

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

Y. BOT

van 20 september 2007¹

1. De onderhavige prejudiciële verwijzing zal het Hof in staat stellen een nieuwe bouwsteen toe te voegen aan zijn rechtspraak inzake de problematiek van de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten.

2. De vraag van de verwijzende rechter is immers weer een uitnodiging aan het Hof om een evenwicht te vinden tussen enerzijds het vrij verrichten van diensten en anderzijds de eisen inzake bescherming van de werknemers en voorkoming van sociale dumping.

3. Nauwkeuriger uitgedrukt wenst het Oberlandesgericht Celle (Duitsland) in wezen van het Hof te vernemen of het gemeenschapsrecht aldus moet worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een nationale wettelijke regeling inzake het plaatsen van overheidsopdrachten die aan de aannemers, en indirect aan hun onderaannemers, de verplichting oplegt om aan in het kader van de uitvoering van een overheidsopdracht ter beschikking gestelde werknemers minstens het loon te betalen dat is voorzien in de collectieve arbeidsovereenkomst (hierna:

„cao”) die van toepassing is op de plaats waar het werk wordt uitgevoerd, zulks op straffe van sancties die zelfs kunnen bestaan in opzegging van de aannemingsovereenkomst, wanneer de cao waarnaar deze wettelijke regeling verwijst, niet algemeen verbindend is verklaard.

4. Deze vraag is gerezen in een geschil tussen Rechtsanwalt Dr. Dirk Ruffert als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG (Dr. Dirk Ruffert in zijn hoedanigheid van curator van het faillissement van de vennootschap Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG), verweerder in het hoofdgeding, en het Land Niedersachsen, verzoeker in het hoofdgeding, inzake de opzegging van een aannemingsovereenkomst tussen deze vennootschap en het Land in het kader van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken.

5. In deze conclusie zal ik aantonen waarom naar mijn mening noch richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten² noch artikel 49 EG aldus dient te worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale maatregel als aan de orde in het hoofdgeding.

8. Artikel 1 van richtlijn 96/71, met het opschrift „Toepassingsgebied”, bepaalt:

„1. Deze richtlijn is van toepassing op in een lidstaat gevestigde ondernemingen die in het kader van transnationale dienstverrichtingen, overeenkomstig lid 3, werknemers ter beschikking stellen op het grondgebied van een lidstaat.

I — Rechtskader

A — *Gemeenschapsrecht*

6. Artikel 49, eerste alinea, EG bepaalt dat de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Gemeenschap verboden zijn ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een ander land van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoefte de dienst wordt verricht.

7. Richtlijn 96/71 beoogt het vrij verrichten van diensten tussen de lidstaten te bevorderen en tevens een eerlijke mededinging tussen de dienstverrichtende ondernemingen te verzekeren en de rechten van werknemers te eerbiedigen.³

[...]

3. Deze richtlijn is van toepassing voor zover de in lid 1 bedoelde ondernemingen een van de volgende transnationale maatregelen nemen:

- a) een werknemer voor hun rekening en onder hun leiding op het grondgebied van een lidstaat ter beschikking stellen, in het kader van een overeenkomst tussen de onderneming van herkomst en de ontvanger van de dienst die in deze lidstaat werkzaam is, voor zover er gedurende de periode van terbeschikkingstelling een dienstverband tussen de onderneming van herkomst en de werknemer bestaat

2 — PB 1997, L 18, blz. 1.

3 — Vijfde overweging van de considerans.

[...]”

9. De gemeenschapswetgever gaat ervan uit — en de zesde overweging van de considerans van deze richtlijn getuigt daarvan — dat bij grensoverschrijdende situaties het dienstverband van ter beschikking gestelde werknemers problemen met zich brengt inzake het recht dat op hen van toepassing is.

10. In dit verband voorziet het Verdrag van Rome inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, ter ondertekening opengesteld te Rome op 19 juni 1980⁴, in algemene criteria om te bepalen welk recht op het dienstverband van toepassing is.⁵ Zo legt artikel 3 van dit Verdrag als algemene regel de vrijheid van rechtskeuze door de partijen vast. Bij gebreke van een rechtskeuze wordt de arbeidsovereenkomst, volgens artikel 6, lid 2, van dit Verdrag, beheerst door het recht van het land waar de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht, zelfs wanneer hij tijdelijk in een ander land te werk is gesteld.

11. Bovendien bepaalt artikel 7 van het Verdrag van Rome dat, onder bepaalde voorwaarden, behalve aan het toepasselijk verklaarde recht tegelijk gevolg kan worden toegekend aan de dwingende bepalingen van het recht van een ander land, met name dat van de lidstaat op het grondgebied waarvan de werknemer tijdelijk te werk is gesteld. Deze dwingende bepalingen, eveneens „onmiddellijk toepasselijk recht” of „bepalingen van bijzonder dwingend recht”

genoemd, die van kracht zijn op de plaats waar het werk wordt verricht, worden door dit Verdrag niet gepreciseerd.

12. In dit verband draagt richtlijn 96/71 ertoe bij om op communautair vlak een bepaald aantal dwingende regels voor grensoverschrijdende terbeschikkingstelling op te stellen.⁶ De richtlijn brengt eveneens het beginsel van de voorrang van het gemeenschapsrecht tot uitdrukking, dat is geformuleerd in artikel 20 van het Verdrag van Rome, volgens hetwelk dit Verdrag onverlet laat de toepassing van bepalingen die voor bijzondere gebieden regels van internationaal privaatrecht met betrekking tot verbintenissen uit overeenkomst bevatten en die zijn neergelegd in communautaire besluiten of in ter uitvoering van deze besluiten geharmoniseerde nationale wetgevingen.⁷

13. Om de verschillende nagestreefde doelstellingen met elkaar in overeenstemming te brengen voorziet richtlijn 96/71 in de coördinatie van de wetgevingen van de lidstaten „teneinde een kern van dwingende bepalingen voor minimale bescherming vast te leggen, die in het ontvangende land in acht moeten worden genomen door werkgevers die werknemers ter beschikking stellen om tijdelijk werk uit te voeren op het grondgebied van de lidstaat waar de diensten worden verricht”.⁸

4 — PB L 266, blz. 1; hierna: „Verdrag van Rome”.

5 — Zie zevende tot en met tiende overweging van de considerans van richtlijn 96/71.

6 — Zie Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's van 25 juli 2003 inzake de tenuitvoerlegging van richtlijn 96/71 in de lidstaten [COM(2003) 458 def., punt 2.3.1.1.].

7 — Elfde overweging van de considerans.

8 — Dertiende overweging van de considerans.

14. Volgens de zeventiende overweging van de considerans van deze richtlijn mogen „de dwingende bepalingen inzake minimale bescherming die in het ontvangende land van kracht zijn, geen beletsel [...] zijn voor de toepassing van arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die gunstiger zijn voor de werknemers”.

— in collectieve arbeidsovereenkomsten of scheidsrechterlijke uitspraken die algemeen verbindend zijn verklaard in de zin van lid 8, voor zover deze betrekking hebben op de in de bijlage genoemde activiteiten⁹;

[...]

15. Deze beginselen worden nader uitgewerkt in artikel 3 van deze richtlijn, getiteld „Arbidsvoorwaarden en -omstandigheden”, dat luidt als volgt:

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

„1. 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:

[...]

Voor de toepassing van deze richtlijn wordt het begrip minimumlonen, als bedoeld in de eerste alinea, tweede streepje, sub c, bepaald door de nationale wetgeving en/of praktijk van de lidstaat waar de werknemer ter beschikking is gesteld.

— in wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen

[...]

en/of

9 — Het betreft hier „alle activiteiten in het bouwbedrijf die betrekking hebben op het oprichten, het herstellen, het onderhouden, het verbouwen of het slopen van bouwwerken”.

7. De leden 1 tot en met 6 vormen geen beletsel voor de toepassing van arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die gunstiger voor de werknemers zijn.

- de collectieve arbeidsovereenkomsten die gesloten zijn door de op nationaal niveau meest representatieve organisaties van de sociale partners, en die op het gehele nationale grondgebied worden toegepast,

[...]

8. Onder collectieve arbeidsovereenkomsten of scheidsrechterlijke uitspraken die algemeen verbindend zijn verklaard, worden verstaan de overeenkomsten of uitspraken die moeten worden nageleefd door alle ondernemingen die tot de betrokken beroepsgroep of bedrijfstak behoren en onder het territoriale toepassingsgebied van die overeenkomsten of uitspraken vallen.

mits de toepassing daarvan op de in artikel 1, lid 1, bedoelde ondernemingen wat de onder lid 1, eerste alinea, van dit artikel vermelde aangelegenheden betreft een gelijke behandeling garandeert van die ondernemingen en de andere in deze alinea bedoelde ondernemingen die zich in een soortgelijke situatie bevinden.

Ontbreekt een stelsel voor het algemeen verbindend verklaren van collectieve arbeidsovereenkomsten of scheidsrechterlijke uitspraken als bedoeld in de eerste alinea, dan kunnen de lidstaten besluiten zich te baseren op:

Er is sprake van gelijke behandeling in de zin van dit artikel, wanneer de nationale ondernemingen die zich in een soortgelijke situatie bevinden:

- de collectieve arbeidsovereenkomsten of scheidsrechterlijke uitspraken die algemene rechtsgevolgen hebben voor alle gelijksoortige ondernemingen in het betrokken geografische gebied en in de betrokken beroepsgroep of bedrijfstak

- op de plaats van de activiteit of in de betrokken bedrijfstak ten aanzien van de in lid 1, eerste alinea, vermelde aangelegenheden onderworpen zijn aan dezelfde verplichtingen als de ondernemingen die bij de terbeschikkingstellingen zijn betrokken

en/of

en

— met dezelfde gevolgen aan deze verplichtingen moeten voldoen.

de uitvoering van een overheidsopdracht na te leven arbeidsvoorwaarden aan te halen. Dit artikel luidt als volgt:

[...]”

16. Wat ten slotte de gemeenschapsregels inzake overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken betreft, vermeld ik dat ten tijde van de feiten die aanleiding waren voor het hoofdgeding, richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken¹⁰, van toepassing was.¹¹

„1. De aanbestedende diensten kunnen, al dan niet op last van een lidstaat, in het bestek aangeven bij welke dienst of diensten de inschrijvers de ter zake dienende informatie kunnen verkrijgen over de verplichtingen die ter zake van de arbeidsbescherming en de arbeidsvoorwaarden gelden in de lidstaat, de regio of de plaats waar de werken worden uitgevoerd, en die van toepassing zijn op de werkzaamheden die tijdens de uitvoering van de opdracht op het werkterrein worden verricht.

17. Hoewel richtlijn 93/37 niet beoogt de uitvoeringsfase van de opdrachten te regelen¹², is het nuttig artikel 23 van deze richtlijn, inzake de informatie over de tijdens

2. De aanbestedende diensten die de in lid 1 vermelde informatie verstrekken, verzoeken de inschrijvers of degenen die deelnemen aan een aanbestedingsprocedure, aan te geven dat zij bij de voorbereiding van hun offerte rekening hebben gehouden met de verplichtingen die voor hen voortvloeien uit de bepalingen inzake arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden die gelden op de plaats waar de werken worden uitgevoerd. Deze bepaling staat niet in de weg aan de toepassing van artikel 30, lid 4, inzake de verificatie van abnormaal lage offertes.”

10 — PB L 199, blz. 54, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1997 (PB L 328, blz. 1; hierna: „richtlijn 93/37”). Deze richtlijn is ingetrokken en vervangen door richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114), waarvan de termijn voor omzetting in nationaal recht is verstreken op 31 januari 2006.

11 — Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat het bedrag van de overheidsopdracht in het hoofdgeding 8 493 331 EUR zonder belasting over de toegevoegde waarde (hierna: „zonder btw”) beliep, dat wil zeggen een bedrag dat hoger is dan de drempel voor de toepassing van richtlijn 93/37, die overeenkomt met vijf miljoen ECU in speciale trekkingsrechten (hierna: „SDR”), oftewel 6 242 028 EUR [zie in dit verband de per 1 januari 2002 geldende tegenwaarde van de in de richtlijnen inzake overheidsopdrachten gestelde drempels (PB 2001, C 332, blz. 21)].

12 — Zie in die zin Interpretatieve mededeling van de Commissie betreffende het gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om sociale aspecten hierin te integreren [COM(2001) 566 def., blz. 16, punt 1.6].

B — *Nationaal recht*

Duitsland (Tarifvertrag zur Regelung der Mindestlöhne im Baugewerbe im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland; hierna: „TV Mindestlohn”) en anderzijds in specifieke cao's.

1. De vaststelling van het minimumloon in het bouwbedrijf

18. Het minimumloon in het bouwbedrijf wordt in Duitsland via cao-onderhandelingen vastgesteld.

a) Het TV Mindestlohn

19. In deze lidstaat worden de cao's over het algemeen gesloten tussen de vakbonden en de werkgeversorganisaties. Voor een bepaalde sector kunnen zij voor het gehele grondgebied van de Bondsrepubliek Duitsland of een deel hiervan van toepassing zijn.

22. Het TV Mindestlohn, dat op federaal niveau van toepassing is op ondernemingen die binnen de werkingssfeer van de cao houdende vaststelling van een algemeen kader voor het bouwbedrijf vallen, stelt de hoogte van het minimumloon vast in twee categorieën volgens het kwalificatieniveau van de werknemer en op een niveau dat verschilt naargelang het „oude” of „nieuwe” Länder betreft. Het TV Mindestlohn bepaalt dat het minimumloon bestaat uit het in deze overeenkomst voorziene uurloon en een toeslag voor het bouwbedrijf, die tezamen het globale cao-uurloon vormen. Tevens geeft het TV Mindestlohn aan dat de bepaling inzake de globale cao-uurlonen van de categorieën 1 en 2 aanspraken op hogere lonen uit hoofde van andere cao's of van bijzondere overeenkomsten onverlet laat.

20. In het bouwbedrijf geldt een cao die een algemeen kader voor deze sector vaststelt (Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe) van 4 juli 2002. Deze cao, die van toepassing is op het gehele grondgebied van de Bondsrepubliek Duitsland, bevat echter geen regels inzake het minimumloon.

21. Die regels staan enerzijds in een cao inzake een minimumloon in het bouwbedrijf op het grondgebied van de Bondsrepubliek

23. De bepalingen van het TV Mindestlohn zijn bij een verordening inzake de verplichte arbeidsvoorwaarden in het bouwbedrijf

(Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe) algemeen verbindend verklaard.

meen verbindend verklaard bij een verordening van 13 december 2003.¹⁴

24. Opgemerkt zij dat naar Duits recht de algemeenverbindendverklaring van een cao de toepassing van deze cao op alle werkgevers en werknemers van de desbetreffende sector op een welomschreven grondgebied inhoudt. De werkingssfeer van een dergelijke cao wordt dus uitgebreid tot werkgevers en werknemers die niet tot de overeenkomstsluitende vakorganisaties behoren. Het bondsministerie van Arbeid kan een dergelijke algemeenverbindendverklaring verrichten voor de sectoren die onder de Duitse wet op de terbeschikkingstelling van werknemers (Arbeitnehmer-Entsendegesetz)¹³ van 26 februari 1996 vallen, hetzij uit hoofde van § 1, lid 3a, van deze wet, hetzij uit hoofde van § 5 van de wet op de cao's (Tarifvertragsgesetz).

25. Het TV Mindestlohn is voor een beperkte tijd van toepassing. Volgens de mij ter beschikking staande gegevens was het TV Mindestlohn dat tijdens de feiten van het hoofdgeding van toepassing was, dat van 29 oktober 2003, dat tussen 1 november 2003 en 31 augustus 2005 gold. Deze cao is alge-

b) De specifieke cao's

26. Deze specifieke cao's (Entgelttarifverträge) gelden meestal voor een beperkt gebied. Bovendien worden zij doorgaans niet algemeen verbindend verklaard, hetgeen betekent dat zij niet alle verplicht van toepassing zijn op alle werknemers van de betrokken sector.

27. Volgens het schriftelijke antwoord dat het Land Niedersachsen op een vraag van het Hof heeft gegeven, is de relevante cao in de onderhavige zaak de cao inzake lonen en toelagen voor beroepsopleiding (Tarifvertrag zur Regelung der Löhne und Ausbildungsvergütungen) van 4 juli 2003 in de versie die voortvloeit uit de wijzigings-cao van 29 oktober 2003. Deze cao is niet algemeen verbindend verklaard.

14 — *Bundesanzeiger* nr. 242 van 30 december 2003, blz. 26093. Deze cao is thans vervangen door het TV Mindestlohn van 29 juli 2005, dat van 1 september 2005 tot en met 31 augustus 2008 van toepassing is en algemeen verbindend is verklaard bij een verordening van 29 augustus 2005 (*Bundesanzeiger* nr. 164, van 31 augustus 2005, blz. 13199).

13 — BGBl. 1996 I, blz. 227; hierna: „AEntG”.

28. Uit de stukken blijkt dat de in deze specifieke cao's vastgestelde lonen in de praktijk aanzienlijk hoger liggen dan de minimumlonen die voor geheel Duitsland krachtens het TV Mindestlohn verplicht zijn gesteld. Bovendien zijn de loonschalen in deze cao's gedetailleerder dan die van het TV Mindestlohn en stellen zij de hoogte van het loon volgens verschillende functiegroepen vast.

(Niedersächsisches Landesvergabegesetz; hierna: „Landesvergabegesetz“) bevat regels inzake de gunning van overheidsopdrachten ter waarde van ten minste 10 000 EUR. In de preambule van deze wet staat vermeld:

2. Het AEntG

29. Richtlijn 96/71 is in Duitsland in nationaal recht omgezet bij het AEntG. § 1, lid 1, van deze wet bepaalt met name dat de rechtsregels van een algemeen verbindend verklaarde cao voor het bouwbedrijf die betrekking hebben op het minimumloon, ook van toepassing zijn in het kader van een dienstverband tussen een in het buitenland gevestigde werkgever en zijn binnen de territoriale werkingssfeer van deze cao tewerkgestelde werknemer. Zo dient een dergelijke werkgever aan de ter beschikking gestelde werknemer ten minste de in deze cao neergelegde arbeidsvoorwaarden te bieden.

„De wet bestrijdt mededingingsverstoringen die in het bouwbedrijf en het openbaar streekvervoer ontstaan door de inzet van goedkope arbeidskrachten en vermindert de hieruit voortkomende lasten voor de socialezekerheidsstelsels. Hiertoe bepaalt de wet dat aanbestedende diensten bouwopdrachten en opdrachten in het openbaar streekvervoer enkel mogen plaatsen bij ondernemingen die het loon betalen dat op de plaats van uitvoering in collectieve arbeidsovereenkomsten is vastgesteld.”

3. De wet van het Land Niedersachsen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten

31. Volgens § 3, lid 1, van het Landesvergabegesetz mogen bouwopdrachten enkel bij die ondernemingen worden geplaatst welke zich bij de overlegging van hun offerte schriftelijk ertoe verbinden hun werknemers voor de uitvoering van deze werken minstens het loon te betalen dat is vastgesteld in de cao die geldt op de plaats waar het werk wordt uitgevoerd, op het hierin vastgestelde tijdstip.

30. De wet van het Land Niedersachsen inzake de gunning van overheidsopdrachten

32. § 4, lid 1, van deze wet bepaalt met name dat, voor zover werken aan onderaannemers

worden overgedragen, de opdrachtnemer zich eveneens ertoe moet verbinden, de onderaannemers de voor hem krachtens deze wet geldende verplichtingen op te leggen en toe te zien op de naleving ervan door de onderaannemers.

verplicht, wanneer de inbreuk wordt gepleegd door een van zijn onderaannemers of door een onderaannemer van deze, tenzij de opdrachtnemer niet van de inbreuk op de hoogte was en diende te zijn. Indien de opgelegde contractuele boete onevenredig hoog is, kan zij op verzoek van de opdrachtnemer door de aanbestedende dienst tot het gepaste bedrag worden teruggebracht.

33. Krachtens § 7, lid 1, van het Landesvergabegesetz heeft de aanbestedende dienst het recht controles op de naleving van de gunningsvoorwaarden uit te voeren. Hiertoe kan hij inzage krijgen in de loonafrekeningen van de opdrachtnemer en onderaannemer en in de stukken met betrekking tot de voldoening van belastingen en sociale bijdragen, evenals in de tussen de opdrachtnemer en onderaannemer gesloten overeenkomsten tot uitvoering van werken.

2. De aanbestedende diensten komen met de opdrachtnemer overeen dat de niet-naleving van de voorschriften van § 3 door de opdrachtnemer of zijn onderaannemer, evenals inbreuken als gevolg van grove nalatigheid of herhaalde niet-nakoming van de verplichtingen van de §§ 4 en 7, lid 2, de aanbestedende dienst het recht geven tot onmiddellijke opzegging van de overeenkomst.

34. § 8 van deze wet, die betrekking heeft op de sancties, luidt als volgt:

„1. Om de naleving van de verplichtingen van de §§ 3, 4, en 7, lid 2, te verzekeren, moeten de aanbestedende diensten voor iedere verwijtbare inbreuk een contractuele boete van 1 % en voor meer inbreuken een contractuele boete van maximaal 10 % van de waarde van de opdracht met de opdrachtnemer overeenkomen. De opdrachtnemer wordt ook tot betaling van een contractuele boete als bedoeld in de eerste volzin

3. Indien een onderneming aantoonbaar als gevolg van minstens grove nalatigheid de verplichtingen van deze wet niet is nagekomen of dat herhaaldelijk heeft gedaan, kunnen de aanbestedende diensten deze onderneming op de respectieve gebieden van hun bevoegdheid voor de duur van hoogstens een jaar van de plaatsing van overheidsopdrachten uitsluiten.

[...]”

II — Het hoofdgeding en de prejudiciële vraag

35. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat het Land Niedersachsen in de herfst van 2003 na een aanbestedingsprocedure een opdracht voor de ruwbouw van de gevangenis Göttingen-Rosdorf voor een bedrag van 8 493 331 EUR zonder btw bij verweerster heeft geplaatst. In het contract was een „overeenkomst inzake de naleving van de bepalingen van de collectieve arbeidsovereenkomsten bij de uitvoering van de werken” opgenomen, die met name de volgende verplichtingen inhield die verweerster was aangegaan:

„Mijn/onze offerte is gebaseerd op de volgende overeenkomst:

Met betrekking tot § 3 van het Landesvergabegesetz (verklaring inzake de naleving van collectieve arbeidsovereenkomsten):

Bij plaatsing van de opdracht verbind ik mij ertoe de in mijn onderneming tewerkgestelde werknemers bij de uitvoering van de opgedragen werken ten minste het op de plaats van uitvoering in collectieve arbeidsovereenkomsten vastgestelde loon te betalen op grond van de in de lijst van representatieve collectieve arbeidsovereenkomsten onder nr. 01 ‚Bouwnijverheid’ genoemde collectieve arbeidsovereenkomst [...].

Ik verbind mij ertoe de krachtens de §§ 3, 4 en 7, lid 2, van het Landesvergabegesetz op mij rustende verplichtingen ook aan de onderaannemers op te leggen en toe te zien op de nakoming van die verplichtingen door deze onderaannemers.

[...]

Ik ga ermee akkoord dat de niet-nakoming van de in § 3 van het Landesvergabegesetz genoemde verbintenissen door mij of door mijn onderaannemers, evenals niet-nakoming als gevolg van grove nalatigheid of herhaalde niet-nakoming van de verplichtingen van de §§ 4 en 7, lid 2, van het Landesvergabegesetz de aanbestedende dienst het recht geven tot onmiddellijke opzegging van de overeenkomst.”

36. Verweerster heeft een beroep gedaan op de diensten van de vennootschap PKZ Pracownia Konserwacji Zabytkow sp. zoo. (hierna: „vennootschap PKZ”), gevestigd te Tarnow (Polen) met bijkantoor te Wedemark (Duitsland), als onderaannemer.

37. Tijdens de zomer van 2004 werd de vennootschap PKZ ervan verdacht op de bouwplaats Poolse arbeiders tegen een lager dan het in de toepasselijke cao vastgestelde loon te hebben tewerkgesteld. Nadat een onderzoek was ingesteld, heeft zowel verweerster als het Land Niedersachsen

de tussen hen gesloten overeenkomst tot uitvoering van werken opgezegd. Het Land Niedersachsen baseerde de opzegging onder meer op het feit dat verweerster de contractuele verplichting inzake de naleving van de cao's niet was nagekomen. De hoofdverantwoordelijken van de vennootschap PKZ werden overigens veroordeeld omdat zij aan de 53 op de bouwplaats ingezette werknemers slechts 46,57 % van het voorziene minimumloon hadden betaald.

38. Het Land Niedersachsen heeft de contractuele boete opgeëist. Het stelde dat verweerster op de hoogte had moeten zijn van de inbreuken van de onderaannemer. De betaling van een lager dan het in de cao vastgestelde loon vormde een afzonderlijke inbreuk met betrekking tot elke werknemer, zodat een contractuele boete van 10 % van de waarde van de opdracht moest worden opgelegd.

39. In eerste aanleg heeft het Landgericht Hannover geoordeeld dat deze vordering ten dele gegrond was. Het heeft namelijk vastgesteld dat de schuldvordering van verweerster uit de aannemingsovereenkomst door schuldvergelijking met de van haar gevorderde contractuele boete van 84 934,31 EUR (1 % van de waarde van de opdracht) teniet is gegaan. Voor het overige werd de vordering afgewezen.

40. Het Oberlandesgericht Celle, waarbij hoger beroep is ingesteld, zet in zijn verwijzingsbeslissing uiteen dat de beslechting van

het geschil afhankelijk is van het antwoord op de vraag of het gehouden is het Landesvergabegesetz, met name § 8, lid 1, ervan, buiten toepassing te laten op grond dat het niet verenigbaar is met het vrij verrichten van diensten zoals omschreven in artikel 49 EG.

41. De verwijzende rechter merkt in dit verband op dat uit de verplichting tot naleving van de cao's die bouwondernemingen uit andere lidstaten op grond van het Landesvergabegesetz moeten aangaan, voortvloeit dat dezen het aan hun werknemers betaalde loon moeten aanpassen aan het gewoonlijk hogere niveau van de plaats in de Bondsrepubliek Duitsland waar het werk wordt uitgevoerd. Hierdoor verliezen zij hun op grond van de minder hoge loonkosten verworven concurrentievoordeel. De verplichting tot naleving van de cao's vormt dus een belemmering van de toegang tot de markt voor natuurlijke of rechtspersonen uit andere lidstaten.

42. De verwijzende rechter betwijfelt overigens of de verplichting tot naleving van de cao's gerechtvaardigd is om dwingende redenen van algemeen belang.

43. Hij spreekt zich uit ten gunste van de stelling dat niet kan worden aangenomen dat de verplichting tot naleving van de cao's aan dwingende redenen van algemeen belang beantwoordt. Immers, voor zover

deze naleving bijdraagt aan de afscherming van de Duitse bouwondernemingen tegen de concurrentie uit andere lidstaten, wordt hiermee een economisch doel nagestreefd, dat volgens de rechtspraak van het Hof geen dwingende reden van algemeen belang kan zijn die een beperking van het vrij verrichten van diensten rechtvaardigt.

44. De verwijzende rechter is bovendien van mening dat de rechtspraak van het Hof met betrekking tot het minimumloon in de voor hem aanhangige zaak niet van toepassing is, omdat de in de cao's vermelde lonen, die gelden op de plaats waar de overheidsopdracht wordt uitgevoerd, veel hoger liggen dan de minimumlonen die ingevolge het AEntG op het grondgebied van de Bondsrepubliek Duitsland moeten worden toegepast. Hij leidt hieruit af dat de verplichting inzake de naleving van cao's verder gaat dan ter bescherming van de werknemers nodig is. Hij is namelijk van mening dat de grens van wat noodzakelijk is ter bescherming van de werknemers, wordt aangegeven door het verplichte minimumloon dat ingevolge het AEntG op het grondgebied van de Bondsrepubliek Duitsland moet worden toegepast. Hij voegt er ten slotte aan toe dat de verplichting inzake de naleving van cao's voor buitenlandse werknemers niet de feitelijke gelijkstelling met de Duitse werknemers tot gevolg heeft, maar veeleer de tewerkstelling van die werknemers in de Bondsrepubliek Duitsland verhindert, omdat hun werkgever zijn kostenvoordeel niet in de mededinging kan inbrengen.

45. Omdat het van mening is dat de beslechting van het geschil een uitlegging door het Hof van artikel 49 EG vereist, heeft het Oberlandesgericht Celle de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Is er sprake van een niet-gerechvaardigde beperking van het vrij verrichten van diensten in de zin van het EG-Verdrag, wanneer de aanbestedende dienst bij wet wordt verplicht om opdrachten voor bouwwerken alleen te gunnen aan ondernemingen die zich bij de indiening van de offerte schriftelijk ertoe verbinden, hun werknemers bij de uitvoering van deze werken minstens het loon te betalen dat op de plaats van uitvoering bij collectieve arbeidsovereenkomst is vastgesteld?”

III — Analyse

46. De verwijzende rechter wenst met de onderhavige prejudiciële vraag in wezen te vernemen of de Verdragsbepalingen inzake het vrij verrichten van diensten aldus moeten worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale wettelijke regeling zoals het Landesvergabegesetz die aan de aannemers, en indirect aan hun onderaannemers, de verplichting oplegt om aan in het kader van de uitvoering van een overheidsopdracht ter

beschikking gestelde werknemers minstens het loon te betalen dat is voorzien in de cao die van toepassing is op de plaats waar het werk wordt uitgevoerd, zulks op straffe van sancties die zelfs kunnen bestaan in opzegging van de aannemingsovereenkomst, wanneer de cao waarnaar deze wettelijke regeling verwijst, niet algemeen verbindend is verklaard.

47. Het Land Niedersachsen, de Deense en Duitse regering, Ierland alsmede de Cypriotische, de Oostenrijkse, de Finse en de Noorse regering zijn in wezen van mening dat artikel 49 EG niet in de weg staat aan een maatregel als die welke in het hoofdgeding aan de orde is. Voor zover deze maatregel een beperking van het vrij verrichten van diensten vormt, is zij gerechtvaardigd, met name omdat zij de werknemer beoogt te beschermen, en evenredig is aan het nagestreefde doel.

48. De Belgische regering meent dat een dergelijke belemmering gerechtvaardigd kan zijn, enerzijds wanneer de werknemers krachtens de wetgeving van de lidstaat van vestiging geen vergelijkbare bescherming genieten, zodat de toepassing van de nationale regeling van de lidstaat van ontvangst hun een reëel voordeel biedt dat in aanzienlijke mate bijdraagt tot hun sociale bescherming, en anderzijds wanneer de toepassing van die regeling evenredig is aan het nagestreefde doel van algemeen belang. Volgens deze regering staat het aan de verwijzende

rechter dit in concreto te beoordelen aan de hand van alle omstandigheden van het hem voorgelegde geschil.

49. Sommige van deze regeringen bezien de kwestie ook vanuit het oogpunt van richtlijn 96/71 en zijn van mening dat deze zich niet verzet tegen de maatregel die in het hoofdgeding aan de orde is.

50. De Poolse regering is daarentegen van mening dat richtlijn 96/71 niet kan rechtvaardigen dat aan de plaatsing van een opdracht de voorwaarde wordt verbonden dat de dienstverrichter aan de ter beschikking gestelde werknemers een loon betaalt dat hoger is dan het minimumloon in de zin van artikel 3, lid 1, sub c, van deze richtlijn. Uit de verwijzingsbeslissing zou blijken dat de loonniveaus van de cao's op de plaats waar het werk wordt verricht, aanzienlijk hoger zijn dan het minimumloon zoals gedefinieerd door het AEntG.

51. Subsidiair stelt de Poolse regering dat de maatregel die in het hoofdgeding aan de orde is, in strijd is met artikel 49 EG en een ongerechtvaardigde belemmering van het vrij verrichten van diensten is. Zij deelt de mening van de verwijzende rechter dat de bepalingen van het Landesvergabegesetz tot doel hebben, de Duitse bouwbedrijven tegen de concurrentie uit andere lidstaten te beschermen, hetgeen in feite neerkomt op

een economisch doel dat volgens de rechtspraak van het Hof geen beperking van een fundamentele vrijheid kan rechtvaardigen. Dergelijke bepalingen gaan verder dan nodig is voor de bestrijding van de oneerlijke mededinging, omdat dit doel afdoende wordt verwezenlijkt door het minimumloon zoals dat door het AEntG is vastgesteld.

52. De Commissie van de Europese Gemeenschappen is van mening dat het hoofdgeding binnen de werkingssfeer van richtlijn 96/71 valt en dat de prejudiciële vraag derhalve vooral tegen de achtergrond hiervan moet worden onderzocht. Zij verklaart dat deze richtlijn tot doel heeft een evenwicht te creëren tussen het vrij verrichten van diensten en de bescherming van de ter beschikking gestelde werknemers. Daartoe heeft de gemeenschapswetgever in artikel 3 van richtlijn 96/71 een gedetailleerd kader opgesteld dat de lidstaten dienen na te leven.

53. Omdat de Bondsrepubliek Duitsland een systeem van algemeen verbindend verklaren van cao's kent, is alleen artikel 3, lid 8, eerste alinea, van deze richtlijn relevant. Volgens deze bepaling, juncto artikel 3, lid 1, tweede streepje, van deze richtlijn, mogen minimumlonen voor ter beschikking gestelde werknemers in Duitsland alleen worden vastgesteld door cao's die algemeen verbindend zijn verklaard, dat wil zeggen overeenkomsten die door alle tot de betrokken sector of tot het betrokken beroep behorende

ondernemingen in het desbetreffende geografische gebied in acht moeten worden genomen.

54. Om die de reden is de Commissie van mening dat het Landesvergabegesetz als onverenigbaar met richtlijn 96/71 moet worden beschouwd voor zover het een loonniveau oplegt dat is vastgesteld bij een cao die niet algemeen verbindend is verklaard. Daarmee treedt deze wet immers buiten het door deze richtlijn geharmoniseerde kader van garanties dat de gemeenschapswetgeving voor het minimumloon van ter beschikking gestelde werknemers heeft vastgesteld.

55. De Commissie voegt hieraan toe dat het Landesvergabegesetz, dat alleen voor ter beschikking gestelde werknemers die werkzaam zijn in het kader van overheidsopdrachten, dat wil zeggen in een sector van de economie, stringentere eisen inzake arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden beoogt te stellen, in geen geval beantwoordt aan een dwingend algemeen belang in de zin van artikel 49 EG noch een dergelijk belang kan nastreven.

56. Ter terechtzitting heeft de Franse regering in wezen hetzelfde standpunt verdedigd als de Commissie. Ook volgens haar staan artikel 49 EG en richtlijn 96/71 niet eraan in

de weg dat een lidstaat het in een nationale of regionale cao voorziene minimumloon toepast op ter beschikking gestelde werknemers, met dien verstande echter dat deze cao algemeen verbindend is verklaard voor de ondernemingen van de betrokken sector of voor het betrokken grondgebied.

57. Gelet op deze opmerkingen dient om te beginnen eraan te worden herinnerd dat het Hof, teneinde de rechter die hem een prejudiciële vraag heeft voorgelegd, een bruikbaar antwoord te geven, bepalingen van gemeenschapsrecht in aanmerking kan nemen, die de nationale rechter in zijn vraag niet heeft vermeld.¹⁵

58. Wat ten eerste richtlijn 93/37 betreft, heb ik eerder aangeduid dat deze richtlijn niet beoogt de uitvoeringsfase van de overheidsopdrachten te regelen. De door de inschrijvers ingevolge de §§ 3, lid 1, en 4, lid 1, van het Landesvergabegesetz aan te gane verplichting om hun werknemers ten minste het loon te betalen dat is voorzien in de cao die van toepassing is op de plaats waar de betrokken werken worden uitgevoerd, en dezelfde verplichting aan hun onderaannemers op te leggen, vormt mijns inziens

een voorwaarde voor de uitvoering van de opdracht.¹⁶

59. Opgemerkt zij echter dat artikel 23 van deze richtlijn in het kader van onderhavige zaak niet zonder belang is, omdat daarin de gedachte wordt uitgedrukt dat de uitvoering van de overeenkomst ten gevolge op de plaatsing van een overheidsopdracht dient te geschieden met inachtneming van de bepalingen inzake arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden die gelden op de plaats waar de werken moeten worden uitgevoerd.

60. Ik zal mij echter niet verder verdiepen in de uitlegging van richtlijn 93/37 want die maakt het niet mogelijk, door te dringen tot de kern van het door de prejudiciële vraag gestelde probleem, namelijk vast te stellen welke arbeidsvoorwaarden overeenkomstig het gemeenschapsrecht kunnen opgelegd bij de uitvoering van een overheidsopdracht waarbij werknemers ter beschikking worden gesteld met het oog op het verrichten van diensten.

16 — Zie in dit verband de Interpretatieve mededeling van de Commissie betreffende het gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om sociale aspecten hierin te integreren, waarin wordt gepreciseerd dat „[d]e voorwaarden voor de uitvoering van de opdracht [...] een verplichting [vormen] die de opdrachtnemer moet aanvaarden en die te maken hebben met de uitvoering van de opdracht” en waarbij „de inschrijvers bij de indiening van hun inschrijving aangeven dat zij aan deze verplichting zullen voldoen indien de opdracht aan hen wordt gegund” (blz. 17). Om verenigbaar te zijn met artikel 49 EG moet een dergelijke voorwaarde voor uitvoering, zoals ik hierna zal uiteenzetten, het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit en het transparantiebeginsel in acht nemen.

15 — Zie met name arrest van 12 oktober 2004, Wolff & Müller (C-60/03, Jurispr. blz. I-9553, punt 24).

61. Wat richtlijn 96/71 betreft, ben ik van mening dat de feiten van het hoofdgeding, zoals die in de verwijzingsbeslissing zijn beschreven, moeten worden geacht binnen de werkingssfeer van deze richtlijn te vallen, aangezien zij beantwoorden aan de hypothese omschreven in artikel 1, lid 3, sub a, van deze richtlijn.

62. Nauwkeuriger uitgedrukt gaat het hier om een geval waarin een in een lidstaat gevestigde onderneming, namelijk de in Polen gevestigde vennootschap PKZ, Poolse werknemers voor haar rekening en onder haar leiding op het grondgebied van een andere lidstaat, in casu de Bondsrepubliek Duitsland, ter beschikking heeft gesteld in het kader van een onderaannemingsovereenkomst tussen de onderneming van uitzending en de in laatstgenoemde lidstaat werkzame ontvanger van de dienst, namelijk verweerster in het hoofdgeding.

63. Vaststaat overigens dat de feiten van het hoofdgeding hebben plaatsgevonden nadat de aan de lidstaten gestelde termijn voor omzetting van richtlijn 96/71 in nationaal recht was verstreken, dat wil zeggen na 16 december 1999.

64. Het Landesvergabegesetz is geen specifieke regeling om de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het

verrichten van diensten te regelen, maar veeleer een algemene regeling inzake het plaatsen van overheidsopdrachten in het Land Niedersachsen. Aangezien deze wet echter voorwaarden oplegt met betrekking tot de uitvoering van overeenkomsten van aanneming van werk, met name de voorwaarde van inachtneming van een minimumloon, die gelden voor de werknemers die worden tewerkgesteld door de aannemer en/of, in voorkomend geval, door een onderaannemer, met inbegrip van de werknemers die ter beschikking zijn gesteld met het oog op het verrichten van diensten zoals in het onderhavige hoofdgeding het geval is, dient deze wet te worden onderzocht tegen de achtergrond van de bepalingen van secundair gemeenschapsrecht inzake de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten.

65. Ik zal dus eerst onderzoeken of richtlijn 96/71 aldus dient te worden uitgelegd dat zij in de weg staat aan een nationale wettelijke regeling zoals het Landesvergabegesetz die aan de aannemers, en indirect aan hun onderaannemers, de verplichting oplegt om aan de in het kader van de uitvoering van een overheidsopdracht ter beschikking gestelde werknemers ten minste het loon te betalen dat is voorzien in de cao die van toepassing is op de plaats waar het werk wordt uitgevoerd, zulks op straffe van sancties die zelfs kunnen bestaan in opzegging van de aannemingsovereenkomst, wanneer de cao waarnaar deze wettelijke regeling verwijst, niet algemeen verbindend is verklaard in de zin van artikel 3, lid 8, eerste alinea, van deze richtlijn.

A — *Uitlegging van richtlijn 96/71*

66. Richtlijn 96/71 kan mijns inziens niet aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staat aan een maatregel als die welke in het hoofdgeding aan de orde is. Om daarvan overtuigd te raken dient het door deze richtlijn ingevoerde stelsel te worden beschreven. Daarna zal ik tegen de achtergrond van het aldus beschreven stelsel de Duitse regeling inzake de vaststelling van minimumlonen in het bouwbedrijf onderzoeken.

67. Zoals ik hierboven reeds heb aangegeven, beoogt richtlijn 96/71 de wetgevingen van de lidstaten te coördineren teneinde een kern van dwingende bepalingen voor minimale bescherming vast te leggen, die in het ontvangende land in acht moeten worden genomen door werkgevers die werknemers ter beschikking stellen om tijdelijk werk uit te voeren op het grondgebied van de lidstaat waar de diensten worden verricht.

68. De gemeenschapswetgever heeft met de vaststelling van deze richtlijn niet alleen de rechtspraak van het Hof die zich geleidelijk ter zake van de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten had ontwikkeld, overgenomen, maar hij heeft deze rechtspraak ook gepreciseerd en versterkt.

69. Het Hof is immers sinds zijn arrest van 3 februari 1982, *Seco en Desquenne & Giral*¹⁷, van mening dat in beginsel het gemeenschapsrecht de lidstaten niet belet hun wetgeving of cao's tussen de sociale partners te laten gelden voor eenieder die op hun grondgebied — zelfs tijdelijk — arbeid in loondienst verricht, ongeacht het land van vestiging van de werkgever, en de lidstaten niet verbiedt, de inachtneming van deze voorschriften met passende middelen af te dwingen.¹⁸ Deze rechtspraak van het Hof is overgenomen in de twaalfde overweging van de considerans van richtlijn 96/71.

70. In de eerste plaats heeft deze richtlijn hetgeen tot dan toe slechts een mogelijkheid was voor de lidstaten, omgezet in een verplichting. Deze richtlijn verplicht de lidstaten dus om een aantal nationale voorschriften inzake arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden op bepaalde gebieden toe te passen op in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen die werknemers op hun grondgebied ter beschikking stellen in het kader van een grensoverschrijdende dienstverrichting.

71. In de tweede plaats heeft richtlijn 96/71 inhoud gegeven aan het begrip „harde kern” van beschermende maatregelen waarvan de gemeenschapswetgever de toepassing ten gunste van de ter beschikking gestelde werknemers heeft willen garanderen.

¹⁷ — 62/81 en 63/81, *Jurispr.* blz. 223.

¹⁸ — Punt 14.

72. Zo noemt artikel 3, lid 1, van deze richtlijn de nationale bepalingen inzake de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die de ter beschikking gestelde werknemers *niet kunnen worden ontnomen* in de lidstaat waar het werk wordt uitgevoerd.

73. Zoals het Hof onlangs heeft verklaard, stelt deze richtlijn „een lijst op [...] van nationale voorschriften die een lidstaat moet toepassen op in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen die op zijn eigen grondgebied werknemers ter beschikking stellen in het kader van een transnationale dienstverrichting”.¹⁹ Het gaat hier dus om beschermende maatregelen van dwingende aard.

74. De opsomming van deze bepalingen door de gemeenschapswetgever versterkt de rechtszekerheid, aangezien de in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichter er voortaan zeker van is dat op hem een duidelijk omschreven minimale basis van bepalingen inzake de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden van toepassing zal zijn die van kracht zijn in de lidstaat waar de diensten worden verricht. Tegelijkertijd zal de in een lidstaat ter beschikking gestelde werknemer de toepassing te zijnen gunste kunnen eisen van deze bepalingen waarvan de dwingende aard rechtstreeks voortvloeit uit richtlijn 96/71.

19 — Arrest van 18 juli 2007, Commissie/Duitsland (C-490/04, Jurispr. blz. I-6095, punt 17). In dit arrest geeft het Hof ook aan dat „richtlijn 96/71 [...] evenwel niet de feitelijke inhoud van deze nationale voorschriften [heeft] geharmoniseerd [...] Deze inhoud kan derhalve vrij door de lidstaten worden gedefinieerd, met inachtneming van het Verdrag en de algemene beginselen van gemeenschapsrecht, met inbegrip derhalve van [...] artikel 49 EG” (punt 19).

75. Onder deze arbeidsvoorwaarden van dwingende aard vallen de minimumlonen, ongeacht of deze zijn vastgesteld door wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen dan wel, voor activiteiten in het bouwbedrijf, door cao's of scheidsrechterlijke uitspraken die algemeen verbindend zijn verklaard in de zin van artikel 3, lid 8, van deze richtlijn.

76. Deze categorie arbeidsvoorwaarden vertoont bijzondere trekken in vergelijking met de andere in artikel 3, lid 1, van richtlijn 96/71 genoemde onderwerpen, zoals de maximale werk- en minimale rustperioden, gezondheid en hygiëne op het werk, alsmede minimumaantal betaalde vakantiedagen. De andere bedoelde arbeidsvoorwaarden zijn immers het onderwerp geweest van acties op het niveau van de Gemeenschap en met name van een harmonisatie van de nationale wetgevingen door middel van richtlijnen die minimumvoorschriften hebben vastgesteld.²⁰ Anders is het gesteld met het minimumloon, waarvoor nog geen enkele gemeenschapsmaatregel van deze soort bestaat.²¹

20 — Zie met name richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd (PB L 299, blz. 9). Volgens artikel 15 van deze richtlijn, met het opschrift „Gunstiger bepalingen”, staat deze „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”.

21 — Zie Rodière, P., *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2^e druk, Parijs, 2002, blz. 551.

77. Hoewel niet kan worden gesteld dat het gemeenschapsrecht geheel voorbij gaat aan het onderwerp lonen, moet toch worden erkend dat de vaststelling van het bedrag of het niveau van de lonen in dit recht nog niet wordt geregeld.²²

78. Artikel 3, lid 1, laatste alinea, van richtlijn 96/71 getuigt van de bijzondere aard van het onderwerp minimumlonen waar het bepaalt dat „het begrip minimumlonen, als bedoeld in de eerste alinea, tweede streepje, sub c, [wordt] bepaald door de nationale wetgeving en/of praktijk van de lidstaat waar de werknemer ter beschikking is gesteld”.

79. De toepassing van de „harde kern” van de in artikel 3, lid 1, van deze richtlijn genoemde beschermende maatregelen dient mijns inziens overigens als een minimumgarantie voor de ter beschikking gestelde werknemers te worden opgevat, die aldus ervan verzekerd zijn dat ten minste de nationale bepalingen die de status van dwingend recht hebben verworven, op hen zullen worden toegepast.

22 — Ibidem, blz. 55 en 56. De auteur preciseert echter dat deze materie niet aan eventuele loononderhandelingen op Europees niveau ontsnapt. Hij merkt verder op dat, naast de vaststelling *stricto sensu* van het bedrag of het niveau van de lonen, „het beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen gevolgen van algemene strekking kan hebben voor de wijze waarop de lonen voor werknemers worden vastgesteld” en dat „andere communautaire regelgeving, bijvoorbeeld inzake de organisatie van de arbeidstijd, nevengevolgen kan hebben voor de lonen”.

80. Dit andere kenmerk van het door deze richtlijn ingevoerde stelsel wordt uitgedrukt door het begrip „een kern van dwingende bepalingen voor minimale bescherming” in de dertiende overweging van de considerans van richtlijn 96/71.

81. Bovendien zij eraan herinnerd dat volgens de zeventiende overweging van de considerans van deze richtlijn „de dwingende bepalingen inzake minimale bescherming die in het ontvangende land van kracht zijn, geen beletsel mogen zijn voor de toepassing van arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die gunstiger zijn voor de werknemers”. Artikel 3, lid 7, eerste alinea, van die richtlijn vertolkt deze wil van de gemeenschapswetgever waar het preciseert dat „[d]e leden 1 tot en met 6 geen beletsel vormen voor de toepassing van arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die gunstiger voor de werknemers zijn”.

82. Deze laatste bepaling heeft mijns inziens twee aspecten. Enerzijds betekent zij dat de dwingende aard van de beschermende maatregelen die van kracht zijn in de staat waar het werk wordt verricht, in voorkomend geval moet wijken voor de toepassing van de bepalingen van de staat waar de dienstverrichter is gevestigd, voor zover die voorzien in gunstiger arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden voor de ter beschikking gestelde werknemers.

83. Anderzijds, en dit aspect is in deze zaak relevant, maakt artikel 3, lid 7, van richtlijn 96/71 het naar mijn mening voor de lidstaten

waar het werk wordt verricht, ook mogelijk, op de in artikel 3, lid 1, van deze richtlijn bedoelde gebieden het niveau van de sociale bescherming dat zij voor de op hun grondgebied werkzame werknemers wensen te garanderen, te verhogen en dat dus ook toe te passen op de aldaar ter beschikking gestelde werknemers. Deze bepaling staat dus in beginsel een versterkte nationale bescherming toe.²³

84. Het is echter van belang te preciseren dat een dergelijke versterkte nationale bescherming dient te geschieden overeenkomstig hetgeen door artikel 49 EG is toegestaan.²⁴

23 — Volgens de uitdrukking die door N. Moizard is gebruikt in zijn *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée — L'exemple du droit du travail français*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence 2000 (zie in het bijzonder blz. 94-96). Volgens deze auteur zijn de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden op de door richtlijn 96/71 bestreken gebieden „minimale van de overheid of uit cao's afkomstige interne regels, die de lidstaten volgens de richtlijn ten minste met betrekking tot tijdelijk ter beschikking gestelde werknemers in acht moeten nemen” (blz. 95). Deze opvatting komt ook tot uitdrukking in de vierendertigste overweging van de considerans van richtlijn 2004/18, volgens dewelke richtlijn 96/71/EG „de minimumvoorwaarden bepaalt waaraan het land van ontvangst ten aanzien van [...] ter beschikking gestelde werknemers moet voldoen”.

24 — Ik deel, wat dit betreft, de analyse van advocaat-generaal Mengozzi in zijn conclusie van 23 mei 2007 in de zaak Laval un Parteneri (C-341/05, aanhangig bij het Hof) dat „de lidstaten volgens richtlijn 96/71 op de dienstverrichter van een lidstaat die tijdelijk werknemers ter beschikking stelt op het grondgebied van een andere lidstaat weliswaar arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden [kunnen] toepassen die gunstiger voor de werknemers zijn dan die welke zijn neergelegd in met name artikel 3, lid 1, van [deze] richtlijn, maar dat die bevoegdheid moet worden uitgeoefend met eerbiediging van het in artikel 49 EG gegarandeerde vrije verkeer van diensten” (punt 151). Bovendien vestig ik er de aandacht op dat de Commissie in haar Interpretatieve mededeling betreffende het gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om sociale aspecten hierin te integreren, vaststelt dat zowel in nationale als in grensoverschrijdende situaties „gunstigere bepalingen voor de arbeidskrachten kunnen worden toegepast (en deze moeten dan dus ook worden nageleefd) mits deze verenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht” (blz. 21, punt 3.2).

85. De vergelijking van het stelsel dat naar Duits recht geldt voor het vaststellen van de minimumlonen in het bouwbedrijf, met het stelsel dat richtlijn 96/71 in het leven heeft geroepen en dat ik hierboven heb geschetst, brengt mij tot de volgende opmerkingen.

86. In de eerste plaats stel ik vast dat in het Duitse recht een regeling bestaat die het mogelijk maakt cao's algemeen verbindend te verklaren. Het Duitse stelsel van vaststelling van minimumlonen in het bouwbedrijf dient dus aan artikel 3, lid 1, van richtlijn 96/71 te worden getoetst en niet aan artikel 3, lid 8, tweede alinea, van deze richtlijn, dat ziet op het geval van het ontbreken van een regeling voor het algemeen verbindend verklaren van cao's.

87. Overeenkomstig artikel 3, lid 1, van deze richtlijn bepaalt § 1, lid 1, van het AEntG dat de rechtsregels van een algemeen verbindend verklaarde cao voor het bouwbedrijf die betrekking hebben op het minimumloon, ook van toepassing zijn in het kader van een dienstverband tussen een in het buitenland gevestigde werkgever en zijn binnen de territoriale werkingssfeer van deze cao tewerkgestelde werknemer. Zo dient een derge-

lijke werkgever aan de te zijner beschikking gestelde werknemers ten minste de in deze cao neergelegde arbeidsvoorwaarden toe te kennen.

88. Vervolgens zij eraan herinnerd dat het TV Mindestlohn dat ten tijde van de feiten in het hoofdgeding van toepassing was, algemeen verbindend was verklaard en voor het gehele grondgebied van de Bondsrepubliek Duitsland gold, de hoogte van het minimumloon in het bouwbedrijf vaststelde in twee categorieën volgens het kwalificatieniveau van de werknemer en op een niveau dat verschilde naargelang het „oude” of „nieuwe” Länder betrof.

89. Deze cao, die algemeen verbindend is verklaard in de zin van artikel 3, lid 8, eerste alinea, van richtlijn 96/71, maakt aldus deel uit van de „harde kern” van beschermende maatregelen, zoals omschreven in artikel 3, lid 1, van deze richtlijn.

90. Tevens dient erop te worden gewezen dat deze cao ook preciseert dat de bepaling inzake de globale cao-uurlonen van de twee bovengenoemde categorieën aanspraken op hogere lonen uit hoofde van andere cao's of van bijzondere overeenkomsten onverlet laat. Overeenkomstig het in artikel 3, lid 7, van deze richtlijn bepaalde voorziet het TV Mindestlohn dus uitdrukkelijk in de mogelijkheid dat voor de werknemers gunstigere arbeidsvoorwaarden worden toegepast.

91. Het stelsel dat naar Duits recht geldt voor het vaststellen van minimumlonen in het bouwbedrijf berust evenwel niet alleen op het TV Mindestlohn maar daarnaast ook op specifieke cao's, die meestal voor een beperkt territoriaal gebied gelden en doorgaans niet algemeen verbindend worden verklaard, waardoor zij buiten de „harde kern” van de minimale beschermingsregels in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 96/71 vallen.

92. Houdt dit in, zoals de Commissie stelt, dat de inachtneming van dergelijke specifieke cao's die niet algemeen verbindend zijn verklaard in de zin van artikel 3, lid 8, eerste alinea, van deze richtlijn, niet kan worden opgelegd aan ondernemingen die werknemers ter beschikking stellen in het kader van een transnationale dienstverrichting?

93. Ik denk van niet.

94. Ik ben namelijk van mening dat, aangezien de in deze specifieke cao's vastgestelde lonen in de praktijk aanzienlijk hoger zijn dan de minimumlonen die voor het grondgebied van de Bondsrepubliek Duitsland

krachtens het TV Mindestlohn verplicht zijn gesteld, dergelijke cao's de nationale bescherming versterken. Zoals ik hierboven heb aangetoond, is een dergelijke versterkte nationale bescherming toegestaan op grond van artikel 3, lid 7, van richtlijn 96/71.

95. Een nationale maatregel als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die dergelijke cao's verplicht stelt, ook in het geval van terbeschikkingstelling van werknemers, is mijns inziens dan ook in overeenstemming met deze richtlijn, aangezien daarbij gebruik wordt gemaakt van een mogelijkheid die krachtens artikel 3, lid 7, van deze richtlijn voor de lidstaten openstaat.

96. Verder is het feit dat een algemeen verbindend verklaarde cao, zoals het TV Mindestlohn, zelf in het algemeen verwijst naar andere cao's of naar bijzondere overeenkomsten die hogere lonen inhouden, mijns inziens in overeenstemming met richtlijn 96/71.

97. Het Duitse stelsel van vaststelling van minimumlonen in het bouwbedrijf is mijns inziens dus een coherent systeem dat in overeenstemming is met richtlijn 96/71.

98. Derhalve ben ik van mening dat richtlijn 96/71 aldus dient te worden uitgelegd dat zij niet in de weg staat aan een nationale wettelijke regeling zoals het Landesvergabegesetz die aan de aannemers, en indirect aan hun onderaannemers, de verplichting oplegt om aan de in het kader van de uitvoering van een overheidsopdracht ter beschikking gestelde werknemers ten minste het loon te betalen dat is voorzien in de cao die van toepassing is op de plaats waar het werk wordt verricht, zulks op straffe van sancties die zelfs kunnen bestaan in opzegging van de aannemingsovereenkomst, ook wanneer de cao waarnaar deze wettelijke regeling verwijst, niet algemeen verbindend is verklaard in de zin van artikel 3, lid 8, eerste alinea, van deze richtlijn.

99. Thans moet worden nagegaan of artikel 49 EG aldus dient te worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een nationale wettelijke regeling zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is.

B — *Uitlegging van artikel 49 EG*

100. Volgens vaste rechtspraak verlangt artikel 49 EG niet alleen de afschaffing van elke discriminatie van de in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichter op grond van diens nationaliteit, maar tevens de opheffing van elke beperking die, ook indien zij

zonder onderscheid geldt voor binnenlandse dienstverrichters en dienstverrichters uit andere lidstaten, de werkzaamheden van de dienstverrichter die in een andere lidstaat is gevestigd en aldaar rechtmatig soortgelijke diensten verricht, verbiedt, belemmert of minder aantrekkelijk maakt.²⁵

kunnen de §§ 3, lid 1, en 4, lid 1, van het Landesvergabegesetz aan dienstverrichters die zijn gevestigd in een andere lidstaat, waar de minimumlonen lager zijn, een bijkomende economische last opleggen die de verrichting van diensten in de ontvangende lidstaat kan verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken.

101. In dit verband zij erop gewezen dat het Hof reeds heeft geoordeeld dat de toepassing van de nationale regelingen van de ontvangende lidstaat op dienstverrichters de verrichting van diensten door in andere lidstaten gevestigde personen of ondernemingen kan verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken, voor zover deze toepassing kosten en bijkomende administratieve en economische lasten meebrengt.²⁶

104. Verder moet erop worden gewezen dat de litigieuze bepalingen van het Landesvergabegesetz zonder onderscheid gelden voor binnenlandse dienstverrichters en dienstverrichters uit andere lidstaten. Met andere woorden, de verplichting om het minimumloon te betalen dat is voorzien in de cao die van toepassing is op de plaats waar het werk wordt verricht, geldt zowel voor in Duitsland gevestigde dienstverrichters als voor die welke in een andere lidstaat zijn gevestigd.

102. In casu kan mijns inziens nauwelijks worden betwijfeld dat het hier een beperking van het vrij verrichten van diensten betreft.

103. Door namelijk de aannemers van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, en indirect hun onderaannemers, te verplichten om ten minste het loon te betalen dat is voorzien in de cao die van toepassing is op de plaats waar het werk wordt verricht,

105. Volgens eveneens vaste rechtspraak van het Hof kan een dergelijke regeling die zonder onderscheid wordt toegepast, op grond van artikel 49 EG gerechtvaardigd zijn wanneer zij beantwoordt aan dwingende redenen van algemeen belang, voor zover dit belang niet wordt gewaarborgd door de regels die voor de dienstverrichter gelden in de lidstaat waar hij is gevestigd, en voor zover die regeling geschikt is om de verwezenlijking van het door haar gestelde doel te waar-

25 — Zie met name arrest Commissie/Duitsland, reeds aangehaald (punt 63 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

26 — Zie met name arrest Wolff & Müller, reeds aangehaald (punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

borgen en niet verder gaat dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is.²⁷

106. Een van de door het Hof erkende dwingende redenen van algemeen belang is de bescherming van de werknemers.²⁸

107. Uit vaste rechtspraak van het Hof blijkt dat uit hoofde van dit vereiste het gemeenschapsrecht niet eraan in de weg staat dat de lidstaten hun wetgeving of *tussen de sociale partners gesloten cao's* laten gelden voor eenieder die op hun grondgebied — zelfs tijdelijk — arbeid in loondienst verricht, ongeacht het land van vestiging van de werkgever, en evenmin de lidstaten verbiedt, de inachtneming van deze voorschriften met passende middelen af te dwingen, wanneer blijkt dat de door die voorschriften verleende bescherming niet wordt geboden door identieke of wezenlijk vergelijkbare verplichtingen waaraan de onderneming reeds is onderworpen in de lidstaat waar zij is gevestigd.²⁹

27 — Zie met name arrest Commissie/Duitsland, reeds aangehaald (punten 64 en 65 alsmede aldaar aangehaalde rechtspraak).

28 — Zie met name arrest Wolff & Müller, reeds aangehaald (punt 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Om het algemeen belang in verband met de sociale bescherming van de werknemers in het bouwbedrijf en met de controle op de naleving ervan als dwingende reden te erkennen, heeft het Hof gewezen op het bestaan van „bijzondere kenmerken van die sector” [arresten van 28 maart 1996, Guiot (C-272/94, Jurispr. blz. I-1905, punt 16), en 23 november 1999, Arblade e.a. (C-369/96 en C-376/96, Jurispr. blz. I-8453, punt 51)].

29 — Zie met name arresten van 21 oktober 2004, Commissie/Luxemburg (C-445/03, Jurispr. blz. I-10191, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 21 september 2006, Commissie/Oostenrijk (C-168/04, Jurispr. blz. I-9041, punt 47).

108. Het Hof heeft eveneens geoordeeld dat de doelstelling om oneerlijke mededinging door ondernemingen die hun werknemers minder dan het minimumloon betalen tegen te gaan, ook in aanmerking kan worden genomen als dwingend vereiste dat een beperking van het vrij verrichten van diensten kan rechtvaardigen.³⁰ Het Hof heeft ook verklaard dat de doelstelling om de eerlijke mededinging te handhaven niet noodzakelijkerwijs in tegenspraak is met de doelstelling om de bescherming van de werknemers te garanderen.³¹

109. Bij de ontwikkeling van deze redenering heeft het Hof onlangs met zoveel woorden de band erkend tussen zijn vaste rechtspraak dat de lidstaten de mogelijkheid hebben hun wetgeving of cao's inzake het minimumloon te laten gelden voor eenieder die — zelfs tijdelijk — op hun grondgebied is tewerkgesteld, en de rechtvaardiging ontleend aan het „voorkomen van sociale dumping”.³²

110. Ik heb hierboven aangegeven dat de verwijzende rechter betwijfelt of de

30 — Arrest Wolff & Müller, reeds aangehaald (punt 41).

31 — Ibidem (punt 42). Het Hof verwijst in dit verband naar de vijfde overweging van de considerans van richtlijn 96/71, die volgens het Hof aantoont dat deze twee doelstellingen gelijkelijk kunnen worden nagestreefd.

32 — Arrest van 19 januari 2006, Commissie/Duitsland (C-244/04, Jurispr. blz. I-885, punt 61). Over de ontwikkeling van deze rechtspraak zie Mischo, J., „Libre circulation des services et dumping social”, *Le droit à la mesure de l'Homme*, in *Mélanges en l'honneur de Philippe Léger*, Pedone, Parijs, 2006, blz. 435.

verplichting die het Landesvergabegesetz aan de aannemers, en indirect aan hun onderaannemers, oplegt om zich te houden aan de cao die van toepassing is op de plaats waar het werk wordt verricht, gerechtvaardigd is door dwingende redenen van algemeen belang.

111. In dit verband herinner ik eraan dat, volgens deze rechter, het voornaamste doel van de litigieuze wettelijke bepalingen is, de Duitse bouwondernemingen te beschermen tegen de concurrentie uit andere lidstaten. Een dergelijk economisch doel zou geen dwingende reden van algemeen belang kunnen zijn die een beperking van het vrij verrichten van diensten rechtvaardigt.

112. Verder is deze rechter van mening dat de verplichting om op de plaats waar het werk wordt uitgevoerd, een cao in acht te nemen die voorziet in minimumlonen die hoger zijn dan die welke ingevolge het AEntG op het grondgebied van de Bondsrepubliek Duitsland worden toegepast, verder gaat dan ter bescherming van de werknemers nodig is. Hij is namelijk van mening dat de grens van wat noodzakelijk is ter bescherming van de werknemers, wordt aangegeven door het verplichte minimumloon dat ingevolge het AEntG op het grondgebied van de Bondsrepubliek Duitsland moet worden toegepast.

113. Ik ben het niet eens met die analyse van de verwijzende rechter, die in wezen door de Poolse regering wordt gesteund.

114. Ik ben integendeel van mening dat de litigieuze bepalingen van het Landesvergabegesetz geschikt zijn voor de verwezenlijking van doelstellingen zoals het beschermen van de werknemers en het voorkomen van sociale dumping, en niet verder gaan dan ter bereiking van deze doelstellingen noodzakelijk is.

115. Het is juist dat volgens vaste rechtspraak maatregelen die het vrij verrichten van diensten beperken, niet kunnen worden gerechtvaardigd door economische doelstellingen, zoals de bescherming van de nationale ondernemingen.³³ Het Hof is echter tegelijkertijd van oordeel dat de bedoeling van de wetgever zoals die tijdens de aan de vaststelling van een wet voorafgaande politieke discussies of in de memorie van toelichting tot uitdrukking komt, niet beslissend kan zijn, maar slechts een aanwijzing kan vormen voor het met die wet nagestreefde doel.³⁴ Het staat aan de verwijzende rechter, die zich afvraagt wat het werkelijke doel van de wetgever is, om na te gaan of de aan de orde zijnde regeling, objectief beschouwd, de ter beschikking gestelde werknemers beschermt³⁵ of, ruimer, sociale dumping voorkomt.

116. Wat de opmerking van de verwijzende rechter betreft dat het voornaamste doel van de litigieuze wettelijke bepalingen is, de

33 — Arresten van 25 oktober 2001, Finalarte e.a. (C-49/98, C-50/98, C-52/98–C-54/98 en C-68/98–C-71/98, Jurispr. blz. I-7831, punt 39), en 24 januari 2002, Portugaia Construções (C-164/99, Jurispr. blz. I-787, punt 26).

34 — Arrest Portugaia Construções, reeds aangehaald (punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

35 — Ibidem (punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

Duitse bouwondernemingen te beschermen tegen de concurrentie uit andere lidstaten, staat het dus aan deze rechter om na te gaan of deze bepalingen, objectief beschouwd, de ter beschikking gestelde werknemers beschermen. In dit verband dient te worden nagegaan of deze bepalingen voor de betrokken werknemers een reëel voordeel inhouden dat in aanzienlijke mate bijdraagt tot hun sociale bescherming.³⁶

aanvullende bescherming biedt in de vorm van een aanzienlijk hoger loon dan het loon dat hun in de regel in de staat van vestiging van hun werkgever wordt betaald. Deze wet lijkt mij derhalve geschikt om ter beschikking gestelde werknemers te beschermen.

117. Om uit te maken of er sprake is van een dergelijk voordeel dat een reële aanvullende bescherming biedt aan de ter beschikking gestelde werknemers³⁷, dient de verwijzende rechter te beoordelen of de loonbescherming die aan deze werknemers wordt geboden door de wetgeving en/of de cao's in de staat waar de dienstverrichter is gevestigd, gelijkwaardig of in wezen vergelijkbaar is. Bij deze beoordeling dient het bedrag van het brutoloon in aanmerking te worden genomen.³⁸

119. Deze wet is mijns inziens eveneens geschikt om sociale dumping te voorkomen, voor zover zij met name tot doel heeft ervoor te zorgen dat de dienstverrichters, ongeacht of zij in Duitsland zijn gevestigd, de werknemers in het kader van de uitvoering van een overheidsopdracht op gelijke wijze belonen. Deze wet garandeert op die manier dat op eenzelfde bouwplaats de plaatselijke werknemers en de ter beschikking gestelde werknemers op dezelfde wijze worden beloond.

118. In dit verband herinner ik eraan dat uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat aan de vennootschap PKZ wordt verweten dat zij aan de 53 op de bouwplaats werkzame werknemers slechts 46,57 % van het toepasselijke minimumloon heeft betaald. In deze omstandigheden ligt het voor de hand dat de inachtneming van het Landesvergabegesetz deze werknemers een echte

120. De omstandigheid dat het Land Niedersachsen in zijn wet inzake het plaatsen van overheidsopdrachten heeft geopteerd voor een specifieke cao in plaats van voor het TV Mindestlohn, met als gevolg dat het minimumloon waaraan de aannemers en hun onderaannemers zich moeten houden op de plaats waar het werk wordt verricht, hoger is dan het loon dat in de regel op het grondgebied van de Bondsrepubliek Duitsland in het bouwbedrijf moet worden betaald, lijkt mij op zich niet in strijd met het gemeenschapsrecht.

36 — Zie arrest Wolff & Müller, reeds aangehaald (punt 38).

37 — Arrest Finalarte e.a., reeds aangehaald (punt 45).

38 — Arrest van 14 april 2005, Commissie/Duitsland (C-341/02, Jurispr. blz. I-2733, punt 29).

121. Enerzijds valt moeilijk te ontkennen dat ter beschikking gestelde werknemers worden beschermd door de waarborg van een hoger loon.³⁹ Anderzijds, meer in het algemeen gesproken, mag niet uit het oog worden verloren dat artikel 136, eerste alinea, EG bepaalt dat „[d]e Gemeenschap en de lidstaten [...] zich, indachtig sociale grondrechten, [...] de [...] verbetering van de levensomstandigheden en de arbeidsvoorwaarden [ten doel stellen], zodat de onderlinge aanpassing daarvan op de weg van de vooruitgang [...], alsmede [...] de sociale dialoog [wordt mogelijk gemaakt]”.

122. De omstreden bepalingen van het Landesvergabegesetz gaan mijns inziens niet verder dan nodig is om de doelstellingen van bescherming van de werknemers en voorkomen van sociale dumping te verwezenlijken.

123. Deze bepalingen hebben immers tot doel, de dienstverrichters die betrokken zijn bij de uitvoering van een overheidsopdracht, te verplichten zich te houden aan de lonen die van toepassing zijn krachtens de specifieke cao die van kracht is op de plaats waar het werk wordt verricht. Daarin is bepaald dat bouwopdrachten enkel mogen worden geplaatst bij inschrijvers die zich schriftelijk ertoe verbinden hun werknemers voor

de uitvoering van deze werken minstens het loon te betalen dat is vastgesteld in de cao die geldt op de plaats waar het werk wordt uitgevoerd, en zich eveneens ertoe verbinden om dezelfde verplichting op te leggen aan hun onderaannemers. Anderzijds leidt de niet-nakoming van deze verplichting tot sancties die kunnen gaan van een contractuele boete tot aan de opzegging van het contract.

124. De doelstellingen van bescherming van de werknemers en voorkomen van sociale dumping zouden mijns inziens niet zo efficiënt kunnen worden bereikt met minder dwingende regels die het vrij verrichten van diensten minder beperken.

125. Zoals Ierland in zijn schriftelijke opmerkingen⁴⁰ heeft verklaard, wijst bovendien geen enkel element erop dat, gelet op relevante factoren zoals de index van de kosten van levensonderhoud, de minimumlonen die zijn opgelegd door de specifieke cao waarnaar het Landesvergabegesetz verwijst, overdreven zijn in vergelijking met die welke in het TV Mindestlohn zijn vastgesteld.

126. Deze analyse wordt mijns inziens niet op losse schroeven gezet door het argument van de Commissie dat de wet van een Land die alleen voor de ter beschikking

39 — Het is eveneens interessant vast te stellen, zoals de Duitse regering in punt 63 van zijn schriftelijke opmerkingen aangeeft, dat, behalve het feit dat de specifieke cao's voorzien in hogere minimumlonen, de bescherming van de werknemers ook is gelegen in het feit dat deze cao's een meer gedifferentieerde en passende beloning naargelang van de verrichte arbeid mogelijk maken. Ik herinner in dit verband eraan dat de loonschaal in deze cao's gedetailleerder is dan die van het TV Mindestlohn, en dat de hoogte van het loon volgens verschillende functiegroepen wordt vastgesteld.

40 — Punt 26.

gestelde werknemers die werkzaam zijn in het kader van overheidsopdrachten, dat wil zeggen in een sector van de economie, stringenter eisen inzake arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden beoogt te stellen, niet beantwoordt aan een dwingend algemeen belang in de zin van artikel 49 EG noch een dergelijk belang kan nastreven.

127. Zoals de Commissie ter terechtzitting heeft uiteengezet, is haar bezwaar tegen het Landesvergabegesetz dat het een discriminatie tussen de werknemers in het bouwbedrijf in het leven roept naargelang de bouwheer een particulier of de overheid is. Bovendien zou het Land Niedersachsen, indien het werkelijk ernaar streeft de werknemers te beschermen, dit soort maatregelen moeten uitbreiden tot alle werknemers in deze sector.

128. Om de volgende redenen kan ik mij niet achter deze redenering scharen.

129. Ten eerste is ter terechtzitting bevestigd dat het Land Niedersachsen, behalve in het geval van overdracht van bevoegdheid, niet bevoegd is om een cao algemeen verbindend te verklaren. Door de litigieuze bepalingen van het Landesvergabegesetz vast te stellen heeft het Land Niedersachsen dus getracht op een gebied waar het wel bevoegd is, namelijk de overheidsopdrachten, de cao die van toepassing is op de plaats waar het werk wordt verricht, verplicht te stellen, ongeacht of deze algemeen verbindend is verklaard.

130. Ten tweede is het argument inzake een discriminatie tussen de werknemers in het bouwbedrijf naargelang de bouwheer een particulier of de overheid is, mijns inziens naar gemeenschapsrecht niet relevant.

131. Van belang is, zoals ik reeds heb gezegd, dat het Landesvergabegesetz het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit naleeft en dus de dienstverrichters, of zij nu in Duitsland dan wel in een andere lidstaat zijn gevestigd, dezelfde verplichting oplegt om zich te houden aan de minimumlonen die van toepassing zijn op de plaats waar het werk wordt verricht. Met andere woorden, doorslaggevend is dat in het kader van de uitvoering van een overheidsopdracht de plaatselijke werknemers en de ter beschikking gestelde werknemers een loon van hetzelfde niveau ontvangen. Dat is mijns inziens de maatstaf die moet worden gehanteerd om uit te maken of er sprake is van een met het gemeenschapsrecht strijdige discriminatie.

132. Ten derde wijs ik erop dat, terwijl een overheidsbestelling vooral is gericht op het voorzien in een welbepaalde behoefte van het bestuur ter zake van werken, diensten of leveringen van goederen, het plaatsen van een overheidsopdracht ook het voorzien in andere behoeften van algemeen belang, bijvoorbeeld inzake milieubeleid of, zoals in

de onderhavige zaak, op sociaal gebied mogelijk maakt.⁴¹

133. Het Hof heeft reeds de mogelijkheid erkend om sociale eisen in overheidsopdrachten te integreren⁴²; deze mogelijkheid is thans in richtlijn 2004/18 verankerd. Deze richtlijn bevat een artikel 26, met het opschrift „Voorwaarden waaronder de opdracht wordt uitgevoerd”, dat aldus is geformuleerd:

„De aanbestedende diensten kunnen bijzondere voorwaarden bepalen waaronder de opdracht wordt uitgevoerd, mits deze verenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht en in de aankondiging van de opdracht of in het bestek worden vermeld. De voorwaarden waaronder de opdracht wordt uitgevoerd,

kunnen met name verband houden met sociale of milieuoverwegingen.”⁴³

134. Voor zover de voorwaarde voor de uitvoering van de opdracht die verband houdt met het minimumloon van de werknemers zoals vastgesteld in de omstreden bepalingen van het Landesvergabegesetz, het beginsel van niet-discriminatie op grond van nationaliteit en ook het beginsel van de transparantie in acht neemt, moet zij mijns inziens in overeenstemming met het gemeenschapsrecht worden geacht.

135. Wat het beginsel van transparantie betreft, is het mijns inziens van belang dat de cao's waarvan de inachtneming wordt geëist, voldoende nauwkeurig en toegankelijk zijn zodat het voor de werkgever in de praktijk niet onmogelijk of overdreven moeilijk is te weten welke verplichtingen hij moet nakomen.⁴⁴ Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of dit in casu het geval is.⁴⁵

41 — Zie in die zin *Martinez, V.*, in „Les péripéties du critère social dans l'attribution des marchés publics”, *Contrats publics*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Deel II, Presses de la Faculté de Droit de Montpellier, 2006, blz. 251, 252. De auteur oppert met name de idee dat de overheidsbestelling een middel kan zijn om werkloosheid en uitsluiting te bestrijden, en dan kan wordt gebruikt als „hefboom voor de arbeidsvoorziening”.

42 — Arresten van 20 september 1988, *Beentjes* (31/87, Jurispr. blz. 4635), en 26 september 2000, *Commissie/Frankrijk* (C-225/98, Jurispr. blz. I-7445). Zie over deze rechtspraak en de receptie daarvan in het Franse recht, *Pongérard-Payet, H.*, „Critères sociaux et écologiques des marchés publics: droits communautaire et interne entre guerre et paix”, *Europe* n° 10, Étude 10, oktober 2004.

43 — Verder zij gewezen op de drieëndertigste overweging van de considerans van deze richtlijn, waarin staat: „[D]e voorwaarden voor de uitvoering van een opdracht zijn verenigbaar met deze richtlijn voor zover zij niet rechtstreeks of onrechtstreeks discriminerend zijn en zij in de aankondiging van opdracht of in het bestek worden vermeld”. In zijn arrest *Beentjes*, reeds aangehaald, had het Hof al geoordeeld dat, om een daadwerkelijke mededinging bij het plaatsen van overheidsopdrachten te ontwikkelen, „[...] de aanbestedende diensten [...] passende bekendheid moeten geven aan de voor elke aanbesteding geldende voorwaarden en criteria” (punt 21).

44 — Zie in die zin, inzake strafvervolgung, arrest *Arblade e.a.*, reeds aangehaald (punt 43).

45 — Ik herinner in dit verband eraan dat de door de inschrijver aangegane verplichting verwijst naar „het op de plaats van uitvoering in collectieve arbeidsovereenkomsten vastgestelde loon [...] op grond van de in de lijst van representatieve collectieve arbeidsovereenkomsten onder nr. 01 'Bouwnijverheid' genoemde collectieve arbeidsovereenkomst”.

IV — Conclusie

136. Gelet op al het voorgaande geef ik het Hof in overweging, de door het Oberlandesgericht Celle gestelde prejudiciële vraag te beantwoorden als volgt:

„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, alsmede artikel 49 EG, moeten aldus worden uitgelegd dat zij niet in de weg staan aan een nationale wettelijke regeling zoals het Landesvergabegesetz, die aan de aannemers, en indirect aan hun onderaannemers, de verplichting oplegt om aan de in het kader van de uitvoering van een overheidsopdracht ter beschikking gestelde werknemers ten minste het loon te betalen dat is voorzien in de cao die van toepassing is op de plaats waar het werk wordt verricht, zulks op straffe van sancties die zelfs kunnen bestaan in opzegging van de aannemingsovereenkomst, wanneer de cao waarnaar deze wettelijke regeling verwijst, niet algemeen verbindend is verklaard.

Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of deze wettelijke regeling wel degelijk voor de ter beschikking gestelde werknemers een reëel voordeel inhoudt dat in aanzienlijke mate bijdraagt tot hun sociale bescherming, en of bij de toepassing van deze wettelijke regeling het beginsel van transparantie van de voorwaarden voor de uitvoering van de betrokken overheidsopdracht in acht zijn genomen.”