Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
Y. BOT
fremsat den 8. maj 2014[1]

Sag C-91/13

Essent Energie Productie BV
mod
Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Raad van State (Nederlandene))

»Associeringsaftale EØF-Tyrkiet — artikel 13 i associeringsrådets afgørelse nr. 1/80 — tillægsprotokollens artikel 41 — »standstill«-klausuler — anvendelsesområde — fri udveksling af tjenesteydelser — artikel 56 TEUF og 57 TEUF — udstationering af arbejdstagere — tredjelandsstatsborgere — krav om beskæftigelsestilladelse ved tilrådighedsstillelse af arbejdskraft«

1. Denne anmodning om præjudiciel afgørelse er forelagt i forbindelse med en tvist mellem Essent Energie Productie BV (herefter »Essent«) og Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (social- og arbejdsministeren, herefter »ministeren«) vedrørende en bøde, som den sidstnævnte har pålagt, fordi den førstnævnte havde fået udført arbejde af arbejdssøgende tredjelandsstatsborgere uden beskæftigelsestilladelse.

2. Essent er et nederlandsk selskab, som gav BIS Industrial Services Nederland BV (herefter »BIS«), ligeledes etableret i Nederlandene, i opdrag at opsætte stilladser i Essents filial i Geetruidenberg (Nederlandene).

3. Ifølge en rapport udarbejdet af arbejdsinspektionen blev det i forbindelse med en kontrol i denne filial, der blev udført den 15., 19. og 20. maj 2008, konstateret, at 33 tredjelandsstatsborgere, herunder 29 tyrkiske statsborgere, tre statsborgere fra det tidligere Jugoslavien og en marokkansk statsborger, havde været beskæftiget med dette arbejde i perioden fra den 1. januar til den 20. maj 2008.

4. Ifølge den samme rapport var de udenlandske arbejdstagere udlejet til BIS af Ekinci Gerüstbau GmbH (herefter »Ekinci«), et tysk selskab med hjemsted i Köln, hvor disse arbejdstagere var ansat, uden at der var blevet udstedt nogen beskæftigelsestilladelse i dette øjemed.

5. Ved afgørelse af 11. maj 2010 pålagde ministeren Essent en bøde på 264 000 EUR for tilsidesættelse af artikel 2, stk. 1, i Wet arbeid vreemdelingen (lov om beskæftigelse af udlændinge), af 21. december 1994[2] i den udgave, der var gældende på tidspunktet for tvisten i hovedsagen (herefter »Wav 1994«), med den begrundelse, at Essent ved udførelsen af det pågældende arbejde havde beskæftiget udenlandske arbejdstagere uden beskæftigelsestilladelse, selv om dette var et krav ifølge nederlandsk lov.

6. Essent påklagede dette bødeforlæg.

1 — Originalsprog: fransk.
2 — Stb. 1994, nr. 959.

7. Ved en afgørelse af 22. december 2010 afviste ministeren at imødekomme klagen med den begrundelse, at Ekincis ydelse udelukkende havde bestået i at stille arbejdskraft til rådighed som omhandlet i artikel 1, stk. 3, litra c), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/71/EF af 16. december 1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser [3], og at Essent som opdragsgiver og udlændingenes arbejdsgiver som omhandlet i Wav 1994's forstand burde have rådet over beskæftigelsestilladelser til disse.

8. Ved dom af 27. september 2011 frifandt Rechtbank 's-Hertogenbosch (Nederlandene) ministeren i den sag, der var anlagt af Essent. Rechtbank fastslog bl.a., med henvisning til dommen i sagen Vicoplus m.fl. [4], at ministeren med føje havde pålagt Essent en bøde på grund af manglende beskæftigelsestilladelse, selv om ydelsen leveret af Ekinci udelukkende bestod i udstationering af arbejdskraft som omhandlet i artikel 1, stk. 3, litra c), i direktiv 96/71.

9. Til grund for denne konklusion lagde Rechtbank 's-Hertogenbosch den anskuelse, at selv om dom Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64) drejede sig om en tjenesteydelse, der bestod i udstationering af polsk arbejdskraft, kunne det heraf udledes, at artikel 56 TEUF og 57 TEUF i en situation, hvor arbejdssøgende tredjelandsstatsborgere stilles til rådighed, ikke var til hinder for en medlemsstats lovgivning – i dette tilfælde artikel 2, stk. 1, i Wav 1994, som kræver, at disse arbejdstagere har fået udstedt en beskæftigelsestilladelse.

10. Essent appellerede denne dom til Raad van State (Nederlandene).

11. Ligesom Rechtbank 's-Hertogenbosch er den forelæggende ret af den opfattelse, at det kan udledes af dom Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64), at artikel 56 TEUF og 57 TEUF ikke er til hinder for, at en medlemsstat stiller indhentelse af en beskæftigelsestilladelse som betingelse for udstationering som omhandlet i artikel 1, stk. 3, litra c), i direktiv 96/71 af arbejdssøgende statsborgere fra et tredjeland på denne stats område. Ifølge den forelæggende ret fremgår svaret på spørgsmålet om, hvorvidt kravet om en sådan beskæftigelsestilladelse er foreneligt med artikel 56 TEUF og 57 TEUF, tydeligt af dom Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64), hvorfor den ikke anser det for nødvendigt at stille Domstolen spørgsmål om dette aspekt.

12. Det er ud fra en anden synsvinkel, den har besluttet at forelægge Domstolen et spørgsmål, nemlig hvordan dels artikel 41 i tillægsprotokollen [5] til associeringsaftalen EØF-Tyrkiet [6], dels artikel 13 i associeringsrådets afgørelse nr. 1/80 af 19. september 1980 om udvikling af associeringen (herefter »afgørelse nr. 1/80«) skal fortolkes.

13. Disse to artikler indeholder en standstill-klausul, hvorved medlemsstaterne – fra tidspunktet for bestemmelsernes ikrafttræden – ikke må indføre nye restriktioner for etableringsfriheden, den frie udveksling af tjenesteydelser og arbejdskraftens frie bevægelighed mellem Republikken Tyrkiet og Den Europæiske Unions medlemsstater.

14. Nærmere bestemt fastsættes følgende i tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, som indgår i afsnit II, kapitel II:

»De kontraherende parter afholder sig fra indbyrdes at indføre nye restriktioner, der hindrer etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser.«

3 — EFT 1997 L 18, s. 1.

4 — C-307/09 – C-309/09, EU:C:2011:64.

5 — Undertegnet den 23.11.1970 i Bruxelles og indgået, godkendt og bekræftet på Fællesskabets vegne ved Rådets forordning (EØF) nr. 2760/72 af 19.12.1972 (*Samling af Aftaler indgået af De Europæiske Fællesskaber*, bind 3, s. 581, herefter »tillægsprotokollen«). Tillægsprotokollen trådte i kraft den 1.1.1973 vedrørende den europæiske del af Nederlandene.

6 — Undertegnet den 12.9.1963 i Ankara dels af Republikken Tyrkiet, dels af EØF's medlemsstater og Fællesskabet og indgået, godkendt og bekræftet på Fællesskabets vegne ved Rådets afgørelse 64/732/EØF af 23.12.1963 (*Samling af Aftaler Indgået af De Europæiske Fællesskaber*, bind 3, s. 541).

15. Artikel 13 i afgørelse nr. 1/80 har følgende ordlyd:

»Fællesskabets medlemsstater og Tyrkiet må ikke indføre nye begrænsninger for så vidt angår vilkårene for adgang til beskæftigelse for arbejdstagere og deres familiemedlemmer, der på nævnte landes områder har opnået opholds- og arbejdstilladelse i henhold til gældende lovgivning.«

16. I henhold til denne afgørelses artikel 16, stk. 1, finder denne bestemmelse anvendelse fra den 1. december 1980.

17. Den forelæggende ret ønsker bl.a. oplyst, hvorvidt begrebet »arbejdsgiver«, som det fortolkes i nederlandsk ret, udgør en ny begrænsning i disse bestemmelsers forstand.

18. Lad os kaste et nærmere blik på de omdiskuterede bestemmelser i nederlandsk lovgivning.

19. Den 1. december 1980 var beskæftigelse af udlændinge i Nederlandene reguleret ved Wet arbeid buitenlandse werknemers (lov om beskæftigelse af udenlandske arbejdstagere) af 9. november 1978 [7].

20. I henhold til artikel 1, litra b), nr. 1, i Wabw forstås ved arbejdsgiver, med henblik på anvendelsen af bestemmelserne i eller i henhold til denne lov enhver person, som ved en ansættelsesaftale er knyttet til en anden med henblik på udførelsen af et arbejde, medmindre denne anden person ikke er blevet udstationeret til tredjemand, og denne udstationering er omfattet af Wet op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten (lov om tilrådighedsstillelse af arbejdskraft) af 31. juli 1965 [8].

21. I henhold til artikel 1, litra b), nr. 3, i Wabw forstås ligeledes ved »arbejdsgiver« enhver person, som en anden person er udstationeret til, hvis loven om tilrådighedsstillelse af arbejdskraft finder anvendelse herpå.

22. I henhold til artikel 4 i Wabw må en arbejdsgiver ikke beskæftige en udlænding uden tilladelse fra den kompetente minister.

23. I henhold til artikel 1.1, litra b), i loven om tilrådighedsstillelse af arbejdskraft forstås ved tilrådighedsstillelse af arbejdskraft udstationering, mod vederlag, af arbejdskraft til en anden med henblik på udførelsen i dennes virksomhed af sædvanligt arbejde på anden måde end i henhold til en med denne indgået arbejdsoverenskomst.

24. Den udgave af Wav 1994, som var gældende, før loven af 25. juni 2009 [9] trådte i kraft den 1. juli 2009, finder anvendelse på denne sag.

25. I henhold til artikel 1, stk. 1, litra b), nr. 1, i Wav 1994 forstås ved en arbejdsgiver en person, som lader en anden person udføre et arbejde ved udøvelse af et embede, et erhverv eller i sin virksomhed.

26. I henhold til artikel 2, stk. 1, i WAV 1994 må en arbejdsgiver ikke beskæftige udlændinge i Nederlandene uden beskæftigelsestilladelse.

27. Dette forbud gælder dog ikke i forhold til udlændinge, som i forbindelse med levering af tjenesteydelser over grænserne midlertidigt udfører et arbejde i Nederlandene for en arbejdsgiver, som er etableret i en anden EU-medlemsstat end Nederlandene, forudsat at der ikke er tale om en levering af tjenesteydelser, der består i tilrådighedsstillelse af arbejdskraft.

7 — Stb. 1978, nr. 737, herefter (»Wabw«).

8 — Stb. 1965, nr. 379, herefter »lov om tilrådighedsstillelse af arbejdskraft«.

9 — Stb. 2009, nr. 265.

28. Endvidere fastsættes det i artikel 3, stk. 1, litra a), i Wav 1994, at dette forbud ikke gælder for en udlænding, som ikke kan opnå beskæftigelsestilladelse i henhold til bestemmelserne i en overenskomst, der er indgået med andre stater, eller i henhold til en beslutning, der er bindende for Nederlandene, og som er truffet af en folkeretlig organisation.

29. Det fremgår af denne redegørelse for de nationale bestemmelser, at arbejdsgiveren, før afgørelse nr. 1/80 trådte i kraft, skulle indhente en beskæftigelsestilladelse som omhandlet i artikel 1, litra b), nr. 1, i Wabw, hvis denne beskæftigede en udlænding på grundlag af en ansættelsesaftale, medmindre udlændingen var blevet udstationeret til tredjemand, og denne udstationering var omfattet af loven om tilrådighedsstillelse af arbejdskraft. I henhold til artikel 1, litra b), nr. 3, i Wabw var det den, som udlændingen var blevet udstationeret til, der var arbejdsgiver i lovens forstand. Heraf følger, at BIS, som Ekinci havde udstationeret udlændingene til, også før ikrafttrædelsen af afgørelse nr. 1/80 ville have været arbejdsgiver med pligt til at indhente beskæftigelsestilladelse.

30. Som den forelæggende ret har anført, følger det af tilblivelseshistorien for artikel 1 og 2 i Wav 1994, at pligten til at have en beskæftigelsestilladelse påhviler den, der faktisk beskæftiger udlændingen, og at denne arbejdsgiver til hver en tid er ansvarlig for, at der foreligger den nødvendige beskæftigelsestilladelse. Om der er tale om en ansættelsesaftale eller et over- og underordnelsesforhold, er ikke relevant. Det er tilstrækkeligt, at der udføres arbejde for en arbejdsgiver i kraft af et opdrag eller ansættelsesforhold, for at der foreligger en faktisk arbejdsgiver. Den forelæggende ret anfører, at denne tilpasning af den nationale lovgivning var nødvendig, fordi arbejdsgiverne i praksis altid havde forsøgt at omgå pligten til at råde over en beskæftigelsestilladelse ved hjælp af skjulte aftaler og indviklede konstruktioner. Den valgte løsning var at bibeholde en vid definition af begrebet »arbejdsgiver«, som kan holdes ansvarlig for manglende beskæftigelsestilladelser til tredjelandsstatsborgere, som er beskæftiget af denne.

31. Henset til dette vide arbejdsgiverbegreb i Wav 1994 er der i en situation som den i hovedsagen omhandlede pligt til at råde over en beskæftigelsestilladelse ikke alene for brugervirksomheden, i dette tilfælde BIS, men også for de andre arbejdsgivere i arbejdsgiverkæden, herunder opdragsgiveren, i dette tilfælde Essent.

32. Den forelæggende ret anfører, at den ser sig stillet over for spørgsmålet, om udvidelsen af arbejdsgiverbegrebet ved Wav 1994 må betragtes som en ny begrænsning som anført i standstill-klausulen i artikel 13 i afgørelse nr. 1/80 samt i tillægsprotokollens artikel 41, og om den bøde, der er pålagt Essent, derfor er i strid med disse bestemmelser. Ifølge Essent medfører udvidelsen af begrebet »arbejdsgiver, som kan holdes ansvarlig for en manglende beskæftigelsestilladelse til udenlandske arbejdstagere, som beskæftiges af denne«, efter de nævnte artiklers ikrafttræden, en begrænsning af tyrkiske arbejdstageres adgang til det nederlandske arbejdsmarked.

33. Før spørgsmålet om, hvorvidt denne udvidelse af arbejdsgiverbegrebet udgør en ny begrænsning, som er i strid med artikel 13 i afgørelse nr. 1/80 og tillægsprotokollens artikel 41, har den forelæggende ret endvidere stillet spørgsmålet, om Essent kan påberåbe sig disse artikler.

34. På denne baggrund har Raad van State besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Kan en opdragsgiver i en situation som den, der foreligger i hovedsagen, hvor opdragsgiveren i henhold til artikel 2, stk. 1, i [Wav 1994] må anses for arbejdsgiver for de pågældende tyrkiske arbejdstagere, over for de nederlandske myndigheder påberåbe sig standstill-klausulen i artikel 13 i afgørelse nr. 1/80 eller standstill-klausulen i tillægsprotokollens artikel 41?

2) a) Skal standstill-klausulen i artikel 13 i afgørelse nr. 1/80 eller standstill-klausulen i tillægsprotokollens artikel 41 fortolkes således, at de er til hinder for indførelsen af et sådant forbud, som omhandles i artikel 2, stk. 1, i [Wav 1994], hvorefter opdragsgivere ikke uden

beskæftigelsestilladelse i Nederlandene må beskæftige arbejdstagere, der er statsborgere i et tredjeland, i dette tilfælde [Republikken] Tyrkiet, såfremt disse arbejdstagere er ansat hos en tysk virksomhed og via en nederlandsk virksomhed, der har lejet dem, arbejder for opdragsgiveren i Nederlandene?

b) Har det derved nogen betydning, at det allerede før ikrafttrædelsen af såvel standstill-klausulen i tillægsprotokollens artikel 41 som standstill-klausulen i artikel 13 i afgørelse nr. 1/80 var blevet forbudt arbejdsgivere at beskæftige udlændinge på grundlag af en ansættelsesaftale uden beskæftigelsestilladelse, og at dette forbud ligeledes før ikrafttrædelsen af standstill-klausulen i artikel 13 i afgørelse nr. 1/80 blev udvidet til virksomheder, der lejer arbejdskraft, og som har fået udlændinge stillet til rådighed?«

I – **Analyse**

35. Det skal påpeges, at den omstændighed, at en national ret formelt har udformet det præjudicielle spørgsmål under henvisning til bestemte EU-retlige bestemmelser, ikke er til hinder for, at Domstolen oplyser denne ret om alle de fortolkningsmomenter, der kan være til nytte ved afgørelsen af den sag, som verserer for denne, uanset om den henviser til dem i sine spørgsmål. Det tilkommer herved Domstolen af samtlige de oplysninger, der er fremlagt af den nationale ret, navnlig af forelæggelsesafgørelsens præmisser, at udlede de EU-retlige elementer, som det under hensyn til sagens genstand er nødvendigt at fortolke [10].

36. Af de grunde, som jeg vil gøre rede for nedenfor, mener jeg således ikke, at artikel 13 i afgørelse nr. 1/80 og tillægsprotokollens artikel 41 er relevante for afgørelsen af hovedsagen.

37. Jeg mener derimod, at den problematik, som rejses i den foreliggende sag, skal behandles på baggrund af artikel 56 TEUF og 57 TEUF.

A – *De gældende EU-regler*

38. Det er ubestridt, at Ekinci er en virksomhed, der er hjemmehørende i Tyskland. Ifølge det tyske handelsregister beskæftiger denne virksomhed sig med opsætning, montering og udlejning af stilladser.

39. Ekinci stillede i en periode fra den 1. januar til den 20. maj 2008 arbejdstagere fra forskellige tredjelande, herunder Republikken Tyrkiet, til rådighed for BIS med henblik på stilladsopsætning.

40. Det er ubestridt, at de pågældende arbejdstagere, som fortrinsvis udgøres af tyrkiske statsborgere, har en opholdstilladelse i Tyskland og arbejder lovligt dér.

1. Hvorfor artikel 13 i afgørelse nr. 1/80 ikke finder anvendelse

41. Ifølge fast retspraksis forbyder den »standstill«-klausul, der er fastsat i artikel 13 i afgørelse nr. 1/80, generelt indførelse af enhver ny foranstaltning, som har til formål eller følge, at en tyrkisk statsborgers udøvelse af arbejdskraftens frie bevægelighed på det nationale område underkastes betingelser, som er mere restriktive end dem, der fandt anvendelse på ham, da afgørelse nr. 1/80 trådte i kraft i forhold til den pågældende medlemsstat [11].

10 — Jf. bl.a. dom Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64, præmis 22 og den deri nævnte retspraksis).

11 — Jf. bl.a. dom Demir (C 225/12, EU:C:2013:725, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis).

42. I øvrigt har Domstolen gentagne gange udtalt, at tyrkiske statsborgere i modsætning til medlemsstaternes statsborgere ikke har ret til fri bevægelighed inden for Unionen, men kun har bestemte rettigheder på en enkelt værtsmedlemsstats område [12].

43. I den foreliggende sag er de tyrkiske arbejdstageres værtsland Forbundsrepublikken Tyskland, hvor de lovligt har ophold og arbejder. Det betyder, at det er i forhold til denne medlemsstat, at disse arbejdstagere kan gøre deres rettigheder i henhold til afgørelse nr. 1/80 gældende.

44. Endvidere vedrører artikel 13 i afgørelse nr. 1/80 de nationale foranstaltninger vedrørende adgang til beskæftigelse. Domstolen har heraf udledt, at denne artikel »[…] ikke [har] til formål at beskytte tyrkiske statsborgere, som allerede er integreret på en medlemsstats arbejdsmarked, men […] netop [kan] finde anvendelse på tyrkiske statsborgere, som endnu ikke nyder rettigheder med hensyn til beskæftigelse og tilsvarende ophold i henhold til artikel 6, stk. 1, i afgørelse nr. 1/80« [13].

45. Endvidere skal jeg gøre opmærksom på, hvad Domstolen fastslog i dommen i sagen. Abatay m.fl. [14] vedrørende tyrkiske lastvognschauffører, som var aflønnet af en virksomhed med hjemsted i Tyrkiet, og som udførte international godstransport i Tyskland. For det første fremhævede den, at disse lastvognschauffører »kun befinder sig på det tyske område i meget begrænsede perioder, alene for på dette område at indføre og aflæsse gods med oprindelse i Tyrkiet eller for på dette område at modtage gods for herefter at transportere det til lande som Tyrkiet, Iran eller Irak« [15]. Derefter fastslog den, at »[…] chaufførerne [efter hver transport vender] tilbage til Tyrkiet, hvor de bor med deres familier, og hvor den virksomhed, der har ansat dem, og som aflønner dem, har hjemsted« [16], hvoraf den udledte, at »[s]ådanne tyrkiske statsborgere […] således på ingen måde [har] til hensigt at integrere sig på arbejdsmarkedet i Forbundsrepublikken Tyskland som værtsmedlemsstat« [17].

46. Ifølge Domstolen »[f]ølger [det] af afgørelse nr. 1/80's opbygning og formål, at på det nuværende udviklingstrin for arbejdskraftens frie bevægelighed inden for rammerne af associeringsaftalen EØF-Tyrkiet [...] har nævnte afgørelse som væsentligste formål den gradvise integration af tyrkiske arbejdstagere [i værtsmedlemsstaten] gennem lovlig beskæftigelse i en i princippet uafbrudt periode« [18].

47. Artikel 13 i afgørelse nr. 1/80 fandt således ikke anvendelse i en situation, hvor arbejdssøgende tyrkiske statsborgere befandt sig midlertidigt i Tyskland, hvilket ikke kunne anses for disse arbejdstageres hensigt om at integrere sig på arbejdsmarkedet i denne medlemsstat.

48. Jeg mener, at det samme gør sig gældende i den foreliggende sag, som drejer sig om arbejdssøgende tyrkiske statsborgere, der lovligt har ophold og arbejder i Tyskland – som derfor er deres værtsmedlemsstat i Unionen – og som er blevet udstationeret på nederlandsk område i en begrænset periode svarende til den tid, arbejdet med stilladsopsætningen, som BIS havde ansvaret for, tager. Efter at have fuldført denne opgave forlod de pågældende arbejdstagere nederlandsk område og tog tilbage til Tyskland. Som den nederlandske regering med rette har fremhævet, var det ikke disse arbejdstageres hensigt at integrere sig på det nederlandske arbejdsmarked. Heraf følger, at artikel 13 i afgørelse nr. 1/80 ikke finder anvendelse for de nederlandske myndigheder i hovedsagen.

12 — Jf. bl.a. dom Derin (C-325/05, EU:C:2007:442, præmis 66 og den deri nævnte retspraksis). Jf. desuden dom Demirkan (C-221/11, EU:C:2013:538, præmis 53).

13 — Dom Sahin (C-242/06, EU:C:2009:554, præmis 51).

14 — C-317/01 og C-369/01, EU:C:2003:572.

15 — Præmis 89.

16 — Ibidem.

17 — Ibidem.

18 — Dom Abatay m.fl. (EU:C:2003:572, præmis 90).

2. Hvorfor tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, ikke finder anvendelse

49. Som det fremgår af ordlyden af tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, fastsætter denne bestemmelse klart, præcist og ubetinget en utvetydig standstill-klausul, som forbyder, at de kontraherende parter indfører nye restriktioner, der begrænser etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser med virkning fra tillægsprotokollens ikrafttrædelsesdato [19].

50. Ifølge Domstolens faste praksis kan tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, anvendes umiddelbart. Tyrkiske statsborgere, der er omfattet af bestemmelsen, kan følgelig for medlemsstaternes domstole påberåbe sig denne bestemmelse [20].

51. Det bemærkes, at »standstill«-klausulen generelt forbyder indførelse af enhver ny foranstaltning, som har til formål eller følge, at en tyrkisk statsborgers udøvelse af nævnte økonomiske friheder på en medlemsstats område underkastes betingelser, som er mere restriktive end dem, der fandt anvendelse på ham, da tillægsprotokollen trådte i kraft i forhold til denne medlemsstat [21].

52. I denne henseende fastslog Domstolen allerede i dom Abatay m.fl. (EU:C:2003:572), at tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, kan gøres gældende af en virksomhed med hjemsted i Tyrkiet, der lovligt præsterer tjenesteydelser i en medlemsstat, og af tyrkiske statsborgere, som er lastvognschauffører og ansat af en sådan virksomhed [22].

53. I den samme dom fastslog Domstolen, at denne bestemmelse var til hinder for, at der i en medlemsstats lovgivning stilles krav om arbejdstilladelse med henblik på præstation af tjenesteydelser på denne stats område, som foretages af en virksomhed, der er etableret i Tyrkiet, og dens ansatte, som er tyrkiske statsborgere, når der ikke blev stillet krav om en sådan tilladelse på det tidspunkt, hvor tillægsprotokollen trådte i kraft i forhold til denne medlemsstat [23].

54. Det fremgår af ordlyden af tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, at denne bestemmelse har til formål at ophæve restriktionerne for den frie udveksling af tjenesteydelser mellem de kontraherende parter [24]. Denne bestemmelse forbyder bl.a. medlemsstaterne at indføre nye hindringer for præstering af tjenesteydelser, der foretages af fysiske eller juridiske personer, der er etableret i Tyrkiet, og for tyrkiske statsborgeres indrejse til en medlemsstat med henblik på dér at præstere tjenesteydelser for en virksomhed, der er etableret i Tyrkiet [25].

55. I tvisten i hovedsagen består den eneste tilknytning til Republikken Tyrkiet i, at størstedelen af de arbejdstagere, som Ekinci har udstationeret i Nederlandene, er tyrkiske statsborgere. Dette tilknytningspunkt er dog ikke tilstrækkeligt til, at den situation, der foreligger i hovedsagen, er omfattet af anvendelsesområdet for tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1.

19 — Jf. navnlig dom Demirkan (EU:C:2013:583, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis).

20 — Ibidem, præmis 38 og den deri nævnte retspraksis.

21 — Ibidem, præmis 39 og den deri nævnte retspraksis.

22 — Præmis 105 og 106.

23 — Præmis 117, sjette led.

24 — Dom Demirkan (EU:C:2013:583, præmis 43 og den deri nævnte retspraksis). I den samme dom anførte Domstolen dog, at »formålet med tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, og den sammenhæng, hvori denne bestemmelse indgår, [er] grundlæggende forskellig fra formålet med artikel 56 TEUF og den sammenhæng, hvori denne bestemmelse indgår, bl.a. for så vidt angår disse bestemmelsers anvendelse på modtagere af tjenesteydelser« (præmis 49). Derfor »[skal] begrebet »fri udveksling af tjenesteydelser« i tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, […] fortolkes således, at det ikke omfatter friheden for tyrkiske statsborgere, som modtagere af tjenesteydelser, til at rejse ind i en medlemsstat for dér at oppebære en tjenesteydelse« (præmis 63).

25 — Jf. vedrørende den sidstnævnte situation dom Soysal og Savatli (C-228/06, EU:C:2009:101).

56. For at det var tilfældet, skulle der have været påvist en økonomisk aktivitet mellem Republikken Tyrkiet og Nederlandene, hvilket der havde været, hvis de tyrkiske statsborgere, som sagen vedrører, havde været uafhængige arbejdstagere, som præsterede tjenesteydelser i denne medlemsstat, eller arbejdstagere, som var udstationeret af en virksomhed med hjemsted i Tyrkiet.

57. Da tvisten i hovedsagen ikke vedrører en tyrkisk statsborgers udøvelse af retten til fri udveksling af tjenesteydelser, mener jeg ikke, at tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, kan finde anvendelse.

3. Spørgsmålet, om artikel 56 TEUF og 57 TEUF finder anvendelse

58. Som anført omtaler den forelæggende ret artikel 56 TEUF og 57 TEUF i sin forelæggelsesafgørelse. Den har imidlertid ikke stillet Domstolen spørgsmål om dette aspekt, da den mener, at det tydeligt kan udledes af dom Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64), at disse artikler ikke er til hinder for, at en medlemsstat stiller indhentelse af en beskæftigelsestilladelse som betingelse for udstationering, som omhandlet i artikel 1, stk. 3, litra c), i direktiv 96/71, af arbejdssøgende statsborgere fra et tredjeland på denne stats område.

59. Jeg mener, at den forelæggende ret med rette overvejer den mulighed, at artikel 56 TEUF og 57 TEUF finder anvendelse. Det fremgår nemlig af Domstolens praksis, at en økonomisk virksomhed, der består i at stille arbejdskraft til rådighed mod betaling, uden at der oprettes arbejdskontrakter mellem brugeren og de ansatte, udgør en erhvervsmæssig virksomhed, der opfylder de i artikel 57, stk. 1, TEUF fastsatte betingelser, og den bør derfor betragtes som en tjenesteydelse i denne bestemmelses forstand [26].

60. I den foreliggende sag er det en virksomhed, der er etableret i Tyskland, der har stillet arbejdstagere til rådighed, og brugervirksomheden er etableret i Nederlandene. En sådan udveksling af tjenesteydelser mellem to virksomheder, der er etableret i to forskellige medlemsstater, er uden tvivl omfattet af anvendelsesområdet for artikel 56 TEUF og 57 TEUF. Den omstændighed, at udstationeringen af arbejdskraft vedrører arbejdstagere, der er tredjelandsstatsborgere, er uden betydning i denne forbindelse. Det fremgår nemlig af Domstolens praksis, at udstationering af arbejdstagere, der er tredjelandsstatsborgere, i forbindelse med udveksling af tjenesteydelser skal ses i forhold til EUF-traktatens regler om den frie udveksling af tjenesteydelser [27].

61. Den forelæggende ret har dog med urette antaget, at Domstolens praksis allerede kan give et klart svar på spørgsmålet om, hvorvidt den nederlandske lovgivning, for så vidt som den kræver, at arbejdssøgende tredjelandsstatsborgere, som er omfattet af en tilrådighedsstillelse mellem to virksomheder etableret i to forskellige medlemsstater, opnår en beskæftigelsestilladelse, er i overensstemmelse med artikel 56 TEUF og 57 TEUF.

62. I modsætning til, hvad den forelæggende ret har anført, mener jeg navnlig ikke, at svaret på spørgsmålet i den foreliggende sag fremgår klart af dom Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64). Jeg skal senere komme nærmere ind på, hvordan den løsning, som Domstolen gav i den nævnte dom, var snævert forbundet med den sammenhæng, sagen indgik i, nemlig anvendelsen af overgangsbestemmelser efter nye medlemsstaters tiltrædelse af Unionen.

26 — Dom Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64, præmis 27 og den deri nævnte retspraksis).

27 — Jf. bl.a. dom Kommissionen mod Luxembourg (C-445/03, EU:C:2004:655).

63. Det primære spørgsmål, der skal afgøres i denne sag, er således endnu ikke besvaret klart af Domstolen, hvilket begrunder, at Domstolen omformulerer den forelæggende rets spørgsmål, for at den kan få et brugbart svar, hvormed den kan afgøre hovedsagen. Domstolen bør således besvare spørgsmålet om, hvorvidt artikel 56 TEUF og 57 TEUF skal fortolkes således, at de er til hinder for en medlemsstats lovgivning, der stiller indhentelse af en beskæftigelsestilladelse som betingelse for udstationering som omhandlet i artikel 1, stk. 3, litra c), i direktiv 96/71 af arbejdssøgende tredjelandsstatsborgere på denne stats område.

64. Som Essent principalt har gjort gældende i sine bemærkninger, bør Domstolen afgøre, om de nederlandske myndigheders krav om beskæftigelsestilladelse i den foreliggende sag, hvor en tysk virksomhed har stillet arbejdssøgende tredjelandsstatsborgere til rådighed for en brugervirksomhed med hjemsted i Nederlandene, som udfører arbejde for en anden virksomhed, der ligeledes har hjemsted i Nederlandene, er foreneligt med artikel 56 TEUF og 57 TEUF.

B – *Spørgsmålet, om den nederlandske lovgivning er forenelig med artikel 56 TEUF og 57 TEUF*

65. Som det fremgår af det ovenstående, er omstændighederne i hovedsagen omfattet af artikel 56 TEUF og 57 TEUF. Før jeg undersøger, om den nederlandske lovgivning er forenelig med disse artikler, vil jeg gøre rede for grundene til, at Essent efter min mening bør anses for at kunne påberåbe sig disse artikler inden for rammerne af hovedsagen.

1. Om Essents mulighed for at påberåbe sig artikel 56 TEUF og 57 TEUF inden for rammerne af hovedsagen

66. Omstændighederne i den foreliggende sag er kendetegnet ved, at der er tale om en kæde af virksomheder. Således har en ordregiver, Essent, anvendt en anden virksomhed, BIS, som underleverandør i forbindelse med opstilling af stilladser hos en af dens filialer. Med henblik på udførelsen af denne opgave henvendte BIS sig til en virksomhed med hjemsted i Tyskland, Ekinci, og anmodede denne om at stille arbejdskraft til rådighed.

67. I denne sammenhæng er den nederlandske lovgivning blevet ændret, således at den pålægger ordregiveren ansvaret, såfremt et arbejde udføres af tredjelandsstatsborgere, som ikke har fået udstedt en beskæftigelsestilladelse. Denne beslutning har de nederlandske myndigheder truffet, fordi de ville forhindre, at kravet om beskæftigelsestilladelse til arbejdssøgende tredjelandsstatsborgere kan omgås, når der er flere virksomheder involveret i udførelsen af et arbejde.

68. I den foreliggende sag har de kompetente nationale myndigheders anvendelse af den nederlandske lovgivning medført, at de kun har pålagt ordregiveren, dvs. Essent, en bøde for manglende beskæftigelsestilladelse. Virksomheden, der har brugt den arbejdskraft, som var stillet til rådighed af Ekinci, dvs. BIS, er ikke blevet pålagt nogen bøde.

69. Dette ville i denne sammenhæng indebære, at EUF-traktatens regler om den frie udveksling af tjenesteydelser mistede deres virkning, hvis Essent, den eneste virksomhed, som de nederlandske myndigheder har draget til ansvar, ikke havde mulighed for at påberåbe sig artikel 56 TEUF og 57 TEUF for at anfægte den bøde, som den er blevet pålagt.

70. Det ville svare til at indrømme, at den omstændighed, at Essent befinder sig øverst i kæden af de relevante virksomheder og derfor ikke er den direkte modtager, som arbejdstagerne er stillet til rådighed for, er til hinder for, at den kan påberåbe sig sit eneste forsvar, nemlig artikel 56 TEUF og 57 TEUF, selv om kravet om beskæftigelsestilladelse til arbejdssøgende tredjelandsstatsborgere, der udstationeres, rent faktisk skal forstås på baggrund af disse artikler.

71. Da ordregiveren i henhold til den nederlandske lovgivning kan holdes ansvarlig for, at de arbejdssøgende tredjelandsstatsborgere ikke har en beskæftigelsestilladelse, er denne således den eneste, som i givet fald kan have fordel af at gøre disse artikler gældende. Hvis ordregiveren ikke kunne det, ville det svare til at indrømme, at den ordning, som er indført ved den nederlandske lovgivning, hvorved ansvaret flyttes op til den øverste i kæden, nemlig ordregiveren, gør det muligt at bibeholde restriktioner for den frie udveksling af tjenesteydelser.

72. Hvis muligheden for at påberåbe sig EUF-traktatens regler om den frie udveksling af tjenesteydelser blev begrænset til de direkte aftalepartnere, ville man herved ignorere, at flere selskaber kan indgå i kæden af underleverandører, sådan som det er tilfældet i den foreliggende sag. Det er faktisk ikke noget særsyn med over fire mellemled mellem arbejdstagerne og bygherren [28].

73. Dette forhold, som er en potentiel kilde til misbrug og omgåelse af sociallovgivningen, er grunden til, at den nederlandske lovgivning giver mulighed for at pålægge ordregiveren ansvaret, såfremt der ikke er søgt om beskæftigelsestilladelser til tredjelandsstatsborgere, der arbejder for en af underleverandørerne.

74. Den nederlandske lovgivning er således en del af den tendens, som kommer til udtryk i den aktuelle debat om en ændring af EU-lovgivningen om udstationering af arbejdstagere, hvor en af de mulige ændringer netop er at give ordregiveren et større ansvar.

75. Den forholdsvis fleksible retspraksis, som Domstolen har udviklet vedrørende personer, som kan påberåbe sig EUF-traktatens regler om arbejdskraftens frie bevægelighed, taler efter min opfattelse for en udvidet tilgang med hensyn til, hvornår artikel 56 TEUF og 57 TEUF kan påberåbes.

76. Med hensyn til arbejdskraftens frie bevægelighed har Domstolen således fastslået, at »[s]elv om det er fastslået, at den i [artikel 45 TEUF] fastsatte ret til fri bevægelighed omfatter arbejdstagere, […] er der intet i dens ordlyd, der gør det muligt at antage, at denne ret ikke også kan påberåbes af andre« [29]. Derfor fastslog den, at »artikel 45 TEUF [kan] påberåbes ikke bare af arbejdstagerne selv, men ligeledes af deres arbejdsgivere. Faktisk må arbejdstagernes ret til at tage ansættelse og at have beskæftigelse uden forskelsbehandling, for at være effektiv og opfylde sit formål, nødvendigvis suppleres af arbejdsgivernes ret til at ansætte arbejdstagere under hensyn til reglerne om arbejdskraftens frie bevægelighed« [30].

77. Domstolen indførte således en sondring mellem personer, der er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 45 TEUF, og personer, som kan gøre denne artikel gældende. For at sikre den effektive virkning af denne artikel, er den anden kategori den største [31].

78. Jeg mener, at den samme logik bør gælde, når det drejer sig om den frie udveksling af tjenesteydelser. Denne grundlæggende frihed bør kunne påberåbes af en person, som ikke formelt er modtageren. På samme måde som arbejdskraftens frie bevægelighed forfølger den frie udveksling af tjenesteydelser også et mål af almen interesse, nemlig oprettelsen af det indre marked. Forfølgelsen af dette mål begrunder, at fordelene i henhold til EU-rettens bestemmelser kan udstrækkes til at omfatte andre personer, som ikke er leverandører eller modtagere af tjenesteydelser, men som ikke desto mindre har en væsentlig tilknytning til en person, som har denne status [32].

28 — Jf. F. Muller, »L'affaire Flamanville: détachement ou fraude sociale?«, *Droit social*, nr. 7/8, 2012, s. 675, på s. 685.

29 — Jf. bl.a. dom Caves Krier Frères (C-379/11, EU:C:2012:798, præmis 28 og den deri nævnte retspraksis).

30 — Jf. bl.a. dom Las (C-202/11, EU:C:2013:239, præmis 18 og den deri nævnte retspraksis).

31 — I dom ITC (C-208/05, EU:C:2007:16) erkendte Domstolen således, at en privat arbejdsformidling, som havde indgået en formidlingsaftale med en arbejdssøgende, direkte kunne påberåbe sig de rettigheder, som en unionsarbejdstager er omfattet af i henhold til artikel 45 TEUF (præmis 25).

32 — Jf. analogt punkt 19 og 21 i generaladvokat Fennelys forslag til afgørelse Clean Car Autoservice (C-350/96, EU:C:1997:587).

79. Hvis Essent ikke havde mulighed for at påberåbe sig artikel 56 TEUF og 57 TEUF, ville det svare til at indrømme, at bestemmelsesmedlemsstaten, med anvendelsen af en bred definition af arbejdsgiverbegrebet, er i stand til at holde EUF-traktatens regler om den frie udveksling af tjenesteydelser i skak og undgå det forbud mod hindringer for denne grundlæggende frihed, som er fastsat i artikel 56 TEUF [33].

80. Under disse omstændigheder bør en ordregiver som Essent kunne påberåbe sig de rettigheder, som ved artikel 56 TEUF og 57 TEUF er direkte indrømmet leverandører og modtagere af tjenesteydelser.

81. Jeg mener ikke, at det i denne forbindelse er afgørende, at hverken Ekinci eller BIS er parter i tvisten i hovedsagen. Det bør ikke overses, at Essent i sin egenskab af ordregiver, som er blevet straffet på grund af manglende beskæftigelsestilladelser, har en interesse i at få en afklaring af spørgsmålet om, hvorvidt kravet om disse tilladelser er foreneligt med artikel 56 TEUF og 57 TEUF. Dette spørgsmål er med andre ord til direkte nytte for afgørelsen af tvisten i hovedsagen, som vedrører lovligheden af den bøde, som er pålagt Essent.

2. Spørgsmålet, om der foreligger en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser

82. Indledningsvis skal det bemærkes, at artikel 56 TEUF i henhold til fast retspraksis ikke blot kræver afskaffelse af enhver form for forskelsbehandling til skade for en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat på grundlag af dennes nationalitet, men også ophævelse af enhver restriktion, også selv om den gælder uden forskel for såvel indenlandske tjenesteydere som tjenesteydere fra andre medlemsstater, der kan være til hinder for eller indebære ulemper for den virksomhed, som udøves af en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat, hvor denne lovligt leverer tilsvarende tjenesteydelser, eller kan gøre denne virksomhed mindre tiltrækkende [34].

83. Hvad angår udstationering af arbejdstagere fra et tredjeland, som foretages af en i Den Europæiske Union etableret virksomhed, der leverer tjenesteydelser, er det allerede blevet fastslået, at en national ordning, hvorefter en virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat kun må levere tjenesteydelser i det pågældende land, hvis den har opnået en tilladelse hertil fra en administrativ myndighed, er en restriktion for denne frihed som omhandlet i artikel 56 TEUF [35].

84. Som nævnt ovenfor må en arbejdsgiver i henhold til artikel 2, stk. 1, i Wav 1994 ikke beskæftige udlændinge i Nederlandene uden beskæftigelsestilladelse. Dette forbud gælder dog ikke i forhold til udlændinge, som i forbindelse med levering af tjenesteydelser over grænserne midlertidigt udfører et arbejde i Nederlandene for en arbejdsgiver, som er etableret i en anden EU-medlemsstat end Nederlandene, forudsat at der ikke er tale om levering af tjenesteydelser, der består i tilrådighedsstillelse af arbejdskraft.

85. Den nederlandske lovgivning foreskriver således en særbehandling af den levering af tjenesteydelser, der består i, at arbejdssøgende tredjelandsstatsborgere stilles til rådighed for en virksomhed med hjemsted i Nederlandene af en virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat. For denne type tjenesteydelser opretholdes kravet om beskæftigelsestilladelse til de arbejdssøgende tredjelandsstatsborgere.

33 — Jf. analogt dom Clean Car Autoservice (C-350/96, EU:C:1998:205, præmis 21).

34 — Jf. bl.a. dom Santos Palhota m.fl. (C-515/08, EU:C:2010:589, præmis 29 og den deri nævnte retspraksis).

35 — Jf. bl.a. dom Kommissionen mod Østrig (C-168/11, EU:C:2006:595, præmis 40 og den deri nævnte retspraksis).

86. På baggrund af Domstolens ovennævnte praksis må det erkendes, at kravet om beskæftigelsestilladelse til arbejdssøgende tredjelandsstatsborgere, som er udstationeret hos en brugervirksomhed som BIS af en virksomhed, der leverer tjenesteydelser, og som er etableret i en anden medlemsstat, som Ekinci, på grund af de administrative byrder, det medfører, udgør en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser, som i princippet er forbudt ved artikel 56 TEUF.

87. For at kunne opnå beskæftigelsestilladelser til arbejdssøgende tredjelandsstatsborgere, som stilles til rådighed for en virksomhed med hjemsted i Nederlandene af en virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat, er der flere betingelser, der skal være opfyldt, bl.a. at det først kontrolleres, at der ikke findes ledig arbejdskraft på det nationale beskæftigelsesmarked, ligesom der også stilles krav vedrørende tidsfrister. Det er altså ikke bare en formalitet. Konkret kan kravet om beskæftigelsestilladelser således medføre, at en virksomhed som Ekinci afskrækkes fra at udøve sin ret til fri udveksling af tjenesteydelser, fordi den er begrænset med hensyn til valg af personale, som den nemt og med kort varsel kan stille til rådighed for en virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat.

3. Om begrundelsen for restriktionen

88. Ifølge fast retspraksis kan en national lovgivning, der vedrører et område, der ikke er genstand for harmonisering på EU-plan, og som gælder uden forskel for enhver person eller ethvert selskab, der driver virksomhed på den pågældende medlemsstats område, til trods for dens restriktive virkning på den frie udveksling begrundes i et tvingende alment hensyn, der ikke allerede tilgodeses i kraft af de bestemmelser, tjenesteyderen er undergivet i den medlemsstat, hvor han er etableret, forudsat at lovgivningen er egnet til at sikre virkeliggørelsen af det formål, den forfølger, og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at opfylde formålet [36].

89. Spørgsmålet om udstationering af arbejdssøgende tredjelandsstatsborgere i forbindelse med en grænseoverskridende levering af tjenesteydelser er ikke harmoniseret på EU-plan. Under disse betingelser skal det derfor undersøges, om de restriktioner for den frie udveksling af tjenesteydelser, som følger af artikel 2, stk. 1, i Wav 1994, synes at være begrundet i et tvingende alment hensyn, og om de i givet fald er nødvendige for effektivt at forfølge dette mål med de egnede midler.

90. Adspurgt herom under retsmødet påberåbte den nederlandske regering sig målet om at beskytte det nationale beskæftigelsesmarked.

91. I denne henseende skal det bemærkes, at selv om hensynet til at undgå forstyrrelser på arbejdsmarkedet er et tvingende alment hensyn [37], har Domstolen gentagne gange fastslået, at »udstationering til en anden medlemsstat med henblik på at levere tjenesteydelser dér af arbejdstagere, der er beskæftiget i en virksomhed, som er etableret i én medlemsstat, […] ikke [sker] med det formål at få adgang til arbejdsmarkedet i denne anden medlemsstat, idet arbejdstagerne vender tilbage til deres hjem- eller bopælsland efter udførelsen af arbejdet [38].

92. Domstolen har dog medgivet, at »en medlemsstat kan kontrollere, at en virksomhed, der er etableret i en anden medlemsstat, og som på medlemsstatens område udstationerer arbejdstagere fra et tredjeland, ikke benytter sig af den frie udveksling af tjenesteydelser med et andet formål end at udføre den pågældende ydelse, f.eks. i form af, at den medbringer sit personale med henblik på at formidle beskæftigelse eller stille arbejdstagerne til rådighed for andre« [39].

36 — Jf. bl.a. dom Santos Palhota m.fl. (EU:C:2010:589, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis).

37 — Jf. bl.a. dom Kommissionen mod Luxembourg (EU:C:2004:655, præmis 38 og den deri nævnte retspraksis).

38 — Jf. bl.a. dom Kommissionen mod Østrig (EU:C:2006:595, præmis 55 og den deri nævnte retspraksis).

39 — Ibidem, præmis 56 og den deri nævnte retspraksis.

93. Ifølge Domstolen »[må] [k]ontrollen hermed […] imidlertid ikke gå ud over de grænser, som [EU-retten] afstikker, herunder navnlig de grænser, der følger af retten til fri udveksling af tjenesteydelser, som ikke må undergraves, og hvis udøvelse ikke af myndighederne kan underlægges betingelser fastsat efter disses frie skøn« [40].

94. Domstolen har gentagne gange fastslået, at kravet om en arbejdstilladelse til tredjelandsstatsborgere, der er udstationeret i forbindelse med en grænseoverskridende levering af tjenesteydelser, som følge af de formaliteter og frister, som det indebærer, kan hæmme den frie udveksling af tjenesteydelser på medlemsstaternes område ved hjælp af udstationerede arbejdstagere fra tredjelande [41]. Da dette krav er uforholdsmæssigt i forhold til formålet, der er at sikre for det første stabiliteten af arbejdsmarkedet i bestemmelsesmedlemsstaten og for det andet den sociale beskyttelse af de udstationerede arbejdstagere, har Domstolen fastslået, at det er i strid med EUF-traktatens regler om fri udveksling af tjenesteydelser.

95. Domstolen har dog endnu ikke haft anledning til at udtale sig specifikt om, hvorvidt det er foreneligt med artikel 56 TEUF og 57 TEUF at opretholde et krav om beskæftigelsestilladelse til arbejdssøgende tredjelandsstatsborgere, når disses udstationering ikke sker accessorisk til en grænseoverskridende levering af tjenesteydelser, men er den eneste genstand for denne levering.

96. For at kunne forstå den nye problematik og dens konsekvenser skal jeg erindre om Domstolens definition af tilrådighedsstillelse af arbejdskraft.

97. I dom Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64) uddybede Domstolen definitionen af den forretning, der som omhandlet i artikel 1, stk. 3, litra c), i direktiv 96/71 består i, at en virksomhed »i sin egenskab af vikarbureau eller i sin egenskab af virksomhed, der stiller en arbejdstager til rådighed, udstationerer en arbejdstager i en brugervirksomhed, der er etableret eller har et forretningssted i en medlemsstat, dersom der inden udstationeringsperioden er indgået en ansættelseskontrakt mellem vikarbureauet eller den virksomhed, som stiller en arbejdstager til rådighed, og arbejdstageren«.

98. I denne dom fastslog Domstolen, at »udstationering af arbejdstagere som omhandlet i artikel 1, stk. 3, litra c), i direktiv 96/71 er en tjenesteydelse, som leveres mod vederlag, hvorom gælder, at den arbejdstager, der er udstationeret, forbliver ansat hos den tjenesteydende virksomhed, uden at der indgås en arbejdskontrakt med brugervirksomheden. Den er kendetegnet ved, at udstationeringen af arbejdstageren i værtsmedlemsstaten udgør selve formålet med den tjenesteydelse, som den tjenesteydende virksomhed udfører, og at arbejdstageren udfører opgaverne under brugervirksomhedens kontrol og ledelse« [42].

99. I lyset af denne definition tilkommer det den forelæggende ret at efterprøve, om sagen rent faktisk drejer sig om tilrådighedsstillelse af arbejdskraft, ifølge de kriterier, Domstolen fastsatte i dom Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64).

100. I henhold til artikel 1.1, litra b), i loven om tilrådighedsstillelse af arbejdskraft forstås ved tilrådighedsstillelse af arbejdskraft udstationering, mod vederlag, af arbejdskraft til en anden med henblik på udførelsen i dennes virksomhed af sædvanligt arbejde på anden måde end i henhold til en med denne indgået arbejdsoverenskomst. Denne definition forekommer at være mindre omfattende end Domstolens definition.

101. Den forelæggende ret bør således sikre sig, at de udenlandske arbejdstagere faktisk har udført deres arbejde under BIS', og ikke under Ekincis, ledelse og tilsyn.

40 — Jf. bl.a. dom Kommissionen mod Luxembourg (EU:C:2004:655, præmis 40 og den deri nævnte retspraksis).

41 — Ibidem, præmis 41.

42 — EU:C:2011:64, præmis 51.

102. Hvis det sidstnævnte var tilfældet, ville der ikke være tale om en tilrådighedsstillelse af arbejdskraft, som opfylder de kriterier, Domstolen opstillede i dom Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64), men en kontrakt om underentreprise [43]. I dette tilfælde er der ingen tvivl om, at Domstolens praksis allerede er til hinder for et krav om beskæftigelsestilladelse til arbejdssøgende tredjelandsstatsborgere, som er udstationeret i forbindelse med levering af tjenesteydelser.

103. Hvis den pågældende levering af tjenesteydelser derimod faktisk og udelukkende består i en tilrådighedsstillelse af arbejdstagere, som opfylder Domstolens kriterier i dom Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64), som det forekommer at være tilfældet i denne sag, er Domstolens praksis tilsyneladende ikke helt afklaret og er derfor nødt til at blive præciseret.

104. Det følger nemlig af Domstolens praksis, at en udveksling af tjenesteydelser, som består i at stille arbejdstagere til rådighed, altid er blevet set som en udveksling af tjenesteydelser med en særlig karakter [44]. Derfor har den været genstand for en særlig behandling med retlige konsekvenser, der har været tilpasset dens særlige karakter.

105. Grundelementerne fra Domstolens retspraksis viser, at tilrådighedsstillelse af arbejdskraft udgør en udveksling af tjenesteydelser af en særlig karakter, da den karakteriseres ved sit formål, som er at bringe arbejdstagere ind på værtsmedlemsstatens arbejdsmarked. Under denne synsvinkel kan tilrådighedsstillelse af arbejdstagere – selv om den udgør en økonomisk virksomhed, der i høj grad falder ind under anvendelsesområdet for EUF-traktatens bestemmelser om den frie udveksling af tjenesteydelser – ikke isoleres fuldstændigt fra problemstillingerne forbundet med arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Unionen.

106. I dom Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64) fremhævede Domstolen den særlige karakter af den levering af tjenesteydelser, der består i at stille arbejdskraft til rådighed. Med henvisning til Webb-dommen [45] gjorde den opmærksom på, at »en sådan virksomhed kan have en indvirkning på arbejdsmarkedet i ydelsesmodtagerens medlemsstat« [46]. For det første kan, ifølge Domstolen, »de arbejdstagere, der er ansat hos de virksomheder, der stiller arbejdskraft til rådighed, i givet fald være omfattet af artikel 45 TEUF – 48 TEUF og de til deres gennemførelse udstedte EU-forordninger« [47]. For det andet »påvirkes såvel forholdene på arbejdsmarkedet som de pågældende arbejdstageres lovlige interesser ved udøvelse af virksomhed med tilrådighedsstillelse af arbejdskraft på grund af den særlige karakter af forholdet mellem arbejdstagere og arbejdsgiver ved denne virksomhedsform« [48].

107. I dom Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64) anførte Domstolen ligeledes, at den, i præmis 16 i Rush Portuguesa-dommen [49], havde konstateret, at »et selskab, der driver virksomhed i form af at stille arbejdskraft til rådighed – selv om et sådant selskab præsterer tjenesteydelser i EUF-traktatens forstand – udøver en virksomhed, der netop har til formål at bringe arbejdstagere ind på arbejdsmarkedet i den pågældende medlemsstat« [50].

108. Ifølge Domstolen »[støttes d]enne konstatering af den omstændighed, at den arbejdstager, der er udstationeret i henhold til artikel 1, stk. 3, litra c), i direktiv 96/71, i den periode, hvor han er stillet til rådighed, typisk placeres i en stilling i brugervirksomheden, der ellers ville være blevet besat af en af dennes ansatte« [51].

43 — Jf. hvad dette angår punkt 62-64 i mit forslag til afgørelse Vicoplus m.fl. (C-307/09 – C-309/09, EU:C:2010:510).

44 — Jeg gjorde rede for dette aspekt i punkt 31-43 i mit forslag til afgørelse Vicoplus m.fl. (EU:C:2010:510), som jeg vil vende tilbage til.

45 — 279/80, EU:C:1981:314.

46 — Dom Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64, præmis 28 og den deri nævnte retspraksis).

47 — Ibidem.

48 — Ibidem (præmis 29 og den deri nævnte retspraksis).

49 — C-113/89, EU:C:1990:142.

50 — Dom Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64, præmis 30).

51 — Ibidem, præmis 31.

109. I lyset af disse særlige kendetegn ved tilrådighedsstillelse af arbejdskraft fastslog Domstolen i dom Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64), at en medlemsstats lovgivning, som stiller indhentelse af en arbejdstilladelse som betingelse for udstationering af arbejdstagere, der er borgere i en anden medlemsstat som omhandlet i artikel 1, stk. 3, litra c), i direktiv 96/71, på denne medlemsstats område, skal anses for »en foranstaltning, der regulerer polske statsborgeres adgang til [den førstnævnte stats] arbejdsmarked som omhandlet i kapitel 2, punkt 2, i bilag XII til tiltrædelsesakten af 2003 [52]«.

110. Domstolen konkluderede ud fra dette, at »[l]ovgivningen, der i denne overgangsperiode, der er fastsat i kapitel 2, punkt 2, i bilag XII til tiltrædelsesakten af 2003, fortsat stiller indhentelse af en arbejdstilladelse som betingelse for at udstationere polske arbejdstagere som omhandlet i artikel 1, stk. 3, litra c), i direktiv 96/71 på denne medlemsstats område, er af denne grund forenelig med artikel 56 TEUF og 57 TEUF« [53].

111. Kan dette ræsonnement automatisk overføres – sådan som den forelæggende ret har foreslået – til en situation som den i hovedsagen omhandlede, hvor kravet om en beskæftigelsestilladelse vedrører udstationering, som omhandlet i artikel 1, stk. 3, litra c), i direktiv 96/71, af tredjelandsstatsborgere?

112. Efter min mening er svaret på dette spørgsmål benægtende.

113. Det bør fremhæves, at Domstolens konklusion i dom Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64) ikke kun var begrundet i den særlige karakter af den tjenesteydelse, som består i at stille arbejdstagere til rådighed, men også i formålet med overgangsbestemmelsen, som Domstolen var blevet anmodet om at fortolke.

114. I denne henseende fastslog Domstolen, at den konklusion, den var nået til, også gjaldt, »når henses til nævnte bestemmelses formål, der er at undgå, at der efter de nye medlemsstaters tiltrædelse af Unionen opstår forstyrrelser på arbejdsmarkedet i de gamle medlemsstater som følge af en pludselig tilgang af et stort antal arbejdssøgende statsborgere fra de nævnte nye stater« [54]. Domstolen tilføjede, at »[d]ette formål […] navnlig [fremgår] af kapitel 2, punkt 5, i bilag XII til tiltrædelsesakten af 2003, idet det i dette punkt fastsættes, at en medlemsstat i tilfælde af, at der forekommer eller er risiko for alvorlige forstyrrelser på arbejdsmarkedet, har mulighed for at fortsætte med at anvende foranstaltninger som omhandlet i samme kapitel 2, punkt 2, indtil udløbet af en periode på syv år efter datoen for Republikken Polens tiltrædelse« [55].

115. Med hensyn til det nævnte formål »forekommer [det] kunstigt at sondre imellem tilstrømning af arbejdstagere til en medlemsstats arbejdsmarked alt efter, om de får adgang til arbejdsmarkedet ved hjælp af tilrådighedsstillelse af arbejdskraft eller direkte og selvstændig adgang, da der i begge tilfælde er tale om ændringer i arbejdsstyrken, der potentielt er betydelige og kan bringe forstyrrelser på dette arbejdsmarked« [56]. »Hvis tilrådighedsstillelse af arbejdskraft blev udelukket fra anvendelsesområdet for kapitel 2, punkt 2, i bilag XII til tiltrædelsesakten af 2003, kunne det derfor føre til, at denne bestemmelse mistede en stor del af sin effektive virkning« [57].

52 — 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 af 2003«).

53 — Dom Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64, præmis 33).

54 — Dom Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis).

55 — Ibidem.

56 — Dom Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64, præmis 35).

57 — Ibidem.

116. I dom Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64) fastslog Domstolen således, at den i artikel 2, stk. 1, i Wav 1994 krævede arbejdstilladelse for levering af tjenesteydelser bestående i at stille arbejdskraft til rådighed, henset til forbeholdet i kapitel 2, punkt 2, i bilag XII til tiltrædelsesakten af 2003 for så vidt angår arbejdskraftens frie bevægelighed, det særlige formål med denne bestemmelse samt nødvendigheden af at opretholde bestemmelsens effektive virkning, var en forholdsmæssig foranstaltning, jf. artikel 56 TEUF og 57 TEUF.

117. Da det specifikke formål, som for bestemmelsesmedlemsstaten for tilrådighedsstillelsen af arbejdskraften bestod i at beskytte sit arbejdsmarked mod en øjeblikkelig og potentielt betydelig tilstrømning af arbejdstagere efter nye medlemsstaters tiltrædelse af Unionen, ikke længere er relevant, rejser det spørgsmålet, om det i forhold til formålet om generelt at bevare et stabilt arbejdsmarked i bestemmelsesmedlemsstaten for tilrådighedsstillelsen af arbejdskraften er forholdsmæssigt at opretholde et permanent krav om arbejdstilladelse for arbejdssøgende tredjelandsstatsborgere, som stilles til rådighed af en virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat.

118. For så vidt som det udgør en form for adgang til denne stats arbejdsmarked, mener jeg således, at mens tilrådighedsstillelse af arbejdstagere kan underlægges et krav om beskæftigelsestilladelse i en overgangsperiode efter nye medlemsstaters tiltrædelse af Unionen, hvor der er en vis, øget risiko for en øjeblikkelig og betydelig forstyrrelse af den pågældende stats arbejdsmarked, udgør det et uforholdsmæssigt indgreb i den frie udveksling af tjenesteydelser at opretholde et permanent krav om en sådan arbejdstilladelse for arbejdssøgende tredjelandsstatsborgere, som stilles til rådighed af en virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat. I det sidstnævnte tilfælde kan der ikke konstateres den samme form for risiko for stabiliteten på arbejdsmarkedet i bestemmelsesmedlemsstaten for tilrådighedsstillelsen af arbejdskraft.

119. Efter min opfattelse drager den forelæggende ret de forkerte konklusioner af præmis 37 i dom Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64). I denne præmis henviste Domstolen til sine tidligere domme og gjorde opmærksom på, at »en medlemsstat med forbehold af de grænser, som EU-retten afstikker, skal kunne kontrollere, at en tjenesteydelse ikke i realiteten består i at stille arbejdskraft til rådighed, for hvilken arbejdskraftens frie bevægelighed ikke finder anvendelse«. Den forelæggende ret foretager en udvidende fortolkning af denne dom og udleder heraf, at artikel 56 TEUF og 57 TEUF ikke er til hinder for, at en medlemsstat stiller indhentelse af en beskæftigelsestilladelse som betingelse for udstationering som omhandlet i artikel 1, stk. 3, litra c), i direktiv 96/71 af arbejdssøgende statsborgere fra et tredjeland på denne stats område.

120. Denne fortolkning svarer til at mene, at da tilrådighedsstillelsen af arbejdskraft medfører, at de pågældende arbejdssøgende tredjelandsstatsborgere får adgang til bestemmelsesmedlemsstatens arbejdsmarked, har denne medlemsstat grundlag for at opretholde sine nationale bestemmelser, der regulerer disse arbejdstageres adgang til dens arbejdsmarked.

121. Her mener jeg, at man går lidt for let hen over den betingelse, som Domstolen udtrykkeligt har fastsat, nemlig at medlemsstaterne under udøvelse af deres kontrolbeføjelser skal respektere de grænser, som EU-retten afstikker. Jeg gør opmærksom på, at Domstolen har fastslået, at disse grænser bl.a. omfatter »de grænser, der følger af retten til fri udveksling af tjenesteydelser, som ikke må undergraves, og hvis udøvelse ikke af myndighederne kan underlægges betingelser fastsat efter disses frie skøn« [58].

122. Selv om medlemsstaterne bør kunne efterprøve, hvilken karakter udstationeringen af arbejdstagere på deres område rent faktisk har, og følgelig anvende passende kontrolforanstaltninger, betyder anerkendelsen af denne beføjelse efter min opfattelse ikke, at medlemsstaterne har grundlag for at opretholde et permanent krav om arbejdstilladelse for arbejdssøgende tredjelandsstatsborgere,

58 — Jf. bl.a. dom Kommissionen mod Luxembourg (EU:C:2004:655, præmis 40 og den deri nævnte retspraksis).

som på deres område stilles til rådighed af en virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat. I modsat fald ville det afskrække en virksomhed som Ekinci fra at stille sine ansatte til rådighed for en virksomhed som BIS. Det ville undergrave den grænseoverskridende udveksling af tjenesteydelser, som består i at stille arbejdstagere til rådighed, når disse er tredjelandsstatsborgere.

123. I øvrigt bør det ikke glemmes, at tilrådighedsstillelse af arbejdstagere udgør en udveksling af tjenesteydelser og som sådan er af midlertidig karakter [59].

124. Følgelig kan den ikke give udstationerede tredjelandsstatsborgere mulighed for varig integration på bestemmelsesmedlemsstatens arbejdsmarked, selv om den ganske vist udgør en form for adgang til dette.

125. Under disse omstændigheder kan bestemmelsesmedlemsstaten ikke stille samtlige krav, som kræves opfyldt, såfremt en arbejdstager har til hensigt at integrere sig fast eller varigt på dens arbejdsmarked.

126. I denne henseende skal jeg gøre opmærksom på, at Domstolen gentagne gange har fastslået, at en medlemsstat ikke kan betinge levering af tjenesteydelser på det pågældende lands område af, at samtlige betingelser for etablering i landet er opfyldt, idet de bestemmelser, som skal sikre den frie udveksling af tjenesteydelser, herved ville blive virkningsløse [60]. Analogt kan en medlemsstat efter min opfattelse ikke betinge levering af tjenesteydelser bestående i tilrådighedsstillelse af arbejdssøgende tredjelandsstatsborgere af, at samtlige betingelser for disse arbejdstageres direkte adgang til dens arbejdsmarked er opfyldt, idet de bestemmelser i EUF-traktaten, som skal sikre den frie udveksling af tjenesteydelser, herved ville blive virkningsløse.

127. Som den nederlandske regering har anerkendt, anvendte BIS kun de pågældende arbejdssøgende tredjelandsstatsborgere med henblik på det specifikke arbejde, der skulle udføres for Essents regning. De udenlandske arbejdstagere opholdt sig således kun i Nederlandene i forbindelse med dette specifikke arbejde. Efter at have fuldført den konkrete opgave forlod disse arbejdstagere nederlandsk område og tog tilbage til Tyskland [61]. Den nederlandske regering konstaterer følgelig selv, at de pågældende tredjelandsstatsborgere i hovedsagen ikke har haft til hensigt at blive integreret på Nederlandenes arbejdsmarked [62].

128. Selv om jeg mener, at en medlemsstats opretholdelse af et permanent krav om arbejdstilladelse for arbejdssøgende tredjelandsstatsborgere, når de stilles til rådighed for en virksomhed med hjemsted i denne medlemsstat af en virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat, i denne sammenhæng udgør et uforholdsmæssigt indgreb i retten til fri udveksling af tjenesteydelser, er det dog i mine øjne yderst vigtigt, at bestemmelsesmedlemsstaten anerkendes kontrolbeføjelser, som er tilpasset den særlige karakter af den tjenesteydelse, som består i at stille arbejdskraft til rådighed.

129. Bestemmelsesmedlemsstaten bør navnlig kunne efterprøve, at en tjenesteydelse bestående i at stille arbejdssøgende tredjelandsstatsborgere til rådighed ikke i virkeligheden anvendes med det formål at omgå dens nationale indvandringslovgivning og nationale lovgivning om tredjelandsstatsborgeres arbejde. Bestemmelsesmedlemsstaten bør med andre ord have mulighed for at værne sig mod et misbrug af den frie udveksling af tjenesteydelser, når den alene anvendes med det formål at omgå de begrænsninger, som medlemsstaterne med rette kan pålægge tredjelandsstatsborgere, der ønsker at udøve lønnet beskæftigelse på deres område.

59 — Jf. vedrørende den midlertidige karakter af de former for virksomhed, der er omfattet af den frie udveksling af tjenesteydelser, dom Gebhard (C-55/94, EU:C:1995:411, præmis 26 og 27).

60 — Jf. bl.a. dom Vander Elst (C-43/93, EU:C:1994:310, præmis 17 og den deri nævnte retspraksis).

61 — Jf. punkt 25 i regeringens indlæg.

62 — Jf. punkt 26 i regeringens indlæg.

130. Blandt de kontrolforanstaltninger, som bestemmelsesmedlemsstaten kan iværksætte, er en kontrol af, at arbejdskraften stilles til rådighed med henblik på udførelsen af en specifik opgave, af begrænset varighed, for en virksomhed med hjemsted i denne stat.

131. Desuden kan bestemmelsesmedlemsstaten med rette iværksætte de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at de arbejdssøgende tredjelandsstatsborgere vender tilbage til deres opholdsmedlemsstat efter udstationeringen.

132. Hvad dette angår skal jeg henvise til de foranstaltninger, som Domstolen har anført som eksempler på foranstaltninger, der er mindre restriktive end en arbejdstilladelse. Den har således nævnt »[f]orpligtelsen for en virksomhed, der leverer tjenesteydelser, til på forhånd at give de lokale myndigheder meddelelse om tilstedeværelsen af en eller flere udstationerede arbejdstagere, den påtænkte periode for denne tilstedeværelse og den eller de tjenesteydelser, der begrunder udstationeringen« [63]. Ifølge Domstolen ville en sådan forpligtelse gøre det »muligt for myndighederne at kontrollere overholdelsen af [bestemmelsesmedlemsstatens] sociallovgivning i udstationeringsperioden under hensyntagen til de forpligtelser, som virksomheden allerede er pålagt i medfør af socialretten i oprindelsesmedlemsstaten« [64].

133. En anden mindre indgribende foranstaltning end en arbejdstilladelse, som Domstolen har nævnt, er »[f]orpligtelsen for en virksomhed, der leverer tjenesteydelser, til at give de lokale myndigheder oplysninger, der attesterer, at de pågældende arbejdstagere opfylder de gældende retsforskrifter navnlig med hensyn til bopæl, arbejdstilladelse og social dækning i den medlemsstat, hvor denne virksomhed har ansat dem« [65]. Ifølge Domstolen ville en sådan forpligtelse »på en mindre indgribende og lige så effektiv måde som [kravet om en arbejdstilladelse give] de pågældende myndigheder sikkerhed for lovmæssigheden af disse arbejdstageres situation og den omstændighed, at disse udøver deres hovedaktivitet i den medlemsstat, hvor den virksomhed, der leverer tjenesteydelser, er etableret. Sammenholdt med de oplysninger, som denne virksomhed meddeler vedrørende den påtænkte periode for udstationeringen […], gør disse angivelser det muligt for [bestemmelsesmedlemsstatens] myndigheder i givet fald at træffe de nødvendige foranstaltninger ved denne periodes udløb« [66].

II – **Forslag til afgørelse**

134. På baggrund af de ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen besvarer Raad van States spørgsmål således:

»Artikel 56 TEUF og 57 TEUF skal fortolkes således, at de er til hinder for en medlemsstats lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, hvorefter udstationering som omhandlet i artikel 1, stk. 3, litra c), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/71/EF af 16. december 1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser på denne stats område af arbejdssøgende tredjelandsstatsborgere gøres betinget af indhentelsen af en arbejdstilladelse.«

63 — Jf. bl.a. dom Kommissionen mod Luxembourg (EU:C:2004:655, præmis 31).

64 — Ibidem, præmis 46.

65 — Ibidem.

66 — Idem.