DOMSTOLENS DOM (Første Afdeling)

21. september 2006 *

I sag C-168/04,

angående et traktatbrudssøgsmål i henhold til artikel 226 EF, anlagt den 5. april 2004,

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved B. Eggers, E. Traversa og G. Braun, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

Republikken Østrig ved E. Riedl, G. Hesse og C. Pesendorfer, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

* Processprog: tysk.

har

DOMSTOLEN (Første Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, P. Jann, og dommerne J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, M. Ilešič og E. Levits (refererende dommer),

generaladvokat: P. Léger
justitssekretær: ekspeditionssekretær M. Ferreira,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 6. oktober 2005,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 23. februar 2006,

afsagt følgende

Dom

1 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har med sin stævning nedlagt påstand om, at det fastslås, at Republikken Østrig har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 49 EF, idet den i et uforholdsmæssigt omfang begrænser udstationering af arbejdstagere fra tredjelande i forbindelse med udveksling af tjenesteydelser ved § 18 i den østrigske lov om beskæftigelse af udlændinge af 20. marts 1975 (Ausländerbeschäftigungsgesetz, BGBl. I, 218/1975), som trykt i

BGBl. I, 120/1999 (herefter »AuslBG«), og § 10, stk. 1, nr. 3, i lov om udlændinge af 14. juli 1997 (Fremdengesetz, BGBl. I, 75/1997), som trykt i BGBl. I, 34/2000 (herefter »FrG«).

Retsforskrifter

2 Ved AuslBG's § 18, stk. 1, indføres en forpligtelse til at opnå tilladelse, før udlændinge ansættes i Østrig af en arbejdsgiver, der ikke har hjemsted på denne medlemsstats område. I AuslBG's § 18, stk. 12-16, foreskrives en særlig procedure med hensyn til udstationering af en virksomhed med hjemsted i en medlemsstat af tredjelandsstatsborgere med henblik på levering af en tjenesteydelse i Østrig. Tilladelsen er udskiftet med en bekræftelse af udstationering inden for EU, der udstedes, når visse betingelser er opfyldt.

3 AuslBG's § 18, stk. 12, bestemmer:

»Beskæftigelse af udlændinge, der ikke er omfattet af § 1, stk. 2, litra m), og som sendes til det føderale område af en udenlandsk arbejdsgiver med hjemsted på en EU-medlemsstats område med henblik på levering af en midlertidig tjenesteydelse, skal være anmeldt til den regionale arbejdsmarkedsmyndighed før påbegyndelsen af tjenesteydelsen. Den kompetente regionale arbejdsmarkedsmyndighed skal udstede en anmeldelsesattest (bekræftelse af udstationering inden for EU) inden for en frist på seks uger. [...]«

4 Betingelserne for udstedelse af bekræftelsen af udstationering inden for EU er fastsat i § 18, stk. 13. Denne udstedelse finder således sted,

— hvis den udstationerede tredjelandsstatsborger har været fast og lovligt ansat i mindst et år ved eller har en tidsubegrænset ansættelseskontrakt med den virksomhed, der har ansat ham i oprindelsesmedlemsstaten

— hvis de løn- og arbejdsvilkår samt bestemmelser om socialsikring, der er gældende i østrigsk ret, overholdes i udstationeringsperioden.

5 I henhold til FrG er arbejdstagere fra tredjelande, der er udstationeret i Østrig af en virksomhed med hjemsted i en anden EU-medlemsstat med henblik på dér at præstere en tjenesteydelse, underlagt en visum- og opholdstilladelsesforpligtelse for deres adgang til og ophold på det østrigske område.

6 FrG's § 8, stk. 1, har følgende ordlyd:

»Indrejse- og opholdstilladelse kan udstedes til udlændige efter ansøgning, når de er i besiddelse af et gyldigt rejsedokument, og der ikke foreligger nogen afvisningsgrund (§§ 10-12). Visa kan kun udstedes for en tidsbegrænset periode, opholdstilladelser kan også udstedes for en tidsubegrænset periode. Gyldighedsperioden for visa og tidsbegrænsede opholdstilladelser kan ikke overskride gyldighedsperioden for rejsedokumentet. [...]«

7 FrG's § 10, stk. 1, nr. 3, bestemmer, at udstedelse af en indrejse- eller opholdstilladelse skal nægtes, når denne skal udstedes efter en indrejse uden visum på det østrigske område. Det følger af denne bestemmelse, at når en tredjelandsstatsborger er rejst illegalt ind i Østrig, kan hans situation ikke efterfølgende lovliggøres på stedet ved udstedelse af en indrejse- eller opholdstilladelse.

8 Endelig pålægger lov om ansættelseskontrakter af 1993 (Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, BGBl. I, 459/1993, herefter »AVRAG«), der gennemfører Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 96/71/EF af 16. december 1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser (EFT L 18, s. 1) i østrigsk ret, arbejdsgivere med hjemsted i en anden EU-medlemsstat en almindelig anmeldelsesforpligtelse. Arbejdsgiveren skal således i henhold til AVRAG's § 7b, stk. 3, anmelde udstationeringen af arbejdstagere i Østrig med henblik på gennemførelse af arbejde af en vis længde til den centrale koordineringsmyndighed for illegalt arbejde, senest en uge inden arbejdet påbegyndes.

9 Arbejdsgiveren skal herved fremlægge en række oplysninger om sig selv, om den nationale kunde, om de udstationerede arbejdstagere, om den pågældende aktivitet og om vederlagene. Stk. 9 i artikel 7b foreskriver bøder i tilfælde af tilsidesættelse af denne anmeldelsespligt.

Den administrative procedure

10 Efter at Kommissionen havde modtaget en klage om uforeneligheden af de østrigske regler angående udstationering af tredjelandsstatsborgere med den frie udveksling af tjenesteydelser, der er garanteret ved artikel 49 EF, tilstillede den den 14. juli 1997 Republikken Østrig en åbningsskrivelse. Den anførte deri, at den tilladelse til udstationering og den opholdstilladelse, der på det tidspunkt var krævet i henhold til

den østrigske lovgivning, udgjorde en hindring for samhandelen inden for Fællesskabet. Kommissionens klagepunkt angik mere præcist de materielle betingelser for tilladelse til udstationering og den automatiske karakter af afslag på opholdstilladelser i tilfælde af, at en udenlandsk arbejdstager er rejst ind i Østrig uden visa.

11 Den østrigske regering anførte i sin svarskrivelse af 12. december 1997, at de nationale bestemmelser om udstationering af udenlandske arbejdstagere var blevet ændret med virkning fra den 1. januar 1998. Der var blevet indført en ny procedure for anmeldelse af udstationering benævnt »bekræftelse af udstationering inden for EU« i stedet for godkendelsesproceduren, med henblik på at kontrollere, at visse betingelser var opfyldt forud for udstationeringen.

12 Den 2. juli 1998 tilstillede Kommissionen Republikken Østrig en supplerende åbningsskrivelse, hvori den anførte, at denne nye procedure ikke havde karakter af en simpel anmeldelse, men var en kompleks godkendelsesprocedure svarende til dem, der i Domstolens praksis var anset for hindringer som omhandlet i artikel 49 EF.

13 Ved skrivelse af 2. september 1998 anførte den østrigske regering, at proceduren for bekræftelse af udstationering inden for EU blot var deklaratorisk og opfyldte de krav, der på området var stillet i Domstolens praksis. Angående bestemmelsen om det automatiske afslag på udstedelse af opholdstilladelse anførte den desuden, at den frie udveksling af tjenesteydelser ikke påvirkede medlemsstaternes mulighed for at træffe bestemmelse om tredjelandsstatsborgeres indrejse i og ophold på deres område.

14 Da Kommissionen ikke var overbevist af disse forklaringer, fremsatte den den 5. april 2002 en begrundet udtalelse over for Republikken Østrig, hvori den opfordrede den pågældende medlemsstat til at træffe de nødvendige foranstaltninger for at

efterkomme udtalelsen inden for en frist på to måneder fra dens meddelelse. Kommissionen anførte, at den administrative byrde, som proceduren for udstationering i henhold til den østrigske lovgivning indebærer, samt den omstændighed, at det ikke er muligt at få situationen for en udstationeret arbejdstager, der er rejst ind i Østrig uden indrejse- eller opholdstilladelse, bragt i overensstemmelse med gældende bestemmelser, har en afskrækkende virkning for virksomheder med hjemsted i en anden medlemsstat, hvorfor disse bestemmelser udgør en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser.

15 Den østrigske regering anførte i svar af 7. juni 2002, at bestemmelserne om bekræftelse af udstationering inden for EU var begrundet i nødvendigheden af at beskytte de udstationerede arbejdstagere mod eventuel misbrug, mens den automatiske afslagsbestemmelse var baseret på de prærogativer, som medlemsstaterne havde i henhold til ordlyden af konventionen om gennemførelse af Schengen-aftalen af 14. juni 1985 mellem regeringerne for staterne i Den Økonomiske Union Benelux, Forbundsrepublikken Tyskland og Den Franske Republik om gradvis ophævelse af kontrollen ved de fælles grænser (EFT 2000 L 239, s. 19), undertegnet den 19. juni 1990 i Schengen (Luxembourg).

16 Da Kommissionen fandt, at Republikken Østrig ikke havde efterkommet den begrundede udtalelse, anlagde den nærværende sag.

Om søgsmålet

Parternes argumenter

17 Kommissionen har gjort gældende, at proceduren for udstedelse af bekræftelse af udstationering inden for EU samt muligheden for automatisk afslag på opholdstilladelse i tilfælde af, at en udstationeret arbejdstager er rejst ind i Østrig uden indrejse- eller opholdstilladelse, udgør hindringer for den frie udveksling af tjenesteydelser, der er forbudt ved artikel 49 EF, og ikke kan begrundes i de hensyn, som Republikken Østrig har påberåbt sig.

18 Den østrigske regering har ikke bestridt, at bestemmelserne i AuslBG's § 18 og FrG's § 10 indebærer en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser. Under henvisning til Domstolens praksis, navnlig dom af 25. oktober 2001, Finalarte m.fl. (forenede sager C-49/98, C-50/98, C-52/98 — C-54/98 og C-68/98 — C-71/98, Sml. I, s. 7831), og af 24. januar 2002, Portugaia Construções (sag C-164/99, Sml. I, s. 787), har den imidlertid anført, at disse hindringer er berettigede ud fra tvingende almene hensyn, nemlig hvad angår AuslBG's § 18 beskyttelsen af arbejdstagerne, og hvad angår FrG's § 10 beskyttelsen af den offentlige orden og den offentlige sikkerhed.

Om proceduren for udstedelse af bekræftelse af udstationering inden for EU

19 Kommissionen har for det første anført, at bekræftelsen af udstationering inden for EU ikke er resultatet af en rent deklaratorisk procedure, men udgør en reel administrativ tilladelse. Den kan kun udstedes, efter at de kompetente nationale myndigheder har kontrolleret, at betingelserne i AuslBG's § 18, stk. 13, er opfyldt. Desuden er denne bekræftelse en uomgængelig forudsætning for levering af enhver ydelse på det østrigske område, eftersom den er nødvendig for at opnå opholdstilladelse for de udstationerede arbejdstagere, idet påbegyndelse af tjenesteydelsen, før denne bekræftelse er opnået, indebærer et automatisk afslag på opholdstilladelse.

20 Kommissionen har desuden anført, at selv om bekræftelsen af udstationering inden for EU alene er deklaratorisk, udgør den omstændighed, at der foreligger en dobbeltprocedure, dvs. visum-proceduren og proceduren for bekræftelse af udstationering inden for EU, i sig selv en uforholdsmæssig hindring for princippet om fri udveksling af tjenesteydelser, således som det fremgår af dom af 9. august 1994, Vander Elst (sag C-43/93, Sml. I, s. 3803).

21 Forpligtelsen for enhver tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat, der ønsker at udstationere arbejdstagere fra et tredjeland på det østrigske område, til at opnå en bekræftelse af udstationering inden for EU, som foreligger ved siden af den visumprocedure, der er omhandlet i FrG, og anmeldelsesproceduren i AVRAG, er i strid med proportionalitetsprincippet. De formål, som den østrigske regering har påberåbt sig, kan i den forbindelse nås ved hjælp af mindre indgribende foranstaltninger.

22 Den østrigske regering har på sin side anført, at proceduren for udstedelse af bekræftelse af udstationering inden for EU ikke er så kompliceret som beskrevet af Kommissionen.

23 For det første er bekræftelsen af udstationering inden for EU en deklaratorisk procedure. Det ringe bødebeløb i tilfælde af tilsidesættelse af denne formalitet er et indicium herpå. Desuden er det en smidig procedure, idet de forskellige personer, der er berørt af udstationeringen, kan foretage anmeldelsen i henhold til AuslBG's § 18, stk. 16.

24 For det andet kan man efter den østrigske regerings opfattelse ikke tale om en dobbelt procedure, eftersom proceduren for bekræftelse af udstationering inden for EU har et andet formål end proceduren for opholdstilladelse, idet de undersøgelser, de kompetente myndigheder i hvert tilfælde foretager, er forskellige.

25 Kommissionen har for det andet anfægtet de grundbetingelser, der skal opfyldes for udstedelse af bekræftelsen af udstationering inden for EU.

26 På den ene side er den sikring af opfyldelsen af de nationale løn- og ansættelsesvilkår i forbindelse med en grænseoverskridende udveksling af tjenesteydelser, der er foreskrevet i AuslBG's § 18, stk. 13, nr. 2, allerede foreskrevet i direktiv 96/71, der er

gennemført i østrigsk ret ved AVRAG. Da direktivets bestemmelser foreskriver mulighed for efterfølgende kontrol af disse vilkår, råder de østrigske myndigheder allerede her over et mindre indgribende middel til at sikre opfyldelsen af disse vilkår.

27 På den anden side finder Kommissionen med hensyn til kravet om en forudgående ansættelsesperiode på mindst et år eller om en tidsubegrænset kontrakt i AuslBG's § 18, stk. 13, nr. 1, at formuleringen »lovligt og fast«, der er anvendt i Vander Elst-dommen, ikke kan begrunde en tidsmæssig eller retlig hindring som den i denne sag foreliggende. Denne formulering var tæt knyttet til baggrunden for det præjudicielle spørgsmål, der var forelagt Domstolen i nævnte sag.

28 Endelig kan de økonomiske hensyn, som den østrigske regering har henvist til, ikke begrunde en sådan hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser, idet Domstolen i dom af 27. marts 1990, Rush Portuguesa (sag C-113/89, Sml. I, s. 1417), og i dommen i sagen Finalarte m.fl. udtrykkeligt har udelukket, at en medlemsstat kan påberåbe sig hensyn knyttet til arbejdsmarkedet. Hvad angår hensynet til beskyttelsen af arbejdstagere har betingelsen om den forudgående varighed af ansættelsen en negativ virkning for arbejdstagere fra tredjelande, idet en sådan bestemmelse kan hindre deres ansættelse. Desuden er denne betingelse fuldstændig uforholdsmæssig i tilfælde af levering af punktvise tjenesteydelser.

29 Den østrigske regering har anført, at bestemmelserne i AVRAG ikke i sig selv er tilstrækkelige til at muliggøre udstationering af arbejdstagere fra tredjelande, hvilket begrunder anvendelse af de supplerende krav, der er omhandlet i proceduren for bekræftelse af udstationering inden for EU.

30 Desuden gennemfører den omtvistede lovgivning blot Domstolens praksis, som den fremgår af Vander Elst-dommen, og hvorefter en udstationeret tredjelandsstatsborger skal være lovligt og fast beskæftiget i oprindelsesmedlemsstaten, for at

tilladelsen til udstationering udstedes. Arbejdstageren skal herved kunne godtgøre en vis tilknytning til sin arbejdsgiver i form af et arbejdsforhold på mindst et år eller en tidsubegrænset ansættelseskontrakt. Dette krav gør det muligt at beskytte den udstationerede arbejdstager mod eventuel misbrug.

Om det automatiske afslag på indrejse- og opholdstilladelse

31 Kommissionen har anført, at enhver tjenesteyder i forbindelse med den frie udveksling af tjenesteydelser til sine ansatte overfører en »afledt ret« til at modtage en opholdstilladelse for den periode, der er nødvendig for tjenesteydelsen. Eftersom de udstationerede arbejdstagere på ingen måde har til hensigt at opnå adgang til arbejdsmarkedet i udstationeringsstaten, er det automatiske afslag, der er omhandlet i FrG's § 10, stk. 1, nr. 3, uforholdsmæssig i forhold til målet om at sikre den offentlige orden og den offentlige sikkerhed.

32 Det visum, der udstedes til tredjelandsstatsborgere, hvis opholdstilladelse er afledt af fællesskabsretten, er af rent formel karakter og burde automatisk anerkendes. Det automatiske afslag i tilfælde af »formelt illegal« indrejse i landet begrænser derfor i betydeligt omfang den frie udveksling af tjenesteydelser og gør den illusorisk for visse sektorer. De østrigske myndigheder besidder herved mindre indgribende og fuldt ud lige så effektive midler til at kontrollere, om tredjelandsstatsborgeren udgør en fare for den offentlige orden eller den offentlige sikkerhed.

33 Den østrigske regering har gjort gældende, at arbejdstagere, som har en opholdstilladelse udstedt af en stat, der er part i Schengen-konventionen, og som udstationeres i Østrig for en periode på under tre måneder, efter sagens natur ikke er omfattet af begrundelsen for det automatiske afslag på indrejse- og opholdstilladelse.

34 Regeringen har anført, at der skal sondres mellem proceduren for bekræftelse af udstationering inden for EU og proceduren for indrejse- og opholdstilladelse. Sidstnævnte vedrører ikke den frie udveksling af tjenesteydelser, men udlændingeretten. Under disse omstændigheder afhænger indrejsen i området ikke udelukkende af lovligheden af udstationeringen, men også af andre faktorer knyttet til fremmedpolitiet.

35 Regeringen har desuden anført, at udstationeringsmedlemsstaten bør kunne kontrollere, om en person udgør en fare for den offentlige orden eller for den offentlige sikkerhed, eller om vedkommende har fået forbud mod at opholde sig i Østrig. Regeringen har understreget, at det ikke er hensigtsmæssigt at udstede et opholdsforbud med hensyn til en person, der søger om opholdstilladelse, når vedkommende allerede opholder sig på Østrigs område.

Domstolens bemærkninger

36 Indledningsvis bemærkes, at det fremgår af fast retspraksis, at artikel 49 EF ikke blot kræver afskaffelse af enhver form for forskelsbehandling til skade for en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat på grundlag af dennes nationalitet, men også ophævelse af enhver restriktion, også selv om den gælder uden forskel for såvel indenlandske tjenesteydere som tjenesteydere fra andre medlemsstater, der kan være til hinder for eller indebære ulemper for den virksomhed, som udøves af en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat, hvor denne lovligt leverer tilsvarende tjenesteydelser, eller kan gøre denne virksomhed mindre tiltrækkende (jf. bl.a. Portugaia Construções-dommen, præmis 16 og den deri nævnte retspraksis).

37 En national lovgivning, der vedrører et område, der ikke er genstand for fællesskabsharmonisering, og som gælder uden forskel for enhver person eller ethvert selskab, der driver virksomhed på den pågældende medlemsstats område, kan til trods for dens restriktive virkning på den frie udveksling af tjenesteydelser begrundes i et tvingende alment hensyn, der ikke allerede tilgodeses i kraft af de bestemmelser, tjenesteyderen er undergivet i den medlemsstat, hvor han er etableret, forudsat lovgivningen er egnet til at sikre virkeliggørelsen af det formål, den

forfølger, og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at opfylde formålet (jf. dom af 23.11.1999, forenede sager C-369/96 og C-376/96, Arblade m.fl., Sml. I, s. 8453, præmis 34 og 35, samt Portugaia Construções-dommen, præmis 19).

38 Da området for udstationering af arbejdstagere fra et tredjeland i forbindelse med udveksling af tjenesteydelser over grænserne endnu ikke er harmoniseret på fællesskabsplan, er det i lyset af de principper, som er nævnt i de to foregående præmisser i denne dom, at foreneligheden med artikel 49 EF af den østrigske lovgivning om udstationering af arbejdstagere skal behandles.

Om det første klagepunkt: kravet om opnåelse af en bekræftelse af udstationering inden for EU som fastsat i AuslBG's § 18, stk. 12-16

39 Det er ubestrideligt, at de betingelser, der skal overholdes i henhold til AuslBG's § 18, stk. 12-16, af en virksomhed, der leverer tjenesteydelser, og som har til hensigt at udstationere arbejdstagere fra tredjelande til Østrig, som følge af de administrative byrder og særligt den frist på seks uger for udstedelse af en bekræftelse af udstationering inden for EU, som de medfører, hindrer den påtænkte udstationering og følgelig denne virksomheds levering af tjenesteydelser (jf. i denne retning dom af 21.10.2004, sag C-445/03, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 10191, præmis 23 og den deri nævnte retspraksis).

40 Hvad angår udstationering af arbejdstagere fra et tredjeland, som foretages af en fællesskabsvirksomhed, der leverer tjenesteydelser, er det allerede blevet fastslået, at en national ordning, hvorefter en virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat kun må levere tjenesteydelser i det pågældende land, hvis den har opnået en

tilladelse hertil fra en administrativ myndighed, er en restriktion for denne frihed som omhandlet i artikel 49 EF (Vander Elst-dommen, præmis 15, og dommen i sagen Kommissionen mod Luxembourg, præmis 24).

41 I modsætning til hvad den østrigske regering har anført, har proceduren for bekræftelse af udstationering inden for EU karakter af en tilladelsesprocedure. Det kan ikke påstås, at det drejer sig om en simpel deklaratorisk procedure, da udstedelse af denne bekræftelse er nødvendig for at foretage en udstationering, og denne først udstedes, efter at de kompetente nationale myndigheder har kontrolleret, at kravene i AuslBG's § 18, stk. 13, er opfyldt.

42 En sådan procedure kan desuden så meget desto mere gøre udførelse af tjenesteydelser under anvendelse af udstationerede arbejdstagere fra et tredjeland vanskelig eller umulig, som den indebærer en frist for behandlingen af bekræftelsen på op til seks uger.

43 Det bemærkes, at Domstolen har anerkendt, at medlemsstaterne kan kontrollere overholdelsen af de nationale og fællesskabsretlige bestemmelser om levering af tjenesteydelser. Domstolen har ligeledes anerkendt, at kontrolforanstaltninger, der er nødvendige med henblik på at sikre opfyldelse af krav, der i sig selv er begrundede i almene hensyn, er berettigede (dommen i sagen Arblade m.fl., præmis 38). Domstolen har imidlertid også fastslået, at denne kontrol ikke må gå ud over de grænser, som fællesskabsretten afstikker, og ikke må gøre den frie udveksling af tjenesteydelser illusorisk (Rush Portuguesa-dommen, præmis 17).

44 Det skal herefter undersøges, om de restriktioner for den frie udveksling af tjenesteydelser, der følger af AuslBG's § 18, stk. 12-16, forekommer begrundet i et tvingende alment hensyn, og, i givet fald, om de er nødvendige for på effektiv og passende måde at opfylde dette formål (jf. dommen i sagen Kommissionen mod Luxembourg, præmis 26, og dom af 19.1.2006, sag C-244/04, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 885, præmis 37).

45 I det foreliggende tilfælde er hensynet til dels beskyttelse af arbejdstagere, dels stabiliteten på arbejdsmarkedet, blevet påberåbt til støtte for kravene i AuslBG's § 18, stk. 12-16.

46 Den østrigske regering har for det første henvist til nødvendigheden af at sørge for, at betingelserne for udstationering i forbindelse med den frie udveksling af tjenesteydelser er opfyldt. Det drejer sig herved om at sikre, at den virksomhed, der foretager udstationeringen, ikke misbruger den ret, som EF-traktaten tillægger den, til skade for de udstationerede arbejdstagere. Særligt har udstedelsesbetingelserne i AuslBG's § 18, stk. 13, ifølge regeringen til formål at udelukke risikoen for utilbørlig misbrug af arbejdskraft, der stammer fra tredjelande, og navnlig at denne ikke blot ansættes med henblik på udstationeringen.

47 Beskyttelsen af arbejdstagere er et af de tvingende almene hensyn, Domstolen har anerkendt (jf. bl.a. dommen i sagen Finalarte m.fl., præmis 33, og Portugaia Construções-dommen, præmis 20). Desuden er fællesskabsretten ikke til hinder for, at medlemsstaterne lader deres lovgivning eller de kollektive overenskomster, der er indgået mellem arbejdsmarkedets parter, gælde for alle, som udøver en lønnet beskæftigelse, herunder af midlertidig karakter, på deres områder, uanset i hvilken medlemsstat arbejdsgiveren er etableret, og den indeholder heller ikke noget forbud mod, at medlemsstaterne træffer passende foranstaltninger til at sikre en overholdelse af sådanne regler (jf. dom af 3.2.1982, forenede sager 62/81 og 63/81, Seco og Desquenne & Giral, Sml. s. 223, præmis 14), når det viser sig, at den beskyttelse, disse giver, ikke er sikret af tilsvarende eller i det væsentlige sammenlignelige forpligtelser, som virksomheden allerede er pålagt i etableringsmedlemsstaten (jf. dommen i sagen Kommissionen mod Luxembourg, præmis 29 og den deri nævnte retspraksis).

48 Bekræftelsen af udstationering inden for EU, som den er foreskrevet i AuslBG's § 18, stk. 12-16, kan imidlertid ikke anses for et egnet middel til at nå det angivne mål.

49 På den ene side tages der ved en sådan procedure ikke hensyn til de foranstaltninger til beskyttelse af arbejdstagerne, som den virksomhed, der påtænker at foretage en udstationering, er pålagt i oprindelsesstaten, navnlig med hensyn til arbejdsvilkår og aflønning, i medfør af den pågældende medlemsstats lovgivning eller en eventuel samarbejdsaftale indgået mellem Det Europæiske Fællesskab og det pågældende tredjeland, og hvis anvendelse kan udelukke, at der består en nævneværdig risiko for en udnyttelse af arbejdstagerne og for en fordrejning af konkurrencen mellem virksomheder, idet der kræves en systematisk overholdelse af de østrigske løn- og ansættelsesvilkår (jf. i denne retning Vander Elst-dommen, præmis 25, og dommen i sagen Kommissionen mod Luxembourg, præmis 35).

50 På den anden side går en sådan foranstaltning med hensyn til kravet for udstedelse af bekræftelse af udstationering inden for EU, hvorefter der enten skal foreligge ansættelseskontrakter på mindst et år eller tidsubegrænsede ansættelseskontrakter, videre, end hvad der kan kræves af hensyn til den sociale beskyttelse som nødvendig betingelse for at levere tjenesteydelser ved hjælp af en udstationering af arbejdstagere fra et tredjeland (dommen i sagen Kommissionen mod Luxembourg, præmis 32 og 33, samt dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 58).

51 Desuden kan den østrigske regering ikke påberåbe sig den formulering, Domstolen anvendte i præmis 26 i Vander Elst-dommen, og påstå, at dette krav gør det muligt at kontrollere, at en udstationeret arbejdstager fra et tredjeland har et lovligt og fast arbejde i arbejdsgiverens etableringsmedlemsstat. Det bemærkes, at Domstolen ikke har forsynet begrebet »lovlig og fast beskæftigelse« med en betingelse om bopæl eller om tidsbegrænset ansættelse i den medlemsstat, hvori den tjenesteydende virksomhed er etableret (dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 55).

52 Forpligtelsen inden for rammerne af AVRAG for en virksomhed, der leverer tjenesteydelser, til forud for udstationeringen at give de lokale myndigheder meddelelse om tilstedeværelsen af en eller flere udstationerede arbejdstagere, den påtænkte periode for denne tilstedeværelse og den eller de tjenesteydelser, der begrunder udstationeringen, er en foranstaltning, der er lige så effektiv og mindre indgribende end det omhandlede krav. Herved er det muligt for myndighederne at

kontrollere overholdelsen af den østrigske social- og ansættelseslovgivning i udstationeringsperioden under hensyntagen til de forpligtelser, som virksomheden allerede er pålagt i medfør af socialretten i oprindelsesmedlemsstaten.

53 Heraf følger, at proceduren for bekræftelse af udstationering inden for EU må anses for at gå ud over, hvad der er nødvendigt for at forfølge formålet om beskyttelse af arbejdstagere.

54 For det andet har den østrigske regering anført, at proceduren for bekræftelse af udstationering inden for EU tilsigter at undgå, at det indenlandske arbejdsmarked bliver oversvømmet af arbejdstagere fra tredjelande.

55 Hertil bemærkes, at udstationering til en anden medlemsstat med henblik på at levere tjenesteydelser dér af arbejdstagere, der er beskæftiget i en virksomhed, som er etableret i én medlemsstat, ikke sker med det formål at få adgang til arbejdsmarkedet i denne anden medlemsstat, idet arbejdstagerne vender tilbage til deres hjem- eller bopælsland efter udførelsen af arbejdet (jf. dommen i sagen Kommissionen mod Luxembourg, præmis 38).

56 En medlemsstat kan ganske vist kontrollere, at en virksomhed, der er etableret i en anden medlemsstat, og som på medlemsstatens område udstationerer arbejdstagere fra et tredjeland, ikke benytter sig af den frie udveksling af tjenesteydelser med et andet formål end at udføre den pågældende ydelse, f.eks. i form af, at den medbringer sit personale med henblik på at formidle beskæftigelse eller stille arbejdstagerne til rådighed for andre (jf. Rush Portuguesa-dommen, præmis 17, og dommen i sagen Kommissionen mod Luxembourg, præmis 39). Proceduren for bekræftelse af udstationering inden for EU kan imidlertid ikke anses for et egnet middel til at nå det af den østrigske regering påberåbte mål.

57 De oplysninger, der fremlægges i henhold til proceduren for den forudgående erklæring, der er foreskrevet i AVRAG og henvist til i denne doms præmis 52, samt de oplysninger, der fremlægges i forbindelse med proceduren for udstedelse af opholdstilladelse, gør det muligt for de østrigske myndigheder at sikre, at de pågældende arbejdstagere opfylder de gældende retsforskrifter navnlig med hensyn til bopæl, arbejdstilladelse og social dækning i den medlemsstat, hvor virksomheden har ansat dem, og giver på en mindre indgribende og lige så effektiv måde som de omhandlede krav de pågældende myndigheder sikkerhed for lovmæssigheden af disse arbejdstageres situation og den omstændighed, at disse udøver deres hovedaktivitet i den medlemsstat, hvor den virksomhed, der leverer tjenesteydelser, er etableret.

58 Heraf følger, at proceduren for bekræftelse af udstationering inden for EU ikke kan begrundes i formålet om at hindre en forstyrrelse af arbejdsmarkedet og derfor må anses for uforholdsmæssig for at opfylde de formål, som Republikken Østrig har påberåbt sig.

Om det andet klagepunkt: den automatiske karakter af afslaget på indrejse- og opholdstilladelse, der er omhandlet i FrG's § 10, stk. 1, nr. 3

59 Indledningsvis bemærkes, at området for tredjelandsstatsborgeres indrejse til og ophold i en medlemsstat i forbindelse med en udstationering fra en tjenesteydelsesvirksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat ikke er harmoniseret på fællesskabsniveau.

60 Den kontrol, som en medlemsstat udfører med på dette område, kan imidlertid ikke indskrænke den frie udveksling af tjenesteydelser for den virksomhed, der har ansat nævnte statsborgere (dommen i sagen Seco og Desquenne & Giral, præmis 12).

61 Da FrG's § 10, stk. 1, nr. 3, udelukker enhver mulighed for at lovliggøre situationen for en tredjelandsstatsborger, der er lovligt udstationeret på det østrigske område af

en virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat, og som er rejst ind i Østrig uden visum, selv om en sådant tilladelse kræves efter østrigsk lovgivning, indebærer nævnte bestemmelse i denne sag en hindring for denne virksomheds levering af tjenesteydelser. Bestemmelsen udsætter arbejdstageren for en risiko for at blive udvist fra det nationale område, hvilket kan skade gennemførelsen af den påtænkte udstationeringsopgave.

62 Som generaladvokaten har understreget i punkt 105 i forslaget til afgørelse er en tjenesteydelsesvirksomhed, der er opmærksom på at undgå de vanskeligheder, der er forbundet med den manglende mulighed for at lovliggøre en sådan situation, tvunget til før den foretager udstationeringen at sørge for, at hver arbejdstager, der er berørt af udstationeringen, har en tilladelse, der muliggør indrejse i Østrig, hvilket kan afholde en virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat fra at levere en tjenesteydelse i Østrig ved hjælp af udstationering af arbejdstagere fra et tredjeland.

63 Den østrigske regering har imidlertid begrundet en sådan hindring i hensyn knyttet til opretholdelse af den offentlige orden og den offentlige sikkerhed.

64 Hertil bemærkes, at ifølge fast retspraksis kan en sådan begrundelse kun påberåbes, når der foreligger en virkelig og tilstrækkelig alvorlig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn (jf. dom af 29.10.1998, sag C-114/97, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 6717, præmis 46, og af 14.10.2004, sag C-36/02, Omega, Sml. I, s. 9609, præmis 30).

65 Det er ganske vist ubestrideligt, at indrejse af en tredjelandsstatsborger, der er underlagt et visumkrav, i en medlemsstat uden visum, udgør en overtrædelse. Som generaladvokaten imidlertid har anført i punkt 110 i forslaget til afgørelse, er det automatiske forbud mod udstedelse af indrejse- eller opholdstilladelse til en udstationeret tredjelandsstatsborger, der er rejst ind i det nationale område uden at være i besiddelse af det krævede visum, en sanktion, der er så meget mere uforholdsmæssig i forhold til alvorligheden af den foretagne overtrædelse, som der

herved ikke tages hensyn til den omstændighed, at den udstationerede arbejdstager, der ikke er i besiddelse af et visum, opholder sig lovligt på den medlemsstats område, hvorfra han er udstationeret, samt at hans situation er lovlig med hensyn til de østrigske regler for udstationering, og at han derfor ikke automatisk kan udgøre en fare for den offentlige orden eller den offentlige sikkerhed.

66 Desuden er den østrigske regerings argumenter om det begrænsede antal tredjelandsstatsborgere, hvorpå denne pligt til automatisk afslag kan finde anvendelse, og om, at det ikke ville være hensigtsmæssigt at udstede et opholdsforbud med hensyn til en tredjelandsstatsborger, der befinder sig på det østrigske område, ikke relevante. Med de oplysninger, der fremlægges i forbindelse med den erklæring forud for udstationeringen, der er henvist til i dommens præmis 52 og 57, er det fuldt ud muligt for de kompetente nationale myndigheder i den konkrete sag at træffe de nødvendige foranstaltninger, hvis det viser sig, at en arbejdstager, der skal udstationeres, udgør en fare for den offentlige orden eller den offentlige sikkerhed, førend arbejdstageren rejser ind i Østrig.

67 Det må derfor fastslås, at den automatiske karakter af afslaget på udstedelse af indrejse- og opholdstilladelse i tilfælde af, at en lovligt udstationeret tredjelandsstatsborger uden visum er rejst ind i Østrig, må anses for at være uforholdsmæssig i forhold til det tilsigtede mål.

68 Heraf følger, at Republikken Østrig har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 49 EF, idet den dels betinger udstationeringen af arbejdstagere fra tredjelande af en virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat af, at der opnås den »bekræftelse af udstationering inden for EU«, der er omhandlet i AuslBG's § 18, stk. 12-16, og hvis udstedelse for det første kræver, at de pågældende arbejdstagere har været ansat i mindst et år ved den pågældende virksomhed eller er knyttet hertil ved en tidsubegrænset ansættelseskontrakt, og for det andet kræver bevis for opfyldelsen af de østrigske ansættelses- og lønvilkår, dels i FrG's § 10, stk. 1, nr. 3, foreskriver et undtagelsesfrit automatisk afslag på indrejse- og opholdstilladelse, der ikke gør det muligt at lovliggøre situationen for tredjelandsstatsborgere, der er lovligt udstationeret af en virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat, når arbejdstagerne er indrejst i det nationale område uden visum.

Sagens omkostninger

69 Ifølge procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har nedlagt påstand om, at Republikken Østrig tilpligtes at betale sagens omkostninger, og Republikken Østrig har tabt sagen, bør det pålægges den at betale sagens omkostninger.

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

1) **Republikken Østrig har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 49 EF, idet den dels betinger udstationeringen af arbejdstagere fra tredjelande af en virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat af, at der opnås den »bekræftelse af udstationering inden for EU«, der er omhandlet i § 18, stk. 12-16, i den østrigske lov om beskæftigelse af udlændinge (Ausländerbeschäftigungsgesetz), og hvis udstedelse for det første kræver, at de pågældende arbejdstagere har været ansat i mindst et år ved den pågældende virksomhed eller er knyttet hertil ved en tidsubegrænset ansættelseskontrakt, og for det andet kræver bevis for opfyldelsen af de østrigske ansættelses- og lønvilkår, dels i § 10, stk. 1, nr. 3, i lov om udlændige (Fremdengesetz) foreskriver et undtagelsesfrit automatisk afslag på indrejse- og opholdstilladelse, der ikke gør det muligt at lovliggøre situationen for tredjelandsstatsborgere, der er lovligt udstationeret af en virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat, når arbejdstagerne er indrejst i det nationale område uden visum.**

2) **Republikken Østrig betaler sagens omkostninger.**

Underskrifter