FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT JEAN MISCHO

föredraget den 13 juli 2000 [1]

Table des matières

Den tyska lagstiftningen om betald semester och bakgrunden till tvisten vid den nationella domstolen I-7836

Tolkningsfrågorna I-7839

Om tillämpligheten av artikel 48 i fördraget I-7841

Den första tolkningsfrågan I-7843

a) Om inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster I-7850

b) Om diskriminering I-7852

c) Tvingande hänsyn av allmänintresse I-7853

d) Om skyddande av allmänintresset i fråga genom rättsreglerna i den stat där den som tillhandahåller tjänsterna är etablerad I-7856

e) Om möjligheten att uppnå samma resultat med mindre tvingande regler I-7858

Den andra tolkningsfrågan I-7860

a) Om semesterns längd I-7860

Inkomna yttranden I-7861

Bedömning I-7863

b) Om sättet att betala semesterersättning I-7864

Framförda synpunkter I-7864

Bedömning I-7866

c) Om uppgifter som skall tillhandahållas I-7867

Inkomna yttranden I-7869

Bedömning I-7871

Den tredje tolkningsfrågan I-7875

Inkomna yttranden I-7877

Bedömning I-7878

Den fjärde tolkningsfrågan I-7879

Förslag till avgörande I-7882

1 — Originalspråk: franska.

1. De föreliggande målen ger på nytt upphov till en fråga som domstolen redan vid upprepade tillfällen har avhandlat, nämligen tolkningen av gemenskapsrätten i samband med att företag som är etablerade i en medlemsstat (nedan kallad ursprungsstaten) tillfälligt utstationerar arbetstagare som är medborgare i den Europeiska unionen till en annan medlemsstat (nedan kallad mottagarstaten) inom ramen för gränsöverskridande tillhandahållande av tjänster.

Den tyska lagstiftningen om betald semester och bakgrunden till tvisten vid den nationella domstolen

2. Det tyska systemet för lagstadgad semester för arbetstagare inom byggnadsindustrin, vilket utgör en väsentlig del av deras arbets- och anställningsvillkor, regleras i Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer — Bundesurlaubsgesetz (lagen om minimilängd för semester för arbetstagare, nedan kallad BUrlG) och i Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (kollektivt ramavtal för byggnadsindustrin, nedan kallat BRTV). Systemet genomförs med hjälp av ett system med semesterkassor som i sin tur i huvudsak regleras i Verfahrenstarifvertrag (kollektivavtal avseende systemet med sociala trygghetskassor, nedan kallat VTV). De nämnda kollektivavtalen har genom dekret som antagits av förbundsregeringen utvidgats till att omfatta hela byggnadsindustrin.

3. Arbeitsgericht Wiesbaden (nedan kallad den hänskjutande domstolen) har förklarat att arbetstagaren enligt BUrlG i princip måste ha varit i arbetsgivarens tjänst under en karenstid på sex månader, innan han för första gången kan göra anspråk på full årlig semester. Byggnadssektorn företer dock en särart som gör att det krävs en undantagsreglering till systemet för årlig semester. Denna sektor kännetecknas nämligen av att arbetsplatserna och därmed arbetsgivarna ofta växlar och "anställningsavtal av kortare längd än ett år i stor utsträckning är vanliga". I ett flertal fall har den lagenliga karenstiden därför inte uppfyllts, vilket medför att arbetstagaren endast kan göra anspråk på några dagars semester, eller inte har rätt till någon semester överhuvudtaget. Därtill kommer att arbetstagarna i de flesta fall inte beviljas semester i form av ledig tid, på grund av att anställningsförhållandet har upphört, utan måste nöja sig med en ekonomisk ersättning som motsvarar semesteranspråket.

4. Enligt BUrlG [2] kan, i den mån det krävs, sådana undantagsbestämmelser föreskrivas i kollektiva arbetsavtal som gör det möjligt för arbetstagarna i byggnadsindustrin att behålla sitt anspråk på en sammanhängande årlig semester, trots ofta förekommande byte av arbetsgivare.

2 — 13.2 § i BUrlG.

5. Det är med denna utgångspunkt och syfte som det i BRTV [3] har införts bestämmelser enligt vilka de olika anställningsförhållanden som en arbetstagare har haft under ett referensår, det vill säga vanligtvis ett kalenderår, skall behandlas som om det rörde sig om ett enda anställningsförhållande. Denna fiktion ger arbetstagaren möjlighet att räkna samman anspråken på semester från olika arbetsgivare under referensåret och göra gällande samtliga anspråk hos sin aktuelle arbetsgivare, oberoende av hur länge han har varit anställd hos denne.

6. Ett sådant system skulle vanligtvis leda till en svår ekonomisk belastning för den siste arbetsgivaren, eftersom han skulle tvingas betala arbetstagaren semesterersättning även för de semesterdagar som han intjänat hos tidigare arbetsgivare. För att minska denna risk och säkerställa att den ekonomiska bördan fördelas rättvist mellan de berörda arbetsgivarna, har de tyska arbetsmarknadsparterna beslutat att inrätta semesterkassor.

7. De tyska arbetsgivarna betalar 14,45 procent av den totala bruttolönen för företaget till semesterkassan och förvärvar i gengäld anspråk på full eller partiell ersättning för de förmåner som de har betalat ut till arbetstagarna (semesterersättning, extra semesterpenning eller ett procentuellt schablonbelopp för de socialförsäkringsavgifter som arbetsgivaren måste betala).

8. Arbetsgivarna måste varje månad lämna vissa upplysningar till Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft (kassa som har till uppgift att genomföra systemet för semester och semesterlön i byggnadsindustrin, nedan kallad Ulak), så att denna kassa skall kunna fastställa den månatliga totala bruttolönesumman för företaget och beräkna vilka avgifter det skall betala.

9. Förbundsministern för arbets- och socialsystemfrågor har antagit ett dekret om utvidgning av BRTV och VTV till att omfatta arbetsgivare och arbetstagare som inte är parter till kollektivavtalen, i den mån de faller under tillämpningsområdet för dessa avtal med avseende på företaget, territoriet och arbetstagaren.

10. Genom Arbeitnehmer-Entsendegesetz (lagen om utstationering av arbetstagare) av den 26 februari 1996, [4] (nedan kallad AEntG), har tillämpligheten av bestämmelserna i kollektivavtalen för byggnadsindustrin om de ovannämnda anspråken på semester, med verkan från och med den 1 mars 1996 och under vissa villkor, utvidgats till anställningsförhållanden mellan de företag som har sitt säte i en annan

3 — 8 § i BRTV.

4 — Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen-Arbeitnehmer-Entsendegesetz-AEntG av den 26 februari 1996 (*BGBl.* I, s. 227) (lag om tvingande arbetsvillkor vid tillhandahållande av gränsöverskridande tjänster).

medlemsstat än Förbundsrepubliken Tyskland (nedan kallade utländska företag som tillhandahåller tjänster) och de arbetstagare som dessa företag för en bestämd tid utstationerar på en byggarbetsplats i Tyskland för att utföra byggnadsarbeten (nedan kallade utstationerade arbetstagare).

11. I detta syfte ändrades 8 § i BRTV om rätt till semester för arbetstagare i byggnadsindustrin och med verkan från och med den 1 januari 1997 [5] kompletterades VTV med en tredje avdelning kallad "System för semester för arbetsgivare som är etablerade utanför Tyskland och deras anställda som arbetar i Tyskland". [6]

12. Den tyska regeringen har dock i sitt skriftliga yttrande angett att "systemet för socialförsäkringskassor inom byggnadssektorn omfattar en mängd förmåner som föreskrivs genom kollektivavtal. Arbetsmarknadens parter inom byggsektorn har med beaktande av sektorns särart till socialförsäkringskassorna i denna sektor överfört, förutom semestersystemet, handhavandet av följande förmåner: semesterlön under perioderna 24—26 december och 31 december—1 januari, tilläggsförsäkring för ålderdom och vidareutbildning. AEntG som endast berör handhavandet av förmånen 'semester', som inom ramen för socialförsäkringssystemet betalas av företaget, har utvidgat denna till företag som har sitt säte utomlands och till deras utstationerade arbetstagare." Enligt den tyska regeringens uppfattning har lagstiftaren med sin åtgärd således begränsat sig till det absolut väsentliga i fråga om de arbetsvillkor som gäller vid utstationering.

13. De utländska företag som tillhandahåller tjänster och som är verksamma inom byggnadsindustrin måste således fortsättningsvis delta i det tyska systemet för kassor, vilket bland annat innefattar skyldigheten att till Ulak betala 14,25 procent av den totala bruttolönen för de arbetstagare som de har utstationerat i Tyskland (14,82 procent fram till den 30 juni 1997) och lämna ett antal uppgifter till denna kassa.

14. När en utstationerad arbetstagare vill göra anspråk på sin rätt till semester skall det utländska företag som tillhandahåller tjänster informera Ulak om detta. Denna kassa utbetalar då omedelbart till arbetstagaren den semesterersättning som han har rätt till. [7] I motsats till den arbetsgivare som är etablerad i Tyskland, måste det utländska företaget som tillhandahåller tjänster således inte på förhand betala ut den semesterersättning som arbetstagaren har rätt till. Följaktligen har företaget heller inte längre något ersättningsanspråk gentemot Ulak.

5 — Ändringskollektivavtal av den 18 december 1996.

6 — 55—71 §§ i den nya VTV.

7 — 65 § i VTV.

15. Samma förfarande är enligt 66 § i VTV tillämpligt när det är fråga om att betala ut en semesterlön i de fall då den utstationerade arbetstagaren återvänder till sitt hemland utan att ha tagit ut den semester som han intjänat i Tyskland. [8]

16. Den skyldighet att tillhandahålla uppgifter som ålagts företag som tillhandahåller tjänster och som är etablerade utanför Tyskland, förefaller vara mer omfattande än den som ålagts de tyska företagen.

17. De enligt portugisisk rätt bildade bolagen Santos & Kewitz Construções L.da (nedan kallat Santos), Tecnamb-Tecnologia do Ambiente L.da (nedan kallat Tecnamb), Finalarte Sociedade de Construção Civil L.da (nedan kallat Finalarte), Portugaia Construções L.da (nedan kallat Portugaia), Engil Sociedade de Construção Civil SA (nedan kallat Engil), Amilcar Oliveira Rocha (nedan kallat Amilcar), Turiprata Construções Civil L.da (nedan kallat Turiprata), Duarte dos Santos Sousa (nedan kallat Duarte) samt det enligt engelsk rätt bildade bolaget Tudor Stone Ltd (nedan kallat Tudor) utstationerade, inom ramen för friheten att tillhandahålla tjänster, under år 1997 arbetstagare i Tyskland för utförande av byggnadsarbeten tillfälligt.

18. Bolagen har hävdat att gemenskapsrätten utgör ett hinder för att systemet med semesterkassor, och särskilt skyldigheten att betala avgifter och lämna uppgifter till Ulak, skall tillämpas på dem.

19. Medan bolagen Finalarte, Portugaia och Engil har väckt talan hos Arbeitsgericht Wiesbaden för att få fastställt att de inte är underkastade den skyldighet som åläggs dem enligt AEntG (fastställelsetalan), har de andra bolagen av Ulak stämts inför samma domstol på grund av att de inte betalat avgifterna eller lämnat de begärda uppgifterna.

Tolkningsfrågorna

20. På grund av vad ovan anförts har Arbeitsgericht Wiesbaden ställt följande fyra tolkningsfrågor till domstolen:

"1) Skall artiklarna 48, 59 och 60 i EG-fördraget tolkas så, att de utgör hinder för den bestämmelse i den nationella rättsordningen — 1.3 § första meningen i Arbetsnehemer-Entsendegesetz — AEntG (lagen om utstationering av arbetstagare) — vilken utvidgar giltigheten av rättsnormerna i allmänbindande kollektivavtal om inbetalning av avgifter och beviljande av förmåner

8 — 8 § punkt 7.1 i) i BRTV.

från arbetsmarknadsparternas gemensamma inrättningar i samband med arbetstagarnas semesteranspråk och vilken således utvidgar rättsnormerna i dessa kollektivavtal avseende det förfarande som skall tillämpas därvid, till att omfatta en arbetsgivare som är etablerad utomlands och dess arbetstagare som är utstationerade under den tid som kollektivavtalen gäller?

2) Skall artiklarna 48, 59 och 60 i EG-fördraget tolkas så, att de utgör hinder för bestämmelserna i 1.1 § andra meningen och 1.3 § första meningen i AEntG, vilka leder till en tillämpning av rättsnormerna i allmänbindande kollektivavtal varigenom

a) det föreskrivs en semesterlängd som överskrider den minimilängd för årlig ledighet som föreskrivs i rådets direktiv 93/104/EG av den 23 november 1993 om vissa aspekter avseende utformning av arbetstiden,

och/eller

b) det godtas ersättningsanspråk avseende utgifter för semesterlön och semesterpenning riktade till gemensamma inrättningar för de i Tyskland etablerade arbetsgivarnas arbetsmarknadsparter, medan det för arbetsgivare som är etablerade utomlands inte föreskrivs något sådant anspråk, utan det dock föreskrivs att utstationerade arbetstagare har ett direkt anspråk gentemot arbetsmarknadsparternas gemensamma inrättningar,

och/eller

c) det inom ramen för de förfaranden som enligt dessa kollektivavtal skall tillämpas vid sociala trygghetskassor föreskrivs att arbetsgivare som är etablerade utomlands har skyldigheter att lämna uppgifter till arbetsmarknadsparternas gemensamma inrättningar, när dessa uppgifter skall vara mer omfattande än de uppgifter som skall lämnas av arbetsgivare som är etablerade i Tyskland?

3) Skall artiklarna 48, 59 och 60 i EG-fördraget tolkas så, att de utgör hinder för bestämmelserna i 1.4 § i AEntG, enligt dessa bestämmelser anses vid fastställelse av vilka företag som faller inom ett allmänbindande kollektivavtals räckvidd, vilket enligt 1.3 § första meningen i AEntG även gäller för arbetsgivare som är etablerade utom-

lands och för deras arbetstagare som är utstationerade under den tid som kollektivavtalet gäller, alla de — men samtidigt endast de — företag falla inom kollektivavtalets tillämpningsområde, vilka har arbetstagare som är utstationerade i Tyskland, medan det för i Tyskland etablerade arbetsgivare gäller ett annat företagsbegrepp som i vissa fall leder till en avvikande avgränsning av företag som faller inom ett allmänbindande kollektivavtals räckvidd?

4) Skall artikel 3.1 b i Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster tolkas så, att den med tanke på en riktig tolkning av artiklarna 48, 59 och 60 i EG-fördraget i alla fall varken förordnar om eller tillåter de bestämmelser som har ifrågasatts i tolkningsfråga 1—3?"

Om tillämpligheten av artikel 48 i fördraget

22. Det är ostridigt att tvisten vid den nationella domstolen avser det faktiska förhållandet att ett företag med säte i en medlemsstat utstationerar sina arbetstagare för viss tid på en byggarbetsplats i Tyskland för att genomföra en gränsöverskridande tjänsteprestation. Ingen av parterna bestrider att förevarande fall omfattas av artikel 59 i EG-fördraget (nu artikel 49 EG i ändrad lydelse) och artikel 60 i EG-fördraget (nu artikel 50 EG).

23. Däremot råder det inte enighet i frågan huruvida utstationeringen av arbetstagare inom ramen för tillhandahållande av en gränsöverskridande tjänst likaså omfattas av artikel 48 i EG-fördraget.

21. Innan dessa frågor skall undersökas förefaller det vara lämpligt att undersöka om artikel 48 i EG-fördraget (nu artikel 39 EG i ändrad lydelse) faktiskt är tillämplig på en sådan situation som den som är i fråga i tvisterna vid den nationella domstolen.

24. Den hänskjutande domstolen anser att nationella bestämmelser som dem som åberopas i tolkningsfrågorna har, när de medför inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster, en indirekt restriktiv verkan på den fria rörligheten av arbetstagare, eftersom chanserna för (potentiella) arbetstagare att rekryteras och stationeras utomlands minskar, när en arbetsgivare till följd av utvidgningen av systemet med semesterkassor finner sig förhindrad att

inom ramen för friheten att tillhandahålla tjänster utöva verksamhet i Tyskland.

25. Bolagen Finalarte och Portugaia har hävdat att artikel 48 i fördraget är tillämplig på utstationering av arbetstagare. De har gjort gällande att tillämpningen av nationella bestämmelser, enligt vilka en utländsk medborgare som tillhandahåller tjänster skall underkastas det tyska systemet för semesterkassor, medför en inskränkning i den frihet att tillhandahålla tjänster som fastslagits i artikel 59 i fördraget. Samtidigt åsidosätter artikel 48 i fördraget, då den hindrar de utstationerade arbetstagarna från att "följa" sin arbetsgivare till mottagarstaten och arbeta där på de arbetsvillkor som gäller i ursprungsstaten.

26. Den tyska regeringen har svarat att frågan huruvida utstationeringen av arbetstagare omfattas av tillämpningsområdet för artikel 48 i fördraget är utan betydelse för avgörandet av tvisten vid den nationella domstolen, eftersom den fria rörligheten av arbetstagare är en grundläggande rättighet som endast kan åberopas av arbetstagarna själva.

27. Den tyska regeringen har i andra hand hävdat att artikel 48 inte innefattar någon rätt för en utstationerad arbetstagare att arbeta på villkor som är i kraft i ursprungsstaten, men att däremot principen om likabehandling stadfästes i denna artikel, vilket innebär att arbetstagaren måste kunna vara anställd enligt de arbetsvillkor som är tillämpliga på nationella arbetstagare.

28. Ulak har gjort samma tolkning av artikel 48 som den tyska regeringen och har påpekat att Arbeitsgericht Wiesbaden stöder sig på rena antaganden, eftersom ikraftträdandet av AEntG inte har lett till någon minskning av antalet utstationerade arbetstagare i Tyskland.

29. I likhet med Ulak, den belgiska regeringen och kommissionen är jag av den uppfattningen att frågan redan har avgjorts genom domarna i målen Rush Portuguesa och Vander Elst.[9] Enligt punkt 21 i den senare domen "gör arbetstagare som är anställda av ett företag etablerat i en medlemsstat och som tillfälligt skickas till en annan medlemsstat för att där utföra tjänster dock på intet sätt anspråk på tillträde till arbetsmarknaden i denna andra stat, eftersom de återvänder till sitt ursprungsland eller bosättningsland efter att ha slutfört sitt arbete".

30. På grund härav är artikel 48 inte tillämplig på deras situation, och det finns inget skäl till att undersöka de frågor som ställts mot bakgrund av denna bestämmelse. Om några av de utstationerade arbetstagarna skulle vilja lämna tjänsten i det företag som har fört dem till Tyskland för att ingå ett anställningsavtal med ett företag som är etablerat i den medlemsstaten, skulle de uppenbarligen enligt artikel 48 ha rätt att göra detta. Detta har dock ingenting att göra med den fråga om eventuella inskränkningar i friheten för utländska företag att tillhandahålla tjänster som har väckts inom ramen för de tvister

9 — Dom av den 27 mars 1990 i mål C-113/89 (REG 1990, s. I-1417; svensk specialutgåva, volym 10, s. 389) och av den 9 augusti 1994 i mål C-43/93 (REG 1994, s. I-3803; svensk specialutgåva, volym 16, s. 59).

som anhängiggjorts vid den nationella domstolen.

Den första tolkningsfrågan

31. Med sin första fråga vill den hänskjutande domstolen i huvudsak få veta, huruvida artiklarna 59 och 60 utgör hinder för utvidgningen av systemet för semesterkassor till att omfatta arbetsgivare etablerade utomlands som inom ramen för tillhandahållande av tjänster utsänder arbetstagare till Tyskland.

32. I inledningen till beslutet om hänskjutande har Arbeitsgericht Wiesbaden noterat att "invändningar med avseende på bestämmelserna i fråga för det första följer av det faktum att det av motiven till AEntG framgår att lagens angivna syfte bland annat är att skydda företagen inom den tyska byggsektorn mot det ökande trycket av konkurrensen på den europeiska inre marknaden och således mot utländska anbudsgivare". Den hänskjutande domstolen har påpekat att det redan från början av diskussionerna om förslaget till AEntG vid flera tillfällen angetts att en sådan lag i synnerhet syftade till att bekämpa "de illojala konkurrensvillkor som skapats av europeiska konkurrenter som tillämpar låglönepraktik" och "social dumpning och lönedumpning".

33. Arbeitsgericht Wiesbaden frågar sig om det med rätta kan fastställas att de utländska arbetsgivare som utnyttjar den omständigheten att lägre löner betalas i deras länder till följd av olika levnadsstandard utövar en "illojal" konkurrens. Denna domstol anser att öppnandet av marknaderna inom den Europeiska unionen, som är en väsentlig del av projektet för den inre marknaden, måste tillåta intensivare konkurrens och större internationell arbetsfördelning. Arbeitsgericht Wiesbaden har i det avseendet hänvisat till artikel 3a 1.i EG-fördraget (nu artikel 4.1 EG) och till artikel 102a i EG-fördraget (nu artikel 98 EG). Det kan därför inte vara ett legitimt allmänintresse i sig att förhindra konkurrensen som sådan.

34. Generaladvokaten kan inte med tystnad förbigå dessa inledande synpunkter från den hänskjutande domstolen och betrakta dem som enkla anmärkningar av underordnad betydelse. De ger nämligen bakgrunden till de ställda frågorna och är också uttryck för ett för flera tyska domstolar gemensamt problem. Inom kort kommer domstolen att avgöra målet Portugaia Construcões (C-164/99), i vilket den hänskjutande domstolen med en av sina tolkningsfrågor vill veta om tvingande skäl av allmänintresse som motiverar en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster kan bestå i inte endast de utstationerade arbetstagarnas sociala skydd, utan också av skyddet av den nationella byggnadsindustrin och av en minskad arbetslöshet i mottagarlandet.

35. Låt oss alltså undersöka de frågor som den hänskjutande domstolen har ställt med avseende på principen om den fria konkurrensen. Det kan därvid i första hand konstateras att åtgärder som innebär en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster enligt domstolens rättspraxis inte kan rättfärdigas av syften av ekonomisk art. [10]

36. Även om det vid de politiska debatter som föregått antagandet av AEntG och i själva lagförslaget använts uttryck som kan ge intryck av att det i det förevarande fallet var fråga om att skydda en ekonomisk sektor mot utländsk konkurrens, måste undersökningen dock begränsas till själva innehållet i denna lag och i andra författningar i fråga för att kontrollera, huruvida denna lag, såsom den tyska regeringen har hävdat, objektivt säkerställer att de utstationerade arbetstagarna har ett socialt skydd som i huvudsak motsvarar det skydd som de arbetstagare inom byggnadssektorn som är etablerade i Tyskland åtnjuter.

37. För det första måste det fastställas att de flesta (och förmodligen samtliga) medlemsstater har satt i kraft bestämmelser om minimilöner som har till syfte att garantera arbetstagare anständiga levnadsvillkor samt bestämmelser om arbetstidens längd per dag, vecka och år som skall skydda deras hälsa och garantera dem tillräcklig vilotid.

38. Dessa bestämmelser utesluter med nödvändighet att vissa nationella företag kan skaffa sig en konkurrensfördel i förhållande till andra företag som är etablerade i samma land, genom att för sina anställda uppställa mindre gynnsamma arbetsvillkor.

39. Men ingenting i fördraget förpliktar medlemsstaterna att godta ett annat konkurrensbegrepp när det är fråga om företags intressen, vilka är etablerade i andra medlemsstater, eller att tillåta att dessa företag skaffar sig en konkurrensfördel genom att inte iaktta lagstiftningen i fråga. I punkt 25 i den ovannämnda domen i målet Vander Elst har domstolen däremot fastställt att det "under alla förhållanden är uteslutet att det skulle finnas någon nämnvärd risk för att arbetstagarna utnyttjas och för att konkurrensen mellan företagen snedvrids" (REG 1994, s. I-3803 och s. I-3826).

40. Det skall därefter erinras om att socialpolitiken, däri inbegripet föreskrifterna om arbetsvillkor, i princip faller under medlemsstaternas behörighet. Enligt artikel 118 i EG-fördraget (artiklarna 117—120 i EG-fördraget har ersatts

10 — Dom av den 26 april 1988 i mål 352/85, Bond van Adverteerders m.fl. (REG 1988, s. 2085) och av den 5 juni 1997 i mål C-398/95, SETTG (REG 1997, s. I-3091).

av artiklarna 136—143 EG) "skall gemenskapen *understödja och komplettera medlemsstaterna* [11] inom följande områden:

— Förbättringar, särskilt av arbetsmiljön för att skydda arbetstagarnas hälsa och säkerhet.

— Arbetsvillkor,

— ..."

41. Medlemsstaterna skall således fritt bestämma vilken skyddsnivå de vill garantera sina arbetstagare. Medlemsstaterna bibehåller denna rätt även när en viss harmonisering av arbetsvillkoren har ägt rum inom gemenskapen.

42. Det är uppenbart att den sociala skyddsnivå som finns i den mottagande medlemsstaten inom överskådlig tid utan tvekan skulle ifrågasättas, om de som tillhandahåller tjänster och som är etablerade i andra medlemsstater kunde sätta sig över iakttagandet av denna, eftersom de arbetsgivare som är etablerade i denna medlemsstat skulle kräva en sänkning av skyddsnivån för att med lika vapen kunna bekämpa de företag som tillhandahåller tjänster.

43. Den allmänna principen är således att en medlemsstats rättssystem, utom i de undantagsfall som utvecklats i domstolens rättspraxis, likaså är tillämpligt på de "utländska" företag som tillhandahåller tjänster. Detta har fastställts i artikel 60 sista stycket i EG-fördraget (nu artikel 50 sista stycket EG), i vilken det föreskrivs att den som tillhandahåller en tjänst "tillfälligt (får) utöva sin verksamhet i det land där tjänsten tillhandahålls på samma villkor som landet uppställer för sina egna medborgare".

44. Med andra ord, och i motsats till vad vissa av bolagen som är parter i tvisterna vid den nationella domstolen har framhållit, ger fördraget inte företagen någon rätt att vid utövande av verksamhet i en annan medlemsstat ta med personal och materiel eller ursprungsstatens lagstiftning.

45. Dessutom skall det noteras att artikel 102a i fördraget, som citeras av den hänskjutande domstolen, återfinns i det kapitel i fördraget som ägnas den ekonomiska politiken och inte i kapitlen om de fyra grundläggande friheterna. I artikel 3a i EG-fördraget fastställs att "medlemsstaternas och gemenskapens verksamhet, på de villkor och enligt den tidsplan som anges i

11 — Min kursivering.

detta fördrag, (skall) innefatta förandet av en ekonomisk politik som baseras på en nära samordning av medlemsstaternas ekonomiska politik, på den inre marknaden och på fastställda gemensamma mål och som bedrivs enligt principen om en öppen marknadsekonomi med fri konkurrens".

46. Av dessa bestämmelser följer dock inte att principen om den fria konkurrensen i gemenskapsrätten tillmäts ett högre värde än andra principer. Faktum är att flera mål samtidigt eftersträvas i de europeiska fördragen, vilka borde bringas i överensstämmelse med varandra.

47. Arbeitsgerich Wiesbaden har visserligen rätt, när den har påpekat att den konkurrensfördel som följer av de lägre löner som betalas i vissa medlemsstater aldrig har ifrågasatts, när det gäller kostnaden för tillverkningen av varor som därefter exporteras till andra medlemsstater.

48. Det skall dock erinras om att i ingressen till fördraget om upprättandet av europeiska gemenskapen bekräftade upphovsmännen att de avsåg "att säkerställa ekonomiska och sociala framsteg i sina länder genom gemensamma åtgärder" genom att uppställa "som ett väsentligt mål för sina strävanden att fortgående förbättra levnads- och arbetsvillkoren för sina folk".

49. I följande övervägande insåg de "att undanröjandet av förekommande hinder kräver samordnade åtgärder för att garantera en jämn utveckling, jämvikt i handelsutbytet och sund konkurrens".

50. I artikel 117 i fördraget i dess lydelse av år 1957 var författarna ense om "behovet att främja förbättringar av arbetstagarens arbetsvillkor och levnadsstandard och att därigenom möjliggöra en harmonisering samtidigt som förbättringarna bibehålls".

51. I artikel 136 EG, som har ersatt artikel 117 i EG-fördraget, har denna mening förstärkts genom en ytterligare hänvisning till den europeiska sociala stadgan av år 1961, 1989 års gemenskapsstadga om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter, målet att främja sysselsättningen, ett fullgott socialt skydd, en dialog mellan arbetsmarknadens parter, en utveckling av de mänskliga resurserna för att möjliggöra en varaktigt hög sysselsättning och bekämpning av social utslagning.

52. Det är av intresse att notera att domstolen i en dom av den 4 april 1974 [12], som den tyska regeringen omnämner i sitt yttrande i frågan om att artikel 48 i fördraget inte skulle vara tillämplig i förevarande fall, har hänvisat till den målsättning som anges i artikel 117 för att fastställa att principen om icke-diskriminering

12 — Dom i målet 167/73, kommissionen mot Frankrike (REG 1974, s. 359; svensk specialutgåva, volym 2, s. 257), punkt 45.

(i förevarande fall i fråga om den fria rörligheten av arbetstagare) medför inte endast att medborgare från andra medlemsstater har lika möjligheter till anställning i alla stater, "utan säkerställer även att *de egna medborgarna* [13] inte drabbas av de negativa konsekvenser som kan följa av att medborgare i de andra medlemsstaterna erbjuder eller godtar arbets- eller anställningsvillkor eller lön som är mindre förmånliga än vad som gäller enligt nationell rätt".

53. Den tyska och den franska regeringen har således argumenterat i enlighet med denna rättspraxis, när de har framhållit att möjligheten att utstationerade arbetstagare på samma byggarbetsplats har lägre lön än arbetstagare i mottagarstaten, och/eller att i andra avseenden mindre gynnsamma arbetsvillkor uppställs för dem, är sådan att den äventyrar den sociala skyddsnivå som arbetstagarna i landet i fråga har förvärvat och kanske även deras anställning. Den belgiska regeringen har i huvudsak intagit en liknande ställning.

54. Det framgår likaså av artikel 117 sista stycket i EG-fördraget att författarna till fördraget, även när de räknade med att en "harmonisering av de sociala systemen" skulle följa av "den gemensamma marknadens funktion", tilldelade "frivilliga" initiativ för förbättring av arbetsvillkoren en betydande roll.

13 — Min kursivering.

Ett uttryck för detta är de båda direktiv som anges i de föreliggande målen, nämligen rådets direktiv 93/104/EG av den 23 november 1993 om vissa aspekter avseende utformning av arbetstiden (nedan kallad arbetstidsdirektivet) [14] och Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster (nedan kallad utstationeringsdirektivet). [15]

55. Av femte övervägandet i det senare direktivet framgår följande:

"Att främja tillhandahållandet av tjänster över gränserna kräver lojal konkurrens och åtgärder som garanterar att arbetstagarnas rättigheter respekteras."

56. Det är förmodligen av sådana skäl som domstolen (även om den inte har angett detta närmare) redan år 1982 i domen i målet Seco och Desquenne & Giral [16] fastställde att

14 — EGT L 307, s. 18.

15 — EGT L 18, s. 1.

16 — Dom av den 3 februari 1982 i de förenade målen 62/81 och 63/81 (REG 1982, s. 223; svensk specialutgåva, volym 6, s. 299), punkt 14.

"Det är klarlagt att gemenskapsrätten inte förhindrar att medlemsstaterna utvidgar sin lagstiftning om minimilöner, eller de kollektivavtal som ingåtts av arbetsmarknadens parter om detta, till att omfatta alla personer som utför ett avlönat arbete, även om detta bara är tillfälligt, på deras territorium oavsett i vilket land arbetsgivaren är etablerad. Gemenskapsrätten förhindrar inte heller att medlemsstaterna med lämpliga medel säkerställer att dessa bestämmelser iakttas."

57. Såsom dels Arbeitsgericht Wiesbaden i sitt yttrande angående dess andra fråga, dels den tyska regeringen har noterat, har det i domen i det ovannämnda målet Rush Portuguesa åtminstone underförstått fastställts att denna princip gäller för samtliga bestämmelser och kollektivavtal som ingåtts av arbetsmarknadens parter, eftersom ordalydelsen i domen i det ovannämnda målet Seco och Desquenne & Giral återges utan att minimilöner nämns.

58. Det råder således inget tvivel om att Förbundsrepubliken Tyskland har rätt att underkasta de utländska företag som tillhandahåller tjänster sina lagbestämmelser om semesterlängd samt, åtminstone i princip, systemet för semesterkassor. Kännetecknen för detta system måste dock undersökas noga, eftersom artikel 60.3 i fördraget inte innebär "att hela den nationella lagstiftningen som gäller för denna stats egna medborgare och som i allmänhet är tillämplig på permanent verksamhet som utförs av företag som är etablerade i den staten, kan tillämpas i dess helhet på samma sätt på verksamhet som är av tillfällig karaktär och som utövas av företag som är etablerade i andra medlemsstater". [17]

59. Domstolen har i punkterna 33—38 i domen i målet Arblade m.fl. [18] fastställt följande:

"33 Enligt fast rättspraxis innebär artikel 59 i fördraget inte bara att det är nödvändigt att avskaffa all form av diskriminering på grund av nationalitet av ett tjänsteföretag som är etablerat i en annan medlemsstat utan även att det är nödvändigt att avskaffa varje inskränkning — även om den är tillämplig på inhemska tjänsteföretag och tjänsteföretag från andra medlemsstater utan åtskillnad — som innebär att tjänster som tillhandahålls av ett tjänsteföretag som är etablerat i en annan medlemsstat, där detta företag lagligen utför liknande tjänster, förbjuds, hindras eller blir mindre attraktiva (se dom av den 25 juli 1991 i mål C-76/90, Säger, REG 1991, s. I-4221, punkt 12, av den 9 augusti 1994 i mål C-43/93, Vander Elst, REG 1994, s. I-3803, punkt 14, svensk specialutgåva, volym 16, av den 28 mars 1996 i mål C-272/94, Guiot, REG 1996, s. I-1905, punkt 10, av den 12 december 1996 i mål C-3/95, Reisebüro Broede, REG 1996, s I-6511, punkt 25 och av den 9 juli 1997 i mål C-222/95, Parodi, REG 1997, s. I-3899, punkt 18).

17 — Dom av den 17 december 1981 i mål 279/80, Webb (REG 1981, s. 3305; svensk specialutgåva, volym 6, s. 265), punkt 16.

18 — Dom av den 23 november 1999 i de förenade målen C-369/96 och C-376/96 (REG 1999, s. I-8453).

34 Friheten att tillhandahålla tjänster, som är en grundläggande princip i fördraget, kan — även om någon harmonisering inte har genomförts på detta område — endast inskränkas genom regler som rättfärdigas av tvingande hänsyn av allmänintresse och som gäller för alla fysiska eller juridiska personer som utövar verksamhet på värdstatens territorium, i den mån detta intresse inte skyddas genom de regler vilka den person som tillhandahåller tjänster är underkastad i den medlemsstat där han är etablerad (se bland annat dom av den 17 december 1981 i mål 279/80, Webb, REG 1981, s. 3305, punkt 17, svensk specialutgåva, volym 6, s. 267, av den 26 februari 1991 i mål C-180/89, kommissionen mot Italien, REG 1991, s. I-709, punkt 17, av den 26 februari 1991 i mål C-198/89, kommissionen mot Grekland, REG 1991, s. I-727, punkt 18, domen i det ovannämnda målet Säger, punkt 15, i det ovannämnda målet Vander Elst, punkt 16, och i det ovannämnda målet Guiot, punkt 11).

35 Tillämpningen av en medlemsstats bestämmelser på en person som tillhandahåller tjänster och som är etablerad i en annan medlemsstat skall vara ägnad att säkerställa förverkligandet av det syfte som eftersträvas genom dem och får inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta syfte (se bland annat domen i det ovannämnda målet Säger, punkt 15, dom av den 31 mars 1993 i mål C-19/92, Kraus, REG 1993, s. I-1663, punkt 32, svensk specialutgåva, volym 16, av den 30 november 1995 i mål C-55/94, Gebhard, REG 1995, s. I-4165, punkt 37, och domen i det ovannämnda målet Guiot, punkterna 11 och 13).

36 Skyddet för arbetstagare är ett av de tvingande hänsyn av allmänintresse som domstolen redan har erkänt (se domen i det ovannämnda målet Webb, punkt 19, dom av den 3 februari 1982 i de förenade målen 62/81 och 63/81, Seco och Desquenne & Giral, REG 1982, s. 223, punkt 14, svensk specialutgåva, volym 6, s. 299, och av den 27 mars 1990 i mål C-113/89, Rush Portuguesa, REG 1990, s. I-1417, punkt 18, svensk specialutgåva, volym 10), i synnerhet det sociala skyddet för arbetstagare inom byggnadssektorn (domen i det ovannämnda målet Guiot, punkt 16).

37 Hänsyn av rent administrativ natur kan däremot inte [motivera] att en medlemsstat avviker från gemenskapsrättens bestämmelser. Denna princip gäller i ännu högre grad när ifrågavarande avvikelse får till följd att utövandet av en [av] de grundläggande friheterna i gemenskapen omöjliggörs eller begränsas (se dom av den 26 januari 1999 i mål C-18/95, Terhoeve, REG 1999, s. I-345, punkt 45).

38 Tvingande hänsyn av allmänintresse som rättfärdigar de materiella bestämmelserna i en reglering kan emellertid även rättfärdiga de medel som är nödvändiga för att säkerställa att dessa bestämmelser iakttas (se i det avseendet domen i det ovannämnda målet Rush Portuguesa, punkt 18)."

60. Det skall således allteftersom undersökas om systemet för semesterkassor innebär inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster och om dessa inskränkningar, såvida systemet inte är diskriminerande, kan rättfärdigas genom tvingande hänsyn av allmänintresse. Om svaret blir ja, skall det dessutom undersökas, om detta intresse inte redan är skyddat genom bestämmelser i den medlemsstat i vilken den som tillhandahåller tjänsten är etablerad, och om samma resultat inte kan erhållas genom mindre tvingande bestämmelser (se i synnerhet domen i de ovannämnda målen Säger, punkt 15, Kraus, punkt 32, Gebhard, punkt 37, Guiot, punkt 13 och Reisebüro Broede, punkt 28).

a) *Om inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster*

61. Det skall för det första undersökas om systemet för semesterkassor innebär inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster.

62. Det finns i det avseendet två skillnader mellan det förhållande som behandlas här och de ovannämnda målen Seco och Desquenne & Giral, Guiot och Arblade m.fl.

63. I dessa tre mål kunde de hänskjutande domstolarna åberopa att det i företagens ursprungsland fanns skyldigheter att betala avgifter för att täcka samma risker och med samma eller åtminstone liknande målsättning som dem i det ifrågasatta systemet. Domstolen kunde därför ta detta konstaterande som en utgångspunkt för sin argumentering och dra slutsatsen att den skyldighet som mottagarlandet ålägger "medför ytterligare utgifter och administrativa och ekonomiska bördor för företag etablerade i en annan medlemsstat, vilket medför att dessa inte befinner sig i samma konkurrensläge som arbetsgivare etablerade i värdstaten". [19]

64. Men i förevarande mål finns det all anledning anta att det inte finns någon skyldighet att betala avgifter till en semesterkassa i de ursprungsstater i vilka företagen i fråga i tvisten vid den nationella domstolen befinner sig, eftersom dessa annars säkert inte skulle ha underlåtit att inför Arbeitsgericht Wiesbaden beskriva arten och omfattningen av en sådan kassa, och denna domstol skulle ha åberopat detta i sitt beslut om hänskjutande. Så är dock inte fallet.

65. Den andra, mer betydande skillnaden i förhållande till de tidigare målen är att det framgår av de tyska bestämmelserna, att anspråk på semesterkassa vid betalning av arbetsgivaravgifter bortfaller för de arbetsgivare etablerade utomlands som utstationerar arbetstagare i Tyskland, när det visas att avgifter för dessa arbetstagare betalas till en jämförbar kassa i ursprungsstaten (8 § nr 11.2 i BRTV).

19 — Domen i det ovannämnda målet Arblade m.fl., punkt 50, och i målet Guiot, punkterna 14 och 15.

66. Det system som har införts är således utformat på ett sådant sätt att ett fall av dubbel avgiftsbetalning som i de ovannämnda målen Seco och Desquenne & Giral, Guiot och Arblade m.fl. inte skall kunna uppstå.

67. Detta löser dock inte problemet med en eventuell dubbelbelastning, när ett system för kassor inte finns i den medlemsstat i vilken den som tillhandahåller tjänsten är etablerad. De företag som är parter i tvisten vid den nationella domstolen gör nämligen gällande att de redan är skyldiga att bevilja sina anställda semester enligt lagstiftningen i deras respektive ursprungsland. Den ekonomiska belastning som dessa semesterdagar innebär [20] (oavsett om de betalas ut i form av lediga dagar eller som semesterersättning) fördubblas således delvis genom de avgifter som arbetsgivaren måste betala till den tyska semesterkassan.

68. Jag säger "delvis", eftersom jag utgår ifrån att arbetstagarens lön är lägre i ursprungsstaten och att antalet dagar som han har rätt till enligt det landets lagstiftning likaså är färre. Om däremot lönerna och semesteranspråken i ursprungslandet i stor utsträckning var lika, eller till och med högre, skulle en situation föreligga där det intresse som skall skyddas, för att återge ett uttryck av domstolen, "skyddas genom de regler vilka den person som tillhandahåller tjänster är underkastad i den medlemsstat där han är etablerad".

69. Jag antar således att ett sådant fall inte föreligger här. Följaktligen är allt beroende på frågan huruvida den arbetsgivare som omfattas av det tyska systemet för semesterkassor, enligt lagstiftningen i hans ursprungsland, inte själv behöver till sina utstationerade arbetstagare betala för de semesterdagar som de tar ut, eftersom dessa betalas av den tyska semesterkassan.

70. Om denna möjlighet inte finns kumuleras således de avgifter som skall betalas till den tyska kassan med de skyldigheter för arbetsgivaren som följer av lagstiftningen i hans ursprungsland. I det fallet föreligger det en avsevärd inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster, till och med ett oöverstigligt hinder för utövandet av denna.

71. Följaktligen är den obligatoriska anslutningen till kassan endast tillåten, om avgifterna anpassas så att hänsyn tas till den belastning som den som tillhandahåller tjänsterna har på grund av lagstiftningen i ursprungslandet.

72. Om däremot, vilket är tänkbart, den arbetsgivare som tillhandahåller tjänster

20 — Såvida de avser den period under vilken arbetstagaren varit utstationerad i Tyskland.

kan slippa att själv betala för arbetstagarens (uttagna eller inte uttagna) semesterdagar genom att detta överlåts helt och hållet på semesterkassan sparar han de motsvarande avgifterna, och den faktiska ekonomiska tilläggsbelastningen som drabbar honom motsvarar endast skillnaden mellan belastningen på grund av semestersystemet i hans ursprungsland och det tyska semestersystemet.

73. Det ankommer på den nationella domstolen att pröva vilket av de båda fallen som föreligger.

74. I det andra fallet behandlas den utländske arbetsgivaren inte sämre än de arbetsgivare som är etablerade i den mottagande medlemsstaten. För att återge det uttryck som använts i punkt 58 i domen i det ovannämnda målet Arblade m.fl. skulle han befinna sig "i samma konkurrensläge" som de senare.

75. Trots detta måste den arbetsgivare som tillhandahåller tjänster bära denna tilläggsbelastning och samtliga administrativa formaliteter som är knutna till systemet för semesterkassor.

76. Enligt domstolens rättspraxis är varje tilläggsbelastning i förhållande till systemet i ursprungslandet en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster. Om man vill vara denna rättspraxis trogen skall således den slutsatsen dras att det i det förevarande fallet är fråga om en inskränkning eller ett hinder.

b) *Om diskriminering*

77. Den hänskjutande domstolen och parterna i tvisterna vid den nationella domstolen har gjort gällande att vissa aspekter på den tyska lagstiftningen är diskriminerande och att de följaktligen endast är tillåtna under de särskilda förutsättningar som anges i artiklarna 55 i EG-fördraget (nu artikel 45 EG), 56 i EG-fördraget (nu artikel 46 EG i ändrad lydelse) och 66 i EG-fördraget (nu artikel 55 EG), vilka dock inte förefaller vara uppfyllda i föreliggande fall.

78. Jag skall återkomma till denna fråga allteftersom tolkningsfrågorna undersöks.

79. Det skall dock noteras att det här, med förbehåll för vad jag kommer att anföra beträffande den tredje frågan, är fråga om en lagstiftning som utan åtskillnad är tillämplig på företag etablerade i Tyskland och på företag etablerade i andra medlemsstater.

80. En viss begreppsförvirring kan uppkomma av det faktum att Förbundsrepubliken Tyskland har antagit ett tillägg till sin lagstiftning för att ta hänsyn till det faktum att de företag som är etablerade i andra medlemsstater inte nödvändigt befinner sig i exakt samma situation som de företag som är etablerade i mottagarlandet. Men som domstolen har fastställt i punkt 17 i domen i det ovannämnda målet Webb "kan, med hänsyn till vissa tjänsters särskilda beskaffenhet, inte särskilda krav som ställs på personer som tillhandahåller tjänster anses oförenliga med fördraget, i den mån de är motiverade för tillämpningen av regler som gäller för sådan verksamhet".

c) *Tvingande hänsyn av allmänintresse*

81. Alla intervenienter är eniga om att den enda tvingande hänsyn av allmänintresse som i detta sammanhang kan komma i fråga är "det sociala skyddet för arbetstagare inom byggnadssektorn" som erkänts i domen i det ovannämnda målet Guiot och Arblade m.fl.

82. Enligt min uppfattning framgår det redan av den hänskjutande domstolens beskrivning av systemet för semesterkassor att det tyska systemet enligt denna domstol effektivt skyddar rätten till semester för arbetstagare i företag som är etablerade i Tyskland. Jag skall därför inte fördjupa mig i denna aspekt på frågan.

83. Vad beträffar det ytterligare skydd som systemet kan ge utstationerade arbetstagare, kan fyra typfall särskiljas.

Det första typfallet: Den utländske arbetstagaren tar ut de semesterdagar som han redan har anspråk på, innan de arbeten som utförs av hans företag i Tyskland har slutförts.

84. Det skall erinras om att jag utgår ifrån att arbestagaren med stöd av den tyska lagstiftningen har rätt till flera semesterdagar och en högre semesterersättning per dag än den som följer av lagstiftningen i hans ursprungsland. Denna ersättning betalas ut till honom genom semesterkassan.

85. Om arbetsgivaren inte var skyldig att betala avgifter till denna kassa, kunde han frestas att endast betala arbetstagaren den i ursprungsstaten gällande minimilönen och endast bevilja honom ett lägre antal semesterdagar.

Det andra typfallet: Den utländske arbetstagaren lämnar Tyskland efter arbetenas slutförande utan att ha tagit ut sin semester.

86. I detta fall betalar kassan arbetstagaren det motsvarande värdet av de semesterdagar som han inte har tagit ut, på grundval av det antal dagar som beviljas honom

enligt den tyska lagstiftningen, och på grundval av den lön han har uppburit i Tyskland.

87. Om det tyska systemet för semesterkassor förklaras vara oförenligt med artiklarna 59 och 60 i fördraget, skall den utländske arbetsgivaren inte betala några avgifter till kassan, och den arbetstagare som återvänder till sitt hemland kommer naturligtvis inte att uppbära någonting från denna kassa.

88. Om arbetstagaren fortfarande är anställd hos samme arbetsgivare kommer han kanske att få svårigheter att övertyga denne om att i stället för det antal semesterdagar som följer av lagstiftningen i ursprungslandet bevilja honom det antal dagar som följer av det tyska systemet, och att betala honom semesterersättningen på grundval av den tyska lönen.

89. Om arbetstagaren byter arbetsgivare efter att ha återvänt till ursprungsstaten och inte har tagit ut någon semester hos den tidigare arbetsgivaren, är han beroende av denne förre arbetsgivares goda vilja i fråga om vilket belopp han skall erhålla för den semester han inte har tagit ut i Tyskland, såvida arbetsgivarna enligt lagstiftningen i ursprungsstaten är skyldiga att betala arbetstagare som lämnar sin anställning en ersättning för de semesterdagar som de inte har kunnat eller velat ta ut.

90. Det är nämligen möjligt att denna lagstiftning inte innehåller någon sådan förpliktelse. De semesterdagar som svarar mot arbete som utförts hos den tidigare arbetsgivaren, i Tyskland eller i det land där denne är etablerad, går i det fallet definitivt förlorade.

91. Arbetsgivarnas obligatoriska anslutning till det tyska systemet för kassor medför således ytterligare en social fördel för arbetstagaren, när denne återvänder till sin ursprungsstat efter att ha slutfört de arbeten som hans arbetsgivare har utfört i Tyskland.

Det tredje typfallet: Den utstationerade arbetstagaren lämnar sin arbetsgivare under vistelsen i Tyskland för att övergå till anställning hos en annan "utländsk" arbetsgivare som likaså utför arbeten i Tyskland

92. Den hänskjutande domstolen anser att detta antagande är rent teoretiskt och att endast det första och det andra typfallet faktiskt förekommer.

93. Den tyska regeringen har dock under sammanträdet åberopat statistik av vilken det framgår att 22 procent av de utstationerade arbetstagarna använder sig av denna möjlighet. Denna procentandel innefattar, enligt denna regering, för övrigt inte de utstationerade arbetstagare som övergår till anställning hos ett företag etablerat i Tyskland, vilket likaså förekommer mycket ofta (det fjärde typfallet, som undersöks nedan).

94. När arbetsgivarna är skyldiga att betala avgifter till det tyska systemet för kassor, erhåller den utstationerade arbetstagaren från denna kassa en ersättning som beräknas i förhållande till det ackumulerade antalet semesterdagar enligt den tyska lagstiftningen och i förhållande till hans "tyska lön". Han kan ta ut dessa semesterdagar hos sin nye "utländske" arbetsgivare, utan att några kostnader uppkommer för denne, så snart han enligt den tyska lagstiftningen har ackumulerat minsta antal dagar för att kunna erhålla semestern.

95. Arbetstagaren kan på detta sätt ta ut en sammanhängande semester av en viss längd.

96. Om den utländske arbetsgivaren inte har betalat avgifter till systemet för semesterkassan, är arbetstagaren beroende av sin tidigare arbetsgivares goda vilja för att från denne erhålla ersättning för ackumulerade semesterdagar enligt de tyska bestämmelserna.

97. Det skulle nämligen vara möjligt att den tidigare arbetsgivaren endast vill ge arbetstagaren ersättning i förhållande till de semesterdagar han har rätt till enligt lagstiftningen i ursprungsstaten och enligt den lönenivå som gäller i denna stat.

98. Den utstationerade arbetstagaren kan således befinna sig i en mindre gynnsam situation, än om han omedelbart skulle erhålla semesterersättningen från semesterkassan.

Det fjärde typfallet: Den utländske arbetstagaren lämnar sin utländske arbetsgivare för att övergå till anställning hos en arbetsgivare etablerad i Tyskland

99. I detta fall använder han sig således av den rätt till fri rörlighet för arbetstagare som garanteras honom genom artikel 48 i fördraget.

100. Arbetstagarens förre arbetsgivares rättigheter och skyldigheter faller dock fortfarande under artiklarna 59 och 60.

101. Om den senare hade varit skyldig att betala avgifter till semesterkassan, skulle den till arbetstagaren betala ersättning för de dagar som inte har tagits ut enligt tyska tariffer och arbetstagaren skulle inte förlora sina rättigheter. Han skulle då kunna ackumulera de semesterdagar som inte har tagits ut med dem han får hos sin nye arbetsgivare, utan kostnader för den senare.

102. Det är även möjligt att kassan omedelbart tillämpar det tyska "nationella systemet" och betalar ersättningen direkt

till den nye arbetsgivaren (etablerad i Tyskland), när arbetstagaren har tagit sin årliga semester hos den senare. Det är här fråga om en praktisk detalj som inte har diskuterats under förfarandet inför domstolen, men som inte innebär någon skillnad med avseende på arbetstagarens sociala skydd.

103. Om den "utländske" arbetsgivaren inte var skyldig att betala avgifter till kassan, skulle arbetstagaren på nytt vara beroende av dennes goda vilja eller av möjligheten att erhålla ett domstolsavgörande gentemot denne.

104. Även i detta fall är arbetstagarens sociala skydd således lägre än vid tillämpning av systemet för semesterkassor.

105. Sammanfattningsvis ger således systemet för semesterkassor den utstationerade arbetstagaren i de flesta typfall, och framför allt vid byte av arbetsgivare, ett extra socialt skydd.

106. Systemet kan även säkerställa förverkligandet av det mål som det eftersträvar, inte endast för arbetstagare hos företag etablerade i Tyskland utan även för utstationerade arbetstagare, nämligen att de skall kunna erhålla de semesteranspråk som ackumulerats hos den förste arbetsgivaren och ta en sammanhängande semester av en viss längd hos den nye arbetsgivaren.

107. Systemet är således rättfärdigat på grund av tvingande hänsyn till allmänintresset.

d) *Om skyddande av allmänintresset i fråga genom rättsreglerna i den stat där den som tillhandahåller tjänsterna är etablerad*

108. Denna aspekt av frågan har redan i förbigående berörts vid undersökningen av de fyra typfallen, men den måste behandlas lite mer ingående.

109. De portugisiska bolagen som är parter i tvisten vid den nationella domstolen, har gjort gällande att lagstiftningen i deras ursprungsstat inte endast beviljar arbetstagare ett antal semesterdagar som motsvarar det minimiantal som fastställts i arbetstidsdirektivet, utan dessutom i praktiken lika många dagar som den tyska lagstiftningen.

110. Den tyska regeringen har i detta avseende uttalat sig enligt följande:

"Allmänintresset har inte tidigare beaktats genom lagstiftningen i den stat i vilken den som tillhandahåller tjänsterna har sitt säte. Det är däremot fallet om till exempel respektive nationella bestämmelser som är tillämpliga på arbetstagare inom byggsektorn i Portugal ... eller Förenade kungariket

(stater i vilka de olika sökande vid de nationella domstolarna har sitt säte) föreskrev liknande semester och säkerställde den genom ett likvärdigt system, i synnerhet om detta gällde även den arbetstid som fullgjorts i Tyskland.

I enlighet därmed föreskrivs, i syfte att undvika en otillåten dubbelbelastning, i 1.3 § i AEntG uttryckligen ett undantag (i överensstämmelse med domstolens rättspraxis i domen i målet Guiot), när 'det utländska företaget likaså är skyldigt att betala avgifter till en motsvarande institution i den stat där den har sitt säte'. På grundval av denna bestämmelse har semesterkassan slutit 'befrielseavtal' bland annat med jämförbara institutioner i Frankrike, Österrike och Nederländerna: Även andra avtal håller på att utarbetas.

För det förevarande fallet räcker det att fastställa att någon med den tyska semesterkassan jämförbar institution varken finns i Portugal eller i Förenade kungariket. I 1.3 § första meningen nr 2 i AEntG föreskrivs dessutom att de semesterförmåner skall beaktas som ett företag med säte utomlands redan före utstationeringen har betalat ut till de arbetstagare som det har stationerat utomlands. Denna bestämmelse avser de företag som inte redan helt och hållet är undantagna från att delta i det tyska systemet för semesterkassor med stöd av 1.3 § första meningen nr 1 i AEntG."

111. Såsom jag redan i början har påpekat kan det således anses vara givet att den tyska lagstiftningen befriar en arbetsgivare från systemet för semesterkassor, om ett sådant system skulle finnas i ursprungsstaten.

112. Det skulle dock kunna vara möjligt att arbetstagaren enligt lagstiftningen i hans ursprungsland åtnjuter fördelar som, även utan anlitande av en semesterkassa, i huvudsak är likadana.

113. Det ankommer på den nationella domstolen att kontrollera om så är fallet. Den skall därvid företa en prövning som kommissionen har sammanfattat på följande sätt:

"Det obligatoriska deltagandet i systemet för semesterkassor skulle utgöra en otillåten inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster om det kan garanteras att arbetsgivare som utstationerar sina arbetstagare beviljar dessa samma antal semesterdagar som det antal som föreskrivs i de tyska reglerna i kollektivavtalet. Det måste dessutom garanteras att den semesterersättning som betalas motsvarar den som föreskrivs i de tyska kollektivavtalen. Det måste dessutom säkerställas, att arbetstagaren i fall av byte av arbetsgivare under utstationeringen kan bibehålla sitt semesteranspråk. Det måste slutligen garanteras att arbetstagaren i enlighet med 8 §

punkt 9 i BRTV-Bau har ett anspråk på semesterersättning, när han inte har tagit ut sin semester i Tyskland under utstationeringen och semesteranspråken gentemot hans arbetsgivare har förfallit.

Den rättsliga strukturen för de motsvarande bestämmelserna är likgiltig. Det enda som är av betydelse är om det föreligger någon rättsligt tillämplig garanti som kan säkerställa ett identiskt (eller högre skydd) för arbetstagaren."

114. Enligt min mening är det föga troligt att den utstationerade arbetstagare *som byter arbetsgivare i Tyskland*, antingen för att övergå till anställning hos en annan "utländsk" arbetsgivare, eller för att övergå till anställning hos en arbetsgivare etablerad i Tyskland, med stöd av lagbestämmelserna *i hans ursprungsstat* kan erhålla ersättning för semesterdagar som han inte har tagit ut hos den arbetsgivare med vilken han kom till Tyskland, i förhållande till det antal semesterdagar som han har rätt till enligt den tyska lagstiftningen, och i den omfattning som följer av denna.

115. Utan att föregripa den slutsats som den nationella domstolen kommer att dra, anser jag således att det föreligger tvivel huruvida det allmänintresse som den tyska lagstiftningen eftersträvar skall kunna säkerställas genom regler som är tillämpliga i den stat där den som tillhandahåller tjänsterna är etablerad.

e) *Om möjligheten att uppnå samma resultat med mindre tvingande regler*

116. Denna fråga berör enligt min mening en särskilt känslig aspekt på problemet.

117. Inom ramen för de fyra ovan beskrivna typfallen har jag redovisat de obestridliga fördelar som systemet innebär för den utstationerade arbetstagaren.

118. Säkert skulle en lösning kunna tänkas enligt vilken den tyska lagstiftningen ålägger den utländske arbetsgivaren att omedelbart betala de semesterdagar till arbetstagaren som denne tar ut under sin vistelse i Tyskland enligt de tyska bestämmelserna, eller ge honom ersättning enligt samma bestämmelser när han lämnar sin anställning för att övergå till anställning hos en annan arbetsgivare, utan att ha tagit ut sin semester.

119. För arbetsgivaren skulle den ekonomiska belastningen bli mindre, eftersom han inte skulle behöva betala någon avgift till semesterkassan, vilken sannolikt även innefattar kostnader för denna kassas verksamhet. Arbetsgivaren skulle likaså vara befriad från skyldigheten att lämna semes-

terkassan de detaljerade uppgifter som den hänskjutande domstolen nämner i sin andra fråga.

120. För arbetstagaren skulle resultatet rent ekonomiskt sett vara detsamma. En sammanräkning av de semesterdagar som systemet för kassan tillåter skulle dock inte vara möjlig. Arbetstagaren skulle dessutom vara mer utsatt vid eventuell bristande förmåga från arbetsgivarens sida, om denne inte var ansluten till kassan.

121. Återstår slutligen det fallet att arbetstagaren lämnar Tyskland tillsammans med sin arbetsgivare utan att ha tagit ut sin semester. Hur skall det kunna säkerställas att denne arbetstagare, utan tillämpning av en semesterkassa, kan få ersättning enligt de tyska bestämmelserna?

122. Den tyska regeringen har särskilt framhållit denna punkt. Den har uppgivit [21] att det fallet, att arbetstagaren gör sina semesteranspråk gällande först efter återkomsten till hemlandet är det oftast förekommande. Den tyska regeringen har dessutom anfört följande: "Utan garantier kommer (dessa arbetstagare) att stöta på fler svårigheter än de nationella arbetstagarna när det gäller att gentemot sitt företag göra de semesteranspråk gällande som de har förvärvat utomlands. Det faktum att fackförbunden och myndigheterna i deras hemland har bristande kunskaper i språket och om rättsreglerna i den stat där de är anställda har negativa följder för dem. Härtill kommer den hårda konkurrenssituationen inom byggsektorn, vilken naturligtvis inverkar negativt på företagens benägenhet att för sina arbetstagares räkning godta (längre) semester som förvärvats enligt en utländsk lagstiftning och som följaktligen är mindre känd. Domstolen har i sina domar i målen Seco, Rush Portuguesa och Vander Elst uttryckligen godkänt medlemsstaternas befogenhet att med lämpliga medel säkerställa att deras lagbestämmelser iakttas."

123. Jag har i handlingarna inte funnit något övertygande motargument till dessa synpunkter. Parterna i tvisterna vid den nationella domstolen har endast insisterat på den belastning som det tyska systemet medför. Den nederländska och den svenska regeringen delar denna åsikt och har hänvisat till att deras egen lagstiftning ger utstationerade arbetstagare tillräckliga semesteranspråk.

124. Den belgiska och den franska regeringen anser däremot att det tyska systemet är det bästa, som på ett effektivt sätt kan garantera arbetstagarnas anspråk.

125. Kommissionen har endast behandlat det fallet att arbetstagarnas rättigheter skulle kunna bibehållas på liknande sätt i ursprungsstaten, men har inte framfört någon alternativ, mindre tvingande lösning, som Förbundsrepubliken Tyskland skulle kunna använda.

21 — Punkt 23 i den tyska regeringens yttrande.

126. Enligt min uppfattning skall den första frågan besvaras på följande sätt:

127. Artiklarna 59 och 60 i fördraget skall, såvida arbetstagaren inte garanteras ett likadant eller högre skydd i ursprungsstaten, tolkas på så sätt att de i princip inte utgör hinder för att ett system som det som följer av 1.3 § första meningen i AEntG tillämpas på en arbetsgivare som är etablerad utomlands och på dess arbetstagare som är utstationerade, såvida den belastning som arbetsgivaren inte kan undgå enligt lagstiftningen i hans ursprungsstat vederbörligen beaktas. Artikel 48 i fördraget är inte tillämplig på arbetstagare som utstationerats av en arbetsgivare som är etablerad i en annan medlemsstat.

Den andra tolkningsfrågan

128. Denna fråga är uppdelad i tre delar.

a) *Om semesterns längd*

129. Med den första delen av sin fråga vill den hänskjutande domstolen få veta om artiklarna 59 och 60 i fördraget utgör ett hinder för nationella bestämmelser som för arbetstagare i byggnadsindustrin föreskriver en semesterlängd som överskrider den minimilängd för årlig semester som föreskrivs i arbetstidsdirektivet.

130. I artikel 1 i direktivet hänvisas uttryckligen till att det i detta fastställs *minimi*föreskrifter [22] om säkerhet och hälsa vid utformningen av arbetstiden och att direktivet i synnerhet skall tillämpas på *minimi*perioder för årlig semester.

131. I artikel 7 i direktivet föreskrivs följande:

"1. Medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder, så att varje arbetstagare enligt villkoren för erhållande och beviljande av semester i nationell lagstiftning och/eller praxis får en årlig semester på åtminstone fyra veckor.

2. Minimiperioden för årlig semester får inte, utom vid arbetsanställningens upphörande, ersättas av en ekonomisk ersättning."

22 — Min kursivering.

132. I artikel 15, under rubriken "Förmånligare bestämmelser", föreskrivs följande:

"Detta direktiv får inte inskränka medlemsstaternas möjlighet att tillämpa eller införa lagar, förordningar eller andra författningar som är gynnsammare för skyddet av arbetstagarnas säkerhet och hälsa eller främja eller tillåta tillämpning av kollektivavtal eller avtal som ingåtts mellan arbetsmarknadens parter som är gynnsammare för skyddet av arbetstagarnas säkerhet och hälsa."

133. Detta direktiv skulle införlivas senast den 23 november 1996.

134. Enligt beslutet om hänskjutande har de arbetstagare som är sysselsatta inom byggnadsindustrin i Tyskland varje kalenderår anspråk på en semester på 30 arbetsdagar, vilket motsvarar 36 vardagar.[23] Detta semesteranspråk överskrider således det som föreskrivs i arbetstidsdirektivet.

135. Den hänskjutande domstolen är av den meningen, att "förlängning av semestern inte förefaller vara en regel som är nödvändig för att förverkliga allmänintressets mål 'det sociala skyddet av arbetstagare'".

136. Enligt den hänskjutande domstolens uppfattning berörs endast minimilöner av domstolens rättspraxis, enligt vilken gemenskapsrätten inte hindrar medlemsstaterna från att utvidga sin lagstiftning, eller kollektivavtal som ingåtts mellan arbetsmarknadens parter. Semestern däremot innebär enligt domstolen en befrielse från arbetsplikten, vilket medför att endast semestersättning kan anses vara en del av lönen.

137. Den hänskjutande domstolen anser inte heller att den tyska bestämmelsen i AEntG är nödvändig, eftersom allmänintresset redan är skyddat genom bestämmelser i ursprungsstaten, så snart som arbetstidsdirektivet har införlivats i dessa.

Inkomna yttranden

138. Bolagen Finalarte, Engil, Portugaia, Tecnamb och Tudor har i huvudsak intagit samma ställning som den hänskjutande domstolen.

23 — Enligt den tyska lagstiftningen omfattar arbetsveckan inom byggnadsindustrin måndag till fredag.

139. Den belgiska regeringen är av den uppfattningen att rättspraxis i målet Rush Portuguesa är tillämplig. Enligt denna utgör gemenskapsrätten inte hinder för att medlemsstaterna utvidgar sin lagstiftning eller kollektivavtal till att omfatta alla personer som utför avlönat arbete inom deras territorium. Den belgiska regeringen anser att denna princip likaså skall gälla nationella bestämmelser om minsta antal betalda semesterdagar per år och att det faktum att arbetstidsdirektivet föreskriver en kortare längd än BRTV inte förändrar situationen. Den belgiska regeringen har, i likhet med den tyska regeringen, betonat att arbetstidsdirektivet endast innehåller minimiföreskrifter.

140. Den nederländska regeringen medger att den utstationerade arbetstagaren med stöd av artikel 7 i arbetstidsdirektivet jämförd med artikel 3.1 och 3.6 i utstationeringsdirektivet har anspråk på det antal semesterdagar som föreskrivs i ursprungsstaten, "eventuellt kompletterade" till den semesterlängd som föreskrivs i den medlemsstat i vilken arbetet har utförts.

141. Ulak har med hänvisning till artikel 15 i arbetstidsdirektivet fastställt att beviljandet av längre semester inom byggsektorn motiveras av de särskilda fysiska påfrestningar för vilka arbetstagarna är utsatta.

142. Kommissionen anser att medlemsstaterna kan utvidga sin semesterlagstiftning till arbetsgivare som är etablerade utomlands och deras utstationerade arbetstagare, även när den minimisemester per år som föreskrivs i denna är längre än den som föreskrivs i direktivet. Detta följer redan av artikel 60.3 i fördraget, enligt vilken friheten att tillhandahålla tjänster kan utföras på samma villkor som mottagarlandet uppställer för sina egna medborgare, och är även i överensstämmelse med utstationeringsdirektivet.

143. Arbetstidsdirektivet innehåller endast minimiföreskrifter som enligt artikel 15 i direktivet kan överskridas av medlemsstaterna och arbetsmarknadens parter eller inom ramen för individuella anställningsförhållanden.

144. Utvidgningen av bestämmelser om längre årlig semester motiveras likaså av tvingande hänsyn till allmänintresset, nämligen skyddet av arbetstagarna. Samma resultat, nämligen en minimisemester per år om 30 arbetsdagar, kan inte erhållas genom mindre inskränkande regler.

145. Det ankommer på varje medlemsstat att, med beaktande av alla gemenskapsbestämmelser, avgöra vad som är nödvändigt för allmänintresset.

146. De tyska myndigheterna har i förevarande fall stadfäst beslutet av arbetsmarknadens parter, vilka har fastställt den årliga semestern inom byggsektorn till 30 arbetsdagar och därmed fastställt den ram som de anser vara nödvändig med hänsyn till skyddet av arbetstagarna inom denna sektor.

Bedömning

147. Samtidigt som jag godtar den belgiska och den nederländska regeringens, Ulaks och kommissionens ställningstagande vill jag dock även erinra om övervägandena i början av undersökningen av den första tolkningsfrågan med avseende på artikel 118 i fördraget och medlemsstaternas rätt att fastställa nivån för det sociala skyddet.

148. Medlemsstaterna bibehåller denna rätt även när en minimiharmonisering av arbetsvillkoren har ägt rum inom gemenskapen.

149. Artikel 15 i arbetstidsdirektivet endast bekräftar denna rätt som följer direkt av fördraget.

150. För övrigt har medlemsstaternas *rätt* att ålägga de "utländska" företagen och deras utstationerade arbetstagare den semesterlängd som de har fastställt i sin lagstiftning genom utstationeringsdirektivet omvandlats till en *skyldighet*.

151. Jag skall återkomma härtill inom ramen för den fjärde frågan, men det kan redan nu noteras att fördraget tillåter Förbundsrepubliken Tyskland att handla på det sätt som den har gjort (det vill säga förpliktiga de utländska företagen att iaktta den semesterlängd som följer av kollektivavtalen), och det är därför utan betydelse för tvisterna vid den nationella domstolen att Förbundsrepubliken enligt detta direktiv dessutom var förpliktigad att inta denna ståndpunkt.

152. Jag anser följaktligen att artiklarna 59 och 60 i fördraget inte utgör något hinder för att en medlemsstat genom en nationell bestämmelse som den i 1.1 § andra meningen i AEntG ålägger ett företag, som är etablerat i en annan medlemsstat och som tillfälligt utför arbeten på dess territorium, att tillämpa rättsnormer i kollektivavtal som föreskriver en längre semesterlängd än den årliga minimala semesterlängden som föreskrivs i arbetstidsdirektivet.

b) *Om sättet att betala semesterersättning*

153. Med del b) av sin andra fråga vill den hänskjutande domstolen få veta, om artiklarna 59 och 60 i fördraget utgör hinder för en bestämmelse varigenom det godtas ersättningsanspråk avseende utgifter för semesterlön och semesterpenning för arbetsgivare etablerade i Tyskland, medan det för arbetsgivare som är etablerade utomlands inte föreskrivs något sådant anspråk, utan det föreskrivs att utstationerade arbetstagare har ett direkt anspråk gentemot arbetsmarknadsparternas gemensamma inrättningar.

154. Den hänskjutande domstolen har lämnat följande kommentarer till denna fråga:

"Systemet för semesterkassor skiljer sig vad gäller utländska och nationella arbetsgivare, i huvudsak därigenom att de nationella arbetsgivarna själva uppfyller semesterersättningsanspråken gentemot sina anställda och får ersättning för betalningen av semesterdagar av semesterkassan. De ovan angivna avtalsenliga bestämmelserna däremot som är tillämpliga på utländska arbetsgivare utgör hinder för att de utländska arbetsgivarna skall kunna erhålla förmåner direkt från semesterkassan. Detta är en följd av att de utstationerade arbetstagarna kan göra sina anspråk gällande direkt hos semesterkassan. Beräkningen av dessa anspråk som görs av kassan förutsätter att de ovannämnda formaliteterna för ytterligare uppgifter har uppfyllts. Det föreligger dock inget objektivt skäl att på grund av utvidgad anmälningsplikt utestänga de utländska arbetsgivarna från direkta anspråk på semesterkassan och att därmed förutsätta att de inte regelbundet skulle utbetala de anställdas semesteranspråk, på samma sätt som de nationella arbetsgivarna. Detta utgör en (öppen) diskriminering som är knuten till företagets nationella säte, som enligt domstolens rättspraxis är tillåten endast under de särskilda villkoren i artiklarna 55, 56 och 66 i fördraget. Dessa villkor förefaller dock inte vara uppfyllda."

Framförda synpunkter

155. Företagen, som är parter i tvisterna vid den nationella domstolen, har intagit samma ståndpunkt som den hänskjutande domstolen. De har dessutom gjort gällande att semesterkassan utbetalar ersättning till arbetstagarna först två eller tre månader efter det att ansökan framställts.

156. Dessa företag har slutligen framfört vissa argument med avseende på sociala trygghetsavgifter och skattebelopp som dras av från semesterersättningen. Företagen har även som argument använt det faktum att det i kollektivavtalen, i motsats till vad som föreskrivs för de arbetstagare som utövar sin verksamhet för en arbetsgivare etablerad i Tyskland, inte föreskrivs att ett permanent lönekort skall utfärdas för de arbetstagare som är utstationerade utomlands. I artikel 68 i VTV föreskrivs i

stället att semesterkassan skall utfärda ett intyg med väsentliga uppgifter om den utstationerade arbetstagaren för att han skall kunna erhålla semesterersättningen.

157. Eftersom den hänskjutande domstolen inte tar upp dessa aspekter i sina kommentarer med avseende på del b) av den andra frågan, är jag av den meningen att frågan skall inskränkas till huruvida systemet i fråga är oförenligt med gemenskapsrätten endast av det skälet att semesterkassan inte omedelbart betalar ut förmånerna till de utländska arbetsgivarna.

158. Den tyska regeringen och Ulak har ifrågasatt att detta skulle medföra att systemet är oförenligt med gemenskapsrätten. De har hänvisat till att ett företag som är etablerat i Tyskland i förväg måste finansiera de semesteranspråk som de anställda har rätt till, medan det utländska företaget slipper denna skyldighet.

159. Det utländska företaget är därmed befriat från att på grundval av ett semestersystem som det inte känner till utföra beräkningen av ersättningen och verkställa utbetalningen av denna.

160. Härigenom garanteras arbetstagaren att hans semesteranspråk beräknas och betalas på ett korrekt sätt. Den annorlunda behandlingen av utländska företag utgör således inte någon diskriminering av dem, utan innebär snarare en ekonomisk fördel och en administrativ lättnad.

161. Andra medlemsstater, i vilka det förekommer jämförbara system för sociala trygghetskassor (Konungariket Belgien, Republiken Frankrike, Repubiken Italien, Konungariket Nederländerna och Republiken Österrike), tillämpar i allmänhet även systemet för direkt utbetalning av den anställdes anspråk genom socialförsäkringskassor. Förbundsrepubliken Tyskland överväger att likaså överge de förfaranden som traditionellt har tillämpats på inhemska arbetstagare och ersätta dem med ett system för direktbetalning.

162. Trots de utländska arbetsgivarnas skyldighet att tillhandahålla kompletterande uppgifter för att kassan skall kunna beräkna ersättningen kan det enligt den tyska regeringen därmed inte vara tal om en diskriminering. Den andra frågan skall följaktligen även med avseende på del b) besvaras nekande.

163. Kommissionen intog i sitt skriftliga yttrande en motsatt ståndpunkt men nyan-

serade denna avsevärt under sammanträdet.

164. Enligt kommissionens uppfattning kan det vid första anblicken synas vara fråga om en uppenbar diskriminering, men vissa omständigheter talar för Ulaks och den tyska regeringens argumentering att detta tillvägagångssätt varken för den utstationerade utländske arbetstagaren eller för den utländske arbetsgivaren utgör en nackdel, utan den senare är tvärtom gynnad i förhållande till företag som är etablerade i Tyskland.

165. Kommissionen anser därmed att det ankommer på den hänskjutande domstolen att granska om systemet till slut är en fördel eller en nackdel för den arbetsgivare som utstationerar arbetstagare, och om arbetstagaren faktiskt kan erhålla sin semesterersättning. Den hänskjutande domstolen måste även beakta påståendena som framställts av Finalarte, enligt vilka det slutligen kommer att uppstå negativa följder på det skattemässiga planet, och de utländska personer som tillhandahåller tjänster kommer att drabbas hårdare.

166. Sammanfattningsvis motsätter sig kommissionen inte en tolkning enligt vilken en särbehandling av denna typ anses vara förenlig med fördraget.

167. Den franska regeringen har intagit samma ståndpunkt och förklarat att det är fullständigt tänkbart att ett och samma mål på grund av särskilda omständigheter måste förverkligas på olika sätt, och att det inte är möjligt att förfara annorlunda.

Bedömning

168. Jag är likaså av den uppfattningen att det, med förbehåll för den ytterligare prövning som den hänskjutande domstolen måste företa med avseende på samtliga aspekter på det tillämpliga systemet, inte kan sägas att artikel 59 och följande artiklar i EG-fördraget i princip utgör hinder för direkt utbetalning av semesterersättning till de utstationerade arbetstagarna.

169. Jag är nämligen inte övertygad om att ett system för semesterkassor, som endast kan anses vara förenligt med fördraget om det innefattar ett högre socialt skydd för den utstationerade arbetstagaren, måste fördömas på grund av att arbetstagaren erhåller denna fördel direkt, och inte genom arbetsgivarens försorg. Den omständigheten får heller inte negligeras att arbetstagaren på så sätt är bättre skyddad, för den händelse arbetsgivaren går i konkurs eller inte betalar semesterersättningen sedan han har slutfört sina tjänster i Tysk-

land och återvänt till sitt ursprungsland, alltmedan arbetstagaren har stannat kvar i Tyskland för att övergå till anställning hos en annan utländsk arbetsgivare eller hos en tysk arbetsgivare.

170. Om frågan undersöks från den "utländske" arbetsgivarens synpunkt, skall det fastställas att han, även om han måste tillhandhålla vissa ytterligare uppgifter till kassan, är befriad från beräkningen av ersättningen och kan inskränka sig till att betala avgifter till semesterkassan, medan den inhemske arbetsgivaren på samma gång måste betala dessa avgifter och även i förväg finansiera semesterersättningen till sin arbetstagare.

171. Jag föreslår därför att domstolen skall besvara del b) av den andra tolkningsfrågan så att ett system för semesterkassor enligt vilket semesterersättning utbetalas direkt till den utstationerade arbetstagaren, medan den med avseende på företag som är etablerade i mottagarstaten utbetalas till arbetsgivaren, inte uteslutande på denna grund är oförenlig med artikel 59 och följande artiklar i fördraget.

c) *Om uppgifter som skall tillhandahållas*

172. För det tredje frågar Arbeitsgericht Wiesbaden om artiklarna 59 och 60 i fördraget utgör hinder för skyldigheter för arbetsgivare som är etablerade utomlands att lämna uppgifter till arbetsmarknadens gemensamma inrättningar, när dessa uppgifter skall vara mer omfattande än de uppgifter som skall lämnas av arbetsgivare som är etablerade i Tyskland.

173. Enligt beslutet om hänskjutande måste det utländska företag som tillhandahåller tjänster, innan en ny utstationerad arbetstagare påbörjar sitt arbete, på en blankett som tillhandahålls av Ulak lämna följande uppgifter:

1) Den utstationerade arbetstagarens namn, förnamn, födelsedatum och hemortsadress samt hans registreringsnummer hos semesterkassan, såvida det redan har tilldelats honom.

2) Arbetstagarens bankförbindelser i ursprungslandet och i Tyskland.

3) Byggarbetsplatsen där arbetstagaren skall arbeta.

4) Arten av arbetstagarens verksamhet.

5) Datum för verksamhetens början och planerad längd.

6) Arbetsgivarens postadress i Tyskland.

7) Namn och adress på de uppbördsmyndigheter till vilka de lönerelaterade avgifterna till socialförsäkringen skall betalas in samt arbetstagarnas registreringsnummer hos dessa myndigheter.

8) Namn och adress på den skattemyndighet till vilken inkomstskatten skall inbetalas, med arbetsgivarens och arbetstagarens registreringnummer.

174. Enligt 59.3 § i VTV åläggs dessutom det utländska företag som tillhandahåller tjänster en skyldighet att varje månad för varje utstationerad arbetstagare lämna följande uppgifter:

1) Namn, förnamn, födelsedatum och arbetstagarnummer.

2) Förändringar i förhållande till den första anmälan.

3) Månatlig bruttolön i DEM.

175. Däremot är det, enligt 27.2 § i VTV, endast på särskild begäran av en kassa som den i Tyskland etablerade arbetsgivaren måste lämna namn och adress på de under räkenskapsperioden anställda arbetstagarna och dela upp bruttolönesumman för denna period på varje arbetstagare.

176. Slutligen innehåller 70 § i VTV en skyldighet för det utländska företaget som tillhandahåller tjänster att till Ulak, "till statens arbetsinstitut, till dess kontor och viktigaste tullkammare lämna sådana uppgifter som är nödvändiga för att det skall kunna bedömas om *deltagandet i systemet för semesterkassor sker på ett korrekt sätt*".

177. Den hänskjutande domstolen anser att "de uppgifter som krävs av de utländska arbetsgivarna är av väsentligt större omfattning än de uppgifter som de inhemska arbetsgivarna skall tillhandahålla. De omfattande extra formaliteterna för anmälan framstår, särskilt för små och medelstora företag, som en avsevärd komplikation för tillhandahållandet av tjänster i Tyskland. De är svårbegripliga för de utländska arbetsgivarna och är förenade med avsevärda administrativa kostnader.

Anmälningsformaliteterna åläggs de utländska arbetsgivarna uteslutande på grund av deras säte utomlands. Detta utgör likaså en (öppen) diskriminering som är förenad med företagets säte inom landet och som enligt domstolens rättspraxis endast är tillåten under de särskilda villkoren i artiklarna 55, 56, 66 i fördraget. Dessa villkor förefaller dock inte vara uppfyllda".

Inkomna yttranden

178. Den tyska regeringen har framfört att dessa olika villkor är nödvändiga av praktiska skäl. Kontrollen av företag med säte utomlands kan ske endast med stora svårigheter och inte med samma intensitet som kontrollen av byggföretag med säte inom landet.

179. De utländska företagens mer omfattande anmälnings- och uppgiftsskyldigheter kan även krävas av dem, eftersom de i allmänhet utan någon som helst svårighet kan hämta nödvändiga uppgifter från de berörda arbetstagarnas löneunderlag. Dessa uppgifter behövs dessutom för att de skall kunna beräkna och utbetala lönen.

180. Den belgiska regeringen anser att, för att kunna godtas måste dessa uppgifter vara objektivt nödvändiga för att uppnå det mål som eftersträvas, i förevarande fall att bevara arbetstagarnas samtliga semesteranspråk och betalningen av semesterersättning, och tillåta de absolut nödvändiga kontrollerna.

181. Bolagen Tecnamb och Engil har intagit samma ståndpunkt som den hänskjutande domstolen.

182. Bolaget Tudor har hänvisat till att uppgiftsskyldigheten är till nytta för genomförandet och kontrollen av systemet för semesterkassor. Eftersom gemenskapsrätten utgör hinder för utvidgningen av systemet för semesterkassor till utländska personer som tillhandahåller tjänster, måste den likaså utgöra hinder för att denna uppgiftsskyldighet åläggs dem.

183. Enligt den nederländska regeringens uppfattning beror den omfattande uppgiftsskyldighet som åläggs utländska företag som tillhandahåller tjänster på att Ulak har förbehållit sig rätten att beräkna en ersättning som tillkommer de utstationerade arbetstagarna. Den nederländska regeringen har gjort gällande att en uppgiftsskyldighet är berättigad enbart när det gäller att kontrollera om den semester som beviljats den utstationerade arbetstagaren är i nivå med den semester som föreskrivs i mottagarstaten. Semesterersätt-

ningen skall dock utbetalas i enlighet med det system som föreskrivs i ursprungsstatens lagstiftning.

184. Kommissionen är av följande uppfattning:

"I den mån uppgiftsskyldigheterna för arbetsgivare som är etablerade i en annan medlemsstat går utöver vad som krävs av arbetsgivare som är etablerade i Tyskland, kan dessa bestämmelser vid första anblicken förefalla vara diskriminerande. Såsom framgår av domstolens fasta rättspraxis kan det anses att dessa bestämmelser, i den mån de inte utan åtskillnad är tillämpliga på tjänster, oavsett deras ursprung, är motiverade enbart genom de undantag som är tillåtna enligt artikel 56 i EG-fördraget (jämförd med artikel 66 i EG-fördraget), nämligen sådana som grundas på hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa. [24]

Kommissionen har inga exakta kriterier för att kunna undersöka i vilken mån diskrimineringen kan rättfärdigas av hänsyn till allmän ordning och allmän säkerhet. Denna undersökning ankommer på den nationella domstolen."

24 — Dom av den 16 december 1992 i mål C-211/91, kommissionen mot Belgien (REG 1992, s. I-6757; svensk specialutgåva, volym 13), punkterna 10 och 11.

185. Kommissionen har emellertid fäst uppmärksamheten på det faktum att

"de uppgifter som i förevarande fall krävs enligt 59.2 § i VTV syftar även de till att kontrollera att anställnings- och arbetsvillkoren iakttas. De ytterligare uppgifterna kan således vara objektivt nödvändiga för att säkerställa att dessa yrkesregler iakttas.

Effektiva kontroller är desto viktigare, eftersom de åtgärder som enligt artikel 5 i utstationeringsdirektivet skall vidtas om dessa villkor inte iakttas, är betydligt svårare att genomdriva i ett gränsöverskridande sammanhang än inom en rent nationell ram. Förhållandena är olika i den mån som myndigheterna ofta enbart på grund av undersökningar i utsändarstaten kan fastställa, om utstationeringen till exempel utgör ett missbruk av friheten att tillhandahålla tjänster eller är föremål för ett skenavtal, eller om föreskrifterna i utstationeringsdirektivet om minimilöner iakttas. Just inom byggsektorn kringgås ofta gällande anställnings- och arbetsvillkor, varför en särskild kontroll är nödvändig av de myndigheter som ansvarar för övervakningen av en korrekt rättstillämpning. Det kan därför enligt kommissionens mening inte uteslutas att de ytterligare skyldigheterna att lämna uppgifter är nödvändiga för att

garantera en effektiv övervakning som, på det tyska territoriet, endast kan utövas av tyska myndigheter. [25]

Men de olika bestämmelserna för kontrollen måste förbli proportionerliga och får inte gå utöver vad som krävs för en effektiv kontroll. I synnerhet får endast de handlingar begäras som arbetsgivaren redan med stöd av gällande regler i den stat där företaget är etablerat förfogar över. Överflödiga och rent byråkratiska bestämmelser skall undvikas i den mån de begränsar friheten att tillhandahålla tjänster och äventyrar skapandet av nya arbetsplatser. Det ankommer på den nationella domstolen att kontrollera att dessa principer iakttas.

Det skall i detta sammanhang påpekas att det i artikel 4 i utstationeringsdirektivet föreskrivs, för att underlätta de typiska svårigheter som uppstår vid kontroller, att samarbete mellan myndigheterna i medlemsstaterna i fråga om information skall inledas. Genomförandet av detta direktiv måste således leda till ett samarbete mellan behöriga myndigheter för övervakningen av de arbets- och anställningsvillkor som anges i artikel 1 i direktivet.

25 — Dom av den 5 oktober 1994 i mål C-55/93, van Schaik (REG 1994, s. I-4837), punkt 20.

Med hänsyn till vad som ovan anförts föreslår kommissionen att del c) av den andra tolkningsfrågan skall besvaras enligt följande:

'Artiklarna 59 och 60 i fördraget skall tolkas på så sätt att de inte utgör hinder för uppgiftsskyldigheter som, inom ramen för systemet för semesterkassor, åläggs arbetsgivare som är etablerade i en annan medlemsstat, när och i den mån dessa är nödvändiga och lämpliga för att garantera en verksam kontroll av att arbets- och anställningsvillkoren i den mening som avses i artikel 3 i utstationeringsdirektivet iakttas. Det ankommer på den nationella domstolen att fastställa om så är fallet.'"

Bedömning

186. Enligt min mening skall det göras åtskillnad mellan å ena sidan de uppgifter som är nödvändiga för att undvika "svartarbete" och effektivt kontrollera att arbets- och anställningsvillkor (sådana som minimilön och arbetslängd per dag, vecka och år) iakttas, och å andra sidan de uppgifter som är nödvändiga för tillämpningen av systemet för semesterkassor.

187. Beträffande den första kategorin skall följande påpekas:

188. För det första kan det inte uteslutas att omfattningen av de uppgifter som krävs av de utländska arbetsgivarna enbart vid första anblicken är större än den som de inhemska arbetsgivarna skall tillhandahålla, eftersom Ulak i fråga om de senare erhåller uppgifterna på officiell väg från de tyska myndigheterna eller har möjligheten att inhämta dem hos dessa. Vi får inte glömma att ett tyskt företag måste uppfylla vissa formaliteter innan det kan starta sin verksamhet, och att andra uppgifter kommer till myndigheternas kännedom via skattedeklarationer och sociala avgifter (se särskilt punkt 12 ovan).

189. För det andra skulle de utländska företagen, eftersom de kommer till Tyskland enbart för att utföra arbeten på en eller flera bestämda byggarbetsplatser, inte kunna kontrolleras på allvar om de inte var tvungna att till de behöriga myndigheterna anmäla platsen för bygget eller byggnadsarbetena, dagen för verksamhetens början och beräknad längd, arbetsgivarens adress i Tyskland, antal utstationerade arbetstagare och deras identitet [26] och förmodligen även andra ytterligare uppgifter, beträffande vilka det ankommer på den nationella domstolen att pröva om de är nödvändiga.

26 — Detta förefaller mig vara absolut nödvändigt, bland annat för att undvika "svartarbete".

190. För det tredje kan det konstateras att domen i det ovannämnda målet Arblade m.fl. redan innehåller sådana kriterier med avseende på principen om förande av socialförsäkrings- och arbetsunderlag, som kan överföras på de föreliggande målen. De relevanta delarna av domen har följande lydelse:

"58 En sådan skyldighet som föreskrivs i den belgiska lagstiftningen att upprätta och att föra vissa ytterligare handlingar i värdstaten medför nämligen ytterligare utgifter och administrativa och ekonomiska bördor för företag etablerade i en annan medlemsstat, vilket medför att dessa företag inte befinner sig i samma konkurrensläge som arbetsgivare etablerade i värdstaten.

59 Den omständigheten att det föreskrivs en sådan skyldighet utgör således en begränsning av friheten att tillhandahålla tjänster i den mening som avses i artikel 59 i fördraget.

60 En sådan begränsning kan vara berättigad enbart om den är nödvändig för att verkningsfullt och i lämpliga former skydda det tvingade hänsyn av allmänintresse som det sociala skyddet av arbetstagare utgör.

61 Ett verksamt skydd för arbetstagare inom byggnadssektorn, bland annat såvitt avser säkerhet och hälsa samt inom arbetstidsområdet, kan kräva att vissa handlingar hålls till förfogande på byggarbetsplatsen eller åtminstone på en åtkomlig och klart angiven plats i värdstaten för de myndigheter som i denna stat har ansvar för att utföra kontroller, i avsaknad av ett sådant organiserat system för samarbete eller informationsutbyte mellan medlemsstaterna som föreskrivs i artikel 4 i direktiv 96/71. [27]

62 I avsaknad av ett sådant organiserat system för samarbete eller informationsutbyte som nämns i föregående punkt kan dessutom skyldigheten att upprätta och att på byggarbetsplatsen eller åtminstone på en åtkomlig och klart angiven plats inom värdstaten förvara vissa handlingar som krävs enligt denna stats bestämmelser utgöra den enda lämpliga kontrollåtgärden med avseende på det syfte som eftersträvas genom de ovannämnda bestämmelserna.

63 De upplysningar som krävs enligt bestämmelserna i etableringsstaten respektive i värdstaten vad beträffar bland annat arbetsgivaren, arbetstagaren, arbetsvillkoren och lönen kan nämligen vara så lika att de kontroller som krävs enligt bestämmelserna i värdstaten inte kan utföras på grundval av de handlingar som förs i enlighet med bestämmelserna i etableringsstaten.

64 Däremot kan enbart den omständigheten att det föreligger vissa skillnader i form eller innehåll inte motivera att det krävs två uppsättningar av handlingar, av vilka den ena överensstämmer med bestämmelserna i etableringsstaten och den andra med bestämmelserna i värdstaten, om de upplysningar som framgår av de handlingar som krävs enligt bestämmelserna i etableringsstaten sammantagna är tillräckliga för att möjliggöra de nödvändiga kontrollerna i värdstaten.

65 Det är således viktigt att myndigheterna och i förekommande fall domstolarna i värdstaten, innan de kräver att det upprättas och förs anställnings- eller arbetsrelaterade handlingar i denna stat i enlighet med dess egna bestämmelser, fortlöpande kontrollerar om det sociala skyddet av arbetstagare som kan berättiga dessa krav tillgodoses i tillräcklig grad genom att handlingar som förs i etableringsstaten eller

27 — Det skall noteras att direktivet inte var i kraft vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna och att informationssystemet således heller inte var infört.

kopia av dem företes inom en rimlig frist eller — om detta inte är möjligt — att dessa handlingar ställs till förfogande på byggarbetsplatsen eller på en åtkomlig och klart angiven plats inom värdstaten."

191. Hänvisningen till "byggarbetsplats" eller till "en åtkomlig och klart angiven plats" förklaras utan tvivel av de särskilda kännetecknen i den belgiska lagstiftningen i fråga. Ingenting hindrar att Förbundsrepubliken Tyskland kräver att handlingarna skall överlämnas till den behöriga myndigheten om de verkligen är nödvändiga för kontrollen.

192. Den uppgift som därmed ankommer på den nationella domstolen att jämföra de handlingar som föreligger i ursprungsstaten med dem som krävs av mottagarstaten är uppenbarligen inte lätt, men denna domstol är dock ensam behörig att tillämpa gemenskapsrätten inom ramen för en bestämd tvist.

193. Beträffande den andra kategorin uppgifter som jag anser skall särskiljas, nämligen de uppgifter som särskilt krävs för tillämpningen av systemet för semesterkassor, ankommer det på den hänskjutande domstolen att i första hand, på grundval av de svar som domstolen kommer att lämna, fastställa om tillämpningen av detta system är förenlig med gemenskapsrätten och, om svaret blir jakande, därefter avgöra om alla de handlingar och uppgifter som krävs i det avseendet är absolut nödvändiga.

194. När det gäller svaret på del c) av den andra tolkningsfrågan har jag låtit mig vägledas av det svar som kommissionen har föreslagit men samtidigt utvecklat det något. Jag föreslår därför följande svar:

195. Artiklarna 59 och 60 i fördraget skall tolkas på så sätt att de inte utgör något hinder för de uppgiftsskyldigheter som inom ramen för friheten att tillhandahålla tjänster åläggs arbetsgivare med säte i en annan medlemsstat, när och i den mån dessa är nödvändiga och lämpliga för

— att säkerställa en effektiv kontroll av att de i mottagarstaten gällande arbets- och anställningsvillkoren iakttas,

— att säkerställa att systemet för semesterkassor fungerar väl, såvida inte tillämpningen av detta system på arbetsgivarna av andra skäl anses vara oförenligt med nämnda bestämmelser.

Det ankommer på den nationella domstolen att avgöra om så är fallet.

198. Däremot gäller enligt den hänskjutande domstolens framställning ett annat företagsbegrepp för arbetsgivare som är etablerade i Tyskland. Den hänskjutande domstolen har beskrivit detta enligt följande:

Den tredje tolkningsfrågan

196. Inom ramen för den tredje tolkningsfrågan från Arbeitsgerichts Wiesbaden skall det undersökas huruvida artiklarna 59 och 60 i fördraget utgör hinder för en nationell bestämmelse som den i 1.4 § i AEntG, när det i denna huvudsakligen föreskrivs att alla de arbetstagare som är anställda av en utländsk arbetsgivare som är utstationerade i Tyskland, men endast dessa, anses utgöra ett företag, medan ett annat företagsbegrepp tillämpas på arbetsgivare som är etablerade i Tyskland, vilket i vissa fall kan leda till en avvikande avgränsning av de företag som omfattas av tillämpningsområdet för kollektivavtalet.

197. I 1.4 § i AEntG föreskrivs följande: "För att i egenskap av företag falla under tillämpningsområdet för ett kollektivavtal, i den mening som avses i 1.1, 1.2 och 1.3 §, skall de arbetstagare som är utstationerade i Tyskland av en arbetsgivare som är etablerad i utlandet i sin helhet anses utgöra ett företag."

"Enligt den tyska arbetsrätten förstås med ett företag varje organisationsenhet, inom vilken en företagschef, ensam eller med sina medarbetare, med hjälp av materiella och immateriella medel fortgående eftersträvar vissa yrkesmässiga mål. Det framgår av 7 § punkt 2.2.2 i BRTV-Bau att parterna till kollektivavtalet för byggnadsindustrin likaså har utgått från detta företagsbegrepp, eftersom ett företag enligt denna bestämmelse, i samband med en regel om ersättning av transport- och flyttkostnader, betecknas som 'den huvudsakliga förvaltningen, rörelsen, filialen, kontoret eller annan ständig representation för arbetsgivaren' i vilken arbetstagaren anställs. Det anges vidare att när arbetstagaren anställs på en byggarbetsplats eller ett arbetsställe anses 'arbetsgivarens närmaste representation' vara företaget. Det framgår härav tillräckligt klart att för att lösa frågan om de nationella arbetstagarna är underkastade kollektivavtalet, skall inte byggarbetsplatsen eller ens de arbetstagare som uteslutande är anställda på denna anses utgöra ett företag, utan tvärtom det är den organisationsenhet från vilken arbetstagarna har sänts ut på byggarbetsplatsen som utgör företaget.

I motsats till detta system är det, vad gäller frågan huruvida de arbetsgivare som är etablerade utomlands är underkastade kollektivavtalet, ... uteslutande de utstationerade arbetstagarna själva som i sin helhet fiktivt anses som ett företag.

Dessa två företagsbegrepp som skiljer sig åt kan få skilda praktiska konsekvenser vad gäller företag med så kallad blandad verksamhet. Härmed förstås företag som delvis utövar en verksamhet som inte är knuten till byggnadsindustrin och delvis en verksamhet som är knuten till denna. Som exempel kan ett företag nämnas som marknadsför byggnadsmaterial, exempelvis kakelplattor, och som likaså sysselsätter ett arbetslag arbetstagare som har till uppgift att lägga plattorna som har sålts för tredje mans räkning. Enligt de tillämpliga bestämmelserna i kollektivavtalet är det endast plattläggningen som är en byggnadsindustriell verksamhet, inte handeln med kaklet.

Enligt 1.2 § avsnitt VI första meningen i VTV omfattas företagen, med undantag av det särskilda fallet av så kallade självständiga företagsavdelningar, i sin helhet alltid av kollektivavtalen för byggnadsindustrin med avseende på de sociala trygghetskassorna. Företagen med blandad verksamhet är enligt fast rättspraxis från den högsta domstolen i Förbundsrepubliken Tyskland helt och hållet underkastade kollektivavtalen, när arbetstagarnas arbetstid inom byggsektorn — referensen är vanligtvis en tidslängd på ett kalenderår — är längre än arbetstiden för arbetstagare i den sektor som inte är knuten till byggindustrin. Detta innebär att företaget med blandad verksamhet i sin helhet omfattas av kollektivavtal för byggindustrin, när arbetstiden för de arbetstagare som är sysselsatta inom byggsektorn under ett bestämt kalenderår motsvarar mer än hälften av den totala arbetstiden inom företaget.

Om i exemplet ovan fler arbetstagare arbetar med handel av kakel än inom den byggindustriella plattläggningen och den individuella arbetstiden för de anställda arbetstagarna är identisk, är det verksamheten på handelsområdet som är avgörande vad gäller arbetstiden — vilket medför att företaget i sin helhet inte faller under kollektivavtalen för byggnadsindustrin. Detta har till följd att *den berörde tyske arbetsgivaren inte heller för de arbetstagare som arbetar inom sektorn för plattläggning behöver betala några avgifter till de sociala trygghetskassorna.* [28] I det fall ett utländskt företag har samma struktur och bedriver handel med kakel i ursprungslandet och sänder ett arbetslag som är ansvarigt för plattläggningen till Tyskland, skall avgifterna till semesterkassan betalas av arbetslaget av utstationerade arbetstagare.

28 — Min kursivering.

Eftersom ett företag enligt 1.4 § i AEntG inte definieras som en organisationsenhet bestående av personer och tillgångar för utövande av en ekonomisk verksamhet med egen målsättning, utan uteslutande utgörs av de utstationerade arbetstagarna, har denna bestämmelse som endast gäller utländska arbetsgivare en diskriminerande verkan. Bestämmelsen medför likaså en (öppen) diskriminering som är kopplad till företagets nationella säte, vilken enligt domstolens rättspraxis är tillåten endast enligt de särskilda villkor som anges i artiklarna 55, 56 och 66 i EG-fördraget. Dessa villkor förefaller inte vara uppfyllda i förevarande fall."

Inkomna yttranden

199. De utländska företag som tillhandahåller tjänster, i synnerhet bolagen Tecnamb, Finalarte och Portugaia, och den nederländska regeringen har intagit samma ståndpunkt som den hänskjutande domstolen.

200. Den franska regeringen anser att den lösning som tillämpas av AEntG är den enda praktiskt genomförbara.

201. Den belgiska regeringen är av den uppfattningen att denna fråga är enbart hypotetisk och att företagsbegreppet enligt AEntG är ett kriterium för underställande som är nödvändigt för att systemet med semesterkassor skall kunna tillämpas på utländska företag.

202. Den tyska regeringen har framhållit att frågan inte kan tas upp till sakprövning, eftersom den saknar intresse för avgörandet av tvisten vid den nationella domstolen. Den hänskjutande domstolen har nämligen inte fastställt att de utländska företag som är parter i tvisten vid den nationella domstolen inte skulle omfattas av tillämpningsområdet för de utvidgade kollektivavtalen, om företagsbegreppet i AEntG var annorlunda.

203. Den tyska regeringen har i andra hand gjort gällande att anledningen till att kriteriet för att ett utländskt företag som tillhandahåller tjänster skall falla inom kollektivavtalets tillämpningsområde utgörs av det arbete som utförs av de utstationerade arbetstagarna och inte av företagets totala verksamhet, beror på att AEntG har ett territoriellt begränsat tillämpningsområde och att företagets verksamhet i ursprungsstaten inte kan beaktas. Det är dessutom omöjligt att kontrollera de uppgifter som den utländska personen som tillhandahåller tjänster har lämnat. För övrigt kan det faktum att verksamhet som utövas utomlands inte tas i beaktande få lika många gynnsamma som ogynnsamma effekter för de utländska företagen med blandad verksamhet.

204. Kommissionen har under förfarandet ändrat sin ståndpunkt. I sitt skriftliga

yttrande fastslog den att det förelåg en öppen diskriminering som var kopplad till företagets nationella säte. Vid sammanträdet förklarade kommissionen efter att ha hänvisat till de praktiska svårigheterna som uppkommer vid tillämpningen av lagen att den inte hade något förslag till lösning på dessa och att den överlät åt domstolen att avgöra frågan.

Bedömning

205. Vad beträffar den tyska regeringens invändning att frågan inte kan tas upp till sakprövning räcker det att hänvisa till domstolens rättspraxis, enligt vilken det ankommer enbart på den nationella domstolen att bedöma relevansen av de frågor som den ställer till domstolen. Det är endast när det uppenbarligen inte föreligger något samband med tvisten vid den nationella domstolen som frågan inte kan tas upp till sakprövning. Detta är dock uppenbarligen inte fallet här. [29]

206. I sak skulle lösningen vara enkel, om problemet med "företag med blandad verksamhet" inte fanns. Enligt den hänskjutande domstolens framställning medger den tyska lagstiftningen nämligen att som företag anses inte enbart "huvudförvaltningen, anläggningen eller filialen" utan också "filialen och en annan ständig representation av arbetsgivaren" eller till och med "arbetsgivarens närmaste representation".

207. Under dessa omständigheter ser jag ingen anledning till varför företrädaren till den utländske arbetsgivaren, som ansvarar för ledningen av de i Tyskland utstationerade arbetstagarna, inte kan anses som "arbetsgivarens närmaste representation".

208. Sakerna kompliceras dock avsevärt därigenom att det, vad gäller lönerna för de brittiska eller portugisiska plattläggarna (om jag håller mig till den hänskjutande domstolens ovan angivna exempel), som är tillfälligt sysselsatta i Tyskland, alltid skall betalas avgifter, medan så inte är fallet beträffande lönerna för de plattläggare som tillhör ett företag etablerat i Tyskland, när arbetstiden i detta företag för de arbetstagare som är sysselsatta inom byggsektorn (som exempelvis plattläggare) motsvarar mindre än hälften av det totala antalet arbetstimmar i företaget.

209. Det är uppenbart att de utländska företagen, vad beträffar sådana företag

29 — Dom av den 18 oktober 1990 i de förenade målen C-297/88 och C-197/89, Dzodzi (REG 1990, s. I-3763; svensk specialutgåva, volym 10, s. 531), punkt 34.

med blandad verksamhet, "inte befinner sig i samma konkurrensläge" [30] och att en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster i den mening som avses i artikel 59 i fördraget föreligger, även om detta system även medför diskriminering av tyska företag.

210. Eftersom denna inskränkning är diskriminerande kan den heller inte rättfärdigas av tvingande hänsyn till allmänintresset, vilka de än kan vara. De enda grunder för rättfärdigande som kan komma i fråga är de som anges i artikel 56 i fördraget. Det har dock inte visats att någon att dessa skulle kunna åberopas i förevarande fall.

211. Flera lösningar kan tänkas för att undanröja denna diskriminering. En första möjlighet skulle vara att även tillämpa systemet för semesterkassor på arbetstagare inom byggsektorn som är anställda hos företag med blandad verksamhet, även om dessa arbetstagares arbetstid uppgår till mindre än hälften av den sammanlagda arbetstiden inom företaget. En annan lösning skulle vara att underkasta "utländska" företag system som för närvarande tillämpas på "företag med blandad verksamhet".

30 — Se punkt 58 i den ovannämnda domen i målet Arblade m.fl.

212. Det är den tyska regeringens sak att välja den lösning som den anser bäst motsvarar den rättmätiga omsorgen att skydda arbetstagaren som låg till grund för skapandet av systemet för semesterkassor.

213. Slutligen föreslår jag att domstolen besvarar den tredje frågan på följande sätt:

214. Artiklarna 59 och 60 i EG-fördraget skall tolkas på så sätt att de utgör hinder för att ett system för semesterkassor som det som är i fråga i tvisten vid den nationella domstolen tillämpas på företag som är etablerade i andra medlemsstater och som tillhandahåller tjänster inom byggnadssektorn, så länge inte samtliga företag som är etablerade i mottagarstaten, och som endast delvis utövar verksamhet i denna sektor är underkastade detta system med avseende på deras inom byggnadssektorn sysselsatta personal.

Den fjärde tolkningsfrågan

215. Den sista frågan avser tolkningen av artikel 3.1 i utstationeringsdirektivet, som har följande lydelse:

"Medlemsstaterna skall, oavsett vilken lag som gäller för anställningsförhållandet, se

till att de företag som anges i artikel 1.1 på följande områden garanterar de arbetstagare som är utstationerade inom deras territorium de arbets- och anställningsvillkor som i den medlemsstat inom vars territorium arbetet utförs är fastställda

— i bestämmelser i lagar eller andra författningar, och/eller

— i kollektivavtal eller skiljedomar som förklarats ha allmän giltighet enligt punkt 8, i den utsträckning som de rör de verksamheter som anges i bilagan:

a) Längsta arbetstid och kortaste vilotid.

b) Minsta antal betalda semesterdagar per år.

c) Minimilön, inbegripet övertidsersättning, denna punkt gäller dock inte yrkesanknutna tilläggspensionssystem."

216. Arbeitsgericht Wiesbaden frågar om "artikel 3.1 b i direktiv 96/71, med beaktande av den tolkning som skall göras av artiklarna 48, 59 och 60 i EG-fördraget, skall tolkas som om den varken förordnar om eller tillåter de bestämmelser som har ifrågasatts i tolkningsfråga 1—3."

217. Den hänskjutande domstolen har uppenbarligen utgått från principen att ett system för semesterkassor som strider mot fördraget inte kan förklaras giltigt genom ett direktiv. Jag kan endast instämma i detta. Ett direktiv kan inte tillåta, än mindre förordna om, åtgärder som strider mot gemenskapsrätten.

218. Men enligt min mening gör direktivet heller inte något liknande.

219. Såsom jag har anfört i samband med de två första tolkningsfrågorna härleder medlemsstaterna direkt från fördraget *rätten* att ålägga de företag som tillhandahåller tjänster att iaktta den minimilön och det minsta antal betalda semesterdagar per år, som gäller i den berörda ekonomiska sektorn inom deras territorium.

220. Medlemsstaterna behövde således inte något tillstånd genom en föreskrift i en sekundär gemenskapsrättsakt.

221. Genom utstationeringsdirektivet har medlemsstaterna nu ålagts *skyldigheten* att föreskriva dessa regler för företag som är etablerade i andra medlemsstater.

222. Eftersom Förbundsrepubliken Tyskland har brukat en rätt som i vart fall tillkommer den, är frågan huruvida direktivet rättmätigt kan ålägga denna stat en motsvarande skyldighet utan betydelse för avgörandet av tvisten vid den nationella domstolen. Det är således inte nödvändigt att gå in på den hänskjutande domstolens tvivel i frågan huruvida rättsgrunden för direktivet är lämplig.

223. Samma överväganden gäller för systemet för semesterkassor. När det gäller frågan om direktivet tillåter ett sådant system har det tidigare noterats att en medlemsstats rätt att ålägga utländska företag de "arbetsvillkor" som gäller på dess territorium i princip även innefattar rätten att ålägga dem ett system för semesterkassor. Medlemsstaten brukar även här den rätt som i vart fall tillkommer den, och frågan om direktivet rättmätigt kan föreskriva att staten skall bruka denna rätt är återigen utan betydelse för avgörandet av tvisten vid den nationella domstolen. Det skall för övrigt fastställas att varken artikel 3 eller någon annan bestämmelse i direktivet föreskriver att medlemsstaterna skall sätta i kraft ett system för semesterkassor.

224. Ett sådant system för semesterkassor kan dock uppvisa olika kännetecken beroende på medlemsstaterna, och det måste i varje enskilt fall undersökas om systemet i fråga eller några av dess kännetecken är förenliga med EG-fördraget. Det är vad jag har gjort ovan i fråga om det tyska systemet.

225. Jag föreslår följaktligen att den fjärde frågan skall besvaras enligt följande:

226. Utstationeringsdirektivet varken förordnar om eller tillåter att ett system för semesterkassor som strider mot artiklarna 59 och 60 i fördraget genomförs.

Förslag till avgörande

227. Jag föreslår följaktligen att domstolen besvarar frågorna från Arbeitsgericht Wiesbaden enligt följande:

1) Artikel 59 i EG-fördraget (nu artikel 49 EG i ändrad lydelse) och artikel 60 i EG-fördraget (nu artikel 50 EG) skall, såvida arbetstagaren inte garanteras ett likadant eller högre skydd i ursprungsstaten, tolkas på så sätt att de i princip inte utgör något hinder för att ett system som det som följer av 1.3 § första meningen i AEntG tillämpas på en arbetsgivare som är etablerad utomlands och på dess arbetstagare som är utstationerade, såvida den belastning som arbetsgivaren inte kan undgå enligt lagstiftningen i hans ursprungsstat vederbörligen beaktas. Artikel 48 i EG-fördraget (nu artikel 39 EG i ändrad lydelse) är inte tillämplig på arbetstagare som utstationerats av arbetsgivare som är etablerad i en annan medlemsstat.

2) Artiklarna 59 och 60 i fördraget skall tolkas på så sätt att de inte utgör något hinder för att en medlemsstat ålägger ett företag, som är etablerat i en annan medlemsstat och som tillfälligt utför arbeten i den första medlemsstaten:

   a) att tillämpa rättsnormer i kollektivavtal som föreskriver en längre semester än den årliga minimala semester som föreskrivs i rådets direktiv 93/104/EG av den 23 november 1993 om vissa aspekter avseende utformning av arbetstiden,

b) att tillämpa ett system för semesterkassor enligt vilket semesterersättningen utbetalas direkt till den utstationerade arbetstagaren medan den med avseende på företag som är etablerade i mottagarstaten utbetalas till arbetsgivaren,

c) skyldigheten att tillhandahålla uppgifter när och i den mån dessa uppgifter är nödvändiga och lämpliga

— för att säkerställa en verksam kontroll av att de i mottagarstaten gällande arbets- och anställningsvillkoren iakttas,

— för att säkerställa att systemet för semesterkassor fungerar väl.

3) Artiklarna 59 och 60 i fördraget skall tolkas på så sätt att de utgör hinder för att ett system för semesterkassor som det som är i fråga i tvisten vid den nationella domstolen tillämpas på företag som är etablerade i andra medlemsstater och som tillhandahåller tjänster inom byggnadssektorn, så länge inte samtliga företag som är etablerade i mottagarstaten, och som endast delvis utövar verksamhet i denna sektor, är underkastade detta system, med avseende på deras inom byggnadssektorn sysselsatta personal.

4) Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster varken förordnar om eller tillåter genomförandet av ett system för semesterkassor som strider mot artiklarna 59 och 60 i fördraget.