Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
YVES BOT
föredraget den 8 maj 2014[1]

Mål C-91/13

Essent Energie Productie BV
mot
Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid

(begäran om förhandsavgörande från Raad van State (Nederländerna))

”Associeringsavtalet EEG–Turkiet — Artikel 13 i associeringsrådets beslut nr 1/80 — Artikel 41 i tilläggsprotokollet — Standstillklausuler — Tillämpningsområde — Frihet att tillhandahålla tjänster — Artiklarna 56 FEUF och 57 FEUF — Utstationering av arbetstagare — Tredjelandsmedborgare — Krav på arbetstillstånd när arbetskraft ställs till förfogande”

1. Den aktuella begäran om förhandsavgörande har framställts inom ramen för en tvist mellan Essent Energie Productie BV (nedan kallat Essent) och Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (social- och arbetsmarknadsministeriet) (nedan kallat ministeriet) om en straffavgift som Essent påfördes av ministeriet för att företaget hade låtit tredjelandsmedborgare utföra arbeten utan att det haft anställningstillstånd (*tewerkstellingsvergunning*) för dessa tredjelandsmedborgare.

2. Essent är ett nederländskt bolag som uppdrog åt BIS Industrial Services Nederland BV (nedan kallat BIS), ett annat nederländskt bolag, att utföra ett arbete som bestod i att resa byggnadsställningar vid Essents anläggning i Geertruidenberg (Nederländerna).

3. Enligt en rapport som upprättades av arbetsinspektionen den 8 mars 2010 konstaterades det i samband med en kontroll som arbetsinspektionen utförde vid nämnda anläggning den 15, 19 och 20 maj 2008 att 33 tredjelandsmedborgare – varav 29 turkiska medborgare samt tre personer från före detta Jugoslavien och en marockansk medborgare – mellan den 1 januari och den 20 maj 2008 hade deltagit i utförandet av detta arbete.

4. Enligt samma rapport hade de utländska arbetstagarna utstationerats till BIS av Ekinci Gerüstbau GmbH (nedan kallat Ekinci), ett företag i Köln (Tyskland) som de var anställda av, utan att något arbetstillstånd hade utfärdats i samband med utstationeringen.

5. Genom beslut av den 11 maj 2010 påförde ministeriet Essent en straffavgift på 264 000 euro för överträdelse av artikel 2.1 i lagen om utlänningars arbete av den 21 december 1994 (Wet arbeid vreemdelingen)[2] i den på det nationella målet tillämpliga lydelsen (nedan kallad Wav 1994), med motiveringen att Essent hade låtit de utländska arbetstagarna utföra det aktuella arbetet utan anställningstillstånd trots att sådant krävdes enligt den nederländska lagstiftningen.

6. Essent överklagade beslutet samma dag.

1 — Originalspråk: franska.
2 — Stb. 1994, nr 959.

7. Genom beslut av den 22 december 2010 lämnade ministeriet överklagandet utan bifall med motiveringen att den av Ekinci tillhandahållna tjänsten uteslutande hade bestått i utstationering av arbetskraft i den mening som avses i artikel 1.3 c i Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster[3] och att Essent således, i egenskap av uppdragsgivare och arbetsgivare för de utländska arbetstagarna i den mening som avses i Wav 1994, skulle ha haft arbetstillstånd för dessa.

8. Essent överklagade även detta beslut. Överklagandet lämnades genom dom av den 27 september 2011 utan bifall av Rechtbank 's-Hertogenbosch (Nederländerna), som bland annat – med hänvisning till domstolens dom Vicoplus m.fl.[4] – slog fast att ministeriet hade gjort en riktig bedömning när det hade påfört Essent en straffavgift, med tanke på att det inte hade utfärdats något anställningstillstånd trots att den av Ekinci tillhandahållna tjänsten uteslutande hade bestått i utstationering av arbetskraft i den mening som avses i artikel 1.3 c i direktiv 96/71.

9. Den slutsatsen drog Rechtbank 's-Hertogenbosch utifrån bedömningen att det ur domen Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64), som förvisso rörde tjänster bestående i utstationering av polsk arbetskraft, gick att utläsa att artiklarna 56 FEUF och 57 FEUF i en situation där de arbetstagare som ställdes till förfogande var tredjelandsmedborgare inte utgjorde hinder för en lagstiftning i en medlemsstat – i det aktuella fallet artikel 2.1 Wav 1994 – enligt vilken det krävdes anställningstillstånd för sådana arbetstagare.

10. Essent överklagade domen till Raad van State (Nederländerna).

11. Liksom Rechtbank 's-Hertogenbosch anser Raad van State att det ur domen Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64) kan utläsas att artiklarna 56 FEUF och 57 FEUF inte utgör hinder för att en medlemsstat kräver att arbetstagare från ett tredjeland ska ha arbetstillstånd för att få utstationeras, i den mening som avses i artikel 1.3 c i direktiv 96/71, i den medlemsstaten. Raad van State har, på grund av sin bedömning att det tydligt framgår av domen Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64) vad som skulle bli svaret på en fråga huruvida ett sådant krav på arbetstillstånd är förenligt med artiklarna 56 FEUF och 57 FEUF, inte ansett det nödvändigt att ställa någon fråga till domstolen om den aspekten.

12. I stället har Raad van State uppmanat domstolen att tolka dels artikel 41 i tilläggsprotokollet[5] till avtalet om upprättande av en associering mellan Europeiska ekonomiska gemenskapen å ena sidan och Turkiet å andra sidan,[6] dels artikel 13 i associeringsrådets beslut nr 1/80 av den 19 september 1980 om associeringens utveckling (nedan kallat beslut nr 1/80).

13. Dessa båda artiklar innehåller en standstillregel med innebörden att det är förbjudet för medlemsstaterna att från och med respektive artikels ikraftträdande införa nya begränsningar av etableringsfriheten, friheten att tillhandahålla tjänster och den fria rörligheten för arbetstagare mellan Turkiet och Europeiska unionens medlemsstater.

3 — EGT L 18, 1997, s. 1.

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

5 — Protokoll undertecknat den 23 november 1970 i Bryssel och slutet, godkänt och bekräftat på gemenskapens vägnar genom rådets förordning (EEG) nr 2760/72 av den 19 december 1972 (EGT L 293, s. 1; svensk specialutgåva, område 1, volym 1, s. 130) (nedan kallat tilläggsprotokollet). Såvitt avser den europeiska delen av Konungariket Nederländerna trädde tilläggsprotokollet i kraft den 1 januari 1973.

6 — Avtal undertecknat den 12 september 1963 i Ankara av Republiken Turkiet å ena sidan och Europeiska ekonomiska gemenskapens medlemsstater och gemenskapen å andra sidan, och slutet, godkänt och bekräftat på gemenskapens vägnar genom rådets beslut 64/732/EEG av den 23 december 1963 (EGT 1964, 217, s. 3685).

14. Närmare bestämt har artikel 41.1 i tilläggsprotokollet – som återfinns i kapitel II i avdelning II i detta – följande lydelse:

”De fördragsslutande parterna får inte sinsemellan införa nya begränsningar av etableringsrätten och den fria handeln med tjänster.”

15. Artikel 13 i beslut nr 1/80 har följande lydelse:

”Gemenskapens medlemsstater och Turkiet får inte införa nya begränsningar såvitt avser villkoren för tillträde till anställning för arbetstagare och deras familjemedlemmar som har erhållit uppehålls- och arbetstillstånd inom respektive lands område i enlighet med gällande lagstiftning.”

16. Enligt artikel 16.1 i nämnda beslut ska denna bestämmelse tillämpas från och med den 1 december 1980.

17. Raad van State önskar bland annat vinna klarhet i huruvida arbetsgivarbegreppet såsom detta har utvecklats i nederländsk rätt utgör en ny begränsning i den mening som avses i dessa bestämmelser.

18. Det är härvid lämpligt att se närmare på de aktuella bestämmelserna i den nederländska lagstiftningen.

19. Den 1 december 1980 reglerades frågor rörande anställning av utlänningar i Nederländerna genom lagen om utländska arbetstagares arbete (Wet arbeid buitenlandse werknemers) av den 9 november 1978. [7]

20. Enligt artikel 1 b.1 Wabw avses – vid tillämpning av bestämmelserna i Wabw och därav följande bestämmelser – med arbetsgivare varje person som med en annan person ingår ett anställningsavtal syftande till utförande av ett arbete, såvida inte denna andra person har utstationerats till tredje part inom ramen för lagen om ställande av arbetskraft till förfogande (Wet op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten) av den 31 juli 1965. [8]

21. Enligt artikel 1 b.3 Wabw avses med arbetsgivare även varje person som en annan person har utstationerats till, om lagen om ställande av arbetskraft till förfogande är tillämplig på utstationeringen i fråga.

22. Enligt artikel 4 Wabw är det förbjudet för arbetsgivare att låta utlänningar arbeta utan ett arbetstillstånd som har utfärdats av det behöriga ministeriet.

23. Med ställande av arbetskraft till förfogande avses enligt artikel 1.1 b i lagen om ställande av arbetskraft till förfogande varje utstationering av arbetskraft till någon annan som sker mot ersättning och syftar till att ett arbete som brukar utföras i dennes rörelse ska utföras på annat sätt än enligt ett anställningsavtal.

24. Den version av Wav 1994 som är tillämplig i det aktuella fallet är den som var i kraft innan lagen av den 25 juni 2009 [9] trädde i kraft den 1 juli 2009.

25. Enligt artikel 1.1 b Wav 1994 avses med arbetsgivare den som låter någon annan utföra arbete inom ramen för utövandet av ett ämbete, ett yrke eller en rörelse.

7 — Stb. 1978, nr 737 (nedan kallad Wabw).

8 — Stb. 1965, nr 379.

9 — Stb. 2009, nr 265.

26. Enligt artikel 2.1 Wav 1994 är det förbjudet för en arbetsgivare att utan anställningstillstånd låta en utlänning utföra arbete i Nederländerna.

27. Detta förbud är emellertid inte tillämpligt på utlänningar som inom ramen för ett gränsöverskridande tillhandahållande av tjänster tillfälligt utför ett arbete i Nederländerna åt en arbetsgivare i en annan unionsmedlemsstat än Nederländerna, under förutsättning att det inte rör sig om en tjänst som består i att arbetskraft ställs till förfogande.

28. I artikel 3.1 a Wav 1994 anges det vidare att förbudet inte heller är tillämpligt på utlänningar för vilka det i kraft av bestämmelser i ett avtal med en annan stat eller ett för Konungariket Nederländerna bindande beslut av en folkrättslig organisation inte krävs anställningstillstånd.

29. Av denna översikt över de nationella bestämmelserna framgår att innan beslut nr 1/80 trädde i kraft var en arbetsgivare som lät en utlänning utföra ett arbete inom ramen för ett anställningsavtal skyldig enligt artikel 1 b.1 Wabw att erhålla anställningstillstånd för utlänningen såvida inte denne hade utstationerats till tredje part inom ramen för lagen om ställande av arbetskraft till förfogande. I det fallet var det i stället, enligt artikel 1 b.3 Wabw, den tredje part som utlänningen hade utstationerats till som ansågs vara dennes arbetsgivare. Av detta följer att BIS – som Ekinci utstationerade de utländska arbetstagarna till – innan beslut nr 1/80 trädde i kraft skulle ha varit arbetsgivare med skyldighet att erhålla anställningstillstånd.

30. Som Raad van State har påpekat, framgår det av förarbetena till artiklarna 1 och 2 Wav 1994 att den som är arbetsgivare och har skyldighet att erhålla anställningstillstånd är den som faktiskt låter en utlänning utföra ett arbete, och att denna arbetsgivare vid varje tid är ansvarig för att det nödvändiga anställningstillståndet föreligger. Förekomsten av ett anställningsavtal eller en underordnad ställning saknar därvid betydelse. Om arbete faktiskt utförs efter någons anvisningar eller i någons tjänst räcker detta för att kvalificera någon som arbetsgivare. Raad van State har tillagt att denna anpassning av den nationella lagstiftningen var nödvändig därför att arbetsgivarna i praktiken, med hjälp av olika omvägar och komplicerade upplägg, försökte hitta sätt att kringgå kravet på anställningstillstånd vid anlitande av utlänningar. Den lösning som valdes på detta problem var att slå fast en vid definition av begreppet ”arbetsgivare som kan hållas ansvarig om tredjelandsmedborgare som han eller hon sätter i arbete saknar arbetstillstånd”.

31. Av detta vida arbetsgivarbegrepp i Wav 1994 följer att i en sådan situation som i det nationella målet gäller kravet på anställningstillstånd inte endast användarföretaget (i det aktuella fallet BIS) utan även övriga arbetsgivare i anställningskedjan, däribland uppdragsgivaren (i det aktuella fallet Essent).

32. Raad van State har enligt egen uppgift att ta ställning till huruvida den utvidgning av arbetsgivarbegreppet som gjordes genom Wav 1994 ska anses utgöra en ny begränsning i den mening som avses i standstillregeln i artikel 13 i beslut nr 1/80 och i artikel 41 i tilläggsprotokollet, och därmed också till huruvida påförandet av en straffavgift på Essent strider mot dessa artiklar. Enligt Essent har den utvidgning av begreppet ”arbetsgivare som kan hållas ansvarig om utländska medborgare som han sätter i arbete saknar arbetstillstånd” som skedde efter dessa artiklars ikraftträdande resulterat i en begränsning av turkiska arbetstagares möjligheter att vinna tillträde till den nederländska arbetsmarknaden.

33. Som en prejudicialfråga till frågan huruvida denna utvidgning av arbetsgivarbegreppet utgör en ny begränsning som strider mot artikel 13 i beslut nr 1/80 och artikel 41 i tilläggsprotokollet, önskar Raad van State också vinna klarhet i huruvida Essent har behörighet att åberopa de artiklarna.

34. Mot denna bakgrund har Raad van State beslutat att vilandeförklara målet och att ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1) Kan en uppdragsgivare som är att betrakta som de berörda turkiska arbetstagarnas arbetsgivare i den mening som avses i artikel 2.1 [Wav 1994], i en sådan situation som den som är i fråga i det nationella målet, åberopa standstillregeln i artikel 13 i beslut nr 1/80 eller artikel 41 i tilläggsprotokollet gentemot de nederländska myndigheterna?

2) a) Ska standstillregeln i artikel 13 i beslut nr 1/80 eller standstillregeln i artikel 41 i tilläggsprotokollet tolkas så, att de utgör hinder för införandet av ett sådant förbud som förbudet enligt artikel 2.1 [Wav 1994] för uppdragsgivare att låta arbetstagare från ett tredjeland – i det aktuella fallet Turkiet – utföra arbete i Nederländerna utan att anställningstillstånd föreligger för dem, om dessa arbetstagare är anställda av ett tyskt företag och arbetar åt uppdragsgivaren i Nederländerna via ett nederländskt användarföretag?

b) Har det därvid betydelse att det redan före ikraftträdandet av såväl standstillregeln i artikel 41 i tilläggsprotokollet som standstillregeln i artikel 13 i beslut nr 1/80 var förbjudet för arbetsgivare att låta en utlänning utföra arbete inom ramen för ett anställningsavtal utan att anställningstillstånd föreligger för vederbörande och att detta förbud dessutom redan före ikraftträdandet av standstillregeln i artikel 13 i beslut nr 1/80 hade utvidgats till att gälla användarföretag till vilka utlänningar utstationeras?”

I – **Bedömning**

35. Att en nationell domstol har formulerat en tolkningsfråga där den formellt hänvisar till vissa unionsbestämmelser hindrar inte EU-domstolen från att ge den nationella domstolen alla tolkningsupplysningar som kan vara användbara vid avgörandet av det nationella målet, även om den nationella domstolen inte har hänvisat till dessa upplysningar i sin fråga. Därvid ankommer det på EU-domstolen att utifrån alla de uppgifter som den nationella domstolen har tillhandahållit, särskilt skälen till begäran om förhandsavgörande, ta fram de uppgifter av unionsrättslig karaktär som med hänsyn till föremålet för talan påkallar tolkning. [10]

36. Av skäl som jag kommer att utveckla nedan anser jag att artikel 13 i beslut nr 1/80 och artikel 41 i tilläggsprotokollet saknar betydelse vid avgörandet av det nationella målet.

37. Den problematik som det aktuella målet ger upphov till ska enligt min mening i stället bedömas mot bakgrund av artiklarna 56 FEUF och 57 FEUF.

A – *Tillämpliga unionsregler*

38. Det är utrett att Ekinci är ett tyskt företag. Enligt det tyska handelsregistret ägnar sig detta företag åt att bygga, resa och hyra ut byggnadsställningar.

39. Ekinci ställde arbetstagare från ett flertal tredjeländer, däribland Republiken Turkiet, till förfogande för BIS för att bygga byggnadsställningar under perioden den 1 januari–20 maj 2008.

40. Det är ostridigt att de berörda arbetstagarna, varav de flesta är turkiska medborgare, har uppehålls- och arbetstillstånd i Tyskland.

10 — Se, bland annat, dom Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64, punkt 22 och där angiven rättspraxis).

1. Skälen till att artikel 13 i beslut nr 1/80 inte är tillämplig

41. Det följer av fast rättspraxis att standstillklausulen i artikel 13 i beslut nr 1/80 utgör ett generellt hinder för införande av nya inhemska bestämmelser som syftar eller leder till att en turkisk medborgare underkastas villkor vad gäller dennes rätt att utöva den fria rörligheten för arbetstagare i en medlemsstat som är mer restriktiva än de villkor som var tillämpliga när beslut nr 1/80 trädde i kraft med avseende på den berörda medlemsstaten. [11]

42. Domstolen har vid flera tillfällen slagit fast att turkiska medborgare, i motsats till medborgare i medlemsstaterna, inte har rätt att röra sig fritt inom unionen utan enbart åtnjuter vissa rättigheter i sin värdmedlemsstat. [12]

43. I det aktuella fallet är det Förbundsrepubliken Tyskland som är de berörda turkiska arbetstagarnas värdmedlemsstat, den medlemsstat där de lagligen uppehåller sig och arbetar. Därmed är det gentemot den medlemsstaten som dessa arbetstagare kan åberopa sina rättigheter enligt beslut nr 1/80.

44. Dessutom rör artikel 13 i beslut nr 1/80 nationella åtgärder avseende tillträde till anställning. Utifrån detta har domstolen dragit slutsatsen att syftet med den artikeln ”inte är att skydda de turkiska medborgare som redan är integrerade i arbetsmarknaden i en medlemsstat, utan [artikeln] ska tillämpas just på de turkiska medborgare som ännu inte har några rättigheter när det gäller arbete och, i växelverkan därmed, rättigheter när det gäller uppehåll enligt artikel 6.1 i beslut nr 1/80”. [13]

45. Det ska också erinras om vad domstolen slog fast i domen Abatay m.fl. [14] angående turkiska lastbilschaufförer som var anställda av ett företag i Turkiet och utförde internationella godstransporter i Tyskland. Till att börja med framhöll domstolen att dessa turkiska lastbilschaufförer ”endast under helt kort tid [befinner sig] på tyskt område, i det enda syftet att transportera och lossa varor från Turkiet eller att lasta varor och transportera dessa till länder som Turkiet, Iran och Irak”. [15] Därefter noterade domstolen att chaufförerna ”[e]fter varje uppdrag återvänder … till Turkiet, där de bor tillsammans med sina familjer och där det företag har sitt säte som anställer och avlönar dem”, [16] och utifrån detta drog domstolen slutsatsen att ”[d]essa turkiska medborgare … på intet sätt [har] för avsikt att integrera sig på arbetsmarknaden i Förbundsrepubliken Tyskland i dess egenskap av [värd]medlemsstat”. [17]

46. Enligt domstolen ”framgår [det] av systemet i beslut nr 1/80 [och] ändamålet med detta beslut, i det nuvarande utvecklingsskedet av den fria rörligheten för arbetstagare i samband med associeringen mellan EEG och Turkiet …, att syftet i huvudsak är att turkiska arbetstagare gradvis skall integreras i [värd]medlemsstaten genom att utföra ett reguljärt och i princip oavbrutet arbete”. [18]

47. Artikel 13 i beslut nr 1/80 var således inte tillämplig på en situation som kännetecknades av att turkiska arbetstagare tillfälligt befann sig i Tyskland, något som inte kunde anses utgöra ett uttryck för ett önskemål från dessa arbetstagares sida om att integrera sig på den tyska arbetsmarknaden.

11 — Se, bland annat, dom Demir (C-225/12, EU:C:2013:725, punkt 33 och där angiven rättspraxis).

12 — Se, bland annat, dom Derin (C-325/05, EU:C:2007:442, punkt 66 och där angiven rättspraxis). Se även dom Demirkan (C-221/11, EU:C:2013:583, punkt 53).

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

14 — De förenade målen C-317/01 och C-369/01, EU:C:2003:572.

15 — Punkt 89.

16 — Idem.

17 — Idem.

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

48. Enligt min uppfattning gäller detsamma i det aktuella målet, vilket rör turkiska arbetstagare som lagligen uppehåller sig och arbetar i Tyskland – som således är deras värdmedlemsstat inom unionen – och som utstationerades i Nederländerna under en begränsad tid, nämligen den tid som behövdes för det arbete med att bygga byggnadsställningar som BIS ansvarade för. När det arbetet var slutfört, lämnade de berörda arbetstagarna Nederländerna och återvände till Tyskland. Som den nederländska regeringen på goda grunder har framhållit, hade dessa arbetstagare således inte för avsikt att integrera sig på den nederländska arbetsmarknaden. Av detta följer att artikel 13 i beslut nr 1/80 inte är tillämplig på de nederländska myndigheterna i det nationella målet.

2. Skälen till att artikel 41.1 i tilläggsprotokollet inte är tillämplig

49. Det framgår redan av lydelsen av artikel 41.1 i tilläggsprotokollet att det är fråga om en otvetydig standstillklausul med en klar, precis och ovillkorlig avfattning enligt vilken de fördragsslutande parterna, från och med ikraftträdandet av tilläggsprotokollet, inte får införa nya begränsningar av etableringsrätten och den fria handeln med tjänster. [19]

50. Enligt domstolens fasta praxis har artikel 41.1 i tilläggsprotokollet direkt effekt. Följaktligen kan de turkiska medborgare som protokollet är tillämpligt på åberopa denna bestämmelse inför domstolar i medlemsstaterna. [20]

51. Standstillklausulen utgör ett generellt hinder för införande av nya bestämmelser som syftar till eller har till verkan att föreskriva villkor för en turkisk medborgares utnyttjande av de nämnda ekonomiska friheterna i en medlemsstat som är mer restriktiva än de villkor som gällde när tilläggsprotokollet trädde i kraft i förhållande till den berörda medlemsstaten. [21]

52. Domstolen har redan tidigare slagit fast, i dom Abatay m.fl. (EU:C:2003:572), att artikel 41.1 i tilläggsprotokollet får åberopas av ett företag i Turkiet som lagligen utför tjänster i en medlemsstat liksom av turkiska medborgare som är lastbilschaufförer anställda av ett sådant företag. [22]

53. I samma dom fann domstolen att denna bestämmelse utgjorde hinder för att en medlemsstat i sin lagstiftning införde ett krav – som inte fanns vid den tidpunkt då tilläggsprotokollet trädde i kraft med avseende på denna medlemsstat – på att arbetstillstånd måste ha erhållits för att turkiska företag och av sådana företag anställda personer som är turkiska medborgare skulle få tillhandahålla tjänster i denna medlemsstat. [23]

54. Av lydelsen i artikel 41.1 i tilläggsprotokollet framgår att syftet med denna bestämmelse bland annat är att undanröja begränsningar i den fria handeln med tjänster mellan de fördragsslutande parterna. [24] I synnerhet förbjuds medlemsstaterna genom denna bestämmelse att från och med dagen för tilläggsprotokollets ikraftträdande införa nya hinder för turkiska fysiska och juridiska personers tillhandahållande av tjänster och för turkiska medborgares inresa till en medlemsstat i syfte att där tillhandahålla tjänster för ett turkiskt företags räkning. [25]

19 — Se, bland annat, dom Demirkan (EU:C:2013:583, punkt 37 och där angiven rättspraxis).

20 — Ibidem (punkt 38 och där angiven rättspraxis).

21 — Ibidem (punkt 39 och där angiven rättspraxis).

22 — Punkterna 105 och 106.

23 — Punkt 117, sjätte strecksatsen.

24 — Dom Demirkan (EU:C:2013:583, punkt 43 och där angiven rättspraxis). Domstolen förtydligade emellertid i samma dom att ”syftet med artikel 41.1 i tilläggsprotokollet och det sammanhang där denna bestämmelse ingår [skiljer sig] väsentligt från syftet med artikel 56 FEUF och det sammanhang där den bestämmelsen ingår, bland annat vad gäller frågan när dessa bestämmelser ska tillämpas på tjänstemottagare” (punkt 49). Härvid ansåg domstolen bland annat att ”[b]egreppet den fria handeln med tjänster i artikel 41.1 i tilläggsprotokollet ska tolkas så, att detta begrepp inte omfattar friheten för turkiska medborgare att såsom tjänstemottagare resa in i en annan medlemsstat för att där motta tjänster” (punkt 63).

25 — Såvitt avser det sistnämnda fallet, se dom Soysal och Savatli (C-228/06, EU:C:2009:101).

55. Den enda anknytning till Turkiet som föreligger i det här aktuella nationella målet är att de flesta av de arbetstagare som Ekinci utstationerade i Nederländerna är turkiska medborgare. Detta är inte en tillräckligt stark anknytning för att den situation som är i fråga i det nationella målet ska falla inom tillämpningsområdet för artikel 41.1 i tilläggsprotokollet.

56. För att så skulle ha varit fallet, hade det varit nödvändigt att visa att det förelåg en ekonomisk verksamhet mellan Turkiet och Nederländerna, vilket det skulle ha gjort om de berörda turkiska medborgarna hade varit egenföretagare som utförde en tjänst i Nederländerna eller om de hade utstationerats av ett turkiskt företag där de var anställda.

57. Eftersom en turkisk medborgares utövande av friheten att tillhandahålla tjänster inte är i fråga i det nationella målet, anser jag således att artikel 41.1 i tilläggsprotokollet inte kan vara tillämplig.

3. Skälen till att artiklarna 56 FEUF och 57 FEUF är tillämpliga

58. Raad van State har, som redan har konstaterats, nämnt artiklarna 56 FEUF och 57 FEUF i sin begäran om förhandsavgörande men avstått från att ställa frågor till domstolen om den aspekten med motiveringen att det enligt Raad van States bedömning tydligt framgår av domen Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64) att dessa artiklar inte utgör hinder för att en medlemsstat kräver att arbetstagare från ett tredjeland måste ha arbetstillstånd för att få utstationeras, i den mening som avses i artikel 1.3 c i direktiv 96/71, i den medlemsstaten.

59. Jag anser att Raad van State har gjort en riktig bedömning genom att beakta möjligheten att artiklarna 56 FEUF och 57 FEUF kan vara tillämpliga. Det följer nämligen av domstolens praxis att om ett företag bedriver en verksamhet som består i att det mot ersättning ställer arbetskraft till förfogande för andra, varvid de berörda arbetstagarna förblir anställda i företaget och det inte ingås något anställningsavtal med användaren, utgör detta en yrkesverksamhet som uppfyller villkoren i artikel 57 första stycket FEUF, vilket betyder att verksamheten ska betraktas som en tjänst i den mening som avses i den bestämmelsen. [26]

60. I det aktuella målet har ett företag i Tyskland ställt arbetstagare till förfogande för ett användarföretag i Nederländerna. Ett sådant tillhandahållande av tjänster mellan två företag i olika medlemsstater faller utan minsta tvivel inom tillämpningsområdet för artiklarna 56 FEUF och 57 FEUF. Att utstationeringen av arbetskraft avser arbetstagare som är tredjelandsmedborgare saknar därvid betydelse – domstolens praxis visar att en utstationering av tredjelandsmedborgare inom ramen för en tjänst ska bedömas i förhållande till EUF-fördragets bestämmelser om friheten att tillhandahålla tjänster. [27]

61. Däremot har Raad van State gjort en felaktig bedömning genom att anse att domstolens praxis redan gör det möjligt att ge ett tydligt svar på frågan huruvida den nederländska lagstiftning enligt vilken det krävs anställningstillstånd när ett företag i en medlemsstat ställer tredjelandsmedborgare till förfogande för ett företag i en annan medlemsstat är förenlig med artiklarna 56 FEUF och 57 FEUF.

62. I synnerhet anser jag, till skillnad från Raad van State, att svaren på de frågor som det aktuella målet ger upphov till inte tydligt följer av domen Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64). Jag kommer längre fram att förklara mer utförligt hur den lösning som domstolen valde i det målet hade ett nära samband med det särskilda sammanhang som målet rörde, nämligen tillämpningen av övergångsbestämmelser efter nya medlemsstaters anslutning till unionen.

26 — Dom Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64, punkt 27 och där angiven rättspraxis).

27 — Se, bland annat, dom kommissionen/Luxemburg (C-445/03, EU:C:2004:655).

63. Den huvudsakliga fråga som ska prövas i det aktuella målet har således ännu inte besvarats på ett tydligt sätt av domstolen. Därför har domstolen skäl att omformulera frågorna från Raad van State i syfte att kunna lämna ett svar som är användbart vid avgörandet av det nationella målet. Jag anser att den fråga som domstolen ska besvara rör huruvida artiklarna 56 FEUF och 57 FEUF ska tolkas så, att de utgör hinder för en lagstiftning i en medlemsstat enligt vilken det krävs arbetstillstånd vid utstationering i den medlemsstaten, i den mening som avses i artikel 1.3 c i direktiv 96/71, av arbetstagare som är tredjelandsmedborgare.

64. Som Essent i sitt yttrande har gjort gällande i första hand, ska domstolen avgöra huruvida de nederländska myndigheternas krav på arbetstillstånd under de aktuella omständigheterna – det vill säga i ett fall där ett tyskt företag har ställt arbetstagare som är tredjelandsmedborgare till förfogande för ett nederländskt användarföretag som utför arbete åt ett annat nederländskt företag – är förenligt med artiklarna 56 FEUF och 57 FEUF.

B – *Huruvida den nederländska lagstiftningen är förenlig med artiklarna 56 FEUF och 57 FEUF*

65. Det är således utrett att den situation som är i fråga i det nationella målet omfattas av artiklarna 56 FEUF och 57 FEUF. Innan jag går närmare in på huruvida den nederländska lagstiftningen är förenlig med de artiklarna, är det lämpligt att redogöra för skälen till att Essent enligt min uppfattning ska anses ha rätt att åberopa dessa artiklar i det nationella målet.

1. Essents möjlighet att åberopa artiklarna 56 FEUF och 57 FEUF i det nationella målet

66. Det sammanhang som är i fråga i det aktuella målet kännetecknas av att det föreligger en kedja av företag. En uppdragsgivare, i det aktuella fallet Essent, har nämligen uppdragit åt ett annat företag, BIS, att bygga byggnadsställningar vid en av Essents anläggningar. För att utföra detta arbete har BIS uppdragit åt ett företag i Tyskland, Ekinci, att ställa arbetskraft till förfogande för BIS.

67. När det gäller sådana sammanhang har den nederländska lagstiftningen utvecklats så, att det är uppdragsgivaren som bär ansvaret när tredjelandsmedborgare för vilka anställningstillstånd saknas utför arbete. Bakgrunden till detta är att de nederländska myndigheterna har velat förhindra att kravet på arbetstillstånd för tredjelandsmedborgare kringgås genom att ett flertal företag är inblandade i utförandet av ett arbete.

68. I det aktuella fallet har de behöriga nederländska myndigheternas tillämpning av den nationella lagstiftningen föranlett dessa myndigheter att påföra en straffavgift med anledning av avsaknad av arbetstillstånd på uppdragsgivaren, det vill säga Essent, men däremot inte på BIS i egenskap av det företag som använde den arbetskraft som Ekinci ställde till förfogande.

69. Om man i detta sammanhang förvägrade Essent – det enda företag som har blivit föremål för ingripande från de nederländska myndigheternas sida – möjligheten att åberopa artiklarna 56 FEUF och 57 FEUF i syfte att bestrida den straffavgift som företaget har påförts, skulle detta innebära att EUF-fördragets bestämmelser om friheten att tillhandahålla tjänster förlorade sin verkan.

70. Det vore nämligen liktydigt med att hävda att kravet på arbetstillstånd för utstationerade tredjelandsmedborgare visserligen i princip ska bedömas mot bakgrund av de artiklarna, men att den omständigheten att Essent befinner sig i början av den kedja som bildas av de inblandade företagen – och således inte är den som arbetstagare direkt har ställts till förfogande för – hindrar Essent från att åberopa sitt enda försvar, det vill säga artiklarna 56 FEUF och 57 FEUF.

71. Eftersom det enligt den nederländska lagstiftningen är uppdragsgivaren som kan hållas ansvarig i fall där tredjelandsmedborgare saknar arbetstillstånd, är det också endast uppdragsgivaren som i ett sådant fall kan ha nytta av att kunna åberopa dessa artiklar. Att förvägra uppdragsgivaren denna möjlighet vore liktydigt med att hävda att det system som införs genom den nederländska lagstiftningen, där ansvaret förflyttas hela vägen genom kedjan ända fram till uppdragsgivaren, gör det möjligt att bibehålla begränsningar i friheten att tillhandahålla tjänster.

72. Att inskränka möjligheten att åberopa EUF-fördragets bestämmelser om friheten att tillhandahålla tjänster till de direkta avtalsparterna vore att bortse från att – som det aktuella målet visar – flera företag kan vara inblandade i entreprenadkedjor. I själva verket är det inte sällsynt med fler än fyra mellanled mellan arbetstagarna och uppdragsgivaren. [28]

73. Dessa förhållanden, vilka kan ge upphov till missbruk och kringgående av social- och arbetsmarknadslagstiftningen, är förklaringen till att det enligt den nederländska lagstiftningen är möjligt att hålla uppdragsgivaren ansvarig om tredjelandsmedborgare som arbetar åt någon av dennes underleverantörer saknar arbetstillstånd.

74. Därvid återspeglar den nederländska lagstiftningen en av de åsikter som är företrädda i den pågående debatten om ändring av unionslagstiftningen om utstationering av arbetstagare, nämligen att det vore lämpligt att öka uppdragsgivarens ansvar.

75. Domstolens förhållandevis flexibla praxis i fråga om vem som är behörig att åberopa EUF-fördragets bestämmelser om den fria rörligheten för arbetstagare förefaller mig tala för en bred ansats när det gäller möjligheten att åberopa artiklarna 56 FEUF och 57 FEUF.

76. När det gäller den fria rörligheten för arbetstagare har domstolen nämligen funnit att det ”visserligen [är] fastslaget att den rätt till fri rörlighet som föreskrivs i [artikel 45 FEUF] omfattar arbetstagare … men [att] ingenting i artikelns lydelse anger att denna rätt inte kan åberopas av andra”. [29] Därför har domstolen också slagit fast att ”den rätt som föreskrivs i artikel 45 FEUF [kan] åberopas inte bara av arbetstagarna själva, utan även av deras arbetsgivare. För att vara effektiv och ändamålsenlig måste nämligen arbetstagarnas rätt att utan diskriminering ta anställning och arbeta åtföljas av arbetsgivarnas rätt att anställa dem med beaktande av bestämmelserna om fri rörlighet för arbetstagare.” [30]

77. Domstolen har således gjort åtskillnad mellan de personer som omfattas av artikel 45 FEUF och de personer som kan åberopa den artikeln, varvid den sistnämnda kategorin är större än den förstnämnda i syfte att det ska kunna säkerställas att artikeln får ändamålsenlig verkan. [31]

78. Samma resonemang ska enligt min uppfattning tillämpas på friheten att tillhandahålla tjänster. Denna grundläggande frihet måste kunna åberopas av en person som inte formellt är mottagare av den berörda tjänsten. Friheten att tillhandahålla tjänster har nämligen, i likhet med den fria rörligheten för arbetstagare, ett syfte av allmänintresse, nämligen upprättandet av en inre marknad. Strävan att uppnå detta syfte motiverar att kretsen av personer som kan åberopa de unionsbestämmelserna utökas till att omfatta även personer som inte är tjänsteleverantörer eller tjänstemottagare men ändå har en väsentlig anknytning till en tjänsteleverantör eller en tjänstemottagare. [32]

28 — Se Muller, F., ”L’affaire Flamanville: détachement ou fraude sociale?”, *Droit social* nr 7/8, 2012, s. 675, särskilt s. 685.

29 — Se, bland annat, dom Caves Krier Frères (C-379/11, EU:C:2012:798, punkt 28 och där angiven rättspraxis).

30 — Se, bland annat, dom Las (C-202/11, EU:C:2013:239, punkt 18 och där angiven rättspraxis).

31 — I linje med detta godtog domstolen, i dom ITC (C-208/05, EU:C:2007:16), att en privat arbetsförmedling som hade ingått ett förmedlingsavtal med en arbetssökande kunde göra gällande rättigheter som enligt artikel 45 FEUF direkt tillerkänns arbetstagarna i unionen (punkt 25).

32 — Se, analogt, punkterna 19 och 21 i generaladvokaten Fennellys förslag till avgörande i målet Clean Car Autoservice (C-350/96, EU:C:1997:587).

79. Att förvägra Essent möjligheten att åberopa artiklarna 56 FEUF och 57 FEUF vore liktydigt med att godta att mottagarmedlemsstaten genom att välja en vid definition av begreppet arbetsgivare kan åsidosätta EUF-fördragets bestämmelser om friheten att tillhandahålla tjänster och kringgå förbudet enligt artikel 56 FEUF mot att begränsa denna grundläggande frihet. [33]

80. Under dessa omständigheter måste en sådan uppdragsgivare som Essent kunna åberopa de rättigheter som genom artiklarna 56 FEUF och 57 FEUF direkt tillerkänns tjänsteleverantörer och tjänstemottagare.

81. Att varken Ekinci eller BIS är part i det nationella målet förefaller mig inte ha avgörande betydelse i detta avseende. Detta medför nämligen inte att Essent – i egenskap av uppdragsgivare som har påförts en straffavgift på grund av avsaknad av arbetstillstånd – förlorar sitt intresse av att få till stånd ett avgörande av frågan huruvida kravet på ett sådant tillstånd är förenligt med artiklarna 56 FEUF och 57 FEUF. Med andra ord är den frågan direkt relevant för avgörandet av det nationella målet, som rör lagenligheten av den straffavgift som har påförts Essent.

2. Huruvida det föreligger ett hinder för det fria tillhandahållandet av tjänster

82. Enligt fast rättspraxis innebär artikel 56 FEUF inte endast att det är nödvändigt att avskaffa all form av diskriminering på grund av nationalitet av en tjänsteleverantör som är etablerad i en annan medlemsstat, utan även att det är nödvändigt att avskaffa varje inskränkning – även om den utan åtskillnad är tillämplig på inhemska tjänsteleverantörer och tjänsteleverantörer från andra medlemsstater – som för en tjänsteleverantör som är etablerad i en annan medlemsstat, och där lagligen utför liknande tjänster, innebär att dennes tjänster förbjuds, hindras eller blir mindre attraktiva. [34]

83. När det gäller en i en unionsmedlemsstat etablerad tjänsteleverantörs utstationering av tredjelandsmedborgare har domstolen redan tidigare slagit fast att en lagstiftning i en medlemsstat enligt vilken ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat måste ha ett administrativt tillstånd för att få utföra vissa tjänster i den förstnämnda medlemsstaten utgör en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster i den mening som avses i artikel 56 FEUF. [35]

84. Som jag redan har konstaterat, är det enligt artikel 2.1 Wav 1994 förbjudet för en arbetsgivare att låta en utlänning för vilken något anställningstillstånd inte föreligger utföra ett arbete i Nederländerna. Detta förbud är emellertid inte tillämpligt på utlänningar som inom ramen för en gränsöverskridande tjänst tillfälligt utför ett arbete i Nederländerna åt en arbetsgivare i en annan unionsmedlemsstat än Konungariket Nederländerna, under förutsättning att det inte rör sig om tjänster som består i att arbetskraft ställs till förfogande.

85. I den nederländska lagstiftningen föreskrivs således en särskild behandling av tjänster som består i att ett företag i en annan medlemsstat ställer arbetstagare som är tredjelandsmedborgare till förfogande för ett nederländskt företag. För denna typ av tjänster gäller fortfarande kravet på arbetstillstånd för tredjelandsmedborgare.

86. Mot bakgrund av domstolens ovannämnda praxis finns det skäl att anta att kravet på arbetstillstånd för arbetstagare som är tredjelandsmedborgare och utstationeras till ett användarföretag, som BIS, av en tjänsteleverantör i en annan medlemsstat, som Ekinci, utgör ett sådant hinder för friheten att tillhandahålla tjänster som i princip är förbjudet enligt artikel 56 FEUF, på grund av den administrativa börda som erhållandet av ett sådant tillstånd innebär.

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

34 — Se, bland annat, dom dos Santos Palhota m.fl. (C-515/08, EU:C:2010:589, punkt 29 och där angiven rättspraxis).

35 — Se, bland annat, dom kommissionen/Österrike (C-168/04, EU:C:2006:595, punkt 40 och där angiven rättspraxis).

87. För att arbetstillstånd ska kunna utfärdas för en arbetstagare från ett tredjeland som ställs till förfogande för ett företag i Nederländerna av ett företag i en annan medlemsstat, måste ett flertal villkor vara uppfyllda. Bland annat måste det först kontrolleras att det inte finns någon tillgänglig arbetskraft på den nationella arbetsmarknaden, och dessutom finns det vissa krav i fråga om tidsfrister. Det rör sig således inte om någon ren formalitet. Konkret kan kravet på arbetstillstånd därför avhålla ett sådant företag som Ekinci från att utöva sin frihet att tillhandahålla tjänster, eftersom det begränsar företagets urval av personal som enkelt och snabbt kan ställas till förfogande för ett företag i en annan medlemsstat.

3. Huruvida hindret är motiverat

88. Enligt fast rättspraxis kan en nationell lagstiftning på ett område där harmonisering på unionsnivå inte har skett, förutsatt att den tillämpas utan åtskillnad på alla personer eller företag som bedriver verksamhet i den berörda medlemsstaten, vara motiverad även om den begränsar friheten att tillhandahålla tjänster, om den dels grundas på tvingande skäl av allmänintresse som inte redan har säkerställts genom de bestämmelser som tjänsteleverantören måste följa i sin egen medlemsstat, dels är ägnad att säkerställa att det mål som eftersträvas med lagstiftningen uppnås och dels inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det målet. [36]

89. Utstationering av tredjelandsmedborgare inom ramen för en gränsöverskridande tjänst är ett område som inte har harmoniserats på unionsnivå. Därför ska det prövas huruvida de begränsningar av friheten att tillhandahålla tjänster som följer av artikel 2.1 Wav 1994 förefaller kunna motiveras med ett mål av allmänintresse och i förekommande fall huruvida dessa begränsningar är nödvändiga för att detta mål i praktiken ska kunna förverkligas med ändamålsenliga medel.

90. När den nederländska regeringen tillfrågades om detta vid den muntliga förhandlingen, hänvisade den till målet att skydda den inhemska arbetsmarknaden.

91. En önskan att undvika störningar på arbetsmarknaden utgör förvisso ett tvingande skäl av allmänintresse, [37] men domstolen har vid flera tillfällen funnit att ”de arbetstagare som anställts av ett företag som är etablerat i en medlemsstat och som utstationeras i en annan medlemsstat för att där tillhandahålla tjänster inte gör anspråk på tillträde till arbetsmarknaden i sistnämnda stat[; d]e återvänder nämligen till sitt ursprungsland eller bosättningsland när arbetet är slutfört”. [38]

92. Domstolen har i detta sammanhang godtagit att ”[e]n medlemsstat [får] … kontrollera att det företag som är etablerat i en annan medlemsstat, och som utstationerar arbetstagare från tredjeland i förstnämnda stat, inte utnyttjar friheten att tillhandahålla tjänster för andra ändamål än fullgörandet av den berörda tjänsten, exempelvis genom att sända ut personalen för att den skall anställas av andra eller finnas till förfogande för andra”. [39]

93. Enligt domstolen måste emellertid sådana kontroller ”företas inom de gränser som [unions]rätten uppställer, i synnerhet de som följer av friheten att tillhandahålla tjänster, vilken inte får bli illusorisk och vars utövande inte får bli föremål för myndigheternas skönsmässiga bedömning”. [40]

36 — Se, bland annat, dom dos Santos Palhota m.fl. (EU:C:2010:589, punkt 45 och där angiven rättspraxis).

37 — Se, bland annat, dom kommissionen/Luxemburg (EU:C:2004:655, punkt 38 och där angiven rättspraxis).

38 — Se, bland annat, dom kommissionen/Österrike (EU:C:2006:595, punkt 55 och där angiven rättspraxis).

39 — Ibidem (punkt 56 och där angiven rättspraxis).

40 — Se, bland annat, dom kommissionen/Luxemburg (EU:C:2004:655, punkt 40 och där angiven rättspraxis).

94. Med ledning av detta har domstolen vid flera tillfällen funnit att ett krav på arbetstillstånd för tredjelandsmedborgare som utstationeras inom ramen för en gränsöverskridande tjänst, på grund av de formaliteter och den tidsutdräkt som ett sådant krav föranleder, är ägnat att göra det ointressant att utöva friheten att tillhandahålla tjänster i medlemsstaterna med hjälp av utstationerade tredjelandsmedborgare. [41] Domstolen har bedömt att ett sådant krav är alltför långtgående i förhållande till mål om att garantera dels stabiliteten på arbetsmarknaden i mottagarmedlemsstaten, dels de utstationerade arbetstagarnas sociala skydd, och har därför funnit att det strider mot EUF-fördragets bestämmelser om friheten att tillhandahålla tjänster.

95. Däremot har domstolen ännu inte haft tillfälle att specifikt avgöra frågan om huruvida det är förenligt med artiklarna 56 FEUF och 57 FEUF att kräva arbetstillstånd för tredjelandsmedborgare i fall där utstationeringen inte är en accessorisk del av en gränsöverskridande tjänst utan det enda syftet med tjänsten.

96. För att det tydligt ska framgå i vilken grad det rör sig om ett nytt problem och vilka implikationer det medför, är det lämpligt att erinra om hur domstolen har definierat vad det innebär att ställa arbetskraft till förfogande.

97. I domen Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64) lämnade domstolen nämligen vissa klargörande upplysningar om definitionen av den transaktion som, med den formulering som används i artikel 1.3 c i direktiv 96/71, består i att ett företag, ”[i] egenskap av företag för uthyrning av arbetskraft eller företag som ställer arbetskraft till förfogande, verkställer utstationering av en arbetstagare till ett användarföretag som är etablerat eller som bedriver verksamhet inom en medlemsstats territorium, om det finns ett anställningsförhållande mellan företaget för uthyrning av arbetskraft eller det företag som ställer arbetskraft till förfogande och arbetstagaren under utstationeringstiden”.

98. I nämnda dom fann domstolen att ”[u]tstationering av arbetstagare i den mening som avses i artikel 1.3 c i direktiv 96/71 är en tjänst som utförs mot ersättning, för vilken den utstationerade arbetstagaren förblir anställd i det tillhandahållande företaget utan att det ingås något anställningsavtal med användarföretaget. Denna utstationering kännetecknas av att arbetstagarens förflyttning till värdmedlemsstaten utgör själva föremålet för företagets tillhandahållande av tjänster och av att arbetstagaren utför sina arbetsuppgifter under användarföretagets kontroll och ledning.” [42]

99. Det ankommer således på Raad van State att kontrollera huruvida situationen i det nationella målet verkligen innebär att arbetskraft har ställts till förfogande enligt de kriterier som domstolen slog fast i domen Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64).

100. Här ska det erinras om att ställande av arbetskraft till förfogande enligt artikel 1.1 b i lagen om ställande av arbetskraft till förfogande avser sådan utstationering av arbetskraft till ett företag som sker mot ersättning och syftar till att ett arbete som brukar utföras inom det företaget ska utföras inom det företaget men på annat sätt än inom ramen för ett anställningsavtal med företaget. Denna definition framstår som mindre fullständig än den som domstolen har valt.

101. Raad van State ska således förvissa sig om att de utländska arbetstagarna verkligen har utfört sitt arbete under ledning och överinseende av BIS snarare än av Ekinci.

41 — Ibidem (punkt 41).

42 — Dom Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64, punkt 51).

102. Om det visade sig att det var Ekinci som utövade ledning och överinseende över de utländska arbetstagarna, skulle det nämligen inte vara fråga om något ställande av arbetskraft till förfogande enligt de kriterier som domstolen angav i domen Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64), utan det skulle i stället röra sig om ett underentreprenadavtal.[43] I en sådan situation råder det inget tvivel om att domstolens praxis redan innebär att det är förbjudet att kräva arbetstillstånd för tredjelandsmedborgare som utstationeras inom ramen för en tjänst.

103. Om däremot – vilket torde vara fallet – den aktuella tjänsten verkligen uteslutande innebar ett ställande av arbetstagare till förfogande enligt de kriterier som domstolen angav i domen Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64), förefaller domstolens praxis fortfarande vara vacklande och således i behov av klargörande.

104. Av domstolens praxis följer nämligen att tjänster som består i att arbetstagare ställs till förfogande alltid har betraktats som tjänster av särskild beskaffenhet.[44] Därför har sådana tjänster också blivit föremål för en särskild behandling med rättsliga konsekvenser som är anpassade till deras särart.

105. I korthet är det med ledning av domstolens praxis möjligt att sluta sig till att en verksamhet som består i att ställa arbetskraft till förfogande utgör en tjänst av särskild beskaffenhet, eftersom den skiljer sig från andra tjänster genom sitt syfte, som är att ge arbetstagare tillträde till värdmedlemsstatens arbetsmarknad. En verksamhet som består i att ställa arbetstagare till förfogande kan därför – även om det rör sig om en ekonomisk verksamhet som i första hand omfattas av EUF-fördragets bestämmelser om friheten att tillhandahålla tjänster – inte helt isoleras från problematiken avseende den fria rörligheten för arbetstagare inom unionen.

106. I domen Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64) visade domstolen på det särpräglade i en tjänst som innebär att arbetskraft ställs till förfogande. Med hänvisning till sin dom i målet Webb[45] erinrade domstolen om att ”en sådan verksamhet skulle kunna påverka arbetsmarknaden i den medlemsstat där tjänsten tillhandahålls”.[46] Vidare påpekade domstolen att ”[a]rbetstagare som är anställda av företag som ställer arbetskraft till förfogande … under vissa omständigheter [kan] omfattas av bestämmelserna i artiklarna 45–48 FEUF och i de unionsförordningar som har antagits för genomförandet av dessa bestämmelser”.[47] Dessutom underströk domstolen att utövandet av sådan verksamhet ”[p]å grund av anställningsförhållandenas särskilda karaktär vid denna typ av verksamhet påverkar … såväl förhållandena på arbetsmarknaden som de ifrågavarande arbetstagarnas berättigade intressen direkt”.[48]

107. I domen Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64) erinrade domstolen också om att den i punkt 16 i sin dom i målet Rush Portuguesa[49] hade slagit fast att ”ett företag som ställer arbetskraft till förfogande utövar verksamhet som just har till syfte att ge arbetstagare tillträde till värdmedlemsstatens arbetsmarknad, även om företaget tillhandahåller tjänster i den mening som avses i EUF-fördraget”.[50]

108. Domstolen förklarade därvid att ”[d]etta konstaterande finner stöd i den omständigheten att en arbetstagare som utstationeras i enlighet med artikel 1.3 c i direktiv 96/71 typiskt sett, under den tid han eller hon ställs till förfogande, utför en uppgift i användarföretaget som annars skulle utföras av en anställd i detta företag”.[51]

43 — Se, för ett liknande resonemang, punkterna 62–64 i mitt förslag till avgörande i målet Vicoplus m.fl. (C-307/09–C-309/09, EU:C:2010:510).

44 — Jag fick tillfälle att gå närmare in på detta i punkterna 31–43 i mitt förslag till avgörande i målet Vicoplus m.fl. (EU:C:2010:510) och vill därför hänvisa till de punkterna.

45 — Mål 279/80, EU:C:1981:314.

46 — Dom Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64, punkt 28 och där angiven rättspraxis).

47 — Idem.

48 — Idem (punkt 29 och där angiven rättspraxis).

49 — Mål C-113/89, EU:C:1990:142.

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

51 — Ibidem (punkt 31).

109. Mot bakgrund av dessa särdrag hos en tjänst som består i att ställa arbetskraft till förfogande drog domstolen, i punkt 32 i domen Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64), slutsatsen att en lagstiftning i en medlemsstat enligt vilken det krävs arbetstillstånd vid utstationering i den medlemsstaten, i den mening som avses i artikel 1.3 c i direktiv 96/71, av arbetstagare som är medborgare i en annan medlemsstat ska anses utgöra ”en bestämmelse som reglerar tillträdet till arbetsmarknaden i [den förstnämnda] medlemsstat[en] för polska medborgare, i den mening som avses i kapitel 2 punkt 2 i bilaga XII till 2003 års anslutningsakt”. [52].

110. Därför fann domstolen att ”denna lagstiftning, enligt vilken det under den övergångsperiod som avses i kapitel 2 punkt 2 i bilaga XII till 2003 års anslutningsakt krävdes arbetstillstånd för att polska medborgare skulle kunna utstationeras i den medlemsstaten, i den mening som avses i artikel 1.3 c i direktiv 96/71, [är] förenlig med artiklarna 56 FEUF och 57 FEUF”. [53]

111. Frågan är om detta resonemang – som Raad van State har antytt – automatiskt kan överföras till en sådan situation som i det nationella målet, där kravet på arbetstillstånd förvisso också avser utstationering i den mening som avses i artikel 1.3 c i direktiv 96/71, men av tredjelandsmedborgare.

112. Enligt min mening ska den frågan besvaras nekande.

113. Härvid ska det betonas att den slutsats som domstolen drog i domen Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64) förvisso var motiverad av särarten hos tjänster som utgörs av att arbetstagare ställs till förfogande, men även av syftet med den övergångsbestämmelse som domstolen hade att tolka.

114. Domstolen ansåg nämligen att dess slutsats var oundviklig ”även med hänsyn till den aktuella bestämmelsens syfte, vilket var att i samband med anslutningen till unionen av de nya medlemsstaterna undvika störningar på arbetsmarknaderna i de dåvarande medlemsstaterna till följd av att det omedelbart kom in ett alltför stort antal medborgare från de nya medlemsstaterna”. [54] Domstolen tillade att ”[d]etta syfte framgår bland annat av kapitel 2 punkt 5 i bilaga XII till 2003 års anslutningsakt, i den mån det däri föreskrivs att en medlemsstat, vid allvarliga störningar på arbetsmarknaden eller hot om sådana störningar, får fortsätta att tillämpa de bestämmelser som anges i samma kapitel punkt 2, fram till slutet av sjuårsperioden efter Republiken Polens anslutning”. [55]

115. Med beaktande av det syftet ”förefaller det konstlat att göra en åtskillnad mellan tillströmningen av arbetstagare till en medlemsstats arbetsmarknad beroende på huruvida en arbetstagare tillträder genom att ställas till förfogande såsom arbetskraft eller genom direkt och självständigt tillträde[; i] båda dessa fall kan nämligen potentiellt omfattande förflyttningar av arbetstagare medföra störningar på arbetsmarknaden”. [56] Av detta följer enligt domstolen att man genom ”[a]tt utesluta verksamhet som består i att ställa arbetskraft till förfogande från tillämpningsområdet för kapitel 2 punkt 2 i bilaga XII till 2003 års anslutningsakt skulle … kunna beröva denna bestämmelse en stor del av dess ändamålsenliga verkan”. [57]

52 — Akt om villkoren för Republiken Tjeckiens, Republiken Estlands, Republiken Cyperns, Republiken Lettlands, Republiken Litauens, Republiken Ungerns, Republiken Maltas, Republiken Polens, Republiken Sloveniens och Republiken Slovakiens anslutning till de fördrag som ligger till grund för Europeiska unionen och om anpassning av fördragen (EUT L 236, 2003, s. 33) (nedan kallad 2003 års anslutningsakt).

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

54 — Dom Vicoplus m.fl., (EU C:2011:64, punkt 34 och där angiven rättspraxis).

55 — Idem.

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

57 — Idem.

116. I domen Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64) fann domstolen således att kravet enligt artikel 2.1 Wav 1994 på arbetstillstånd i samband med tjänster som består i att arbetskraft ställs till förfogande var en proportionerlig åtgärd mot bakgrund av artiklarna 56 FEUF och 57 FEUF, med hänsyn tagen till förbehållet i kapitel 2 punkt 2 i bilaga XII till 2003 års anslutningsakt avseende den fria rörligheten för arbetstagare, till den bestämmelsens särskilda syfte och behovet av att bevara bestämmelsens ändamålsenliga verkan.

117. Om det däremot inte föreligger ett specifikt syfte som innebär att den medlemsstat där arbetskraft ställs till förfogande ska kunna skydda sin arbetsmarknad mot en omedelbar och potentiellt betydande tillströmning av arbetstagare efter nya medlemsstaters anslutning till unionen, finns det skäl att fråga sig huruvida det, mot bakgrund av ett syfte som består i att generellt slå vakt om stabiliteten på arbetsmarknaden i den medlemsstat där arbetskraft ställs till förfogande, är en proportionerlig åtgärd att varaktigt kräva arbetstillstånd för tredjelandsmedborgare som ställs till förfogande av ett företag i en annan medlemsstat.

118. Jag anser att det förvisso är möjligt för en medlemsstat att under en övergångsperiod efter nya medlemsstaters anslutning till unionen – då det föreligger en säker och förhöjd risk för omedelbara och betydande störningar på den medlemsstatens arbetsmarknad – kräva arbetstillstånd när arbetstagare ställs till förfogande, eftersom detta utgör en form för tillträde till arbetsmarknaden i den medlemsstaten. Att varaktigt ställa krav på arbetstillstånd för tredjelandsmedborgare som ställs till förfogande av ett företag i en annan medlemsstat medför däremot enligt min åsikt en alltför stor skadlig inverkan på friheten att tillhandahålla tjänster. I det sistnämnda fallet föreligger det nämligen inte samma typ av risk för skadlig inverkan på stabiliteten på arbetsmarknaden i den medlemsstat där arbetskraften ställs till förfogande.

119. Enligt min uppfattning har Raad van State dragit felaktiga slutsatser av punkt 37 i domen Vicoplus m.fl. (EU:C:2011:64). I den punkten erinrade domstolen, med hänvisning till tidigare domar, om att ”en medlemsstat ska ha möjlighet att inom de ramar som unionsrätten fastställer kontrollera att ett tillhandahållande av tjänster inte i själva verket har som syfte att ställa sådan arbetskraft till förfogande som inte omfattas av den fria rörligheten för arbetstagare”. Ur detta har Raad van State, i samband med en utförlig genomgång av domen, utläst att artiklarna 56 FEUF och 57 FEUF inte utgör hinder för att en medlemsstat kräver arbetstillstånd vid utstationering i den medlemsstaten, i den mening som avses i artikel 1.3 c i direktiv 96/71, av arbetstagare från ett tredjeland.

120. En sådan tolkning innebär att en medlemsstat har rätt att behålla nationella bestämmelser som reglerar tillträdet till medlemsstatens arbetsmarknad för tredjelandsmedborgare som ställs till förfogande, eftersom en arbetstagare som ställs till förfogande i en medlemsstat därigenom får tillträde till dess arbetsmarknad.

121. Detta är, enligt min uppfattning, att ta något för lätt på det av domstolen uttryckligen angivna villkoret att medlemsstaternas kontrollbefogenheter ska hålla sig inom de ramar som unionsrätten fastställer. Härvid vill jag erinra om att domstolen har haft anledning att förtydliga att dessa ramar bland annat avser ”de[m] som följer av friheten att tillhandahålla tjänster, vilken inte får bli illusorisk och vars utövande inte får bli föremål för myndigheternas skönsmässiga bedömning”. [58]

122. Dessa kontrollbefogenheter ska ge medlemsstaterna möjlighet att förvissa sig om den egentliga beskaffenheten av den utstationering av arbetstagare som sker inom deras territorium och följaktligen att vidta lämpliga kontrollåtgärder avseende sådan utstationering. Däremot anser jag inte att dessa befogenheter innebär att medlemsstaterna har rätt att varaktigt ställa krav på arbetstillstånd för tredjelandsmedborgare som ställs till förfogande inom deras territorium av ett företag i en annan

58 — Se, bland annat, dom kommissionen/Luxemburg (EU:C:2004:655, punkt 40 och där angiven rättspraxis).

medlemsstat. Om de hade rätt att göra detta, skulle sådana företag som Ekinci avhållas från att ställa sin personal till förfogande för sådana företag som BIS. Detta skulle göra friheten att tillhandahålla tjänster illusorisk när det gäller gränsöverskridande tjänster som består i att arbetstagare ställs till förfogande, i den mån de berörda arbetstagarna är tredjelandsmedborgare.

123. Dessutom är det viktigt att hålla i minnet att ställandet till förfogande av arbetstagare, just därför att det rör sig om en tjänst, definitionsmässigt är av tillfällig beskaffenhet. [59]

124. Detta utgör förvisso en form av tillträde till arbetsmarknaden i mottagarmedlemsstaten, men är inte på något sätt ägnad att ge de utstationerade tredjelandsmedborgarna möjlighet att varaktigt integrera sig på den arbetsmarknaden.

125. Mottagarmedlemsstaten får därför inte tillämpa alla de villkor som den skulle ha tillämpat om arbetstagaren avsåg att integrera sig stabilt eller varaktigt på dess arbetsmarknad.

126. Domstolen har nämligen vid upprepade tillfällen slagit fast att en medlemsstat inte får ställa lika omfattande krav för tillhandahållande av tjänster inom dess territorium som för etablering där, eftersom detta skulle medföra att de bestämmelser som syftar till att garantera friheten att tillhandahålla tjänster förlorade sin ändamålsenliga verkan. [60] Analogt med detta får en medlemsstat enligt min uppfattning inte ställa lika omfattande krav vid tillhandahållande av en tjänst som består i att tredjelandsmedborgare ställs till förfogande som vid tredjelandsmedborgares direkta tillträde till den medlemsstatens arbetsmarknad, eftersom detta skulle medföra att de bestämmelser i EUF-fördraget som syftar till att garantera friheten att tillhandahålla tjänster förlorade sin ändamålsenliga verkan.

127. Som den nederländska regeringen har vitsordat, använde BIS de anlitade tredjelandsmedborgarna uteslutande för det specifika uppdrag som skulle utföras för Essents räkning. De utländska arbetstagarna befann sig således i Nederländerna endast i samband med detta specifika uppdrag. Efter att ha slutfört uppdraget lämnade de Nederländerna och återvände till Tyskland. [61] Den nederländska regeringen har mot bakgrund av detta själv konstaterat att de tredjelandsmedborgare som berörs av det nationella målet inte hade för avsikt att integrera sig på arbetsmarknaden i Nederländerna. [62]

128. Att en medlemsstat i ett sådant sammanhang varaktigt kräver arbetstillstånd för tredjelandsmedborgare som ställs till förfogande för ett företag i den medlemsstaten av ett företag i en annan medlemsstat medför således, enligt min uppfattning, ett alltför stort ingrepp i det sistnämnda företagets frihet att tillhandahålla tjänster. Icke desto mindre anser jag det synnerligen viktigt att mottagarmedlemsstaten tillerkänns kontrollbefogenheter som är anpassade till särdragen hos tjänster som består i att arbetskraft ställs till förfogande.

129. I synnerhet måste mottagarmedlemsstaten kunna kontrollera att tillhandahållandet av en tjänst som består i att tredjelandsmedborgare ställs till förfogande inte i själva verket används för att kringgå dess nationella migrationsrätt och dess nationella lagstiftning om tredjelandsmedborgares arbete. Med andra ord måste mottagarmedlemsstaten beredas möjlighet att gardera sig mot missbruk av friheten att tillhandahålla tjänster som innebär att denna frihet används uteslutande för att kringgå begränsningar som medlemsstaterna har rätt att ålägga tredjelandsmedborgare som önskar förvärvsarbeta som anställda inom deras territorium.

59 — Såvitt avser den tillfälliga karaktären hos de verksamheter som omfattas av friheten att tillhandahålla tjänster, se, bland annat, dom Gebhard (C-55/94, EU:C:1995:411, punkterna 26 och 27).

60 — Se, bland annat, dom Vander Elst (C-43/93, EU:C:1994:310, punkt 17 och där angiven rättspraxis).

61 — Se punkt 25 i dess yttrande.

62 — Se punkt 26 i dess yttrande.

130. Mottagarmedlemsstaten får bland annat kontrollera att viss arbetskraft har ställts till förfogande i syfte att hos ett företag i den medlemsstaten utföra ett specifikt uppdrag av begränsad varaktighet

131. Vidare har mottagarmedlemsstaten rätt att vidta nödvändiga åtgärder för att förvissa sig om att tredjelandsmedborgarna efter utstationeringens slut återvänder till sin bosättningsmedlemsstat.

132. Jag hänvisar i detta sammanhang till de exempel som domstolen har lämnat på åtgärder som den anser vara mindre restriktiva än ett krav på arbetstillstånd, bland annat ”[s]kyldigheten för ett tjänstetillhandahållande företag att i förväg meddela de lokala myndigheterna om närvaron av en eller flera utstationerade avlönade arbetstagare, den tidsperiod som förutses för denna närvaro och den eller de tjänster som tillhandahålls och som motiverar utstationeringen”.[63] En sådan skyldighet är enligt domstolen ägnad att ”möjliggöra för dessa myndigheter att kontrollera efterlevnaden av … sociallagstiftningen [i mottagarmedlemsstaten] under den tid som utstationeringen varar samtidigt som de skyldigheter som företaget redan har att efterkomma enligt de socialrättsliga bestämmelser som är tillämpliga i ursprungsmedlemsstaten beaktas”.[64]

133. Ett annat exempel från domstolens sida på en åtgärd som den ser som mindre restriktiv än ett krav på arbetstillstånd är ”[s]kyldigheten för ett tjänstetillhandahållande företag att ge de lokala myndigheterna upplysningar som styrker att situationen för de berörda arbetstagarna, bland annat i fråga om bostadsort, arbetstillstånd och socialförsäkring, är i sin ordning i den medlemsstat där detta företag anlitar arbetstagarna”.[65] En sådan skyldighet är enligt domstolen ägnad att ge nämnda myndigheter, ”på ett sätt som är mindre restriktivt men lika effektivt som [ett krav på arbetstillstånd], garantier för att situationen för dessa arbetstagare är korrekt och för att dessa utför sitt huvudsakliga arbete i den medlemsstat där det tjänstetillhandahållande företaget är etablerat. Tillsammans med de uppgifter som detta företag lämnar i fråga om den förutsedda perioden för utstationeringen … möjliggör nämnda upplysningar för … myndigheterna [i mottagarmedlemsstaten] att i förekommande fall vidta de åtgärder som krävs vid utgången av denna period.”[66]

II – **Förslag till avgörande**

134. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska besvara tolkningsfrågorna från Raad van State på följande sätt:

Artiklarna 56 FEUF och 57 FEUF ska tolkas så, att de utgör hinder för en sådan lagstiftning i en medlemsstat som den som är i fråga i det nationella målet, enligt vilken det krävs arbetstillstånd vid utstationering i den medlemsstaten, i den mening som avses i artikel 1.3 c i Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster, av arbetstagare som är tredjelandsmedborgare.

63 — Se, bland annat, dom kommissionen/Luxemburg (EU:C:2004:655, punkt 31).

64 — Idem.

65 — Ibidem (punkt 46).

66 — Idem.