CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
D. JARABO COLOMER
van 14 december 2006 [1]

I — Inleiding

1. De Commissie van de Europese Gemeenschappen verzoekt het Hof van Justitie, krachtens artikel 226 EG, te verklaren dat de Bondsrepubliek Duitsland, door te eisen dat in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen die werknemers naar Duitsland detacheren, bijdragen betalen aan het Duitse vakantiefonds, behalve wanneer zij reeds bijdragen aan een „vergelijkbare instelling" betalen, dat zij bepaalde documenten laten vertalen, en dat buitenlandse uitzendbureaus iedere terbeschikkingstelling van een werknemer en de plaats van tewerkstelling melden, de krachtens artikel 49 EG op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen.

2. Voordat echter onderzocht kan worden of deze verplichtingen in strijd zijn met het gemeenschapsrecht, moet het criterium om ze te beoordelen aan de orde worden gesteld, waarbij niet mag worden voorbijgegaan aan richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten. [2]

3. Bovendien verzoekt de Bondsrepubliek, de vordering niet-ontvankelijk te verklaren wegens onvoldoende bepaaldheid van het verzoekschrift en gebrek aan overeenstemming tussen het verzoekschrift en het met redenen omkleed advies, en wegens de lange duur van de administratieve fase van de procedure.

II — Rechtskader

A — *Het gemeenschapsrecht*

1. Het EG-Verdrag

4. Volgens artikel 49, eerste alinea, EG „zijn de beperkingen op het vrij verrichten van

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 — PB 1997, L 18, blz. 1.

diensten binnen de Gemeenschap verboden ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een ander land van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht".

2. Richtlijn 96/71

5. Wanneer werknemers, bij de uitoefening van deze fundamentele vrijheid, tijdelijk naar het grondgebied van een ander land worden gedetacheerd [3], levert het samenvloeien van verschillende rechtsordes bepaalde specifieke problemen op. [4] In deze context beoogt richtlijn 96/71 „eerlijke mededinging" in overeenstemming te brengen met „maatregelen die de eerbiediging van de rechten van werknemers garanderen" (vijfde overweging van de considerans). [5]

6. Artikel 1, lid 1, beperkt het toepassingsgebied van de richtlijn tot de in een lidstaat gevestigde ondernemingen die voor transnationale dienstverrichtingen werknemers detacheren naar een andere lidstaat op een van de wijzen die in lid 3 worden beschreven, namelijk dat de terbeschikkingstelling: a) voortvloeit uit een overeenkomst tussen de onderneming van herkomst en de ontvanger van de dienst; b) een werknemer ter beschikking stelt van een vestiging of een tot hetzelfde concern behorende onderneming; of c) door een uitzendbedrijf wordt verricht, door de werknemer ter beschikking te stellen van een ontvangende onderneming die haar werkgebied heeft in een andere lidstaat dan die van de onderneming van herkomst.

7. Nadat in artikel 2 het begrip „ter beschikking gestelde werknemer" is omschreven en in artikel 3 minimumeisen voor arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden zijn vastge-

3 — Volgens Palao Moreno, G., „La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Un nuevo paso hacia la consolidación de un mercado de trabajo integrado en Europa", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, juli-augustus 2000, nr. 208, blz. 46, is mobiliteit niet slechts een bijkomend gevolg van de Europese integratie, maar een aan het systeem inherente noodzakelijkheid.

4 — García Ninet, J. I., en Vicente Palacio, A., „La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nr. 27, 2000, blz. 14.

5 — Volgens de doctrine gaat het er bovenal om, te verhinderen dat landen die minder ver gaan in de bescherming van de rechten van werknemers en met lagere loonkosten een voordeel zouden krijgen boven andere landen waar de loonkosten hoger zijn doordat werknemers daar beter zijn beschermd (De Vicente Pachés, F., „Desplazamiento temporal de trabajadores para la ejecución de un contrato en otro Estado miembro. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Pleno), de 23 de noviembre de 1999", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nr. 27, 2000, blz. 240); in dezelfde zin menen Landa Zapirain, J. P., en Fotinopulou Basurko, O., „Breve comentario de la Ley 45/1999 sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, que incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 96/71/CE", *Relaciones Laborales*, nr. 9, 2000, blz. 10, dat de richtlijn „meer economisch dan sociaal" is.

steld, regelt artikel 4 de „samenwerking inzake informatie":

„1. [...] de lidstaten [wijzen], overeenkomstig de nationale wetgevingen en/of praktijken, een of meer verbindingsbureaus of een of meer bevoegde nationale instanties aan.

2. De lidstaten zorgen ervoor dat samengewerkt wordt tussen de overheidsinstanties die overeenkomstig de nationale wetgeving bevoegd zijn voor het toezicht op de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden als bedoeld in artikel 3. Deze samenwerking bestaat vooral in het beantwoorden van gemotiveerde verzoeken van die overheidsinstanties om nadere inlichtingen over de transnationale terbeschikkingstelling van werknemers, inclusief over kennelijke gevallen van misbruik of vermoedelijke gevallen van onwettige transnationale activiteiten.

De Commissie en de in de eerste alinea bedoelde overheidsinstanties werken nauw samen teneinde de problemen die bij de toepassing van artikel 3, lid 10, kunnen rijzen, te onderzoeken.

De wederzijdse administratieve bijstand is kosteloos.

3. Elke lidstaat neemt passende maatregelen, opdat de informatie betreffende de in artikel 3 bedoelde arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden algemeen toegankelijk is.

4. Elke lidstaat geeft de andere lidstaten en de Commissie kennis van de verbindingsbureaus en/of bevoegde instanties als bedoeld in lid 1."

8. Vervolgens verplicht de richtlijn in artikel 5 de lidstaten om adequate maatregelen te nemen ingeval niet aan de bepalingen van deze richtlijn wordt voldaan, stelt zij in artikel 6 de rechterlijke bevoegdheid vast en bepaalt zij in artikel 7 de termijn voor omzetting:

„De lidstaten stellen de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen vast om uiterlijk op 16 december 1999 aan deze richtlijn te voldoen. Zij stellen de Commissie daarvan onverwijld in kennis.

[...]"

9. Artikel 8 regelt het heronderzoek door de Commissie[6] en artikel 9 bepaalt dat de richtlijn is gericht tot de lidstaten.

B — *De Duitse wetgeving*

10. Op het gebied van arbeidsmobiliteit geldt in Duitsland het Arbeitnehmerentsendegesetz (hierna: „AEntG") van 26 februari 1996[7], dat op 1 maart 1996 in werking is getreden.

11. § 1, lid 1, van die wet breidt onder bepaalde voorwaarden de werkingssfeer van algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten voor de bouwnijverheid, die het minimumloon, de duur van de verloven en de vakantie met behoud van loon regelen, uit tot de rechtsverhouding tussen de in het buitenland gevestigde werkgever en zijn werknemers. In lid 3 wordt bepaald dat ook de overeenkomsten over bijdragen aan de fondsen voor vakantie met behoud van loon moeten worden nageleefd, behalve wanneer de werkgevers die bijdragen al betalen aan een „vergelijkbare instelling" van de staat waar de onderneming is gevestigd.

12. § 2 bevat mechanismen voor „toezicht", zoals in lid 3, bepalende dat de buitenlandse werkgever in het bezit dient te zijn van de in het Duits gestelde documenten om aan te tonen dat is voldaan aan de verplichtingen van § 1: de overeenkomst, de loonstrookjes en de bewijsstukken van zowel de werktijden als de betaling van de lonen.

13. § 3, lid 2, verplicht de uitzendbedrijven in het buitenland om vóór de aanvang van elk werk een in het Duits gestelde verklaring over te leggen met de voornaam, de achternaam en de geboortedatum van de gedetacheerde werknemers; de begin- en de einddatum van de detachering; de plaats van het werk en een plaats in Duitsland waar de documenten van § 2, lid 3 zich bevinden; een lasthebber in dat land en de naam en het adres van de onderneming die gebruik maakt van de diensten van de werknemers. In de overeenkomst tussen het uitzendbedrijf en de ontvangende onderneming kan worden bepaald dat kennis wordt gegeven van wijzigingen in de plaats van tewerkstelling.

III — De precontentieuze procedure

14. Aangezien de Commissie verschillende klachten over het AEntG had ontvangen, heeft zij op 12 november 1998 aan Duitsland een aanmaningsbrief gezonden, aangevuld

6 — In de mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's „De tenuitvoerlegging van richtlijn 96/71/EG in de lidstaten", van 25 juli 2003 [COM (2003) 458 def], concludeert de Commissie dat wijziging van de richtlijn in de huidige situatie niet noodzakelijk is, omdat de moeilijkheden eerder van praktische dan van juridische aard zijn (blz. 19).

7 — BGBl. 1996 I, blz. 227.

bij brief van 17 augustus 1999, waarop de lidstaat op 8 maart, 4 mei en 25 oktober 1999 heeft geantwoord.

15. De uitleg van de Duitse autoriteiten overtuigde de Commissie niet. Daarom bracht zij op 25 juli 1999 een met redenen omkleed advies uit waarin zij er bij de Bondsrepubliek Duitsland op aandrong, binnen een termijn van twee maanden vanaf de uitbrenging van het advies de nodige maatregelen te nemen om aan het advies te voldoen.

16. De Duitse regering formuleerde haar opmerkingen op 1 oktober 2001, 10 december 2001, 3 februari 2003 en 4 december 2003; op 23 januari 2004 wees zij op de wijziging van het AEntG bij het Drittes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt van 23 december 2003. [8]

17. Aangezien de Commissie van oordeel was dat door de wijziging slechts enkele punten waarop het AEntG strijdig was met de communautaire rechtsorde waren weggenomen, heeft zij krachtens artikel 226 EG bij het Hof beroep ingesteld, met het verzoek om vast te stellen dat de Bondsrepubliek Duitsland haar verplichtingen niet was nagekomen.

8 — BGBl. I, blz. 2848.

IV — Procesverloop voor het Hof

18. In het verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 29 november 2004, wordt het Hof verzocht te verklaren dat de Bondsrepubliek Duitsland, door te eisen dat a) buitenlandse ondernemingen bijdragen betalen aan het Duitse vakantiefonds, zelfs indien de werknemers, conform de wetgeving van de staat waarin hun werkgever is gevestigd, een vergelijkbare bescherming genieten (§ 1, lid 3, van het AEntG); b) buitenlandse ondernemingen de arbeidsovereenkomst, de loonstrookjes, de bewijsstukken betreffende de werktijden en de betaling van de lonen en alle andere bewijsstukken die de Duitse autoriteiten opvragen, in het Duits vertalen (§ 2 van het AEntG), en c) buitenlandse uitzendbedrijven iedere terbeschikkingstelling van een werknemer aan een onderneming om hem in Duitsland in te zetten en elke plaats van tewerkstelling melden (§ 3, lid 2, van het AEntG) [9], de krachtens artikel 49 EG op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen. Ook verzoekt zij, de Bondsrepubliek Duitsland in de kosten te verwijzen.

19. In het verweerschrift, ingediend op 4 februari 2005, wordt gesteld dat het beroep niet ontvankelijk en ongegrond is.

9 — De Commissie laat twee grieven vallen die zij in de voorgaande fase met betrekking tot de criteria voor kwalificering als bouwbedrijf (punten 24-26 van het verzoekschrift) en de boetes (punt 64) had aangevoerd, want door de wetswijziging van 2003 is de discriminatie op grond van nationaliteit verdwenen.

20. Op 29 maart 2005 respectievelijk 17 mei 2005 werden de memories van repliek en dupliek neergelegd.

21. Bij beschikking van 7 juni 2005 is Frankrijk door de president van het Hof tot interventie toegelaten. Frankrijk heeft op 22 september 2005 een memorie ingediend ter ondersteuning van de Bondsrepubliek Duitsland wat de tweede grond van niet-nakoming betreft. Zowel de Commissie als Duitsland, respectievelijk op 28 november 2005 en op 27 oktober 2005, formuleerden hun reactie op de interventie.

22. Aan de mondelinge behandeling ter terechtzitting van 8 november 2006 namen de vertegenwoordigers van de Bondsrepubliek Duitsland en de Commissie deel.

V — De ontvankelijkheid van het beroep wegens niet-nakoming

23. Volgens de Duitse regering dienen de nationale regels op grond van richtlijn 96/71, en niet van artikel 49 EG, te worden beoordeeld; op die wijze stelt zij de relevantie van de vorderingen van verzoekster ter discussie (A). Bovendien heeft zij drie verweren opgeworpen die zouden leiden tot gehele of gedeeltelijke niet-ontvankelijkheid; deze hebben betrekking op de duur van de precontentieuze procedure (B), de onvoldoende bepaaldheid van het verzoekschrift (C) en de wijziging van de derde grond van niet-nakoming (D).

A — *De referentienorm voor de beoordeling*

24. Toen de administratieve procedure aanving, was richtlijn 96/71 nog niet aangenomen, maar op het moment dat het met redenen omkleed advies werd uitgebracht, was de termijn al verstreken waarbinnen de richtlijn in de nationale rechtsstelsels moest zijn omgezet. De Duitse regering wijst op dat tijdsaspect om haar stelling te verdedigen dat het AEntG zou moeten worden beoordeeld tegen de achtergrond van richtlijn 96/71 en niet van artikel 49 EG, dat slechts van toepassing is indien de lidstaten bij de omzetting de hun toegekende beoordelingsmarge hebben overschreden.

25. De Commissie geeft geen duidelijk antwoord op dat verweer en weerspreekt zichzelf, want zij stelt bijvoorbeeld in punt 1 van het verzoekschrift, dat de toetsing van de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht op grond van de verdragsbepaling zou moeten geschieden, terwijl zij vier regels verderop spreekt over dat artikel en richtlijn 96/71. Haar gemachtigde nam ook ter terechtzitting, ondanks de daarover gestelde vraag, geen standpunt in over dat verweer.

26. Het debat geeft aanleiding om na te denken over de gemeenschapsbepaling die als referentienorm geldt en over de gevolgen van een onjuiste keuze. Bij een evidente discrepantie ontbreekt de wezenlijke juridische voorwaarde en zou het beroep ongegrond zijn; iets vergelijkbaars zou gebeuren indien de schending wordt aangevoerd van een bepaling van afgeleid recht die op het

moment van de feiten nog niet was afgekondigd; in andere gevallen moet de zaak ten principale worden behandeld, zonder niet-ontvankelijkheid te overwegen.

27. In het onderhavige geding is een niet-ontvankelijkverklaring niet op haar plaats, want voor de vaststelling van de niet-nakoming moet op het Verdrag worden teruggegrepen, met voorbijgaan aan richtlijn 96/71, die geen volledige uitwerking geeft aan de inhoud van artikel 49 EG. Enerzijds geeft de dertiende overweging van de considerans van de richtlijn immers de bedoeling aan, de wetgevingen van de lidstaten te coördineren teneinde een kern van dwingende bepalingen voor minimale bescherming vast te leggen, die in het ontvangende land in acht moeten worden genomen door werkgevers die werknemers ter beschikking stellen [10]; anderzijds geeft artikel 5 de nationale autoriteiten een grote beoordelingsvrijheid, mits zij de fundamentele vrijheden eerbiedigen. [11]

28. De nationale regelingen aangaande de transnationale dienstverrichtingen kunnen echter strijdig zijn met het primaire en het afgeleide recht. Als die regelingen inbreuk maken op de richtlijn, is toepassing van het Verdrag uitgesloten, hoewel elke schending van de richtlijn uiteindelijk een schending van het Verdrag impliceert, omdat dit de inspiratiebron van de richtlijn is. Indien de bepalingen echter een rechtstreekse inbreuk vormen op het Verdrag, los van de uitwerking daarvan in de richtlijn, is de enige referentiemogelijkheid het Verdrag zelf.

29. De in het verzoekschrift genoemde referentienorm is dus geldig, aangezien de geformuleerde grieven buiten het kader van richtlijn 96/71 vallen. Het doet dus niet ter zake dat het met redenen omkleed advies is uitgebracht toen de termijn voor omzetting al was verlopen, onverlet het feit dat de richtlijn van belang kan zijn voor onderling samenhangende gebieden of als richtsnoer voor uitlegging.

B — *De duur van de precontentieuze procedure*

30. Volgens Duitsland was het recht om zich tot het Hof te wenden al wegens het verstrijken van de termijn vervallen, omdat het verzoekschrift pas op 23 november 2004 werd ingediend, terwijl de procedure al in 1998 was aangevangen, waardoor het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel werden geschonden; bovendien heeft het Hof in 2001 de verenigbaarheid van het AEntG met het gemeenschapsrecht getoetst.

10 — Ik onderschrijf de woorden van advocaat-generaal Léger in voetnoot 15 van zijn conclusie in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 21 september 2006, Commissie/Oostenrijk (C-168/04, Jurispr. blz. I-9041), waarin hij erkent dat „richtlijn 96/71 niet [voorziet] in een bijzondere procedure om werknemers te detacheren in het kader van een grensoverschrijdende dienstverrichting. Zij garandeert in wezen alleen dat ten gunste van de werknemers die in dat kader zijn gedetacheerd, bepaalde voorschriften inzake arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden van toepassing zijn die in de lidstaat op wiens grondgebied die dienst wordt verricht van kracht zijn. Overigens laat deze richtlijn het weliswaar aan de lidstaten over te zorgen voor de naleving van deze voorschriften, doch zij verbindt hieraan de voorwaarde, [...] dat dit met passende middelen geschiedt, [...] die niet in strijd zijn met de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van dienstverrichting".

11 — Arrest van 25 maart 2004, Karner (C-71/02, Jurispr. blz. I-3025, punten 33 en 34).

31. De Commissie werpt tegen dat Duitsland haar had doen geloven dat met de voorziene wetswijzigingen de inbreuken zouden verdwijnen.

32. Hoewel de administratieve fase van het beroep krachtens artikel 226 EG meer dan zes jaar heeft geduurd, bestaan er verschillende argumenten om het standpunt van Duitsland te verwerpen.

33. In de eerste plaats wordt in de rechtspraak bevestigd dat een buitensporig lange duur van de administratieve fase alleen dán leidt tot niet-ontvankelijkheid, wanneer het gedrag van de Commissie het moeilijker maakt haar argumenten te weerleggen, zodat inbreuk wordt gemaakt op de rechten van de verdediging, en staat het aan de lidstaat om „een dergelijke moeilijkheid te bewijzen". [12] De Duitse regering heeft in dit geval geen aantasting van haar verdedigingsmogelijkheden aangetoond.

34. In de tweede plaats berust de procedure wegens niet-nakoming op de objectieve vaststelling van de schending van het Verdrag of het afgeleide recht [13]; aanvaarding van het argument van het vertrouwensbeginsel, zou de schending rechtvaardigen op een wijze die indruist tegen het doel van artikel 226 EG. [14] Hetzelfde is het geval met de rechtszekerheid. [15] Particulieren moeten zelfs tijdens de behandeling van de zaak de bestreden bepalingen eerbiedigen, zolang er geen beslissing is die de tenuitvoerlegging opschort.

35. In de derde plaats gingen, ondanks het feit dat in de arresten van 25 oktober 2001, Finalarte e.a. [16]; 24 januari 2002, Portugaia Construções [17]; 12 oktober 2004, Wolf & Müller [18], en 14 april 2005, Commissie/Duitsland [19], de verenigbaarheid van het AEntG met het communautaire rechtsstelsel werd behandeld, die procedures over andere aspecten dan die van dit beroep, hoewel er wel enkele verbanden bestaan:

— het arrest Finalarte e.a. vertoont een nauwe band met een van de onderha-

12 — Arresten van 16 mei 1991, Commissie/Nederland (C-96/89, Jurispr. blz. I-2461, punten 15 en 16); 21 januari 1999, Commissie/België (C-207/97, Jurispr. blz. I-275, punten 24 en 25); 12 mei 2005, Commissie/België (C-287/03, Jurispr. blz. I-3761, punt 14), en 8 december 2005, Commissie/Luxemburg (C-33/04, Jurispr. blz. I-10629, punt 76).

13 — Arresten van 1 oktober 1998, Commissie/Spanje (C-71/97, Jurispr. blz. I-5991, punt 14); 18 januari 2001, Commissie/Spanje (C-83/99, Jurispr. blz. I-445, punt 23), en 4 mei 2006, Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-508/03, Jurispr. blz. I-3969, punt 67).

14 — Arrest van 5 november 2002, Commissie/Oostenrijk (C-475/98, Jurispr. blz. I-9797, punt 38).

15 — In het arrest van 4 mei 2006, Commissie/Verenigd Koninkrijk, reeds aangehaald, werd op grond van bepaalde rechtspraak geoordeeld dat „het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel weliswaar eisen dat een onwettige handeling binnen een redelijke termijn wordt ingetrokken en dat rekening wordt gehouden met de vraag of de betrokkene in voorkomend geval op de rechtmatigheid van de handeling vertrouwt, doch dat een dergelijke intrekking in beginsel is toegestaan" (punt 68).

16 — C-49/98, C-50/98, C-52/98–C-54/98 en C-68/98–C-71/98, Jurispr. blz. I-7831.

17 — C-164/99, Jurispr. blz. I-787.

18 — C-60/03, Jurispr. blz. I-9553.

19 — C-341/02, Jurispr. blz. I-2733.

vige gronden van niet-nakoming, want daarin heeft het Hof zich ook uitgesproken over het Duitse systeem van fondsen voor vakantie met behoud van loon, en geoordeeld dat, wanneer er sprake is van een transnationale dienstverrichting, uitbreiding van de regeling goed te rijmen is met het Verdrag, mits aan twee voorwaarden is voldaan. [20] De Commissie is echter van mening dat in de onderhavige procedure niet aan die voorwaarden is voldaan;

— het arrest Portugaia Construções behandelde het minimumloon van de gedetacheerde werknemers;

— het arrest Wolf & Müller had ook betrekking op de beloning, in concreto op de betalingsverplichting, via de uitlegging van artikel 5 van richtlijn 96/71 aan de hand van artikel 49 EG;

— ten slotte werd in het arrest Commissie/Duitsland, gewezen na de indiening van het verzoekschrift, met betrekking tot de loonbestanddelen de niet-nakoming van artikel 3 van richtlijn 96/71 vastgesteld.

20 — Het Hof heeft daarin ook andere thema's in verband met vakanties met behoud van loon behandeld, zoals de vraag of de vakantieduur die in een lidstaat is vastgesteld, ook moet gelden voor gedetacheerde werknemers.

36. In de vierde plaats werd, nadat het met redenen omkleed advies in 2001 was uitgebracht, de Duitse wet eind 2003 gewijzigd, zodat het de Commissie geenszins kan worden verweten, de veranderingen te hebben bestudeerd alvorens in november 2004 het verzoekschrift in te dienen.

37. De bovenstaande beschouwingen leiden tot afwijzing van de door Duitsland aangevoerde criteria voor de redelijkheid van de termijnen, die, zo geeft de Commissie aan, alleen in mededingingsprocedures [21] en procedures voor het Gerecht van eerste aanleg [22] van toepassing zijn.

C — *De bepaaldheid van het verzoekschrift*

38. De Duitse regering verzoekt tevens om niet-ontvankelijkverklaring van het beroep wegens onvoldoende bepaaldheid, aangezien het een abstract overzicht geeft van de juridische omstandigheden, zonder een concreet geval van detachering van een werknemer te noemen waarin de onverenigbaarheid van het AEntG met artikel 49 EG wordt aangetoond.

21 — Arrest van 15 oktober 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P en C-254/99 P, Jurispr. blz. I-8375, punt 187); aangehaald in punt 7 van het verweerschrift.

22 — Arrest van 17 december 1998, Baustahlgewebe/Commissie (C-185/95 P, Jurispr. blz. I-8417, punt 29); ook aangehaald in punt 7 van het verweerschrift.

39. De Commissie wijst erop dat het *petitum* duidelijk is en antwoordt dat de procedure niet is ingeleid wegens een klacht van een werknemer of een onderneming, noch wegens een rechterlijke of administratieve praktijk, maar wegens strijdigheid van de nationale met de communautaire rechtsorde.

40. Artikel 38, lid 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof[23] bepaalt dat het verzoekschrift „het voorwerp van het geschil en een summiere uiteenzetting van de aangevoerde middelen" moet bevatten. Deze aanduidingen dienen zo duidelijk en nauwkeurig te zijn dat de verweerder zijn verweer kan voorbereiden en het Hof zijn toezicht kan uitoefenen, zodat de wezenlijke elementen, feitelijk en rechtens, waarop het beroep is gebaseerd „coherent en begrijpelijk worden weergegeven in de tekst van het verzoekschrift zelf".[24]

41. In het onderhavige geval wordt aan die vereisten voldaan. De Commissie heeft het verzoekschrift in vier grote delen vormgegeven: het eerste deel is gewijd aan de feiten en de precontentieuze procedure, geeft een overzicht van de stappen van de procedure en noemt de vijf geschilpunten die in het met redenen omkleed zijn advies zijn vermeld; het tweede deel omschrijft de relevante communautaire en nationale bepalingen; het derde deel, dat de beoordeling rechtens bevat, begint met een inleidende opmerking over de wijziging van de nationale wet en geeft daarna commentaar op alle gronden van niet-nakoming, waarbij de tijdens de administratieve procedure gemaakte opmerkingen worden weerlegd; in het vierde deel wordt het petitum toegevoegd, dat overeenstemt met de rest van het verzoekschrift en specificeert dat § 1, lid 3, § 2 en § 3, lid 2, van het AEntG inbreuk maken op artikel 49 EG.

42. Het Hof kent de grieven en hun rechtsgronden net zo goed als Duitsland, dat zich daartegen verweert, maar een beschrijving van de feitelijke en juridische argumenten mag niet worden verward met de waarheid en juistheid daarvan.

43. Het overleggen van specifieke bewijzen is nodig wanneer de niet-nakoming voortvloeit uit de toepassing van een nationale bepaling, maar niet wanneer zij gebaseerd is op de inhoud van de bepaling zelf, zodat alleen in het eerste geval een omstandig en gedocumenteerd bewijs van de verweten praktijk nodig is.[25]

44. Daarom kan ten aanzien van dit beroep de opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid niet worden aanvaard.

23 — PB 1991, L 176, blz. 7, en PB 1992, L 383, blz. 117 – rectificatie –, later gewijzigd.

24 — Arresten van 9 januari 2003, Italië/Commissie (C-178/00, Jurispr. blz. I-303, punt 6), en 15 september 2005, Ierland/Commissie (C-199/03, Jurispr. blz. I-8027, punt 50).

25 — Arresten van 12 mei 2005, Commissie/België (C-287/03, Jurispr. blz. I-3761, punt 28), en 27 april 2006, Commissie/Duitsland (C-441/02, Jurispr. blz. I-3449, punt 49).

D — *De wijziging van de eerste grond van niet-nakoming*

45. Duitsland voert nog een andere formele exceptie aan tegen de eerste grond van niet-nakoming, want naar zijn mening stemt de formulering van de grief zoals die in het met redenen omkleed advies is opgenomen, niet overeen met de formulering in het verzoekschrift. De Commissie ontkent dat hier sprake is van een wijziging, aangezien de verschillen betrekking hebben op een precisering van hetgeen in de administratieve fase is behandeld.

46. Het Hof heeft herhaaldelijk geoordeeld dat het voorwerp van een beroep wordt afgebakend in de op artikel 226 EG gebaseerde precontentieuze procedure, zodat het beroep op dezelfde middelen en overwegingen berust als het met redenen omkleed advies [26], ook al bestaat er geen volkomen gelijkluidendheid tussen de formulering van de grieven in de aanmaningsbrief, in het dispositief van het met redenen omkleed advies en in het petitum van het verzoekschrift, mits het voorwerp van het geschil niet is verruimd of gewijzigd. [27]

47. Om een eventuele afwijking te constateren en de reikwijdte daarvan te bepalen, moet het met redenen omkleed advies met het verzoekschrift worden vergeleken:

— in het met redenen omkleed advies wordt „de verplichting om bijdragen af te dragen aan het Duitse vakantiefonds" onderzocht, en geconcludeerd dat die verplichting een inbreuk vormt op artikel 49 EG, door buitenlandse ondernemingen die ook nog steeds verplicht zijn om de vakanties rechtstreeks door te betalen aan hun werknemers in de staat waarin zij zijn gevestigd, te gelasten aan dat fonds bij te dragen.

— in het verzoekschrift is dit punt van het met redenen omkleed advies vermeld, maar is daaraan toegevoegd dat de inbreuk daarin is gelegen, dat de buitenlandse ondernemingen verplicht zijn aan de Duitse instelling te betalen, ook al genieten hun werknemers een vergelijkbare bescherming conform de wetgeving van de staat waar de werkgever is gevestigd.

48. Bij vergelijking van beide documenten komen bepaalde discrepanties naar voren, maar blijkt niet dat de grieven verschillend zijn, want de bewoordingen van het bestreden punt, die in beide teksten hetzelfde zijn, tonen aan dat volgens de Commissie § 1, lid 3, van het AEntG ertoe leidt dat ondernemingen die niet aan een instelling als het Duitse vakantiefonds bijdragen, meer dan één keer, in geld of in natura, moeten betalen.

26 — Arresten van 1 december 1993, Commissie/Denemarken (C-234/91, Jurispr. blz. I-6273, punt 16); 12 januari 1994, Commissie/Italië (C-296/92, Jurispr. blz. I-1, punt 11); 18 juni 1998, Commissie/Italië (C-35/96, Jurispr. blz. I-3851, punt 28); 15 januari 2002, Commissie/Italië (C-439/99, Jurispr. blz. I-305, punt 11), en 20 juni 2002, Commissie/Duitsland (C-287/00, Jurispr. blz. I-5811, punt 18).

27 — Arresten van 16 september 1997, Commissie/Italië (C-279/94, Jurispr. blz. I-4743, punten 24 en 25); 29 september 1998, Commissie/Duitsland (C-191/95, Jurispr. blz. I-5449, punt 56); 9 november 1999, Commissie/Italië (C-365/97, Jurispr. blz. I-7773, punt 25); 25 april 2002, Commissie/Frankrijk (C-52/00, Jurispr. blz. I-3827, punt 44); 11 juli 2002, Commissie/Spanje (C-139/00, Jurispr. blz. I-6407, punten 18 en 19); 14 maart 2006, Commissie/Frankrijk (C-177/04, Jurispr. blz. I-2461, punt 37), en 27 april 2006, Commissie/Duitsland, reeds aangehaald, punt 61.

49. Onderwerp van het geschil is, en zo heeft ook verweerster dat begrepen, of de nationale regeling een dubbele financiële belasting veroorzaakt voor degene die werknemers detacheert in het kader van een grensoverschrijdende dienstverrichting. De nuanceringen bij het middel vullen het aan, zonder het te wijzigen of de rechten van de verdediging aan te tasten.

50. Bovendien zie ik nog een andere reden voor deze nuancering, aangezien na de toezending van het met redenen omkleed advies, het arrest Finalarte e.a. is gepubliceerd, dat in het verzoekschrift, met name in het petitum, wordt aangehaald.

51. Daarom meen ik dat het opgeworpen formele gebrek aan overeenstemming tussen het met redenen omkleed advies en het verzoekschrift niet wezenlijk genoeg is om tot niet-ontvankelijkheid te leiden.

VI — Onderzoek van het beroep wegens niet-nakoming

52. Indien het Hof, zoals ik in overweging geef, de door de Duitse regering opgeworpen gronden voor niet-ontvankelijkheid verwerpt, dient het de verweten inbreuken te onderzoeken.

A — *Inleidende opmerkingen*

53. De verplichtingen van het AEntG leiden tot bijkomende lasten voor de ondernemingen die in een andere lidstaat zijn gevestigd, hetgeen de uitoefening van hun activiteiten in Duitsland bemoeilijkt en minder interessant maakt, en beperkingen oplevert van het vrij verrichten van diensten.

54. In mijn conclusie in de zaak die tot het arrest van 23 november 1999, Arblade e.a. [28], heeft geleid, geef ik in de punten 53-60 ten aanzien van die beperkingen een overzicht van de rechtspraak, die ongewijzigd is gebleven, alhoewel van geval tot geval een nadere precisering nodig kan zijn.

55. Ook merk ik in die conclusie op dat het vrij verrichten van diensten tot doel heeft de uitoefening van alle soorten beroepsactiviteiten binnen het grondgebied van de Gemeenschap te vergemakkelijken, met afschaffing van iedere discriminatie op grond van nationaliteit en iedere beperking — ook indien deze zonder onderscheid geldt voor binnenlandse dienstverrichters en dienstver-

28 — C-369/96 en C-376/96, Jurispr. blz. I-8453. In die zaak ging het om de vraag „of het gemeenschapsrecht eraan in de weg staat, dat een lidstaat aan in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen die werknemers naar zijn grondgebied uitzenden teneinde aldaar diensten te verrichten, de verplichting oplegt om de voorschriften van het nationale recht in acht te nemen inzake het bijhouden en bewaren van de documenten van de werknemers en inzake de minimumlonen, welke voorschriften de bescherming van de werknemers alsook het bestrijden van zwartwerk beogen, wanneer die ondernemingen al onderworpen zijn aan identieke of vergelijkbare verplichtingen in hun lidstaat van vestiging ten behoeve van dezelfde werknemers en voor hetzelfde tijdvak van activiteit " (punt 1 van mijn conclusie).

richters uit andere lidstaten — die de werkzaamheden van de dienstverrichter die in een andere lidstaat is gevestigd, verbiedt, belemmert of minder aantrekkelijk maakt. [29]

56. Ook noem ik de voorwaarden waaronder een beperking van dat grondbeginsel gerechtvaardigd is, namelijk: a) wanneer er sprake is van een dwingende reden van algemeen belang; b) wanneer het nodig is het nagestreefde doel te waarborgen; en c) wanneer de genomen maatregel evenredig is. [30]

57. Wat de eerste voorwaarde betreft, valt „de sociale bescherming van de werknemers" onder de dwingende redenen van algemeen belang [31], voor zover dat belang niet reeds kan worden gewaarborgd door de regels die voor de communautaire onderdaan gelden in de lidstaat waar hij is gevestigd. [32]

58. Deze stellingen leveren het kader voor de uitlegging van de drie gronden van niet-nakoming.

B — *Eerste grond van niet-nakoming: de verplichting om bijdragen te betalen aan het Duitse vakantiefonds*

1. Vraagstelling

59. Voor een beter begrip van het geschil tussen de Commissie en Duitsland over deze grond dienen wij stil te staan bij de werking van het fonds voor vakantie met behoud van loon.

29 — Arresten van 25 juli 1991, Säger (C-76/90, Jurispr. blz. I-4221, punt 12); 9 augustus 1994, Vander Elst (C-43/93, Jurispr. blz. I-3803, punt 14); 28 maart 1996, Guiot (C-272/94, Jurispr. blz. I-1905, punt 10); 12 december 1996, Reisebüro Broede (C-3/95, Jurispr. blz. I-6511, punt 25), en 9 juli 1997, Parodi (C-222/95, Jurispr. blz. I-3899, punt 18); arrest Arblade e.a., punt 33), Finalarte e.a., punt 28, en arrest Portugaia Construções, punt 16, reeds aangehaald.

30 — Arresten van 31 maart 1993, Kraus (C-19/92, Jurispr. blz. I-1663, punt 32); 30 november 1995, Gebhard (C-55/94, Jurispr. blz. I-4165, punt 37); 20 februari 2001, Analir e.a. (C-205/99, Jurispr. blz. I-1271, punt 25), en 15 maart 2001, Mazzoleni en ISA (C-165/98, Jurispr. blz. I-2189, punt 26), en de arresten Säger, punt 15, Guiot, punten 11 en 13, Arblade e.a., punt 35, Portugaia Construções, punt 19, en Wolf & Müller, punt 34, reeds aangehaald. Volgens Davis, P., „Posted workers Directive and EC Treaty", *Industrial Law Journal*, 2002, blz. 299, zou, indien deze uit de rechtspraak voortkomende criteria op richtlijn 96/71 werden toegepast, een groot deel van de inhoud van deze richtlijn strijdig met artikel 49 EG verklaard dienen te worden, omdat zij nauwelijks voldoet aan de eisen met betrekking tot de rechtvaardiging en de evenredigheid die noodzakelijk zijn om een beperking te kunnen aanbrengen op het vrij verrichten van diensten.

31 — Arresten van 17 december 1981, Webb (279/80, Jurispr. blz. 3305, punt 19); 3 februari 1982, Seco en Desquenne & Giral (62/81 en 63/81, Jurispr. blz. 223, punt 14); 27 maart 1990, Rush Portuguesa (C-113/89, Jurispr. blz. I-1417, punt 18); en de arresten Guiot, punt 16, Arblade e.a., punt 36, Finalarte e.a., punt 33, Portugaia Construções, punt 20, en Wolf & Müller, punt 35, reeds aangehaald.

32 — Arresten van 26 februari 1991, Commissie/Italië (C-180/89, Jurispr. blz. I-709, punt 17), en Commissie/Griekenland (C-198/89, Jurispr. blz. I-727, punt 18), en de arresten Webb, punt 17, Säger, punt 15, Vander Elst, punt 16, Guiot, punt 11, Arblade e.a., punt 34, en Finalarte e.a., punt 31, de laatste reeds aangehaald. Daarin wordt het gelijkwaardigheidsbeginsel geformuleerd, dat de toepassing van de wetgeving van het bestemmingsland vermijdt, aldus Molina Navarrete, C., en Esteban de la Rosa, G., „Mercados nacionales de trabajo, libertad comunitaria de prestación de servicios y defensa de la competencia. Comentario de la Ley 45/1999, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios", *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, nr. 205, april 2000, blz. 21 en 32.

60. Zoals advocaat-generaal Mischo in zijn conclusie in de zaak Finalarte e.a. uiteenzet, houdt het systeem in, dat een werknemer de vakantieaanspraken die hij gedurende het referentiejaar bij verschillende werkgevers heeft opgebouwd, bij elkaar optelt en het totaal van die aanspraken doet gelden bij zijn huidige werkgever, die de uitkeringen betaalt voor de dagen die de werknemer bij andere werkgevers heeft verworven. Om een billijke omslag van de financiële lasten te verzekeren, is het fonds opgericht, waaraan de Duitse werkgevers een percentage van de brutoloonsom van hun onderneming betalen; zij verkrijgen als tegenprestatie een gehele of gedeeltelijke vergoeding van de aan de werknemers betaalde uitkeringen.

61. § 1, lid 3, van het AEntG breidt de verplichting om aan het vakantiefonds bij te dragen uit tot werkgevers uit andere lidstaten die tijdelijk werknemers naar Duitsland detacheren, behalve wanneer deze werkgevers bijdragen betalen aan een vergelijkbare instelling in hun lidstaat van vestiging.

62. Volgens het arrest Finalarte e.a. bevat de bepaling een „belemmering van de vrijheid van dienstverrichting" (punt 37), die slechts gerechtvaardigd is wanneer zij nodig is om een doelstelling van algemeen belang zoals de bescherming van de werknemers te verwezenlijken (punt 33) en wanneer daarvoor middelen worden gebruikt die evenredig zijn aan het doel. Naar aanleiding van die twee criteria verklaarde het Hof dat een regeling zoals de Duitse verenigbaar was met het Verdrag, „onder voorwaarde enerzijds dat de werknemers niet krachtens de lidstaat van vestiging van hun werkgever een in wezen vergelijkbare bescherming genieten, zodat de toepassing van de nationale regeling van de eerste lidstaat hun een reëel voordeel brengt dat in aanzienlijke mate bijdraagt tot hun sociale bescherming, en anderzijds dat de toepassing van die regeling van de eerste lidstaat evenredig is aan het nagestreefde doel van algemeen belang" (punt 53 en dictum).

63. Het Hof onderwierp dus in het arrest Finalarte e.a. de verenigbaarheid van de bepaling met de gemeenschapsrecht aan twee voorwaarden — enige bescherming en evenredigheid — en droeg de verwijzende rechter op die te beoordelen. In de onderhavige procedure ziet de Commissie deze voorwaarden niet vervuld en spreekt zij haar afkeuring uit over de Duitse beperkingen op de vrijstelling van de bijdrage.

2. Onderzoek van de grond van niet-nakoming

64. Het vakantiefonds vormt het antwoord op een probleem dat inherent is aan de arbeidsprestatie. Volgens informatie van de Duitse regering, die overgenomen is in het met redenen omkleed advies, bestaan vergelijkbare instellingen in Frankrijk (Caisse Nationale de Surcompensation du Bâtiment et des Travaux Publics de France), Oostenrijk (Bauarbeiter- Urlaubs- und Abfertigungskasse), België (Rijksdienst voor Sociale Zekerheid), Italië (Commissione Nazionale

Paritetica per le Casse Edili), en, in zekere zin, in Nederland (Stichting Vakantiefonds voor de Bouwnijverheid en Stichting Vakantiefonds voor de Landbouw). [33]

65. De in § 1, lid 3, van het AEntG genoemde uitzondering ontplooit haar volle werking met betrekking tot die instellingen, want zij verhindert een dubbele bijdragebetaling en leidt tot een evenwichtig resultaat. Althans in theorie, aangezien in de praktijk moet worden onderzocht of de instellingen die de bijdragen ontvangen „vergelijkbaar" zijn met de Duitse instelling, waarbij de bilaterale overeenkomsten die met name in het verweerschrift zijn genoemd, een belangrijke rol spelen.

66. Maar de vakantiefondsen vormen niet de enige oplossing voor het opgeworpen probleem; in feite kennen enkele lidstaten, zoals het Verenigd Koninkrijk, Zweden, Ierland, Portugal en, in zekere mate, Nederland, dergelijke instellingen niet. Zoals de Commissie aanvoert, zijn er situaties waarin de bescherming van de werknemer niet gebaseerd is op bijdragen, maar op de rechtstreekse overname door de werkgever van de verplichtingen met betrekking tot de vakanties.

67. Het valt buiten het bestek van dit beroep wegens niet-nakoming, de mogelijke oplossingen te onderzoeken en aan te geven welke oplossing de meeste voordelen met zich meebrengt; dat laatste hangt af van de omstandigheden van ieder land en van andere elementen van allerlei aard, niet alleen juridische — ook in het verzoekschrift zelf wordt het Duitse systeem niet ter discussie gesteld. Het is voldoende te constateren dat er verschillende varianten bestaan. [34]

68. Het Duitse systeem regelt maar één variant, zonder zich te bekommeren om de andere. Het bepaalt niets over de bescherming van de werknemers ingeval de werkgever in zijn plaats van vestiging de verplichtingen overneemt die voortvloeien uit de vakantie met behoud van loon, onafhankelijk van de plaats waar deze zijn opgebouwd. Daarom kan de uitleg ter terechtzitting van de Duitse vertegenwoordiger, dat ondernemingen uit landen zonder vakantiefonds van bijdragen zijn vrijgesteld, niet worden aanvaard, aangezien de bewoordingen van de nationale bepaling in een andere richting wijzen. De bepaling schijnt daarom ontoereikend te zijn, en het doet niet ter zake hoe zij wordt toegepast; zij gaat uitsluitend uit van bijdragen aan een fonds dat naast het nationale fonds bestaat, zodat die bepaling een ongerechtvaardigde bijkomende bijdrage

33 — Ook Denemarken (Arbejdsmerkedets Feriefond) wordt genoemd, maar zowel de Commissie als Duitsland voert dit land als voorbeeld aan om hun — tegengestelde — standpunten te bevestigen.

34 — Ook advocaat-generaal Mischo wijst in zijn conclusie in de zaak Finalarte e.a. op verschillende varianten, waaronder die van de aan het Duitse stelsel van vakantiefondsen onderworpen werkgever die op grond van de wettelijke regeling van zijn land van vestiging geen ontheffing kan krijgen van zijn verplichting om zelf zijn gedetacheerde werknemers de vakantiedagen te vergoeden; in die gevallen komen de aan het fonds te betalen bijdragen nog bij die laatstgenoemde verplichting, hetgeen tot „een aanzienlijke beperking van de vrijheid van dienstverrichting, of zelfs een onoverkomelijke belemmering" voor de uitoefening daarvan zou leiden (punt 70).

oplegt indien in de staat waar de dienstverrichter is gevestigd, geen met het fonds vergelijkbare instelling bestaat, zonder dat de rechten van de gedetacheerde werknemer, die al in het land van herkomst waren beschermd, daarbij worden versterkt. [35]

69. De Duitse regering brengt als rechtvaardiging van de bepaling naar voren, dat de toepassing van § 1, lid 3, van het AEntG afhankelijk is van een voorafgaande beoordeling van de bescherming van de werknemers, zodat die toepassing pas ter sprake komt wanneer zich een verschil ten nadele van de werknemer zou voordoen, zoals afgeleid kan worden uit de ondertekende bilaterale overeenkomsten en uit het arrest van het Bundesarbeitsgericht van 20 juli 2004.

70. Ik onderschrijf die rechtvaardiging niet. Het oordeel van het Hof, dat de bescherming van de werknemers impliceert dat vooraf moet worden beoordeeld wat de meest gunstige regeling is, vormt geen beletsel om dat achteraf te doen. Doorslaggevend is de vergelijking van de regelingen over de maximale werkduur, de rusttijden, de minimale duur van de vakantie met behoud van loon, het minimumloon of de maatregelen inzake veiligheid en hygiëne. [36]

71. De stelling van Duitsland veronderstelt dat, indien de Duitse regeling aan een gedetacheerde werknemer uit een andere lidstaat gunstiger voorwaarden toekent inzake zijn vakantie met behoud van loon — niet alleen met betrekking tot de duur daarvan —, het gehele stelsel met betrekking tot die vakantie geldt, zodat de werkgever de bijdragen moet betalen, behalve wanneer hij betalingen heeft verricht aan een „vergelijkbare instelling", zonder dat daarbij rekening wordt gehouden met enig ander type tegenprestatie, zodat er een risico bestaat van dubbele bijdragebetaling.

72. Enerzijds maakt echter het feit dat de bilaterale overeenkomsten voorzien in een wederzijdse erkenning, de vraag of de regeling verenigbaar is met het gemeenschapsrecht afhankelijk van het bestaan en de inhoud van die overeenkomsten, nog daargelaten dat bij de vergelijking van „instellingen" andere mogelijkheden, bijvoorbeeld dat er in een lidstaat geen dergelijke instelling bestaat, over het hoofd worden gezien.

73. Anderzijds heeft het Bundesarbeitsgericht op het betrokken gebied het beginsel van de „gunstigere regeling" toegepast om een onverenigbaarheid te vermijden waarvan het in feite uitgaat, want anders zou de bepaling geen rechterlijke uitlegging hebben vereist. Het gaat om de omgekeerde hypothese van die van het arrest van 9 december 2003, Commissie/Italië [37], waarin de neutraliteit van de nationale bepaling werd vastge-

35 — Zoals advocaat-generaal Mischo opmerkt in zijn conclusie in de zaak Finalarte e.a. is het mogelijk „dat de werknemer ingevolge de wettelijke regeling van zijn land van herkomst in wezen gelijke voordelen heeft, ook zonder tussenkomst van een vakantiefonds" (punt 112).

36 — Het hoeft echter niet altijd de staat te zijn waar de dienst wordt verricht; in de zeventiende overweging van de considerans van richtlijn 96/71 wordt gesteld dat de dwingende bepalingen inzake minimale bescherming die in het ontvangende land van kracht zijn, geen beletsel mogen zijn voor de toepassing van arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die gunstiger zijn voor de werknemers.

37 — C-129/00, Jurispr. blz. I-14637.

steld, maar werd geconstateerd zij door de administratie en een belangrijk deel van de rechterlijke instanties, waaronder de Corte suprema di cassazione, onjuist werd uitgelegd en toegepast. In het onderhavige beroep verwijt de Commissie Duitsland, dat de nationale regeling objectief gezien niet verenigbaar is met de communautaire rechtsorde, los van de wijze waarop men ze in praktijk brengt. De vergelijking van de bewoordingen van de betrokken bepalingen is voldoende om de niet-nakoming aan te tonen.

74. Op grond daarvan meen ik dat § 1, lid 3, van het AEntG in strijd is met artikel 49 EG.

C — Tweede grond van niet-nakoming: de verplichting om documenten te vertalen

1. Vraagstelling

75. Uit § 2, lid 3, van het AEntG volgt dat, wanneer werknemers naar Duitsland worden gedetacheerd, bepaalde documenten, zoals de arbeidsovereenkomst, de loonstrookjes en de bewijsstukken van de werktijden en de betaling van de lonen, in de taal van dat land vertaald moeten worden.

76. De Commissie herhaalt dat deze verplichting een ongerechtvaardigde belemmering betekent van het vrij verrichten van diensten, want indien volgens het arrest Arblade e.a. de verplichting om de papieren in de ontvangende staat te bewaren geen grondslag vindt in de controlefunctie van de autoriteiten, dan geldt dat ook voor het vertalen van die documenten. Bovendien kwalificeert zij de Duitse bepaling als buitensporig en onevenredig, aangezien de samenwerking in de zin van artikel 4 van richtlijn 96/71 de vertaling overbodig maakt.

77. Volgens Duitsland en Frankrijk is de belemmering gerechtvaardigd om de inachtneming van de arbeidswetgeving, die de bescherming van de werknemers waarborgt, te kunnen toetsen. Het door de Commissie aangevoerde arrest dient, gelet op de beperkte werkingssfeer van de in deze procedure bestreden maatregel, niet uit zijn context te worden gehaald want de verplichting is, gezien het kleine aantal documenten waarop de maatregel betrekking heeft, de geringe omvang ervan en het feit dat hetzelfde type document telkens terugkomt, evenredig te noemen, en brengt geen zware administratieve of financiële lasten met zich mee. Voor het overige is het systeem van samenwerking in de zin van richtlijn 96/71 combineerbaar met de Duitse rechtsorde, omdat de autoriteiten van de andere lidstaten niet in het bezit zijn van de documenten en ze niet aan de Duitse autoriteiten kunnen toezenden.

2. Onderzoek van de grond van niet-nakoming

78. Uit het voorgaande blijkt dat partijen het erover eens zijn dat de genoemde vertaling een beperking vormt van het vrij verrichten van diensten. Waarin zij met elkaar van mening verschillen is, of die beperking verenigbaar is met het gemeenschapsrecht. Dit verschil in zienswijze maakt de bestudering noodzakelijk van het arrest Arblade e.a. (a), evenals van de maatregelen voor wederzijdse administratieve bijstand in de zin van richtlijn 96/71 (b), om een oplossing te kunnen voorstellen die ten dienste staat van de bescherming van de werknemers (c).

a) Het arrest Arblade e.a.

79. In dit arrest werd een antwoord gegeven op enkele prejudiciële vragen van de correctionele rechtbank te Hoei (België) over „de wijze van bijhouden en bewaren van de sociale documenten" (punten 71-79). Een van de behandelde aspecten was de verplichting van de in een andere lidstaat gevestigde werkgevers om op de bouwplaats, of althans op een op een toegankelijke en duidelijk geïdentificeerde plaats op het grondgebied van de lidstaat van ontvangst, bepaalde documenten ter beschikking van de autoriteiten van die lidstaat te houden. Het Hof was van oordeel dat die verplichting gerechtvaardigd was (punt 74) en dat, wat de evenredigheid betreft de nationale rechter, de documenten moest aanwijzen waarvoor die verplichting moest gelden (punt 75).

80. Het Hof heeft zich ook uitgesproken over de noodzaak om de documenten beschikbaar te houden en gedurende vijf jaar te bewaren in de woonplaats van een in de lidstaat van ontvangst gevestigde natuurlijke persoon. In de lijn met hetgeen ik in overweging heb gegeven in punt 86 van mijn conclusie in die zaak, heeft het Hof geoordeeld dat „deze verplichtingen geenszins te rechtvaardigen vielen" (punten 77 en 78), en daaraan toegevoegd dat „het georganiseerde systeem van samenwerking of informatie-uitwisseling tussen de lidstaten waarin artikel 4 van richtlijn 96/71 voorziet, het bewaren van documenten in de lidstaat van ontvangst, nadat de werkgever aldaar geen werknemer meer in dienst heeft, weldra overbodig zal maken" (punt 79).

b) De samenwerking in de zin van richtlijn 96/71

81. Vóór alles wil ik erop wijzen dat in dit beroep, dat wegens inbreuk op artikel 49 EG is ingesteld, richtlijn 96/71 niet de maatstaf vormt; deze richtlijn dekt slechts de toetsing van de criteria voor de rechtvaardiging van de beperking van het vrij verrichten van diensten door de verplichting om bepaalde arbeidsdocumenten in het Duits te vertalen.

82. Artikel 4 schetst twee soorten samenwerking op het gebied van informatie, aangekondigd in de drieëntwintigste en de

vierentwintigste overweging van de considerans (respectievelijk die tussen de lidstaten onderling en die tussen de lidstaten en de Commissie). De bewoordingen van het artikel laten zien dat de genoemde samenwerking:

— de tenuitvoerlegging van de richtlijn tot doel heeft;

— plaatsvindt tussen de overheidsinstanties die bevoegd zijn voor het arbeidstoezicht;

— in concreto bestaat in het geven van informatie over de transnationale terbeschikkingstelling van werknemers en over de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden van artikel 3;

— wordt gerealiseerd door verbindingsbureaus of bevoegde instanties waarvan de lidstaten elkaar wederzijds kennis hebben gegeven.

c) Voorstel voor een oplossing

83. Het arrest Arblade e.a. behandelde het bewaren van de documenten, terwijl in het onderhavige beroep het accent wordt gelegd op de taal waarin deze zijn gesteld. Deze nuance maakt het onmogelijk de redenering van dat arrest, waarin geen enkele uitspraak wordt gedaan over de taal, op het onderhavige geval toe te passen.

84. Daarvan uitgaande lijkt het duidelijk dat de inspecteurs, als een document niet in het Duits is gesteld, meer moeilijkheden zullen ondervinden bij het verrichten van hun werkzaamheden, want, zoals de vertegenwoordiger van de Duitse regering ter terechtzitting heeft opgemerkt, zij hebben dan geen rechtstreekse toegang tot de informatie. Als de documenten zijn gesteld in de taal van het land waar de dienst wordt verricht, vergemakkelijkt dat de controles en draagt het bij tot de bescherming van de werknemers.[38] De bepaling over de vertaling is dus gerechtvaardigd.

85. Bovendien is deze bepaling evenredig en passend, omdat het opdragen van de vertaling aan de staat meer nadelen heeft dan het opdragen van de vertaling aan de werkgever. In het eerste geval moet de nationale overheid voorzien in middelen om detacheringen uit alle andere lidstaten in behandeling te kunnen nemen, hetgeen kan leiden tot uitstel dat schadelijk is voor de rechten van de werknemers[39] en voor de inspectiewerk-

38 — De Commissie stelt in haar mededeling over „De tenuitvoerlegging van richtlijn 96/71/EG", reeds aangehaald aan het begin van deze conclusie, dat „het eerste probleem dat bij het toezicht op terbeschikkingstellingssituaties naar voren komt, [...] het taalprobleem is" (blz. 15).

39 — Men moet niet vergeten dat het karakter van de terbeschikkingstelling „tijdelijk" is; het kan gebeuren dat op het moment dat de schending van een recht wordt ontdekt en de autoriteiten willen reageren, de werknemer alweer naar zijn land van herkomst is teruggekeerd.

zaamheden, die volkomen afhankelijk zouden worden van de talenkennis van de ambtenaren. In het tweede geval zou de vertaling geen onevenredige belasting opleveren, omdat zij enkel betrekking heeft op drie documenten met een sterk repeterende inhoud, die gewoonlijk bedragen bevatten die in alle talen equivalent zijn, standaardformules gebruiken en niet erg lang zijn. [40] Volgens de vertegenwoordiger van de Duitse regering ter terechtzitting was een niet-beëdigde vertaling voldoende.

86. Ongetwijfeld bestaan er meer alternatieven, zoals het opstellen van meertalige documenten. [41] Tot op dit moment is echter nog geen wetgeving in die zin aangenomen. [42] Tegen de achtergrond van het vorige punt kan dit ontbreken van wetgeving niet worden gecompenseerd door de vertaling op te dragen aan de staat die de werknemers ontvangt.

87. De samenwerkingsmechanismen van richtlijn 96/71 lijken echter onvoldoende te zijn om, met dezelfde waarborgen voor de doeltreffendheid, de vertalingsverplichting te kunnen vervangen. [43] Hun doel en de verantwoordelijke personen zijn verschillend, zij zijn met elkaar verenigbaar maar sluiten elkaar niet uit. Ik steun de opvatting van Duitsland en Frankrijk, dat de arbeidsautoriteiten van de lidstaten niet in staat zijn de documenten met hun vertaling over te leggen, omdat deze documenten niet in hun bezit zijn. [44]

88. Verder ben ik het niet eens met de grief van de Commissie met betrekking tot het feit dat de verplichting tot vertaling — waarvan zij het nut slechts in concrete gevallen erkent — algemeen is geformuleerd, want a) het niet-overhandigen van de documenten in de taal van het ontvangende land maakt in de praktijk preventieve en onaangekondigde controles onmogelijk; b) het leidt tot grotere rechtsonzekerheid voor de ondernemer; en c) het brengt vertraging bij de bescherming van de rechten van de werknemers mee.

89. Kortom, § 2, lid 3, van het AEntG is niet strijdig met artikel 49 EG.

40 — Richtlijn 91/533 EEG van de Raad van 14 oktober 1991 betreffende de verplichting van de werkgever de werknemer te informeren over de voorwaarden die op zijn arbeidsovereenkomst of -verhouding van toepassing zijn (PB L 288, blz. 32), beschrijft in artikel 2 de minimum-inhoud.

41 — Punt 24 van het verweerschrift en punt 25 van de schriftelijke opmerkingen van de Franse regering steunen een voorstel in die richting. Het is mogelijk dat de ondernemersbonden kiezen voor uniforme Europese modellen.

42 — Op een vraag die ik hem ter terechtzitting heb gesteld, antwoordde de gemachtigde van de Commissie dat hij niet op de hoogte was van enig initiatief in die richting, maar de vertegenwoordiger van de Duitse regering wees op het bestaan van een gemengde studiegroep Commissie/lidstaten, al is daarin nog geen akkoord bereikt.

43 — De mededeling van de Commissie „Richtsnoeren betreffende de detachering van werknemers met het oog op het verrichten van diensten" van 4 april 2006 [COM(2006) 159 def], waarin punt 3 is gewijd aan de „Samenwerking inzake informatie", erkent impliciet de noodzaak van een verbetering.

44 — Dat is het geval in Duitsland, zoals de vertegenwoordiger van de Duitse regering ter terechtzitting mededeelde. De autoriteiten moeten deze documenten dan bij de onderneming opvragen.

D — *Derde grond van niet-nakoming: de verplichting om de plaats van tewerkstelling aan te melden*

1. Vraagstelling

90. § 3, lid 2, van het AEntG verlangt van buitenlandse uitzendbureaus een verklaring aangaande het gedetacheerde personeel vóór de aanvang van een werk en een melding van de veranderingen in de plaats van tewerkstelling, hoewel deze verplichting bij overeenkomst aan de ontvangende onderneming kan worden overgedragen.

91. De Commissie merkt op dat Duitse uitzendbureaus deze plicht niet hebben, zodat een transnationale dienstverrichting moeilijker is. Zij betoogt dat er geen rechtvaardigingsgrond bestaat voor deze ongelijke behandeling, die ook niet verdwijnt door de mogelijkheid om de verplichting tot melding over te dragen.

92. De Duitse regering verdedigt de verenigbaarheid van de bepaling met richtlijn 96/71, die toestaat bijzondere bepalingen voor uitzendbedrijven op te nemen, en met artikel 49 EG, op grond dat het een effectief toezicht bevordert en de bescherming van de werknemers vergroot, zonder buitensporige kosten met zich mee te brengen. Ook vestigt zij de aandacht op het feit dat een wetswijziging in voorbereiding is, waarin de verplichting altijd rust op de onderneming die de werknemer inzet.

2. Onderzoek van de grond van niet-nakoming

93. In tegenstelling tot hetgeen de vertegenwoordiger van de Duitse regering ter terechtzitting heeft gesteld, gaat de discussie niet over de verplichting de plaatsen van tewerkstelling te melden, maar over degene die daarvoor verantwoordelijk is. § 3, lid 2, van het AEntG is slechts van toepassing op dienstverrichters die niet in Duitsland zijn gevestigd, zodat zich een ongelijkheid voordoet ten opzichte van de Duitse dienstverrichters.

94. Het Hof heeft herhaaldelijk geoordeeld dat een regeling waarin voor dienstverrichtende ondernemingen die in een andere lidstaat zijn gevestigd een slechtere behandeling is voorzien dan voor ondernemingen die in de lidstaat zelf gevestigd zijn, waardoor sprake is van discriminatie op basis van de vestigingsplaats van de dienstverrichter of van de oorsprong van de activiteit, alleen dan verenigbaar is met het Verdrag, wanneer zij berust op een uitzondering die uitdrukkelijk

in de van het Verdrag is opgenomen, zoals die van artikel 46, lid 1, EG. [45]

95. Daarom vormen alleen redenen uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid een rechtvaardiging voor de beperking, en worden aan de rechtspraak ontleende redenen van algemeen belang, zoals de bescherming van de werknemers, bedoeld als rechtvaardiging voor maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn, niet aanvaard. [46]

96. De omstandigheden die door de Duitse regering als reden voor de verschillen worden aangevoerd, zijn niet gegrond op de openbare orde, noch op de volksgezondheid, noch op de openbare veiligheid. Dat neemt niet weg dat, zoals ik in mijn conclusie in de zaak Arblade e.a. heb uiteengezet, „een groot gedeelte van de voorschriften die in de lidstaten het sociaal recht vormen, van openbare orde" is, en derhalve van toepassing „op iedereen die zich op het grondgebied van de betrokken lidstaat bevindt" (punt 85), hetgeen bij de bestreden bepaling niet het geval is. Het begrip „openbare orde" dient in een gemeenschapsrechtelijke context, in het bijzonder als rechtvaardiging van een afwijking van de vrijheid van dienstverrichting, strikt te worden opgevat. [47] Het inroepen daarvan is slechts aan de orde bij een werkelijke en ernstige bedreiging van een fundamenteel maatschappelijk belang [48], hetgeen in dit geval niet is aangetoond.

97. Ten slotte vormt de bevoegdheid om de verplichting over te dragen aan de onderneming die de werknemer in Duitsland inzet, ook geen rechtvaardiging van de ongelijkheid, omdat het slechts gaat om een eenvoudige mogelijkheid. Indien de verplichting tot melding op die onderneming rust, verdwijnt de beperking, die ook niet bijzonder adequaat schijnt te zijn, omdat, zoals de Duitse regering erkent, degene die van de diensten van de werknemer gebruik maakt, beschikt over de „meest recente en meest precieze informatie" over de plaats waar de werknemer wordt ingezet. [49] Intussen is er een inbreuk op artikel 49 EG vast te stellen, want het bestaan van een niet-nakoming moet worden beoordeeld op basis van de situatie waarin de lidstaat zich bevond aan het einde van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn, en het Hof kan met sedertdien opgetreden wijzigingen geen rekening houden. [50]

45 — Arresten van 18 juni 1991, ERT (C-260/89, Jurispr. blz. I-2925, punt 24); 25 juli 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda e.a. (C-288/89, Jurispr. blz. I-4007, punt 11) en Commissie/Nederland (C-353/89, Jurispr. blz. I-4069, punt 15); 16 december 1992, Commissie/België (C-211/91, Jurispr. blz. I-6757, punten 10 en 11); 4 mei 1993, Distribuidores Cinematográficos (C-17/92, Jurispr. blz. I-2239, punt 16); 14 november 1995, Svensson en Gustavsson (C-484/93, Jurispr. blz. I-3955, punt 15), en 21 maart 2002, Cura Anlagen (C-451/99, Jurispr. blz. I-3193, punt 31).

46 — Arrest van 21 oktober 1999, Zenatti (C-67/98, Jurispr. blz. I-7289, punt 29), en de arresten Kraus, punt 32; Gebhard, punt 37, en Cura Anlagen, punt 32, reeds aangehaald.

47 — Arresten van 4 december 1974, Van Duyn (41/74, Jurispr. blz. 1337), punt 18; 27 oktober 1977, Bouchereau (30/77, Jurispr. blz. 1999), punt 33; 19 januari 1999, Calfa (C-348/96, Jurispr. blz. I-11), punt 23; 29 april 2004, Orfanopoulos en Oliveri (C-482/01 en C-493/01, Jurispr. blz. I-5257), punten 64 en 65, en 14 oktober 2004, Omega (C-36/02, Jurispr. blz. I-9609), punt 30.

48 — Arresten van 28 oktober 1975, Rutili (36/75, Jurispr. blz. 1219, punt 28); 18 mei 1982, Adoui en Cornuaille (115/81 en 116/81, Jurispr. blz. 1665, punt 8); 14 maart 2000, Église de scientologie (C-54/99, Jurispr. blz. I-1335, punt 17); Bouchereau, punt 35, en Omega, punt 30, beide reeds aangehaald.

49 — Punt 38 van de repliek.

50 — Arresten van 27 november 1990, Commissie/Griekenland (C-200/88, Jurispr. blz. I-4299, punt 13); 2 mei 1996, Commissie/België (C-133/94, Jurispr. blz. I-2323, punt 17); 30 januari 2002, Commissie/Griekenland (C-103/00, Jurispr. blz. I-1147, punt 23); 16 januari 2003, Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-63/02, Jurispr. blz. I-821, punt 11), en 13 maart 2003, Commissie/Spanje (C-333/01, Jurispr. blz. I-2623, punt 8).

VII — Gevolgtrekkingen

98. Uit het voorgaande leid ik af dat de door de Duitse regering opgeworpen excepties van niet-ontvankelijkheid van het beroep dienen te worden verworpen. Wat de gronden van niet-nakoming betreft, vormen de §§ 1, lid 3, en 3, lid 2, van het AEntG een inbreuk op artikel 49 EG, maar § 2, lid 3, van het AEntG niet.

VIII — Kosten

99. Artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof bepaalt dat de in het ongelijk gestelde partij in de kosten wordt verwezen, voor zover dit is gevorderd. Krachtens artikel 69, lid 3, van datzelfde reglement kan het Hof de proceskosten over de partijen verdelen of beslissen dat elke partij haar eigen kosten zal dragen, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld.

100. Aangezien zowel de Commissie als de Bondsrepubliek Duitsland heeft gevorderd dat de wederpartij in de kosten zou worden verwezen, en ik in overweging geef, twee van de drie middelen van het beroep gegrond te verklaren, dient de Bondsrepubliek Duitsland tweederde van de proceskosten van de Commissie te dragen, terwijl deze laatste eenderde van de proceskosten van de Bondrepubliek Duitsland dient te dragen.

101. Conform artikel 69, lid 4, van het Reglement dient de lidstaat die in het geding is tussengekomen, zijn eigen kosten te dragen.

IX — Conclusie

102. In het licht van het voorgaande geef ik het Hof in overweging:

1) te verklaren dat de Bondsrepubliek Duitsland, door te eisen dat in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen die, in het kader van een dienstverrichting,

werknemers naar Duitsland detacheren, bijdragen aan het Duitse vakantiefonds betalen, zelfs indien de werknemers op grond van de wetgeving van de staat van vestiging een vergelijkbare bescherming genieten, en dat uitzendbedrijven die in een andere lidstaat zijn gevestigd, iedere terbeschikkingstelling van een werknemer aan een onderneming om hem in Duitsland in te zetten, alsmede elke plaats van tewerkstelling melden, de krachtens artikel 49 EG op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen;

2) het beroep te verwerpen voor het overige;

3) de Bondsrepubliek Duitsland te verwijzen in tweederde van de kosten van de Commissie;

4) de Commissie te verwijzen in eenderde van de kosten van de Bondsrepubliek Duitsland;

5) te beslissen dat de Franse Republiek haar eigen kosten draagt.