# ARREST VAN HET HOF (Derde kamer)

21 januari 2010 *

In zaak C-546/07,

betreffende een beroep wegens niet-nakoming krachtens artikel 226 EG, ingesteld op 5 december 2007,

**Europese Commissie,** vertegenwoordigd door E. Traversa en P. Dejmek als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

ondersteund door:

**Republiek Polen,** vertegenwoordigd door M. Dowgielewicz als gemachtigde,

interveniënte,

* Procestaal: Duits.

tegen

**Bondsrepubliek Duitsland,** vertegenwoordigd door J. Möller, M. Lumma en C. Blaschke als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

wijst

HET HOF (Derde kamer),

samengesteld als volgt: J. N. Cunha Rodrigues (rapporteur), president van de Tweede kamer, waarnemend voor de president van de Derde kamer, A. Rosas, U. Lõhmus, A. Ó Caoimh en A. Arabadjiev, rechters,

advocaat-generaal: J. Mazák,
griffier: R. Grass,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 30 september 2009,

het navolgende

## Arrest

1 De Commissie van de Europese Gemeenschappen verzoekt het Hof vast te stellen dat de Bondsrepubliek Duitsland:

— door in haar bestuurspraktijk de uitdrukking „onderneming van de andere partij" in artikel 1, lid 1, van de overeenkomst tussen de regering van de Bondsrepubliek Duitsland en de regering van de Republiek Polen van 31 januari 1990 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers van Poolse ondernemingen met het oog op het uitvoeren van aannemingscontracten, zoals gewijzigd op 1 maart en 30 april 1993 (BGBl. 1993 II, blz. 1125; hierna: „Duits-Poolse overeenkomst"), uit te leggen als „Duitse onderneming", en

— door op grond van de clausule ter bescherming van de arbeidsmarkt in folder 16a van het federaal arbeidsagentschap van de Bondsrepubliek Duitsland, met het opschrift „Tewerkstelling van buitenlandse werknemers uit de nieuwe lidstaten van de Europese Unie in de Bondsrepubliek Duitsland op grond van aannemingscontracten" (Merkblatt 16a, „Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer aus den neuen Mitgliedstaaten der EU im Rahmen von Werkverträgen in der Bundesrepublik Deutschland"; hierna: „folder 16a"), de regionale beperkingen voor de toegang tot de arbeidsmarkt na 16 april 2003, de datum van ondertekening van het Verdrag betreffende de toetreding van de Republiek Polen tot de Europese Unie, te hebben uitgebreid (PB 2003, L 326, blz. 17; hierna: „Toetredingsverdrag"),

de krachtens artikel 49 EG op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen en heeft gehandeld in strijd met de „standstillclausule" van punt 13 van hoofdstuk 2 van bijlage XII bij de Akte betreffende de toetredingsvoorwaarden voor de Tsjechische Republiek, de Republiek Estland, de Republiek Cyprus, de Republiek Letland, de Republiek Litouwen, de Republiek Hongarije, de Republiek Malta, de Republiek Polen, de Republiek Slovenië en de Slowaakse Republiek en de aanpassing van de Verdragen waarop de Europese Unie is gegrond (PB 2003, L 236, blz. 33; hierna: „Toetredingsakte").

**Toepasselijke bepalingen**

*Gemeenschapsregeling*

Toetredingsakte

2 Artikel 24 van de Toetredingsakte luidt:

„De in de bijlagen V tot en met XIV van deze akte genoemde maatregelen zijn ten opzichte van de nieuwe lidstaten van toepassing op de wijze als bepaald in die bijlagen."

3 Bijlage XII bij de Toetredingsakte draagt het opschrift „Lijst bedoeld in artikel 24 van de Toetredingsakte: Polen". Hoofdstuk 2 van deze bijlage („Vrij verkeer van personen") bevat een punt 13, dat bepaalt:

„Teneinde in te spelen op ernstige verstoringen of dreigende verstoringen in specifieke, gevoelige dienstensectoren op hun arbeidsmarkten, die in bepaalde regio's als gevolg van de in artikel 1 van richtlijn 96/71/EG bedoelde transnationale dienstverrichtingen zouden kunnen ontstaan, en zolang zij uit hoofde van bovenstaande overgangsregelingen, nationale of uit bilaterale overeenkomsten voortvloeiende maatregelen op het vrij verkeer van Poolse werknemers toepassen, mogen Oostenrijk en Duitsland na kennisgeving aan de Commissie afwijken van de eerste alinea van artikel 49 van het EG-Verdrag, teneinde in de context van dienstverrichting door in Polen gevestigde ondernemingen, het tijdelijk verkeer van werknemers wier recht om in Oostenrijk en Duitsland werk aan te nemen onder nationale maatregelen valt, te beperken.

[…]

De toepassing van dit punt mag niet leiden tot strengere voorwaarden voor het tijdelijke verkeer van werknemers in de context van transnationale dienstverrichtingen tussen Oostenrijk of Duitsland en Polen dan de op de datum van ondertekening van het Toetredingsverdrag geldende voorwaarden."

*Duits-Poolse overeenkomst*

4 Artikel 1, lid 1, van de Duits-Poolse overeenkomst luidt:

„Aan Poolse werknemers die voor een tijdelijke werkzaamheid ter beschikking worden gesteld op de grondslag van een aannemingscontract tussen een Poolse werkgever en een onderneming van de andere partij (contractarbeiders), wordt de werkvergunning verleend ongeacht de situatie en de ontwikkelingen op de arbeidsmarkt."

5 Artikel 2, lid 5, van deze overeenkomst luidt:

„Bij de uitvoering van deze overeenkomst zorgt het federale arbeidsbureau van de Bondsrepubliek Duitsland, in samenwerking met het ministerie van Arbeid en Sociaal Beleid van de Republiek Polen, ervoor dat er geen concentratie van tewerkgestelde contractarbeiders in een bepaalde regio of sector plaatsvindt. Deze overeenkomst is niet van toepassing op werknemers in de sectoren van de bouw van vuurvaste installaties en van schoorstenen."

*Uitvoeringsinstructies van het federale arbeidsagentschap van de Bondsrepubliek Duitsland*

6 De door het federale arbeidsagentschap van de Bondsrepubliek Duitsland vastgestelde uitvoeringsinstructies omvatten onder meer folder 16a betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers uit de nieuwe lidstaten van de Unie in de Bondsrepubliek Duitsland op grond van aannemingscontracten, die een clausule ter bescherming van

de arbeidsmarkt bevat. Op grond van deze clausule zijn aannemingscontracten waarbij buitenlandse werknemers zijn betrokken in principe verboden wanneer het werk moet worden uitgevoerd in een district van dit agentschap waar het gemiddelde werkloosheidspercentage gedurende de voorafgaande zes maanden ten minste 30 % hoger lag dan het werkloosheidspercentage in de Bondsrepubliek Duitsland als geheel. De lijst van districten waar dit verbod van kracht is, wordt om de drie maanden bijgewerkt.

**Precontentieuze procedure**

7 Bij aanmaningsbrief van 3 april 1996 wees de Commissie de Bondsrepubliek Duitsland erop dat de Duitse bestuurspraktijk met betrekking tot de toepassing van de Duits-Poolse overeenkomst onverenigbaar was met artikel 49 EG, nu de bevoegde Duitse autoriteiten de uitdrukking „onderneming van de andere partij" in artikel 1, lid 1, van deze overeenkomst aldus uitlegden dat zij uitsluitend betrekking had op Duitse ondernemingen. Wegens deze praktijk werden de ondernemingen uit andere lidstaten dan de Bondsrepubliek Duitsland die in de bouwsector van deze lidstaat diensten verrichten, in tegenstelling tot Duitse ondernemingen, belet om aannemingscontracten te sluiten met Poolse ondernemingen.

8 Bij brief van 28 juni 1996 deelde de Bondsrepubliek Duitsland de Commissie mee dat zij het niet eens was met de zienswijze die deze instelling in haar brief van 3 april 1996 naar voren had gebracht.

9 Op 12 november 1997 deed de Commissie de Bondsrepubliek Duitsland een met redenen omkleed advies toekomen waarin zij deze zienswijze herhaalde, met het verzoek om de nodige maatregelen te nemen om aan dit advies te voldoen.

10 Na een bijeenkomst tussen vertegenwoordigers van de Commissie en de Bondsrepubliek Duitsland op 5 mei 1998 verklaarde deze laatste bij brief van 19 juli 1998 pogingen te ondernemen om een politieke oplossing te vinden in het kader van de Europa-Overeenkomst tussen de Europese Gemeenschappen en hun lidstaten enerzijds, en de Republiek Polen anderzijds, die is ondertekend te Brussel op 16 december 1991. Deze pogingen zijn echter niet geslaagd.

11 Na een verzoek van de Commissie van 15 juni 2004 aan de Bondsrepubliek Duitsland antwoordde deze laatste bij mededeling van 6 december 2004 dat zij haar uitlegging van de Duits-Poolse overeenkomst handhaafde en dat zij, gelet op het stilzitten van de Commissie sinds bijna zeven jaar, mocht aannemen dat de inbreukprocedure niet zou worden voortgezet.

12 Bij aanvullende aanmaningsbrief van 10 april 2006 wees de Commissie de Bondsrepubliek Duitsland erop dat zij haar standpunt dat artikel 49 EG was geschonden, handhaafde. Verder stelde zij dat deze lidstaat ook de „standstillclausule" van punt 13 van hoofdstuk 2 van bijlage XII bij de Toetredingsakte (hierna: „standstillclausule") schond, daar de uitbreiding van de regionale beperkingen die waren opgelegd bij de clausule ter bescherming van de arbeidsmarkt in artikel 2, lid 5, van de Duits-Poolse overeenkomst en in folder 16a in strijd was met het verbod om de op het tijdstip van ondertekening van de Toetredingsakte reeds bestaande beperkingen uit te breiden.

13 Bij brief van 8 juni 2006 deelde de Bondsrepubliek Duitsland de Commissie in antwoord op de eerste grief mee dat de uitbreiding van de toepassing van de Duits-Poolse overeenkomst tot alle lidstaten en hun ondernemingen ongepast zou zijn. Zij wees ook op het in artikel 46 EG gemaakte voorbehoud inzake openbare orde, stellende dat een correcte toepassing van deze overeenkomst, de nodige controle op de naleving van de vigerende regels en een doeltreffende vervolging van inbreuken moesten worden gewaarborgd. Het is echter onmogelijk om de socialezekerheidsschulden van in andere lidstaten gevestigde ondernemingen snel en betrouwbaar in te vorderen. Wat de tweede grief betreft, stelde de Bondsrepubliek Duitsland dat de uitbreiding van de regionale beperkingen die zijn opgelegd bij de clausule ter bescherming van de arbeidsmarkt tot

in april 2003 niet bedoelde gebieden, de „standstillclausule" niet schendt, aangezien de bijwerking van de lijst van de regionale beperkingen die is opgesteld krachtens artikel 2, lid 5, van voornoemde overeenkomst geen wijziging van de wetgeving als zodanig oplevert, maar louter voortvloeit uit de ontwikkelingen op de regionale arbeidsmarkten.

14 In haar aanvullende met redenen omkleed advies van 15 december 2006 heeft de Commissie haar grieven herhaald, terwijl de Bondsrepubliek Duitsland van haar kant in haar antwoord van 19 februari 2007 haar standpunt heeft gehandhaafd.

15 Daarop heeft de Commissie besloten het onderhavige beroep in te stellen.

**Het beroep**

*Ontvankelijkheid*

Argumenten van partijen

16 De Bondsrepubliek Duitsland betoogt dat het beroep niet-ontvankelijk moet worden verklaard, tenminste wat de grief inzake schending van artikel 49 EG betreft.

17 Zij merkt in dit verband op dat zij ervan mocht uitgaan dat het stilzitten van de Commissie in de periode november 1997-juni 2004, dat wil zeggen gedurende bijna zeven jaar, gelijkstond aan een afstand van deze grief. Het gewettigd vertrouwen van de Duitse autoriteiten in de afstand van de grief zou te meer gerechtvaardigd zijn geweest nu volgens een brief uit juli 1998 van M. Monti, lid van de Commissie, aan deze autoriteiten deze instelling de opzegging van de Duits-Poolse overeenkomst niet toejuichte, en zij tot november 1998 heeft afgewacht om te weten of andere mogelijkheden voorhanden waren. Aangezien de Commissie na het verstrijken van die termijn niet heeft gehandeld, mochten de Duitse autoriteiten zich op het standpunt stellen dat deze instelling afstand had gedaan van haar grief betreffende een inbreuk op artikel 49 EG.

18 Pas na de ondertekening van het Toetredingsverdrag, dat wil zeggen toen de Bondsrepubliek Duitsland de Duits-Poolse overeenkomst niet meer kon opzeggen zonder in strijd te handelen met de „standstillverplichting", heeft de Commissie ten onrechte de procedure voortgezet, terwijl Duitsland juist op verzoek van de Commissie ervan had afgezien om deze overeenkomst op te zeggen.

19 De Commissie antwoordt dat een buitensporig lange duur van de precontentieuze procedure van artikel 226 EG het in bepaalde gevallen voor de betrokken lidstaat weliswaar moeilijker kan maken de argumenten van de Commissie te weerleggen, en zodoende een inbreuk kan vormen op zijn rechten van de verdediging, maar dat dit in casu niet het geval is. Voorts kan het feit dat niet onmiddellijk of binnen korte tijd gevolg wordt gegeven aan een met redenen omkleed advies bij de betrokken lidstaat geen gewettigd vertrouwen doen ontstaan dat de procedure is afgesloten.

20 De Commissie voegt hieraan toe dat in de in punt 17 van dit arrest genoemde brief van M. Monti uitdrukkelijk werd vermeld dat de afsluiting van de procedure, gelet op de regels van de interne markt, geen optie was, en dat zij op geen enkel moment de indruk heeft gewekt dat zij afstand zou doen van de eerste grief.

Beoordeling door het Hof

21 Volgens vaste rechtspraak staat het aan de Commissie te bepalen op welk tijdstip het beroep wegens niet-nakoming wordt ingesteld en zijn de overwegingen die haar daarbij leiden niet van invloed op de ontvankelijkheid van deze vordering (zie met name arrest van 1 juni 1994, Commissie/Duitsland, C-317/92, Jurispr. blz. I-2039, punt 4).

22 De voorschriften van artikel 226 EG gelden zonder dat de Commissie een bepaalde termijn in acht behoeft te nemen, behoudens de gevallen waarin een buitensporig lange duur van de precontentieuze procedure als bedoeld in die bepaling het voor de betrokken lidstaat moeilijker kan maken de argumenten van de Commissie te weerleggen, en zodoende inbreuk wordt gemaakt op de rechten van de verdediging. Het staat aan de betrokken lidstaat om dergelijke nadelige gevolgen te bewijzen (zie met name arrest van 18 juli 2007, Commissie/Duitsland, C-490/04, Jurispr. blz. I-6095, punt 26).

23 In casu heeft de Bondsrepubliek Duitsland niet aangetoond dat de ongewoon lange duur van de procedure nadelige gevolgen heeft gehad voor de wijze waarop zij haar verweer heeft gevoerd.

24 Zoals de advocaat-generaal in punt 21 van zijn conclusie opmerkt, kon de omstandigheid dat de „standstillclausule" van kracht werd tijdens de precontentieuze fase van de onderhavige procedure, die de Bondsrepubliek Duitsland naar eigen zeggen heeft belet de Duits-Poolse overeenkomst op te zeggen, het op zichzelf voor deze lidstaat niet moeilijker maken om de argumenten van de Commissie in het kader van de grief inzake de schending van artikel 49 EG te weerleggen. Zoals de Commissie opmerkt, hebben de aanvullende aanmaningsbrief van 10 april 2006 en het aanvullende met redenen omkleed advies van 15 december 2006, die inzonderheid ten doel hadden deze grief te

herhalen, de Bondsrepubliek Duitsland bovendien in staat gesteld met kennis van zaken uiteen te zetten waarom zij deze grief betwistte.

25 Voorts berust de niet-nakomingsprocedure op de objectieve vaststelling dat een lidstaat de krachtens het gemeenschapsrecht op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen en kan een lidstaat zich in een geval als het onderhavige niet op het vertrouwensbeginsel beroepen om deze vaststelling te verhinderen, aangezien aanvaarding van deze rechtvaardigingsgrond zou indruisen tegen het doel van de procedure van artikel 226 EG (zie met name arrest van 24 april 2007, Commissie/Nederland, C-523/04, Jurispr. blz. I-3267, punt 28).

26 Uit de rechtspraak van het Hof volgt immers dat het feit dat de Commissie niet onmiddellijk of binnen korte tijd gevolg geeft aan een met redenen omkleed advies bij de betrokken lidstaat geen gewettigd vertrouwen kan doen ontstaan dat de procedure is afgesloten (zie met name arrest van 1 juni 1994, Commissie/Duitsland, reeds aangehaald, punt 4). Dit geldt temeer wanneer, zoals in casu, vaststaat dat tijdens de gestelde periode van stilzitten inspanningen zijn geleverd, met name in het kader van de in punt 10 van dit arrest vermelde associatieovereenkomst, om een oplossing te vinden die een einde maakt aan de beweerde niet-nakoming.

27 Daar de Commissie noch in de in de punten 17 en 20 van dit arrest genoemde brief van M. Monti noch in enig ander stadium van de procedure heeft gesteld dat zij de niet-nakomingsprocedure zou beëindigen, hetgeen de Bondsrepubliek Duitsland niet betwist, kan deze lidstaat ten slotte niet met succes aanvoeren dat de Commissie het vertrouwensbeginsel heeft geschonden door de procedure niet te beëindigen.

28 Derhalve moet de door de Bondsrepubliek Duitsland opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid worden afgewezen en moet het door de Commissie ingestelde beroep ontvankelijk worden verklaard.

*Ten gronde*

Eerste grief

— Argumenten van partijen

29 De Commissie stelt dat de Duitse autoriteiten, door de uitdrukking „onderneming van de andere partij" in artikel 1, lid 1, van de Duits-Poolse overeenkomst aldus uit te leggen dat zij enkel betrekking heeft op Duitse ondernemingen, ondernemingen uit andere lidstaten die werkzaamheden willen verrichten in Duitsland beletten om contracten te sluiten met een Poolse ondernemer, tenzij de ondernemingen uit die andere lidstaten in Duitsland een dochteronderneming oprichten. Die uitlegging, die niet vanzelfsprekend is, leidt ertoe dat laatstbedoelde ondernemingen ervan worden weerhouden hun door artikel 49 EG gewaarborgde recht van vrije dienstverrichting uit te oefenen om in overeenstemming met de Duits-Poolse overeenkomst aannemingscontracten te sluiten voor het verrichten van werkzaamheden in Duitsland door gebruik te maken van het in deze overeenkomst vastgelegde quotum Poolse werknemers.

30 Een dergelijke uitlegging van artikel 1, lid 1, van de Duits-Poolse overeenkomst vormt een rechtstreeks op de nationaliteit of de statutaire zetel van de onderneming gebaseerde discriminatie die slechts kan worden gerechtvaardigd uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid of de volksgezondheid. Dergelijke overwegingen veronderstellen dat een discriminerende maatregel moet worden behouden ter voorkoming van een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging die een fundamenteel belang van de samenleving aantast. Dit is in casu echter niet het geval.

31 Het enkele feit dat de ondernemingen die een aannemingscontract willen sluiten met een Poolse ondernemer niet in Duitsland zijn gevestigd, belet immers niet het toezicht op de juiste toepassing van de Duits-Poolse overeenkomst. Aangaande de noodzaak van een doeltreffende handhaving van de aansprakelijkheid van de onderneming in geval van wanbetaling van socialezekerheidspremies merkt de Commissie op dat

overwegingen van zuiver administratieve aard geen dwingend vereiste van algemeen belang vormen en dus geen rechtvaardiging kunnen vormen voor beperkingen van een door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheid. Anders dan de Bondsrepubliek Duitsland stelt, bestaat overigens niet de minste grond om te vrezen dat de uitbreiding van de Duits-Poolse overeenkomst tot ondernemingen uit andere lidstaten een onjuiste toepassing of een ontduiking van de overgangsbepalingen van het Toetredingsverdrag ten gevolge heeft of in de hand werkt, en bovendien vormt een dergelijke vrees in ieder geval geen voldoende ernstig en actueel risico voor de openbare orde of de openbare veiligheid dat een discriminerende beperking van de vrijheid van dienstverrichting kan rechtvaardigen.

32 Ten slotte beklemtoont de Commissie onder verwijzing naar met name het arrest van 15 januari 2002, Gottardo (C-55/00, Jurispr. blz. I-413, punt 34), dat wanneer een lidstaat met een derde staat een bilateraal verdrag sluit, deze lidstaat overeenkomstig het fundamentele beginsel van gelijke behandeling verplicht is de onderdanen van de andere lidstaten dezelfde voordelen te verlenen als die welke zijn eigen onderdanen krachtens dat verdrag genieten, tenzij hij een objectieve rechtvaardiging kan aanvoeren voor zijn weigering om dit te doen. Dit is in casu echter niet het geval.

33 De Republiek Polen, interveniënte aan de zijde van de Commissie, betoogt onder andere dat wegens de uitlegging van artikel 1, lid 1, van de Duits-Poolse overeenkomst in de Duitse bestuurspraktijk, Poolse ondernemingen op het Duitse grondgebied geen met ondernemingen uit andere lidstaten dan de Bondsrepubliek Duitsland gesloten contracten kunnen uitvoeren, en in die lidstaten gevestigde ondernemingen die in Duitsland diensten verrichten geen beroep kunnen doen op Poolse ondernemingen als onderaannemer. Net als de Commissie concludeert de Republiek Polen dat deze praktijk een schending van het beginsel van de nationale behandeling vormt die door geen van de in artikel 46 EG genoemde gronden kan worden gerechtvaardigd, en dat niets zich verzet tegen de uitbreiding van de voordelen van deze overeenkomst tot ondernemingen uit andere lidstaten dan de Bondsrepubliek Duitsland.

34 De Bondsrepubliek Duitsland stelt dat de litigieuze uitlegging strookt met de bewoordingen van de Duits-Poolse overeenkomst. De omstandigheid dat deze overeenkomst alleen aan Duitse ondernemingen rechten toekent, vormt geen verboden beperking in de zin van artikel 49 EG. Ondernemers uit andere lidstaten mogen

principieel diensten verrichten in Duitsland, maar zij kunnen zich simpelweg niet beroepen op artikel 1, lid 1, van de overeenkomst om bij de uitvoering van een bestelling een beroep te doen op Poolse ondernemingen.

35 Voorts zijn de Duitse ondernemingen die zich op de Duits-Poolse overeenkomst kunnen beroepen alle in Duitsland gevestigde ondernemingen, met inbegrip van filialen van ondernemingen uit andere lidstaten.

36 Ook bevinden Duitse ondernemingen en buitenlandse ondernemingen zich niet in een vergelijkbare situatie, zodat het bestaan van een verboden discriminatie a priori is uitgesloten. Bovendien vormt de Duits-Poolse overeenkomst een evenwichtige, op wederkerigheid gebaseerde overeenkomst waaruit men niet zonder meer specifieke rechten kan losmaken en toekennen aan de onderdanen van een lidstaat die geen partij is bij deze overeenkomst. De Bondsrepubliek Duitsland verwijst met betrekking tot die twee argumenten met name naar het arrest van 5 juli 2005, D. (C-376/03, Jurispr. blz. I-5821, punten 61 en volgende).

37 Bovendien zou een ruime uitlegging van artikel 49 EG elke betekenis ontnemen aan de overgangsbepalingen van de Toetredingsakte, waarvan de context en het doel erin bestaan de gevolgen van de verschillende mededingingsvoorwaarden in sectoren met een hoge graad van dienstverrichting in te perken en ingrijpende veranderingen op de arbeidsmarkt te beletten.

38 Indien de uitlegging van artikel 1, lid 1, van de Duits-Poolse overeenkomst in de Duitse bestuurspraktijk als een beperking in de zin van artikel 49 EG werd beschouwd, zou deze in elk geval krachtens artikel 55 EG juncto artikel 46 EG gerechtvaardigd zijn op grond dat de uitbreiding van de toepassing van deze overeenkomst tot niet in Duitsland gevestigde ondernemingen geen adequaat toezicht op de juiste toepassing van de overeenkomst meer zou garanderen, tenzij tegen onredelijke administratieve kosten, en

geen doeltreffende handhaving zou kunnen waarborgen van de aansprakelijkheid van de onderneming in geval van wanbetaling van socialezekerheidspremies door een Poolse onderaannemer die zij belast met het verrichten van werkzaamheden.

— Beoordeling door het Hof

39 Uit vaste rechtspraak volgt dat de vrijheid van dienstverrichting met name de afschaffing impliceert van iedere discriminatie van de dienstverrichter op grond van diens nationaliteit of van de omstandigheid dat hij is gevestigd in een andere lidstaat dan die waarin de dienst moet worden verricht (zie met name arrest van 18 juli 2007, Commissie/Duitsland, reeds aangehaald, punt 83, en aldaar aangehaalde rechtspraak). De voorwaarde dat een onderneming een vaste inrichting of dochteronderneming moet oprichten in de lidstaat waar de dienst wordt verricht, druist rechtstreeks in tegen de vrijheid van dienstverrichting, nu het de verrichting van de betrokken diensten in deze lidstaat door in andere lidstaten gevestigde ondernemingen onmogelijk maakt (zie in die zin met name arresten van 4 december 1986, Commissie/Duitsland, 205/84, Jurispr. blz. 3755, punt 52; 7 februari 2002, Commissie/Italië, C-279/00, Jurispr. blz. I-1425, punt 17, en 11 maart 2004, Commissie/Frankrijk, C-496/01, Jurispr. blz. I-2351, punt 65).

40 In dit verband moet worden vastgesteld dat artikel 1, lid 1, van de Duits-Poolse overeenkomst, zoals dat is uitgelegd in de Duitse bestuurspraktijk, een met artikel 49 EG strijdige directe discriminatie oplevert van in andere lidstaten dan de Bondsrepubliek Duitsland gevestigde dienstverleners die met een Poolse onderneming een aannemingscontract willen sluiten voor het verrichten van diensten in Duitsland.

41 Volgens de uitlegging van dit artikel in de Duitse bestuurspraktijk mogen immers alleen ondernemingen die hun zetel of een vaste inrichting in Duitsland hebben aannemingscontracten sluiten met een Poolse onderneming en zo, bij de verrichting van diensten in Duitsland, ongeacht de overgangsbepalingen van de Toetredingsakte,

gebruik maken van het krachtens de Duits-Poolse overeenkomst gegarandeerde quotum Poolse werknemers.

42 Voor zover de Bondsrepubliek Duitsland stelt dat de litigieuze bestuurspraktijk wordt gerechtvaardigd door het feit dat het gaat om een bepaling in een bilaterale internationale overeenkomst, moet worden opgemerkt dat de lidstaten bij de uitvoering van de verbintenissen die zij krachtens internationale overeenkomsten zijn aangegaan, ongeacht of het om een overeenkomst tussen lidstaten dan wel tussen een lidstaat en een of meer derde landen gaat, onder voorbehoud van het bepaalde in artikel 307 EG, de krachtens het gemeenschapsrecht op hen rustende verplichtingen moeten nakomen (zie met name arrest Gottardo, reeds aangehaald, punt 33).

43 Stellig heeft het Hof geoordeeld dat de verstoring van het evenwicht en de wederkerigheid van de tussen een lidstaat en een derde land gesloten bilaterale internationale overeenkomst een objectieve rechtvaardiging kan vormen voor de weigering van de overeenkomstsluitende lidstaat om de voordelen die zijn eigen onderdanen ingevolge deze overeenkomst genieten, uit te breiden tot de onderdanen van de andere lidstaten (zie met name arrest van 21 september 1999, Saint-Gobain ZN, C-307/97, Jurispr. blz. I-6161, punt 60, en arrest Gottardo, reeds aangehaald, punt 36).

44 Anders dan de situaties in die zaken en in de zaak waarin het door de Bondsrepubliek Duitsland aangevoerde arrest D. is gewezen, betreft de toepassing van de Duits-Poolse overeenkomst sinds de toetreding van de Republiek Polen tot de Unie echter twee lidstaten, zodat de bepalingen van die overeenkomst in de verhouding tussen deze lidstaten slechts toepassing kunnen vinden met inachtneming van het gemeenschapsrecht, inzonderheid de verdragsregels inzake het vrij verrichten van diensten (zie mutatis mutandis met name arresten van 27 september 1988, Matteucci, 235/87, Jurispr. blz. 5589, punten 16 en 19-21, en 8 september 2009, Budějovický Budvar, C-478/07, Jurispr. blz. I-7721, punten 97 en 98).

45 Daarbij komt dat de uitbreiding van het recht om aannemingscontracten met Poolse onderaannemers te sluiten tot in andere lidstaten dan de Bondsrepubliek Duitsland

gevestigde ondernemingen, zoals de Republiek Polen terecht heeft opgemerkt, het overeenkomstig artikel 2, lid 5, van de Duits-Poolse overeenkomst vastgestelde quotum op zichzelf niet kan beïnvloeden.

46 Anders dan de Bondsrepubliek Duitsland stelt, zijn er ook geen redenen om aan te nemen dat een in een andere lidstaat gevestigde onderneming zich met betrekking tot de mogelijkheid om met Poolse ondernemingen aannemingscontracten te sluiten voor het verrichten van diensten in Duitsland, in een andere situatie bevindt dan in deze eerste lidstaat gevestigde ondernemingen.

47 Voorts volgt uit de rechtspraak van het Hof dat bepalingen als die van de Duits-Poolse overeenkomst welke thans aan de orde zijn, slechts verenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht indien zij onder een uitdrukkelijke afwijkende bepaling kunnen vallen, zoals artikel 46 EG, waarnaar artikel 55 EG verwijst (zie met name arrest van 18 juli 2007, Commissie/Duitsland, reeds aangehaald, punt 86).

48 Volgens artikel 46 EG, dat strikt moet worden uitgelegd, kunnen discriminerende bepalingen worden gerechtvaardigd uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid (zie met name arrest van 18 juli 2007, Commissie/Duitsland, reeds aangehaald, punt 86).

49 Het beroep op een dergelijke rechtvaardiging veronderstelt echter het bestaan van een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging die een fundamenteel belang van de samenleving aantast (zie in die zin met name arresten van 29 oktober 1998, Commissie/Spanje, C-114/97, Jurispr. blz. I-6717, punt 46, en 1 oktober 2009, Woningstichting Sint Servatius, C-567/07, Jurispr. blz. I-9021, punt 28).

50 Ter rechtvaardiging van het verbod op terbeschikkingstelling van Poolse werknemers door Poolse ondernemingen in het kader van aannemingscontracten met onder-

nemingen die in Duitsland noch hun zetel noch een vaste inrichting hebben, beroept de Bondsrepubliek Duitsland zich in het bijzonder op de noodzaak om een adequaat toezicht op de juiste toepassing van de Duits-Poolse overeenkomst te waarborgen, dat volgens haar ten opzichte van in andere lidstaten gevestigde ondernemingen slechts kan worden gewaarborgd tegen onredelijke extra administratieve kosten, en op eventuele problemen met de invordering van socialezekerheidsschulden bij de ondernemingen die krachtens de Duitse regeling verantwoordelijk zijn voor de betaling van die schulden indien deze ondernemingen geen vaste inrichting in Duitsland hebben.

51 De Bondsrepubliek Duitsland heeft echter geen enkel overtuigend element aangevoerd dat kan berusten op een van de in artikel 46 EG genoemde gronden, daar economische overwegingen of louter praktische moeilijkheden bij de uitvoering van de Duits-Poolse overeenkomst in ieder geval geen rechtvaardiging kunnen vormen voor beperkingen van een fundamentele vrijheid (zie mutatis mutandis met name arrest van 26 januari 1999, Terhoeve, C-18/95, Jurispr. blz. I-345, punt 45), en nog minder een afwijking in de zin van artikel 46 EG, die het bestaan veronderstelt van een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging die een fundamenteel belang van de samenleving aantast.

52 Wat ten slotte het gestelde risico van een ontduiking van de voor de Bondsrepubliek Duitsland gunstige overgangsbepalingen betreft, die in de Toetredingsakte zijn opgenomen om te voorkomen dat de Duitse arbeidsmarkt ernstig wordt verstoord, volstaat het erop te wijzen dat de uitbreiding van het recht om met Poolse ondernemingen aannemingscontracten te sluiten tot ondernemingen uit andere lidstaten, zodat zij gebruik kunnen maken van het op grond van artikel 2, lid 5, van de Duits-Poolse overeenkomst vastgestelde quotum Poolse werknemers, geen dergelijk effect kan sorteren, aangezien het aantal werkvergunningen voor Poolse werknemers door deze uitbreiding ten voordele van in die andere lidstaten gevestigde ondernemingen in ieder geval niet wordt gewijzigd.

53 Derhalve moet de eerste grief worden aanvaard.

Tweede grief

— Argumenten van partijen

54 De Commissie betoogt dat het niet alleen twijfelachtig is of de clausule ter bescherming van de arbeidsmarkt van folder 16a kan worden gebaseerd op artikel 2, lid 5, van de Duits-Poolse overeenkomst, maar dat zij ook de „standstillclausule" schendt.

55 Krachtens deze „standstillclausule" is elke uitbreiding van de beperkingen die bestonden op de dag van de ondertekening van het Toetredingsverdrag, te weten op 16 april 2003, verboden, ongeacht of zij is gebaseerd op de toepassing van een bestaande regeling of van een na die datum vastgestelde regeling, omdat anders deze clausule haar nuttige werking wordt ontnomen. Na 16 april 2003 zijn echter nieuwe districten, waaronder Bremerhaven, Bochum, Dortmund, Duisburg, Essen, Wuppertal, Dresden, Keulen, Oberhausen en Recklinghausen, toegevoegd aan de lijst van districten die onder de clausule ter bescherming van de arbeidsmarkt van folder 16a vallen. De toepassing van deze laatste bepaling heeft de toegang tot de Duitse arbeidsmarkt voor Poolse werknemers derhalve wezenlijk verslechterd in vergelijking met de situatie vóór de datum van ondertekening van het Toetredingsverdrag, hetgeen duidelijk in strijd is met de „standstillclausule".

56 De Republiek Polen wijst er met name op dat de clausule ter bescherming van de arbeidsmarkt van folder 16a niet de tenuitvoerlegging van artikel 2, lid 5, van de Duits-Poolse overeenkomst vormt, aangezien deze clausule niet beoogt het aantal werknemers in een bepaald district afhankelijk te stellen van de vraag of er reeds een concentratie van tewerkgestelde contractarbeiders bestaat, maar er elke sluiting van aannemingscontracten uitsluit. Voorts wordt de inschrijving van een district op de door het federale arbeidsagentschap van de Bondsrepubliek Duitsland opgestelde lijst afhankelijk gesteld van de werkloosheidsgraad aldaar, en niet van de concentratie van Poolse werknemers die daar ter beschikking zijn gesteld om aannemingscontracten uit te voeren.

57 De Bondsrepubliek Duitsland antwoordt dat hoewel het voor de beoordeling van de situatie uit het oogpunt van het gemeenschapsrecht van geen belang is of artikel 2, lid 5, van de Duits-Poolse overeenkomst door de clausule ter bescherming van de arbeidsmarkt van folder 16a juist is uitgevoerd, dit wel degelijk zo is.

58 Bovendien schendt deze clausule ter bescherming van de arbeidsmarkt niet de „standstillclausule". Onder verwijzing naar de arresten van 11 mei 2000, Savas (C-37/98, Jurispr. blz. I-2927, punt 69), 20 september 2007, Tum en Dari (C-16/05, Jurispr. blz. I-7415, punt 49), 21 oktober 2003, Abatay e.a. (C-317/01 en C-369/01, Jurispr. blz. I-12301, punt 81), 1 juni 1999, Konle (C-302/97, Jurispr. blz. I-3099, punten 52 en volgende), en 24 mei 2007, Hölbock (C-157/05, Jurispr. blz. I-4051, punt 41), stelt de Bondsrepubliek Duitsland dat voor de naleving van deze laatste clausule enkel beslissend is dat de juridische situatie of de bestuurspraktijk sinds de ondertekening van het Toetredingsverdrag niet in ongunstige zin is gewijzigd.

59 De toepassing van de clausule ter bescherming van de arbeidsmarkt, waarvan de inhoud sinds 4 januari 1993 ongewijzigd is gebleven, heeft echter niet geleid tot een ongunstige wijziging van de juridische situatie of een wijziging van de bestuurspraktijk ten opzichte van de Republiek Polen. Alleen de situatie op de Duitse arbeidsmarkt is sinds de inwerkingtreding van de „standstillclausule" veranderd. De schending van een dergelijke clausule is uitgesloten indien, zoals in casu, de administratie een bepaling die onveranderd is gebleven op dezelfde wijze toepast als voorheen.

— Beoordeling door het Hof

60 Krachtens de clausule ter bescherming van de arbeidsmarkt van folder 16a, waarvan vaststaat dat de inhoud sinds 1993 niet is gewijzigd, zijn aannemingscontracten waarbij buitenlandse werknemers zijn betrokken in principe verboden wanneer het werk moet worden uitgevoerd in een district van het federale arbeidsagentschap van de Bondsrepubliek Duitsland waar het gemiddelde werkloosheidspercentage gedurende

de voorafgaande zes maanden ten minste 30 % hoger lag dan het werkloosheidspercentage in de Bondsrepubliek Duitsland als geheel. De lijst van districten waar dit verbod van kracht is, wordt om de drie maanden bijgewerkt.

61 Zoals de Bondsrepubliek Duitsland terecht heeft opgemerkt, wordt het Hof met deze grief niet verzocht om te onderzoeken of die clausule en de toepassing daarvan door de Duitse administratieve autoriteiten een juiste uitvoering van artikel 2, lid 5, van de Duits-Poolse overeenkomst vormen, maar om te onderzoeken of deze clausule, zoals toegepast door de Duitse administratieve autoriteiten, de „standstillclausule" schendt, zoals de Commissie stelt.

62 Punt 13 van hoofdstuk 2 van bijlage XII bij de Toetredingsakte geeft de Bondsrepubliek Duitsland de mogelijkheid om af te wijken van artikel 49, eerste alinea, EG teneinde in de context van dienstverrichting door in Polen gevestigde ondernemingen het tijdelijke verkeer van werknemers wier recht om in Duitsland werk aan te nemen onder nationale maatregelen valt, te beperken. Deze uitzondering is bedoeld om de Bondsrepubliek Duitsland in staat te stellen in te spelen op ernstige verstoringen of dreigende ernstige verstoringen in specifieke, gevoelige dienstensectoren op haar arbeidsmarkt, die in bepaalde regio's als gevolg van transnationale dienstverrichtingen zouden kunnen ontstaan, zolang deze lidstaat uit hoofde van de overgangsregelingen op het vrij verkeer van Poolse werknemers nationale of uit bilaterale overeenkomsten voortvloeiende maatregelen toepast.

63 Punt 13 bevat voorts een „standstillclausule", volgens welke de toepassing van deze bepaling niet mag leiden tot strengere voorwaarden voor het tijdelijke verkeer van werknemers in de context van transnationale dienstverrichtingen tussen Duitsland en Polen dan de op de datum van ondertekening van het Toetredingsverdrag geldende voorwaarden.

64 Anders dan de Commissie betoogt, komt de omstandigheid dat na deze datum nieuwe districten zijn toegevoegd aan de lijst van districten voor welke uit hoofde van de Duits-

Poolse overeenkomst aannemingscontracten niet zijn toegelaten, niet neer op een schending van de „standstillclausule".

65 Deze clausule verbiedt immers het tijdelijke verkeer van werknemers te onderwerpen aan „strengere voorwaarden" dan die welke golden op de datum van ondertekening van het Toetredingsverdrag. Zulks is echter kennelijk niet het geval wanneer de vermindering van het aantal Poolse werknemers die ter beschikking kunnen worden gesteld voor het verrichten van diensten in Duitsland slechts een gevolg is van het feit dat na die datum een clausule waarvan de bewoordingen dezelfde zijn gebleven, wordt toegepast op een feitelijke situatie op een gewijzigde arbeidsmarkt. Zoals de Bondsrepubliek Duitsland terecht heeft opgemerkt, is de om de drie maanden bijgewerkte lijst van districten waar het uit de clausule ter bescherming van de arbeidsmarkt van folder 16a voortvloeiende verbod van kracht is in dit verband zuiver declaratoir, terwijl de juridische situatie niet is verslechterd en de Duitse bestuurspraktijk ook niet in ongunstige zin is gewijzigd.

66 Deze uitlegging wordt bevestigd door het doel van dergelijke „standstillclausules", namelijk te verhinderen dat een lidstaat nieuwe maatregelen kan nemen die ten doel of tot gevolg hebben strengere voorwaarden te stellen dan die welke golden vóór de datum waarop deze clausules van toepassing worden (zie in die zin met name arrest Savas, reeds aangehaald, punt 69, en arrest van 17 september 2009, Sahin, C-242/06, Jurispr. blz. I-8465, punt 63).

67 Bijgevolg moet de tweede grief ongegrond worden verklaard.

68 Gelet op voorgaande overwegingen moet worden vastgesteld dat de Bondsrepubliek Duitsland de krachtens artikel 49 EG op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen door in haar bestuurspraktijk de uitdrukking „onderneming van de andere partij" in artikel 1, lid 1, van de Duits-Poolse overeenkomst uit te leggen als „Duitse onderneming".

**Kosten**

69 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Ingevolge artikel 69, lid 3, van dit Reglement kan het Hof de proceskosten over de partijen verdelen of beslissen dat elke partij haar eigen kosten zal dragen, indien zij onderscheidenlijk op één of meer punten in het ongelijk worden gesteld, en voorts wegens bijzondere redenen.

70 In casu moet worden beslist dat de Commissie en de Bondsrepubliek Duitsland hun eigen kosten dragen.

71 Overeenkomstig artikel 69, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering draagt de Republiek Polen haar eigen kosten.

Het Hof (Derde kamer) verklaart:

**1) Door in haar bestuurspraktijk de uitdrukking „onderneming van de andere partij" in artikel 1, lid 1, van de overeenkomst tussen de regering van de Bondsrepubliek Duitsland en de regering van de Republiek Polen van 31 januari 1990 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers van Poolse ondernemingen met het oog op het uitvoeren van aannemingscontracten, zoals gewijzigd op 1 maart en 30 april 1993, uit te leggen als „Duitse onderneming", is de Bondsrepubliek Duitsland de krachtens artikel 49 EG op haar rustende verplichtingen niet nagekomen.**

**2) Het beroep wordt verworpen voor het overige.**

**3) De Europese Commissie en de Bondsrepubliek Duitsland dragen hun eigen kosten.**

**4) De Republiek Polen draagt haar eigen kosten.**

ondertekeningen