.«

114. Efter min mening er det lidet sandsynligt, at den udstationerede arbejdstager, *som skifter arbejdsgiver i Tyskland*, enten for at overgå til ansættelse hos en anden »udenlandsk« arbejdsgiver, eller for at overgå til ansættelse hos en arbejdsgiver med hjemsted i Tyskland, i henhold til lovgivningen *i oprindelsesstaten* kan opnå godtgørelse for de feriedage, han ikke har taget hos den arbejdsgiver, med hvilken han kom til Tyskland, beregnet i forhold til de feriedage, han har krav på i henhold til den tyske lovgivning, og på det niveau, der følger heraf.

115. Uden at foregribe det resultat, som den nationale domstol når frem til, anser jeg det på forhånd for yderst tvivlsomt, at hensynet til den almene interesse, som den tyske lovgivning tilgodeser, kan sikres i kraft af de regler, som gælder i tjenesteyderens etableringsstat.

e) *Muligheden for at opnå det samme resultat ved mindre indgribende regler*

116. Dette spørgsmål udgør efter min mening et særligt vanskeligt problem.

117. Inden for rammerne af de fire ovenfor beskrevne situationer har jeg redegjort for de ubestridelige fordele, som ordningen indebærer for den udstationerede arbejdstager.

118. Man kan også forestille sig en løsning bestående i, at den tyske lovgivning pålægger den udenlandske arbejdsgiver umiddelbart at betale arbejdstageren for de feriedage, som denne tager under sit ophold i Tyskland, i henhold til de tyske bestemmelser, eller at betale ham godtgørelse i henhold til de samme bestemmelser, når han fratræder sin stilling for at overgå til ansættelse hos en anden arbejdsgiver i Tyskland uden at have taget ferie.

119. For arbejdsgiveren vil den økonomiske byrde være mindre, eftersom han ikke skal betale bidrag til feriekassen, som må formodes at indbefatte udgifter til administration af kassen. Han vil ligeledes være fritaget for forpligtelsen til at meddele

feriekassen de ret detaljerede oplysninger, som den nationale ret omtaler i sit andet spørgsmål.

120. Rent økonomisk vil resultatet være det samme for arbejdstageren. En sammenlægning af feriedagene, som feriekasseordningen tillader, vil dog ikke være mulig. Endvidere vil arbejdstageren være mere udsat i tilfælde af, at arbejdsgiveren ikke kan opfylde sine forpligtelser, hvis denne ikke er tilsluttet kassen.

121. Tilbage står det tilfælde, hvor arbejdstageren forlader Tyskland sammen med sin arbejdsgiver uden at have taget ferie. Hvorledes kan det uden anvendelse af en feriekasse sikres, at arbejdstageren får godtgørelse i henhold til de tyske bestemmelser?

122. Den tyske regering har særligt fremhævet dette punkt. Den har anført [21], at det tilfælde, hvor arbejdstageren først gør sine feriekrav gældende efter tilbagekomsten til hjemlandet, er det hyppigst forekommende. Den tyske regering har desuden anført følgende: »Uden garantier vil [disse arbejdstagere] støde på klart flere vanskeligheder end de nationale arbejdstagere, når de over for deres virksomhed gør de feriekrav gældende, de har optjent i udlandet. Det forhold, at fagforeningerne og myndighederne i deres hjemland har et utilstrækkeligt kendskab til sproget i udstationeringsstaten og de juridiske bestemmelser i denne stat har negative følger for dem. Hertil kommer den hårde konkurrencesituation i byggesektoren, som naturligvis indebærer, at virksomhederne er mindre villige til for deres arbejdstagere at acceptere krav på (længere) ferie, som er optjent i henhold til en udenlandsk, og derfor mindre kendt, lovgivning. Domstolen har i Seco-, Rush Portuguesa- og Vander Elstdommene udtrykkeligt godkendt medlemsstaternes kompetence til med passende midler at sikre, at deres lovgivning overholdes.«

123. Jeg har ikke i sagsakterne fundet noget overbevisende modargument herimod. Parterne i hovedsagerne har kun understreget den byrde, som den tyske ordning pålægger. Den nederlandske og den svenske regering deler dette synspunkt og har henvist til, at deres egen lovgivning sikrer udstationerede arbejdstagere tilstrækkelige ferierettigheder.

124. Den belgiske og den franske regering mener derimod, at den tyske ordning bedst kan sikre en effektiv beskyttelse af arbejdstagernes rettigheder.

125. Kommissionen har kun behandlet den situation, hvor arbejdstagernes rettigheder kan beskyttes på tilsvarende måde i oprindelsesstaten, men har ikke foreslået en mindre indgribende løsning, som Forbundsrepublikken kan bringe i anvendelse.

21 — Punkt 23 i den tyske regerings indlæg.

126. På denne baggrund mener jeg, at det første spørgsmål skal besvares på følgende måde:

127. Traktatens artikel 59 og 60 skal, forudsat at arbejdstageren ikke er sikret en lignende eller højere beskyttelse i oprindelsesstaten, fortolkes således, at de ikke er til hinder for, at en ordning, som den, der følger af § 1, stk. 3, 1. pkt., i AEntG, anvendes på en arbejdsgiver, som er etableret i udlandet, og på hans udstationerede ansatte, for så vidt der tages behørigt hensyn til de byrder, som arbejdsgiveren ikke kan undgå i henhold til lovgivningen i hans oprindelsesstat. Artikel 48 i traktaten finder ikke anvendelse på arbejdstagere, som udstationeres af arbejdsgivere, som er etableret i en anden medlemsstat.

Andet præjudicielle spørgsmål

128. Dette spørgsmål er opdelt i tre dele.

a) *Feriens længde*

129. Med den første del ønsker den nationale ret nærmere bestemt oplyst, om traktatens artikel 59 og 60 er til hinder for nationale bestemmelser, som giver arbejdstagere i byggesektoren en længere ferie end den årlige ferie, der er foreskrevet i arbejdstidsdirektivet.

130. Det fremgår udtrykkeligt af arbejdstidsdirektivets artikel 1, at det fastsætter *minimums*forskrifter[22] for sikkerhed og sundhed i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden og i særdeleshed finder anvendelse på *minimale* årlige ferier.

131. Artikel 7 i arbejdstidsdirektivet bestemmer følgende:

»1. Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at alle arbejdstagere får en årlig betalt ferie af mindst fire ugers varighed, i overensstemmelse med de kriterier for opnåelse og tildeling heraf, som er fastsat i national lovgivning og/eller praksis.

2. Den minimale årlige betalte ferieperiode kan ikke erstattes med en finansiel godtgørelse, medmindre arbejdsforholdet ophører.«

22 — Min fremhævelse.

132. Arbejdstidsdirektivets artikel 15, der har overskriften »Gunstigere bestemmelser«, bestemmer:

»Dette direktiv berører ikke medlemsstaternes adgang til at anvende eller indføre love og administrative bestemmelser, der er gunstigere med hensyn til beskyttelse af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed, eller til at fremme eller tillade anvendelse af kollektive overenskomster eller aftaler mellem arbejdsmarkedets parter, der er gunstigere med hensyn til beskyttelse af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed.«

133. Dette direktiv skulle være gennemført senest den 23. november 1996.

134. Det fremgår af den nationale rets kendelse, at arbejdstagere inden for byggefagene har ret til en ferie på 30 arbejdsdage, svarende til 36 hverdage, pr. ferieår[23]. Dette feriekrav er således længere end det i arbejdstidsdirektivet foreskrevne.

135. Den nationale ret bemærker, at »udstrækningen af anvendelsesområdet for feriebestemmelserne [...] synes ikke nødvendig for virkeliggørelsen af det almene hensyn »social beskyttelse af arbejdstagerne««.

136. Efter den nationale rets opfattelse berøres kun mindsteløn af Domstolens praksis, ifølge hvilken fællesskabsretten ikke er til hinder for, at medlemsstaterne udstrækker deres lovgivning eller de af arbejdsmarkedets parter indgåede kollektive arbejdsaftaler til at omfatte enhver, der udfører tjenesteydelser på deres område. Ferie indebærer derimod en fritagelse for arbejdsforpligtelsen og er ikke en vederlagsdel. Det er kun feriegodtgørelsen, der kan anses for en sådan.

137. Den nationale ret anfører endvidere, at de tyske bestemmelser i AEntG ikke er nødvendige, da det almene hensyn allerede tilgodeses i kraft af bestemmelserne i oprindelsesstaterne, så snart arbejdstidsdirektivet er gennemført i disse.

Indlæg

138. Selskaberne Finalarte, Engil, Portugaia, Tecnamb og Tudor har i det væsentlige indtaget samme standpunkt som den nationale ret.

23 — I henhold til den tyske lovgivning er arbejdsugen i byggesektoren mandag til fredag.

139. Efter den belgiske regerings opfattelse er Rush Portuguesa-dommen anvendelig. Ifølge denne er fællesskabsretten ikke til hinder for, at medlemsstaterne udvider deres lovgivning eller kollektive overenskomster til at omfatte alle personer, der er beskæftiget i den pågældende stat. Den belgiske regering mener, at dette princip også gælder for nationale bestemmelser om mindste antal feriedage pr. år, og at det forhold, at arbejdstidsdirektivet foreskriver en kortere minimal ferieperiode end BRTV, ikke ændrer noget herved. Den belgiske regering har ligesom den tyske regering understreget, at arbejdstidsdirektivet kun indeholder minimumsforskrifter.

140. Den nederlandske regering erkender, at i henhold til arbejdstidsdirektivets artikel 7, sammenholdt med udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 1 og 6, har udstationerede arbejdstagere krav på det antal feriedage, som gælder i oprindelsesstaten, »i givet fald suppleret op til« den ferielængde, som er foreskrevet i den medlemsstat, hvor arbejdet udføres.

141. Ulak har med henvisning til arbejdstidsdirektivets artikel 15 fastslået, at tildeling af en længere ferie i byggesektoren er berettiget på grund af de særlige fysiske belastninger, arbejdstagerne er udsat for.

142. Efter Kommissionens opfattelse kan medlemsstaterne udvide deres ferielovgivning til arbejdsgivere med hjemsted i udlandet og til deres udstationerede arbejdstagere, også når denne lovgivning fastsætter en længere minimal årlig ferie end direktivet. Dette følger allerede af traktatens artikel 60, stk. 3, hvorefter retten til fri udveksling af tjenesteydelser kan udøves på samme vilkår, som modtagerlandet fastsætter for sine egne statsborgere, hvilket ligeledes er i overensstemmelse med udstationeringsdirektivet.

143. Arbejdstidsdirektivet indeholder kun minimumsforskrifter, som i henhold til direktivets artikel 15 kan overskrides af medlemsstaterne og arbejdsmarkedets parter eller inden for rammerne af individuelle arbejdsforhold.

144. Udstrækningen af bestemmelser om længere årlig ferie er ligeledes begrundet af et tvingende alment hensyn, nemlig beskyttelsen af arbejdstagerne. Samme resultat, nemlig en minimal ferie pr. år på 30 arbejdsdage, kan ikke opnås gennem mindre indgribende regler.

145. Det tilkommer hver enkelt medlemsstat — under iagttagelse af samtlige fællesskabsretlige bestemmelser — at afgøre, hvad der er nødvendigt af hensyn til den almene interesse.

146. De tyske myndigheder har i denne sag stadfæstet arbejdsmarkedsparternes beslutning, hvorefter den årlige ferie i byggesektoren er fastsat til 30 arbejdsdage, og har dermed fastlagt de rammer, som de anser for nødvendige for beskyttelsen af arbejdstagerne i denne sektor.

Vurdering

147. Jeg tilslutter mig den belgiske og den nederlandske regerings, Ulak's og Kommissionens standpunkt, men erindrer samtidig om mine bemærkninger i forbindelse med gennemgangen af det første præjudicielle spørgsmål vedrørende traktatens artikel 118 og medlemsstaternes ret til at fastsætte det sociale beskyttelsesniveau, de ønsker at sikre.

148. Medlemsstaterne bevarer denne ret, selv når der er sket en mindsteharmonisering af arbejdsvilkårene inden for Fællesskabet.

149. Arbejdstidsdirektivets artikel 15 bekræfter blot denne ret, som følger direkte af traktaten.

150. I øvrigt er medlemsstaternes *ret* til at pålægge de »udenlandske« virksomheder og deres udstationerede arbejdstagere den ferielængde, der er fastsat i deres lovgivning, gennem udstationeringsdirektivet blevet ændret til en *pligt*.

151. Jeg skal vende tilbage hertil ved gennemgangen af det fjerde spørgsmål, men skal allerede nu bemærke, at eftersom traktaten bemyndiger Forbundsrepublikken Tyskland til at handle, som den har gjort (det vil sige forpligte de udenlandske virksomheder til at iagttage den ferielængde, som følger af overenskomsterne), er det uden betydning for tvisterne i hovedsagerne, at Forbundsrepublikken i henhold til dette direktiv desuden er forpligtet hertil.

152. På denne baggrund mener jeg, at traktatens artikel 59 og 60 ikke er til hinder for, at en medlemsstat ved en national bestemmelse som § 1, stk. 1, 2. pkt., i AEntG, pålægger en virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat, som midlertidigt udfører arbejder i den førstnævnte stat, at anvende bestemmelser i kollektive overenskomster, hvorefter der gælder en længere betalt ferie end den, der følger af arbejdstidsdirektivet.

b) *Fremgangsmåden ved udbetaling af feriegodtgørelse*

153. Med spørgsmål 2 b) ønsker den nationale ret oplyst, om traktatens artikel 59 og 60 er til hinder for en ordning, som giver arbejdsgivere med hjemsted i Forbundsrepublikken Tyskland krav på refusion fra feriekassen af beløb, som de har udbetalt i feriegodtgørelse og ferietillæg, mens arbejdsgivere med hjemsted i andre medlemsstater ikke har et sådant krav, idet de udstationerede arbejdstagere ifølge ordningen i stedet kan gøre krav gældende direkte over for de af arbejdsmarkedsparterne oprettede organer.

154. Den nationale ret har vedrørende dette spørgsmål bemærket følgende: »Ordningen med feriekassen adskiller sig for udenlandske og indenlandske arbejdsgivere grundlæggende ved, at en indenlandsk arbejdsgiver over for sine arbejdstagere selv opfylder deres krav på feriegodtgørelse og derefter får disse refunderet i feriekassen. De ovennævnte overenskomstbestemmelser, der gælder for en udenlandsk virksomhed, som udstationerer medarbejdere, er derimod til hinder for, at de udenlandske arbejdsgivere selv kan modtage ydelser fra feriekassen. Dette sker ved, at de udstationerede arbejdstagere kan gøre krav gældende direkte over for feriekassen. Det er en forudsætning for kassens beregning af kravene, at arbejdsgiveren meddeler de ovennævnte yderligere oplysninger. Der er imidlertid ingen saglig begrundelse for at udelukke udenlandske arbejdsgivere fra at gøre krav gældende direkte over for feriekassen og i stedet pålægge dem at meddele de yderligere oplysninger. Dermed viser man, at man ikke har tillid til, at de på samme måde som indenlandske arbejdsgivere indbetaler deres arbejdstageres feriekrav som foreskrevet. Der er her tale om en (direkte) forskelsbehandling på grundlag af virksomhedens hjemsted, og dette er efter EF -Domstolens praksis kun tilladt, såfremt betingelserne i traktatens artikel 55, 56 og 66 er opfyldt. Disse betingelser synes imidlertid ikke at være opfyldt«.

Indlæg

155. De virksomheder, der er parter i hovedsagerne, har indtaget samme standpunkt som den nationale ret. De har desuden anført, at feriekassen først udbetaler feriegodtgørelse til arbejdstagerne to eller tre måneder efter, at der er indgivet ansøgning herom.

156. Disse virksomheder har endvidere fremført en række argumenter vedrørende sociale sikringsbidrag og skattebeløb, der fratrækkes feriegodtgørelsen. De har herved henvist til, at det i overenskomstbestemmelserne, modsat hvad der gælder for arbejdstagere, som er beskæftiget hos en arbejdsgiver med hjemsted i Tyskland, ikke kræves, at et permanent lønkort skal udfærdiges for de arbejdstagere, som er udstationeret i udlandet. I henhold til § 68 i VTV skal feriekassen i stedet udfærdige en

attest med de oplysninger om den udstationerede arbejdstager, der er nødvendige, for at han kan fremsætte krav om feriegodtgørelse.

157. Eftersom den nationale ret ikke behandler disse forhold i sine bemærkninger til spørgsmål 2 b), mener jeg, at spørgsmålet må begrænses til, om den anfægtede ordning er uforenelig med fællesskabsretten alene af den grund, at feriekassen ikke udbetaler ydelser direkte til udenlandske arbejdsgivere.

158. Den tyske regering og Ulak bestrider, at denne forskel medfører, at ordningen er uforenelig med fællesskabsretten. De har understreget, at en virksomhed, som er etableret i Tyskland, skal forudfinansiere de ansattes feriekrav, mens den udenlandske virksomhed ikke er pålagt denne forpligtelse.

159. Den udenlandske virksomhed er dermed fritaget for selv at foretage beregningen og udbetalingen af godtgørelserne på grundlag af en ferieordning, som den ikke er fortrolig med.

160. Herved sikres arbejdstageren en korrekt beregning og betaling af hans feriekrav. Den forskellige behandling af udenlandske virksomheder udgør således ikke nogen forskelsbehandling af disse, men indebærer snarere en økonomisk fordel og en administrativ lettelse.

161. Også i andre medlemsstater, hvori der findes tilsvarende ordninger med socialsikringskasser (Kongeriget Belgien, Den Franske Republik, Den Italienske Republik, Kongeriget Nederlandene og Republikken Østrig) tilgodeses arbejdstagernes krav i almindelighed ved direkte betaling gennem socialsikringskasserne. I Forbundsrepublikken Tyskland overvejes det at erstatte andre procedurer, der traditionelt har fundet anvendelse på indenlandske arbejdstagere, med direkte betaling.

162. Trods de udenlandske virksomheders forpligtelse til at meddele supplerende oplysninger med henblik på kassens beregning af godtgørelsen, er der ifølge den tyske regering ikke grundlag for at fastslå, at der er tale om en forskelsbehandling, hvorfor spørgsmål 2 b) følgelig må besvares benægtende.

163. I sine skriftlige indlæg havde Kommissionen indtaget det modsatte stand-

punkt, men har under retsmødet nuanceret dette betydeligt.

164. Efter Kommissionens mening kan der tilsyneladende foreligge en åbenbar forskelsbehandling, men en række omstændigheder taler for Ulak's og den tyske regerings argumentation, hvorefter denne fremgangsmåde hverken for den udenlandske udstationerede arbejdstager eller den udenlandske arbejdsgiver udgør en ulempe, idet sidstnævnte tværtimod begunstiges i forhold til virksomheder med hjemsted i Tyskland.

165. Kommissionen mener derfor, at det tilkommer den nationale ret at undersøge, om denne ordning i sidste instans udgør en fordel eller en ulempe for arbejdsgivere, som udstationerer arbejdstagere, og om arbejdstagerne faktisk kan få udbetalt sin feriegodtgørelse. Den nationale ret skal også tage hensyn til Finalarte's påstande, hvorefter der i sidste instans er tale om skadelige følger på det skattemæssige plan, og de udenlandske tjenesteydere rammes hårdere.

166. Sammenfattende vil Kommissionen ikke modsætte sig en fortolkning, hvorefter en sådan forskellig behandling erklæres forenelig med traktaten.

167. Den franske regering har indtaget samme standpunkt og understreget, at det er absolut tænkeligt, at et og samme mål på grund af særlige omstændigheder skal virkeliggøres gennem forskellige midler, og at det ikke er muligt at gå frem på anden måde.

Vurdering

168. For mit vedkommende er jeg ligeledes af den opfattelse, at det, med forbehold for de yderligere undersøgelser, som den nationale ret skal foretage vedrørende samtlige aspekter af den gældende ordning, ikke kan hævdes, at traktatens artikel 59 ff. er til hinder for direkte udbetaling af feriegodtgørelse til de udstationerede arbejdstagere.

169. Jeg er nemlig ikke overbevist om, at en feriekasseordning, som kun kan anses for forenelig med traktaten, hvis den indebærer en højere social beskyttelse af den udstationerede arbejdstager, må underkendes af den grund, at den tildeler arbejdstageren denne fordel direkte uden om arbejdsgiveren. Man kan heller ikke se bort fra, at arbejdstageren herved er bedre beskyttet, såfremt arbejdsgiveren går konkurs, eller ikke betaler feriegodtgørelsen, fordi han har afsluttet sin tjenesteydelse i

Tyskland og er vendt tilbage til sit hjemland, mens arbejdstageren er forblevet i Tyskland for at overgå til ansættelse hos en anden udenlandsk arbejdsgiver eller en tysk arbejdsgiver.

170. Betragter man problemet fra den »udenlandske« arbejdsgivers synspunkt, må det fastslås, at han, selv om han skal meddele visse supplerende oplysninger til kassen, slipper for beregningen af godtgørelse og kan nøjes med at indbetale bidrag til feriekassen, mens den indenlandske arbejdsgiver både skal betale disse bidrag og forudfinansiere feriegodtgørelsen til sin arbejdstager.

171. Jeg foreslår derfor, at Domstolen besvarer spørgsmål 2 b) med, at en feriekasseordning, hvorefter feriegodtgørelsen udbetales direkte til den udstationerede arbejdstager, mens den for de virksomheder, som er etableret i værtsstaten, udbetales til arbejdsgiveren, ikke af den grund alene er uforenelig med traktatens artikel 59 ff.

c) *Omfanget af oplysningspligten*

172. For det tredje spørger Arbeitsgericht Wiesbaden, om traktatens artikel 59 og 60 er til hinder for, at arbejdsgivere med hjemsted i udlandet pålægges en oplysningspligt over for organer, overenskomstparterne i fællesskab har oprettet, som med hensyn til de oplysninger, der skal meddeles, er mere omfattende end den oplysningspligt, der gælder for arbejdsgivere med hjemsted i Tyskland.

173. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at en udenlandsk tjenesteyder, før en ny udstationeret arbejdstager påbegynder en beskæftigelsesperiode, skal give følgende oplysninger på en formular, der udleveres af Ulak:

1) efternavn, fornavn, fødselsdato og hjemmeadresse for den udstationerede arbejdstager samt registreringsnummer hos feriekassen, såfremt et sådant allerede er tildelt ham

2) arbejdstagerens bankforbindelser i oprindelseslandet og i Tyskland

3) beliggenheden af den byggeplads, hvor arbejdstageren skal arbejde

4) arten af arbejdstagerens virksomhed

5) begyndelsestidspunktet for og den forventede varighed af beskæftigelsen

6) arbejdsgiverens postadresse i Tyskland

7) navn og adresse på de opkrævningsmyndigheder, hvortil de lønrelaterede bidrag til socialsikringsordningerne indbetales, samt arbejdstagerens registreringsnummer hos disse myndigheder

8) navn og adresse på den skattemyndighed, hvortil indkomstskatten skal indbetales, med arbejdsgiverens og arbejdstagerens registreringsnummer.

174. Hertil kommer, at den udenlandske tjenesteyder i henhold til VTV's § 59, stk. 3, er forpligtet til hver måned at meddele feriekassen følgende oplysninger for hver enkelt udstationeret arbejdstager:

1) navn, fornavn, fødselsdato og arbejdstagernummer

2) ændringer i forhold til den første anmeldelse

3) månedlig bruttoløn i DEM.

175. Derimod skal en arbejdsgiver med hjemsted i Tyskland i henhold til VTV's § 27, stk. 2, kun på særlig anmodning fra en kasse meddele navn og adresse på de i regnskabsperioden beskæftigede ansatte og opdele bruttolønsummen for denne periode på de enkelte ansatte.

176. Endelig fastsætter VTV's § 70 en forpligtelse for udenlandske arbejdsgivere til at meddele Ulak, »arbejdsmarkedsstyrelsen, dennes kontorer og vigtigste toldkamre de oplysninger, der er nødvendige med henblik på vurderingen af arbejdsgiverens *behørige deltagelse i ferieordningen*«.

177. Den nationale ret mener, at »omfanget af de oplysninger, der kræves af udenlandske arbejdsgivere går langt ud over omfanget af de oplysninger, indenlandske arbejdsgivere skal meddele. De mange yderligere oplysninger, der skal gives, gør det navnlig for små og mellemstore virksomheder væsentlig vanskeligere at præstere deres tjenesteydelser i Tyskland. Udenlandske arbejdsgivere forstår kun van-

skeligt omfanget af disse forpligtelser, og der er forbundet meget administrativt arbejde hermed. Pligten til at meddele oplysningerne gælder for de udenlandske arbejdsgivere, alene fordi de har hjemsted i udlandet. Allerede af denne grund er der tale om en (direkte) forskelsbehandling på grundlag af virksomhedens hjemsted, hvilket efter EF-Domstolens praksis kun er tilladt, såfremt betingelserne i EF-traktatens artikel 55, 56 og 66 er opfyldt. Disse betingelser synes imidlertid ikke at være opfyldt«.

Indlæg

178. Den tyske regering har anført, at disse forskellige nærmere bestemmelser er absolut nødvendige af praktiske årsager. Kontrollen med virksomheder, som har deres sæde uden for Tyskland, kan kun meget vanskeligt gennemføres med samme grundighed som kontrollen med virksomheder med hjemsted i Tyskland.

179. De udenlandske virksomheders mere omfattende anmeldelses- og oplysningspligt kan pålægges dem, fordi de i almindelighed uden nogen som helst vanskelighed kan hente de nødvendige oplysninger fra de berørte arbejdstageres lønsedler. Disse oplysninger er desuden nødvendige for dem, for at de kan beregne og udbetale lønnen.

180. Efter den belgiske regerings opfattelse skal meddelelsen af disse oplysninger, for at kunne accepteres, være objektivt nødvendig for at nå det forfulgte mål, det vil i dette tilfælde sige at sikre, at alle arbejdstagerens feriekrav bevares, og feriegodtgørelsen bliver betalt, og at muliggøre de nødvendige kontrolforanstaltninger.

181. Tecnamb og Engil har indtaget samme standpunkt som den nationale ret.

182. Tudor har henvist til, at oplysningspligten er til nytte for forvaltningen og kontrollen af feriekasseordningen. Eftersom fællesskabsretten er til hinder for at udstrække feriekasseordningen til udenlandske tjenesteydere, må den ligeledes være til hinder for, at de pålægges denne oplysningspligt.

183. Den nederlandske regering mener, at den omfattende yderligere oplysningspligt, der pålægges udenlandske tjenesteydere, beror på, at Ulak har forbeholdt sig retten til at beregne den godtgørelse, der tilkommer udstationerede arbejdstagere. Den nederlandske regering har anført, at en sådan oplysningspligt kun er berettiget for at kontrollere, at udstationerede arbejdstagere kan gøre et feriekrav gældende, som er på niveau med det i værtsstaten fore-

skrevne. Feriegodtgørelsen skal dog udbetales i overensstemmelse med den i oprindelsesstatens lovgivning fastsatte ordning.

184. Kommissionen er af følgende opfattelse:

»I det omfang den oplysningspligt, der pålægges arbejdsgivere med hjemsted i en anden medlemsstat, går ud over, hvad der kræves af arbejdsgivere med hjemsted i Tyskland, kan disse bestemmelser umiddelbart forekomme diskriminerende. Som det fremgår af Domstolens faste praksis, kan disse bestemmelser, for så vidt som de ikke uden forskel anvendes på alle tjenesteydelser, uanset deres oprindelse, kun være berettigede, hvis de kan henføres til de undtagelser, der er opstillet i EF-traktatens artikel 56 (sammenholdt med EF-traktatens artikel 66), nemlig hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed [24].

Kommissionen har ingen konkrete holdepunkter for en vurdering af, i hvilket omfang forskelsbehandling kan være berettiget af hensynet til den offentlige orden og den offentlige sikkerhed. Det påhviler den nationale domstol at foretage denne vurdering.«

24 — Dom af 16.12.1992, sag C-211/91, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 6757, præmis 10 og 11.

185. Kommissionen har imidlertid henledt opmærksomheden på det forhold, at

»de oplysninger, som kræves i henhold til VTV's § 59, stk. 2, i denne sag også tjener det formål at kontrollere, at ansættelses- og arbejdsvilkårene iagttages. De yderligere oplysninger kan således være objektivt nødvendige for at sikre, at de faglige regler overholdes.

Effektiv kontrol er så meget desto vigtigere, som de sanktioner, der i henhold til udstationeringsdirektivets artikel 5 skal pålægges ved tilsidesættelse af disse vilkår, er væsentligt vanskeligere at gennemføre i en grænseoverskridende sammenhæng end inden for rent nationale rammer. Situationerne er forskellige, idet de offentlige myndigheder ofte kun på grundlag af undersøgelser i oprindelsesstaten kan fastslå, om udstationeringen f.eks. udgør et misbrug af den frie udveksling af tjenesteydelser eller er genstand for en fiktiv kontrakt, eller om bestemmelserne i udstationeringsdirektivet vedrørende mindsteløn iagttages. Da gældende ansættelses- og arbejdsvilkår ofte omgås i byggesektoren, er en særlig kontrol foretaget af de ansvarlige myndigheder for tilsyn med en korrekt retsanvendelse nødvendig. På denne baggrund er Kommissionen af den opfattelse, at det ikke kan udelukkes, at den yderligere oplysningspligt er nødvendig for at sikre et

effektivt tilsyn, som på det tyske territorium kun kan udøves af tyske myndigheder [25].

Men de forskellige kontrolbestemmelser skal stå i et rimeligt forhold til problemets omfang og må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for en effektiv kontrol. Især må der kun kræves dokumenter, som arbejdsgiveren allerede råder over i henhold til de gældende regler i etableringsstaten. Overflødige og rent bureaukratiske bestemmelser skal undgås i det omfang, de begrænser den frie udveksling af tjenesteydelser og bringer oprettelsen af nye arbejdspladser i fare. Det tilkommer den nationale domstol at kontrollere, at disse principper iagttages.

Det skal i denne sammenhæng understreges, at der i udstationeringsdirektivets artikel 4, for at afhjælpe de typiske vanskeligheder, der kan opstå ved gennemførelsen af kontrol, lægges vægt på etableringen af samarbejde mellem medlemsstaterne på informationsområdet. Gennemførelsen af dette direktiv skal derfor føre til et samarbejde mellem de offentlige myndigheder, der har kompetence til at overvåge de i direktivets artikel 1 fastsatte arbejds- og ansættelsesvilkår.

25 — Dom af 5.10.1994, sag C-55/93, Van Schaik, Sml. I, s. 4837, præmis 20.

Under hensyn til ovenstående foreslår Kommissionen, at spørgsmål 2 c) besvares således:

»Traktatens artikel 59 og 60 skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for, at der inden for rammerne af en feriekasseordning pålægges arbejdsgivere med hjemsted i en anden medlemsstat en oplysningspligt, der går ud over, hvad der kræves af arbejdsgivere med hjemsted i Tyskland, når og i det omfang oplysningerne er nødvendige og passende med henblik på at sikre en effektiv kontrol med iagttagelsen af arbejds- og ansættelsesvilkårene som omhandlet i artikel 3 i udstationeringsdirektivet. Det tilkommer den nationale domstol at afgøre, om dette er tilfældet.««

Vurdering

186. Efter min mening må der sondres mellem oplysninger, som er nødvendige for at undgå »sort arbejde« og for effektivt at kontrollere arbejds- og ansættelsesvilkårene (såsom mindsteløn og daglig, ugentlig og årlig arbejdstid), og på den anden side oplysninger, som er nødvendige for forvaltningen af feriekasseordningen.

187. Vedrørende den første gruppe skal jeg bemærke følgende:

188. For det første kan det ikke udelukkes, at de oplysninger, der kræves af de udenlandske arbejdsgivere, kun tilsyneladende er mere omfattende end de oplysninger, som de nationale arbejdsgivere skal meddele, eftersom Ulak for de sidstnævntes vedkommende automatisk får oplysningerne fra de tyske myndigheder eller har mulighed for at indhente dem hos disse. Man må ikke glemme, at en tysk virksomhed, før den kan påbegynde sin erhvervsaktivitet, skal opfylde visse formaliteter, og at andre oplysninger kommer til myndighedernes kendskab via skatte- og socialsikringsangivelser (jf. især punkt 12).

189. For det andet ville de udenlandske virksomheder, eftersom de kun kommer til Tyskland for at udføre arbejder på en eller flere bestemte byggepladser, ikke kunne kontrolleres seriøst, hvis de ikke skulle anmelde beliggenheden af den eller de omhandlede byggepladser, datoen for aktiviteternes påbegyndelse og forventede varighed, arbejdsgiverens adresse i Tyskland, antal udstationerede arbejdstagere og disses identitet [26] og formodentlig også andre oplysninger, hvis nødvendighed det tilkommer den nationale ret at vurdere.

26 — Hvilket jeg finder absolut nødvendigt for at undgå »sort arbejde«.

190. For det tredje indeholder Arblade m.fl.-dommen allerede kriterier vedrørende principperne for oprettelse af arbejdsretlige dokumenter, som kan overføres til nærværende sager. De relevante passager i dommen har følgende ordlyd:

»58 En forpligtelse som den, der gælder efter den belgiske lovgivning, til at udfærdige og føre bestemte yderligere dokumenter i værtsmedlemsstaten 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.

59 En sådan forpligtelse udgør således en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser som omhandlet i traktatens artikel 59.

60 En sådan hindring kan kun være berettiget, hvis den er nødvendig for på effektiv og passende måde at tilgodese det tvingende almene hensyn, som den sociale beskyttelse af arbejdstagerne udgør.

61 En effektiv beskyttelse af arbejdstagerne i byggebranchen, bl.a. med hensyn til sikkerhed og sundhed og med hensyn til 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 udveksling af oplysninger mellem medlemsstaterne, som foreskrevet i artikel 4 i direktiv 96/71 [27].

62 Desuden kan forpligtelsen til at udfærdige og føre visse af de dokumenter, der kræves efter reglerne i værtsmedlemsstaten, på byggepladsen eller i det mindste på et tilgængeligt og klart defineret sted i denne stat — stadig i mangel af et organiseret system med samarbejde eller udveksling af oplysninger, som nævnt i præmis 61 — være den eneste egnede kontrolforanstaltning under hensyn til formålet med de nævnte regler.

63 De efter reglerne i henholdsvis etableringsmedlemsstaten og værtsmedlemsstaten krævede oplysninger om bl.a. arbejdsgiveren, arbejdstageren, arbejdsvilkårene og lønnen kan nemlig være så forskellige, at den kontrol, der kræves efter reglerne i værtsmedlemsstaten, ikke kan foretages på grundlag af dokumenter, der føres i overensstemmelse med etableringsmedlemsstatens regler.

64 Derimod 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 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.

65 Det er derfor vigtigt, at 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, undersøger, om det hensyn til social beskyttelse af arbejdstagerne, der kan begrunde disse krav, ikke i tilstrækkelig grad tilgodeses ved, at der inden for en

27 — Det skal her bemærkes, at på tidspunktet for de faktiske omstændigheder var dette direktiv endnu ikke trådt i kraft og informationssystemet derfor heller ikke etableret.

rimelig frist fremlægges dokumenter, der føres i etableringsmedlemsstaten, eller kopi heraf, eller ved, at disse dokumenter eller kopi heraf holdes til rådighed på byggepladsen eller på et tilgængeligt og klart defineret sted i værtsmedlemsstaten.«

191. Henvisningen til »byggeplads« eller til et »tilgængeligt og klart defineret sted« forklares givetvis ved de særlige forhold, der gør sig gældende i den pågældende belgiske lovgivning. Der er intet til hinder for, at Forbundsrepublikken Tyskland kræver, at dokumenterne udleveres til den ansvarlige myndighed, hvis de reelt er nødvendige af hensyn til kontrollen.

192. Den opgave, som hermed tilkommer den nationale domstol, nemlig at sammenligne de i oprindelsesstaten foreliggende dokumenter med de af værtsstaten krævede dokumenter, er naturligvis ikke let, men kun denne domstol har kompetence til at anvende fællesskabsretten i forbindelse med en konkret tvist.

193. Hvad angår den anden gruppe oplysninger inden for rammerne af den af mig foreslåede sondring, nemlig de oplysninger, der er nødvendige for forvaltningen af feriekasseordningen, tilkommer det den nationale ret på grundlag af Domstolens svar først at fastslå, om anvendelsen af ordningen er forenelig med fællesskabsretten og, såfremt svaret er bekræftende, dernæst at undersøge, om alle de krævede dokumenter og oplysninger er absolut nødvendige.

194. Ved besvarelsen af spørgsmål 2 c) har jeg taget udgangspunkt i Kommissionens svar, som jeg har suppleret. Jeg foreslår herefter følgende svar:

195. Traktatens artikel 59 og 60 skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for en oplysningspligt, som inden for rammerne af den frie udveksling af tjenesteydelser pålægges arbejdsgivere med hjemsted i en anden medlemsstat, når og i det omfang oplysningerne er nødvendige og passende for at:

— sikre en effektiv kontrol med iagttagelsen af de i værtsstaten gældende arbejds- og ansættelsesvilkår

— sikre at en feriekasseordning fungerer korrekt, for så vidt som anvendelsen af denne ordning på de pågældende arbejdsgivere ikke af andre grunde må anses for uforenelig med de nævnte bestemmelser.

Det tilkommer den nationale domstol at vurdere, om dette er tilfældet.

Tredje præjudicielle spørgsmål

196. Med det tredje præjudicielle spørgsmål ønsker den nationale ret oplyst, om traktatens artikel 59 og 60 er til hinder for en national bestemmelse som AEntG' § 1, stk. 4, som hovedsagelig bestemmer, at alle arbejdstagere, som er udstationeret i Tyskland af arbejdsgivere med hjemsted uden for Tyskland — og kun disse — anses for at udgøre en virksomhed, mens der for arbejdsgivere med hjemsted i Tyskland gælder en anden definition af begrebet virksomhed, som i visse tilfælde kan føre til en anden afgrænsning af, hvilke virksomheder der falder inden for de kollektive overenskomsters anvendelsesområde.

197. AEntG's § 1, stk. 4, har følgende ordlyd:

»Ved fastlæggelsen af en overenskomsts saglige anvendelsesområde i henhold til stk. 1, 2 og 3 anses arbejdstagere, der for en arbejdsgiver med hjemsted i udlandet gør tjeneste i Forbundsrepublikken, for samlet at udgøre en virksomhed.«

198. I modsætning hertil, gælder der, som understreget af den nationale ret, for indenlandske arbejdsgivere et andet virksomhedsbegreb. Den nationale ret har beskrevet dette således:

»I tysk arbejdsret forstås ved en virksomhed en organisatorisk enhed, inden for hvilken virksomhedslederen alene eller sammen med sine medarbejdere ved hjælp af materielle eller immaterielle driftsmidler udfører vedvarende arbejder med bestemte arbejdstekniske mål for øje. Det fremgår af § 7, nr. 2.2.2 i BRTV-Bau, at overenskomstparterne inden for byggefagene også har lagt dette virksomhedsbegreb til grund. Det anføres således i bestemmelsen, der vedrører kørselsgodtgørelse og udetillæg, at der ved virksomhed forstås »hjemstedet, hovedkontoret, filialen, afdelingen eller andre former for fast repræsentation for arbejdsgiveren«, hvor arbejdstageren er ansat. Endvidere hedder det i bestemmelsen, at såfremt arbejdstageren gør tjeneste på en bygge- eller arbejdsplads, »anses arbejdsgiverens nærmest liggende repræsentation« for virksomheden. Det fremgår klart heraf, at der ved afgørelsen af, om indenlandske borgere er omfattet af overenskomsten, ved virksomhed ikke kun forstås byggepladsen eller udelukkende de arbejdstagere, der gør tjeneste på en byggeplads, men derimod den organisatoriske enhed, hvorfra arbejdstagere beordres til byggepladser.

I modsætning hertil gælder, at alene de udstationerede arbejdstagere teoretisk anses for samlet at udgøre en virksomhed ved afgørelsen af, om deres udenlandske arbejdsgiver er undergivet overenskomsten.

De to forskellige virksomhedsbegreber kan føre til forskellige praktiske konsekvenser ved såkaldte blandede virksomheder. Det drejer sig om virksomheder, der dels udfører andet end byggevirksomhed, dels udfører byggevirksomhed. Som eksempel kan nævnes en virksomhed, der dels sælger byggemateriale, eksempelvis fliser, dels også beskæftiger en gruppe arbejdstagere, som forestår nedlægningen af en del af de solgte fliser for tredjemands regning. Efter de relevante bestemmelser i overenskomsten er det kun nedlægningen af fliser, der er byggevirksomhed, og ikke handelen med fliser.

Efter § 1, stk. 2, afsnit VI, 1. pkt., i VTV gælder, at hele virksomheden — bortset fra særlige tilfælde af såkaldte selvstændige virksomhedsafdelinger — altid er omfattet af socialsikringsoverenskomsterne i byggefagene. Blandede virksomheder er i henhold til praksis ved de tyske højesteretter fuldt ud omfattet af socialsikringsoverenskomsterne i byggefagene, når arbejdstiden for de arbejdstagere, der er beskæftiget i byggevirksomheden, overstiger arbejdstiden for de arbejdstagere, der er beskæftiget uden for byggevirksomhed, normalt beregnet inden for et kalenderår. Dette indebærer, at blandede virksomheder fuldt ud er omfattet af overenskomsterne i byggefagene, når arbejdstiden for de arbejdstagere, der er beskæftiget i byggevirksomheden, i et bestemt kalenderår udgør over 50% af den samlede arbejdstid.

Såfremt der i det nævnte eksempel er flere arbejdstagere beskæftiget med handelen med fliser end med nedlægning af fliser, og såfremt den individuelle arbejdstid for de beskæftigede medarbejdere er den samme, har handelsvirksomheden — arbejdsretligt — forrang, således at virksomheden som helhed ikke er omfattet af overenskomsterne i byggefagene. Dette indebærer, at *den indenlandske arbejdsgiver ikke skal betale socialsikringsbidrag for de arbejdstagere, der er beskæftiget med nedlægning af fliser* [28]. Foreligger der den samme virksomhedsstruktur i en udenlandsk virksomhed, der driver handel med fliser i oprindelseslandet, og som udstationerer det hold af arbejdstagere, der nedlægger fliser, til Tyskland, skal der derimod betales bidrag til feriekassen for dette udstationerede arbejdshold [...].

28 — Min fremhævelse.

Da AEntG's § 1, stk. 4, ikke definerer en virksomhed som en organiseret helhed af personer og aktiver, der gør det muligt at udøve en økonomisk virksomhed med et selvstændigt formål, men anser de udstationerede medarbejdere for selv at udgøre en virksomhed, indebærer bestemmelsen, der kun gælder for udenlandske arbejdstagere, at disse stilles ringere. Der er også her tale om en (direkte) forskelsbehandling på grundlag af virksomhedens hjemsted, hvilket efter EF-Domstolens praksis kun er tilladt, såfremt betingelserne i EF-traktatens artikel 55, 56 og 66 er opfyldt. Disse betingelser synes imidlertid ikke at være opfyldt.«

Indlæg

199. De udenlandske tjenesteydere, især Tecnamb, Finalarte og Portugaia, samt den nederlandske regering har indtaget samme standpunkt som den nationale ret.

200. Efter den franske regerings mening er AEntG's løsning den eneste praktisk gennemførlige.

201. Efter den belgiske regerings opfattelse er dette spørgsmål rent teoretisk, og det af AEntG anvendte virksomhedsbegreb er et indplaceringskriterium, som er nødvendigt, for at feriekasseordningen kan anvendes på udenlandske tjenesteydere.

202. Den tyske regering har anført, at spørgsmålet må afvises, da det er uden betydning for afgørelsen i hovedsagerne. Den nationale ret har således ikke godtgjort, at de udenlandske virksomheder, som er parter i disse sager, ikke ville være omfattet af anvendelsesområdet for de kollektive overenskomster, såfremt virksomhedsbegrebet i henhold til AEntG var et andet.

203. Den tyske regering har subsidiært anført, at når kriteriet for, om en udenlandsk tjenesteyder er omfattet af anvendelsesområdet for de kollektive overenskomster, udgøres af det arbejde, som udføres af de udstationerede arbejdstagere, og ikke af virksomhedens samlede aktivitet, beror dette på, at AEntG har et territorialt begrænset anvendelsesområde, og at virksomhedens aktiviteter i oprindelsesstaten ikke kan tages i betragtning. Det er desuden umuligt at kontrollere de oplysninger, som den udenlandske tjenesteyder forelægger. I øvrigt kan det forhold, at aktiviteter, som udøves i udlandet, ikke tages i betragtning, have lige så mange gunstige som ugunstige følger for udenlandske blandede virksomheder.

204. Kommissionen har under retsforhandlingerne ændret sit standpunkt. I sit skrift-

lige indlæg fastslog den, at der forelå direkte forskelsbehandling begrundet i virksomhedens nationale hjemsted. I retsmødet udtalte Kommissionen, efter at have henvist til de praktiske vanskeligheder, som anvendelsen af loven rejser, at den ikke havde noget forslag til løsning heraf og overlod Domstolen at afgøre spørgsmålet.

Vurdering

205. Hvad angår den tyske regerings argument vedrørende formaliteten skal jeg alene henvise til Domstolens praksis, hvorefter det udelukkende tilkommer de nationale retsinstanser at vurdere relevansen af de spørgsmål, der forelægges Domstolen, og at spørgsmålene kun skal afvises, såfremt det er åbenbart, at det savner enhver forbindelse med tvisten i hovedsagen. Dette er imidlertid klart ikke tilfældet i disse sager [29].

206. Hvad angår realiteten er det min opfattelse, at løsningen ville være enkel, hvis problemet med »blandede virksomheder« ikke fandtes. Ifølge den nationale rets redegørelse tillader den tyske lovgivning nemlig, at der ved virksomhed forstås ikke alene »hjemstedet, hovedkontoret eller filialen«, men også »afdelingen eller andre former for fast repræsentation for arbejdsgiveren« og tilmed »arbejdsgiverens nærmest liggende repræsentation«.

207. Under disse omstændigheder ser jeg ingen grund til, at repræsentanten for den udenlandske arbejdsgiver, som har ansvaret for at lede de i Tyskland udstationerede arbejdstagere, ikke kan anses for »arbejdsgiverens nærmest liggende repræsentation«.

208. Situationen kompliceres imidlertid betydeligt ved, at der for lønnen for de britiske eller portugisiske fliselæggere (for at holde mig til den nationale rets eksempel), som midlertidigt er beskæftiget i Tyskland, altid skal betales bidrag, mens dette ikke er tilfældet for de fliselæggere, som er knyttet til en virksomhed med hjemsted i Tyskland, når arbejdstiden for de arbejdstagere, som er beskæftiget med byggevirksomhed (som f.eks. fliselæggere) udgør mindre end halvdelen af det samlede antal arbejdstimer i virksomheden.

209. Det er klart, at udenlandske tjenesteydere i forbindelse med sådanne blandede

29 — Dom af 18.10.1990, forenede sager C-297/88 og C-197/89, Dzodzi, Sml. I, s. 3763, præmis 34.

virksomheder ikke »i konkurrencemæssig henseende behandles på lige fod« [30], og at der foreligger en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser som omhandlet i traktatens artikel 59, også selv om dette system ligeledes fører til forskelsbehandling mellem tyske virksomheder.

210. Da denne begrænsning er diskriminerende, kan den heller ikke være begrundet i tvingende almene hensyn, uanset af hvilken art de måtte være. De eneste grunde, der kan komme i betragtning, er de i traktatens artikel 56 angivne. Det er imidlertid ikke godtgjort, at en af disse grunde kan påberåbes i det foreliggende tilfælde.

211. For at fjerne denne forskelsbehandling kan der tænkes flere løsninger. En første mulighed kan være, at feriekasseordningen også anvendes på arbejdstagere, der er ansat i »blandede virksomheder«, og som er beskæftiget med byggevirksomhed, også når disse arbejdstageres arbejdstid udgør mindre end halvdelen af den sammenlagte arbejdstid i virksomheden. En anden løsning kan være at lade »udenlandske« tjenesteydere omfatte af den ordning, der i øjeblikket gælder for denne type »blandede virksomheder«.

30 — Jf. præmis 58 i Arblade m.fl.-dommen.

212. Det tilkommer den tyske regering at vælge den løsning, den anser for bedst egnet til at tilgodese det legitime hensyn til beskyttelsen af arbejdstagerne, som lå til grund for oprettelsen af feriekasseordningen.

213. Sammenfattende foreslår jeg, at Domstolen besvarer det tredje spørgsmål således:

214. Traktatens artikel 59 og 60 skal fortolkes således, at de er til hinder for, at en feriekasseordning som den i tvisterne i hovedsagerne omhandlede finder anvendelse på virksomheder med hjemsted i andre medlemsstater, som leverer tjenesteydelser inden for byggesektoren, når virksomheder med hjemsted i værtsstaten, som kun udøver en del af deres virksomhed inden for denne sektor, ikke alle er omfattet af ordningen for deres arbejdstagere, der er beskæftiget inden for denne sektor.

Fjerde præjudicielle spørgsmål

215. Det sidste spørgsmål vedrører fortolkningen af udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 1, som har følgende ordlyd:

»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.«

216. Arbeitsgericht Wiesbaden spørger, om »artikel 3, stk. 1, litra b), i direktiv 96/71 [skal] fortolkes således, at bestemmelsen med udgangspunkt i en korrekt fortolkning af EF-traktatens artikel 48, 59 og 60 under alle omstændigheder hverken foreskriver eller tillader anvendelsen af de bestemmelser, der er omhandlet i spørgsmål 1, 2 og 3?«

217. Den nationale ret går tydeligvis ud fra princippet om, at et direktiv ikke kan gøre en feriekasseordning, der er i strid med traktaten, gyldig. Dette kan jeg kun tilslutte mig. Et direktiv kan ikke tillade og endnu mindre foreskrive foranstaltninger, som strider mod fællesskabsretten.

218. Men efter min mening gør direktivet ikke dette.

219. Som jeg bemærkede i forbindelse med de to første præjudicielle spørgsmål, udleder medlemsstaterne direkte af traktaten *retten* til at pålægge tjenesteydere at respektere den mindsteløn og det mindste antal årlige feriedage, som gælder i den pågældende økonomiske sektor på deres territorium.

220. Medlemsstaterne havde således ikke behov for nogen bemyndigelse gennem en afledt retsakt.

221. Udstationeringsdirektivet har nu pålagt dem *pligten* til at foreskrive disse regler for virksomheder, som er etableret i andre medlemsstater.

222. Eftersom Forbundsrepublikken Tyskland har udnyttet en ret, som under alle omstændigheder tilkommer den, er spørgsmålet, om direktivet retmæssigt kan pålægge den en tilsvarende pligt, uden betydning for afgørelsen af tvisterne i hovedsagerne. Det er således ikke nødvendigt at behandle den nationale rets spørgsmål om, hvorvidt hjemmelen for direktivet er korrekt.

223. Samme ræsonnement gælder for feriekasseordningen. Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt direktivet tillader en sådan ordning, har jeg tidligere anført, at en medlemsstats ret til at pålægge udenlandske virksomheder de »arbejdsvilkår«, der gælder på dets område, principielt også omfatter retten til at forpligte dem til at tilslutte sig en feriekasseordning. Medlemsstaten udnytter også her en ret, som under alle omstændigheder tilkommer den, og spørgsmålet om, hvorvidt direktivet retmæssigt kan forpligte den til at anvende denne ret, er også her uden betydning for afgørelsen af tvisterne i hovedsagerne. Jeg skal i øvrigt fastslå, at hverken artikel 3 eller nogen anden bestemmelse i direktivet pålægger medlemsstaterne at indføre en feriekasseordning.

224. En sådan feriekasseordning kan imidlertid være forskellig fra medlemsstat til medlemsstat, og det må i hvert enkelt tilfælde undersøges, om den pågældende ordning eller en del af dens indhold er forenelig med traktaten. Det er således, jeg er gået frem med hensyn til den tyske ordning.

225. Jeg foreslår herefter, at det fjerde spørgsmål besvares således:

226. Udstationeringsdirektivet hverken foreskriver eller tillader en feriekasseordning, som strider mod traktatens artikel 59 og 60.

Forslag til afgørelse

227. På baggrund af ovenstående foreslår jeg Domstolen at besvare spørgsmålene fra Arbeitsgericht Wiesbaden således:

»1) EF-traktatens artikel 59 (efter ændring nu artikel 49 EF) og artikel 60 (nu artikel 50 EF) skal, såfremt arbejdstagerne ikke er sikret en tilsvarende eller bedre beskyttelse i oprindelsesstaten, fortolkes således, at de som udgangspunkt ikke er til hinder for, at en ordning som den, der er omhandlet i § 1, stk. 3, 1. pkt., i AEntG, anvendes på en arbejdsgiver, som er etableret i udlandet, og på hans udstationerede ansatte, for så vidt som der tages behørigt hensyn til de byrder, som arbejdsgiveren ikke kan undgå i henhold til lovgivningen i hans oprindelsesstat. EF-traktatens artikel 48 (efter ændring nu artikel 39 EF) finder ikke anvendelse på arbejdstagere, som udstationeres af arbejdsgivere, der er etableret i en anden medlemsstat.

2) Traktatens artikel 59 og 60 skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for, at en medlemsstat pålægger en virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat, som midlertidigt udfører arbejder i den førstnævnte medlemsstat, at:

a) anvende bestemmelser i kollektive overenskomster, hvorefter der gælder en længere betalt ferie end den, der følger af Rådets direktiv 93/104/EF af 23. november 1993 om visse aspekter af tilrettelæggelse af arbejdstiden

b) anvende en feriekasseordning, hvorefter feriegodtgørelsen udbetales direkte til den udstationerede arbejdstager, mens den for de virksomheder, som er etableret i værtsstaten, udbetales til arbejdsgiveren

c) meddele oplysninger, når og i det omfang disse oplysninger er nødvendige og rimelige for at:

— sikre en effektiv kontrol med overholdelsen af de i værtsstaten gældende arbejds- og ansættelsesvilkår

— sikre, at en feriekasseordning fungerer korrekt.

3) Traktatens artikel 59 og 60 skal fortolkes således, at de er til hinder for, at en feriekasseordning som den i tvisterne i hovedsagerne omhandlede finder anvendelse på virksomheder med hjemsted i andre medlemsstater, som leverer tjenesteydelser inden for byggesektoren, når virksomheder med hjemsted i værtsstaten, der kun udøver en del af deres virksomhed inden for denne sektor, ikke alle er omfattet af ordningen for deres arbejdstagere, der er beskæftiget inden for denne sektor.

4) Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/71/EF af 16. december 1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser hverken foreskriver eller tillader en feriekasseordning, som strider mod traktatens artikel 59 og 60.«