

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

présentées le 14 décembre 2006¹

I — Introduction

1. La Commission des Communautés européennes demande à la Cour, au titre de l'article 226 CE, de dire pour droit que la République fédérale d'Allemagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 49 CE, en imposant aux sociétés qui sont situées dans un autre État membre et qui détachent de la main-d'œuvre sur le territoire allemand, d'une part, de cotiser à la caisse nationale de congés, à moins qu'elles ne versent déjà une contribution à un «organisme comparable», d'autre part, de faire traduire certains documents, et en exigeant des entreprises étrangères de travail temporaire qu'elles notifient chaque mise à disposition du salarié ainsi que l'emploi attribué.

leurs effectué dans le cadre d'une prestation de services².

3. Par ailleurs, la République fédérale d'Allemagne conclut à l'irrecevabilité du recours en invoquant son manque de clarté et d'adéquation avec l'avis motivé, ainsi que la longue durée de la phase administrative de la procédure.

II — Le cadre juridique

A — La réglementation communautaire

2. Cependant, avant d'examiner si le droit communautaire s'oppose à ces obligations, il convient de déterminer quel est le critère pertinent pour examiner celles-ci, sans négliger la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 1996, concernant le détachement de travail-

1. Le traité CE

4. En vertu de l'article 49, premier alinéa, CE, «les restrictions à la libre prestation des

1 — Langue originale: l'espagnol.

2 — JO 1997, L 18, p. 1.

services à l'intérieur de la Communauté sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation».

droits» des employés (cinquième considérant)⁵.

2. La directive 96/71

5. En cas de détachement temporaire de personnel sur le territoire d'un autre pays³, dans le cadre de l'exercice de la liberté fondamentale susmentionnée, la convergence d'ordres juridiques différents occasionne certains problèmes spécifiques⁴. Dans ce contexte, la directive 96/71 tente de concilier une «concurrence loyale» avec des «mesures garantissant le respect des

6. L'article 1^{er}, paragraphe 1, de ladite directive limite son champ d'application aux entreprises domiciliées dans un État membre qui, dans le cadre d'une prestation de services transnationale, envoient des travailleurs dans un autre État membre selon l'une des modalités prévues au paragraphe 3, à savoir que le détachement: a) dérive d'un contrat conclu entre l'entreprise d'origine et le destinataire de la prestation; b) concerne un établissement ou une entreprise appartenant au groupe; ou c) est effectué par une entreprise de travail temporaire, au moyen d'une cession à une société utilisatrice exerçant son activité dans un État distinct de celui de la cédante.

7. Après l'introduction de la notion de «travailleur détaché» (article 2) et la fixation d'un catalogue de normes minimales applicables aux conditions de travail et d'emploi

3 — Selon l'article de Palao Moreno, G., «La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Un nuevo paso hacia la consolidación de un mercado de trabajo integrado en Europa», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, juillet-août 2000, n° 208, p. 46, la mobilité ne constitue pas seulement une conséquence supplémentaire de l'intégration européenne, mais une nécessité inhérente au système.

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

5 — Pour la doctrine, l'idée fondamentale est d'empêcher que des pays moins avancés dans la reconnaissance des droits des travailleurs et bénéficiant de coûts plus bas obtiennent des avantages dans d'autres pays où la main-d'œuvre est plus chère en raison de l'octroi d'une protection accrue [De Vicente Pachés, F., «Desplazamiento temporal de trabajadores para la ejecución de un contrato en otro Estado miembro. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Pleno), de 23 de noviembre de 1999», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n° 27, 2000, p. 240]; en ce sens, Landa Zapirain, J. P., et Fotinopoulou Basurko, O., «Breve comentario de la Ley 45/1999 sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, que incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 96/71/CE», *Relaciones Laborales*, n° 9, 2000, p. 10, soutiennent que la directive 96/71 est plus «économique que sociale».

(article 3), l'article 4, intitulé «Coopération en matière d'information», dispose:

«1. [...] les États membres, conformément aux législations et/ou pratiques nationales, désignent un ou plusieurs bureaux de liaison ou une ou plusieurs instances nationales compétentes.

2. Les États membres prévoient une coopération entre les administrations publiques qui, conformément à la législation nationale, sont compétentes pour la surveillance des conditions de travail et d'emploi visées à l'article 3. Cette coopération consiste en particulier à répondre aux demandes d'informations motivées de ces administrations publiques relatives à la mise à disposition transnationale de travailleurs, y compris en ce qui concerne des abus manifestes ou des cas d'activités transnationales présumées illégales.

La Commission et les administrations publiques visées au premier alinéa collaborent étroitement en vue d'examiner les difficultés qui pourraient surgir dans l'application de l'article 3 paragraphe 10.

L'assistance administrative réciproque est fournie à titre gracieux.

3. Chaque État membre prend les mesures appropriées pour que les informations concernant les conditions de travail et d'emploi visées à l'article 3 soient généralement accessibles.

4. Chaque État membre communique aux autres États membres et à la Commission les bureaux de liaison et/ou les instances compétentes visés au paragraphe 1.»

8. La directive poursuit en contraignant les États à adopter les mesures adéquates en cas d'infraction à ses dispositions (article 5), puis détermine la compétence judiciaire (article 6) et, à l'article 7, mentionne le délai de transposition, en indiquant que:

«Les États membres adoptent les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 16 décembre 1999. Ils en informent la Commission sans délai.

[...]

9. L'article 8 régit le réexamen par la Commission⁶ et l'article 9 désigne les États membres comme étant les destinataires de la directive.

12. L'article 2 contient des mécanismes de «contrôle», comme celui visé au paragraphe 3, en vertu desquels l'employeur étranger doit posséder, en langue allemande, les documents attestant du respect des obligations de l'article 1^{er}: le contrat, les fiches de paie et les pièces justificatives tant de l'horaire de travail que du paiement des rémunérations.

B — La législation allemande

10. En matière de mobilité des travailleurs, la loi applicable est l'*Arbeitnehmer-Entsendegesetz* (loi sur le détachement des travailleurs, ci-après l'*«AEntG»*), du 26 février 1996⁷, entrée en vigueur le 1^{er} mars 1996.

11. L'article 1^{er}, paragraphe 1, étend à la relation juridique unissant le patron situé dans un autre pays et ses salariés, dans certaines conditions, les effets des dispositions des conventions collectives ayant force obligatoire générale du secteur du bâtiment qui établissent la rémunération minimale, la durée des congés de repos et les congés payés. En vertu du paragraphe 3, il convient aussi de respecter les conventions collectives s'agissant du paiement de cotisations en vue de l'octroi de congés payés, sauf lorsque ces cotisations sont versées à un «organisme comparable» dans l'État où se situe le siège de l'entreprise.

13. L'article 3, paragraphe 2, enjoint aux sociétés étrangères de travail temporaire d'effectuer, avant le début de chaque chantier, une déclaration en allemand comportant: le prénom, le nom et la date de naissance des employés mis à disposition; le début et la fin de la mise à disposition; le lieu de travail; l'endroit, en Allemagne, où sont gardés les documents visés à l'article 2, paragraphe 3; un mandataire dans ce pays; le nom et l'adresse de l'entreprise employant les travailleurs. Le contrat conclu entre l'entreprise de travail temporaire et celle qui bénéficie de la main-d'œuvre peut stipuler que les changements de lieu de travail doivent être communiqués à l'entreprise utilisatrice.

III — La procédure précontentieuse

14. Ayant reçu plusieurs plaintes concernant l'*AEntG*, la Commission a envoyé à la République fédérale d'Allemagne, le 12 novembre 1998, une lettre de mise en

6 — La communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions intitulée «La mise en œuvre de la directive 96/71/CE dans les États membres», du 25 juillet 2003 [COM (2003) 458 final], affirme que, pour le moment, il ne paraît pas indispensable de modifier la directive, étant donné que les difficultés sont plutôt d'ordre pratique que juridique (p. 19).

7 — BGBl. 1996 I, p. 227.

demeure, complétée par une autre du 17 août 1999, auxquelles cet État membre a répondu le 8 mars, le 4 mai et le 25 octobre 1999.

15. Les explications fournies n'ont pas convaincu la Commission qui, le 25 juillet 2001, a émis un avis motivé invitant la République fédérale d'Allemagne à se conformer aux avertissements formulés en adoptant les mesures nécessaires, dans un délai de deux mois à compter de la transmission de l'avis.

16. Le gouvernement allemand a présenté des observations le 1^{er} octobre 2001, le 10 décembre 2001, le 3 février 2003 et le 4 décembre 2003; le 23 janvier 2004, il a informé la Commission de la modification de l'AEntG par le Drittes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt (troisième loi régissant la prestation moderne de services sur le marché du travail), du 23 décembre 2003⁸.

17. Estimant que la réforme s'était limitée à supprimer certaines contradictions de l'AEntG avec l'ordre juridique communautaire, la Commission a saisi la Cour en vue de faire constater un manquement au sens de l'article 226 CE.

IV — La procédure devant la Cour

18. Le recours, inscrit au registre de la Cour le 29 novembre 2004, vise à faire constater que la République fédérale d'Allemagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 49 CE en exigeant: a) que les entreprises étrangères cotisent à la caisse de congés allemande, même si les travailleurs bénéficient d'une protection comparable en vertu de la législation de l'État d'établissement de leur employeur (article 1^{er}, paragraphe 3, de l'AEntG); b) que les entreprises étrangères fassent traduire en allemand (article 2 de l'AEntG) le contrat de travail, les fiches de paie, les documents prouvant les horaires de travail et le paiement des salaires ainsi que tout autre document demandé par les autorités allemandes; et c) que les entreprises étrangères de travail temporaire déclarent chaque mise à disposition d'un travailleur à une entreprise utilisatrice en Allemagne, mais aussi chaque emploi qui lui a été confié (article 3, paragraphe 2, de l'AEntG)⁹. La Commission conclut également à la condamnation aux dépens de l'État défendeur.

19. Le mémoire en défense, déposé le 4 février 2005, allègue que le recours est irrecevable et dénué de fondement.

8 — BGBl. I, p. 2848.

9 — La Commission renonce à deux griefs formulés au cours de la phase préalable en ce qui concerne les conditions à respecter pour se prévaloir de la qualité d'entreprise du bâtiment (points 24 à 26 de la requête) et les amendes (point 64), étant donné que les discriminations fondées sur la nationalité ont disparu avec le changement législatif de 2003.

20. La réplique date du 29 mars 2005 et la duplique du 17 mai.

A — *Le critère d'examen*

21. Par ordonnance du 7 juin 2005, le président de la Cour a autorisé l'intervention de la République française, qui a présenté ses observations le 22 septembre 2002 au soutien du second motif de manquement invoqué par la République fédérale d'Allemagne. Tant la Commission, le 28 novembre 2005, que la République fédérale d'Allemagne, le 27 octobre 2005, se sont prononcées sur cette intervention.

22. Les représentants de la République fédérale d'Allemagne et de la Commission ont assisté à l'audience, qui s'est tenue le 8 novembre 2006.

V — La recevabilité du recours en manquement

23. Pour le gouvernement défendeur, il conviendrait de juger les règles nationales à la lumière de la directive 96/71 et de l'article 49 CE, ce qui soulève la question de la pertinence des prétentions de la demanderesse (A). En outre, il a soulevé trois griefs procéduraux susceptibles d'entraîner l'irrecevabilité totale ou partielle du recours; il s'agit de la durée de la procédure précontentieuse (B), du manque de précision du recours (C) et de la modification du troisième motif de manquement (D).

24. La directive 96/71 n'avait pas été adoptée au début de la procédure administrative, mais le délai imparti pour son incorporation dans les droits nationaux avait expiré lorsque l'avis motivé a été émis. Le gouvernement allemand fait valoir cette chronologie pour examiner l'AEntG à la lumière de la directive 96/71 et non par rapport à l'article 49, CE, qui n'est applicable que si, dans le cadre de la transposition, les États membres outrepassent la marge d'appréciation dont ils disposent.

25. La Commission ne fournit pas de réponse claire à cette objection et se contredit à plusieurs reprises; au point 1 de la requête, par exemple, elle explique que la vérification de la compatibilité avec le droit communautaire s'est fondée sur l'article 49 CE, alors que, quatre lignes plus loin, elle fait référence audit article et à la directive 96/71. À l'audience, malgré une question en ce sens, son agent n'a pas été plus explicite.

26. Ce débat invite à réfléchir à la norme communautaire à laquelle il convient de se référer et aux répercussions d'un choix incorrect. En ce sens, si la divergence susmentionnée est évidente, la condition juridique essentielle fera défaut et le recours s'avérera dénué de fondement; il en irait de même si la violation d'une règle de droit

dérivé, non promulguée au moment des faits, était alléguée; en dehors de ces hypothèses, il convient d'entrer dans le fond de l'affaire, en rejetant l'exception d'irrecevabilité.

27. En l'espèce, il n'y a pas lieu de rejeter le recours *in limine litis*; en revanche, il est opportun, pour établir le manquement, de se référer au traité et de faire abstraction de la directive 96/71, qui ne met pas en œuvre d'une façon exhaustive le contenu de l'article 49 CE, étant donné que, d'une part, le troisième considérant de ladite directive exprime l'intention de coordonner les législations des États membres pour prévoir un noyau de règles impératives de protection minimale que doivent observer, dans le pays d'accueil, les employeurs qui détachent des travailleurs¹⁰ et que, d'autre part, l'article 5 octroie aux autorités nationales une grande liberté de jugement, à condition qu'elles respectent les libertés fondamentales¹¹.

28. Ainsi, les réglementations étatiques sur les prestations de travail transnationales

peuvent enfreindre le droit primaire et dérivé. Si elles sont contraires à la directive, l'application du traité est écartée, bien que, celui-ci étant la source d'inspiration, toute violation de la directive implique, en fin de compte, celle du traité. Toutefois, si elles contreviennent directement au traité, échappant au détail de la directive qui le met en œuvre, la seule référence possible est le traité lui-même.

29. Dès lors, le texte de référence mentionné dans le recours est valable, puisque les allégations formulées vont au-delà de la directive 96/71; il est donc indifférent que l'avis motivé ait été émis après l'expiration du délai de transposition, mais la directive peut devenir pertinente dans des domaines interconnectés ou en tant que règle d'interprétation.

B — La durée de la procédure précontentieuse

10 — Je suis d'accord avec ce qu'affirme l'avocat général Léger à la note 15 des conclusions relatives à l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 21 septembre 2006, Commission/Autriche (C-168/04, Rec. p. I-9041), lorsqu'il reconnaît que «la directive 96/71 ne prévoit aucune procédure particulière pour effectuer un détachement de travailleurs dans le cadre d'une prestation de services transnationale [...]; elle se limite essentiellement à garantir [...] aux travailleurs qui sont détachés dans ce cadre, l'application à leur profit de certaines règles, en vigueur dans l'État membre sur le territoire duquel s'effectue ladite prestation, en ce qui concerne certaines conditions de travail et d'emploi. Au demeurant, [la] directive laisse aux États membres le soin de s'assurer du respect de ces règles, [...] sous réserve d'adopter des moyens appropriés [...] qui ne méconnaissent pas les dispositions du traité en matière de libre prestation de services».

11 — Arrêt du 25 mars 2004, Karner (C-71/02, Rec. p. I-3025, points 33 et 34).

30. Selon la République fédérale d'Allemagne, la Commission a été forclosée de son droit de saisir la Cour, au motif que, la procédure ayant été engagée en 1998 et le recours formé le 23 novembre 2004, les principes de la confiance légitime et de la sécurité juridique ont été transgressés; en outre, en 2001, la Cour a vérifié la compatibilité de l'AEntG avec le droit communautaire.

31. La Commission y a objecté que le défendeur lui-même avait fait croire que les modifications législatives qui étaient projetées conduiraient à la disparition des violations.

32. Bien que la phase administrative du recours visé à l'article 226 CE se soit prolongée pendant plus de six ans, plusieurs arguments militent en faveur du rejet de la position de la République fédérale d'Allemagne.

33. En premier lieu, la jurisprudence affirme que la durée excessive de cette phase administrative n'entraîne l'irrecevabilité que si le comportement de la Commission augmente la difficulté de réfuter ses arguments et lèse les droits de la défense; en pareil cas, il incombe à l'État d'«apporter la preuve d'une telle difficulté»¹². À cet égard, le gouvernement allemand n'a démontré la perte d'aucune possibilité de défense.

34. En second lieu, la procédure de manquement se base sur la vérification objective

de la violation du traité ou du droit dérivé¹³, l'admission de l'argument tiré de la confiance légitime reviendrait à justifier l'infraction d'une manière étrangère à la finalité de l'article 226 CE¹⁴. Il en va de même avec la sécurité juridique¹⁵. Les particuliers, à défaut d'une décision suspendant l'exécution des règles contestées, doivent les respecter, y compris durant l'examen de l'affaire.

35. En troisième lieu, bien que la conformité de l'AEntG avec l'ordre juridique de l'Union ait fait l'objet des arrêts du 25 octobre 2001, *Finalarte e.a.*¹⁶, du 24 janvier 2002, *Portugaia Construções*¹⁷, du 12 octobre 2004, *Wolff & Müller*¹⁸, et du 14 avril 2005, *Commission/Allemagne*¹⁹, ces affaires portaient sur des aspects distincts de ceux soulevés par le présent recours, malgré certaines connexions:

— l'arrêt *Finalarte e.a.* présente un rapport étroit avec l'un des motifs de manque-

12 — Arrêts du 16 mai 1991, *Commission/Pays-Bas* (C-96/89, Rec. p. I-2461, points 15 et 16); du 21 janvier 1999, *Commission/Belgique* (C-207/97, Rec. p. I-275, points 24 et 25); du 12 mai 2005, *Commission/Belgique* (C-287/03, Rec. p. I-3761, point 14), et du 8 décembre 2005, *Commission/Luxembourg* (C-33/04, Rec. p. I-10629, point 76).

13 — Arrêts du 1^{er} octobre 1998, *Commission/Espagne* (C-71/97, Rec. p. I-5991, point 14); du 18 janvier 2001, *Commission/Espagne* (C-83/99, Rec. p. I-445, point 23), et du 4 mai 2006, *Commission/Royaume-Uni* (C-508/03, Rec. p. I-3969, point 67).

14 — Arrêt du 5 novembre 2002, *Commission/Autriche* (C-475/98, Rec. p. I-9797, point 38).

15 — L'arrêt du 4 mai 2006, *Commission/Royaume-Uni*, précité, a déclaré, en se fondant sur une certaine jurisprudence, que, «si les principes de la sécurité juridique et de la confiance légitime exigent que le retrait d'un acte illégal doit intervenir dans un délai raisonnable et qu'il doit être tenu compte de la mesure dans laquelle l'intéressé a éventuellement pu se fier à la légalité de l'acte, il n'en demeure pas moins qu'un tel retrait est, en principe, permis» (point 68).

16 — C-49/98, C-50/98, C-52/98 à C-54/98 et C-68/98 à C-71/98, Rec. p. I-7831.

17 — C-164/99, Rec. p. I-787.

18 — C-60/03, Rec. p. I-9553.

19 — C-341/02, Rec. p. I-2733.

ment en l'espèce; en effet, il s'est également prononcé sur le système allemand de caisses de congés payés, en déclarant que l'application de cette réglementation, dans le cas des prestations de services transnationales, est compatible avec le traité, à condition que deux conditions soient remplies²⁰. Cependant, en l'espèce, la Commission estime que ces conditions ne sont pas réunies;

- l'arrêt *Portugaia Construções* avait trait aux rémunérations minimales des travailleurs détachés;

- de même, l'arrêt *Wolff & Müller* a abordé les rémunérations et, concrètement, l'obligation de les payer, par le biais de l'interprétation de l'article 5 de la directive 96/71 à la lumière de l'article 49 CE;

- enfin, l'arrêt *Commission/Allemagne*, postérieur à l'introduction du recours, a constaté le manquement à l'article 3 de la directive 96/71 s'agissant des éléments faisant partie du salaire.

36. En quatrième lieu, à la suite de l'avis motivé de 2001, la loi allemande a été modifiée à la fin de l'année 2003, ce dont il résulte qu'aucun reproche ne saurait être fait à la Commission pour avoir analysé les changements survenus avant l'introduction de son recours en novembre 2004.

37. Les réflexions qui précèdent réfutent les critères invoqués par la République fédérale d'Allemagne pour évaluer le caractère raisonnable des délais qui, comme le signale la Commission, s'appliquent aux procédures de concurrence²¹ et aux procédures correspondantes devant le Tribunal²².

C — La précision du recours

38. Le gouvernement allemand conclut également à l'irrecevabilité du recours en raison de son défaut de précision, au motif que les circonstances juridiques y sont exposées de manière abstraite, sans qu'aucun détachement concret de travailleur, mettant en évidence l'incompatibilité de l'AEntG avec l'article 49 CE, n'y soit invoqué.

20 — La Cour s'est aussi penchée sur d'autres thèmes en rapport avec les congés payés, notamment sur celui de savoir si la durée prévue dans un État membre doit être imposée aux travailleurs détachés.

21 — Arrêt du 15 octobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e. a./Commission* (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P à C-252/99 P et C-254/99 P, Rec. p. I-8375, point 187), cité à la note 7 du mémoire en défense.

22 — Arrêt du 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe/Commission* (C-185/95 P, Rec. p. I-8417, point 29), également cité à la note 7 du mémoire en défense.

39. La Commission souligne la clarté de ses conclusions et réplique que le litige n'a pour origine ni la réclamation d'un travailleur ou d'une entreprise, ni les pratiques judiciaires ou administratives, mais la non-conformité de l'ordre juridique national avec le droit communautaire.

40. L'article 38, paragraphe 1, sous c), du règlement de procédure de la Cour²³ exige que la requête contienne «l'objet du litige et l'exposé sommaire des moyens invoqués». Ces indications doivent être suffisamment claires et précises pour permettre à la partie défenderesse de préparer sa défense et à la Cour d'exercer son contrôle, de façon à ce que les éléments essentiels de fait et de droit sur lesquels un recours est fondé ressortent «d'une façon cohérente et compréhensible du texte de la requête elle-même»²⁴.

41. Dans le présent litige, les exigences susmentionnées sont remplies. La Commission a structuré la requête en quatre grandes parties: la première, consacrée aux faits et à la procédure précontentieuse, relate les étapes procédurales et identifie les cinq points de désaccord énoncés dans l'avis motivé; la deuxième détaille les dispositions communautaires et nationales pertinentes; la troisième, qui renferme l'appréciation juridique, commence par un avertissement

préliminaire sur la réforme de la loi nationale, pour commenter ensuite chaque motif de manquement, en réfutant les observations formulées au cours de la phase administrative; la quatrième ajoute les conclusions, conformément au reste du document, en énonçant séparément les griefs tirés de la violation de l'article 49 CE par les articles 1^{er}, paragraphe 3, 2 et 3, paragraphe 2, de l'AEntG.

42. La Cour connaît parfaitement ces allégations et leurs fondements, comme l'État défendeur qui les a réfutés, mais il convient de ne pas confondre la description des arguments factuels et juridiques avec leur véracité et leur justesse.

43. Les preuves requises sont d'une nature particulière lorsque le manquement dérive de l'application d'une réglementation nationale, mais non lorsqu'il est fondé sur son contenu; de ce fait, seule la première hypothèse nécessiterait une démonstration documentée et détaillée de la pratique reprochée²⁵.

44. Par conséquent, dans le présent litige, il n'y a pas lieu d'accueillir l'exception d'irrecevabilité soulevée.

23 — JO 1991, L 176, p. 7, et JO 1992, L 383, p. 117 — rectificatif —, modifié ultérieurement.

24 — Arrêts du 9 janvier 2003, Italie/Commission (C-178/00, Rec. p. I-303, point 6), et du 15 septembre 2005, Irlande/Commission (C-199/03, Rec. p. I-8027, point 50).

25 — Arrêts du 12 mai 2005, Commission/Belgique (précité à la note 12, point 28), et du 27 avril 2006, Commission/Allemagne (C-441/02, Rec. p. I-3449, point 49).

D — *La modification du premier motif de manquement*

45. La République fédérale d'Allemagne soulève une autre exception de procédure contre le premier motif de manquement, en prétendant que le grief figurant dans l'avis motivé ne coïncide pas, selon elle, avec celui contenu dans la requête. La Commission nie cette modification, parce que les différences ont trait à une précision apportée par rapport à la phase administrative.

46. La Cour a fréquemment déclaré que la procédure administrative précontentieuse prévue à l'article 226 CE circonscrit l'objet d'un recours intenté en application dudit article, de sorte que le recours est basé sur les mêmes moyens et allégations que l'avis motivé²⁶, même en l'absence de concordance exacte entre les griefs de la requête, le dispositif de l'avis motivé et les conclusions du recours, tant que le litige n'est ni étendu ni modifié²⁷.

26 — Arrêts du 1^{er} décembre 1993, *Commission/Danemark* (C-234/91, Rec. p. I-6273, point 16); du 12 janvier 1994, *Commission/Italie* (C-296/92, Rec. p. I-1, point 11); du 18 juin 1998, *Commission/Italie* (C-35/96, Rec. p. I-3851, point 28); du 15 janvier 2002, *Commission/Italie* (C-439/99, Rec. p. I-305, point 11), et du 20 juin 2002, *Commission/Allemagne* (C-287/00, Rec. p. I-5811, point 18).

27 — Arrêts du 16 septembre 1997, *Commission/Italie* (C-279/94, Rec. p. I-4743, points 24 et 25); du 29 septembre 1998, *Commission/Allemagne* (C-191/95, Rec. p. I-5449, point 56); du 9 novembre 1999, *Commission/Italie* (C-365/97, Rec. p. I-7773, point 25); du 25 avril 2002, *Commission/France* (C-52/00, Rec. p. I-3827, point 44); du 11 juillet 2002, *Commission/Espagne* (C-139/00, Rec. p. I-6407, points 18 et 19); du 14 mars 2006, *Commission/France* (C-177/04, Rec. p. I-2461, point 37), et du 27 avril 2006, *Commission/Allemagne*, précité, point 61.

47. Pour constater une quelconque divergence et sa portée, il y a lieu de comparer les documents administratif et judiciaire:

- l'avis motivé examine l'«obligation de cotiser à la caisse de congés allemande» et conclut que celle-ci enfreint l'article 49 CE, en imposant cette cotisation aux entreprises étrangères qui continuent à être tenues de payer directement les congés à leurs salariés dans l'État d'établissement;

- la requête comporte cet aspect de l'avis motivé, mais ajoute que l'infraction résulte de l'obligation des entreprises étrangères de cotiser à l'organisme allemand, bien que les travailleurs bénéficient d'une protection équivalente et conforme à la législation de l'État d'établissement du patron.

48. La comparaison des deux documents révèle certaines disparités, mais n'accrédite pas la thèse de la différence des motifs de manquement; les termes dans lesquels la question est discutée, invariables dans les deux textes, montrent que, pour la Commission, l'article 1^{er}, paragraphe 3, de l'AEntG amène les entreprises ne cotisant pas à un organisme comparable à la caisse allemande à effectuer plus d'un versement, en espèces ou en nature.

49. La discussion — telle que l'a également comprise le défendeur — consiste à savoir si la réglementation nationale génère une double charge économique pour l'opérateur détachant de la main-d'œuvre dans le cadre d'une prestation transnationale. Les nuances qui accompagnent ce moyen le complètent sans le modifier et sans qu'il soit porté atteinte au droit de la défense.

50. Par ailleurs, je relève une raison supplémentaire d'apporter les précisions en cause, étant donné que l'arrêt Finalarte e.a. a été rendu postérieurement à l'avis motivé et qu'il est partiellement reproduit par les conclusions de la requête.

51. Partant, la disparité formelle, dénoncée par la République fédérale d'Allemagne, entre l'avis motivé et la requête n'est pas suffisante pour entraîner l'irrecevabilité.

VI — Analyse du recours en manquement

52. Si la Cour, comme je le suggère, rejette les causes d'irrecevabilité invoquées par le gouvernement allemand, elle devra étudier les infractions dénoncées.

A — Observations préliminaires

53. Les obligations imposées par l'AEntG, impliquant des charges additionnelles pour les entreprises établies dans un autre État membre, rendent plus difficile et moins intéressant l'exercice de leurs activités en Allemagne, et constituent des restrictions à la libre prestation de services.

54. Dans les conclusions de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 23 novembre 1999, Arblade e.a.²⁸, j'ai examiné la jurisprudence, qui reste inchangée, sur ces restrictions (points 53 à 60), sans préjudice des précisions à apporter pour les besoins du raisonnement.

55. Je souligne également que la libre prestation de services vise à faciliter la pratique d'une profession quelle que soit sa nature sur le territoire de la Communauté, en rejetant les discriminations fondées sur la nationalité et les restrictions qui, tout en s'appliquant indistinctement aux prestataires de services nationaux et à ceux des autres États membres, prohibent, gênent ou ren-

28 — C-369/96 et C-376/96, Rec. p. I-8453. Il s'agissait d'apprécier «si le droit communautaire fait obstacle à ce qu'un État membre oblige les entreprises établies dans un autre État membre qui envoient des travailleurs sur son territoire afin d'y effectuer une prestation de services à respecter les règles du droit national relatives à la tenue et à la conservation des documents sociaux des travailleurs et au respect des barèmes minimums en matière salariale, dispositions qui ont pour objet de protéger les travailleurs et de lutter contre le travail au noir, lorsque ces entreprises sont déjà soumises à des obligations identiques ou similaires dans leur État membre d'établissement au titre des mêmes travailleurs et pour la même période d'activité» (point 1 des conclusions).

dent moins attractives les activités de ces derniers²⁹.

est soumis dans l'État membre d'établissement³².

56. De même, les conditions permettant de limiter valablement ce principe fondamental sont les suivantes: a) il doit exister une raison impérieuse d'intérêt général; b) il doit être nécessaire de garantir la réalisation de l'objectif poursuivi; et c) la mesure adoptée doit être proportionnée³⁰.

58. Ces postulats encadrent l'exégèse des trois motifs de manquement.

57. En ce qui concerne la première condition, la «protection sociale des travailleurs» figure parmi les raisons impérieuses d'intérêt général³¹, dans la mesure où cet intérêt ne peut pas être sauvegardé par les règles auxquelles le ressortissant communautaire

B — Premier motif de manquement: l'obligation de cotiser à la caisse de congés allemande

1. Contexte

29 — Arrêts du 25 juillet 1991, Säger (C-76/90, Rec. p. I-4221, point 12); du 9 août 1994, Vander Elst (C-43/93, Rec. p. I-3803, point 14); du 28 mars 1996, Guiot (C-272/94, Rec. p. I-1905, point 10); du 12 décembre 1996, Reisebüro Broede (C-3/95, Rec. p. I-6511, point 25); du 9 juillet 1997, Parodi (C-222/95, Rec. p. I-3899, point 18), ainsi qu'arrêts précités, Arblade e.a., point 33, Finalarte e.a., point 28, et Portugaia Construções, point 16.

30 — Arrêts du 31 mars 1993, Kraus (C-19/92, Rec. p. I-1663, point 32); du 30 novembre 1995, Gebhard (C-55/94, Rec. p. I-4165, point 37); du 20 février 2001, Analir e.a. (C-205/99, Rec. p. I-1271, point 25); du 15 mars 2001, Mazzoleni et ISA (C-165/98, Rec. p. I-2189, point 26); ainsi qu'arrêts précités Säger, point 15, Guiot, points 11 et 13, Arblade e.a., point 35, Portugaia Construções, point 19, et Wolff & Müller, point 34. Pour Davis, P., «Posted workers Directive and EC Treaty», *Industrial Law Journal*, 2002, p. 299, si ces critères jurisprudentiels étaient appliqués à la directive 96/71, une bonne partie de son contenu devrait être déclarée contraire à l'article 49 CE, car elle satisferait difficilement aux exigences relatives à la justification et à la proportionnalité qui sont indispensables pour la limitation dudit article.

31 — Arrêts du 17 décembre 1981, Webb (279/80, Rec. p. 3305, point 19); du 3 février 1982, Seco et Desquenne & Giral (62/81 et 63/81, Rec. p. 223, point 14); du 27 mars 1990, Rush Portuguesa (C-113/89, Rec. p. I-1417, point 18); ainsi qu'arrêts précités Guiot, point 16, Arblade e.a., point 36, Finalarte e.a., point 33, Portugaia Construções, point 20, et Wolff & Müller, point 35.

59. La compréhension du contentieux entre la Commission et la République fédérale d'Allemagne sur ce motif implique de s'arrêter sur le fonctionnement de la caisse de congés payés.

32 — Arrêts du 26 février 1991, Commission/Italie (C-180/89, Rec. p. I-709, point 17), et du 26 février 1991, Commission/Grèce (C-198/89, Rec. p. I-727, point 18), ainsi qu'arrêts précités Webb, point 17, Säger, point 15, Vander Elst, point 16, Guiot, point 11, Arblade e.a., point 34, et Finalarte e.a., point 31. Le principe d'équivalence est ainsi proclamé, qui évite la loi du lieu de destination; voir Molina Navarrete, C., et Esteban de la Rosa, G., «Mercados nacionales de trabajo, libertad comunitaria de prestación de servicios y defensa de la competencia. Comentario de la Ley 45/1999, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, n° 205, avril 2000, p. 21 et 32.

60. Comme l'affirme l'avocat général Mischo dans les conclusions dans l'affaire Finalarte e.a., ce système suppose que le salarié totalise au cours de l'année de référence les droits aux congés qu'il a acquis auprès de différents employeurs et qu'il fasse valoir l'intégralité de ces droits auprès de son employeur actuel, qui verse une indemnité relative aux jours travaillés pour d'autres employeurs. La caisse, créée en vue d'une répartition équitable des charges financières, est alimentée par le versement d'un pourcentage de la masse salariale brute par les employeurs allemands; en contrepartie, ils obtiennent le remboursement total ou partiel des prestations versées aux employés.

61. L'article 1^{er}, paragraphe 3, de l'AEntG étend cette obligation de cotisation aux employeurs d'autres États membres qui détachent temporairement des travailleurs en Allemagne, excepté lorsqu'ils cotisent à un organisme comparable de l'État membre d'établissement.

62. Cette règle, selon l'arrêt Finalarte e.a., engendre une «atteinte à la libre prestation des services» (point 37), pouvant être justifiée quand elle est nécessaire pour atteindre un objectif d'intérêt général tel que la protection des travailleurs (point 33) et lorsque les moyens adéquats sont utilisés. La réflexion sur ces deux conditions a amené la Cour à déclarer compatible avec le traité une loi comme la loi allemande, «à condition, d'une part, que les travailleurs ne bénéficient pas d'une protection essentiellement comparable en vertu de la législation

de l'État membre d'établissement de leur employeur, de sorte que l'application de la réglementation nationale du premier État membre leur apporte un avantage réel qui contribue, de manière significative, à leur protection sociale, et, d'autre part, que l'application de cette réglementation du premier État membre soit proportionnée à l'objectif d'intérêt général poursuivi» (point 53 et dispositif).

63. Partant, l'arrêt Finalarte e.a. a subordonné la validité, en droit communautaire, de la réglementation litigieuse, à deux conditions — protection unique et proportionnalité — dont l'appréciation a été laissée au juge de renvoi. En l'espèce, la Commission constate que ces conditions ne sont pas réunies et dénonce les restrictions allemandes pesant sur l'exemption de la cotisation.

2. Examen du motif de manquement

64. La caisse de congés répond à une difficulté inhérente à la prestation de travail. Selon les informations du gouvernement allemand reprises dans l'avis motivé, il existe des organismes comparables en France (Caisse nationale de surcompensation du bâtiment et des travaux publics de France), en Autriche (Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse), en Belgique (Office national de sécurité sociale), en Italie (Commissione Nazionale Paritetica per le

Casse Edili) et, dans une certaine mesure, aux Pays-Bas (Stichting Vakantiefonds voor de Bouwnijverheid et Stichting Vakantiefonds voor de Landbouw)³³.

65. L'exception énoncée à l'article 1^{er}, paragraphe 3, de l'AEntG déploie sa pleine efficacité par rapport à ces organismes, car elle évite à l'employeur de payer une double cotisation et s'avère équilibrée. Au moins en théorie, puisque, en pratique, il y a lieu d'évaluer si les organismes qui perçoivent les cotisations sont «comparables» à la caisse allemande; à cet égard, les accords bilatéraux indiqués, avant tout, dans le mémoire en défense, peuvent contribuer à cette appréciation.

66. Cependant, les caisses de congés ne constituent pas la seule solution pour résoudre la difficulté mentionnée; de fait, certains États membres ne connaissent pas ces organismes, comme le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, le Royaume de Suède, l'Irlande, la République portugaise et, d'une certaine façon, le Royaume des Pays-Bas. Selon les allégations de la Commission, il existe des situations dans lesquelles la protection de l'ouvrier ne se base pas sur des cotisations, mais sur la prise en charge directe par le patron des obligations en matière de congés.

33 — Il convient également d'y inclure le Royaume de Danemark (Arbejdsmerkedets Feriefond), mais la Commission et la République fédérale d'Allemagne citent l'exemple de ce pays pour étayer leurs thèses opposées.

67. Il n'appartient pas au présent recours en manquement d'analyser les remèdes possibles et d'évaluer celui qui comporte le plus d'avantages, ce qui dépend de la situation de chaque pays et d'autres éléments de diverse nature, qui ne sont pas toujours juridiques — la requête elle-même rejette cette discussion du système allemand. Il convient de constater que plusieurs options sont possibles³⁴.

68. Le système allemand n'en conçoit qu'une, sans se préoccuper des autres. Il est muet sur la protection accordée aux salariés quand l'employeur prend en charge, sur le lieu d'établissement lui-même, les obligations découlant des congés payés, indépendamment de l'endroit où elles sont nées; à cet égard, on ne saurait admettre l'explication du représentant allemand à l'audience, à savoir que les entreprises des pays dépourvus de caisse de congés sont dispensées de cotisation, puisque la lettre de la disposition nationale exprime le contraire. Ainsi, cette réglementation paraît insuffisante et peu importe la manière dont elle est appliquée; elle ne prend en considération que la contribution à une caisse analogue à la caisse

34 — L'avocat général Mischo, dans les conclusions relatives à l'affaire Finalarte e.a., met en évidence diverses alternatives, évoquant notamment le cas de l'employeur soumis au régime de la caisse de congés allemande, ne pouvant pas se dispenser, selon la législation du pays d'établissement, de payer lui-même les jours de congé à ses travailleurs détachés; dans de telles circonstances, les cotisations à la caisse s'ajouteraient à cette dernière obligation, générant «une forte restriction à la libre prestation de services, voire un obstacle infranchissable» à l'exercice de celle-ci (point 70).

nationale, en imposant une charge supplémentaire injustifiée à l'employeur en l'absence de caisse semblable dans l'État où est implantée l'entreprise prestataire de services, sans renforcer les droits du personnel détaché, déjà protégés dans le pays d'origine³⁵.

69. Le gouvernement allemand justifie cette disposition en alléguant que l'application de l'article 1^{er}, paragraphe 3, de l'AEntG est subordonnée à l'évaluation préalable de la protection des salariés, de façon à ce qu'elle n'entre en ligne de compte que lorsqu'une déficience est observée, d'après les accords bilatéraux qui ont été conclus et l'arrêt du 20 juillet 2004 du Bundesarbeitsgericht.

70. Je ne suis pas d'accord avec cette justification. La déclaration de la Cour selon laquelle la protection des travailleurs implique une première évaluation pour identifier les règles plus avantageuses n'empêche pas de les préciser ultérieurement. La comparaison des régimes sur les périodes maximales de travail et de repos, la durée minimale des congés payés, le salaire minimal ou les mesures de sécurité et d'hygiène permettent de trancher³⁶.

35 — Comme l'indique l'avocat général Mischo dans les conclusions relatives à l'affaire Finalarte e.a., «[i]l se pourrait [...] que le travailleur bénéficie, en vertu de la législation de son pays d'origine, d'avantages en substance identiques sans l'intervention d'une caisse de congés» (point 112).

36 — Toutefois, il ne doit pas toujours s'agir de l'État où est effectuée la prestation; le dix-septième considérant de la directive 96/71 énonce que la protection minimale en vigueur dans le pays d'accueil ne doit pas empêcher l'application des conditions de travail et d'emploi plus favorables aux travailleurs.

71. La thèse de la République fédérale d'Allemagne suppose que, si sa législation offre à un travailleur communautaire détaché de meilleures perspectives en matière de congés payés — pas seulement s'agissant de leur durée —, elle régit tout le système de ces congés, de sorte que l'employeur paie les cotisations, sauf quand il a versé des contributions à un «organisme comparable», sans qu'il soit tenu compte d'aucun autre type de contre-prestation, ce qui comporte le risque d'un double versement.

72. Toutefois, d'une part, le fait de prévoir une reconnaissance réciproque dans les accords bilatéraux subordonne la conformité au droit communautaire de la réglementation en cause à l'existence et au contenu de ces accords; en faisant référence à des «organismes», d'autres options sont ignorées, telles que l'hypothèse où ces organismes n'existent pas dans un État.

73. D'autre part, le Bundesarbeitsgericht a transposé au domaine en cause le principe de la «norme plus favorable» pour éviter une incompatibilité que, de fait, il présuppose, étant donné que l'article n'aurait pas toujours exigé une interprétation jurisprudentielle. Il s'agit de l'hypothèse inverse à celle de l'arrêt du 9 décembre 2003, *Commission/Italie*³⁷, qui a conclu à la neutralité de la prescription nationale et a perçu une divergence avec la façon dont elle était interprétée et appliquée par l'administration ainsi que

37 — C-129/00, Rec. p. I-14637.

par un secteur significatif des organes juridictionnels, y compris par la Corte suprema di cassazione. En l'espèce, la Commission reproche à la République fédérale d'Allemagne l'inadéquation avec l'ordre juridique communautaire de la réglementation nationale considérée objectivement, indépendamment de la manière dont elle est mise en pratique. L'examen littéral des règles invoquées suffit pour accréditer le manquement dénoncé.

74. En conséquence, j'estime que l'article 1^{er}, paragraphe 3, de l'AEntG enfreint l'article 49 CE.

C — Deuxième motif de manquement: l'obligation de traduire des documents

1. Contexte

75. Il ressort de l'article 2, paragraphe 3, de l'AEntG que, lorsque des travailleurs sont détachés en Allemagne, certains documents doivent être traduits dans la langue de ce pays, comme le contrat de travail, les fiches de paie ainsi que les pièces justificatives de l'horaire de travail et du paiement des rémunérations.

76. La Commission réaffirme qu'une telle obligation constitue une restriction injustifiée à la libre prestation de services, au motif que si, en vertu de l'arrêt *Arblade* e.a., l'obligation de conserver les documents dans l'État d'accueil ne peut pas être fondée sur la fonction de contrôle qui incombe aux autorités, il en va de même pour l'obligation de les traduire. En outre, elle qualifie la disposition nationale d'excessive et de disproportionnée, étant donné que la coopération visée à l'article 4 de la directive 96/71 prive la traduction de tout intérêt.

77. Pour la République fédérale d'Allemagne et la République française, cette restriction est licite, car elle permet une vérification du respect de la législation du travail qui assure la protection des salariés. L'arrêt invoqué par la Commission ne doit pas être retiré de son contexte, compte tenu du champ d'application restreint de la mesure controversée en l'espèce; en effet, en raison du nombre réduit de documents affectés, de leur brièveté et de leur caractère répétitif, elle se révèle proportionnée, en ne créant pas de lourdes charges administratives ou financières. Au demeurant, le système de collaboration instauré par la directive 96/71 coexiste avec l'ordre national, parce que les autorités des États membres ne possèdent pas les documents et ne peuvent les remettre aux autorités allemandes.

2. Examen du motif de manquement

78. Il découle de ce qui précède qu'un accord existe entre les parties sur le fait que la traduction évoquée constitue une restriction à la libre prestation de services; leur divergence d'opinion réside dans la compatibilité avec le droit communautaire de cette restriction. Cette polémique nécessite d'étudier l'arrêt *Arblade* e.a. (a), ainsi que les moyens d'assistance réciproque mis en place par la directive 96/71 (b), afin de proposer une solution, en recherchant la protection des travailleurs (c).

a) L'arrêt *Arblade* e.a.

79. Cet arrêt a répondu à des questions préjudicielles posées par le tribunal correctionnel de Huy (Belgique) sur les «modalités de la tenue et sur la conservation des documents sociaux» (points 71 à 79). Parmi les aspects abordés figurait l'obligation des employeurs établis dans d'autres États membres de tenir à la disposition des autorités de l'État d'accueil, sur le chantier ou en un lieu accessible et clairement identifié du territoire de l'État d'accueil, certains documents. La Cour a jugé que cette obligation était justifiée (point 74) et que, s'agissant de la proportionnalité, il appartenait au juge national de désigner les documents devant faire l'objet d'une telle obligation (point 75).

80. La Cour s'est également penchée sur la nécessité de tenir les documents à disposition et de les conserver pendant cinq ans au domicile d'une personne physique dans l'État membre d'accueil. Conformément à la suggestion que j'avais formulée au point 86 de mes conclusions dans cette affaire, la Cour a estimé que «de telles exigences ne sauraient être justifiées» (points 77 et 78); elle a ajouté que «le système organisé de coopération ou d'échange d'informations entre États membres prévu à l'article 4 de la directive 96/71 rendra prochainement superflue la conservation des documents dans l'État membre d'accueil après que l'employeur aura cessé d'y employer des travailleurs» (point 79).

b) La coopération visée dans la directive 96/71

81. Avant tout, il convient de rappeler que la directive 96/71 ne constitue pas un critère d'examen, en l'espèce, de l'infraction à l'article 49 CE; elle ne concerne que la vérification des conditions qui justifient la limitation de la libre prestation de services en raison de l'obligation de traduire en allemand certains documents de travail.

82. L'article 4 dessine deux axes de coopération dans le domaine de l'information, annoncés au vingt-troisième considérant

(entre les États membres) et au vingt-quatrième (entre les États membres et la Commission). La lettre dudit article montre que la collaboration instaurée:

l'espèce l'accent est mis sur la langue dans laquelle ils sont rédigés. Cette nuance empêche d'extrapoler la position adoptée dans ledit arrêt, qui ne tenait pas compte de la langue.

- a pour objet l'application de la directive;
- a lieu entre les administrations publiques compétentes pour la surveillance du travail;
- consiste à fournir des informations sur la mise à disposition transnationale de travailleurs et sur les conditions d'emploi et de travail visées à l'article 3;
- s'effectue par le biais des bureaux de liaison ou des instances compétentes que les États se communiquent réciproquement.

84. Cette prémisse étant posée, il paraît évident que, si un document n'existe pas en allemand, les inspecteurs rencontrent plus de difficultés dans l'exercice de leur tâche, puisque, comme l'a indiqué à l'audience le représentant du gouvernement allemand, ils ne bénéficient pas d'un accès direct à l'information. La rédaction du document dans la langue du pays où le service est fourni facilite les contrôles et contribue à la protection des travailleurs³⁸. Partant, la règle de la traduction est justifiée.

85. Par ailleurs, elle est proportionnée et adéquate, parce que les inconvénients résultant de l'attribution de la traduction à l'État sont supérieurs à ceux occasionnés par leur attribution au patron. En effet, dans le premier cas, l'administration nationale doit prévoir des moyens pour assumer des détachements à partir de n'importe quel autre État membre, ce qui peut entraîner des retards préjudiciables pour les droits des travailleurs³⁹ et pour les activités d'inspec-

c) Solution proposée

83. L'arrêt *Arblade e.a.* avait trait à la conservation des documents, tandis qu'en

38 — Pour la Commission, dans la communication sur la mise en œuvre de la directive 96/71, citée au début des présentes conclusions, «parmi les difficultés soulevées par le contrôle des situations de détachement, figure tout d'abord l'obstacle linguistique» (p. 15).

39 — Il ne faut pas oublier la nature «temporaire» du détachement; il peut arriver que, lorsque la violation d'un droit est découverte et que les autorités souhaitent réagir, l'ouvrier soit rentré dans son pays d'origine.

tion qui seraient dépendantes des connaissances linguistiques des fonctionnaires. Dans le second cas, la traduction n'impliquerait pas une charge démesurée, dans la mesure où elle concernerait trois documents, très répétitifs, qui, ordinairement, sont d'une taille équivalente dans toutes les langues, utilisent des formules types et ne sont pas trop longs⁴⁰; comme l'a souligné le représentant allemand à l'audience, une traduction privée est suffisante.

sants pour se substituer à l'obligation de traduction avec la même garantie d'efficacité⁴³. Leur finalité et les personnes responsables sont différentes, compatibles, mais ne s'excluent pas les unes les autres. J'appuie l'idée de la République fédérale d'Allemagne et de la République française selon laquelle les autorités des États membres en matière de travail ne sont pas en mesure de transmettre les documents avec leur traduction, car ceux-ci ne sont pas en leur possession⁴⁴.

86. Sans doute, il existe d'autres alternatives, telles que l'élaboration de documents plurilingues⁴¹. Cependant, jusqu'à présent, aucun instrument normatif n'a été adopté en ce sens⁴². En vertu de ce qui a été dit au point précédent, cette lacune ne peut être suppléée en imposant la charge de la traduction à l'État qui reçoit les travailleurs.

88. D'autre part, je ne suis pas d'accord avec la Commission lorsqu'elle conteste la généralité de l'obligation de traduction, dont elle n'admet l'utilité que dans des cas concrets, étant donné que le fait de ne pas fournir de documents dans la langue du pays d'accueil a) élimine en pratique les contrôles préventifs et par surprise; b) génère une plus grande insécurité juridique pour l'employeur, et c) occasionne des retards dans la protection des droits des travailleurs.

87. Cependant, les mécanismes de collaboration de la directive 96/71 s'avèrent insuffi-

89. En résumé, l'article 2, paragraphe 3, de l'AEntG est conforme à l'article 49 CE.

40 — La directive 91/533/CEE du Conseil, du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail (JO L 288, p. 32), fixe un contenu minimal à son article 2.

41 — Le point 24 du mémoire en défense et le point 25 des observations du gouvernement français appuient une proposition en ce sens. Les associations d'employeurs peuvent opter pour des modèles européens uniformes.

42 — En réponse à une question que je lui ai posée à l'audience, l'agent de la Commission a déclaré ne pas avoir connaissance d'initiatives de cette nature, mais le gouvernement allemand a signalé l'existence d'un groupe d'étude mixte composé de la Commission et des États membres, mais qui n'est parvenu à aucun accord pour l'instant.

43 — La communication de la Commission intitulée «Orientations concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services», du 4 avril 2006 [COM (2006) 159 final], reconnaît implicitement l'urgence de l'améliorer en consacrant le point 3 à la «[c]oopération en matière d'information».

44 — Tel est le cas en Allemagne, comme l'a admis son représentant à l'audience. Dans cette hypothèse, les autorités doivent demander ce document à l'entreprise pour l'obtenir.

D — *Troisième motif de manquement: l'obligation d'indiquer le poste occupé*

mentionne également une réforme législative en préparation visant à ce que la charge soit toujours supportée par l'employeur de l'ouvrier.

1. Contexte

90. L'article 3, paragraphe 2, de l'AEntG impose aux entreprises étrangères de travail temporaire de réaliser une déclaration relative au personnel détaché avant de commencer un chantier et une notification des changements de lieux d'emploi, bien que cette obligation puisse être écartée, par contrat, avec l'employeur recevant le salarié.

91. La Commission souligne que les entreprises de travail temporaire allemandes sont exonérées de telles notifications et que, par conséquent, la prestation de services transnationale s'avère plus difficile. Elle fait valoir que rien n'excuse la différence de traitement, qui ne disparaît pas non plus avec la possibilité de déplacer vers l'entreprise utilisatrice l'obligation de déclarer le changement de lieu d'emploi.

92. Le gouvernement allemand défend la compatibilité de la règle avec la directive 96/71, qui permet d'adopter des dispositions particulières pour les entreprises de travail temporaire, et avec l'article 49 CE, estimant que l'efficacité des contrôles est favorisée et la protection des travailleurs améliorée, sans qu'un coût excessif soit occasionné. Il

2. Examen du motif de manquement

93. Malgré les affirmations de l'agent allemand à l'audience, la discussion ne porte pas sur l'obligation de notifier les postes de travail occupés, mais sur la personne qui en est responsable; or, l'article 3, paragraphe 2, de l'AEntG s'applique uniquement aux prestataires communautaires de services non établis en Allemagne, ce qui produit une inégalité par rapport à ceux qui se trouvent dans ce pays.

94. La Cour a affirmé à plusieurs reprises qu'une réglementation qui accorde aux sociétés prestataires de services domiciliées dans un autre État membre un traitement moins favorable que celui octroyé à celles situées sur le territoire national, provoquant ainsi une discrimination fondée sur l'établissement du prestataire ou sur l'origine de l'activité, n'est compatible avec le traité que si elle relève d'une exception expressément

formulée dans son texte, telle que celle visée à l'article 46, paragraphe 1, CE⁴⁵.

95. Dès lors, les restrictions ne peuvent être justifiées que par des raisons d'ordre public, de la santé publique et de sécurité publique, mais non par des raisons d'intérêt général, d'origine jurisprudentielle, comme la protection des travailleurs, destinées à légitimer des mesures indistinctement applicables⁴⁶.

96. Les circonstances invoquées par le gouvernement allemand pour préserver les différences de traitement ne relèvent ni de l'ordre public, ni de la santé, ni de la sécurité publiques. Cela n'empêche pas, comme je l'ai expliqué dans mes conclusions dans l'affaire *Arblade e.a.*, «qu'une bonne partie des règles qui constituent le droit social dans les États membres ont le caractère de règles d'ordre public», étant applicables «à quiconque se trouve sur le territoire de l'État membre en question» (point 85), ce qui n'est pas le cas de la réglementation en cause. La notion d'«ordre public» dans le contexte communautaire, en particulier, en tant que justifica-

tion d'une exception à la libre prestation de services, doit être interprétée restrictivement⁴⁷; elle doit être invoquée face à une menace réelle et grave qui compromet un intérêt fondamental de la société⁴⁸, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce.

97. Enfin, la faculté de transférer la responsabilité en cause à l'entreprise qui emploie le travailleur en Allemagne ne justifie pas non plus l'inégalité, étant donné qu'il ne s'agit que d'une simple possibilité. Si la notification incombe à cette entreprise, la limitation, qui n'est pas non plus très opportune, disparaît parce que, comme le reconnaît le gouvernement allemand, l'employeur dispose d'«informations plus récentes et plus précises» sur l'affectation⁴⁹. Dans l'intervalle, on constate la violation de l'article 49 CE, car le manquement est constitué en fonction de la situation de l'État membre à l'expiration du délai fixé dans l'avis motivé, sans que les changements postérieurs soient pris en compte par la Cour⁵⁰.

45 — Arrêts du 18 juin 1991, *ERT* (C-260/89, Rec. p. I-2925, point 24); du 25 juillet 1991, *Collectieve Antennevoorziening Gouda* (C-288/89, Rec. p. I-4007, point 11) et *Commission/Pays-Bas* (C-353/89, Rec. p. I-4069, point 15); du 16 décembre 1992, *Commission/Belgique* (C-211/91, Rec. p. I-6757, points 10 et 11); du 4 mai 1993, *Fedicine* (C-17/92, Rec. p. I-2239, point 16); du 14 novembre 1995, *Svensson et Gustavsson* (C-484/93, Rec. p. I-3955, point 15), et du 21 mars 2002, *Cura Anlagen* (C-451/99, Rec. p. I-3193, point 31).

46 — Arrêt du 21 octobre 1999, *Zenatti* (C-67/98, Rec. p. I-7289, point 29); ainsi qu'arrêts précités *Kraus*, point 32; *Gebhard*, point 37, et *Cura Anlagen*, point 32.

47 — Arrêts du 4 décembre 1974, *Van Duyn* (41/74, Rec. p. 1337, point 18); du 27 octobre 1977, *Bouchereau* (30/77, Rec. p. 1999, point 33); du 19 janvier 1999, *Calfa* (C-348/96, Rec. p. I-11, point 23); du 29 avril 2004, *Orfanopoulos et Oliveri* (C-482/01 et C-493/01, Rec. p. I-5257, points 64 et 65), et du 14 octobre 2004, *Omega* (C-36/02, Rec. p. I-9609, point 30).

48 — Arrêts du 28 octobre 1975, *Rutili* (36/75, Rec. p. 1219, point 28); du 18 mai 1982, *Adoui et Cornuaille* (115/81 et 116/81, Rec. p. 1665, point 8); du 14 mars 2000, *Église de scientologie* (C-54/99, Rec. p. I-1335, point 17); *Bouchereau*, point 35, et *Omega*, point 30, précités.

49 — Point 38 du mémoire en réplique.

50 — Arrêts du 27 novembre 1990, *Commission/Grèce* (C-200/88, Rec. p. I-4299, point 13); du 2 mai 1996, *Commission/Belgique* (C-133/94, Rec. p. I-2323, point 17); du 30 janvier 2002, *Commission/Grèce* (C-103/00, Rec. p. I-1147, point 23); du 16 janvier 2003, *Commission/Royaume-Uni* (C-63/02, Rec. p. I-821, point 11), et du 13 mars 2003, *Commission/Espagne* (C-333/01, Rec. p. I-2623, point 8).

VII — Corollaire

98. Je déduis de ce qui précède qu'il convient de rejeter les exceptions d'irrecevabilité du recours formulées par le gouvernement allemand; en ce qui concerne les motifs de manquement, les articles 1^{er}, paragraphe 3, et 3, paragraphe 2, de l'AEntG enfreignent l'article 49 CE, mais l'article 2, paragraphe 3, de la loi allemande est conforme audit article du traité.

VIII — Dépens

99. L'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure de la Cour dispose que toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. En vertu de l'article 69, paragraphe 3, dudit texte, quand

les parties succombent respectivement sur un ou plusieurs chefs, l'arrêt peut répartir les dépens ou décider que chaque partie supporte ses propres dépens.

100. Étant donné que tant la Commission que la République fédérale d'Allemagne ont conclu à la condamnation aux dépens de l'autre partie, et que je propose qu'il soit fait droit à deux des trois moyens du recours, la République fédérale d'Allemagne doit supporter les deux tiers des dépens de la Commission qui, quant à elle, doit se charger d'un tiers de ceux de la République fédérale d'Allemagne.

101. Conformément à l'article 69, paragraphe 4, premier alinéa, dudit règlement de procédure, l'État membre qui est intervenu au litige supporte ses propres dépens.

IX — Conclusion

102. En vertu des réflexions qui précèdent, je suggère à la Cour de:

- 1) constater que la République fédérale d'Allemagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 49 CE, en exigeant que les entreprises situées

dans un autre État membre qui, dans le cadre d'une prestation de services, détachent des salariés sur le territoire allemand, cotisent à la caisse de congés allemande, même lorsque les travailleurs bénéficient d'une protection comparable conformément à la législation de l'État d'établissement; et en imposant aux entreprises de travail temporaire situées dans un autre État membre l'obligation de notifier chaque mise à disposition d'un travailleur à une entreprise qui l'emploie en Allemagne ainsi que chaque poste qui lui est confié;

- 2) rejeter le recours pour le surplus;
- 3) condamner la République fédérale d'Allemagne à supporter deux tiers des dépens exposés par la Commission des Communautés européennes;
- 4) condamner la Commission à supporter un tiers des dépens exposés par la République fédérale d'Allemagne;
- 5) condamner la République française à supporter ses propres dépens.