DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

den 21 januari 2010 *

I mål C-546/07,

angående en talan om fördragsbrott enligt artikel 226 EG, som väckts den 5 december 2007,

Europeiska kommissionen, företrädd av E. Traversa och P. Dejmek, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

med stöd av

Republiken Polen, företrädd av M. Dowgielewicz, i egenskap av ombud,

intervenient,

* Rättegångsspråk: tyska.

mot

Förbundsrepubliken Tyskland, företrädd av J. Möller, M. Lumma och C. Blaschke, samtliga i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

meddelar

DOMSTOLEN (tredje avdelningen)

sammansatt av ordföranden på den andra avdelningen J.N. Cunha Rodrigues (referent), tillförordnad ordförande på tredje avdelningen, samt domarna A. Rosas, U. Lõhmus, A. Ó Caoimh och A. Arabadjiev,

generaladvokat: J. Mazák,
justitiesekreterare: R. Grass,

och efter att den 30 september 2009 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Europeiska gemenskapernas kommission har yrkat att domstolen ska fastställa att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 49 EG samt enligt ”standstill”-klausulen i punkt 13 i kapitel 2 i bilaga XII till Akt om villkoren för Republiken Tjeckiens, Republiken Estlands, Republiken Cyperns, Republiken Lettlands, Republiken Litauens, Republiken Ungerns, Republiken Maltas, Republiken Polens, Republiken Sloveniens och Republiken Slovakiens anslutning till de fördrag som ligger till grund för Europeiska Unionen och om anpassning av fördragen (EUT L 236, 2003, s. 33) (nedan kallad anslutningsakten),

— genom att i sin administrativa praxis tolka uttrycket ”företag från den andra sidan”, i artikel 1.1 i avtalet mellan Förbundsrepubliken Tysklands regering och Republiken Polens regering av den 31 januari 1990 om utstationering av arbetstagare från polska företag för utförande av arbete, i dess lydelse av den 1 mars och den 30 april 1993 (BGBl. 1993 II, s. 1126) (nedan kallat det tysk-polska avtalet), såsom ”tyska företag”, och

— genom att med stöd av klausulen om skydd för arbetsmarknaden i informationsblad 16a, som sammanställts av Förbundsrepubliken Tysklands federala arbetsförmedling, med rubriken ”Anställning av utländska arbetstagare från de nya medlems-

staterna i EU enligt avtal om arbete i Förbundsrepubliken Tyskland" (Merkblatt 16a, "Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer aus den neuen Mitgliedstaaten der EU im Rahmen von Werkverträgen in der Bundesrepublik Deutschland") (nedan kallat informationsblad 16a), ha utsträckt de regionala inskränkningarna av tillträdet till arbetsmarknaden och detta efter den 16 april 2003, det datum då fördraget om Republiken Polens anslutning till Europeiska unionen (EUT L 236, 2003, s. 17) (nedan kallat anslutningsfördraget) undertecknades.

Tillämpliga bestämmelser

Gemenskapsbestämmelserna

Anslutningsakten

2 Artikel 24 i anslutningsakten har följande lydelse:

"De bestämmelser som förtecknas i bilagorna V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII och XIV till denna anslutningsakt skall tillämpas i fråga om de nya medlemsstaterna enligt de villkor som anges i bilagorna."

3 Bilaga XII till anslutningsakten har rubriken ”Förteckning enligt artikel 24 i anslutningsakten: Polen”. Punkt 13 i kapitel 2 (med rubriken ”Fri rörlighet för personer”) i denna bilaga har följande lydelse:

”För att hantera allvarliga störningar eller risk för sådana i särskilda känsliga tjänstesektorer på deras arbetsmarknader, som i vissa områden skulle kunna uppstå genom att tjänster, enligt artikel 1 i direktiv 96/71/EG, tillhandahålls transnationellt, och så länge de genom de ovan fastställda övergångsbestämmelserna tillämpar nationella bestämmelser eller bestämmelser som följer av bilaterala överenskommelser avseende polska arbetstagares fria rörlighet, får Tyskland och Österrike, efter att ha underrättat kommissionen, göra avsteg från artikel 49 första stycket i EG-fördraget i syfte att i samband med tillhandahållande av tjänster av företag som är etablerade i Polen, begränsa tillfällig rörlighet för arbetstagare vars rätt att arbeta i Tyskland och Österrike omfattas av nationella bestämmelser.

…

Tillämpningen av denna punkt skall inte leda till villkor för arbetstagares tillfälliga rörlighet inom ramen för transnationellt tillhandahållande av tjänster mellan Tyskland eller Österrike och Polen som är mer restriktiva än vad som gäller vid undertecknandet av anslutningsfördraget.”

Det tysk-polska avtalet

4 Artikel 1.1 i det tysk-polska avtalet har följande lydelse:

”Polska arbetstagare som, på grundval av ett entreprenadavtal mellan en polsk arbetsgivare och företag från den andra sidan (tillfälliga arbetstagare), har utstationerats för tillfällig verksamhet ska meddelas arbetstillstånd, oavsett situationen och utvecklingen på arbetsmarknaden.”

5 Artikel 2.5 i detta avtal har följande lydelse:

”Vid genomförandet av detta avtal ska Förbundsrepubliken Tysklands federala arbetsförmedling i samarbete med arbetsmarknads- och socialdepartementet i Republiken Polen säkerställa att det i en region eller sektor inte uppstår en koncentration av tillfälliga arbetstagare. Detta avtal ska inte tillämpas på arbetstagare inom sektorn för brandsäkert byggande eller för uppförande av skorstenar.”

Instruktioner från Förbundsrepubliken Tysklands federala arbetsförmedling

6 Bland de instruktioner som antagits av Förbundsrepubliken Tysklands federala arbetsförmedling hör informationsblad 16a. Informationsbladet avser anställande av utländska arbetstagare från de nya medlemsstaterna i Europeiska unionen på grundval

av entreprenadavtal i Förbundsrepubliken Tyskland och innehåller en klausul om skydd för arbetsmarknaden. Enligt detta informationsblad är entreprenadavtal i samband med vilka det används utländska arbetstagare i princip förbjudna när arbetet ska utföras inom ett av denna myndighets distrikt, där den genomsnittliga arbetslösheten under de föregående sex månaderna överstigit den totala arbetslösheten i Förbundsrepubliken Tyskland med åtminstone 30 procent. Förteckningen över de distrikt som klausulen avser uppdateras kvartalsvis.

Det administrativa förfarandet

7 Genom en formell underrättelse av den 3 april 1996 informerade kommissionen Förbundsrepubliken Tyskland om att dess administrativa praxis avseende tillämpningen av det tysk-polska avtalet inte var förenlig med artikel 49 EG, eftersom de tyska behöriga myndigheterna tolkade begreppet ”företag på den andra sidan”, i artikel 1.1 i avtalet, på så sätt att det endast avser tyska företag. I motsats till dessa företag hindras, på grund av denna praxis, företag i andra medlemsstater än Tyskland, som i denna stat tillhandahåller tjänster inom byggsektorn, från att ingå entreprenadavtal med polska företag.

8 Genom skrivelse av den 28 juni 1996 meddelade Förbundsrepubliken Tyskland kommissionen att den inte delade den uppfattning som denna institution gett uttryck för i sin skrivelse av den 3 april 1996.

9 I ett motiverat yttrande till Förbundsrepubliken Tyskland av den 12 november 1997 upprepade kommissionen sin ståndpunkt och uppmanade Förbundsrepubliken Tyskland att vidta de åtgärder som krävdes för att rätta sig efter det motiverade yttrandet.

10 Efter ett möte den 5 maj 1998 mellan företrädare för kommissionen och Förbundsrepubliken Tyskland påpekade den senare, i skrivelse av den 19 juli 1998, att ansträngningar hade gjorts för att nå en politisk lösning inom ramen för Europaavtalet om upprättandet av en associering mellan Europeiska gemenskaperna och deras medlemsstater, å ena sidan, och Republiken Polen, å andra sidan, undertecknad i Bryssel den 16 december 1991. Dessa ansträngningar misslyckades emellertid.

11 Som svar på en förfrågan från kommissionen av den 15 juni 2004 uppgav Förbundsrepubliken Tyskland, i skrivelse av den 6 december 2004, att den vidhöll sin tolkning av det tysk-polska avtalet. Den anförde dessutom att den med hänsyn till att kommissionen inte sedan sju år vidtagit några åtgärder hade fog för att anta att fördragsbrottsförfarandet inte längre skulle fullföljas.

12 I en kompletterande formell underrättelse av den 10 april 2006 uppmärksammade kommissionen Förbundsrepubliken Tyskland på att den vidhöll sin uppfattning avseende åsidosättande av artikel 49 EG. Kommissionen gjorde också gällande att denna medlemsstat även åsidosatt ”standstill”-klausulen i punkt 13 i kapitel 2 i bilaga XII till anslutningsakten (nedan kallad ”standstill”-klausulen), eftersom det strider mot förbudet att försämra de villkor som redan finns när anslutningsakten undertecknas att, i enlighet med klausulen, i informationsblad 16a, om skydd för arbetsmarknaden och med stöd av artikel 2.5 i det tysk-polska avtalet, utsträcka de regionala inskränkningarna.

13 Genom skrivelse av den 8 juni 2006 meddelade Förbundsrepubliken Tyskland, som svar på den första anmärkningen, att det inte var lämpligt att utsträcka tillämpningen av det tysk-polska avtalet till att omfatta alla medlemsstater och företag i dessa. Förbundsrepubliken Tyskland hänvisade bland annat till undantaget i artikel 46 EG, avseende allmän ordning, och påpekade nödvändigheten av att säkerställa en korrekt tillämpning av avtalet och en kontroll av efterlevnaden av gällande bestämmelser och rättsliga åtgärder. Det skulle härvid vara omöjligt att på ett snabbt och effektivt sätt driva in sociala avgifter från företag etablerade i andra medlemsstater. Vad gäller den

andra anmärkningen gjorde Förbundsrepubliken Tyskland gällande att det inte stred mot ”standstill”-klausulen att med stöd av klausulen om skydd för arbetsmarknaden utsträcka de regionala inskränkningarna till att omfatta områden som inte avsågs i april 2003, eftersom uppdateringen av förteckningen med tillämpning av artikel 2.5 i det tysk-polska avtalet inte i sig utgjorde en ändring av bestämmelserna, utan denna var endast en följd av den utveckling som hade konstaterats på de regionala arbetsmarknaderna.

14 I sitt kompletterande motiverade yttrande av den 15 december 2006 upprepade kommissionen sina anmärkningar medan Förbundsrepubliken Tyskland, å sin sida, vidhöll sin ståndpunkt i en skrivelse av den 19 februari 2007.

15 Kommissionen beslutade mot denna bakgrund att väcka förevarande talan.

Talan

Upptagande till sakprövning

Parternas argument

16 Förbundsrepubliken Tyskland har gjort gällande att talan ska tas upp till sakprövning, inte minst eftersom den rör en anmärkning avseende åsidosättande av artikel 49 EG.

17 Denna medlemsstat har i detta avseende gjort gällande att den hade fog för att anta att kommissionen, genom sin underlåtenhet att vidta åtgärder mellan november 1997 och juni 2004, det vill säga under sju år, inte längre vidhöll sin anmärkning. De tyska myndigheternas berättigade förväntningar var desto mer befogade med tanke på att kommissionen, i en skrivelse till de tyska myndigheterna, författad av kommissionären Monti, hade förklarat att den inte var positivt inställd till att det tysk-polska avtalet sades upp, men att den ville vänta till november 1998 för att se om en annan lösning var möjlig. Eftersom kommissionen inte agerade efter detta, hade de tyska myndigheterna fog för att anta att kommissionen inte längre ansåg det föreligga något åsidosättande av artikel 49 EG.

18 Det var först efter att anslutningsfördraget undertecknades, det vill säga efter det att Förbundsrepubliken Tyskland inte längre kunde säga upp det tysk-polska avtalet, utan att bryta mot ”standstill”-klausulen, som kommissionen rättsstridigt vidtog andra rättsliga åtgärder, trots att det var på begäran av just kommissionen som Förbundsrepubliken Tyskland inte hävde det tysk-polska avtalet.

19 Kommissionen har svarat att även om en eventuell orimlig fördröjning av det administrativa förfarandet enligt artikel 226 EG skulle kunna försvåra för den berörda medlemsstaten att bemöta kommissionens argument och således åsidosätta medlemsstatens rätt till försvar, är detta inte fallet här. Att inte agera inom ramen för ett kompletterande motiverat yttrande eller att inte agera inom en kortare frist ger dessutom inte upphov till några berättigade förväntningar för den berörda medlemsstaten om att förfarandet avslutats.

20 Kommissionen har tillagt att det i den i punkt 17 i denna dom nämnda skrivelsen från kommissionär Monti tydligt anges att kommissionen inte har för avsikt att lägga ner förfarandet med hänsyn till reglerna på den inre marknaden och att den aldrig gett sken av att vilja dra tillbaka sin anmärkning.

Domstolens bedömning

21 Enligt fast rättspraxis är det kommissionen som ska bedöma när det är lämpligt att väcka talan mot en medlemsstat, varvid de överväganden som ligger till grund för ett sådant val inte kan påverka frågan huruvida talan kan upptas till sakprövning (se, bland annat, dom av den 1 juni 1994 i mål C-317/92, kommissionen mot Tyskland, REG 1994, s. I-2039, punkt 4).

22 Kommissionen behöver inte iaktta någon viss tidsfrist vid tillämpningen av artikel 226 EG, under förutsättning att det administrativa förfarande som föreskrivs i denna bestämmelse inte tar orimligt lång tid i anspråk och gör det mycket svårare för den berörda medlemsstaten att bemöta kommissionens argument och därigenom medför att dess rätt till försvar åsidosätts. Det ankommer på den berörda medlemsstaten att styrka ett sådant åsidosättande (se, bland annat, dom av den 18 juli 2007 i mål C-490/04, kommissionen mot Tyskland, REG 2007, s. I-6095, punkt 26).

23 I förevarande fall har Förbundsrepubliken Tyskland inte styrkt att den ovanligt långa tid som förflutit har påverkat medlemsstatens försvar.

24 Såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 21 i sitt förslag till avgörande var den omständigheten att ”standstill”-klausulen trädde i kraft under det administrativa förfarandet, vilket enligt Tyskland har lett till att denna medlemsstat inte längre kan upphäva det tysk-polska avtalet, inte i sig av sådan natur att det blir svårare för denna medlemsstat att bemöta kommissionens argument i samband med invändningen avseende åsidosättandet av artikel 49 EG. Till detta kommer, såsom kommissionen påpekat, att den kompletterande formella underrättelsen av den 10 april 2006 och det kompletterande motiverade yttrandet, i vilka de ursprungliga anmärkningarna

i huvudsak upprepades, gav Förbundsrepubliken Tyskland möjlighet att med full vetskap om omständigheterna framföra skälen till varför den bestrider denna anmärkning.

25 Fördragsbrottsförfarandet grundas dessutom på ett objektivt konstaterande av att en medlemsstat inte har iakttagit sina skyldigheter enligt gemenskapsrätten. En medlemsstat kan i ett sådant fall som det förevarande inte med framgång åberopa principen om skydd för berättigade förväntningar för att hindra en sådan fastställelse. Att godta en sådan invändning skulle vara oförenligt med syftet med det förfarande som föreskrivs i artikel 226 EG (se, bland annat, dom av den 24 april 2007 i mål C-523/04, kommissionen mot Österrike, REG 2007, s. I-3267, punkt 28).

26 Det framgår nämligen av domstolens rättspraxis att den omständigheten, att kommissionen underlåter att agera omedelbart eller kort tid efter det motiverade yttrandet inte kan ge den berörda medlemsstaten berättigade förväntningar om att fördragsbrottsförfarandet har avslutats (se, bland annat, domen av den 1 juni 1994 i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkt 4). Detta gäller än mer när det som i förevarande fall har konstaterats att det under den påstådda tiden av inaktivitet har vidtagits åtgärder, bland annat inom ramen för det i punkt 10 i denna dom nämnda tysk-polska avtalet, för att hitta en lösning som skulle kunna undanröja det påstådda fördragsbrottet.

27 Mot bakgrund av att kommissionen inte på något sätt har antytt att den avsåg att lägga ner det inledda fördragsbrottsförfarandet, vare sig i kommissionär Montis i punkterna 17 och 20 i denna dom nämnda skrivelse eller under något annat skede av förfarandet, vilket Förbundsrepubliken Tyskland inte har bestritt, kan denna medlemsstat inte göra gällande att kommissionen har åsidosatt principen om berättigade förväntningar genom att inte lägga ner nämnda förfarande.

28 Av detta följer att Förbundsrepubliken Tysklands invändning om rättegångshinder ska avslås, varför kommissionens talan ska upptas till sakprövning.

Prövning i sak

Den första anmärkningen

— Parternas argument

29 Kommissionen har gjort gällande att de tyska myndigheterna, genom att tolka uttrycket ”företag från den andra sidan” på så sätt att det endast avser tyska företag, har hindrat företag från andra medlemsstater, som vill utföra arbeten i Tyskland, från att ingå avtal med polska entreprenörer, såvida dessa företag från andra medlemsstater inte har bildat ett dotterbolag i Tyskland. Denna felaktiga tolkning medför att nämnda företag avskräcks från att utnyttja sin i artikel 49 EG garanterade frihet att tillhandahålla tjänster för att i enlighet med det tysk-polska avtalet ingå entreprenadavtal om utförande av arbeten i Tyskland och att utnyttja den kvot polska arbetstagare som föreskrivs i förstnämnda avtal.

30 Kommissionen har gjort gällande att en sådan tolkning av artikel 1.1 i det tysk-polska avtalet utgör en diskriminering som direkt grundar sig på företagets nationalitet eller säte. Detta kan endast motiveras av hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa. Dessa hänsyn kan i sin tur endast åberopas då det är nödvändigt att behålla en diskriminerande åtgärd för att förhindra ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot som påverkar ett grundläggande samhällsintresse. Så är dock inte fallet här.

31 Den enda omständigheten att de företag som önskar ingå entreprenadavtal med en polsk entreprenör inte är etablerade i Tyskland hindrar nämligen inte kontrollen av om det tysk-polska avtalet tillämpas på ett korrekt sätt. Vad gäller nödvändigheten av att säkerställa att företagets ansvar vid utebliven betalning av socialavgifter efterlevs på ett effektivt sätt, har kommissionen påpekat att hänsyn av rent administrativ natur inte utgör tvingande hänsyn till allmänintresset och att sådana hänsyn således inte kan motivera inskränkningar av en grundläggande frihet som garanteras i fördraget.

I motsats till vad Förbundsrepubliken Tyskland har gjort gällande, finns det ingen anledning att befara att en utsträckning av det tysk-polska avtalet till att även omfatta företag i andra medlemsstater skulle leda till eller gynna en olämplig tillämpning eller att det skulle innebära att övergångsbestämmelserna i anslutningsfördraget kringgicks. Dessutom skulle denna farhåga på intet sätt innebära en tillräckligt allvarlig och aktuell risk för den allmänna ordningen eller säkerheten för att motivera en diskriminerande inskränkning av friheten att tillhandahålla tjänster.

32 Kommissionen har slutligen påpekat att en medlemsstat, när den ingår ett bilateralt avtal med ett tredjeland, enligt den grundläggande principen om likabehandling är skyldig att bevilja medborgare i övriga medlemsstater samma förmåner som dess egna medborgare åtnjuter enligt detta avtal, såvida den inte kan anföra sakliga skäl för sin vägran att göra så. Kommissionen har i detta avseende hänvisat till bland annat dom av den 15 januari 2002 i mål C-55/00, Gottardo, REG 2002, s. I-413, punkt 34).

33 Republiken Polen, som har intervenerat till stöd för kommissionen, har bland annat gjort gällande att polska företag på den tyska marknaden, på grund av den tolkning av artikel 1.1 i det tysk-polska avtalet som den tyska administrativa praxisen bygger på, inte kan genomföra avtal som de har ingått med företag i andra medlemsstater än Förbundsrepubliken Tyskland. På samma sätt kan företag etablerade i sådana medlemsstater och som tillhandahåller tjänster i Tyskland inte heller anlita polska företag som underleverantörer. I likhet med kommissionen anser Republiken Polen att denna praxis utgör ett åsidosättande av principen om nationell behandling som inte kan motiveras med något av de skäl som anges i artikel 46 EG. Republiken Polen har även anfört att det inte finns något som hindrar att förmånerna i detta avtal utsträcks till att även omfatta företag i andra medlemsstater än Förbundsrepubliken Tyskland.

34 Förbundsrepubliken Tyskland har anfört att den omstridda tolkningen är förenlig med ordalydelsen i det tysk-polska avtalet. Att det enligt avtalet endast är tyska företag som ges rättigheter utgör inte en förbjuden inskränkning enligt artikel 49 EG. Entreprenörer

från andra medlemsstater har i princip rätt att tillhandahålla tjänster i Tyskland, men de kan inte med stöd av artikel 1.1 i avtalet anlita polska företag vid genomförandet av ett arbete.

35 Med tyska företag som kan åberopa det tysk-polska avtalet avses dessutom alla företag som är etablerade i Tyskland, inklusive filialer till företag från andra medlemsstater.

36 De tyska och de polska företagen befinner sig vidare inte i en jämförbar situation, vilket a priori utesluter förekomsten av en förbjuden diskriminering. Det tysk-polska avtalet är dessutom ett balanserat avtal, grundat på ömsesidighet, ur vilket man således inte hur som helst kan lösgöra särskilda rättigheter för att gynna medborgare i medlemsstater som inte är parter i detsamma. Förbundsrepubliken Tyskland har i dessa båda avseenden hänvisat till bland annat dom av den 5 juli 2005 i mål C-376/03, D. (REG 2005, s. I-5821), punkt 61 och följande punkter.

37 En extensiv tolkning av artikel 49 EG skulle dessutom leda till att övergångsbestämmelserna i anslutningsakten tömdes på sitt innehåll. Sammanhanget i och syftet med dessa bestämmelser var att mildra de effekter som uppstår genom att konkurrensförhållandena är så varierande i de sektorer som har omfattande tjänsteinslag och att hindra störningar på arbetsmarknaden.

38 Även om den tolkning av artikel 1.1 i det tysk-polska avtalet som den tyska administrativa praxisen bygger på skulle anses utgöra en inskränkning, i den mening som avses i artikel 49 EG, skulle denna i vilket fall som helst vara motiverad enligt bestämmelserna i artiklarna 55 EG och 46 EG, eftersom utsträckningen av förmånerna i avtalet till att även omfatta företag som inte är etablerade i Tyskland skulle leda till att man inte utan oproportionerligt höga administrativa kostnader kunde garantera en effektiv kontroll av att avtalet genomfördes korrekt, på samma sätt som man inte heller

kunde garantera att ansvar utkrävs av företag som anlitar en polsk underleverantör för att tillhandahålla tjänster och som inte betalar socialavgifter.

— Domstolens bedömning

39 Det följer av fast rättspraxis att friheten att tillhandahålla tjänster bland annat innebär krav på avskaffande av all diskriminering av en tjänsteleverantör på grund av dennes nationalitet eller den omständigheten att denne är etablerad i en annan medlemsstat än den där tjänsten ska utföras (se dom av den 18 juli 2007 i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkt 83 och där angiven rättspraxis). Villkoret att ett företag ska inrätta ett fast driftställe eller ett dotterbolag i den medlemsstat där tjänsten ska tillhandahållas står i omedelbar kontrast till friheten att tillhandahålla tjänster, eftersom företag följaktligen inte kan tillhandahålla tjänster i denna medlemsstat när de är etablerade i en annan medlemsstat (se, för ett liknande resonemang, bland annat, dom av den 4 december 1986 i mål 205/84, kommissionen mot Tyskland, REG 1986, s. 3755, punkt 52, av den 7 februari 2002 i mål C-279/00, kommissionen mot Italien, REG 2002, s. I-1425, punkt 17, och av den 11 mars 2004 i mål C-496/01, kommissionen mot Frankrike, REG 2004, s. I-2351, punkt 65).

40 I detta avseende ska det konstateras att artikel 1.1 i det tysk-polska avtalet, såsom det har tolkats i den tyska administrativa praxisen, ger upphov till en direkt diskriminering, i strid med artikel 49 EG, av tjänsteleverantörer som är etablerade i andra medlemsstater än Förbundsrepubliken Tyskland och som vill sluta entreprenadavtal med ett polskt företag om att tillhandahålla tjänster i Tyskland.

41 Enligt den tolkning av denna artikel som anammats i den tyska administrativa praxisen är det nämligen endast företag med säte eller fast driftställe i Tyskland som kan sluta entreprenadavtal med ett polskt företag och som, i samband med tillhandahållandet av

tjänster i Tyskland, utan hänsyn till övergångsbestämmelserna i anslutningsakten, kan utnyttja den kvot av polska arbetstagare som garanteras i det tysk-polska avtalet.

42 I den mån som Förbundsrepubliken Tyskland har gjort gällande att den omstridda administrativa praxisen är motiverad av den omständigheten att det är fråga om en bestämmelse i ett internationellt bilateralt avtal, påpekar domstolen att medlemsstaterna, vid genomförandet av sina åtaganden enligt internationella konventioner, oavsett om det är fråga om en konvention mellan medlemsstater eller en konvention mellan en medlemsstat och ett eller flera tredjeländer, är skyldiga att iaktta sina skyldigheter enligt gemenskapsrätten, med förbehåll för bestämmelserna i artikel 307 EG (se, bland annat, domen i det ovannämnda målet Gottardo, punkt 33).

43 Domstolen har slagit fast att rubbandet av balansen och ömsesidigheten i en internationell bilateral konvention som har ingåtts mellan en medlemsstat och ett tredjeland förvisso kan utgöra ett sakligt skäl till att den medlemsstat som är part i denna konvention vägrar att låta de förmåner som gäller dess egna medborgare enligt ovannämnda konvention även gälla medborgare i övriga medlemsstater (se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 september 1999 i mål C-307/97, Saint-Gobain ZN, REG 1999, s. I-6161, punkt 60, och domen i det ovannämnda målet Gottardo, punkt 36.

44 I motsats till situationerna i dessa båda mål, och i det ovannämnda målet D., till vilket Förbundsrepubliken Tyskland har hänvisat, gäller emellertid det tysk-polska avtalet, sedan Republiken Polens anslutning till unionen, två medlemsstater. Följaktligen kan bestämmelserna i detta avtal endast tillämpas på förbindelserna mellan dessa stater om de är förenliga med gemenskapsrätten, bland annat med fördragets regler om fri rörlighet för tjänster (se, analogt, bland annat, dom av den 27 september 1988 i mål 235/87, Matteucci, REG 1988, s. 5589, punkterna 16 samt 19–21, och av den 8 september 2009 i mål C-478/07, Budějovický Budvar, REG 2009, s. I-7721, punkterna 97 och 98).

45 Till detta kommer, såsom Republiken Polen med rätta har påpekat, att utsträckningen av rätten att ingå entreprenadavtal med polska underleverantörer till att även omfatta

företag som är etablerade i andra medlemsstater än Förbundsrepubliken Tyskland inte i sig påverkar den kvot som fastställs genom tillämpning av artikel 2.5 i det tysk-polska avtalet.

46 I motsats till vad Förbundsrepubliken Tyskland har gjort gällande finns det inte heller något som tyder på att ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat befinner sig i en annan situation än den som ett företag etablerat i den förra medlemsstaten befinner sig i, vad gäller möjligheten att ingå entreprenadavtal med polska företag om att tillhandahålla tjänster i Tyskland.

47 Dessutom följer det av domstolens rättspraxis att sådana bestämmelser som de som är för handen i det tysk-polska avtalet endast är förenliga med gemenskapsrätten om de kan hänföras till en uttrycklig undantagsbestämmelse, såsom artikel 46 EG, till vilken artikel 55 EG hänvisar (se, bland annat, domen av den 18 juli 2007 i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkt 86).

48 Det framgår av artikel 46 EG, som ska tolkas restriktivt, att diskriminerande bestämmelser kan vara motiverade av hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa (se, bland annat, domen av den 18 juli 2007 i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkt 86).

49 För att sådana hänsyn ska anses motiverande krävs det emellertid att det är fråga om ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot som påverkar ett grundläggande samhällsintresse (se, för ett liknande resonemang, bland annat, dom av den 29 oktober 1998 i mål C-114/97, kommissionen mot Spanien, REG 1998, s. I-6717, punkt 46, och av den 1 oktober 2009 i mål C-567/07, Woningstichting Sint Servatius, REG 2009, s. I-9021, punkt 28).

50 För att motivera förbudet för polska företag att utstationera polska arbetstagare inom ramen för entreprenadavtal som har ingåtts med företag som inte har säte eller fast driftställe i Tyskland, har Förbundsrepubliken Tyskland åberopat nödvändigheten av

att säkerställa en effektiv kontroll av att det tysk-polska avtalet tillämpas korrekt, vilket, enligt denna stat, inte utan orimliga administrativa kostnader är möjligt vad gäller företag som är etablerade i andra medlemsstater. Förbundsrepubliken Tyskland har vidare gjort gällande att det är särskilt problematiskt att driva in socialförsäkringsavgifter från företag som enligt tyska bestämmelser är ansvariga för betalningen av dessa belopp, om dessa företag inte har något fast driftställe i Tyskland.

51 Förbundsrepubliken Tyskland har därmed inte kunnat frambringa något övertygande argument som skulle kunna omfattas av skälen i artikel 46 EG. Ekonomiska överväganden och blott praktiska svårigheter i genomförandet av det tysk-polska avtalet kan i vilket fall som helst inte rättfärdiga inskränkningar i en grundläggande rättighet (se, analogt, bland annat, dom av den 26 januari 1999 i mål C-18/95, REG 1999, s. I-345, punkt 45) och, än mindre, att undantag görs med stöd av artikel 46 EG, som förutsätter ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot som påverkar ett grundläggande samhällsintresse.

52 Domstolen konstaterar slutligen att utsträckningen av rätten att ingå entreprenadavtal med polska företag till att även omfatta företag som är etablerade i andra medlemsstater, så att dessa ska kunna utnyttja den kvot av polska arbetstagare som fastställs i artikel 2.5 i det tysk-polska avtalet, medför inte den påstådda risk för kringgående av de övergångsbestämmelser som till förmån för Förbundsrepubliken Tyskland har införts i anslutningsakten för att hindra allvarliga störningar på den tyska arbetsmarknaden, eftersom antalet arbetstillstånd som beviljas polska arbetstagare i vilket fall som helst inte påverkas av en sådan utsträckning till förmån för företag som är etablerade i dessa andra medlemsstater.

53 Mot denna bakgrund ska talan bifallas såvitt avser den första anmärkningen.

Den andra anmärkningen

— Parternas argument

54 Kommissionen har gjort gällande att det är tveksamt om klausulen om skydd för arbetsmarknaden i informationsblad 16a kan grundas på artikel 2.5 i det tysk-polska avtalet samt att den strider mot ”standstill”-klausulen.

55 I enlighet med denna ”standstill”-klausul får inskränkningar som redan fanns när anslutningsfördraget undertecknades, det vill säga den 16 april 2003, inte utökas, oavsett om detta görs med stöd av existerande tillämpliga bestämmelser eller bestämmelser som har antagits efter detta datum, eftersom klausulens ändamålsenliga verkan annars skulle äventyras. Sedan den 16 april 2003 har den förteckning över distrikt som omfattas av klausulen om skydd för arbetsmarknaden i informationsblad 16a kompletterats med nya distrikt, däribland Bremerhaven, Bochum, Dortmund, Duisburg, Essen, Wuppertal, Dresden, Köln, Oberhausen och Recklinghausen. Tillämpningen av denna klausul innebär således en betydande försämring för polska arbetstagare med avseende på deras tillgång till den tyska arbetsmarknaden jämfört med situationen före det datum då anslutningsfördraget undertecknades, vilket klart och tydligt strider mot ”standstill”-klausulen.

56 Republiken Polen har bland annat påpekat att klausulen om skydd för arbetsmarknaden i informationsblad 16a inte innebär ett genomförande av artikel 2.5 i det tysk-polska avtalet, eftersom klausulens syfte inte är att låta antalet arbetstagare i ett givet distrikt vara avhängigt av om det redan finns en koncentration av kontraktsanställda arbetstagare där, utan att förhindra att entreprenadavtal över huvud taget ingås. Införandet av nya distrikt på den förteckning som upprättats av Förbundsrepubliken Tysklands federala arbetsförmedling görs dessutom på grundval av hur hög arbetslösheten är där och inte på grundval av koncentrationen av polska arbetstagare som har utstationerats där för att fullgöra entreprenadavtal.

57 Förbundsrepubliken Tyskland har svarat att det visserligen inte är av relevans för bedömningen av situationen mot bakgrund av gemenskapsrätten huruvida artikel 2.5 i det tysk-polska avtalet har genomförts korrekt genom klausulen om skydd för arbetsmarknaden i informationsblad 16a, men att så är fallet här.

58 Denna klausul om skydd för arbetsmarknaden strider dessutom inte mot ”standstill”-klausulen. I förhållande till denna senare klausul är det nämligen endast viktigt att rättsläget eller den administrativa praxisen inte har förändrats negativt sedan anslutningsfördraget undertecknades, varvid Förbundsrepubliken Tyskland har hänvisat till dom av den 11 maj 2000 i mål C-37/98, Savas (REG 2000, s. I-2927), punkt 69, av den 20 september 2007 i mål C-16/05, Tum och Dari (REG 2007, s. I-7415), punkt 49, av den 21 oktober 2003 i de förenade målen C-317/01 och C-369/01, Abatay m.fl. (REG 2003, s. I-12301), punkt 81, av den 1 juni 1999 i mål C-302/97, Konle (REG 1999, s. I-3099), punkt 52 och följande punkter, och av den 24 maj 2007 i mål C-157/05, Holböck (REG 2007, s. I-4051), punkt 41.

59 Tillämpningen av klausulen om skydd för arbetsmarknaden, vars lydelse förblivit oförändrad sedan den 4 januari 1993, har i förhållande till Republiken Polen varken medfört en negativ förändring av rättsläget eller en ändring av den administrativa praxisen. Det är endast situationen på den tyska arbetsmarknaden som har förändrats sedan ikraftträdandet av ”standstill”-klausulen. Ett åsidosättande av en sådan klausul kan omöjligtvis föreligga när myndigheterna, som i förevarande fall, tillämpar en oförändrad bestämmelse på samma sätt som hittills.

— Domstolens bedömning

60 Enligt klausulen om skydd för arbetsmarknaden i informationsblad 16a, vars lydelse bevisligen förblivit oförändrad sedan år 1993, är entreprenadavtal i samband med vilka det används utländska arbetstagare i princip förbjudna när arbetet ska utföras inom ett av Förbundsrepubliken Tysklands federala arbetsförmedlings distrikt, där den genomsnittliga arbetslösheten under de föregående sex månaderna har överstigit den

totala arbetslösheten i Förbundsrepubliken Tyskland med åtminstone 30 procent. Förteckningen över de distrikt som klausulen avser uppdateras kvartalsvis.

61 Såsom Förbundsrepubliken Tyskland med rätta har påpekat i sin första anmärkning ankommer det inte på domstolen att avgöra huruvida den ovannämnda klausulen, och det sätt på vilket de tyska myndigheterna tillämpar den, utgör en korrekt tillämpning av artikel 2.5 i det tysk-polska avtalet, utan snarare att, såsom kommissionen har gjort gällande, undersöka om denna klausul och det sätt på vilket de tyska myndigheterna tillämpar den strider mot ”standstill”-klausulen.

62 Enligt punkt 13 i kapitel 2 i bilaga XII till anslutningsakten får Förbundsrepubliken Tyskland göra avsteg från artikel 49 första stycket EG i syfte att, i samband med tillhandahållande av tjänster av företag som är etablerade i Polen, begränsa tillfällig rörlighet för arbetstagare vars rätt att arbeta i Tyskland omfattas av nationella bestämmelser. Detta undantag har som syfte att låta Förbundsrepubliken Tyskland hantera allvarliga störningar eller risk för sådana störningar i särskilda känsliga tjänstesektorer på dess arbetsmarknad, som i vissa områden skulle kunna uppstå genom att tjänster tillhandahålls transnationellt, och så länge denna medlemsstat genom övergångsbestämmelser tillämpar nationella bestämmelser eller bestämmelser som följer av bilaterala överenskommelser avseende polska arbetstagares fria rörlighet.

63 Nämnda punkt 13 innehåller dessutom en ”standstill”-klausul enligt vilken tillämpningen av denna punkt inte ska leda till villkor för arbetstagares tillfälliga rörlighet inom ramen för transnationellt tillhandahållande av tjänster mellan Tyskland och Polen som är mer restriktiva än vad som gällde vid undertecknandet av anslutningsfördraget.

64 Tvärtemot vad kommissionen har gjort gällande strider det inte mot ”standstill”-klausulen att efter detta datum införa nya distrikt på den förteckning över distrikt i vilka entreprenadavtal enligt det tysk-polska avtalet inte är tillåtna.

65 Enligt denna klausul är det nämligen förbjudet att införa villkor ”som är mer restriktiva” för arbetstagares tillfälliga rörlighet än vad som gällde vid undertecknandet av anslutningsfördraget. Detta är emellertid inte fallet när antalet polska arbetstagare som kan utstationeras för att tillhandhålla tjänster i Tyskland endast minskas som en följd av att en klausul, vars lydelse förblivit oförändrad, har tillämpats efter denna tidpunkt på en förändrad faktisk situation på arbetsmarknaden. Såsom Förbundsrepubliken Tyskland med rätta har anfört är förteckningen – som uppdateras kvartalsvis – över de distrikt som omfattas av förbudet som följer av klausulen om skydd för arbetsmarknaden i informationsblad 16a i detta sammanhang endast av fastställande karaktär, varvid det varken har uppstått någon försämring av rättsläget eller någon negativ förändring av den tyska administrativa praxisen.

66 Denna slutsats är förenlig med ändamålet i sådana ”standstill”-klausuler, närmare bestämt att förhindra att en medlemsstat antar nya bestämmelser som syftar eller leder till mer restriktiva villkor än vad som gällde före det datum då dessa klausuler trädde i kraft (se, för ett liknande resonemang, bland annat, domen i det ovannämnda målet Savas, punkt 69, och dom av den 17 september 2009 i mål C-242/06, Sahin, REG 2009, s. I-8465, punkt 63).

67 Mot denna bakgrund kan talan inte vinna bifall såvitt avser den andra anmärkningen.

68 Med hänsyn till samtliga ovan angivna överväganden ska det fastställas att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 49 EG, genom att i sin administrativa praxis tolka uttrycket ”företag från den andra sidan”, i artikel 1.1 i det tysk-polska avtalet, såsom ”tyska företag”.

Rättegångskostnader

69 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Enligt artikel 69.3 i rättegångsreglerna kan domstolen, om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter, eller om särskilda omständigheter motiverar det, besluta att kostnaderna ska delas eller att vardera parten ska bära sin kostnad.

70 I förevarande fall ska kommissionen och Förbundsrepubliken Tyskland bära sina rättegångskostnader.

71 I enlighet med artikel 69.4 i rättegångsreglerna ska Republiken Polen bära sin rättegångskostnad.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (tredje avdelningen) följande:

1) **Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 49 EG, genom att i sin administrativa praxis tolka uttrycket ”företag från den andra sidan”, i artikel 1.1 i avtalet mellan Förbundsrepubliken Tysklands regering och Republiken Polens regering av den 31 januari 1990 om utstationering av arbetstagare från polska företag för utförande av arbete, i dess lydelse av den 1 mars och den 30 april 1993, såsom ”tyska företag”.**

2) **Talan ska ogillas i övrigt.**

3) Europeiska kommissionen och Förbundsrepubliken Tyskland ska bära sina rättegångskostnader.

4) Republiken Polen ska bära sin rättegångskostnad.

Underskrifter