Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
YVESA BOTA,
predstavljeni 8. maja 2014[1]

Zadeva C-91/13

Essent Energie Productie BV
proti
Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Raad van State (Nizozemska))

„Pridružitveni sporazum EGS-Turčija — Člen 13 Sklepa št. 1/80 Pridružitvenega sveta — Člen 41 Dodatnega protokola — Klavzule ‚standstill' — Področje uporabe — Svoboda opravljanja storitev — Člena 56 PDEU in 57 PDEU — Napotitev delavcev — Državljani tretjih držav — Zahteva za pridobitev delovnega dovoljenja za posredovanje delovne sile"

1. Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki se preučuje, je bil vložen v okviru spora med družbo Essent Energie Productie BV (v nadaljevanju: Essent) in Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (minister za delo in socialne zadeve, v nadaljevanju: Minister) v zvezi z globo, ki ji jo je slednji naložil, ker je izvedbo del poverila delavcem, državljanom tretjih držav, ne da bi bilo za njih izdano dovoljenje za zaposlitev.

2. Essent je družba s sedežem na Nizozemskem, ki je družbo BIS Industrial Services Nederland BV (v nadaljevanju: BIS), tudi s sedežem na Nizozemskem, zadolžila za izvedbo del, katerih predmet je montaža zidarskih odrov v njeni poslovni enoti v Geertruidenbergu (Nizozemska).

3. V poročilu, ki ga je sestavil inšpektorat za delo 8. marca 2010, ko je 15., 19. in 20. maja 2008 v tej poslovni enoti opravil inšpekcijo, je bilo ugotovljeno, da je 33 državljanov tretjih držav, med njimi 29 turških državljanov, trije državljani iz nekdanje Jugoslavije in maroški državljan, med 1. januarjem in 20. majem 2008 sodelovalo pri izvedbi teh del.

4. Iz tega poročila je razvidno, da je družba Ekinci Gerüstbau GmbH (v nadaljevanju: Ekinci), nemško podjetje s sedežem v Kölnu (Nemčija), tuje delavce, ki so bili zaposleni v tem podjetju, napotila v družbo BIS, ne da bi bilo za to izdano kakršno koli delovno dovoljenje.

5. Minister je z odločbo z dne 11. maja 2010 družbi Essent naložil globo v višini 264.000 EUR zaradi kršitve člena 2(1) zakona o delu tujcev (Wet arbeid vreemdelingen) z dne 21. decembra 1994[2] v različici, ki velja v sporu o glavni stvari (v nadaljevanju: Wav 1994), ker je ta družba izvedbo navedenih del poverila tujim delavcem, ne da bi bilo za njih izdano dovoljenje za zaposlitev, čeprav je bilo v skladu z nizozemsko ureditvijo to obvezno.

6. Družba Essent je zoper to odločbo vložila pritožbo.

1 — Jezik izvirnika: francoščina.

2 — Stb. 1994, št. 959.

7. Minister je z odločbo z dne 22. decembra 2010 to pritožbo razglasil za neutemeljeno, ker je bil predmet storitve, ki jo je opravila družba Ekinci, izključno posredovanje delovne sile v smislu člena 1(3)(c) Direktive Evropskega parlamenta in sveta 96/71/ES z dne 16. decembra 1996 o napotitvi delavcev na delo v okviru opravljanja storitev,[3] tako, da bi morala družba Essent, kot naročnik in delodajalec tujih delavcev v smislu Wav 1994, za te imeti delovna dovoljenja.

8. Rechtbank 's-Hertogenbosch (Nizozemska) je s sodbo z dne 27. septembra 2011 zavrnilo tožbo, ki jo je družba Essent vložila zoper navedeno odločbo. To sodišče je med drugim s sklicevanjem na sodbo Vicoplus in drugi[4] presodilo, da je Minister družbi Essent pravilno naložil globo, ker ni bilo izdano nobeno dovoljenje za zaposlitev, čeprav je bila storitev, ki jo je opravila družba Ekinci, le posredovanje dela delavcev v smislu člena 1(3)(c) Direktive 96/71.

9. Rechtbank 's-Hertogenbosch je, da je prišlo do te ugotovitve, menilo, da se je sodba Vicoplus in drugi (EU:C:2011:64) sicer nanašala na opravljanje storitev, katerih predmet je posredovanje dela poljskih delavcev, vendar je bilo mogoče iz tega sklepati, da v položaju, ki se nanaša na posredovanje delavcev, državljanov tretjih držav, člena 56 PDEU in 57 PDEU ne nasprotujeta zakonodaji države članice, v tem primeru členu 2(1) Wav 1994, ki zahteva, da mora biti za te delavce izdano dovoljenje za zaposlitev.

10. Družba Essent se je zoper to sodbo pritožila pri Raad van State (Nizozemska).

11. Predložitveno sodišče tako kot Rechtbank's-Hertogenbosch meni, da je mogoče iz sodbe Vicoplus in drugi (EU:C:2011:64) sklepati, da člena 56 PDEU in 57 PDEU ne nasprotujeta temu, da država članica napotitev, v smislu člena 1(3)(c) Direktive 96/71, delavcev iz tretjih držav na njeno ozemlje pogojuje s pridobitvijo delovnega dovoljenja. Ker vprašanje skladnosti zahteve za pridobitev takega delovnega dovoljenja s členoma 56 PDEU in 57 PDEU po mnenju predložitvenega sodišča jasno izhaja iz sodbe Vicoplus in drugi (EU:C:2011:64), je slednje menilo, da Sodišča o tem ni treba spraševati.

12. Za predložitev zadeve Sodišču se je odločilo iz drugega razloga, in ga prosi za razlago, prvič, člena 41 Dodatnega protokola[5] k Sporazumu o pridružitvi med Evropsko gospodarsko skupnostjo in Turčijo[6], in drugič, člena 13 Sklepa št. 1/80 Pridruženega sveta z dne 19. septembra 1980 o razvoju te pridružitve (v nadaljevanju: Sklep št. 1/80).

13. Ta dva člena vsebujeta klavzulo „standstill", katere namen je, da se državam članicam od njunega začetka veljavnosti prepove uvajanje novih omejitev svobode ustanavljanja, svobode opravljanja storitev in prostega gibanja delavcev med Republiko Turčijo in državami članicami Evropske unije.

14. Natančneje, člen 41(1) Dodatnega protokola iz poglavja II, njegovega naslova II, določa:

„Pogodbenici medsebojno ne uvajata nobenih novih omejitev na področju svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev."

3 — UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 5, zvezek 2, str. 431.

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

5 — Protokol, ki je bil podpisan 23. novembra 1970 v Bruslju ter sprejet, odobren in potrjen v imenu Skupnosti z Uredbo Sveta (EGS) št. 2760/72 z dne 19. decembra 1972 (UL L 293, str. 1, v nadaljevanju: Dodatni protokol). Za evropsko pogodbenico, Kraljevino Nizozemsko, je Dodatni protokol začel veljati 1. januarja 1973.

6 — Sporazum, podpisan 12. septembra 1963 v Ankari, med Republiko Turčijo na eni strani in državami članicami Evropske gospodarske skupnosti in Skupnostjo na drugi strani ter sprejet, odobren in potrjen v imenu Skupnosti s Sklepom Sveta 64/732/EGS z dne 23. decembra 1963 (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 11, zvezek 11, str. 10).

15. Člen 13 Sklepa št. 1/80 določa:

„Države članice Skupnosti in Turčija ne smejo uvesti novih omejitev v zvezi s pogoji dostopa do zaposlitve za delavce in njihove družinske člane, katerih prebivanje in zaposlitev na njihovem ozemlju sta zakonita.“

16. V skladu s členom 16(1) navedenega sklepa ta določba uporablja od 1. decembra 1980.

17. Predložitveno sodišče se med drugim sprašuje, ali pojem delodajalca, kot je bil opredeljen v nizozemskem pravu, pomeni novo omejitev v smislu teh določb.

18. Natančneje poglejmo, katere so tiste določbe nizozemske zakonodaje, o katerih je mogoče razpravljati.

19. Zaposlovanje tujcev na Nizozemskem je 1. decembra 1980 urejal zakon o delu tujih delavcev (Wet arbeid buitenlandse werknemers) z dne 9. novembra 1978.[7]

20. V skladu s členom 1(b), točka 1, Wabw za uporabo določb tega zakona ali določb, ki izhajajo iz njega, za delodajalca velja vsaka oseba, ki je z drugo osebo sklenila pogodbo o zaposlitvi za izvedbo del, razen če ta druga oseba ni napotena k tretji osebi na podlagi zakona o posredovanju delovne sile (Wet op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten) z dne 31. julija 1965.[8]

21. V skladu s členom 1(b), točka 3, Wabw, za delodajalca prav tako velja vsaka oseba, h kateri je napotena druga oseba, če se zakon o posredovanju delovne sile uporablja za to napotitev.

22. V skladu s členom 4 Wabw je delodajalcu prepovedano zaposliti tujca brez dovoljenja, ki ga izda pristojni minister.

23. V skladu s členom 1.1(b) zakona o posredovanju delovne sile se za posredovanje delovne sile šteje napotitev delavcev k drugi osebi za plačilo, da bi v njenem podjetju, drugače kot v skladu s pogodbo o zaposlitvi, sklenjeno s tem podjetjem, opravljali delo, ki se ga običajno opravlja v njem.

24. Različica Wav 1994, ki se uporablja v tem primeru, je različica, ki je veljala pred začetkom veljavnosti zakona z dne 25. junija 2009,[9] 1. julija 2009.

25. Za delodajalca se v skladu s členom 1(1)(b), točka 1, Wav 1994 šteje oseba, ki v okviru opravljanja funkcije ali poklica ali v svojem podjetju izvedbo dela poveri drugi osebi.

26. Delodajalec v skladu s členom 2(1) Wav 1994 na Nizozemskem brez dovoljenja za zaposlitev tujcu ne sme poveriti izvedbe dela.

27. Ta prepoved pa se ne uporablja za tujca, ki v okviru opravljanja čezmejnih storitev začasno opravlja delo na Nizozemskem v službi delodajalca s sedežem v državi članici Unije, ki ni Kraljevina Nizozemska, če ne gre za opravljanje storitev, katerih predmet je posredovanje delovne sile.

28. Poleg tega člen 3(1)(a) Wav 1994 določa, da se navedena prepoved ne uporablja za tujca, za katerega naj ne bi bilo mogoče pridobiti dovoljenja za zaposlitev v skladu z določbami sporazuma, sklenjenega z drugimi državami ali odločbo organizacije mednarodnega javnega prava, ki zavezuje Kraljevino Nizozemsko.

7 — Stb. 1978, št. 737, v nadaljevanju: Wabw.

8 — Stb. 1965, št. 379, v nadaljevanju: zakon o posredovanju delovne sile.

9 — Stb. 2009, št. 265.

29. Iz te navedbe nacionalnih določb je razvidno, da bi moral delodajalec pred začetkom veljavnosti Sklepa št. 1/80 pridobiti dovoljenje za zaposlitev v skladu s členom 1(b), točka 1, Wabw, če bi izvedbo del poveril tujcu na podlagi pogodbe o zaposlitvi, razen če tujec ne bi bil napoten k tretji osebi na podlagi zakona o posredovanju delovne sile. V skladu s členom 1(b), točka 3, Wabw, je bil delodajalec v smislu tega zakona v tem primeru tisti, h kateremu je bil napoten delavec. Iz tega sledi, da naj bi bila družba BIS, v katero je družba Ekinci napotila tuje delavce, že pred začetkom veljavnosti Sklepa št. 1/80, delodajalec, ki mora imeti dovoljenje.

30. Kot navaja predložitveno sodišče, je iz osnutkov členov 1 in 2 Wav 1994 razvidno, da je delodajalec, ki mora imeti dovoljenje, oseba, ki dejansko izvedbo dela poveri tujcu in da je ta delodajalec vseskozi odgovoren za obstoj potrebnega dovoljenja za zaposlitev. Obstoj pogodbe o zaposlitvi ali razmerja podrejenosti v zvezi s tem ni upošteven. Dejstvo, da se delo dejansko izvede po naročilu ali v službi delodajalca, je dovolj za opredelitev kakovosti delodajalca. Predložitveno sodišče pojasnjuje, da je bila ta prilagoditev nacionalne zakonodaje nujna, ker so v praksi delodajalci po ovinkih in z zapletenimi operacijami iskali način, da bi se izognili zahtevi za pridobitev delovnega dovoljenja v primeru zaposlovanja tujih delavcev. Rešitev je bilo sprejetje široke opredelitve pojma delodajalec, ki ga je mogoče šteti za odgovornega za neobstoj delovnih dovoljenj za državljane tretjih držav, ki zanj opravljajo delo.

31. Glede na ta širok pojem delodajalca, sprejet v Wav 1994, sledi, da v primeru, kakršen je ta v zadevi v glavni stvari, zahteva za dovoljenje za zaposlitev velja ne le za podjetje uporabnika, v tem primeru družbo BIS, ampak tudi za druge delodajalce v verigi zaposlovanja, med njimi za naročnika, v tem primeru družbo Essent.

32. Predložitveno sodišče pojasnjuje, da je soočeno z vprašanjem, ali je treba razširitev pojma delodajalca v Wav 1994 šteti za novo omejitev glede na klavzulo „standstill“ iz člena 13 Sklepa št. 1/80 in člena 41 Dodatnega protokola in ali je zato naložitev globe družbi Essent v nasprotju s tema členoma. Z vidika družbe Essent naj bi bila posledica razširitve, po začetku veljavnosti navedenih členov, pojma delodajalca, ki bi ga bilo mogoče šteti za odgovornega za to, da za tuje delavce, ki zanj opravljajo delo, ni bilo izdano delovno dovoljenje, omejitev dostopa turškim delavcem na nizozemski trg dela.

33. Pred vprašanjem, ali je ta razširitev pojma delodajalca nova omejitev v nasprotju s členom 13 Sklepa št. 1/80 ter členom 41 Dodatnega protokola, se predložitveno sodišče sprašuje tudi, ali se družba Essent lahko sklicuje na ta člena.

34. V teh okoliščinah je Raad van State prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ti vprašanji:

„1. Ali se lahko v primeru, kot je ta iz postopka v glavni stvari, naročnik, ki se v skladu s členom 2(1) [Wav 1994] šteje za delodajalca zadevnih turških delavcev, v razmerju do nizozemskih organov sklicuje na klavzulo ‚standstill‘ iz člena 13 Sklepa št. 1/80 ali klavzulo ‚standstill‘ iz člena 41 Dodatnega protokola?

2. a) Ali je treba klavzulo ‚standstill‘ iz člena 13 Sklepa št. 1/80 ali klavzulo ‚standstill‘ iz člena 41 Dodatnega protokola razlagati tako, da nasprotuje uvedbi prepovedi v smislu člena 2(1) [Wav 1994] za naročnika, da delavci z državljanstvom tretje države, v tem primeru [Republike] Turčije, zanj na Nizozemskem opravljajo delo brez dovoljenja za zaposlitev, če so zaposleni pri nemškem podjetju in za naročnika delajo na Nizozemskem prek nizozemskega podjetja uporabnika?

b) Ali je v zvezi s tem upoštevno, da je bilo delodajalcu že pred začetkom veljavnosti tako klavzule ‚standstill‘ iz člena 41 Dodatnega protokola kot klavzule „standstill“ iz člena 13 Sklepa št. 1/80 prepovedano, da tujec zanj opravlja delo na podlagi pogodbe o zaposlitvi

brez delovnega dovoljenja, in da je bila ta prepoved prav tako pred začetkom veljavnosti klavzule ‚standstill' iz člena 13 Sklepa št. 1/80 razširjena na podjetja uporabnike, v katera so tujci napoteni?"

I – **Analiza**

35. Spomniti je treba, da okoliščina, da je nacionalno sodišče oblikovalo vprašanje za predhodno odločanje formalno tako, da se je sklicevalo na nekatere določbe prava Unije, ni ovira za to, da Sodišče temu sodišču predloži vse elemente razlage, ki so lahko uporabni pri sojenju v zadevi, o kateri odloča, ne glede na to, ali jih ta v vprašanjih navaja ali ne. Glede tega mora Sodišče iz vseh dejstev in dokazov, ki jih je predložilo nacionalno sodišče, zlasti iz obrazložitve predložitvene odločbe, zbrati elemente prava Unije, ki jih je treba razložiti, upoštevajoč predmet spora. [10]

36. Vendar iz razlogov, ki jih bom navedel, menim, da člena 13 Sklepa št. 1/80 in 41 Dodatnega protokola nista upoštevna za rešitev spora o glavni stvari.

37. Nasprotno, po mojem mnenju bi bilo treba problematiko te zadeve obravnavati glede na člena 56 PDEU in 57 PDEU.

A – *Določbe Unije, ki se uporabljajo*

38. Ni sporno, da je Ekinci podjetje s sedežem v Nemčiji. V skladu z nemškim sodnim registrom je dejavnost tega podjetja gradnja, montaža in dajanje v najem zidarskih odrov.

39. Družba Ekinci je delo delavcev, državljanov več tretjih držav, med njimi Republike Turčije, posredovala družbi BIS z namenom izgradnje zidarskih odrov, za obdobje od 1. januarja do 20. maja 2008.

40. Ni sporno, da imajo zadevni delavci, večina od njih je turških državljanov, dovoljenje za prebivanje v Nemčiji in da v njej zakonito delajo.

1. Neuporabnost člena 13 Sklepa št. 1/80

41. V skladu z ustaljeno sodno prakso klavzula „standstill" iz člena 13 Sklepa št. 1/80 na splošno prepoveduje uvedbo vseh novih nacionalnih ukrepov, katerih cilj ali posledica bi bila, da za turškega državljana pri izvrševanju prostega gibanja delavcev na nacionalnem ozemlju veljajo strožji pogoji od tistih, ki so zanj veljali, ko je za zadevno državo članico začel veljati Sklep št. 1/80. [11]

42. Poleg tega je Sodišče že večkrat presodilo, da drugače kakor za delavce držav članic, za turške državljane ne velja prosto gibanje znotraj Unije, ampak da se lahko sklicujejo le na nekatere pravice na ozemlju države članice gostiteljice. [12]

43. V tem primeru je država članica gostiteljica delavcev s turškim državljanstvom Zvezna republika Nemčija, država članica, v kateri bivajo in delajo zakonito. To pomeni, da delavci glede te države članice lahko uveljavljajo pravice, ki izhajajo iz Sklepa št. 1/80.

10 — Glej zlasti sodbo Vicoplus in drugi (EU:C:2011:64, točka 22 in navedena sodna praksa).

11 — Glej zlasti sodbo Demir (C-225/12, EU:C:2013:725, točka 33 in navedena sodna praksa).

12 — Glej zlasti sodbo Derin (C-325/05, EU:C:2007:442, točka 66 in navedena sodna praksa). Glej tudi sodbo Demirkan (C-221/11, EU:C:2013:583, točka 53).

44. Poleg tega se člen 13 Sklepa št. 1/80 nanaša na nacionalne ukrepe v zvezi z dostopom do zaposlitve. Sodišče je iz tega sklepalo, da ta člen „ni namenjen zaščiti turških državljanov, ki so že na trgu dela države članice, temveč se uporablja ravno za turške državljane, ki še nimajo pravice do zaposlitve in s tem povezane pravice do prebivanja na podlagi člena 6(1) Sklepa št. 1/80“. [13]

45. Poleg tega je treba opozoriti na odločitev Sodišča v sodbi Abatay in drugi [14] glede turških poklicnih voznikov, zaposlenih v podjetju s sedežem v Turčiji, ki v Nemčiji opravljajo mednarodni prevoz blaga. Najprej je poudarilo, da so ti turški poklicni vozniki „na nemškem ozemlju […] le v zelo omejenih časovnih obdobjih, zgolj z namenom, da nanj pripeljejo in raztovorijo blago s poreklom iz Turčije ali da tam prevzamejo blago, da ga prepeljejo v države, kot so Turčija, Iran ali Irak“. [15] Dalje je ugotovilo, da „[s]e po vsaki storitvi vrnejo v Turčijo, kjer prebivajo s svojo družino in kjer ima sedež podjetje, ki jih zaposluje in plačuje“, [16] in na podlagi tega sklepalo, da „taki turški državljani torej nikakor nimajo namena vstopiti na trg dela Zvezne republike Nemčije kot države članice gostiteljice“. [17]

46. Vendar je po mnenju Sodišča „iz strukture in namena Sklepa št. 1/80 razvidno, da je v sedanjem stanju razvoja prostega gibanja delavcev v okviru Pridružitve EGS-Turčija […] bistveni namen navedenega sklepa postopna vključitev turških delavcev [v državo članico gostiteljico] tako, da so načeloma neprekinjeno, zakonito zaposleni“. [18]

47. Člen 13 Sklepa št. 1/80 se naj torej ne bi uporabljal za položaj začasne prisotnosti delavcev s turškim državljanstvom v Nemčiji, ki je torej ni mogoče šteti za voljo teh delavcev vključiti se na trg dela te države članice.

48. Po mojem mnenju velja enako v okviru te zadeve glede delavcev s turškim državljanstvom, ki zakonito prebivajo in delajo v Nemčiji, ki je torej njihova država gostiteljica v okviru Unije in ki so bili napoteni na nizozemsko ozemlje za omejen čas, ki ustreza času, potrebnemu za izgradnjo zidarskih odrov, za kar je bila zadolžena družba BIS. Zadevni delavci so po izvedbi te naloge zapustili nizozemsko ozemlje in se vrnili v Nemčijo. Kot pravilno poudarja nizozemska vlada, se navedeni delavci torej niso imeli namena vključiti na nizozemski trg dela. Iz tega sledi, da se člen 13 Sklepa št. 1/80 ne uporablja glede nizozemskih organov v okviru spora o glavni stvari.

2. Neuporabnost člena 41(1) Dodatnega protokola

49. Člen 41(1) Dodatnega protokola, kot je razvidno iz njegovega besedila, jasno, natančno in brezpogojno določa nedvoumno klavzulo „standstill“, ki pogodbenicam prepoveduje uvedbo novih omejitev svobode ustanavljanja in prostega opravljanja storitev od datuma začetka veljavnosti Dodatnega protokola. [19]

50. V skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča ima člen 41(1) Dodatnega protokola neposreden učinek. Zato se na to določbo turški državljani, na katere se nanaša, lahko sklicujejo pred sodišči držav članic. [20]

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

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

15 — Točka 89.

16 — Prav tam.

17 — Prav tam.

18 — Sodba Abatay in drugi (EU:C:2003:572, točka 90).

19 — Glej zlasti sodbo Demirkan (EU:C:2013:583, točka 37 in navedena sodna praksa).

20 — Prav tam (točka 38 in navedena sodna praksa).

51. Navesti je treba, da klavzula „standstill“ na splošno prepoveduje uvedbo vseh novih ukrepov, katerih cilj ali posledica bi bila, da za turškega državljana pri izvrševanju navedenih gospodarskih svoboščin na ozemlju države članice veljajo strožji pogoji od tistih, ki so glede te države članice veljali na datum začetka veljavnosti Dodatnega protokola. [21]

52. Sodišče je v zvezi s tem v sodbi Abatay in drugi (EU:C:2003:572) že presodilo, da se na člen 41(1) Dodatnega protokola lahko sklicujejo podjetje s sedežem v Turčiji, ki zakonito opravlja storitve v državi članici, in turški državljani, ki so poklicni vozniki, zaposleni v takem podjetju. [22]

53. V tej isti sodbi je Sodišče menilo, da ta določba nasprotuje uvedbi zahteve za delovno dovoljenje v zakonodajo države članice, ki ni bilo potrebno, ko je začel veljati Dodatni protokol v zvezi z njo, da bi lahko podjetje s sedežem v Turčiji in njegovi zaposleni, ki so turški državljani, ponujali storitve na ozemlju te države. [23]

54. Iz njegovega besedila je razvidno, da cilj člena 41(1) Dodatnega protokola vključuje odpravo omejitev svobode opravljanja storitev med pogodbenicami. [24] Ta določba državam članicam zlasti prepoveduje, da bi od začetka veljavnosti Dodatnega protokola uvedle nove omejitve za opravljanje storitev fizičnim ali pravnim osebam s sedežem v Turčiji ter za vstop turških državljanov na ozemlje države članice, da bi v njej opravljali storitve za podjetje s sedežem v Turčiji. [25]

55. V okviru spora o glavni stvari je edina povezava z Republiko Turčijo večinska prisotnosti turških državljanov med delavci, ki jih je družba Ekinci napotila na nizozemsko ozemlje. Ta povezava pa ne zadostuje za to, da bi zadevni položaj v postopku v glavni stvari spadal na področje uporabe člena 41(1) Dodatnega protokola.

56. Za to bi bilo treba dokazati obstoj gospodarske dejavnosti med Republiko Turčijo in Kraljevino Nizozemsko, kar bi bilo tako, če bi bili zadevni turški državljani samozaposleni in opravljali storitve v tej državi članici ali zaposleni delavci, ki jih je napotilo podjetje s sedežem v Turčiji.

57. Ker se izvajanje svobode opravljanja storitev turškega državljana v okviru spora o glavni stvari ni izpodbijalo, menim torej, da ne gre za uporabo člena 41(1) Dodatnega protokola.

3. Uporabnost členov 56 PDEU in 57 PDEU

58. Opazil sem, da je predložitveno sodišče v svoji predložitveni odločbi omenilo člena 56 PDEU in 57 PDEU. Ni pa vprašalo Sodišča o tem vidiku, saj ugotavlja, da je iz sodbe Vicoplus in drugi (EU:C:2011:64) jasno razvidno, da ta člena ne nasprotujeta temu, da država članica napotitev, v smislu člena 1(3)(c) Direktive 96/71, delavcev iz tretjih držav na svoje ozemlje pogojuje s pridobitvijo delovnega dovoljenja.

21 — Prav tam (točka 39 in navedena sodna praksa).

22 — Točki 105 in 106.

23 — Točka 117, šesta alinea.

24 — Sodba Demirkan (EU:C:2013:583, točka 43 in navedena sodna praksa). Vendar je Sodišče v tej isti sodbi pojasnilo, da se „cilj člena 41(1) Dodatnega protokola in okvir, v katerega se ta določba umešča, temeljno razlikujeta od cilja in okvira člena 56 PDEU, zlasti kar zadeva uporabnost teh določb za prejemnike storitev“ (točka 49). Tako „je treba pojem ‚svoboda opravljanja storitev‘ iz člena 41(1) Dodatnega protokola razlagati tako, da ne vključuje svobode turških državljanov, prejemnikov storitev, da vstopijo v državo članico, da bi tam prejemali storitve“ (točka 63).

25 — Glede tega zadnjega primera glej sodbo Soysal in Savatli (C-228/06, EU:C:2009:101).

59. Menim, da ima predložitveno sodišče prav, ko predvideva uporabo členov 56 PDEU in 57 PDEU. Iz sodne prakse Sodišča je namreč razvidno, da je dejavnost, katere predmet je, da podjetje za plačilo posreduje delo delavcev, ki ostanejo v službi tega podjetja, ne da bi bila sklenjena kakršna koli pogodba o zaposlitvi z uporabnikom, poklicna dejavnost, ki izpolnjuje pogoje iz člena 57, prvi odstavek, PDEU in jo je treba zato šteti za storitev v smislu te določbe. [26]

60. V okviru te zadeve je posredovanje delavcev opravilo podjetje s sedežem v Nemčiji, po naročilu podjetja uporabnika s sedežem na Nizozemskem. Taka storitev med dvema podjetjema s sedežem v dveh različnih državah članicah brez dvoma spada na področje uporabe členov 56 PDEU in 57 PDEU. Okoliščina, da napotitev delavcev zadeva delavce z državljanstvom tretjih držav, v zvezi s tem ni upoštevna. Sodna praksa sodišča namreč dokazuje, da je napotitev delavcev z državljanstvom tretjih držav v okviru opravljanja storitev treba razumeti ravno glede na določbe Pogodbe DEU o prostem pretoku storitev. [27]

61. Predložitveno sodišče je nasprotno zmotno menilo, da je na podlagi sodne prakse Sodišča že mogoče dati jasen odgovor na vprašanje, ali je nizozemska zakonodaja – ki zahteva, da je za delavce z državljanstvom tretjih držav, na katere se nanaša posredovanje med dvema podjetjema s sedežema v dveh različnih državah članicah, izdano dovoljenje za zaposlitev – v skladu s členoma 56 PDEU in 57 PDEU.

62. Menim, da zlasti v nasprotju s tem, kar navaja predložitveno sodišče, odgovor na vprašanja, ki se postavljajo v tej zadevi, ne izhaja jasno iz sodbe Vicoplus in drugi (EU:C:2011:64). V nadaljevanju bom imel priložnost pojasniti, zakaj je bila rešitev Sodišča v zadevi, v kateri je bila izrečena ta sodba, tesno odvisna od njej lastnega konteksta, in sicer uporabe prehodnih določb, uvedenih po pristopu novih držav članic k Uniji.

63. Na glavno vprašanje, ki ga je treba obravnavati v okviru te zadeve, torej Sodišče še do danes ni dalo jasnega odgovora, zaradi česar je Sodišče, da bi predložitvenemu sodišču dalo koristen odgovor za rešitev spora o glavni stvari, upravičeno preoblikovati vprašanja, ki mu jih je postavilo to sodišče. Sodišče bi moralo zato odgovoriti na vprašanje, ali je treba člena 56 PDEU in 57 PDEU razlagati tako, da nasprotujeta zakonodaji države članice, ki napotitev v smislu člena 1(3)(c) Direktive 96/71, delavcev z državljanstvom tretjih držav na ozemlje te države, pogojuje s pridobitvijo delovnega dovoljenja.

64. Kot je družba Essent primarno navajala v svojih stališčih, bo moralo Sodišče odločiti, ali je v okoliščinah tega primera, in sicer, ko je nemško podjetje posredovalo delavce z državljanstvom tretjih držav podjetju uporabniku s sedežem na Nizozemskem, ki izvaja dela za drugo podjetje, prav tako s sedežem na Nizozemskem, zahteva nizozemskih organov za pridobitev delovnih dovoljenj v skladu s členoma 56 PDEU in 57 PDEU.

B – *Skladnost nizozemske zakonodaje s členoma 56 PDEU in 57 PDEU*

65. Opazil sem, da zadevni položaj v postopku v glavni stvari spada na področje členov 56 PDEU in 57 PDEU. Pred preučitvijo, ali je nizozemska zakonodaja v skladu s tema členoma, je treba najprej navesti razloge, iz katerih je treba družbo Essent po mojem mnenju šteti za upravičeno sklicevati se na navedena člena v okviru postopka v glavni stvari.

26 — Sodba Vicoplus in drugi (EU:C:2011:64, točka 27 in navedena sodna praksa).

27 — Glej zlasti sodbo Komisija/Luksemburg (C-445/03, EU:C:2004:655).

1. Možnost družbe Essent, da se sklicuje na člena 56 PDEU in 57 PDEU v okviru postopka v glavni stvari

66. Okvir te zadeve označuje obstoj verig podjetij. Tako je naročnik, v tem primeru družba Essent, podjetju BIS kot podizvajalcu oddala izgradnjo zidarskih odrov v eni od njenih poslovnih enot. Za izvedbo te naloge je družba BIS naročila storitve pri podjetju Ekinci s sedežem v Nemčiji, da bi ji to posredovalo delovno silo.

67. V takem okviru se je nizozemska zakonodaja razvila, da bi naročniku naložila odgovornost v primeru del, ki jih opravijo državljani tretjih držav, ne da bi bilo zanje izdano dovoljenje za zaposlitev. Do te odločitve je prišlo zaradi volje nizozemskih organov, da preprečijo množenje podjetij, ki posredujejo pri izvedbi naloge, da bi lahko zaobšla zahtevo po delovnem dovoljenju za delavce z državljanstvom tretjih držav.

68. V tem primeru je dejstvo, da so pristojni nacionalni organi uporabili nizozemsko zakonodajo, te vodilo k temu, da so le naročniku, in sicer družbi Essent, naložili plačilo globe zaradi neobstoja delovnih dovoljenj, in ne BIS, kot podjetju uporabniku delovne sile, ki mu jo je posredovala družba Ekinci.

69. V tem okviru bi zavrnitev možnosti podjetju Essent, ki je edino podjetje, proti katerem so ukrepali nizozemski organi, da se sklicuje na člena 56 PDEU in 57 PDEU za izpodbijanje globe, ki mu je bila naložena, določbam Pogodbe DEU o svobodi opravljanja storitev odvzela učinek.

70. S tem bi priznali, da je treba zahtevo za pridobitev delovnega dovoljenja za napotene delavce z državljanstvom tretjih držav po vsebini sicer razumeti glede na te člene, vendar okoliščina, da je družba Essent na vrhu verige zadevnih podjetij in torej ni neposredni uporabnik dela posredovanih delavcev, tej družbi preprečuje, da bi se sklicevala na edino obrambno sredstvo, to je na člena 56 PDEU in 57 PDEU.

71. Ker je v skladu z nizozemsko zakonodajo naročnik tisti, ki je lahko odgovoren za neobstoj delovnih dovoljenj za delavce z državljanstvom tretjih držav, je torej v tem primeru edini, ki se lahko učinkovito sklicuje na ta člena. Če bi mu bila ta možnost zavrnjena, bi to pomenilo priznanje, da sistem, ki ga je vzpostavila nizozemska zakonodaja, katerega predmet je sledenje v verigi odgovornosti do naročnika, dopušča ohranjanje omejitev svobode opravljanja storitev.

72. Omejitev možnosti sklicevanja na določbe Pogodbe DEU glede svobode opravljanja storitev zgolj na neposredne pogodbenike bi privedla do zanemarjenja dejstva, da je lahko, kot dokazuje ta zadeva, več družb vključenih v verigo podizvajalcev. Tako ni redko, da lahko obstajajo več kot štirje posredniki med zaposlenimi in nosilcem projekta.[28]

73. Zaradi tega dejstva, morebitnega vira zlorabe in zaobitja socialne zakonodaje, nizozemska zakonodaja omogoča, da se naročniku naloži odgovornost, če se ne bi zaprosilo za pridobitev delovnih dovoljenj za državljane tretjih držav, ki so v službi enega od njegovih podizvajalcev.

74. S tem nizozemska zakonodaja ustreza usmeritvi, ki jo izražajo trenutne razprave o spremembi zakonodaje Unije glede napotitve delavcev, pri čemer je ena od mogočih sprememb povečanje odgovornosti naročnika.

75. Zdi se mi, da relativno prožna sodna praksa, ki jo je Sodišče razvilo glede oseb, ki so se upravičene sklicevati na določbe Pogodbe DEU o prostem gibanju delavcev, zagovarja široko razlago glede možnosti sklicevanja na člena 56 PDEU in 57 PDEU.

28 — Glej Muller, F., „L'affaire Flamanville: détachement ou fraude sociale?“, *Droit social*, št. 7/8, 2012, str. 675, posebej str. 685.

76. Na področju prostega gibanja delavcev je Sodišče tako menilo, da „[č]eprav velja, da lahko pravice do prostega gibanja, določene v [členu 45 PDEU], uveljavljajo delavci, […] besedilo tega člena ne vsebuje nobene navedbe o tem, da se na te pravice ne bi mogli sklicevati drugi“.[29] Zato je presodilo, da „se na člen 45 PDEU nimajo pravice sklicevati le delavci, ampak tudi njihovi delodajalci. Da bi bila pravica delavcev, da se zaposlijo ter da so zaposleni brez diskriminacije, učinkovita in uporabna, jo mora nujno dopolnjevati pravica delodajalcev, da jih zaposlijo ob upoštevanju pravil o prostem gibanju delavcev“.[30]

77. Sodišče je tako razlikovalo med osebami, ki spadajo na področje uporabe člena 45 PDEU, in osebami, ki se na ta člen lahko sklicujejo. Druga kategorija je širša, da bi zagotovila polni učinek navedenega člena.[31]

78. Enako logiko je treba po mojem mnenju uporabiti za svobodo opravljanja storitev. Na to temeljno svobodo se mora imeti možnost sklicevati oseba, ki uradno ni njen naslovnik. Svoboda opravljanja storitev namreč tako kot prosto gibanje delavcev sledi cilju splošnega interesa, ki je v vzpostavitvi notranjega trga. Sledenje temu cilju upravičuje razširitev ugodnosti določb prava Unije na osebe, ki niso ponudniki in prejemniki storitev, ki pa imajo stvarno zvezo z osebo s takim statusom.[32]

79. Če bi se družbi Essent zavrnila možnost sklicevati se na člena 56 PDEU in 57 PDEU, bi to pomenilo priznanje, da se lahko namembna država članica s sprejetjem široke opredelitve pojma delodajalca izogne določbam Pogodbe DEU o svobodi opravljanja storitev in prepovedi omejitev te temeljne svobode iz člena 56 PDEU.[33]

80. V teh pogojih mora imeti naročnik, kot je družba Essent, možnost uveljavljati pravice, neposredno priznane ponudnikom in prejemnikom storitev s členoma 56 PDEU in 57 PDEU.

81. V zvezi s tem se mi ugotovitev, da niti družba Ekinci niti družba BIS nista stranki v sporu o glavni stvari, ne zdi odločilna. To namreč ne odpravlja interesa družbe Essent kot naročnika, ki je bil sankcioniran zaradi neobstoja delovnih dovoljenj, po obravnavi vprašanja skladnosti zahteve za pridobitev takih dovoljenj s členoma 56 PDEU in 57 PDEU. Z drugimi besedami, to vprašanje je neposredno koristno za rešitev spora o glavni stvari, ki se nanaša na zakonitost globe, naložene družbi Essent.

2. Omejitev svobode opravljanja storitev

82. Najprej je treba opozoriti, da člen 56 PDEU v skladu z ustaljeno sodno prakso ne zahteva samo odprave vsakršne diskriminacije ponudnika storitev, ki ima sedež v drugi državi članici, zaradi državljanstva, temveč tudi odpravo vsakršnih omejitev, čeprav se te omejitve uporabljajo brez razlikovanja za nacionalne ponudnike in ponudnike iz drugih držav članic, če te omejitve prepovedujejo, ovirajo ali zmanjšujejo privlačnost dejavnosti ponudnika s sedežem v drugi državi članici, v kateri zakonito ponuja ustrezne storitve.[34]

29 — Glej zlasti sodbo Caves Krier Frères (C-379/11, EU:C:2012:798, točka 28 in navedena sodna praksa).

30 — Glej zlasti sodbo Las (C-202/11, EU:C:2013:239, točka 18 in navedena sodna praksa).

31 — V sodbi ITC (C-208/05, EU:C:2007:16) je Sodišče tako priznalo, da bi se lahko zasebna agencija za zaposlovanje, ki je z iskalcem zaposlitve sklenila pogodbo o posredovanju zaposlitve, sklicevala na pravice, ki jih delavcem Unije neposredno priznava člen 45 PDEU (točka 25).

32 — Glej po analogiji točki 19 in 21 sklepnih predlogov generalnega pravobranilca N. Fennellyja v zadevi Clean Car Autoservice (C-350/96, EU:C:1997:587).

33 — Glej po analogiji sodbo Clean Car Autoservice (C-350/96, EU:C:1998:205, točka 21).

34 — Glej zlasti sodbo dos Santos Palhota in drugi (C-515/08, EU:C:2010:589, točka 29 in navedena sodna praksa).

83. V zvezi s tem, da delavce z državljanstvom tretje države napoti na delo podjetje, ki opravlja storitve, s sedežem v državi članici Unije, je bilo že razsojeno, da nacionalna ureditev, ki opravljanje storitev podjetja s sedežem v drugi državi članici na nacionalnem ozemlju pogojuje z izdajo upravnega dovoljenja, pomeni omejitev te svobode v smislu člena 56 PDEU. [35]

84. Zgoraj sem ugotovil, da je v skladu s členom 2(1) Wav 1994 delodajalcu prepovedano, da tujec zanj opravlja dela na Nizozemskem brez dovoljenja za zaposlitev. Ta prepoved pa se ne uporablja glede tujca, ki v okviru čezmejnega opravljanja storitev začasno opravlja dela na Nizozemskem za delodajalca, ki ima sedež v drugi državi članici Unije kot je Kraljevina Nizozemska, če ne gre za opravljanje storitev, katerih predmet je posredovanje delovne sile.

85. Nizozemska zakonodaja torej na poseben način obravnava opravljanje storitev, katerih predmet je posredovanje delavcev z državljanstvom tretjih držav podjetju s sedežem na Nizozemskem od podjetja s sedežem v drugi državi članici. Za to vrsto opravljanja storitev še naprej velja zahteva za pridobitev delovnega dovoljenja za delavce z državljanstvom tretjih držav.

86. Glede na sodno prakso Sodišča, ki sem jo omenil, je treba priznati, da je zaradi upravnih stroškov, ki jih vključuje, zahteva za pridobitev delovnih dovoljenj za delavce z državljanstvom tretjih držav, ki so napoteni v podjetje uporabnika, kot je družba BIS, od podjetja, ki ponuja storitve in ima sedež v drugi državi članici, kot je družba Ekinci, ovira svobodi opravljanja storitev, ki je načeloma prepovedana s členom 56 PDEU.

87. Pridobitev delovnih dovoljenj za delavce z državljanstvom tretjih držav, ki so napoteni v podjetje s sedežem na Nizozemskem od podjetja s sedežem v drugi državi članici, je predmet več pogojev, kot so predhodno preverjanje, ali ne obstaja razpoložljiva delovna sila na nacionalnem trgu dela, ter predmet zavez v smislu rokov. Ne gre torej zgolj za formalnost. Konkretno, posledica zahteve za pridobitev delovnih dovoljenj je torej lahko odvrnitev podjetja, kot je Ekinci, od izvajanja njegove svobode opravljanja storitev, če je omejeno pri izbiri osebja, katerega delo lahko na enostaven način in nemudoma posreduje podjetju s sedežem v drugi državi članici.

3. Upravičenost ovire

88. V skladu z ustaljeno sodno prakso je nacionalna ureditev, ki spada na področje, ki še ni bilo usklajeno na ravni Unije, in ki se brez razlikovanja uporablja za vse osebe ali podjetja, ki opravljajo dejavnost na ozemlju zadevne države članice – ne glede na njen omejevalni učinek na svobodo opravljanja storitev – lahko upravičena, če gre za pomembnejši razlog v splošnem interesu in ta interes še ni zaščiten s predpisi, ki veljajo za ponudnika v državi članici, v kateri ima sedež, če je primerna za zagotovitev uresničitve zastavljenega cilja in če ne presega tega, kar je nujno za njegovo dosego. [36]

89. Področje glede napotitve zaposlenih delavcev z državljanstvom tretjih držav v okviru čezmejnega opravljanja storitev ni usklajeno na ravni Unije. V teh okoliščinah je treba torej preučiti, ali so omejitve svobode opravljanja storitev, ki izhajajo iz člena 2(1) Wav 1994, upravičene z vidika javnega interesa in ali so nujne za učinkovito dosego tega cilja s primernimi sredstvi.

90. Nizozemska vlada se je na obravnavi glede tega vprašanja sklicevala na cilj, ki se nanaša na zaščito nacionalnega zaposlitvenega trga.

35 — Glej zlasti sodbo Komisija/Avstrija (C-168/04, EU:C:2006:595, točka 40 in navedena sodna praksa).

36 — Glej zlasti sodbo dos Santos Palhota in drugi (EU:C:2010:589, točka 45 in navedena sodna praksa).

91. V zvezi s tem je treba opozoriti, da skrb za preprečitev motenj na trgu dela sicer res pomeni nujni razlog splošnega interesa,[37] vendar je Sodišče večkrat presodilo, da „delavci, zaposleni v podjetju s sedežem v državi članici, ki so napoteni na delo v drugo državo članico, da tam opravljajo storitve, ne nameravajo vstopiti na trg dela te druge države, če se vrnejo v državo izvora ali stalnega prebivališča po opravljeni nalogi“.[38]

92. Glede na to je Sodišče priznalo, da „država članica lahko preverja, ali se podjetje s sedežem v drugi državi članici, ki na njeno ozemlje napotuje delavce iz tretjih držav, ne poslužuje svobode opravljanja storitev z drugim namenom, kot je izvršitev zadevne storitve, na primer z namenom, da bi zaposlenim tam priskrbelo službo ali da bi posredovalo delavce“.[39]

93. Sodišče meni, da „pa mora tak nadzor spoštovati omejitve prava [Unije], zlasti tiste, ki izhajajo iz svobode opravljanja storitev, ki ne more biti samo navidezna in katere izvedba ne sme biti odvisna od diskrecije uprave“.[40]

94. Sodišče je na podlagi tega večkrat ugotovilo, da je zahteva za pridobitev delovnega dovoljenja za državljane tretjih držav, ki so napoteni v okviru čezmejnega opravljanja storitev, zaradi formalnost in postopkovnih rokov, ki jih zahteva, taka, da zmanjšuje zanimanje za svobodno opravljanje storitev na ozemlju držav članic z napotenimi delavci z državljanstvom tretjih držav.[41] Za tako zahtevo, ki ni sorazmerna s cilji zagotovitve, prvič, stabilnosti trga dela v namembni državi članici in drugič, socialnega varstva napotenih delavcev, je bilo razsojeno, da je v nasprotju z določbami Pogodbe DEU o svobodi opravljanja storitev.

95. Sodišče pa še ni imelo priložnosti odločati posebej o skladnosti ohranitve zahteve za pridobitev delovnega dovoljenja za delavce iz tretjih držav, katerih napotitev ni sestavni del čezmejne storitve, temveč izključni predmet take storitve, s členoma 56 PDEU in 57 PDEU.

96. Za razumevanje novosti in pomena problema je treba opozoriti na opredelitev Sodišča glede posredovanja delovne sile.

97. Sodišče je v sodbi Vicoplus in drugi (EU:C:2011:64) namreč pojasnilo opredelitev storitve, ki v skladu s členom 1(3)(c) Direktive 96/71 pomeni „posredovanje delavca, kot agencija za začasno zaposlovanje ali kot podjetje, ki posreduje delo delavca podjetju uporabniku, ki ima sedež ali opravlja svojo dejavnost na ozemlju države članice, če v času napotitve obstaja delovno razmerje med agencijo za začasno zaposlovanje ali podjetjem, ki posreduje delo delavca in delavcem“.

98. V tej sodbi je Sodišče presodilo, da „je napotitev delavcev v smislu člena 1(3)(c) Direktive 96/71 storitev, ki se opravlja za plačilo in v zvezi s katero napoteni delavec ostane v službi podjetja, ki je ponudnik storitve, s podjetjem uporabnikom pa ni sklenjena nobena pogodba o zaposlitvi. Za to napotitev je značilno, da je napotitev delavca v državo članico gostiteljico dejanski predmet storitve, ki jo opravlja podjetje, ki je ponudnik storitve, in da ta delavec svoje naloge opravlja pod nadzorom in vodstvom podjetja, ki uporablja njegove storitve“.[42]

99. Glede na to opredelitev bo moralo predložitveno sodišče preveriti, ali je res soočeno s posredovanjem delovne sile, ki ustreza merilom, ki jih je postavilo Sodišče v sodbi Vicoplus in drugi (EU:C:2011:64).

37 — Glej zlasti sodbo Komisija/Luksemburg (EU:C:2004:655, točka 38 in navedena sodna praksa).

38 — Glej zlasti sodbo Komisija/Avstrija (EU:C:2006:595, točka 55 in navedena sodna praksa).

39 — Prav tam (točka 56 in navedena sodna praksa).

40 — Glej zlasti sodbo Komisija/Luksemburg (EU:C:2004:655, točka 40 in navedena sodna praksa).

41 — Prav tam (točka 41).

42 — Sodba Vicoplus in drugi (EU:C:2011:64, točka 51).

100. Opozarjam, da se v skladu s členom 1.1(b) zakona o posredovanju delovne sile za posredovanje delovne sile šteje napotitev delavcev k tretji osebi za plačilo, da bi v podjetju zadnjenavedene, drugače kot s pogodbo o zaposlitvi, sklenjeno s tem podjetjem, opravljali delo, ki ga običajno opravlja to podjetje. Ta opredelitev se zdi manj popolna od tiste, ki jo je sprejelo Sodišče.

101. Predložitveno sodišče bo moralo torej preveriti, ali so tuji delavci res opravili svoje delo po navodilu in pod nadzorom družbe BIS in ne po navodilih in pod nadzorom družbe Ekinci.

102. Če bi bilo treba sprejeti to drugo možnost, namreč ne bi šlo za posredovanje delovne sile, ki ustreza merilom, ki jih je sprejelo Sodišče v sodbi Vicoplus in drugi (EU:C:2011:64), ampak za podizvajalsko pogodbo.[43] V takem položaju ni dvoma o dejstvu, da sodna praksa Sodišča že prepoveduje zahtevo za pridobitev delovnega dovoljenja za delavce z državljanstvom tretjih držav, ki so napoteni v okviru opravljanja storitev.

103. Če pa bi bil predmet zadevne storitve, kot se zdi, res in izključno posredovanje delavcev, ki ustreza merilom, ki jih je sprejelo Sodišče v sodbi Vicoplus in drugi (EU:C:2011:64), se zdi sodna praksa Sodišča še oklevajoča in jo je treba še razjasniti.

104. Iz sodne prakse Sodišča je namreč razvidno, da je bilo opravljanje storitev, ki pomeni posredovanje delavcev, vedno opredeljeno kot opravljanje storitev posebne narave.[44] Zato je predmet posebne obravnave s pravnimi posledicami, prilagojenimi njegovi posebni naravi.

105. V bistvu elementi iz sodne prakse Sodišča omogočajo sklep, da posredovanje delovne sile pomeni opravljanje storitev posebne narave, saj se od drugih vrst opravljanja storitev razlikuje po svojem predmetu, to je delavcem omogočiti dostop do zaposlitvenega trga države članice gostiteljice. S tega zornega kota posredovanja delavcev – čeprav je gospodarska dejavnost, ki spada zlasti na področje uporabe pravil Pogodbe o DEU v zvezi s svobodo opravljanja storitev – ni mogoče v celoti ločiti od problematik, povezanih s prostim gibanjem delavcev v Uniji.

106. Sodišče je v sodbi Vicoplus in drugi (EU:C:2011:64) izpostavilo posebno naravo opravljanja storitev, ki pomeni posredovanje delovne sile. S sklicevanjem na sodbo Webb[45] je opozorilo, da „lahko taka dejavnost vpliva na trg dela države članice, ki so ji storitve namenjene“.[46] Po mnenju Sodišča namreč, prvič, „se lahko delavci, ki jih zaposlujejo podjetja za posredovanje delovne sile, glede na okoliščine primera, sklicujejo na določbe členov od 45 PDEU do 48 PDEU in na predpise Unije, sprejete za njihovo uporabo“.[47] Drugič, „zaradi posebne narave delovnih razmerij, značilnih za posredovanje delovne sile, izvajanje te dejavnosti neposredno vpliva na odnose na zaposlitvenem trgu in legitimne interese zadevnih delavcev“.[48]

107. Sodišče je v sodbi Vicoplus in drugi (EU:C:2011:64) opozorilo tudi, da je v točki 16 sodbe Rush Portuguesa[49] ugotovilo, da „podjetje za posredovanje delovne sile, kot ponudnik storitev v smislu Pogodbe DEU, izvaja dejavnosti, katerih predmet je prav zagotoviti dostop delavcev do zaposlitvenega trga države članice gostiteljice“.[50]

43 — Glej v zvezi s tem točke od 62 do 64 v mojih sklepnih predlogih v zadevi Vicoplus in drugi (od C-307/09 do C-309/09, EU:C:2010:510).

44 — Ta vidik sem imel priložnost razdelati v točkah od 31 do 43 mojih sklepnih predlogov v zadevi Vicoplus in drugi (EU:C:2010:510), gre za točke na katere napotujem.

45 — 279/80, EU:C:1981:314.

46 — Sodba Vicoplus in drugi (EU:C:2011:64, točka 28 in navedena sodna praksa).

47 — *Idem.*

48 — Prav tam (točka 29 in navedena sodna praksa).

49 — C-113/89, EU:C:1990:142.

50 — Sodba Vicoplus in drugi (EU:C:2011:64, točka 30).

108. Sodišče je menilo, da „[t]o ugotovitev utemeljuje dejstvo, da je za ta položaj značilno, da je delavcu, ki je bil napoten na podlagi člena 1(3)(c) Direktive 96/71, za čas, za katerega je bil posredovan, v podjetju uporabniku dodeljeno delovno mesto, ki bi bilo sicer dodeljeno delavcu, ki bi bil zaposlen pri tem podjetju“. [51]

109. Glede na te posebne značilnosti posredovanja delovne sile je Sodišče v točki 32 sodbe Vicoplus in drugi (EU:C:2011:64) menilo, da bi bilo treba zakonodajo države članice, ki napotitev, v smislu člena 1(3)(c) Direktive 96/71, delavcev z državljanstvom tretjih držav v to državo pogojuje s pridobitvijo delovnega dovoljenja obravnavati kot „ukrep, ki ureja dostop poljskih državljanov na trg dela [prve države] v smislu poglavja 2, drugi odstavek, Priloge XII Akta o pristopu iz leta 2003[[52]]“.

110. Sodišče je ugotovilo, da „[j]e zato ta zakonodaja, ki v prehodnem obdobju, določenem v poglavju 2(2) Priloge XII Akta o pristopu iz leta 2003, napotitev, v smislu člena 1(3)(c) Direktive 96/71, poljskih državljanov na ozemlje te države še naprej pogojujejo s pridobitvijo delovnega dovoljenja, v skladu s členoma 56 PDEU in 57 PDEU“. [53]

111. Ali je tako razlogovanje mogoče avtomatično prenesti, kot meni predložitveno sodišče, na položaj, kot je ta v postopku v glavni stvari, v katerem se zahteva po pridobitvi delovnega dovoljenja nanaša na napotitev državljanov tretjih držav v smislu člena 1(3)(c) Direktive 96/71?

112. Menim, da bi moral biti odgovor na to vprašanje nikalen.

113. Poudariti je namreč treba, da je bila ugotovitev, do katere je prišlo Sodišče v sodbi Vicoplus in drugi (EU:C:2011:64), res obrazložena s posebno naravo opravljanja storitev, katerih predmet je posredovanje delavcev, vendar pa tudi s ciljem prehodne določbe, za razlago katere je bilo naprošeno.

114. Sodišče je v zvezi s tem menilo, da ugotovitev, do katere je prišlo, velja tudi „glede cilja navedene določbe, ki se nanaša na preprečitev – zaradi pristopa novih držav članic k Uniji – motenj na trgu dela starih držav članic, ki bi nastale zaradi nenadnega velikega števila delavcev, državljanov navedenih novih držav“. [54] Sodišče dodaja, da je „ta cilj razviden med drugim iz poglavja 2(5) Priloge XII k Aktu o pristopu iz leta 2003, saj ta odstavek določa, da ima država članica možnost, da v primeru nastanka resnih motenj na njenem trgu dela ali v primeru nevarnosti, da bodo teh motenj prišlo, do konca sedemletnega obdobja, ki začne teči od pristopa Republike Poljske, podaljšajo veljavnost ukrepov iz poglavja 2(2) navedene priloge“. [55]

115. V zvezi z navedenim ciljem „se zdi razlikovanje med pritokom delavcev na trg dela države članice, glede na katerega ti nanj vstopijo preko posredovanja dela delavcev ali neposredno in samostojno, umetno, ker bi v teh dveh primerih lahko zaradi tega velikega gibanja delavcev prišlo do motenj na tem trgu dela“. [56] Zato bi „izključitev zagotavljanja dela delavcev s področja uporabe poglavja 2(2) Priloge XII k Aktu o pristopu iz leta 2003 tej odločbi lahko odvzela velik del polnega učinka“. [57]

51 — Prav tam (točka 31).

52 — Akt o pogojih pristopa Češke republike, Republike Estonije, Republike Cipra, Republike Latvije, Republike Litve, Republike Madžarske, Republike Malte, Republike Poljske, Republike Slovenije in Slovaške republike in prilagoditvah Pogodb, na katerih temelji Evropska unija (UL 2003, L 236, str. 33, v nadaljevanju: Akt o pristopu iz leta 2003).

53 — Sodba Vicoplus in drugi (EU:C:2011:64, točka 33).

54 — Sodba Vicoplus in drugi (EU:C:2011:64, točka 34 in navedena sodna praksa).

55 — Prav tam.

56 — Sodba Vicoplus in drugi (EU:C:2011:64, točka 35).

57 — Prav tam.

116. Tako je Sodišče v sodbi Vicoplus in drugi (EU:C:2011:64) menilo, da je delovno dovoljenje, potrebno v skladu s členom 2(1) Wav 1994 za opravljanje storitev, katerih predmet je zagotavljanje delovne sile, sorazmeren ukrep glede na člena 56 PDEU in 57 PDEU ob upoštevanju zadržka iz poglavja 2(2) Priloge XII k Aktu o pristopu iz leta 2003 glede prostega gibanja delavcev, posebnega cilja te določbe ter potrebe po ohranitvi njenega polnega učinka.

117. Ker posebnega cilja, ki je za državo članico, kateri je namenjena delovna sila, v zaščiti njenega zaposlitvenega trga pred velikim nenadnim in morebitnim prihodom delavcev zaradi pristopa novih držav članic k Uniji, ni več mogoče upoštevati, se je treba vprašati, ali je trajna ohranitev delovnega dovoljenja za delavce z državljanstvom tretjih držav, katerih delo posreduje podjetje s sedežem v drugi državi članici, sorazmerna s ciljem, ki je v splošnem zagotavljanju stabilnosti zaposlitvenega trga države članice, ki ji je namenjena posredovana delovna sila.

118. Menim pa, da – čeprav je posredovanje delavcev, kolikor pomeni obliko dostopa na zaposlitveni trg te države, lahko predmet delovnega dovoljenja v prehodnem obdobju, vzpostavljenem po pristopu novih držav članic k Uniji, ki pomeni določeno in povečano tveganje za nenadne in velike motnje ne zaposlitvenem trgu navedene države – trajna ohranitev takega delovnega dovoljenja za delavce iz tretjih držav, katerih delo posreduje podjetje s sedežem v drugi državi članici, pomeni prekomerni poseg v svobodo opravljanja storitev. V zadnjem primeru namreč iste vrste ogrožanja stabilnosti zaposlitvenega trga države članice, ki ji je namenjeno delo posredovane delovne sile, ni mogoče ugotoviti.

119. Predložitveno sodišče je po mojem mnenju na podlagi točke 37 sodbe Vicoplus in drugi (EU:C:2011:64) prišlo do napačnih sklepov. Sodišče na tem mestu s sklicevanjem na njegove prejšnje sodbe opozarja, da „mora država članica imeti možnost, da ob spoštovanju omejitev prava Unije preveri, ali se opravljanje storitev dejansko ne nanaša na posredovanje delovne sile, za katerega ne velja prosto gibanje delavcev“. Predložitveno sodišče je na podlagi široke razlage te sodbe sklepalo, da člena 56 PDEU in 57 PDEU ne nasprotujeta temu, da država članica napotitev – v smislu člena 1(3)(c) Direktive – delavcev iz tretjih držav na svoje ozemlje pogojuje s pridobitvijo delovnega dovoljenja.

120. Taka razlaga vodi k ugotovitvi, da je namembna država članica, ker je posledica posredovanja delovne sile dostop delavcev iz zadevnih tretjih držav na zaposlitveni trg slednje, upravičena glede teh delavcev ohraniti svoje nacionalne ukrepe, ki urejajo dostop zadnjenavedenih na zaposlitveni trg te države članice.

121. Menim, da bi bilo prehitro zanemariti pogoj, ki ga izrecno navaja Sodišče, da mora pooblastilo za preverjanje, ki ga ima država članica, spoštovati omejitve iz prava Unije. Spomnim naj, da je Sodišče že pojasnilo, da so med temi omejitvami „tiste, ki izhajajo iz svobode opravljanja storitev, ki ne more biti samo navidezna in katere izvedba ne more biti predmet diskrecije uprave“. [58]

122. Čeprav morajo imeti države članice s tem pooblastilom za preverjanje možnost zagotoviti učinkovitost napotitve delavcev, ki se opravi na njihovem ozemlju in tako za njo uporabiti prilagojene nadzorne ukrepe, priznanje takega pooblastila po mojem mnenju ne pomeni, da so države članice upravičene trajno ohraniti zahtevo za pridobitev delovnega dovoljenja za delavce, državljane tretjih držav, ki so napoteni na njihovo ozemlje od podjetja s sedežem v drugi državi članici. Drugačen sklep bi podjetje, kot je Ekinci odvrnil od tega, da bi svoje osebje posredovalo podjetju, kot je BIS. Na podlagi takega sklepa bi bilo čezmejno opravljanje storitev, katerega predmet je posredovanje delavcev, če so ti državljani tretjih držav, navidezno.

58 — Glej zlasti sodbo Komisija/Luksemburg (EU:C:2004:655, točka 40 in navedena sodna praksa).

123. Poleg tega ne smemo pozabiti, da je posredovanje delavcev, ki pomeni opravljanje storitev, po naravi začasno.[59]

124. Zato, čeprav posredovanje delavcev res pomeni obliko dostopa do zaposlitvenega trga namembne države članice, njegov cilj nikakor ni dopustiti, da se napoteni državljani tretjih držav trajno vključijo na ta trg.

125. Namembna država članica v teh okoliščinah ne more zahtevati vseh pogojev, ki bi jih bilo mogoče zahtevati, če bi se želel delavec za stalno ali za dalj časa vključiti na njen zaposlitveni trg.

126. V zvezi s tem naj navedem, da je Sodišče večkrat presodilo, da država članica ne more izvajanja storitev na njenem ozemlju pogojevati z izpolnjevanjem vseh pogojev, ki veljajo za ustanovitev, saj bi s tem odvzela sleherni polni učinek določbam, katerih namen je zagotoviti svobodo opravljanja storitev.[60] Podobno država članica po mojem mnenju ne more opravljanja storitev, katerega predmet je posredovanje delavcev iz tretjih držav, pogojevati z vsemi pogoji, ki urejajo neposreden dostop teh delavcev na njen zaposlitveni trg, saj bi s tem odvzela sleherni polni učinek določbam Pogodbe DEU, katerih namen je zagotoviti svobodo opravljanja storitev.

127. Kot priznava nizozemska vlada, je družba BIS zaposlene delavce iz tretjih držav uporabila le za posebno nalogo, ki jo je bilo treba opraviti za družbo Essent. Tuji delavci so bili torej na Nizozemskem le v povezavi s to posebno nalogo. Po izvedbi navedene naloge so ti delavci zapustili Nizozemsko in se vrnili v Nemčijo.[61] Zato nizozemska vlada trdi, da se zadevni državljani tretjih držav v sporu o glavni stvari niso imeli namena vključiti v zaposlitveni trg Kraljevine Nizozemske.[62]

128. Čeprav se mi zdi, da bi v tem okviru država članica s trajno ohranitvijo zahteve za delovno dovoljenje za delavce iz tretjih držav, katerih delo je posredovano podjetju s sedežem v tej državi od podjetja s sedežem v drugi državi članici, čezmerno posegala v svobodo opravljanja storitev, pa je po mojem mnenju bistveno, da se namembni državi članici priznajo nadzorna pooblastila, prilagojena posebni naravi opravljanja storitev, katerega predmet je posredovanje delovne sile.

129. Namembna država članica mora biti zlasti sposobna preveriti, ali se opravljanje storitev, katerih predmet je posredovanje delavcev, državljanov tretjih držav, dejansko ne uporablja s ciljem zaobiti njeno nacionalno imigracijsko zakonodajo in njeno nacionalno zakonodajo o delu državljanov tretjih držav. Povedano drugače, namembni državi članici je treba omogočiti, da se zavaruje pred zlorabo svobode opravljanja storitev, če bi se ta uporabljala le s ciljem izogniti se omejitvam, ki so jih države članice upravičene naložiti državljanom tretjih držav, ki želijo na njihovem ozemlju opravljati zaposlitveno dejavnost.

130. Med nadzornimi ukrepi, ki jih lahko izvaja namembna država članica, je preverjanje, ali se posredovanje delovne sile opravlja – v podjetju s sedežem v tej državi – z namenom izvedbe posebne naloge in v omejenem časovnem obdobju.

131. Poleg tega je namembna država članica upravičena izvajati ukrepe, potrebne za zagotovitev, da se delavci iz tretjih držav po končani napotitvi vrnejo v njihovo rezidenčno državo.

59 — Glede začasne narave dejavnosti, ki jih pokriva svoboda opravljanja storitev, glej zlasti sodbo Gebhard (C-55/94, EU:C:1995:411, točki 26 in 27).

60 — Glej zlasti sodbo Vander Elst (C-43/93, EU:C:1994:310, točka 17 in navedena sodna praksa).

61 — Glej točko 25 stališč.

62 — Glej točko 26 stališč.

132. Na tem mestu napotujem na ukrepe, ki jih je Sodišče lahko navedlo kot primere manj omejujočih ukrepov, kot je delovno dovoljenje. Sodišče je tako navedlo, „da mora podjetje, ki je izvajalec storitev, predhodno obvestiti lokalne organe o prisotnosti enega ali več napotenih delavcev, o predvidenem trajanju te prisotnosti in o storitvah, ki upravičujejo napotitev“.[63] Po mnenju Sodišča bi taka obveznost „tem organom omogočala nadzor nad spoštovanjem socialne ureditve [namembne države članice] v obdobju napotitve ob upoštevanju obveznosti, ki so temu podjetju že naložene na podlagi pravil socialnega prava, ki se uporabljajo v matični državi članici“.[64]

133. Sodišče je prav tako kot manj omejujoč ukrep od delovnega dovoljenja navedlo „da mora podjetje, ki je izvajalec storitev, lokalnim organom posredovati podatke, ki potrjujejo, da je položaj, v katerem so zadevni delavci, zakonit, med drugim glede prebivališča, delovnega dovoljenja in socialnega zavarovanja v državi članici, kjer jih to podjetje zaposluje“.[65] Po mnenju Sodišča bi taka obveznost „navedenim organom […] [zagotavljala] – na manj omejujoč, vendar enako učinkovit način kot [zahteve za delovno dovoljene] – jamstva o zakonitosti položaja teh delavcev in o dejstvu, da ti svojo glavno dejavnost opravljajo v državi članici, kjer ima sedež podjetje, ki opravlja storitve. Skupaj z informacijami, ki jih priskrbi to podjetje o predvidenem trajanju napotitve […] bi navedeni podatki organom [namembne države članice] omogočili, da bi v takem primeru sprejeli ukrepe, ki se uporabijo ob koncu te napotitve“.[66]

II – **Predlog**

134. Ob upoštevanju navedenega Sodišču predlagam, naj na vprašanji za predhodno odločanje, ki ju je postavilo Raad van State, odgovori:

Člena 56 PDEU in 57 PDEU je treba razlagati tako, da nasprotujeta zakonodaji države članice EU, kot je ta v postopku v glavni stvari, ki napotitev – v smislu člena 1(3)(c) Direktive 96/71/ES Evropskega parlamenta in sveta z dne 16. decembra 1996 o napotitvi delavcev na delo v okviru opravljanja storitev – delavcev z državljanstvom tretjih držav na ozemlje te države pogojuje s pridobitvijo delovnega dovoljenja.

63 — Glej zlasti sodbo Komisija/Luksemburg (EU:C:2004:655, točka 31).

64 — Prav tam.

65 — Prav tam (točka 46).

66 — Prav tam.