DOMSTOLENS DOM (Tredje Afdeling)

21. januar 2010 *

I sag C-546/07,

angående et traktatbrudssøgsmål i henhold til artikel 226 EF, anlagt den 5. december 2007,

Europa-Kommissionen ved E. Traversa og P. Dejmek, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

støttet af:

Republikken Polen ved M. Dowgielewicz, som befuldmægtiget,

intervenient,

* Processprog: tysk.

mod

Forbundsrepublikken Tyskland ved J. Möller, M. Lumma og C. Blaschke, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

har

DOMSTOLEN (Tredje Afdeling)

sammensat af formanden for Anden Afdeling, J.N. Cunha Rodrigues (refererende dommer), som fungerende formand for Tredje Afdeling, og dommerne A. Rosas, U. Lõhmus, A. Ó Caoimh og A. Arabadjiev,

generaladvokat: J. Mazák
justitssekretær: R. Grass,

efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 30. september 2009,

afsagt følgende

Dom

1 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har ved sin stævning nedlagt påstand om, at Domstolen fastslår, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat de forpligtelser, der påhviler den i henhold til artikel 49 EF, og »standstill«-klausulen i kapitel 2, punkt 13, i bilag XII til akten vedrørende vilkårene for Den Tjekkiske Republiks, Republikken Estlands, Republikken Cyperns, Republikken Letlands, Republikken Litauens, Republikken Ungarns, Republikken Maltas, Republikken Polens, Republikken Sloveniens og Den Slovakiske Republiks tiltrædelse af Den Europæiske Union og tilpasningerne af de traktater, der danner grundlag for Den Europæiske Union (EUT 2003 L 236, s. 33, herefter »tiltrædelsesakten«), idet:

— Forbundsrepublikken Tyskland i sin forvaltningspraksis fortolker ordene »virksomheder fra den anden side«, som er anvendt i artikel 1, stk. 1, i overenskomsten mellem regeringerne for Forbundsrepublikken Tyskland og Republikken Polen af 31. januar 1990 vedrørende udstationering af arbejdstagere fra polske virksomheder med henblik på udførelse af entrepriseaftaler, som ændret den 1. marts og den 30. april 1993 (BGBl. 1993 II, s. 1125, herefter »den tysk-polske overenskomst«), som »tyske virksomheder«, og

— Forbundsrepublikken Tyskland i henhold til arbejdsmarkedsbeskyttelsesklausulen i brochure 16a udgivet af Forbundsrepublikken Tysklands forbundskontor for beskæftigelse med overskriften »Ansættelse af fremmede arbejdstagere fra Den Europæiske Unions nye medlemsstater i henhold til entrepriseaftaler i Forbundsrepublikken Tyskland« (Merkblatt 16a, »Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer aus den neuen Mitgliedstaaten der EU im Rahmen von Werkverträgen in der Bundesrepublik Deutschland«, herefter »brochure 16a«) har udvidet de regionale begrænsninger for adgangen til arbejdsmarkedet efter den 16. april 2003, som er datoen for undertegnelsen af traktaten om Republikken Polens tiltrædelse af Den Europæiske Union (EUT 2003 L 236, s. 17, herefter »tiltrædelsestraktaten«).

Retsforskrifter

Fællesskabsbestemmelser

Tiltrædelsesakten

2 I tiltrædelsesaktens artikel 24 bestemmes:

»De foranstaltninger, der opregnes i bilag V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII og XIV til denne akt, gælder for de nye medlemsstater på betingelserne i de nævnte bilag.«

3 Tiltrædelsesaktens bilag XII har overskriften »Liste omhandlet i artikel 24 i tiltrædelsesakten: Polen«. Bilagets kapitel 2, som har overskriften »Fri bevægelighed for personer«, indeholder punkt 13, der bestemmer:

»For at modvirke alvorlige forstyrrelser eller risiko herfor i specifikke følsomme tjenestesektorer på deres arbejdsmarked, som måtte opstå i visse regioner som følge af levering af tjenesteydelser over grænserne som defineret i artikel 1 i direktiv 96/71/EF, og i medfør af ovenfor nævnte overgangsbestemmelser, nationale foranstaltninger eller foranstaltninger som følge af bilaterale aftaler om polske arbejdstageres frie bevægelighed, så længe disse finder anvendelse, kan Tyskland og Østrig, efter at have underrettet Kommissionen, fravige artikel 49, stk. 1, i EF-traktaten, når det sker i forbindelse med, at selskaber, der er etableret i Polen, leverer tjenesteydelser over grænserne, og med henblik på at begrænse midlertidig udstationering af arbejdstagere, hvis ret til at arbejde i Tyskland og Østrig er underlagt nationale foranstaltninger.

[…]

Anvendelsen af dette punkt må ikke føre til, at vilkårene for midlertidig udstationering af arbejdstagere i forbindelse med levering af tjenesteydelser over grænserne mellem Tyskland eller Østrig og Polen bliver mere restriktive end på datoen for undertegnelsen af tiltrædelsestraktaten.«

Den tysk-polske overenskomst

4 Den tysk-polske overenskomsts artikel 1, stk. 1, har følgende ordlyd:

»Arbejdstilladelser skal udstedes til polske arbejdstagere, der er midlertidigt udstationeret i henhold til en arbejdskontrakt mellem en polsk arbejdstager og en virksomhed fra den anden side (kontraktansatte), uanset situationen og tendenserne på arbejdsmarkedet.«

5 I overenskomstens artikel 2, stk. 5, bestemmes:

»Ved gennemførelsen af denne overenskomst i samarbejde med Republikken Polens ministerium for arbejds- og socialpolitik skal Forbundsrepublikken Tysklands forbundskontor for beskæftigelse sikre, at der ikke sker en koncentration af kontraktansatte i en given region eller sektor. Denne overenskomst finder ikke anvendelse på arbejdstagere inden for sektoren for brandsikkert byggeri og opførelse af skorstene.«

Vejledning vedtaget af Forbundsrepublikken Tysklands forbundskontor for beskæftigelse

6 Blandt vejledningerne udarbejdet af Forbundsrepublikken Tysklands forbundskontor for beskæftigelse findes brochure 16a, der drejer sig om ansættelse af fremmede arbejdstagere fra Den Europæiske Unions nye medlemsstater i henhold til entrepriseaftaler i Forbundsrepublikken Tyskland, og som indeholder en arbejdsmarkedsbeskyttelsesklausul. I henhold til denne klausul er entrepriseaftaler, ifølge hvilke

udenlandsk arbejdskraft anvendes, i princippet forbudt, når arbejderne skal udføres i et af nævnte kontors distrikter, hvor den gennemsnitlige arbejdsløshedsprocent i de seneste seks måneder har ligget mindst 30% over den gennemsnitlige arbejdsløshedsprocent i Forbundsrepublikken Tyskland. Listen over distrikter, som dette forbud finder anvendelse på, ajourføres hvert kvartal.

Den administrative procedure

7 Kommissionen gjorde ved åbningsskrivelse af 3. april 1996 Forbundsrepublikken Tyskland opmærksom på, at den tyske forvaltningspraksis vedrørende den tysk-polske overenskomst ikke var forenelig med artikel 49 EF, idet de tyske kompetente myndigheder fortolker ordene »virksomhed fra den anden side«, som er anvendt i overenskomstens artikel 1, stk. 1, som alene omfattende tyske virksomheder. I modsætning til disse sidstnævnte virksomheder forhindres virksomheder i andre medlemsstater end Forbundsrepublikken Tyskland, der udfører tjenesteydelser inden for byggebranchen i sidstnævnte medlemsstat, som følge af denne praksis i at indgå entrepriseaftaler med polske virksomheder.

8 Forbundsrepublikken Tyskland meddelte ved skrivelse af 28. juni 1996 Kommissionen, at den ikke delte det synspunkt, som Kommissionen havde fremsat i sin skrivelse af 3. april 1996.

9 Kommissionen sendte den 12. november 1997 en begrundet udtalelse til Forbundsrepublikken Tyskland, i hvilken den gentog dette synspunkt og opfordrede Forbundsrepublikken Tyskland til at træffe passende foranstaltninger for at efterkomme udtalelsen.

10 Efter et møde mellem repræsentanter for Kommissionen og Forbundsrepublikken Tyskland, der blev afholdt den 5. maj 1998, angav denne medlemsstat i en skrivelse af 19. juli 1998, at der blev gjort bestræbelser på at finde en politisk løsning inden for rammerne af Europaaftalen om oprettelse af en associering mellem De Europæiske Fællesskaber og deres medlemsstater på den ene side og Republikken Polen på den anden side, som blev undertegnet i Bruxelles den 16. december 1991. Disse bestræbelser førte dog ikke til noget.

11 Efter at Kommissionen havde sendt Forbundsrepublikken Tyskland en forespørgsel den 15. juni 2004, svarede denne ved meddelelse af 6. december 2004, at den fastholdt sin fortolkningspraksis med hensyn til den tysk-polske overenskomst, og at den, henset til Kommissionens passivitet i næsten syv år, var berettiget til at gå ud fra, at traktatbrudsproceduren ikke ville blive fortsat.

12 Kommissionen gjorde i en supplerende åbningsskrivelse af 10. april 2006 Forbundsrepublikken Tyskland opmærksom på, at den fastholdt sin påstand om tilsidesættelse af artikel 49 EF. Den gjorde desuden gældende, at denne medlemsstat også handlede i strid med »standstill«-klausulen i kapitel 2, punkt 13, i tiltrædelsesaktens bilag XII (herefter »»standstill«-klausulen«), idet udvidelsen af regionale begrænsninger i henhold til arbejdsmarkedsbeskyttelsesklausulen på grundlag af den tysk-polske overenskomsts artikel 2, stk. 5, og indeholdt i brochure 16a, var i strid med forbuddet mod at øge de begrænsninger, der eksisterede på datoen for undertegnelsen af tiltrædelsesakten.

13 Ved skrivelse af 8. juni 2006 meddelte Forbundsrepublikken Tyskland Kommissionen som svar på det første klagepunkt, at det ikke var korrekt at anvende den tysk-polske overenskomst i forhold til alle medlemsstater og deres virksomheder. Den henviste endvidere til forbeholdet om den offentlige orden, som er fastsat i artikel 46 EF, og gjorde gældende, at en korrekt anvendelse af denne overenskomst og den nødvendige kontrol med, om de gældende regler overholdes, samt en effektiv forfølgelse af overtrædelser, skal sikres. Det er imidlertid ikke muligt at foretage en hurtig og sikker inddrivelse af socialsikringsbidrag hos virksomheder, der er etableret i andre medlemsstater. Hvad angår det andet klagepunkt har Forbundsrepublikken Tyskland gjort gældende, at udvidelsen af regionale begrænsninger på grundlag af arbejdsmar-

kedsbeskyttelsesklausulen i områder, der ikke var omfattet i april 2003, ikke strider mod »standstill«-klausulen, idet en ajourføring af listen over regionale begrænsninger som fastsat i henhold til artikel 2, stk. 5, i nævnte overenskomst ikke udgør en ændring af ordningen som sådan, men blot er en naturlig følge af den konstaterede udvikling på de regionale arbejdsmarkeder.

14 I sin supplerende begrundede udtalelse af 15. december 2006 gentog Kommissionen sine klagepunkter, mens Forbundsrepublikken Tyskland for sit vedkommende i sit svar af 19. februar 2007 fastholdt sit synspunkt.

15 Kommissionen besluttede herefter at anlægge dette søgsmål.

Om søgsmålet

Formaliteten

Parternes argumenter

16 Forbundsrepublikken Tyskland har gjort gældende, at søgsmålet ikke kan antages til realitetsbehandling, i det mindste ikke for så vidt angår klagepunktet om tilsidesættelse af artikel 49 EF.

17 Medlemsstaten har i denne henseende gjort gældende, at den med rette kunne anse Kommissionens passivitet mellem november 1997 og juni 2004, hvilket er henved syv år, som en opgivelse af dette klagepunkt. De tyske myndigheders berettigede forventning med hensyn til opgivelsen af nævnte klagepunkt blev yderligere bestyrket af, at denne institution ifølge en skrivelse, som Monti, medlem af Kommissionen, sendte til disse myndigheder i juli 1998, ikke var gunstigt indstillet over for en opsigelse af den tysk-polske overenskomst, men ville vente indtil november 1998 for at se, om der var en anden mulig løsning. Da Kommissionen ikke har reageret siden, var de tyske myndigheder berettiget til at gå ud fra, at Kommissionen havde opgivet sit klagepunkt vedrørende en tilsidesættelse af artikel 49 EF.

18 Det var først efter undertegnelsen af tiltrædelsestraktaten, dvs. på et tidspunkt, hvor Forbundsrepublikken Tyskland ikke længere kunne opsige den tysk-polske overenskomst uden at tilsidesætte sin »standstill«-forpligtelse, at Kommissionen uberettiget tog yderligere processuelle skridt, selv om det var efter dens anmodning, at medlemsstaten havde givet afkald på at opsige overenskomsten.

19 Kommissionen anførte, at selv om den omstændighed, at den administrative procedure i henhold til artikel 226 EF strækker sig over usædvanlig lang tid, vel i visse situationer kan gøre det vanskeligere for den pågældende medlemsstat at tilbagevise Kommissionens argumentation og dermed indebære en tilsidesættelse af den pågældende medlemsstats ret til forsvar, er det ikke tilfældet i den foreliggende sag. Det forhold, at en begrundet udtalelse ikke følges op umiddelbart eller i løbet af kort tid, kan ikke hos den pågældende medlemsstat skabe en berettiget forventning om, at sagen er afsluttet.

20 Kommissionen tilføjede, at det udtrykkeligt var anført i den i denne doms præmis 17 nævnte skrivelse fra Monti, at proceduren ikke kunne blive afsluttet i lyset af reglerne om det indre marked, og at den på intet tidspunkt havde givet anledning til at antage, at den havde opgivet det første klagepunkt.

Domstolens bemærkninger

21 Ifølge fast retspraksis tilkommer det Kommissionen at vælge tidspunktet for iværksættelse af en traktatbrudssag, idet de overvejelser, der er afgørende for dette valg, ikke har betydning for, om søgsmålet kan antages til realitetsbehandling (jf. bl.a. dom af 1.6.1994, sag C-317/92, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 2039, præmis 4).

22 Reglerne, der er fastsat i artikel 226 EF, skal finde anvendelse, uden at Kommissionen behøver at iagttage en bestemt frist, idet der dog kan tages hensyn til, at den omstændighed, at den administrative procedure i henhold til denne bestemmelse strækker sig over usædvanlig lang tid, i visse situationer kan gøre det vanskeligere for den pågældende medlemsstat at tilbagevise Kommissionens argumentation og dermed indebære en tilsidesættelse af den pågældende medlemsstats ret til forsvar. Det tilkommer den pågældende medlemsstat at godtgøre, at dette er tilfældet (jf. bl.a. dom af 18.7.2007, sag C-490/04, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 6095, præmis 26).

23 I den foreliggende sag har Forbundsrepublikken Tyskland ikke godtgjort, at den omstændighed, at proceduren har strakt sig over usædvanlig lang tid, har haft nogen indflydelse på, hvorledes den har tilrettelagt sit forsvar.

24 Som generaladvokaten har anført i punkt 21 i forslaget til afgørelse, kunne den omstændighed, at »standstill«-klausulen trådte i kraft, mens den administrative procedure verserede, som ifølge Forbundsrepublikken Tyskland forhindrede den i at opsige den tysk-polske overenskomst, ikke som sådan gøre det vanskeligere for denne medlemsstat at tilbagevise Kommissionens anbringender med hensyn til klagepunktet om en tilsidesættelse af artikel 49 EF. Hertil kommer, som bemærket af Kommissionen, den omstændighed, at den sendte en supplerende åbningsskrivelse af 10. april 2006 og en supplerende begrundet udtalelse af 15. december 2006, som hovedsageligt havde til

formål at gentage dette klagepunkt, hvilket gjorde det muligt for Forbundsrepublikken Tyskland med fuldt kendskab til sagen at fremsætte grundene til, at den bestred dette klagepunkt.

25 En traktatbrudsprocedure er desuden baseret på en objektiv konstatering af, at en medlemsstat har tilsidesat sine forpligtelser efter fællesskabsretten, og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning kan ikke i et tilfælde som det i denne sag foreliggende påberåbes af en medlemsstat for at afværge en sådan konstatering, idet en anerkendelse af en sådan begrundelse ville modvirke det formål, som proceduren fastsat i artikel 226 EF forfølger (jf. bl.a. dom af 24.4.2007, sag C-523/04, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 3267, præmis 28).

26 Det fremgår af Domstolens praksis, at det forhold, at en begrundet udtalelse ikke følges op af Kommissionen umiddelbart eller i løbet af kort tid, ikke hos den pågældende medlemsstat kan skabe en berettiget forventning om, at sagen er afsluttet (jf. bl.a. dommen af 1.6.1994 i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 4). Dette gælder så meget desto mere, hvor det, som i det foreliggende tilfælde, er ubestridt, at der har været gjort bestræbelser i løbet af den periode, hvorunder Kommissionen påstås at have udvist passivitet, navnlig inden for rammerne af den i denne doms præmis 10 nævnte associeringsaftale, med henblik på at finde en løsning på det påståede traktatbrud.

27 I mangel af en stillingtagen fra Kommissionens side, der viser, at den ville afslutte traktatbrudsproceduren, enten udtrykt i Montis skrivelse nævnt i denne doms præmis 17 og 20 eller på et hvilket som helst andet tidspunkt under sagen, hvilket Forbundsrepublikken Tyskland ikke bestrider, kan denne medlemsstat ikke med føje gøre gældende, at Kommissionen har krænket princippet om den berettigede forventning ved ikke at afslutte proceduren.

28 Derfor kan Forbundsrepublikken Tysklands formalitetsindsigelse ikke tiltrædes, og Kommissionens søgsmål skal antages til realitetsbehandling.

Om realiteten

Første klagepunkt

— Parternes argumenter

29 Kommissionen har gjort gældende, at ved at fortolke ordene »virksomheder fra den anden side«, som er anvendt i artikel 1, stk. 1, i den tysk-polske overenskomst som alene omfattende tyske virksomheder, forhindrer de tyske myndigheder andre medlemsstaters virksomheder, der ønsker at udføre arbejder i Tyskland, i at indgå aftaler med en polsk entreprenør, medmindre disse medlemsstaters virksomheder opretter et datterselskab i Tyskland. Denne fortolkning, der ikke er nødvendig, indebærer, at sidstnævnte virksomheder afholder sig fra at udøve deres ret til fri udveksling af tjenesteydelser, som er sikret ved artikel 49 EF, med henblik på i overensstemmelse med den tysk-polske overenskomst at indgå entrepriseaftaler om udførelse af arbejder i Tyskland ved at benytte kvoten for polske arbejdstagere, der er fastsat i denne overenskomst.

30 Kommissionen har gjort gældende, at en sådan fortolkning af den tysk-polske overenskomsts artikel 1, stk. 1, medfører en forskelsbehandling direkte på grundlag af virksomhedens nationalitet eller hjemsted, som kun kan begrundes i hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed. At bringe disse begrundelser i anvendelse forudsætter, at det er nødvendigt at fastholde en foranstaltning, der medfører forskelsbehandling, for at forhindre en virkelig og tilstrækkeligt alvorlig trussel mod en grundlæggende samfundsmæssig interesse. Men dette er ikke tilfældet i den foreliggende sag.

31 Den omstændighed, at virksomheder, der ønsker at indgå entrepriseaftaler med en polsk entreprenør, ikke er etableret i Tyskland, kan ikke forhindre kontrollen med, at den tysk-polske overenskomst anvendes korrekt. For så vidt angår nødvendigheden af at sikre virksomhedens hæftelse i tilfælde af, at der ikke betales socialsikringsbidrag, bemærker Kommissionen, at hensyn af rent administrativ karakter ikke kan udgøre tvingende hensyn til den almene interesse og dermed ikke kan begrunde restriktioner for en af de grundlæggende friheder, der er sikret ved traktaten. Der er desuden ingen

grund til at frygte, i modsætning til det af Forbundsrepublikken Tyskland påståede, at udvidelsen af den tysk-polske overenskomst til også at omfatte andre medlemsstaters virksomheder medfører eller fremmer en urigtig anvendelse eller omgåelse af overgangsbestemmelserne i tiltrædelsestraktaten. En sådan frygt udgør desuden i intet tilfælde en tilstrækkelig alvorlig og reel risiko for den offentlige orden eller den offentlige sikkerhed, der kan begrunde en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser, der udgør forskelsbehandling.

32 Kommissionen har endelig anført, idet den i denne henseende bl.a. henviser til dom af 15. januar 2002, Gottardo (sag C-55/00, Sml. I, s. 413, præmis 34), at når en medlemsstat indgår en bilateral traktat med et tredjeland, følger det af det grundlæggende princip om ligebehandling, at denne medlemsstat skal indrømme statsborgere fra de øvrige medlemsstater de samme fordele som dem, statens egne statsborgere er blevet tillagt i medfør af traktaten, medmindre staten har en objektiv begrundelse for sin afvisning af at handle således.

33 Republikken Polen, der er indtrådt i sagen til støtte for Kommissionens påstande, har bl.a. gjort gældende, at polske virksomheder på grund af den fortolkning af den tysk-polske overenskomsts artikel 1, stk. 1, som følges i tysk forvaltningspraksis, ikke i Tyskland kan udføre entrepriseaftaler indgået med virksomheder i andre medlemsstater end Forbundsrepublikken Tyskland, ligesom virksomhederne i disse medlemsstater, der yder tjenesteydelser i Tyskland, ikke kan bruge polske virksomheder som underentreprenører. Republikken Polen konkluderer ligesom Kommissionen, at denne praksis udgør en tilsidesættelse af princippet om national behandling, som ikke kan begrundes i et af de hensyn, der er nævnt i artikel 46 EF, og at der ikke er noget til hinder for at lade nævnte overenskomsts fordele gælde også for virksomheder i andre medlemsstater end Forbundsrepublikken Tyskland.

34 Forbundsrepublikken Tyskland har gjort gældende, at den omtvistede fortolkning er i overensstemmelse med ordlyden af den tysk-polske overenskomst. Den omstændighed, at denne overenskomst kun tildeler rettigheder til tyske virksomheder, udgør ikke en restriktion, der er forbudt ifølge artikel 49 EF. Entreprenørerne i andre medlemsstater har i princippet ret til at udføre tjenesteydelser i Tyskland, men de kan

blot ikke gøre nævnte overenskomsts artikel 1, stk. 1, gældende med henblik på at anvende polske virksomheder til udførelsen af en ordre.

35 De tyske virksomheder, der kan gøre den tysk-polske overenskomst gældende, er desuden alle virksomheder, som er etableret i Tyskland, herunder filialer af andre medlemsstaters virksomheder.

36 Ifølge Forbundsrepublikken Tyskland befinder de tyske og de udenlandske virksomheder sig i øvrigt ikke i en sammenlignelig situation, hvilket på forhånd udelukker, at der kan være tale om en forskelsbehandling, der er forbudt. Den tysk-polske overenskomst er desuden en klart afbalanceret overenskomst, baseret på gensidighed, fra hvilken man ikke uden videre kan løsrive nogle bestemte rettigheder og give dem til statsborgerne i en medlemsstat, der ikke er part i overenskomsten. Forbundsrepublikken Tyskland henviser i henseende til disse to argumenter til bl.a. dom af 5. juli 2005, D. (sag C-376/03, Sml. I, s. 5821, præmis 61 ff.).

37 En udvidet fortolkning af artikel 49 EF kan desuden gøre overgangsbestemmelserne i tiltrædelsesakten for indholdsløse. Disse bestemmelsers sammenhæng og formål var at hæmme virkningerne foranlediget af de forskellige konkurrencevilkår inden for den omfattende servicesektor og forhindre forstyrrelser på arbejdsmarkedet.

38 Selv hvis den fortolkning af den tysk-polske overenskomsts artikel 1, stk. 1, som følges i tysk forvaltningspraksis, anses for at udgøre en restriktion ifølge artikel 49 EF, er den under alle omstændigheder begrundet i henhold til artikel 55 EF sammenholdt med artikel 46 EF, fordi udvidelsen af overenskomstens fordele til også at omfatte virksomheder, der ikke er etableret i Tyskland, heller ikke sikrer en passende kontrol med, om overenskomsten anvendes korrekt, medmindre der afholdes uforholdsmæssige administrative omkostninger, og ikke gør det muligt at sikre en effektiv

gennemførelse af hæftelsen hos den virksomhed, der lader en polsk underentreprenør udføre arbejderne, i tilfælde af, at sidstnævnte ikke betaler socialsikringsbidrag.

— Domstolens bemærkninger

39 Det fremgår af fast retspraksis, at den frie udveksling af tjenesteydelser først og fremmest stiller krav om afskaffelse af enhver forskelsbehandling af tjenesteyderen på grund af hans nationalitet eller på grund af, at tjenesteyderen er etableret i en anden medlemsstat end den, hvor ydelsen præsteres (jf. bl.a. dommen af 18.7.2007 i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 83 og den deri nævnte retspraksis). Betingelsen om, at en virksomhed skal oprette et fast forretningssted eller et datterselskab i den medlemsstat, hvor ydelsen skal præsteres, er direkte i strid med den frie udveksling af tjenesteydelser, idet den gør det umuligt for virksomheder, der er etableret i andre medlemsstater, at udføre tjenesteydelser i denne medlemsstat (jf. i denne retning bl.a. dom af 4.12.1986, sag 205/84, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 3755, præmis 52, af 7.2.2002, sag C-279/00, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 1425, præmis 17, og af 11.3.2004, sag C-496/01, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 2351, præmis 65).

40 I denne henseende bemærkes, at artikel 1, stk. 1, i den tysk-polske overenskomst, således som den fortolkes i tysk forvaltningspraksis, skaber en forskelsbehandling, der er direkte i strid med artikel 49 EF, over for tjenesteydere, der er etableret i andre medlemsstater end Forbundsrepublikken Tyskland, som ønsker at indgå entrepriseaftaler med en polsk virksomhed om levering af tjenesteydelser i Tyskland.

41 Ifølge fortolkningen af denne artikel i tysk forvaltningspraksis er det således kun virksomheder, der har deres hjemsted eller et fast forretningssted i Tyskland, som kan

indgå entrepriseaftaler med en polsk virksomhed og på den måde drage fordel af kvoten for polske arbejdstagere, der er sikret i medfør af den tysk-polske overenskomst, uanset overgangsbestemmelserne i tiltrædelsesakten.

42 For så vidt som Forbundsrepublikken Tyskland har gjort gældende, at den omtvistede forvaltningspraksis er begrundet, fordi det drejer sig om en bestemmelse i en international bilateral overenskomst, bemærkes, at medlemsstaterne, når de opfylder de forpligtelser, de har påtaget sig i henhold til internationale overenskomster — det være sig en overenskomst, der er indgået mellem medlemsstater eller mellem én medlemsstat og et eller flere tredjelande — skal overholde de forpligtelser, som påhviler dem i medfør af fællesskabsretten, jf. herved dog artikel 307 EF (jf. bl.a. Gottardo-dommen, præmis 33).

43 Domstolen har ganske vist udtalt, at en forrykkelse af ligevægten og gensidigheden i en bilateral overenskomst, der er indgået mellem en medlemsstat og et tredjeland, kan udgøre en objektiv grund til, at den medlemsstat, der er part i denne overenskomst, afviser at udstrække de rettigheder, som medlemsstatens egne statsborgere kan udlede af overenskomsten, til også at omfatte de andre medlemsstaters statsborgere (jf. bl.a. dom af 21.9.1999, sag C-307/97, Saint-Gobain ZN, Sml. I, s. 6161, præmis 60, og Gottardo-dommen, præmis 36).

44 I modsætning til situationerne omhandlet i disse sager og den, der lå til grund for D.-dommen, som Forbundsrepublikken Tyskland støtter sig til, vedrører anvendelsen af den tysk-polske overenskomst, siden Republikken Polens tiltrædelse af Unionen, imidlertid to medlemsstater, således at overenskomstens bestemmelser kun kan finde anvendelse på forholdet mellem disse to medlemsstater under overholdelse af fællesskabsretten, navnlig traktatens regler for fri udveksling af tjenesteydelser (jf. analogt bl.a. dom af 27.9.1988, sag 235/87, Matteucci, Sml. s. 5589, præmis 16 og 19-21, og af 8.9.2009, sag C-478/07, Budějovický Budvar, Sml. I, s. 7721, præmis 97 og 98).

45 Hertil skal, som Republikken Polen med rette bemærker, tilføjes, at udvidelsen af retten til at indgå entrepriseaftaler med polske underentreprenører til også at omfatte

virksomheder, der er etableret i andre medlemsstater end Forbundsrepublikken Tyskland, ikke som sådan kan berøre den kvote, der er fastsat i henhold til den tysk-polske overenskomsts artikel 2, stk. 5.

46 Der er i modsætning til Forbundsrepublikken Tysklands bemærkninger heller intet til støtte for det synspunkt, at en virksomhed, der er etableret i en anden medlemsstat, befinder sig i en anden situation end de virksomheder, der er etableret i førstnævnte medlemsstat, for så vidt angår muligheden for at indgå entrepriseaftaler med polske virksomheder med henblik på at levere tjenesteydelser i Tyskland.

47 Det fremgår desuden af Domstolens praksis, at bestemmelser som dem, der er omhandlet i den tysk-polske overenskomst, kun er forenelige med fællesskabsretten, hvis de kan henføres under en udtrykkelig undtagelsesbestemmelse som artikel 46 EF, hvortil artikel 55 EF henviser (jf. bl.a. dommen af 18.7.2007 i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 86).

48 Det følger af artikel 46 EF, der skal fortolkes strengt, at bestemmelser, der medfører forskelsbehandling, kan begrundes i hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed (jf. bl.a. dommen af 18.7.2007 i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 86).

49 At bringe en sådan begrundelse i anvendelse forudsætter dog, at der foreligger en virkelig og tilstrækkeligt alvorlig trussel mod en grundlæggende samfundsmæssig interesse (jf. i denne retning bl.a. dom af 29.10.1998, sag C-114/97, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 6717, præmis 46, og af 1.10.2009, sag C-567/07, Woningstichting Sint Servatius, Sml. I, s. 9021, præmis 28).

50 For at begrunde forbuddet mod polske virksomheders udstationering af polske arbejdstagere i forbindelse med entrepriseaftaler indgået med virksomheder, der ikke har deres hjemsted eller et fast forretningssted i Tyskland, har Forbundsrepublikken

Tyskland navnlig påberåbt sig nødvendigheden af at sikre en effektiv kontrol med en korrekt anvendelse af den tysk-polske overenskomst. Dette kan ifølge medlemsstaten ikke sikres i forhold til virksomheder, der er etableret i andre medlemsstater, uden at medføre uforholdsmæssige administrative tillægsudgifter og eventuelle problemer med inddrivelsen af fordringerne på socialsikringsbidrag over for de virksomheder, der hæfter for betalingen af beløb svarende til disse fordringer i henhold til den tyske lovgivning, hvis disse virksomheder ikke har et fast forretningssted i Tyskland.

51 Forbundsrepublikken Tyskland gør ikke herved noget overbevisende argument gældende, som kan henhøre under et af de hensyn, der er omhandlet i artikel 46 EF. Hensyn af ren økonomisk karakter og blot praktiske vanskeligheder ved at gennemføre den tysk-polske overenskomst kan under alle omstændigheder ikke begrunde en begrænsning af en grundlæggende frihed (jf. analogt bl.a. dom af 26.1.1999, sag C-18/95, Terhoeve, Sml. I, s. 345, præmis 45) og langt mindre en undtagelse i henhold til artikel 46 EF, som forudsætter, at der foreligger en virkelig og tilstrækkeligt alvorlig trussel mod en grundlæggende samfundsmæssig interesse.

52 Med hensyn til den påståede risiko for en omgåelse af overgangsbestemmelserne, der er til fordel for Forbundsrepublikken Tyskland, og som blev indsat i tiltrædelsesakten for at forhindre, at der opstod alvorlige forstyrrelser på det tyske arbejdsmarked, er det endelig tilstrækkeligt at bemærke, at udvidelsen til også at omfatte virksomheder, der er etableret i andre medlemsstater, således at disse har ret til at indgå entrepriseaftaler med polske virksomheder med henblik på, at de kan benytte kvoten for polske arbejdstagere, som er fastsat i henhold til den tysk-polske overenskomsts artikel 2, stk. 5, ikke kan medføre en sådan virkning, idet antallet af arbejdstilladelser til polske arbejdstagere under alle omstændigheder ikke ændres af en sådan udvidelse til fordel for virksomheder, der er etableret i disse andre medlemsstater.

53 Det følger heraf, at der må gives Kommissionen medhold i det første klagepunkt.

Andet klagepunkt

— Parternes argumenter

54 Kommissionen har gjort gældende, at arbejdsmarkedsbeskyttelsesklausulen i brochure 16a, foruden at det er tvivlsomt, om den har støtte i den tysk-polske overenskomsts artikel 2, stk. 5, er i strid med »standstill«-klausulen.

55 I henhold til »standstill«-klausulen må de begrænsninger, der fandtes på datoen for undertegnelsen af tiltrædelsestraktaten, dvs. den 16. april 2003, ikke skærpes, uanset om dette støttes på gældende lovgivning eller lovgivning, der er vedtaget efter denne dato, for ikke at fratage klausulen dens effektive virkning. Nye distrikter, heriblandt Bremerhaven, Bochum, Dortmund, Duisburg, Essen, Wuppertal, Dresden, Köln, Oberhausen og Recklinghausen, er imidlertid blevet tilføjet efter den 16. april 2003 på listen over distrikter, der er omfattet af arbejdsmarkedsbeskyttelsesklausulen i brochure 16a. Anvendelsen af sidstnævnte klausul har derfor for de polske arbejdstagere betydet en reel forringelse af adgangen til det tyske arbejdsmarked i forhold til situationen før datoen for undertegnelsen af tiltrædelsestraktaten, hvilket klart er i strid med »standstill«-klausulen.

56 Republikken Polen har bl.a. bemærket, at arbejdsmarkedsbeskyttelsesklausulen i brochure 16a ikke er en gennemførelse af den tysk-polske overenskomsts artikel 2, stk. 5, da den nævnte klausul ikke tilsigter at gøre antallet af arbejdstagere i et givet distrikt afhængig af, om der allerede er en koncentration af kontraktansatte arbejdstagere, men snarere helt udelukker indgåelse af entrepriseaftaler for dette distrikt. Optagelsen af et distrikt på listen, der udarbejdes af Forbundsrepublikken Tysklands forbundskontor for beskæftigelse, er desuden betinget af, hvor høj arbejdsløsheden er i distriktet, og ikke koncentrationen af polske arbejdstagere, der er udstationeret der for at udføre entrepriseaftaler.

57 Forbundsrepublikken Tyskland har påstået, at selv om det ikke er relevant for vurderingen af situationen i forhold til fællesskabsretten, om den tysk-polske overenskomsts artikel 2, stk. 5, er korrekt gennemført ved arbejdsmarkedsbeskyttelsesklausulen i brochure 16a, er det rent faktisk tilfældet.

58 Arbejdsmarkedsbeskyttelsesklausulen er desuden ikke i strid med »standstill«-klausulen. Forbundsrepublikken Tyskland har anført, at det eneste, der er af betydning for at være i overensstemmelse med klausulen, er, at retsstillingen eller forvaltningspraksis ikke er blevet ændret i negativ retning siden undertegnelsen af tiltrædelsestraktaten, og har i denne henseende henvist til dom af 11. maj 2000, Savas (sag C-37/98, Sml. I, s. 2927, præmis 69), af 20. september 2007, Tum og Dari (sag C-16/05,, Sml. I, s. 7415, præmis 49), af 21. oktober 2003, Abatay m.fl. (forenede sager C-317/01 og C-369/01, Sml. I, s. 12301, præmis 81), af 1. juni 1999, Konle (sag C-302/97, Sml. I, s. 3099, præmis 52 ff.) og af 24. maj 2007, Holböck (sag C-157/05, Sml. I, s. 4051, præmis 41).

59 Anvendelsen af arbejdsmarkedsbeskyttelsesklausulen, hvis indhold ikke er blevet ændret siden den 4. januar 1993, har hverken ført til en ringere retsstilling eller en ændring af forvaltningspraksis i forhold til Republikken Polen. Det er kun situationen på det tyske arbejdsmarked, der har ændret sig siden »standstill«-klausulens ikrafttrædelse. Der kan ikke være tale om en tilsidesættelse af denne klausul, når myndighederne, som i den foreliggende sag, anvender en bestemmelse, der ikke er blevet ændret, på samme måde som hidtil.

— Domstolens bemærkninger

60 I henhold til arbejdsmarkedsbeskyttelsesklausulen i brochure 16a, hvis indhold ikke er blevet ændret siden 1993, er entrepriseaftaler, ifølge hvilke udenlandsk arbejdskraft anvendes, i princippet forbudt, når arbejderne skal udføres i et distrikt under Forbundsrepublikken Tysklands forbundskontor for beskæftigelse, hvor den gennemsnitlige arbejdsløshedsprocent i de seneste seks måneder har ligget mindst 30% over

den gennemsnitlige arbejdsløshedsprocent i Forbundsrepublikken Tyskland. Listen over distrikter, som dette forbud finder anvendelse på, ajourføres hvert kvartal.

61 Dette klagepunkt kræver, som Forbundsrepublikken Tyskland med rette har anført, ikke, at Domstolen tager stilling til, hvorvidt nævnte klausul og de tyske administrative myndigheders anvendelse af den er en korrekt gennemførelse af den tysk-polske overenskomsts artikel 2, stk. 5, men at Domstolen prøver, om klausulen, som den anvendes af de tyske administrative myndigheder, er i strid med »standstill«-klausulen som påstået af Kommissionen.

62 I henhold til kapitel 2, punkt 13, i bilag XII til tiltrædelsesakten kan Forbundsrepublikken Tyskland fravige artikel 49, stk. 1, EF, når det sker i forbindelse med, at virksomheder, der er etableret i Polen, leverer tjenesteydelser over grænserne, og med henblik på at begrænse midlertidig udstationering af arbejdstagere, hvis ret til at arbejde i Tyskland er underlagt nationale foranstaltninger. Formålet med denne undtagelse er at gøre det muligt for Forbundsrepublikken Tyskland at modvirke alvorlige forstyrrelser eller risiko herfor i specifikke følsomme tjenestesektorer på dens arbejdsmarked, som måtte opstå i visse regioner som følge af levering af tjenesteydelser over grænserne, så længe denne medlemsstat i medfør af overgangsbestemmelser anvender nationale foranstaltninger eller foranstaltninger som følge af bilaterale aftaler på polske arbejdstageres frie bevægelighed.

63 Nævnte punkt 13 indeholder desuden en »standstill«-klausul, ifølge hvilken anvendelsen af bestemmelsen ikke må medføre, at vilkårene for midlertidig udstationering af arbejdstagere i forbindelse med levering af tjenesteydelser over grænserne mellem Tyskland og Polen bliver mere restriktive end på datoen for undertegnelsen af tiltrædelsestraktaten.

64 Den omstændighed, at der efter denne dato er blevet tilføjet nye distrikter til listen over distrikter, hvor entrepriseaftaler i medfør af den tysk-polske overenskomst ikke kan

tillades, udgør, i modsætning til Kommissionens synspunkt, ikke en tilsidesættelse af »standstill«-klausulen.

65 I denne klausul er det bestemt, at der ikke må indføres »mere restriktive vilkår« for midlertidig udstationering af arbejdstagere end dem, der fandtes på datoen for undertegnelsen af tiltrædelsestraktaten. Men dette er åbenbart ikke tilfældet, når formindskelsen i antallet af polske arbejdstagere, der kan udstationeres i forbindelse med levering af tjenesteydelser i Tyskland, blot er en konsekvens af anvendelsen, efter denne dato, af en klausul, hvis ordlyd er forblevet identisk med den aktuelle situation på arbejdsmarkedet, som har udviklet sig. Således er listen, der ajourføres hvert kvartal, over distrikter, som er underlagt forbuddet, der følger af arbejdsmarkedsbeskyttelsesklausulen i brochure 16a, i denne sammenhæng kun af konstaterende karakter, eftersom der hverken er sket en forringelse af retsstillingen eller nogen negativ ændring i tysk forvaltningspraksis.

66 Denne fortolkning bekræftes af formålet med disse »standstill«-klausuler, som skal forhindre en medlemsstat i at vedtage nye foranstaltninger, hvis formål er at indføre mere restriktive vilkår end dem, der gjaldt, før disse klausuler trådte i kraft (jf. i denne retning bl.a. Savas-dommen, præmis 69, og dom af 17.9.2009, sag C-242/06, Sahin, Sml. I, s. 8465, præmis 63).

67 På denne baggrund bør det andet klagepunkt forkastes som ugrundet.

68 I lyset af de ovenfor anførte betragtninger må det fastslås, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat de forpligtelser, der påhviler den i henhold til artikel 49 EF, idet den i sin forvaltningspraksis fortolker ordene »virksomheder fra den anden side«, som er anvendt i artikel 1, stk. 1, i den tysk-polske overenskomst, som »tyske virksomheder«.

Sagens omkostninger

69 Ifølge procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 3, kan Domstolen fordele sagens omkostninger eller bestemme, at hver part skal bære sine egne omkostninger, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter, eller hvor der foreligger ganske særlige grunde.

70 I den foreliggende sag bestemmes, at Kommissionen og Forbundsrepublikken Tyskland skal bære deres egne omkostninger.

71 I overensstemmelse med procesreglementets artikel 69, stk. 4, bærer Republikken Polen sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Tredje Afdeling):

1) Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat de forpligtelser, der påhviler den i henhold til artikel 49 EF, idet den i sin forvaltningspraksis fortolker ordene »virksomheder fra den anden side«, som er anvendt i artikel 1, stk. 1, i overenskomsten mellem regeringerne for Forbundsrepublikken Tyskland og Republikken Polen af 31. januar 1990 vedrørende udstationering af arbejdstagere fra polske virksomheder med henblik på udførelse af entrepriseaftaler, som ændret den 1. marts og den 30. april 1993, som »tyske virksomheder«.

2) I øvrigt frifindes Forbundsrepublikken Tyskland.

3) Europa-Kommissionen og Forbundsrepublikken Tyskland bærer deres egne omkostninger.

4) Republikken Polen bærer sine egne omkostninger.

Underskrifter