# CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL J. MISCHO van 13 juli 2000 [1]

Inhoud

De Duitse regelgeving inzake vakantie met behoud van loon en de aan de hoofdgedingen ten grondslag liggende feiten ..... I-7836

De prejudiciële vragen ..... I-7839

De toepasselijkheid van artikel 48 van het Verdrag ..... I-7841

De eerste prejudiciële vraag ..... I-7843

a) Beperking van de vrijheid van dienstverrichting ..... I-7850

b) Discriminatie ..... I-7852

c) Dwingende reden van algemeen belang ..... I-7853

d) Waarborging van het betrokken algemeen belang door de regelgeving van de staat van vestiging van de dienstverrichter ..... I-7856

e) De mogelijkheid hetzelfde resultaat te bereiken door minder beperkende maatregelen ..... I-7858

De tweede prejudiciële vraag ..... I-7860

a) De duur van de vakantie met behoud van loon ..... I-7860

Ingediende opmerkingen ..... I-7861

Beoordeling ..... I-7863

b) De wijze van betaling van de vakantie-uitkeringen ..... I-7864

Ingediende opmerkingen ..... I-7864

Beoordeling ..... I-7866

c) De te verstrekken gegevens ..... I-7867

Ingediende opmerkingen ..... I-7869

Beoordeling ..... I-7871

De derde prejudiciële vraag ..... I-7875

Ingediende opmerkingen ..... I-7877

Beoordeling ..... I-7878

De vierde prejudiciële vraag ..... I-7879

Conclusie ..... I-7882

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

1. In de onderhavige zaken rijst opnieuw een probleem waarmee het Hof zich al herhaaldelijk heeft beziggehouden: de uitlegging van het gemeenschapsrecht in geval van tijdelijke detachering van werknemers die onderdaan zijn van de Europese Unie, door in de ene lidstaat (hierna: „staat van herkomst") gevestigde ondernemingen op het grondgebied van de andere lidstaat (hierna: „staat van ontvangst") in het kader van het verrichten van grensoverschrijdende diensten.

**De Duitse regelgeving inzake vakantie met behoud van loon en de aan de hoofdgedingen ten grondslag liggende feiten**

2. De voor werknemers in de bouwnijverheid geldende regeling inzake vakantie met behoud van loon, die een onderdeel vormt van hun arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden, is in Duitsland neergelegd in het Mindesurlaubsgesetz für Arbeitnehmer — Bundesurlaubsgesetz (wet minimale vakantieduur voor werknemers; hierna: „BUrlG") en in de Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (collectieve kaderovereenkomst voor de bouwnijverheid; hierna: „BRTV-Bau"). Die regeling wordt uitgevoerd door middel van een stelsel van vakantiefondsen dat in hoofdzaak bij de Verfahrenstarifvertrag (collectieve arbeidsovereenkomst voor de socialezekerheidsfondsen; hierna: „VTV") wordt geregeld. Voormelde collectieve overeenkomsten zijn door de regering algemeen verbindend verklaard voor de gehele bouwsector.

3. Volgens het Arbeitsgericht Wiesbaden (hierna: „verwijzende rechter") moet ingevolge het BUrlG een werknemer in beginsel gedurende een wachttijd van zes maanden in dienst zijn geweest bij zijn werkgever alvorens hij voor het eerst zijn recht op de volledige jaarlijkse vakantie kan doen gelden. De bouwsector vertoont echter een bijzonderheid waardoor een van de regeling van de jaarlijkse vakantie met behoud van loon afwijkende regeling noodzakelijk is. Deze sector wordt namelijk gekenmerkt door het feit dat de arbeidsplaats erg vaak wisselt met als gevolg dat de werknemers regelmatig van werkgever veranderen en dat „dienstverbanden met een kortere looptijd dan een jaar in hoge mate gebruikelijk zijn". In die omstandigheden is de wettelijke wachttijd vaak niet verstreken, zodat de werknemer slechts recht heeft op enkele dagen vakantie, of zelfs geen enkel recht daarop. Daarbij komt nog dat de werknemers in de meeste gevallen bij beëindiging van hun dienstverband hun vakantietegoed niet in de vorm van vrije tijd krijgen uitgekeerd, maar genoegen moeten nemen met een financiële vergoeding voor de opgebouwde vakantieaanspraken.

4. Ingevolge het BUrlG [2] kunnen de collectieve arbeidsovereenkomsten, voorzover vereist, voorzien in afwijkende bepalingen om werknemers in de bouw ondanks hun regelmatige wisseling van werkgever hun recht op een doorlopende jaarlijkse vakantie te laten behouden.

2 — § 13, lid 2, BUrlG.

5. Op deze grondslag en met dat doel is in de BRTV-Bau [3] een regeling opgenomen waarbij de verschillende dienstverbanden van de werknemer gedurende het referentiejaar, dat wil normalerwijs zeggen het kalenderjaar, behandeld moeten worden als één enkel dienstverband, en dankzij deze fictie kan de werknemer de vakantieaanspraken die hij gedurende het referentiejaar bij verschillende werkgevers heeft opgebouwd, bij elkaar optellen en het totaal van die aanspraken, onafhankelijk van de duur van het dienstverband met zijn huidige werkgever, bij die werkgever doen gelden.

6. Dat systeem zou normalerwijs voor die laatste werkgever een zware financiële last betekenen omdat hij gedwongen zou zijn de werknemer zelfs de vakantie-uitkeringen te betalen voor de vakantiedagen die hij bij vorige werkgevers heeft opgebouwd. Om dit risico te verhelpen en een billijke omslag van de financiële lasten over de betrokken werkgevers te verzekeren, hebben de sociale partners in Duitsland besloten vakantiefondsen op te richten.

7. De Duitse werkgevers betalen aan het vakantiefonds een bijdrage van 14,45 % van de brutoloonsom van hun onderneming en verkrijgen als tegenprestatie gehele of gedeeltelijke vergoeding van de aan de werknemers betaalde uitkeringen (vakantie-uitkeringen, vakantietoeslagen of ook een percentueel vast bedrag voor de ten laste van de werkgever komende socialezekerheidsbijdragen).

8. De werkgevers moeten iedere maand de Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft (fonds belast met de uitvoering van de vakantie- en vergoedingsregeling in de bouwnijverheid; hierna: „Ulak") bepaalde gegevens verstrekken om deze in staat te stellen de maandelijkse brutoloonsom van de onderneming te bepalen en de verschuldigde bijdragen te berekenen.

9. De bondsminister van Arbeid en Sociale zaken heeft de BRTV-Bau en de VTV algemeen verbindend verklaard voor werkgevers en werknemers die geen partij zijn bij de collectieve overeenkomsten, voorzover zij naar onderneming, geografisch gebied en persoon van de werknemer binnen de werkingssfeer van die overeenkomsten vallen.

10. Ingevolge de wet inzake de detachering van werknemers van 26 november 1996 (hierna: „AEntG") [4] zijn de hierboven vermelde bepalingen van de collectieve overeenkomsten voor de bouwnijverheid inzake de aanspraken op vakantie met behoud van loon per 1 maart 1996 en onder bepaalde voorwaarden van toepassing verklaard op de arbeidsbetrekkingen tussen ondernemingen met een zetel in een andere lidstaat dan

3 — § 8 BRTV-Bau.

4 — Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen — Arbeitnehmer-Entsendegesetz — AEntG, van 26 februari 1996 (*BGBl.* I, blz. 227) (wet dwingende arbeidsvoorwaarden voor het verrichten van grensoverschrijdende diensten).

de Bondsrepubliek Duitsland (hierna: „buitenlandse dienstverrichters") en de werknemers die zij voor een bepaalde duur naar een bouwplaats in Duitsland sturen voor het uitvoeren van bouwwerkzaamheden (hierna: „gedetacheerde werknemers").

11. In verband hiermede is § 8 BRTV-Bau, betreffende de vakantieaanspraken van werknemers in de bouwnijverheid, gewijzigd en is de VTV met ingang van 1 januari 1997 [5] aangevuld met een derde deel, getiteld „Vakantieregeling voor buiten Duitsland gevestigde werkgevers en hun in Duitsland tewerkgestelde werknemers". [6]

12. De Duitse regering wijst evenwel in haar schriftelijke opmerkingen erop dat „het stelsel van socialezekerheidsfondsen in de bouwsector een veelvoud van in collectieve overeenkomsten geregelde prestaties omvat. Rekening houdend met de bijzonderheden van de bouwsector hebben de sociale partners in die sector, behalve de regeling inzake vakantie met behoud van loon, nog het beheer van de volgende prestaties aan de socialezekerheidsfondsen overgedragen: de looncompensatie gedurende de periode van 24 tot en met 26 december en van 31 december tot en met 1 januari; de aanvullende ouderdomsverzekering en de permanente scholing. In het raamwerk van het stelsel van de socialezekerheidsfondsen omvat het AEntG alleen het beheer van de ten laste van de onderneming komende ‚vakantie met behoud van loon', dat zich uitstrekt tot ondernemingen met zetel in het buitenland en hun gedetacheerde werknemers." De Duitse regering benadrukt dat de wetgever zich met zijn maatregel dus juist beperkt heeft tot de kern van de bij detachering relevante arbeidsvoorwaarden.

13. De buitenlandse dienstverrichters in de bouwnijverheid zijn dus voortaan verplicht deel te nemen in het Duitse fondsenstelsel, hetgeen met name betekent dat zij aan de Ulak 14,25 % (tot en met 30 juni 1997: 14,82 %) van de brutoloonsom voor de door hen op Duits grondgebied gedetacheerde werknemers moeten betalen en dit fonds een aantal gegevens moeten verstrekken.

14. Wanneer een gedetacheerde werknemer zijn aanspraak op vakantie met behoud van loon wil realiseren, moet de buitenlandse dienstverrichter de Ulak hiervan in kennis stellen. Deze betaalt dan rechtstreeks aan de werknemer de vakantie-uitkeringen waarop deze recht heeft. [7] Anders dan de in Duitsland gevestigde werkgever behoeft de buitenlandse dienstverrichter de werknemer dus niet de deze verschuldigde vakantie-uitkeringen voor te schieten. Dientengevolge heeft hij ook geen recht op vergoeding van de zijde van de Ulak.

5 — Wet van 18 december 1996 tot wijziging van de collectieve arbeidsovereenkomst.

6 — §§ 55-71 van de nieuwe VTV.

7 — § 65 VTV.

15. Dezelfde procedure is ingevolge § 66 VTV van toepassing wanneer het gaat om de betaling van een financiële vergoeding in geval de gedetacheerde werknemer naar zijn land terugkeert zonder de in Duitsland opgebouwde vakantie te hebben opgenomen. [8]

16. De aan de buiten Duitsland gevestigde dienstverrichters opgelegde verplichting tot het verstrekken van gegevens lijkt verder te gaan dan die voor de Duitse ondernemingen.

17. In 1997 hebben de vennootschappen naar Portugees recht Santos & Kewitz Construções Ld.ª (hierna: „Santos"), Tecnamb-Tecnologia do Ambiente Ld.ª (hierna: „Tecnamb"), Finalarte Sociedade de Construção Civil Ld.ª (hierna: „Finalarte"), Portugaia Construções Ld.ª (hierna: „Portugaia"), Engil Sociedada de Construção Civil SA (hierna: „Engil"), Amilcar Oliveira Rocha (hierna: „Amilcar"), Turiprata Construções Civil Ld.ª (hierna: „Turiprata"), Duarte dos Santos Sousa (hierna: „Duarte"), alsook de vennootschap naar Engels recht Tudor Stone Ltd (hierna: „Tudor") in het kader van de vrijheid van dienstverrichting tijdelijk arbeiders uitgezonden naar Duitsland voor de uitvoering van bouwwerkzaamheden.

18. Zij betogen dat het gemeenschapsrecht zich ertegen verzet dat op hen het stelsel van vakantiefondsen wordt toegepast en meer in het bijzonder dat zij verplicht zijn tot het betalen van bijdragen en het verstrekken van gegevens aan de Ulak.

19. Terwijl de vennootschappen Finalarte, Portugaia en Engil bij het Arbeitsgericht Wiesbaden gevorderd hebben in rechte te doen vaststellen dat zij niet verplicht zijn tot betaling en tot verstrekking van inlichtingen op grond van het AEntG (een negatief declaratoir vonnis), zijn de andere vennootschappen door de Ulak voor datzelfde gerecht gedagvaard teneinde te worden veroordeeld wegens het niet betalen van bijdragen of het niet verstrekken van de verlangde gegevens.

**De prejudiciële vragen**

20. Tegen deze achtergrond heeft de verwijzende rechter het Hof de hiernavolgende prejudiciële vragen voorgelegd:

„1) Moeten de artikelen 48, 59 en 60 EG-Verdrag aldus worden uitgelegd, dat zij worden geschonden door een bepaling van nationaal recht — § 1, lid 3, eerste volzin, AEntG — die de geldigheid van de voorschriften van algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten inzake de inning van bijdragen en de toekenning van prestaties in verband met vakan-

8 — § 8, punt 7.1, sub i, BRTV-Bau.

tieaanspraken van werknemers door paritaire organen van de sociale partners, en dus de voorschriften van deze collectieve arbeidsovereenkomsten inzake de daarbij te volgen procedure, uitbreidt tot een in het buitenland gevestigde werkgever en diens naar het territoriale toepassingsgebied van deze collectieve arbeidsovereenkomsten uitgezonden werknemers?

2) Moeten de artikelen 48, 59 en 60 EG-Verdrag aldus worden uitgelegd, dat deze worden geschonden door de bepalingen van § 1, lid 1, tweede volzin, en lid 3, eerste volzin, AEntG, die leiden tot de toepassing van voorschriften van algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten welke

a) voorzien in een vakantieduur die langer is dan de minimale jaarlijkse vakantie als bepaald in richtlijn 93/104/EG van de Raad van 23 november 1993 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd,

en/of

b) in Duitsland gevestigde werkgevers een vergoedingsaanspraak geven jegens de paritaire organen van de sociale partners met betrekking tot uitgaven wegens vakantie-uitkeringen en vakantiegeld, terwijl zij niet voorzien in een dergelijke aanspraak voor in het buitenland gevestigde werkgevers, doch in plaats daarvan voorzien in een rechtstreekse aanspraak van de uitgezonden werknemer jegens de paritaire organen van de sociale partners,

en/of

c) in het kader van de ingevolge deze collectieve arbeidsovereenkomsten te volgen procedure voorzien in een verplichte mededeling van bepaalde inlichtingen door in het buitenland gevestigde werkgevers aan de paritaire organen van de sociale partners die in omvang verder reikt dan de voor de in Duitsland gevestigde werkgevers geldende verplichting?

3) Moeten de artikelen 48, 59 en 60 EG-Verdrag aldus worden uitgelegd, dat deze worden geschonden door § 1, lid 4, AEntG, op grond waarvan in het kader van de bedrijfsgebonden werkingssfeer van een algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst, die krachtens § 1, lid 3, eerste volzin, AEntG ook op in het buitenland gevestigde werkgevers en hun naar het territoriale toepassingsgebied van deze collectieve arbeids-

overeenkomst uitgezonden werknemers van toepassing is, alle naar Duitsland uitgezonden werknemers — en zij alleen — als bedrijf worden aangemerkt, terwijl ten aanzien van in Duitsland gevestigde werkgevers het begrip ‚bedrijf' een andere inhoud heeft, zodat in bepaalde gevallen de binnen de werkingssfeer van algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten vallende bedrijven volgens verschillende criteria worden afgebakend?

4) Moet artikel 3, lid 1, sub b, van 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 aldus worden uitgelegd, dat dit, gelet op de juiste uitlegging van de artikelen 48, 59 en 60 EG-Verdrag, in elk geval de in de prejudiciële vragen 1 tot en met 3 aan de orde gestelde bepalingen niet voorschrijft en ook niet toelaat?"

21. Alvorens deze vragen te gaan behandelen, lijkt het mij juist na te gaan of artikel 48 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 39 EG) daadwerkelijk van toepassing is op een situatie als die van de hoofdgedingen.

**De toepasselijkheid van artikel 48 van het Verdrag**

22. Onbetwist is dat het in de hoofdgedingen gaat om een feitelijke situatie waarin een onderneming met zetel in een lidstaat zijn eigen werknemers voor een bepaalde duur ter beschikking stelt op een bouwplaats in Duitsland met het oog op het verrichten van grensoverschrijdende diensten. Geen der partijen betwist dat op de onderhavige gevallen artikel 59 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 49 EG) en artikel 60 EG-Verdrag (thans artikel 50 EG) van toepassing zijn.

23. Er bestaat daarentegen geen overeenstemming over de vraag of de detachering van werknemers in het kader van het verrichten van grensoverschrijdende diensten ook onder artikel 48 van het Verdrag valt.

24. Zo nationale bepalingen als die vermeld in de prejudiciële vragen, beperkingen meebrengen van de vrijheid van dienstverrichting, dan houden deze, aldus de verwijzende rechter, daardoor indirect een beperking in van het vrij verkeer van werknemers, omdat (potentiële) werknemers minder kans maken om in dienst te worden genomen en in het buitenland te worden gedetacheerd, wanneer een werkgever ten gevolge van de uitbreiding van het stelsel van de vakantiefondsen ervan wordt weerhouden om in Duitsland werkzaam-

heden te verrichten in het kader van de vrijheid van dienstverrichting.

25. Finalarte en Portugaia betogen dat artikel 48 van het Verdrag van toepassing is op de detachering van werknemers. De toepassing van nationale bepalingen waardoor een buitenlandse dienstverrichter aan het Duitse stelsel van vakantiefondsen wordt onderworpen, houdt een beperking in van de in artikel 59 van het Verdrag verankerde vrijheid van dienstverrichting en is tegelijkertijd in strijd met artikel 48 van het Verdrag, daar gedetacheerde werknemers hierdoor verhinderd worden hun werkgever in de staat van ontvangst te „volgen" en aldaar onder de arbeidsvoorwaarden van de staat van herkomst te werken.

26. De Duitse regering stelt dat de vraag of artikel 48 van het Verdrag van toepassing is op de detachering van werknemers, niet van belang is voor de beslechting van de hoofdgedingen, daar het vrij verkeer van werknemers een fundamenteel recht is dat alleen door de werknemers zelf kan worden ingeroepen.

27. Artikel 48, zo stelt de regering subsidiair, behelst niet voor een gedetacheerde werknemer het recht om werkzaam te zijn onder de voorwaarden die gelden in het land van herkomst, maar bevestigt daarentegen het beginsel van gelijke behandeling, hetgeen inhoudt dat de werknemer tewerkgesteld moet kunnen worden onder de arbeidsvoorwaarden die gelden voor nationale werknemers.

28. De Ulak legt artikel 48 op dezelfde wijze als de Duitse regering uit en benadrukt dat het Arbeitsgericht Wiesbaden zich op louter veronderstellingen baseert, daar door de inwerkingtreding van het AEntG het aantal gedetacheerde werknemers in Duitsland geenszins is afgenomen.

29. Evenals de Ulak, de Belgische regering en de Commissie ben ik van mening dat de kwestie al is opgelost in de arresten Rush Portuguesa en Vander Elst.[9] In punt 21 van dit laatste arrest verklaart het Hof: „Werknemers [...] die in dienst zijn van een in een lidstaat gevestigde onderneming en die tijdelijk worden uitgezonden naar een andere lidstaat om daar diensten te verrichten, hebben geenszins de bedoeling zich op de arbeidsmarkt van laatstbedoelde lidstaat te begeven, aangezien zij, na hun taak te hebben volbracht, naar hun land van herkomst of woonplaats terugkeren."

30. Hierdoor is artikel 48 niet op hun situatie van toepassing en behoeven de gestelde vragen niet te worden behandeld in het licht van die bepaling. Als enkele gedetacheerde werknemers het dienstverband met de onderneming die hen naar Duitsland heeft gebracht, zouden willen verbreken om een arbeidsovereenkomst aan te gaan met een in die lidstaat gevestigde onderneming, dan zijn zij daartoe zeker gerechtigd krachtens artikel 48. Dat heeft echter niets te maken met het vraagstuk van eventuele beperkingen van de vrijheid van dienstverrichting van buitenlandse ondernemingen dat in het kader van

9 — Arresten van 27 maart 1990 (C-113/89, Jurispr. blz. I-1417), en 9 augustus 1994 (C-43/93, Jurispr. blz. I-3803).

de voor de nationale rechter aanhangige gedingen is gerezen.

De eerste prejudiciële vraag

31. Met zijn eerste vraag wil de verwijzende rechter in wezen vernemen of de artikelen 59 en 60 van het Verdrag zich verzetten tegen de uitbreiding van het stelsel van vakantiefondsen tot in het buitenland gevestigde werkgevers die werknemers naar Duitsland uitzenden met het oog op het verrichten van diensten.

32. In de inleiding van zijn verwijzingsbeschikking merkt het Arbeitsgericht Wiesbaden op dat „bezwaren tegen de betrokken regeling in de eerste plaats voortvloeien uit het feit dat het AEntG blijkens zijn memorie van toelichting onder meer tot doel heeft Duitse bouwondernemingen te beschermen tegen de stijgende concurrentiedruk op de Europese interne markt en dus tegen buitenlandse aanbieders". Reeds tijdens de eerste discussies over het ontwerp van het AEntG is meermaals erop gewezen dat deze wet vooral zou beogen „oneerlijke concurrentievoorwaarden door Europese ondernemingen met een lage-lonenbeleid" en „sociale en loondumping" te bestrijden.

33. Het Arbeitsgericht vraagt zich af of het legitiem is te stellen dat buitenlandse werkgevers die van de omstandigheid gebruik maken dat in hun land minder hoge lonen worden betaald wegens een verschil in levensstandaard, „oneerlijke" concurrentie bedrijven. Volgens hem moet het openstellen van markten, als wezenlijk onderdeel van het interne-marktproject, een sterkere concurrentie en een betere internationale verdeling van de arbeid in de Europese Unie mogelijk maken. Hij verwijst in deze naar de artikelen 3 A, lid 1, EG-Verdrag (thans artikel 4, lid 1, EG) en 102 A EG-Verdrag (thans artikel 98 EG). Het verhinderen van concurrentie als zodanig kan dus op zich geen legitieme reden van algemeen belang zijn.

34. De advocaat-generaal kan aan deze inleidende opmerkingen van de verwijzende rechter niet stilzwijgend voorbij gaan als zou het gaan om louter incidentele uiteenzettingen. Zij vormen namelijk de achtergrond van de gestelde vragen en lijken daarbij ook uiting te geven aan de preoccupaties die meerdere Duitse rechters delen. Binnenkort zal het Hof zich moeten buigen over de zaak Portugaia Construcões (C-164/99), waarin de verwijzende rechter door middel van een van de prejudiciële vragen wil vernemen of dwingende redenen van algemeen belang ter rechtvaardiging van een beperking van de vrijheid van dienstverrichting niet alleen gelegen kunnen zijn in de sociale bescherming van de gedetacheerde werknemers, maar ook in de bescherming van de nationale bouwnijverheid en de vermindering van de werkloosheid in het land van ontvangst.

35. Laat ik daarom de door de verwijzende rechter gestelde vragen behandelen in het licht van het beginsel van de vrije mededinging. Dienaangaande moet in de eerste plaats worden vastgesteld dat volgens de rechtspraak van het Hof maatregelen die de vrijheid van dienstverrichting beperken niet gerechtvaardigd kunnen worden door doelstellingen van economische aard. [10]

36. Zelfs al zouden er tijdens het politieke debat voorafgaande aan de vaststelling van het AEntG en in de memorie van toelichting van die wet zelf uitdrukkingen zijn gebruikt waardoor de indruk kan worden gewekt dat het in dit geval ging om bescherming van een economische sector tegen buitenlandse mededinging, dan behoren wij evenwel bij de toetsing of deze wet objectief beschouwd, zoals de Duitse regering stelt, gedetacheerde werknemers een in wezen identieke sociale bescherming verzekert als de in Duitsland gevestigde werknemers in de bouwsector, alleen de inhoud van die wet zelf en de andere betrokken bepalingen te onderzoeken.

37. In de eerste plaats dient te worden vastgesteld dat de meeste (en waarschijnlijk alle) lidstaten wettelijke bepalingen inzake het minimumloon hebben ingevoerd die werknemers moeten verzekeren van een behoorlijke levensstandaard, alsook voorschriften inzake de arbeidsduur — per dag, per week en per jaar — die door de verstrekking van voldoende rustperioden hun gezondheid beogen te beschermen.

38. Deze regelgeving brengt noodzakelijkerwijs mee dat sommige nationale ondernemingen zich ten opzichte van andere in hetzelfde land gevestigde ondernemingen geen concurrentievoordeel kunnen verschaffen door hun werknemers minder gunstige arbeidsvoorwaarden te verlenen.

39. Niets in het Verdrag verplicht de lidstaten evenwel het begrip mededinging anders op te vatten als het om belangen van in andere lidstaten gevestigde ondernemingen gaat, en toe te staan dat deze ondernemingen zich een concurrentievoordeel kunnen verschaffen door de betrokken voorschriften niet na te leven. In punt 25 van het reeds aangehaalde arrest Vander Elst erkent het Hof daarentegen dat het legitiem is „om het reële gevaar van uitbuiting van werknemers of vervalsing van de mededinging tussen ondernemingen uit te bannen" (Jurispr. blz. I-3803, blz. I-3826).

40. Vervolgens moet in herinnering worden gebracht dat het sociale beleid, daaronder begrepen de bepalingen betreffende de arbeidsvoorwaarden, in beginsel tot de bevoegdheid van de lidstaten blijft behoren. Krachtens artikel 118 EG-Verdrag (de artikelen 117-120 EG-Verdrag zijn vervangen door de artikelen 136 EG-143 EG) „*wordt*

10 — Arresten van 26 april 1988, Bond van Adverteerders e.a. (352/85, Jurispr. blz. 2085), en 5 juni 1997, SETTG (C-398/95, Jurispr. blz. I-3091).

*het optreden van de lidstaten* op de volgende gebieden door de Gemeenschap *ondersteund en aangevuld* [11]:

— de verbetering van met name het arbeidsmilieu, om de veiligheid en de gezondheid van de werknemers te beschermen;

— de arbeidsvoorwaarden;

— [...]"

41. De lidstaten zijn dus vrij in het bepalen van het niveau van sociale bescherming dat zij hun werknemers willen verstrekken. Dit recht blijft de lidstaten voorbehouden, ook wanneer een zekere harmonisatie van arbeidsvoorwaarden binnen de Gemeenschap heeft plaatsgevonden.

42. Het is echter duidelijk dat als in andere lidstaten gevestigde dienstverrichters zich konden onttrekken aan het in de ontvangende staat bestaande niveau van sociale bescherming, dit niveau ongetwijfeld op den duur opnieuw aan de orde zou worden gesteld, daar de in die lidstaat gevestigde werkgevers een verlaging van dit beschermingsniveau zouden eisen om met gelijke wapens deze dienstverrichtende ondernemingen te kunnen bestrijden.

43. Als algemeen principe geldt dus dat het recht van een lidstaat, behoudens de door het Hof geformuleerde uitzonderingen waarop later zal worden ingegaan, ook op „buitenlandse" dienstverrichters van toepassing is. Dit wordt bevestigd door artikel 60, laatste alinea, EG-Verdrag (thans artikel 50, laatste alinea, EG) waarin staat vermeld dat degene die de diensten verricht „daartoe zijn werkzaamheden tijdelijk [kan] uitoefenen in het land waar de dienst wordt verricht, onder dezelfde voorwaarden als die welke dat land aan zijn eigen onderdanen oplegt".

44. Met andere woorden en in tegenstelling tot datgene wat enkele van de vennootschappen die partij in de hoofdgedingen zijn, stellen: het Verdrag verleent de ondernemingen niet het recht om voor de uitoefening van hun werkzaamheden in een andere lidstaat niet alleen hun personeel en materieel, maar ook de wetgeving van hun land van herkomst mee te brengen.

45. Verder staat het door de verwijzende rechter aangehaalde artikel 102 A van het Verdrag in het hoofdstuk van het Verdrag gewijd aan het economisch beleid en niet in dat van de vier fundamentele vrijheden. Artikel 3A van het Verdrag bepaalt op zijn beurt dat „het optreden van de lidstaten en de Gemeenschap [...] de invoering van een economisch beleid [omvat] dat gebaseerd is

11 — Cursivering van mij.

op de nauwe coördinatie van het economisch beleid van de lidstaten, op de interne markt en op de uitwerking van gemeenschappelijke doelstellingen, en dat wordt gevoerd met inachtneming van het beginsel van een open markteconomie met vrije mededinging".

46. Uit deze bepalingen vloeit echter niet voort dat het gemeenschapsrecht aan het beginsel van de vrije mededinging meer waarde zou toekennen dan aan de andere beginselen. Het is een feit dat de Europese Verdragen gelijktijdig meerdere doeleinden nastreven die met elkaar verenigd moeten worden.

47. Het Arbeitsgericht heeft weliswaar gelijk met zijn stelling dat nooit eraan gedacht is het concurrentievoordeel aan de orde te stellen dat ten gevolge van de in bepaalde lidstaten betaalde lagere lonen optreedt bij de fabricagekosten van goederen die later naar andere lidstaten worden uitgevoerd.

48. We moeten echter eraan denken dat blijkens het gestelde in de preambule van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap de opstellers ervan al hebben besloten „door gemeenschappelijk optreden de economische en sociale vooruitgang van hun landen te verzekeren" en „als wezenlijk doel van hun streven, een voortdurende verbetering van de omstandigheden waaronder hun volkeren leven en werken, te verzekeren".

49. In de volgende considerans hebben zij erkend dat „de verwijdering van de bestaande hinderpalen eensgezind optreden vereist teneinde de gestadige expansie, het evenwicht in het handelsverkeer en de eerlijkheid in de mededinging te waarborgen".

50. Blijkens artikel 117 van het Verdrag, in de versie van 1957, erkenden zij „de noodzaak, verbetering van de levensstandaard en van de arbeidsvoorwaarden van de werknemers te bevorderen, zodat de onderlinge aanpassing daarvan op de weg van de vooruitgang wordt mogelijk gemaakt".

51. Deze passage is kracht bijgezet door het in de plaats van artikel 117 EG-Verdrag getreden artikel 136 EG, waarin additionele verwijzingen zijn opgenomen naar het Europees Sociaal Handvest van 1961, het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werkenden van 1989, het doel van de bevordering van de werkgelegenheid, een adequate sociale bescherming, de sociale dialoog, de ontwikkeling van de menselijke hulpbronnen om een duurzaam hoog werkgelegenheidsniveau mogelijk te maken, en de bestrijding van uitsluiting.

52. Het is belangwekkend dat het Hof in een arrest van 4 april 1974 [12], dat door de Duitse regering is aangehaald in haar opmerkingen betreffende de niet-toepasselijkheid van artikel 48 van het Verdrag op de onderhavige gevallen, onder verwijzing

12 — Arrest Commissie/Frankrijk (167/73, Jurispr. blz. 359, punt 45).

naar het door artikel 117 nagestreefde doel heeft overwogen dat het discriminatieverbod (in casu op het gebied van het vrij verkeer van werknemers) niet slechts tot gevolg heeft dat in elke lidstaat de onderdanen van de andere lidstaten gelijke arbeidsmogelijkheden krijgen, „maar ook dat [...] *de nationale onderdanen* [13] wordt gewaarborgd dat zij geen nadelige gevolgen zullen ondervinden van een eventuele aanbieding of een aanvaarding, door de onderdanen van de andere lidstaten, van minder gunstige arbeidsvoorwaarden dan in het nationale recht gelden, zijnde zodanige aanbieding of aanvaarding verboden".

53. In de lijn van deze rechtspraak stellen de Duitse en de Franse regering derhalve dat de mogelijkheid om op eenzelfde bouwplaats gedetacheerde werknemers een lager loon te betalen en/of hun anderszins minder gunstige arbeidsvoorwaarden te verstrekken dan werknemers van de ontvangende staat, het niveau van sociale bescherming van de werknemers van het betrokken land en wellicht zelfs hun werkgelegenheid in gevaar zou kunnen brengen. De Belgische regering heeft in wezen een identiek standpunt ingenomen.

54. Uit artikel 117, laatste alinea, van het Verdrag volgt ook dat de opstellers van het Verdrag weliswaar rekening hielden met de uit „de werking van de gemeenschappelijke markt" voortvloeiende „harmonisatie van de sociale stelsels", doch een belangrijke rol hebben toegekend aan „voluntaristische" initiatieven tot verbetering van de arbeidsvoorwaarden. De twee in het kader van de onderhavige zaken genoemde richtlijnen, te weten richtlijn 93/104/EG van de Raad van 23 november 1993 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd [14] (hierna: „arbeidstijdrichtlijn") en 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 [15] (hierna: „detacheringsrichtlijn"), geven daarvan blijk.

55. In de vijfde overweging van de considerans van deze laatste richtlijn staat:

„dat voor de bevordering van het grensoverschrijdend verrichten van diensten eerlijke mededinging alsook maatregelen die de eerbiediging van de rechten van werknemers garanderen noodzakelijk zijn".

56. Waarschijnlijk heeft het Hof om soortgelijke redenen als hierboven uiteengezet— al heeft het dit niet nader gespecificeerd — reeds in 1982 in het arrest Seco en Desquenne & Giral [16] vastgesteld:

13 — Cursivering van mij.

14 — PB L 307, blz. 18.

15 — PB 1997 L 18, blz. 1.

16 — Arrest van 3 februari 1982 (62/81 en 63/81, Jurispr. blz. 223, punt 14).

„Het staat vast dat het gemeenschapsrecht niet belet dat de lidstaten hun wetgeving of de collectieve arbeidsovereenkomsten tussen de sociale partners inzake minimumlonen laten gelden voor eenieder die — zelfs tijdelijk — arbeid in loondienst op hun grondgebied verricht, ongeacht het land van vestiging van de werkgever, evenmin als het gemeenschapsrecht de lidstaten verbiedt de inachtneming van deze voorschriften met passende middelen af te dwingen."

57. Zoals het Arbeitsgericht Wiesbaden zelf in zijn uiteenzettingen aangaande de tweede vraag en ook de Duitse regering opmerkten, is door het arrest Rush Portuguesa, althans stilzwijgend, bevestigd dat dit beginsel van toepassing is op alle wettelijke voorschriften en collectieve arbeidsovereenkomsten die tussen de sociale partners zijn gesloten, daar in dit arrest de bewoordingen van het arrest Seco en Desquenne & Giral zijn overgenomen zonder vermelding van de minimumlonen.

58. Het lijdt dus geen twijfel dat de Bondsrepubliek Duitsland is gerechtigd aan buitenlandse dienstverrichters ook zijn regelgeving aangaande de vakantieduur op te leggen alsmede, althans in beginsel, het stelsel van vakantiefondsen. De kenmerken van dit stelsel moeten echter uitgebreid onderzocht worden, want artikel 60, derde alinea, van het Verdrag houdt niet in dat „elke nationale wettelijke bepaling [of elke collectieve overeenkomst] [...] die gewoonlijk het oog heeft op een duurzame activiteit van [in die staat] gevestigde ondernemingen, eveneens ten volle kan worden toegepast op werkzaamheden van tijdelijke aard, uitgeoefend door in andere lidstaten gevestigde ondernemingen". [17]

59. Het Hof heeft namelijk in de punten 33 tot en met 38 van het arrest Arblade e.a. [18] vastgesteld:

„33 Volgens vaste rechtspraak verlangt artikel 59 van het Verdrag niet alleen de afschaffing van iedere discriminatie van de in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichter op grond van diens nationaliteit, maar tevens de opheffing van iedere beperking — ook indien deze zonder onderscheid geldt voor binnenlandse dienstverrichters en dienstverrichters uit andere lidstaten — die de werkzaamheden van de dienstverrichter die in een andere lidstaat is gevestigd en aldaar rechtmatig gelijksoortige diensten verricht, verbiedt, belemmert of minder aantrekkelijk maakt (zie 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).

17 — Arrest van 17 december 1981, Webb (279/80, Jurispr. blz. 3305, punt 16).

18 — Arrest van 23 november 1999 (C-369/96 en C-376/96, Jurispr. blz. I-8453).

34 Zelfs bij gebreke van harmonisatie ter zake, kan de vrijheid van dienstverrichting als grondbeginsel van het Verdrag slechts worden beperkt door regelingen die hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang, die gelden voor iedere persoon of onderneming die op het grondgebied van de betrokken staat werkzaam is, voorzover dit belang niet wordt gewaarborgd door de regels waaraan de dienstverrichter is onderworpen in de lidstaat waar hij is gevestigd (zie, met name, arresten van 17 december 1981, Webb, 279/80, Jurispr. blz. 3305, punt 17; 26 februari 1991, Commissie/Italië, C-180/89, Jurispr. I-709, punt 17; Commissie/Griekenland, C-198/89, Jurispr. blz. I-727, punt 18; arresten Säger, reeds aangehaald, punt 15; Vander Elst, reeds aangehaald, punt 16, en Guiot, reeds aangehaald, punt 11).

35 De toepassing van de nationale regelingen van een lidstaat op de in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichters moet geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, en zij mogen niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel (zie, met name, arrest Säger, reeds aangehaald, punt 15; 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, en arrest Guiot, reeds aangehaald, punten 11 en 13).

36 Een van de door het Hof erkende dwingende redenen van openbaar belang is de bescherming van de werknemers (zie arrest Webb, reeds aangehaald, punt 19; arresten van 3 februari 1982, Seco en Desquenne & Giral, 62/81 en 63/81, Jurispr. blz. 223, punt 14, en 27 maart 1990, Rush Portuguesa, C-113/89, Jurispr. blz. I-1417, punt 18), in het bijzonder de sociale bescherming van de werknemers in de bouwsector (arrest Guiot, reeds aangehaald, punt 16).

37 Overwegingen van zuiver administratieve aard kunnen daarentegen een afwijking door een lidstaat van de regels van gemeenschapsrecht niet rechtvaardigen, te meer wanneer de betrokken afwijking erop neerkomt, dat de uitoefening van een der fundamentele vrijheden van het gemeenschapsrecht wordt verhinderd of beperkt (zie, met name, arrest van 26 januari 1999, Terhoeve, C-18/95, Jurispr. blz. I-345, punt 45).

38 Dwingende redenen van algemeen belang die de materiële bepalingen van een regeling rechtvaardigen, kunnen evenwel ook de controlemaatregelen rechtvaardigen die nodig zijn om de naleving ervan te verzekeren (zie, in die zin, arrest Rush Portuguesa, reeds aangehaald, punt 18)."

60. Er moet dus achtereenvolgens worden onderzocht of het stelsel van vakantiefondsen de vrijheid van dienstverrichting beperkt en, voorzover dit stelsel niet discriminerend is, of die beperkingen gerechtvaardigd worden door dwingende redenen van algemeen belang. Indien dit het geval is, zal verder moeten worden nagegaan of dit belang niet al wordt verzekerd door de regels van de lidstaat waarin de dienstverrichter is gevestigd, en of hetzelfde resultaat niet kan worden bereikt door minder beperkende maatregelen (zie met name arresten Säger, punt 15; Kraus, punt 32; Gebhard, punt 37; Guiot, punt 13, en Reisebüro Broede, punt 28, alle reeds aangehaald).

a) *Beperking van de vrijheid van dienstverrichting*

61. Ik wil allereerst onderzoeken of het stelsel van vakantiefondsen een beperkende werking heeft op de vrijheid van dienstverrichting.

62. Er bestaan in deze twee verschillen tussen de hier door ons behandelde situatie en de reeds aangehaalde zaken Seco en Desquenne & Giral, Guiot en Arblade e.a.

63. In die drie zaken konden de nationale rechters verwijzen naar de in het land van herkomst van de ondernemingen bestaande bijdrageverplichtingen ter dekking van dezelfde risico's en met een identieke of althans gelijkluidende doelstelling als die van het omstreden stelsel. Daarom kon het Hof bij zijn overwegingen daarvan uitgaan en vaststellen dat de door het land van ontvangst opgelegde verplichting „voor de in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen immers extra administratieve en economische kosten en lasten mee[brengt], zodat deze laatste uit het oogpunt van de mededinging niet op gelijke voet staan met de in de lidstaat van ontvangst gevestigde werkgevers en ervan kunnen worden afgeschrikt in de lidstaat van ontvangst diensten te verrichten". [19]

64. Er bestaat echter alle aanleiding ervan uit te gaan dat in casu in de staten van herkomst van de in de hoofdgedingen betrokken ondernemingen geen verplichting bestaat tot betaling van bijdragen aan een vakantiefonds, daar die ondernemingen de aard en de omvang daarvan anders zeker voor het Arbeitsgericht Wiesbaden hadden uiteengezet en dat laatste dat in zijn verwijzingsbeschikking had vermeld. Dat is evenwel niet het geval.

65. Het tweede, nog belangrijker verschil met deze eerdere zaken is gelegen in het feit dat de Duitse regelgeving zelf het recht van de vakantiefondsen op betaling van werkgeversbijdragen laat vervallen voor in het buitenland gevestigde werkgevers die werknemers naar Duitsland uitzenden, wanneer bewezen is dat voor deze werknemers bijdragen worden betaald aan een vergelijkbaar fonds in de staat van herkomst (§ 8, punt 11.2, BRTV-Bau).

19 — Arrest Arblade e.a., reeds aangehaald, punt 50, en arrest Guiot, reeds aangehaald, punten 14 en 15.

66. Het stelsel is dus zo ingericht dat een situatie van dubbele bijdragebetaling als in de reeds aangehaalde zaken Seco en Desquenne & Giral, Guiot en Arblade e.a., zich niet kon voordoen.

67. Daarmee wordt evenwel de vraag naar eventuele dubbele lasten als er geen fondsenstelsel in het land van vestiging van de dienstverrichter is, niet opgelost. De ondernemingen die partij zijn in de hoofdgedingen voeren namelijk aan dat zij al aan hun werknemers vakantie met behoud van loon moeten verlenen ingevolge de wettelijke regeling van hun respectieve landen van herkomst. De financiële lasten van die vakantiedagen [20] (of in de vorm van vrije dagen of in de vorm van een financiële vergoeding voor niet opgenomen vakantie) worden dus gedeeltelijk verdubbeld door de bijdragen die de werkgever aan het Duitse vakantiefonds moet betalen.

68. Ik zeg „gedeeltelijk", want ik ga ervan uit dat het loon van werknemers in het land van herkomst lager is en dat het aantal dagen waarop hij krachtens de wettelijke regeling van dat land recht heeft, ook lager is. Als daarentegen de lonen en vakantieaanspraken in het land van herkomst ongeveer eender, of zelfs beter waren, dan zouden wij te maken hebben met een situatie waarin het te beschermen belang al, om aan te sluiten bij de door het Hof gebruikte bewoordingen, „wordt gewaarborgd door de regels waaraan de dienstverrichter is onderworpen in de lidstaat waar hij is gevestigd".

69. Ik ga dus ervan uit dat wij niet met die situatie te maken hebben. Alles hangt dan af van de vraag of de aan het Duitse stelsel van vakantiefondsen onderworpen werkgever al dan niet het recht heeft op grond van de wettelijke regeling van zijn land van herkomst om zijn gedetacheerde werknemers de door hen opgenomen vakantiedagen niet zelf te vergoeden, daar die door het Duitse vakantiefonds worden betaald.

70. Heeft hij die mogelijkheid niet, dan komen de aan het Duitse fonds te betalen bijdragen dus nog bij de voor de werkgever uit de wettelijke regeling van zijn land van herkomst voortvloeiende verplichtingen. In dat geval zou er een aanzienlijke beperking van de vrijheid van dienstverrichting, of zelfs een onoverkomelijk belemmering voor de uitoefening daarvan zijn.

71. Alsdan zou de verplichte deelneming aan het fonds slechts toelaatbaar zijn als de bijdragen zo werden aangepast dat rekening werd gehouden met de op de dienstverrichter ingevolge de wettelijke regeling van zijn land van herkomst rustende lasten.

72. Als daarentegen, wat denkbaar is, de werkgever-dienstverrichter niet zelf de door

20 — Voorzover deze betrekking hebben op de door de gedetacheerde werknemer in Duitsland doorgebrachte periode.

de werknemer (al dan niet) opgenomen vakantiedagen behoeft te vergoeden en dat geheel overlaat aan de vakantiefondsen, dan zal hij de desbetreffende bedragen besparen en zal de op hem daadwerkelijk rustende extra financiële last alleen bestaan in het verschil in lasten op grond van het vakantiestelsel van zijn land van herkomst en het Duitse stelsel.

73. Het is aan de nationale rechter na te gaan welke van de twee situaties zich voordoet.

74. In het tweede geval zal de buitenlandse werkgever niet slechter behandeld worden dan de in de lidstaat van ontvangst gevestigde werkgevers. Om de in punt 58 van het reeds aangehaalde arrest Arblade e.a. gebruikte bewoordingen nogmaals te gebruiken: met die laatsten zal hij „uit het oogpunt van de mededinging [...] op gelijke voet staan".

75. Niettemin draagt de werkgever-dienstverrichter de hierboven genoemde extra last, en moet hij alle administratieve formaliteiten vervullen die aan het stelsel van vakantiefondsen verbonden zijn.

76. Volgens de rechtspraak van het Hof vormt iedere extra last in vergelijking met het stelsel van het land van herkomst, een beperking van de vrijheid van dienstverrichting. Als men deze rechtspraak trouw wil blijven, dan moet hieruit dus worden opgemaakt dat wij in casu met een beperking of belemmering te maken hebben.

b) *Discriminatie*

77. De verwijzende rechter en de partijen in de hoofdgedingen voeren aan dat bepaalde aspecten van de Duitse regelgeving discriminerend zijn en daarom slechts toelaatbaar zijn onder de bijzondere voorwaarden van de artikelen 55 EG-Verdrag (thans artikel 45 EG), 56 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 46 EG) en 66 EG-Verdrag (thans artikel 55 EG), waaraan in casu niet lijkt te zijn voldaan.

78. Ik zal telkens bij de behandeling van de prejudiciële vragen op deze kwestie moeten terugkomen.

79. Er moet echter worden opgemerkt dat wij — daargelaten wat ik met betrekking tot de derde vraag zal zeggen — in casu te maken hebben met een wettelijke regeling die zonder onderscheid van toepassing is op in Duitsland en op in andere lidstaten gevestigde ondernemingen.

80. Een zekere verwarring kon weliswaar ontstaan doordat de Bondsrepubliek Duitsland haar wettelijke regeling heeft aangevuld om rekening te houden met het feit dat in andere lidstaten gevestigde ondernemingen zich niet per se in precies dezelfde situatie bevinden als in het land van ontvangst gevestigde ondernemingen. Zoals het Hof in punt 17 van het reeds aangehaalde arrest Webb heeft vastgesteld, kunnen evenwel, „gelet op de bijzondere aard van sommige diensten, bepaalde specifieke eisen, aan de dienstverrichter gesteld teneinde voor dat type werkzaamheden geldende regels te kunnen toepassen, niet als onverenigbaar met het Verdrag [...] worden beschouwd".

c) *Dwingende reden van algemeen belang*

81. Alle partijen die opmerkingen hebben ingediend, zijn het erover eens dat in deze context alleen als dwingende reden van algemeen belang in aanmerking kan komen de in de arresten Guiot en Arblade e.a. aanvaarde „sociale bescherming van werknemers in de bouw".

82. Naar mijn mening volgt al uit de door de verwijzende rechter gegeven beschrijving van het stelsel van vakantiefondsen dat volgens hem het Duitse stelsel de vakantieaanspraken van werknemers van in Duitsland gevestigde ondernemingen doeltreffend beschermt. Ik zal op dit aspect van de kwestie dus niet dieper ingaan.

83. Aangaande de extra bescherming die het stelsel aan de gedetacheerde werknemers kan bieden, kunnen zich vier denkbeeldige gevallen zich voordoen.

*Eerste denkbeeldig geval: De buitenlandse werknemer neemt voor de beëindiging van de door zijn onderneming in Duitsland uitgevoerde werkzaamheden, de vakantiedagen op waarop hij al recht heeft*

84. Ik herinner eraan dat ik van de veronderstelling uitga dat de werknemer krachtens de Duitse wettelijke regeling recht op meer vakantiedagen en op een hogere vakantie-uitkering per dag zal hebben dan op grond van de wettelijke regels van zijn land van herkomst. Deze uitkering zal hem betaald worden door het vakantiefonds.

85. Als de werkgever niet verplicht was aan dit fonds bij te dragen, zou hij geneigd kunnen zijn hem slechts het lagere loon dat in het land van herkomst geldt, te betalen en minder vakantiedagen toe te staan.

*Tweede denkbeeldig geval: De buitenlandse werknemer verlaat Duitsland na de beëindiging van de werkzaamheden zonder vakantie te hebben opgenomen*

86. In dat geval betaalt het fonds hem de tegenwaarde van de niet opgenomen dagen,

berekend op basis van het door de Duitse wettelijke regeling toegekende aantal vakantiedagen en het in Duitsland ontvangen loon.

87. Als het Duitse stelsel van vakantiefondsen onverenigbaar wordt verklaard met de artikelen 59 en 60 van het Verdrag, dan zal de buitenlandse werkgever geen bijdrage betalen aan het fonds en zal de naar zijn land terugkerende werknemer van die zijde uiteraard niets ontvangen.

88. Als hij in dienst van dezelfde werkgever blijft, zal hij wellicht moeilijkheden ondervinden om deze ertoe te brengen hem niet het aantal vakantiedagen op grond van de wettelijke regeling van het land van herkomst, maar dat op grond van het Duitse stelsel toe te kennen, en deze te laten uitbetalen op basis van het Duitse loon.

89. Als hij direct na zijn terugkeer in zijn land van herkomst van werkgever verandert en hij geen vakantie heeft opgenomen bij zijn oude werkgever, zal de hoogte van het door hem te ontvangen bedrag in verband met de niet in Duitsland opgenomen vakantiedagen afhangen van de welwillendheid van die oude werkgever, ervan uitgaande dat de werkgevers ingevolge de wettelijke regeling van het land van herkomst aan werknemers die uit hun dienst treden, de vakantiedagen die deze niet konden of wilden opnemen, moeten vergoeden.

90. Het kan namelijk zijn dat die wettelijke regeling een dergelijke verplichting niet kent. In dat geval zullen de vakantiedagen in verband met de voor de oude werkgever — in Duitsland of in het land waar deze laatste is gevestigd — verrichte werkzaamheden, definitief verloren zijn.

91. De verplichte deelneming van werkgevers aan het Duitse stelsel van vakantiefondsen levert de werknemer dus een extra sociaal voordeel op, ingeval hij na beëindiging van de door zijn werkgever in Duitsland uitgevoerde werkzaamheden naar zijn land van herkomst terugkeert.

*Derde denkbeeldig geval: De gedetacheerde werknemer vertrekt bij zijn werkgever tijdens zijn verblijf in Duitsland en stapt over naar een andere „buitenlandse" werkgever die ook werkzaamheden in Duitsland uitvoert*

92. Volgens de verwijzende rechter is deze veronderstelling puur theoretisch en zullen alleen het eerste en het tweede denkbeeldige geval zich daadwerkelijk voordoen.

93. De Duitse regering heeft echter ter terechtzitting gewezen op statistieken die zouden uitwijzen dat 22 % van de gedetacheerde werknemers van die mogelijkheid gebruik maakt. Bovendien is volgens die regering in dit percentage niet begrepen het aantal gedetacheerde werknemers dat voor een in Duitsland gevestigde onderneming gaat werken, waarvan er ook zeer vele zijn (vierde denkbeeldig geval, dat hierna wordt onderzocht).

94. Als de werkgevers bijdragen aan het Duitse fondsenstelsel moeten betalen, zal de gedetacheerde werknemer van dat fonds een uitkering ontvangen op basis van het aantal volgens de Duitse wettelijke regeling opgebouwde vakantiedagen en van zijn „Duitse loon". Hij zal die vakantiedagen bij zijn nieuwe „buitenlandse" werkgever kunnen opnemen zonder dat dit voor die werkgever kosten oplevert, zodra hij bij deze het door de Duitse wettelijke regeling vereiste minimumaantal dagen voor het opnemen van vakantie heeft opgebouwd.

95. Op die manier zal hij dus een aaneensluitende vakantie van een bepaalde duur kunnen opnemen.

96. Als de buitenlandse werkgever niet aan het stelsel van vakantiefondsen heeft bijgedragen, dan zal de werknemer afhankelijk zijn van de welwillendheid van zijn vorige werkgever om van deze de volgens de Duitse regelgeving opgebouwde vakantiedagen vergoed te krijgen.

97. Het zou namelijk mogelijk zijn dat de oude werkgever de werknemer de vakantiedagen slechts wil vergoeden naar verhouding van het aantal vakantiedagen waarop hij volgens de wettelijke regeling van zijn land van herkomst aanspraak zou maken en volgens het in dat land geldende loonniveau.

98. De gedetacheerde werknemer kan zich dus in een minder gunstige positie bevinden dan wanneer hij rechtstreeks van het vakantiefonds de niet opgenomen vakantiedagen vergoed kan krijgen.

*Vierde denkbeeldig geval: De buitenlandse werknemer vertrekt bij zijn buitenlandse werkgever gedurende zijn verblijf in Duitsland en stapt over naar een in Duitsland gevestigde werkgever*

99. In dat geval maakt hij dus gebruik van het hem door artikel 48 van het Verdrag gewaarborgde recht van vrij verkeer van werknemers.

100. De rechten en plichten van zijn oude werkgever blijven echter onder de artikelen 59 en 60 vallen.

101. Als die werkgever aan het vakantiefonds heeft moeten bijdragen, dan zal het fonds de werknemer de niet opgenomen dagen vergoeden volgens de Duitse schalen en zullen zijn rechten dus niet verloren gaan. De werknemer zal de niet opgenomen dagen ook kunnen optellen bij de bij zijn nieuwe werkgever op te bouwen dagen, zonder dat dit voor die laatste kosten meebrengt.

102. Het is ook mogelijk dat het fonds direct het Duitse „interne" stelsel toepast en de vergoeding rechtstreeks aan de

nieuwe (in Duitsland gevestigde) werkgever betaalt, wanneer de werknemer zijn jaarlijkse vakantie eenmaal bij deze zal hebben opgenomen. Het gaat hier om een praktisch detail waarover niet gesproken is tijdens de procedure voor het Hof, maar dat in de sociale bescherming van de werknemer geen verandering brengt.

103. Als de „buitenlandse" werkgever niet verplicht was bij te dragen aan het fonds, dan zou de werknemer wederom afhankelijk zijn van de welwillendheid van die laatste of van de mogelijkheid een rechterlijke uitspraak jegens hem te verkrijgen.

104. Ook in dat geval heeft de werknemer dus minder sociale bescherming dan ingevolge het stelsel van vakantiefondsen.

105. Kortom, het stelsel van vakantiefondsen verleent de gedetacheerde werknemer dus in de meeste gevallen en vooral bij verandering van werkgever, een extra sociale bescherming.

106. Het stelsel kan daarbij niet alleen voor werknemers van in Duitsland gevestigde ondernemingen, maar ook voor gedetacheerde werknemers dienen ter verwezenlijking van het nagestreefde doel, namelijk dat zij de bij de eerste werkgever opgebouwde vakantieaanspraken behouden en een aaneensluitende vakantie van een bepaalde duur bij de nieuwe werkgever kunnen opnemen.

107. Het stelsel wordt dus gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang.

d) *Waarborging van het betrokken algemeen belang door de regelgeving van de staat van vestiging van de dienstverrichter*

108. Ik heb dit aspect van de vraag al terloops aangestipt bij de behandeling van de vier denkbeeldige gevallen, maar hierop dient nog enigszins meer in detail te worden ingegaan.

109. De Portugese vennootschappen die partij zijn in de hoofdgedingen, betogen dat de wettelijke regels van hun land van herkomst de werknemers niet alleen een aantal vakantiedagen toekennen dat beantwoordt aan het door de arbeidstijdrichtlijn vastgestelde minimum, maar praktisch evenveel als ingevolge de Duitse regelgeving.

110. De Duitse regering voert daartoe het volgende aan:

„Met het algemeen belang wordt niet reeds rekening gehouden door de wettelijke regeling van de staat waar de dienstverrichter is gevestigd. Dat zou bijvoorbeeld wel het geval zijn als de voor werknemers in de bouwsector in Portugal [...] of in het Verenigd Koninkrijk (staten waar de ver-

schillende verzoeksters in de hoofdgedingen zijn gevestigd) geldende nationale bepalingen voorzagen in een soortgelijke vakantie met behoud van loon en deze, met name ook voor de in Duitsland verrichtte arbeidstijd, door een vergelijkbaar stelsel werd gewaarborgd.

Teneinde een ontoelaatbare cumulatie van lasten te vermijden voorziet § 1, lid 3, eerste volzin, AEntG, in overeenstemming met het arrest Guiot, dan ook uitdrukkelijk in een uitzondering voor het geval ‚de buitenlandse onderneming ook verplicht is bijdragen te betalen aan een vergelijkbare instelling in de staat waarin zij gevestigd is'. Op basis van die bepaling heeft het vakantiefonds ‚vrijstellingsovereenkomsten' gesloten, onder meer met vergelijkbare instellingen in Frankrijk, Oostenrijk en Nederland; andere overeenkomsten zijn in voorbereiding.

In de onderhavige gevallen volstaat de vaststelling dat er noch in Portugal, noch in het Verenigd Koninkrijk een instelling bestaat die vergelijkbaar is met het Duitse vakantiefonds [...].Verder schrijft § 1, lid 3, eerste volzin, nr. 2, AEntG voor dat rekening gehouden wordt met de prestaties inzake vakantie die een in het buitenland gevestigde onderneming al voor de detachering heeft verstrekt aan werknemers die zij naar het buitenland heeft uitgezonden. Deze bepaling is van belang voor de ondernemingen die niet al ingevolge § 1, lid 3, eerste volzin, nr.1, AEntG volledig zijn vrijgesteld van deelneming aan het Duitse stelsel van vakantiefondsen."

111. Zoals ik al in het begin opmerkte, is het als vaststaand te beschouwen dat een werkgever ingevolge de Duitse wettelijke regeling niet onder het Duitse fondsenstelsel valt als een dergelijk stelsel in zijn land van herkomst zou bestaan.

112. Het kan echter zijn dat de werknemer ingevolge de wettelijke regeling van zijn land van herkomst in wezen gelijke voordelen heeft ook zonder tussenkomst van een vakantiefonds.

113. Het is aan de nationale rechter na te gaan of dit het geval is. Hij zal daarvoor een onderzoek moeten doen dat de Commissie als volgt heeft samengevat:

„De verplichte deelneming aan het stelsel van vakantiefondsen zou een ontoelaatbare beperking van de vrijheid van dienstverrichting zijn als verzekerd was dat werkgevers die werknemers uitzenden deze hetzelfde aantal vakantiedagen met behoud van loon toekennen als voorzien in de Duitse CAO-regelingen. Verder moet gewaarborgd zijn dat er vakantiegeld wordt uitbetaald dat overeenkomt met dat van de Duitse collectieve arbeidsovereenkomsten. Bovendien moet verzekerd zijn dat de werknemer, ingeval hij tijdens de detachering van werkgever verandert, zijn vakantieaanspraken behoudt. Ten slotte moet gewaarborgd zijn dat de werknemer aan-

spraak op een vakantievergoeding overeenkomstig § 8, punt 9, BRTV-Bau heeft, ingeval hij geen vakantie in Duitsland heeft opgenomen tijdens zijn detachering en zijn vakantieaanspraken jegens zijn werkgever zijn vervallen.

Hoe de desbetreffende regeling juridisch wordt ingericht, is niet van belang. Relevant is alleen, of er een juridisch af te dwingen waarborg bestaat voor een gelijke (of betere) bescherming van de werknemer."

114. In het bijzonder lijkt het mij niet erg waarschijnlijk dat een gedetacheerde werknemer *die in Duitsland van werkgever verandert*, om in dienst van een andere „buitenlandse" dan wel een in Duitsland gevestigde werkgever te treden, ingevolge de regelgeving *van zijn land van herkomst* de niet opgenomen vakantiedagen bij de werkgever met wie hij naar Duitsland is gekomen, vergoed kan krijgen en wel naar evenredigheid van het hem ingevolge de Duitse regelgeving toekomende aantal dagen en overeenkomstig de aldaar geldende loonhoogte.

115. Zonder vooruit te willen lopen op de door de verwijzende rechter te trekken conclusies, acht ik het voorshands dus erg twijfelachtig dat het door de Duitse regelgeving nagestreefde algemeen belang kan worden verzekerd door de regels die in de staat van vestiging van de dienstverrichter gelden.

e) *De mogelijkheid hetzelfde resultaat te bereiken door minder beperkende maatregelen*

116. Deze vraag raakt naar mijn mening een bijzonder netelig aspect van het vraagstuk.

117. In het kader van de vier hierboven uiteengezette denkbeeldige gevallen heb ik de niet te betwisten voordelen van het stelsel voor de gedetacheerde werknemer uiteengezet.

118. Denkbaar is zeker een oplossing waarbij de buitenlandse werkgever ingevolge de Duitse wettelijke regeling rechtstreeks aan de werknemer de door die laatste tijdens zijn verblijf in Duitsland opgenomen dagen moet uitbetalen overeenkomstig de Duitse voorschriften, dan wel hem deze moet vergoeden overeenkomstig diezelfde voorschriften ingeval hij zijn dienstverband verbreekt zonder vakantiedagen te hebben opgenomen om bij een andere werkgever in Duitsland te gaan werken.

119. Voor de werkgever zou de financiële last lager zijn, want hij zou geen bijdrage aan het vakantiefonds behoeven te betalen waarin waarschijnlijk ook de beheerskosten van dat fonds begrepen zijn. Hij zou ook vrijgesteld zijn van de verplichting het

vakantiefonds de nogal gedetailleerde gegevens te verstrekken die de verwijzende rechter in zijn tweede vraag vermeldt.

120. Voor de werknemer zou dit strikt financieel bezien hetzelfde resultaat opleveren. Hij zou evenwel de vakantiedagen niet kunnen optellen, hetgeen het fondsenstelsel wel toestaat. Bovendien zou de werknemer, ingeval de werkgever niet deelneemt aan het fonds, minder beschermd zijn tegen een eventueel in gebreke blijven van de zijde van de werkgever.

121. Resteert ten slotte nog het geval dat de werknemer samen met zijn werkgever Duitsland verlaat zonder vakantie te hebben opgenomen. Hoe kan zonder tussenkomst van een vakantiefonds gewaarborgd worden dat deze werknemer volgens de Duitse voorschriften een vergoeding kan krijgen?

122. De Duitse regering legt sterke nadruk op dit punt. Zij wijst erop[21] dat het geval dat de werknemer zijn vakantieaanspraken eerst na terugkeer naar zijn land doet gelden, het meest voorkomt. Volgens haar „zullen [deze werknemers], bij gebreke van waarborgen, duidelijk meer moeilijkheden ondervinden dan nationale werknemers om hun in het buitenland opgebouwde vakantieaanspraken jegens hun werkgever te doen gelden. Het feit dat de vakbonden en de overheid van hun staat van herkomst onvoldoende kennis van de taal en van de rechtsbepalingen van de staat van detachering hebben, heeft voor hen nadelige gevolgen. Daarbij komt nog de strenge concurrentie in de bouwsector die uiteraard een negatieve uitwerking heeft op de bereidheid van de ondernemingen om de vakantieaanspraken van hun werknemers te aanvaarden die deze ingevolge buitenlandse en daardoor minder bekende wettelijke regels — over een langere tijdsduur — hebben opgebouwd. In zijn arresten Seco, Rush Portuguesa en Vander Elst [...] erkende ook het Hof uitdrukkelijk de bevoegdheid van de lidstaten om de naleving van hun wettelijke regels met passende middelen af te dwingen".

123. Ik heb in het dossier geen overtuigend tegenargument aangetroffen. Partijen in de hoofdgedingen benadrukken uitsluitend de lasten die het Duitse stelsel oplegt. De Nederlandse en de Zweedse regering doen hetzelfde onder verwijzing naar hun eigen wettelijke regeling die de gedetacheerde werknemer voldoende vakantieaanspraken geeft.

124. Omgekeerd zijn de Belgische en de Franse regering van mening dat het Duitse stelsel het best in staat is om de rechten van de werknemers doeltreffend te waarborgen.

125. De Commissie behandelt alleen het geval waarin de rechten van de werknemers op gelijke wijze in de staat van herkomst gewaarborgd kunnen worden, maar zij geeft geen alternatieve, minder verstrekkende oplossing die de Bondsrepubliek Duitsland zou kunnen toepassen.

21 — Punt 23 van de opmerkingen van de Duitse regering.

126. Ik ben daarom van mening dat de eerste vraag als volgt beantwoord moet worden:

127. Tenzij de werknemer in het land van herkomst verzekerd is van een gelijke of betere bescherming, moeten de artikelen 59 en 60 van het Verdrag aldus worden uitgelegd dat zij zich in beginsel niet ertegen verzetten dat een regeling als die van § 1, lid 3, eerste volzin, AEntG wordt toegepast op een in het buitenland gevestigde werkgever en zijn gedetacheerde werknemers, voorzover er naar behoren rekening gehouden wordt met de lasten waaraan de werkgever zich ingevolge de wettelijke regels van zijn land van herkomst niet kan onttrekken. Artikel 48 van het Verdrag is niet van toepassing op de uitzending van werknemers door een in een andere lidstaat gevestigde werkgever.

**De tweede prejudiciële vraag**

128. Deze vraag is in drie punten onderverdeeld.

a) *De duur van de vakantie met behoud van loon*

129. Met dit eerste punt vraagt de verwijzende rechter in wezen of de artikelen 59 en 60 van het Verdrag zich verzetten tegen nationale bepalingen die werknemers in de bouw een vakantieduur toekennen die langer is dan de minimale jaarlijkse vakantie als bepaald in de arbeidstijdrichtlijn.

130. Er volgt uitdrukkelijk uit artikel 1 van die richtlijn dat deze *minimum*voorschriften[22] voor de veiligheid en gezondheid bij de organisatie van de arbeidstijd vaststelt en in bijzonderheid geldt voor de *minimale* jaarlijkse vakantie.

131. Artikel 7 van de arbeidstijdrichtlijn luidt:

„1. De lidstaten treffen de nodige maatregelen opdat aan alle werknemers jaarlijks een vakantie met behoud van loon van ten minste vier weken wordt toegekend, overeenkomstig de in de nationale wetten en/of gebruiken geldende voorwaarden voor het recht op en de toekenning van een dergelijke vakantie.

2. De minimumperiode van de jaarlijkse vakantie met behoud van loon kan niet door een financiële vergoeding worden vervangen, behalve in geval van beëindiging van het dienstverband."

22 — Cursivering van mij.

132. Artikel 15 van de arbeidstijdrichtlijn, dat als titel „Gunstiger bepalingen" heeft, luidt:

„Deze richtlijn staat er niet aan in de weg dat de lidstaten wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen toepassen of invoeren die gunstiger zijn voor de bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers, dan wel de toepassing bevorderen of mogelijk maken van collectieve overeenkomsten of bedrijfsakkoorden tussen de sociale partners die gunstiger zijn voor de bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers."

133. Deze richtlijn moest uiterlijk op 23 november 1996 in nationaal recht zijn omgezet.

134. Uit de verwijzingsbeschikking volgt dat de werknemers in de bouwnijverheidssector in Duitsland ieder kalenderjaar recht hebben op een vakantie van 30 arbeidsdagen („Arbeitstage") respectievelijk 36 werkdagen („Werktage").[23] Deze vakantieaanspraak overtreft dus die waarin de arbeidstijdrichtlijn voorziet.

135. De verwijzende rechter is van mening dat „uitbreiding van de vakantieregeling [...] in beginsel niet noodzakelijk lijkt voor de verwezenlijking van de ‚de sociale bescherming van de werknemers'" als doelstelling van algemeen belang.

136. De rechtspraak van het Hof, dat het gemeenschapsrecht zich niet ertegen verzet dat de lidstaten hun wetgeving of de door de sociale partners gesloten collectieve arbeidsovereenkomsten uitbreiden tot alle personen die diensten op hun grondgebied verrichten, heeft volgens hem heeft slechts betrekking op de minimumlonen. Vakantie is volgens hem daarentegen een vrijstelling van de arbeidsverplichting, zodat alleen de vakantie-uitkering als een loonelement kan worden beschouwd.

137. De verwijzende rechter acht de Duitse bepaling in het AEntG evenmin noodzakelijk, want het algemeen belang wordt al gewaarborgd door de bepalingen van het land van herkomst zodra aldaar de arbeidstijdrichtlijn in nationaal recht is omgezet.

Ingediende opmerkingen

138. Finalarte, Engil, Portugaia, Tecnamb en Tudor delen in wezen het standpunt van de verwijzende rechter.

23 — Volgens de Duitse wettelijke regeling loopt de werkweek in de bouwnijverheid van maandag tot en met vrijdag.

139. De Belgische regering is van mening dat het arrest Rush Portuguesa moet worden toegepast, waarin staat dat het gemeenschapsrecht zich niet ertegen verzet dat de lidstaten hun wetgeving of hun collectieve arbeidsovereenkomsten uitbreiden tot iedere persoon die diensten verleent op hun grondgebied. Volgens haar is dit beginsel ook van toepassing op nationale bepalingen inzake de minimale duur van vakantie met behoud van loon, en brengt het feit dat de arbeidstijdrichtlijn voorziet in een kortere duur dan die van de BRTV-Bau hierin geen verandering. De Belgische regering benadrukt, net als de Duitse regering, dat de arbeidstijdrichtlijn namelijk alleen voorziet in minimumvoorschriften.

140. De Nederlandse regering erkent dat de gedetacheerde werknemer ingevolge artikel 7 van de arbeidstijdrichtlijn, in samenhang met artikel 3, leden 1 en 6, van de detacheringsrichtlijn, recht heeft op het aantal vakantiedagen met behoud van loon dat geldt in de lidstaat van herkomst, „eventueel aangevuld" tot de duur van de vakantie met behoud van loon overeenkomstig de regeling van de staat waar de werkzaamheden zijn verricht.

141. De Ulak geeft onder verwijzing naar de bewoordingen van artikel 15 van de arbeidstijdrichtlijn aan dat toekenning van een langere vakantie met behoud van loon in de bouwsector gerechtvaardigd wordt door de bijzondere fysieke belasting van de werknemers.

142. Volgens de Commissie kunnen de lidstaten hun vakantieregeling uitbreiden tot in het buitenland gevestigde werkgevers en hun gedetacheerde werknemers, ook al voorziet die regeling in een minimale jaarlijkse vakantie die langer is dan de minimale duur als bepaald in de richtlijn. Dit volgt al uit artikel 60, derde alinea, van het Verdrag, volgens hetwelk de vrijheid van dienstverrichting kan worden uitgeoefend onder dezelfde voorwaarden als die welke de ontvangende staat aan zijn eigen onderdanen oplegt, en is ook in overeenstemming met de detacheringsrichtlijn.

143. De arbeidstijdrichtlijn bevat slechts minimumvoorschriften, die ingevolge artikel 15 door de lidstaten en de sociale partners mogen worden uitgebreid, zelfs in het kader van een individueel dienstverband.

144. De uitbreiding van de regeling inzake een langere vakantieduur wordt ook gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang, te weten de bescherming van werknemers. Hetzelfde resultaat, namelijk een minimale duur van de jaarlijkse vakantie van 30 arbeidsdagen, kan niet door minder beperkende maatregelen worden bereikt.

145. Het is een aangelegenheid van iedere lidstaat om voor zichzelf te beslissen wat — met inachtneming van alle gemeenschapsbepalingen — in het algemeen belang noodzakelijk is.

146. In de onderhavige gevallen hebben de bevoegde autoriteiten het besluit van de sociale partners waarbij de duur van de jaarlijkse vakantie in de bouw op 30 arbeidsdagen was vastgesteld, bevestigd en aldus het kader vastgelegd van wat zij om redenen van bescherming van de werknemers in die sector noodzakelijk achten.

Beoordeling

147. Al deel ik het standpunt van de Belgische en de Nederlandse regering, de Ulak en de Commissie, toch wil ik ook de overwegingen in herinnering brengen die bij de behandeling van de eerste prejudiciele vraag zijn gewijd aan artikel 118 van het Verdrag en het recht van de lidstaten om het niveau van de door hen verlangde sociale bescherming te bepalen.

148. Dit recht blijft hun behouden, ook al heeft er inmiddels binnen de Gemeenschap een minimumharmonisatie van de arbeidsvoorwaarden plaatsgevonden.

149. Artikel 15 van de arbeidstijdrichtlijn is alleen een bevestiging van dat rechtstreeks uit het Verdrag voortvloeiende recht.

150. Voor het overige is het *recht* van lidstaten om „buitenlandse" ondernemingen en hun gedetacheerde werknemers de in hun wettelijke regeling vastgelegde vakantieduur op te leggen, door de detacheringsrichtlijn gewijzigd in een *verplichting*.

151. Ik zal in het kader van de vierde vraag hierop terugkomen, maar ik wil nu al opmerken dat het Verdrag de Bondsrepubliek Duitsland toestond te handelen zoals zij gedaan heeft (dat wil zeggen buitenlandse ondernemingen verplichten om de uit de collectieve arbeidsovereenkomsten voortvloeiende vakantieduur in acht te nemen) en het daarom voor de hoofdgedingen niet van belang is dat zij daartoe ook ingevolge deze richtlijn verplicht was.

152. Ik ben dus van mening dat de artikelen 59 en 60 van het Verdrag zich niet ertegen verzetten dat een lidstaat door een nationale bepaling als die van § 1, lid 1, tweede volzin, AEntG een in een andere lidstaat gevestigde onderneming die tijdelijk werkzaamheden op zijn grondgebied uitvoert, verplicht om voorschriften van collectieve arbeidsovereenkomsten toe te passen die voorzien in een langere vakantieduur dan de minimumduur van de jaarlijkse vakantie als bepaald in de arbeidstijdrichtlijn.

b) *De wijze van betaling van de vakantie-uitkeringen*

153. In punt b van zijn tweede vraag wil de verwijzende rechter van het Hof weten of de artikelen 59 en 60 van het Verdrag zich verzetten tegen een stelsel dat aan in Duitsland gevestigde werkgevers een vergoedingsaanspraak jegens het fonds geeft met betrekking tot de wegens vakantie-uitkeringen en vakantiegeld gedane uitgaven, terwijl dat stelsel niet in een dergelijke aanspraak voorziet voor in het buitenland gevestigde werkgevers, doch in plaats daarvan aan de gedetacheerde werknemers een rechtstreekse aanspraak geeft jegens de paritaire organen van de sociale partners.

154. De verwijzende rechter laat deze vraag gepaard gaan met de volgende kanttekeningen:

„Het stelsel van vakantiefondsen onderscheidt zich ten aanzien van buitenlandse en nationale werkgevers vooral door het feit dat de nationale werkgevers zelf zorg dragen voor betaling van de vakantiedagen aan hun werknemers en daarvoor vergoeding ontvangen van de vakantiefondsen. De hierboven uiteengezette bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten die voor buitenlandse werkgevers gelden, verhinderen dat die werkgevers rechtstreeks de uitkeringen van de vakantiefondsen ontvangen. Dat komt doordat de gedetacheerde werknemers hun aanspraken rechtstreeks bij het vakantiefonds kunnen doen gelden. Voor de berekening van deze aanspraken door het fonds moet aan de hierbovenvermelde formaliteiten inzake de aanvullende gegevens zijn voldaan. Er bestaat echter geen objectief gefundeerde reden om buitenlandse werkgevers, die daarvoor dan wel een ruimere informatieplicht hebben, van de rechtstreekse aanspraken op het vakantiefonds uit te sluiten en aldus ervan uit te gaan dat zij, anders dan nationale werkgevers, de vakantieaanspraken van hun werknemers niet naar behoren zouden afhandelen. Dat is een (openlijke) discriminatie op grond van de nationale zetel van de onderneming, die volgens de rechtspraak van het Hof slechts geoorloofd is onder de bijzondere voorwaarden van de artikelen 55, 56 en 66 van het Verdrag. Het is niet duidelijk of aan deze voorwaarden is voldaan."

Ingediende opmerkingen

155. De ondernemingen die partij zijn in de hoofdgedingen, nemen hetzelfde standpunt in als de verwijzende rechter. Zij benadrukken tevens dat het vakantiefonds de uitkeringen aan de werknemers eerst betaalt twee of drie maanden nadat een verzoek daartoe is ingediend.

156. Ten slotte voeren deze ondernemingen nog enkele argumenten aan inzake sociale-zekerheidsbijdragen en belastingbedragen die van de vakantie-uitkeringen afgetrokken zouden worden. Zij betogen in dat verband ook dat, anders dan voor werknemers die werkzaamheden uitoefenen voor een in Duitsland gevestigde werkgever, de afgifte van een vaste loonverklaring („Lohnnachweiskarte") voor de in het buitenland gedetacheerde werknemers niet is geregeld in de collectieve arbeidsovereenkomst. § 68 VTV voorziet in plaats daarvan in een door het vakantiefonds afgege-

ven verklaring betreffende de voor de vakantie-uitkeringen relevante gegevens van de gedetacheerde werknemer.

157. Omdat de verwijzende rechter deze aspecten echter niet aanstipt in zijn kanttekeningen bij de tweede vraag sub b, meen ik mij te moeten beperken tot de vraag of het aan de orde zijnde stelsel onverenigbaar is met het gemeenschapsrecht vanwege het enkele feit dat de buitenlandse werkgevers niet rechtstreeks uitkeringen ontvangen van het vakantiefonds.

158. De Duitse regering en de Ulak betwisten dat dit stelsel hierdoor onverenigbaar wordt met het gemeenschapsrecht. Zij benadrukken dat de in Duitsland gevestigde onderneming de vakantie-uitkeringen aan haar werknemers moet voorfinancieren, terwijl de buitenlandse onderneming die verplichting niet heeft.

159. De buitenlandse onderneming behoeft daardoor niet zelf de uitkering te berekenen en te betalen op basis van een vakantieregeling die zij niet kent.

160. Hierdoor is de werknemer ervan verzekerd dat zijn vakantieaanspraken op juiste wijze worden berekend en uitbetaald. De verschillende behandeling van buitenlandse ondernemingen is dus jegens hen geen discriminatie, maar levert hun een financieel voordeel op en een administratieve verlichting.

161. Ook in andere lidstaten, waar vergelijkbare stelsels van socialezekerheidsfondsen bestaan (Koninkrijk België, Franse Republiek, Italiaanse Republiek, Koninkrijk der Nederlanden en Oostenrijkse Republiek), wordt in het algemeen het systeem van rechtstreekse betaling van de aanspraken van de werknemer door de socialezekerheidsfondsen toegepast. Ten slotte overweegt ook de Bondsrepubliek Duitsland de van oudsher op nationale werknemers toegepaste andere werkwijze af te schaffen en te vervangen door een systeem van rechtstreekse betaling.

162. Ondanks de voor buitenlandse ondernemingen bestaande verplichting aanvullende gegevens te verstrekken om de uitkeringen door het fonds te kunnen berekenen, betekent dit volgens de Duitse regering dus niet dat er van discriminatie sprake is. Dientengevolge moet ook de tweede vraag sub b ontkennend worden beantwoord.

163. De Commissie had in haar schriftelijke opmerkingen het tegenovergestelde

standpunt ingenomen, dat zij ter terechtzitting echter aanzienlijk heeft genuanceerd.

164. Volgens haar zou op het eerste gezicht gedacht kunnen worden dat hier duidelijk sprake is van discriminatie, maar pleiten verschillende factoren voor de redenering van de Ulak en de Duitse regering dat deze handelwijze noch voor de gedetacheerde werknemer, noch voor de buitenlandse werkgever nadelig is, maar deze laatste, vergeleken met de in Duitsland gevestigde ondernemingen, begunstigt.

165. Het is dus aan de verwijzende rechter om te toetsen of dit stelsel voor de werkgever die werknemers uitzendt, uiteindelijk een voordeel dan wel een nadeel oplevert, en of de werknemer daadwerkelijk zijn vakantie-uitkeringen kan krijgen. De verwijzende rechter zal ook rekening dienen te houden met de beweringen van Finalarte dat er uiteindelijk negatieve fiscale consequenties zullen ontstaan en de buitenlandse dienstverrichters zwaarder zullen worden getroffen.

166. Kortom, de Commissie zou zich niet tegen een uitlegging verzetten die een dergelijk verschil in behandeling verenigbaar met het Verdrag zou achten.

167. De Franse regering neemt hetzelfde standpunt in en benadrukt dat het volstrekt denkbaar is dat één en hetzelfde doel vanwege bijzondere omstandigheden langs verschillende wegen verwezenlijkt moet worden, en dat het niet mogelijk is anders te werk te gaan.

Beoordeling

168. Ikzelf ben ook van mening dat, behoudens het nadere onderzoek dat de verwijzende rechter zal moeten instellen aangaande alle aspecten van het geldende stelsel, niet gezegd kan worden dat de artikelen 59 en volgende van het Verdrag zich in beginsel tegen rechtstreekse betaling van de vakantie-uitkeringen aan de gedetacheerde werknemers verzetten.

169. Ik ben namelijk niet ervan overtuigd dat een stelsel van vakantiefondsen, dat alleen dan als verenigbaar met het Verdrag kan worden beschouwd als het de gedetacheerde werknemer een grotere sociale bescherming verleent, verboden moet worden, juist omdat het dat voordeel rechtstreeks aan de werknemer verstrekt, zonder tussenkomst van de werkgever. Daarbij moet ook in aanmerking worden genomen dat de werknemer zo beter beschermd is tegen een eventueel faillissement van zijn werkgever of tegen het feit dat de werkgever de uitkering niet betaalt omdat deze

zijn werkzaamheden in Duitsland heeft beëindigd en naar zijn land van herkomst is teruggekeerd, terwijl de werknemer in Duitsland wil blijven om in dienst te treden van een andere buitenlandse of Duitse werkgever.

170. Beschouwt men het probleem vanuit het oogpunt van de „buitenlandse" werkgever, dan blijkt dat deze, ook al moet hij het fonds bepaalde aanvullende gegevens verstrekken, de uitkeringen niet zelf behoeft te berekenen en enkel de bijdragen aan het vakantiefonds behoeft te betalen, terwijl de nationale werkgever zowel deze bijdrage moet betalen alsook de vakantie-uitkering aan zijn werknemer moet voorschieten.

171. Ik geef het Hof daarom in overweging op de tweede prejudiciële vraag sub b te antwoorden dat een stelsel van vakantiefondsen waarbij de vakantie-uitkering rechtstreeks aan de gedetacheerde werknemer wordt betaald, terwijl deze bij de in de ontvangende lidstaat gevestigde ondernemingen aan de werkgever wordt betaald, reeds om die reden niet onverenigbaar is met de artikelen 59 en volgende van het Verdrag.

c) *De te verstrekken gegevens*

172. In de derde plaats wil het Arbeitsgericht Wiesbaden weten of de artikelen 59 en 60 van het Verdrag zich ertegen verzetten dat wat de omvang van aan de paritaire organen van de sociale partners te verstrekken gegevens betreft, aan buitenlandse werkgevers verplichtingen worden opgelegd die verder reiken dan de voor in Duitsland gevestigde werkgevers geldende verplichting.

173. Uit de verwijzingsbeschikking volgt dat de buitenlandse dienstverrichter, voordat een nieuwe gedetacheerde werknemer zijn werkzaamheden aanvangt, op een formulier van de Ulak de volgende gegevens moet verstrekken:

1) Naam, voornaam, geboortedatum en adres in land van herkomst van de gedetacheerde werknemer, evenals zijn registratienummer bij het vakantiefonds, zo dit al is toegekend.

2) Bankrelatie van de werknemer in zijn land van herkomst en in Duitsland.

3) Ligging van de bouwplaats waar de werknemer zijn werkzaamheden zal verrichten.

4) Aard van de werkzaamheden van de werknemer.

5) Aanvangsdatum en vermoedelijke duur van de werkzaamheden.

6) Postadres van de werkgever in Duitsland.

7) Naam en adres van de instellingen waaraan de aan het loon gerelateerde bijdragen aan de socialezekerheidsstelsels zullen worden betaald, alsmede de registratienummers van de werknemer bij die instellingen.

8) Naam en adres van de belastingdienst waaraan de loonbelasting wordt betaald, alsmede de registratienummers van de werkgever en de werknemer.

174. Bovendien verplicht § 59, lid 3, VTV de buitenlandse dienstverrichter om het vakantiefonds iedere maand de volgende gegevens voor iedere gedetacheerde werknemer te verstrekken:

1) Naam, voornaam, geboortedatum en werknemersnummer.

2) Wijzigingen ten opzichte van de eerste opgave.

3) Het brutomaandloon in DEM.

175. Daarentegen moet de in Duitsland gevestigde werkgever ingevolge § 27, lid 2, VTV alleen op speciaal verzoek van een fonds de namen en adressen van de in het desbetreffende tijdvak tewerkgestelde werknemers verstrekken en de brutoloonsom over dat tijdvak uitsplitsen per werknemer.

176. § 70 VTV bevat ten slotte de verplichting van de buitenlandse dienstverrichter om de Ulak, „het federale arbeidsbureau, de vestigingen daarvan en de hoofdbelastingdiensten de gegevens te verstrekken die noodzakelijk zijn ter beoordeling of *de deelneming aan het stelsel van vakantiefondsen volgens de regels geschiedt*".

177. De verwijzende rechter meent dat „de van de buitenlandse werkgevers verlangde hoeveelheid gegevens duidelijk groter is dan die welke de nationale werkgevers moeten verstrekken. De talrijke extra te verstrekken inlichtingen maken het vooral voor de kleine en middelgrote ondernemingen aanzienlijk moeilijker om diensten te verrichten in Duitsland. Deze verplichtingen zijn voor buitenlandse werkgevers slechts moeilijk te begrijpen en brengen aanzienlijke administratieve kosten mee.

De extra inlichtingen worden uitsluitend van de buitenlandse werkgevers verlangd vanwege hun buitenlandse zetel. Ook dat is een (openlijke) discriminatie op grond van de nationale zetel van de onderneming, hetgeen volgens de rechtspraak van het Hof slechts geoorloofd is onder de bijzondere voorwaarden van de artikelen 55, 56 en 66 van het Verdrag. Het is evenwel niet duidelijk of aan deze voorwaarden is voldaan."

Ingediende opmerkingen

178. De Duitse regering legt uit dat deze verschillende voorschriften om praktische redenen noodzakelijk zijn. De controle van de ondernemingen met zetel buiten Duitsland is zeer moeilijk en kan niet even grondig geschieden als de controle van bouwondernemingen die hun zetel in Duitsland hebben.

179. Er kunnen uitgebreidere meld- en informatieplichten aan buitenlandse ondernemingen worden opgelegd omdat die in het algemeen zonder enig probleem over de noodzakelijke gegevens kunnen beschikken door eenvoudigweg de loonkaarten van de betrokken werknemers te raadplegen, daar zij die gegevens ook nodig hebben om hun lonen te berekenen en te betalen.

180. De Belgische regering is van mening dat de verstrekking van deze gegevens alleen toelaatbaar is wanneer dit objectief noodzakelijk is met het oog op de verwezenlijking van het nagestreefde doel, in dit geval dat de werknemers hun vakantieaanspraken volledig behouden en de vakantieuitkeringen betaald worden, en om de onontbeerlijke controles mogelijk te maken.

181. Tecnamb en Engil delen het standpunt van de verwijzende rechter.

182. Tudor wijst erop dat de informatieplicht dient om het stelsel van vakantiefondsen uit te voeren en te controleren. Daar het gemeenschapsrecht zich ertegen verzet dat het stelsel van vakantiefondsen ook op buitenlandse dienstverrichters wordt toegepast, moet het zich ook ertegen verzetten dat aan hen deze informatieplicht wordt opgelegd.

183. De Nederlandse regering is van mening dat de aan de buitenlandse dienstverrichters opgelegde verplichting om extra gegevens te verstrekken, verband houdt met de omstandigheid dat de Ulak zich het recht voorbehoudt om de aan de gedetacheerde werknemers toekomende uitkeringen te berekenen. Zij betoogt dat een informatieplicht alleen gerechtvaardigd is om te controleren of de aan de gedetacheerde werknemer toegekende vakantie met behoud van loon van dezelfde omvang is als die welke in ontvangende lidstaat wordt

toegekend. De vakantie-uitkeringen moeten echter betaald worden volgens het stelsel van het land van herkomst.

184. De Commissie meent:

„Voorzover de informatieplicht voor werkgevers die in een andere lidstaat zijn gevestigd, verder reikt dan de voor de in Duitsland gevestigde werkgevers geldende verplichting, kan deze regeling op het eerste gezicht discriminatoir lijken. Zoals uit vaste rechtspraak van het Hof volgt, zouden deze regelingen, nu deze niet zonder onderscheid van toepassing zijn op alle dienstverrichtingen, ongeacht de herkomst ervan, enkel gerechtvaardigd kunnen worden geacht door de uitzonderingen die volgens artikel 56 EG-Verdrag (in samenhang met artikel 66 EG-Verdrag) zijn toegestaan, te weten de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid. [24]

De Commissie beschikt niet over specifieke aanknopingspunten waardoor zij kan toetsen in hoeverre de discriminatie kan worden gerechtvaardigd op grond van de openbare orde en de openbare veiligheid. Die toetsing behoort de nationale rechter te doen."

24 — Arrest van 16 december 1992, Commissie/België (C-211/91, Jurispr. blz. I-6757, punten 10 en 11).

185. De Commissie vestigt echter de aandacht op het feit dat

„in casu met de door § 59, lid 2, VTV verlangde gegevens ook wordt beoogd de naleving van de arbeidsomstandigheden en -voorwaarden te controleren. De extra informatie kan dus objectief noodzakelijk zijn om de naleving van de beroepsregels te verzekeren.

Effectieve controle is des te belangrijker nu de in artikel 5 van de detacheringsrichtlijn bepaalde sancties op de niet-naleving van deze voorwaarden, veel moeilijker in een grensoverschrijdende context dan in een puur nationaal kader zijn op te leggen. De situaties zijn in zoverre verschillend dat de overheidsinstanties vaak slechts op grond van in de staat van herkomst gedaan onderzoek kunnen weten of de detachering bijvoorbeeld misbruik betekent van de vrijheid van dienstverrichting of onderwerp is van een fictieve overeenkomst, dan wel of aan de voorschriften van de detacheringsrichtlijn inzake het minimumloon is voldaan. Daar de arbeidsomstandigheden en -voorwaarden in de bouw vaak worden ontdoken, is een specifieke controle door de overheidsinstanties die op de correcte toepassing van het recht moeten toezien, noodzakelijk. Daarom is de Commissie van mening dat niet uitgesloten moet worden dat extra informatieverplichtingen nodig zijn ter verzekering van een doeltreffend

toezicht, dat door de Duitse overheidsinstanties alleen op Duits grondgebied kan worden uitgeoefend. [25]

De verschillende maatregelen van toezicht moeten echter wel proportioneel blijven en mogen niet verder gaan dan wat nodig is voor een effectief toezicht. In het bijzonder mogen alleen documenten worden verlangd waarover de werkgever al ingevolge de in de staat van vestiging geldende regels beschikt. Overtollige en puur bureaucratische regelgeving moet worden vermeden, daar deze de vrijheid van dienstverrichting beperkt en het scheppen van nieuwe banen in gevaar brengt. Het is aan de nationale rechter om op de naleving van deze beginselen toe te zien.

In dit verband dient benadrukt te worden dat de detacheringsrichtlijn, om de typisch bij het toezicht rijzende moeilijkheden de baas te worden, volgens de bewoordingen van artikel 4 voorrang verleent aan de samenwerking tussen de lidstaten op het gebied van informatie. De uitvoering van deze richtlijn moet dus resulteren in een samenwerking van de overheidsinstanties die bevoegd zijn ter zake van het toezicht op de in artikel 1 van die richtlijn vermelde arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden.

25 — Arrest van 5 oktober 1994, Van Schaik (C-55/93, Jurispr. blz. I-4837, punt 20).

Het voorgaande in aanmerking nemende, geeft de Commissie in overweging punt c van de tweede prejudiciële vraag als volgt te beantwoorden:

„De artikelen 59 en 60 van het Verdrag moeten aldus worden uitgelegd dat zij niet worden geschonden door informatieverplichtingen die aan in een andere lidstaat gevestigde werkgevers in het kader van een stelsel van vakantiefondsen worden opgelegd en die verder gaan dan de voor de in Duitsland gevestigde werkgevers geldende verplichting, wanneer en voorzover deze verplichtingen nodig en geschikt zijn om een doeltreffend toezicht op de naleving van de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden als bedoeld in artikel 3 van de detacheringsrichtlijn te verzekeren. Het staat aan de nationale rechter om vast te stellen of dit het geval is'."

Beoordeling

186. Naar mijn mening moet onderscheid worden gemaakt tussen gegevens die nodig zijn ter voorkoming van „zwart werken" en voor een doeltreffend toezicht op de naleving van de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden (zoals het minimumloon en de dagelijkse, wekelijkse en jaarlijkse arbeidstijd), en gegevens die nodig zijn voor de toepassing van het stelsel van vakantiefondsen.

187. Aangaande de eerste categorie moet het volgende worden opgemerkt:

188. In de eerste plaats valt niet uit te sluiten dat de van buitenlandse werkgevers verlangde hoeveelheid gegevens alleen maar op het eerste gezicht groter is dan die welke de nationale werkgevers moeten verstrekken, daar de Ulak de gegevens van die laatste werkgevers ambtshalve verkrijgt van de Duitse autoriteiten dan wel de mogelijkheid heeft deze bij hen op te vragen. We moeten niet vergeten dat een Duitse onderneming, alvorens haar werkzaamheden te kunnen aanvangen, bepaalde formaliteiten moet vervullen en dat andere gegevens ter kennis van de autoriteiten komen door belastingaangiften en opgaven van sociale premies (zie met name punt 12 hierboven).

189. In de tweede plaats zouden de buitenlandse werkgevers, nu zij slechts in Duitsland komen om werkzaamheden uit te voeren op een of meer bepaalde bouwplaatsen, niet gedegen gecontroleerd kunnen worden als zij de bevoegde autoriteiten niet in kennis moesten stellen van de ligging van de bouwplaats of bouwplaatsen, de datum van aanvang en de vermoedelijke duur van de werkzaamheden, het adres van de werkgever in Duitsland, het aantal en de identiteit van de gedetacheerde werknemers [26] en waarschijnlijk nog andere gegevens, waarvan het aan de verwijzende rechter staat de noodzaak ervan te toetsen.

26 — Dat lijkt mij met name ter voorkoming van „zwart werken" absoluut noodzakelijk.

190. In de derde plaats moet vastgesteld worden dat in het arrest Arblade e.a. al criteria voor het bijhouden van socialezekerheids- en arbeidsdocumenten zijn vastgesteld die op de onderhavige zaken zijn toe te passen. De relevante passages luiden als volgt:

„58 Een verplichting om in de lidstaat van ontvangst bepaalde bijkomende documenten op te stellen en bij te houden, zoals die welke de Belgische wettelijke regeling oplegt, brengt voor de in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen extra administratieve en economische kosten en lasten mee, zodat deze ondernemingen uit het oogpunt van de mededinging niet op gelijke voet staan met de in de lidstaat van ontvangst gevestigde werkgevers.

59 Het opleggen van een dergelijke verplichting vormt dus een beperking van het vrij verrichten van diensten in de zin van artikel 59 van het Verdrag.

60 Een dergelijke beperking is slechts gerechtvaardigd wanneer zij nodig is om de sociale bescherming van de werknemers, een dwingende reden van openbaar belang, doeltreffend en met passende middelen te verzekeren.

61 Om de werknemers in de bouwsector doeltreffend te beschermen, met name ter zake van veiligheid en gezondheid alsmede ter zake van de arbeidstijd, kan het nodig zijn te eisen dat op de bouwplaats of althans op een toegankelijke en duidelijk geïdentificeerde plaats op het grondgebied van de lidstaat van ontvangst bepaalde documenten ter beschikking van de controle-instanties van deze staat worden gehouden, vooral daar tussen de lidstaten geen georganiseerd systeem van samenwerking en informatie-uitwisseling in de zin van artikel 4 van richtlijn 96/71 bestaat. [27]

62 Voorts kan bij gebreke van het in het vorige punt genoemde georganiseerde systeem van samenwerking en informatie-uitwisseling de verplichting om bepaalde door de regeling van deze staat verlangde documenten op te maken en op de bouwplaats of althans op een toegankelijke en duidelijk geïdentificeerde plaats op het grondgebied van de lidstaat van ontvangst bij te houden, de enige passende controlemaatregel zijn gelet op het door deze regeling nagestreefde doel.

63 De door de regeling van de lidstaat van vestiging respectievelijk die van de lidstaat van ontvangst verlangde inlichtingen betreffende onder meer de werkgever, de werknemer, de arbeidsvoorwaarden en het loon, kunnen immers zozeer uiteenlopen, dat de door de regeling van de lidstaat van ontvangst verlangde controles niet op basis van de overeenkomstig de regeling van de lidstaat van vestiging bijgehouden documenten kunnen worden verricht.

64 Het feit alleen dat er bepaalde vormelijke of inhoudelijke verschillen zijn, kan evenwel niet rechtvaardigen, dat twee soorten documenten moeten worden bijgehouden, de ene overeenkomstig de regeling van de lidstaat van vestiging en de andere overeenkomstig die van de lidstaat van ontvangst, wanneer de inlichtingen op de door de regeling van de lidstaat van vestiging verlangde documenten in hun geheel genomen toereikend zijn om de nodige controles in de lidstaat van ontvangst te kunnen verrichten.

65 Het is dus van belang, dat de autoriteiten en in voorkomend geval de rechterlijke instanties van de lidstaat van ontvangst, alvorens te verlangen dat de sociale of arbeidsdocumenten op hun grondgebied overeenkomstig hun eigen regeling worden opgemaakt en bijgehouden, achtereenvolgens nagaan, of de sociale bescherming van de werknemers die deze eisen kan rechtvaardigen, niet afdoende wordt gewaarborgd door de overlegging binnen een rede-

27 — Ik wil hierbij opmerken dat deze richtlijn ten tijde van de feiten nog niet van kracht was en het informatiesysteem in casu dus ook nog niet bestond.

lijke termijn van de in de lidstaat van vestiging bijgehouden documenten of van een afschrift daarvan, en bij gebreke daaraan door deze documenten of een afschrift daarvan op de bouwplaats of op een toegankelijke en duidelijk geïdentificeerde plaats op het grondgebied van de lidstaat van ontvangst ter beschikking te houden."

191. De verwijzing naar „bouwplaats" of „toegankelijke en duidelijk geïdentificeerde plaats" is duidelijk te verklaren door de bijzonderheden van de betrokken Belgische regeling. Er is niets op tegen dat de Bondsrepubliek Duitsland verlangt dat de documenten aan de bevoegde bestuurlijke instantie worden overgelegd als die ter controle werkelijk nodig zijn.

192. De taak van de nationale rechter om de documenten die in de lidstaat van herkomst voorhanden zijn te vergelijken met die welke in de lidstaat van ontvangst worden verlangd, is duidelijk niet gemakkelijk, maar alleen hij is bevoegd om in het kader van een bepaald geschil het gemeenschapsrecht toe te passen.

193. Wat de tweede groep van gegevens betreft die ik voorstel te onderscheiden, namelijk die welke specifiek verlangd worden met het oog op de toepassing van het stelsel van vakantiefondsen, staat het aan de nationale rechter om eerst op grond van de antwoorden van het Hof vast te stellen of toepassing van dit stelsel verenigbaar is met het gemeenschapsrecht en, in geval van een bevestigend antwoord, daarna te bepalen of alle verlangde documenten en gegevens in dit verband strikt noodzakelijk zijn.

194. Aangaande het antwoord op de tweede prejudiciële vraag sub c heb ik mij laten leiden door het in deze door de Commissie voorgestelde antwoord, doch ik wil hieraan wel enige uitbreiding geven. Ik geef het Hof in overweging als volgt te antwoorden:

195. De artikelen 59 en 60 van het Verdrag moeten aldus worden uitgelegd dat zij niet worden geschonden door informatieverplichtingen die aan in een andere lidstaat gevestigde werkgevers in het kader van de vrijheid van dienstverrichting worden opgelegd, wanneer en voorzover deze nodig en geschikt om

— een doeltreffende controle van de naleving van de in het land van ontvangst geldende arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden te verzekeren;

— de goede werking van een stelsel van vakantiefondsen te waarborgen, voorzover de toepassing van dit stelsel op de betrokken werkgevers niet om andere redenen als onverenigbaar met voormelde bepalingen wordt aangemerkt.

Het is aan de nationale rechter om vast te stellen of dat het geval is.

## De derde prejudiciële vraag

196. In het kader van de derde prejudiciële vraag van het Arbeitsgericht Wiesbaden moet worden onderzocht of de artikelen 59 en 60 van het Verdrag zich verzetten tegen een nationale bepaling als § 1, lid 4, AEntG, op grond waarvan in wezen alle naar Duitsland uitgezonden werknemers van een buitenlandse werkgever — en zij alleen — als bedrijf worden aangemerkt, terwijl ten aanzien van in Duitsland gevestigde werkgevers het begrip bedrijf een andere inhoud heeft, zodat in bepaalde gevallen de binnen de werkingssfeer van collectieve arbeidsovereenkomsten vallende bedrijven volgens verschillende criteria worden afgebakend.

197. § 1, lid 4, AEntG bepaalt:

„In het kader van de bedrijfsgebonden werkingssfeer van een collectieve arbeidsovereenkomst in de zin van de leden 1, 2 en 3, worden de door een in het buitenland gevestigde werkgever in Duitsland tewerkgestelde werknemers gezamenlijk als bedrijf aangemerkt."

198. De verwijzende rechter benadrukt echter dat het begrip bedrijf ten aanzien van in Duitsland gevestigde werkgevers een andere inhoud heeft. Hij geeft hiervan de navolgende omschrijving:

„In het Duitse arbeidsrecht wordt onder bedrijf verstaan de organisatorische eenheid waarbinnen een ondernemer, alleen of in gemeenschap met zijn medewerkers, met behulp van materiële of immateriële middelen duurzaam bepaalde arbeidstechnische doelstellingen nastreeft. Dat ook de sociale partners in de bouwnijverheid een bedrijf in deze zin opvatten, blijkt uit § 7, sub 2.2.2, BRTV-Bau, waarin in verband met een voorschrift inzake de reis- en verplaatsingskostenvergoeding ‚bedrijf' wordt omschreven als ‚het hoofdkantoor, de vestiging, het filiaal, het bijkantoor of enige andere permanente vertegenwoordiging van de werkgever' waarbij de werknemer wordt tewerkgesteld. Aldaar is voorts bepaald, dat indien een werknemer op een bouwplaats wordt tewerkgesteld, de ‚dichtstbijzijnde vertegenwoordiging van de werkgever' als bedrijf wordt aangemerkt. Hieruit blijkt voldoende duidelijk, dat ter beantwoording van de vraag of binnenlandse betrokkenen onder de collectieve arbeidsovereenkomst vallen, niet wordt uitgegaan van de bouwplaats als zodanig of van de uitsluitend op een bouwplaats tewerkgestelde werknemers, doch van de organisatorische eenheid van waaruit werknemers naar bouwplaatsen worden uitgezonden.

Bij beantwoording van de vraag of buitenlandse uitzenders onder de CAO vallen, blijken daarentegen uitsluitend de uitgezonden werknemers zelf gezamenlijk als bedrijf te worden aangemerkt.

Dat twee verschillende definities van het begrip bedrijf worden gehanteerd, kan in de praktijk gevolgen hebben bij zogenoemde gemengde bedrijven. Dat zijn bedrijven die deels bouwactiviteiten en deels andere activiteiten uitvoeren. Een voorbeeld daarvan is een bedrijf dat een handel in bouwmaterialen, bijvoorbeeld plavuizen, exploiteert en daarnaast een ploeg werknemers in dienst heeft die zelf een deel van de verkochte plavuizen legt in opdracht van derden. Volgens de relevante CAO-rechtelijke bepalingen is alleen het leggen van de plavuizen een bouwactiviteit en de handel in plavuizen niet.

Behalve in het specifieke geval van zogenoemde zelfstandige bedrijfsonderdelen, vallen volgens § 1, lid 2, alinea VI, eerste volzin, VTV bedrijven steeds in hun geheel onder de collectieve arbeidsovereenkomsten voor de bouwnijverheid. Gemengde bedrijven vallen volgens de rechtspraak van de op dit punt hoogste rechterlijke instantie in Duitsland in hun geheel onder de collectieve arbeidsovereenkomsten voor de bouwnijverheid indien — gemeten over een tijdvak van een kalenderjaar — de arbeidstijd van de in de bouwsector werkzaam zijnde werknemers de arbeidstijd van de in andere sectoren werkzaam zijnde werknemers te boven gaat. Dit betekent, dat een gemengd bedrijf in zijn geheel onder de bouw-CAO's valt, indien in een bepaald kalenderjaar de arbeidstijd van de in de bouwsector werkzaam zijnde werknemers meer bedraagt dan 50 % van de totale arbeidstijd van het gehele bedrijf.

Zijn in het bij wijze van voorbeeld genoemde bedrijf meer werknemers werkzaam in de handel in plavuizen dan in het — als bouwactiviteit aangemerkte — leggen van plavuizen en is de individuele arbeidstijd van de tewerkgestelde werknemers gelijk, dan prevaleert vanuit het oogpunt van de arbeidstijd de handelsactiviteit, met als gevolg dat het bedrijf in zijn geheel niet onder de bouw-CAO's valt. Dit heeft tot gevolg, dat *de betrokken binnenlandse werkgever voor de plavuizenleggers geen sociale premies ingevolge de bouw-CAO behoeft te betalen.*[28] Een buitenlands bedrijf met een overeenkomstige bedrijfsstructuur dat in het land van herkomst plavuizen verhandelt en een ploeg plavuizenleggers naar Duitsland uitzendt, moet daarentegen wel sociale bijdragen betalen voor de uitgezonden plavuizenleggers [...]

28 — Cursivering van mij.

Doordat in § 1, lid 4, AEntG een bedrijf niet is gedefinieerd als een organisatorische eenheid van personen en middelen ten behoeve van de uitoefening van een economische activiteit met een eigen doelstelling, doch uitsluitend de uitgezonden werknemers zelf als bedrijf worden aangemerkt, heeft deze bepaling, die uitsluitend voor buitenlandse werkgevers geldt, een benadelende werking. Ook dit zou (openlijke) discriminatie op grond van de nationale zetel van de onderneming kunnen opleveren, hetgeen volgens de rechtspraak van het Hof slechts toelaatbaar is onder de bijzondere voorwaarden van de artikelen 55, 56 en 66 EG-Verdrag. Het is evenwel niet duidelijk of aan deze voorwaarden is voldaan."

*Ingediende opmerkingen*

199. De buitenlandse dienstverrichters, met name Tecnamb, Finalarte en Portugaia, alsmede de Nederlandse regering delen het standpunt van de verwijzende rechter.

200. Volgens de Franse regering is de oplossing van het AEntG de enige praktisch mogelijke.

201. De Belgische regering is van mening dat deze kwestie slechts puur hypothetisch is en dat het door het AEntG gehanteerde begrip bedrijf een aanknopingspunt is dat nodig is om de buitenlandse dienstverrichter onder het stelsel van vakantiefondsen te laten vallen.

202. De Duitse regering betoogt dat de derde vraag niet-ontvankelijk is, want zonder belang voor de beslechting van de geschillen in de hoofdgedingen. De verwijzende rechter heeft namelijk niet gesteld dat de in de hoofdgedingen betrokken buitenlandse bedrijven niet binnen de werkingssfeer van de algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten vielen indien het begrip bedrijf in het AEntG een andere inhoud had.

203. Subsidiair stelt zij dat, zo het criterium om een buitenlandse dienstverrichter als bedrijf binnen de werkingssfeer van de collectieve arbeidsovereenkomst te brengen de door de gedetacheerde werknemers verrichte arbeid is en niet alle activiteiten van dat bedrijf, de reden daarvan is dat het AEntG territoriale werking heeft en de activiteiten van het bedrijf in zijn land van herkomst dus niet in aanmerking genomen kunnen worden. Bovendien is het onmogelijk de gegevens te controleren die de buitenlandse dienstverrichter daarover verstrekt. Dat de in het buitenland uitgevoerde activiteiten niet in aanmerking worden genomen, kan overigens bij gemengde buitenlandse bedrijven net zo voor- als nadelig uitwerken.

204. Het standpunt van de Commissie heeft zich gedurende de procedure gewij-

zigd. In haar schriftelijke opmerkingen was zij uitgegaan van een openlijke discriminatie op grond van de nationale zetel van het bedrijf. Ter terechtzitting heeft zij gewezen op de praktische problemen die rijzen bij de toepassing van de wet, waarna zij verklaarde hiervoor geen oplossing te kunnen voorstellen en zij een beslissing in deze aan de wijsheid van het Hof overliet.

*Beoordeling*

205. Aangaande het argument van de Duitse regering inzake de ontvankelijkheid van deze vraag, volsta ik ermee naar de rechtspraak van het Hof te verwijzen, volgens welke het uitsluitend aan de nationale rechter staat de relevantie van de gestelde vraag te beoordelen, en dat enkel het kennelijk ontbreken van elk verband met het hoofdgeding tot de niet-ontvankelijkheid van de vraag kan leiden.[29] In casu is dit echter duidelijk niet het geval.

206. Ten gronde ben ik van mening dat als het probleem van de „gemengde bedrijven" er niet zou zijn, de oplossing eenvoudig was. Zoals de verwijzende rechter uiteenzette, kan namelijk volgens de Duitse regeling niet alleen „het hoofdkantoor, de vestiging of het filiaal" als bedrijf worden beschouwd, maar ook „het bijkantoor, een andere permanente vertegenwoordiging van de werkgever" of zelfs „de dichtstbijzijnde vertegenwoordiging van de werkgever".

207. Derhalve zie ik niet in waarom de vertegenwoordiger van een buitenlandse werkgever die leiding moet geven aan de werkzaamheden van de naar Duitsland uitgezonden werknemers, niet als de „dichtstbijzijnde vertegenwoordiging van de werkgever" kan worden beschouwd.

208. De zaak wordt echter behoorlijk ingewikkelder doordat over de lonen van de tijdelijk in Duitsland werkzame Britse of Portugese plavuizenleggers (om bij het door de verwijzende rechter aangehaalde voorbeeld te blijven) altijd bijdragen worden betaald, terwijl over de lonen van de plavuizenleggers in dienst van een in Duitsland gevestigd bedrijf dat niet gebeurt, zodra in het bedrijf waaronder zij vallen, de arbeidstijd van de in de bouwsector werkzame werknemers (zoals plavuizenleggers) minder dan de helft bedraagt van de totale arbeidstijd in het bedrijf.

209. Het is duidelijk dat vergeleken met dit soort gemengde bedrijven de buitenlandse

29 — Arrest van 18 oktober 1990, Dzodzi (C-297/88 en C-197/89, Jurispr. blz. I-3763, punt 34).

dienstverrichters „uit het oogpunt van de mededinging niet op gelijke voet staan" [30], en dat dit stelsel, ook al leidt het eveneens tot discriminatie tussen Duitse bedrijven, zeker een beperking van de vrijheid van dienstverrichting in de zin van artikel 59 van het Verdrag inhoudt.

210. Aangezien deze beperking discriminerend is, kan zij niet worden gerechtvaardigd door welke dwingende reden van algemeen belang dan ook. De enige rechtvaardigingsgronden die in aanmerking zouden kunnen komen, zijn die van artikel 56 van het Verdrag. Er is evenwel niet aangetoond dat in de onderhavige gevallen op een van die gronden rechtsgeldig een beroep kan worden gedaan.

211. Om deze discriminatie weg te nemen, zijn verschillende oplossingen denkbaar. Een eerste mogelijkheid zou erin kunnen bestaan om werknemers die in dienst van „gemengde bedrijven" in de bouwsector werkzaam zijn, ook onder het stelsel van de vakantiefondsen te laten vallen, ook al bedraagt de arbeidstijd van de in de bouwsector werkzame werknemers minder dan de helft van de arbeidstijd van het bedrijf. Een andere oplossing zou zijn om de „buitenlandse" bedrijven die diensten verrichten, te laten vallen onder het stelsel dat thans geldt voor dit soort „gemengde bedrijven".

30 — Zie punt 58 van het arrest Arblade e.a., reeds aangehaald.

212. Het staat aan de Duitse regering om die oplossing te kiezen die volgens haar het beste is afgestemd op de legitieme preoccupaties van bescherming van de werknemers die aan de oprichting van het stelsel van vakantiefondsen ten grondslag lagen.

213. Kortom, ik geef het Hof in overweging de derde vraag als volgt te beantwoorden:

214. De artikelen 59 en 60 van het Verdrag moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen toepassing van een stelsel van vakantiefondsen als thans in het geding op in andere lidstaten gevestigde ondernemingen die diensten in de bouwsector verrichten, zolang niet alle in de lidstaat van ontvangst gevestigde ondernemingen die slechts gedeeltelijk activiteiten in de bouwsector verrichten, daaronder vallen voor hun in die sector tewerkgesteld personeel.

**De vierde prejudiciële vraag**

215. De laatste vraag betreft de uitlegging van artikel 3, lid 1, van de detacheringsrichtlijn, dat bepaalt:

„De lidstaten zien erop toe dat de in artikel 1, lid 1, bedoelde ondernemingen

— ongeacht het recht dat van toepassing is op het dienstverband — voor de op hun grondgebied ter beschikking gestelde werknemers wat de hierna genoemde aangelegenheden betreft, de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden garanderen die, in de lidstaat waar het werk wordt uitgevoerd, zijn vastgelegd:

— in wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen, en/of

— in collectieve arbeidsovereenkomsten of scheidsrechterlijke uitspraken die algemeen verbindend zijn verklaard in de zin van lid 8, voorzover deze betrekking hebben op de in de bijlage genoemde activiteiten:

a) maximale werk- en minimale rustperioden;

b) minimumaantal betaalde vakantiedagen;

c) minimumlonen, inclusief vergoedingen voor overwerk; dit punt is niet van toepassing op de aanvullende bedrijfspensioenregelingen;

[...]"

216. Het Arbeitsgericht Wiesbaden wil weten of „artikel 3, lid 1, sub b, van richtlijn 96/71/EG [...] aldus [moet] worden uitgelegd dat dit, gelet op de juiste uitlegging van de artikelen 48, 59 en 60 EG-Verdrag, in elk geval de in de prejudiciële vragen 1 tot en met 3 aan de orde gestelde bepalingen niet voorschrijft en ook niet toelaat".

217. De verwijzende rechter gaat duidelijk van het beginsel uit dat een richtlijn een met het Verdrag strijdig stelsel van vakantiefondsen niet geldig kan maken. Hiermee kan ik slechts instemmen; een richtlijn kan met het gemeenschapsrecht strijdige bepalingen niet toelaten en nog minder voorschrijven.

218. Ik ben echter van mening dat de richtlijn ook niets van dien aard doet.

219. Zoals ik aangaande de eerste twee prejudiciële vragen heb uiteengezet, ontlenen de lidstaten rechtstreeks aan het Verdrag het *recht* om dienstverrichters inachtneming van het minimumloon en de minimale jaarlijkse vakantie met behoud van loon die op hun grondgebied voor de betrokken economische sector gelden, af te dwingen.

220. In dat opzicht hadden zij dus geen toestemming door een handeling van secundair recht nodig.

221. Door de detacheringsrichtlijn is hun nu de *plicht* opgelegd die regels aan de in andere lidstaten gevestigde ondernemingen voor te schrijven.

222. Daar de Bondsrepubliek Duitsland gebruik heeft gemaakt van een recht dat haar hoe dan ook toekomt, is de vraag of de richtlijn haar die plicht mag opleggen, niet van belang voor de beslechting van de hoofdgedingen. Het is dus niet nodig in te gaan op de twijfel van de verwijzende rechter aangaande de vraag of de rechtsgrondslag van die richtlijn wel geschikt is.

223. Dezelfde redenering geldt voor het stelsel van vakantiefondsen. Ten aanzien van de vraag of de richtlijn een dergelijk stelsel toestaat, hebben wij hierboven gezien dat het recht van een lidstaat om buitenlandse ondernemingen de op zijn grondgebied geldende „arbeidsvoorwaarden" op te leggen, in beginsel ook het recht omvat om hun een stelsel van vakantiefondsen op te leggen. Ook dan maakt de lidstaat dus gebruik van een recht dat hem hoe dan ook toekomt, en de vraag of de richtlijn hem mag voorschrijven dit recht te gebruiken is wederom zonder belang voor de beslechting van de hoofdgedingen. Ik wil overigens wel vaststellen dat noch artikel 3 noch enige andere bepaling van de richtlijn de lidstaten voorschrijft een stelsel van vakantiefondsen in te voeren.

224. De kenmerken van een dergelijk fondsenstelsel kunnen echter per lidstaat verschillen, en per geval dient bekeken te worden of het desbetreffend stelsel dan wel enkele kenmerken daarvan met het Verdrag verenigbaar zijn. Dat is wat ik hierboven met het Duitse stelsel heb gedaan.

225. Ik geef derhalve in overweging de vierde vraag als volgt te beantwoorden:

226. De detacheringsrichtlijn schrijft de invoering van een met de artikelen 59 en 60 van het Verdrag strijdig stelsel van vakantiefondsen niet voor en laat zulks evenmin toe.

## Conclusie

227. Daarom geef ik het Hof in overweging de door het Arbeitsgericht Wiesbaden gestelde vragen als volgt te beantwoorden:

„1) Tenzij de werknemer in het land van herkomst verzekerd is van een gelijke of betere bescherming, moeten de artikelen 59 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 49 EG) en 60 EG-Verdrag (thans artikel 50 EG) aldus worden uitgelegd dat zij zich in beginsel niet ertegen verzetten dat een regeling als die van § 1, lid 3, eerste volzin, AEntG wordt toegepast op een in een andere lidstaat gevestigde werkgever en zijn gedetacheerde werknemers, voorzover er naar behoren rekening gehouden wordt met de lasten waaraan de werkgever zich ingevolge de wettelijke regels van zijn land van herkomst niet kan onttrekken. Artikel 48 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 39 EG) is niet van toepassing op de uitzending van werknemers door een in een andere lidstaat gevestigde werkgever.

2) De artikelen 59 en 60 van het Verdrag moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich niet ertegen verzetten dat een lidstaat een in een andere lidstaat gevestigde onderneming die tijdelijk werkzaamheden uitvoert in eerstgenoemde lidstaat, verplicht tot

a) de toepassing van voorschriften van collectieve arbeidsovereenkomsten die voorzien in een vakantieduur die langer is dan de minimale jaarlijkse vakantie als bepaald in richtlijn 93/104/EG van de Raad van 23 november 1993 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd;

b) de toepassing van een stelsel van vakantiefondsen waarbij de vakantie-uitkering rechtstreeks aan de gedetacheerde werknemer wordt betaald, terwijl deze bij de in de lidstaat van ontvangst gevestigde ondernemingen aan de werkgever wordt betaald;

c) de verstrekking van gegevens, wanneer en voorzover deze gegevens nodig en geschikt zijn om:

— een doeltreffende controle van de naleving van de in het land van ontvangst geldende arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden te verzekeren;

— de goede werking van een stelsel van vakantiefondsen te verzekeren.

3) De artikelen 59 en 60 van het Verdrag moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen toepassing van een stelsel van vakantiefondsen als thans in het geding op in andere lidstaten gevestigde ondernemingen die diensten in de bouwsector verrichten, zolang niet alle in de lidstaat van ontvangst gevestigde ondernemingen die slechts gedeeltelijk activiteiten in de bouwsector verrichten, daaronder vallen voor hun in die sector tewerkgesteld personeel.

4) 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, schrijft de invoering van een met de artikelen 59 en 60 van het Verdrag strijdig stelsel van vakantiefondsen niet voor en laat zulks evenmin toe."