ARREST VAN HET HOF (Eerste kamer)

14 april 2005 *

In zaak C-341/02,

betreffende een beroep wegens niet-nakoming krachtens artikel 226 EG, ingesteld op 25 september 2002,

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door J. Sack en H. Kreppel als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

Bondsrepubliek Duitsland, vertegenwoordigd door W.-D. Plessing en A. Tiemann als gemachtigden,

verweerster,

* Procestaal:Duits.

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: P. Jann, kamerpresident, A. Rosas (rapporteur), K. Lenaerts, S. von Bahr en K. Schiemann, rechters,

advocaat-generaal: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
griffier: M.-F. Contet, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 29 april 2004,

gelet op de beslissing, de advocaat generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,

het navolgende

Arrest

1 De Commissie van de Europese Gemeenschappen verzoekt het Hof vast te stellen dat de Bondsrepubliek Duitsland, door — met uitzondering van de bouwtoeslag — de toeslagen en bijslagen die in andere lidstaten gevestigde werkgevers aan hun in Duitsland ter beschikking gestelde werknemers in de bouwsector betalen, niet als bestanddelen van het minimumloon te erkennen en daardoor de door deze werkgevers daadwerkelijk aan hun ter beschikking gestelde werknemers betaalde loonbestanddelen niet in aanmerking te nemen, de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens artikel 49 EG en artikel 3 van richtlijn 96/71/EG van

het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten (PB 1997, L 18, blz. 1).

2 De Bondsrepubliek Duitsland verzoekt het Hof, het beroep te verwerpen en de Commissie te verwijzen in de kosten.

Het rechtskader

De gemeenschapsregeling

3 In de twaalfde overweging van de considerans van richtlijn 96/71 wordt verklaard dat het gemeenschapsrecht niet verhindert dat de lidstaten het toepassingsgebied van hun wetgeving of de door de sociale partners gesloten collectieve arbeidsovereenkomsten uitbreiden tot alle personen die, zelfs tijdelijk, op hun grondgebied werkzaam zijn, ook al is de werkgever in een andere lidstaat gevestigd.

4 Artikel 1, lid 1, van richtlijn 96/71, met het opschrift: „Toepassingsgebied" bepaalt:

„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."

5 Artikel 3 van deze richtlijn, met het opschrift: „Arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden", bepaalt in de leden 1 en 7 ervan:

„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:

— in wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen

en/of

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

[...]

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

[...]

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

[...]

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 toeslagen in verband met de terbeschikkingstelling worden als een deel van het minimumloon beschouwd, voorzover deze niet uitgekeerd worden als vergoeding van daadwerkelijk in verband met de terbeschikkingstelling gemaakte onkosten, zoals reiskosten, verblijfkosten en kosten voor voeding."

De nationale regeling

6 Het Arbeitnehmer-Entsendegesetz (wet op de terbeschikkingstelling van werknemers) van 26 februari 1996 (BGBl. 1996 I, blz. 227), in de bij het verstrijken van de in het met redenen omklede advies gestelde termijn toepasselijke versie (hierna: „AEntG"), geldt ook voor de bouwnijverheid.

7 Bij § 1, lid 1, van het AEntG is de werkingssfeer van bepaalde algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten uitgebreid tot in het buitenland gevestigde werkgevers en hun in Duitsland ter beschikking gestelde werknemers. Deze bepaling luidt als volgt:

„De rechtsnormen van een algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst voor de bouwnijverheid [...], die betrekking hebben op de minimumlonen, inclusief vergoedingen voor overwerk, zijn [...] ook van toepassing op een dienstverband tussen een in het buitenland gevestigde werkgever en zijn binnen de territoriale werkingssfeer van deze collectieve arbeidsovereenkomst tewerkgestelde werknemer. Een werkgever als bedoeld in de eerste volzin moet aan zijn werknemer die binnen de territoriale werkingssfeer van een collectieve arbeidsovereenkomst als bedoeld in de eerste volzin is tewerkgesteld, ten minste de in de collectieve arbeidsovereenkomst neergelegde arbeidsvoorwaarden bieden."

8 De lijst van collectieve arbeidsovereenkomsten die overeenkomstig het AEntG in elke zaak moeten worden toegepast, is opgenomen in het Merkblatt für Arbeitgeber mit Sitz im Ausland zum Arbeitnehmer-Entsendegesetz (vademecum voor in het buitenland gevestigde werkgevers inzake terbeschikkingstelling van werknemers; hierna: „vademecum").

9 § 2 van het Tarifvertrag zur Regelung eines Mindestlohnes im Baugewerbe im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland (collectieve arbeidsovereenkomst inzake het minimumloon in de bouwsector op het grondgebied van de Bondsrepubliek Duitsland) van 26 mei 1999 (hierna: „collectieve arbeidsovereenkomst inzake minimumloon") bepaalt dat het minimumloon bestaat uit het in deze overeenkomst bepaalde uurloon en de aan de werknemers uit de bouwsector toegekende toeslag, die samen het totale overeengekomen uurloon vormen. Deze overeenkomst is algemeen verbindend verklaard bij de Verordnung über zwingende Arbeitsbe-

dingungen im Baugewerbe (verordening betreffende dwingende arbeidsvoorwaarden in de bouwnijverheid) van 25 augustus 1999 (BGBl. 1999 I, blz. 1894).

10 Tijdens de periode van 1 september 2000 tot en met 31 augustus 2002 was de collectieve arbeidsovereenkomst inzake het mimimumloon van 2 juni 2000 van toepassing, welke overeenkomst op 17 augustus 2000 algemeen verbindend was verklaard.

11 Voorschriften inzake vakantie, vakantiegeld, stelsels van vakantiekassen, alsmede toeslagen voor onder meer zwaar werk en overwerk, bevinden zich in andere algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten.

12 Volgens bijlage 4 bij het vademecum in de versie die van toepassing was bij het verstrijken van de in het met redenen omklede advies gestelde termijn, worden de door de werkgever betaalde toeslagen en bijslagen — met uitzondering van de algemene bouwtoeslag — niet als bestanddelen van het minimumloon beschouwd. Deze bijlage preciseert dat onder deze bijslagen met name de toeslagen voor overwerk, nachtwerk en werk op zon- en feestdagen, verplaatsingsvergoedingen en toeslagen voor zwaar werk vallen.

De precontentieuze procedure

13 Naar aanleiding van een klacht kwam de Commissie tot de bevinding dat de in Duitsland bestaande praktijk om de toeslagen en bijslagen die een in een andere

lidstaat gevestigde werkgever aan een in de Bondsrepubliek Duitsland in de bouwsector ter beschikking gestelde werknemer betaalt, niet als bestanddelen van het minimumloon te erkennen, onverenigbaar is met richtlijn 96/71 en het vrij verrichten van diensten in de zin van artikel 49 EG aantast. Bijgevolg stelde zij deze lidstaat bij brief van 3 april 2000 in gebreke, met het verzoek om zijn opmerkingen dienaangaande in te dienen.

14 Bij brief van 21 juni 2000 betwistte de Duitse regering het bestaan van de gestelde niet-nakoming en zij baseerde zich daarbij met name op artikel 3, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 96/71. Het begrip „minimumloon" wordt volgens haar bepaald door de wetgeving of de nationale praktijk van de lidstaat waar de werknemer ter beschikking is gesteld. In het kader van het toezicht op de inachtneming van het minimumloon kunnen de toeslagen die de in de toepasselijke collectieve arbeidsovereenkomst bepaalde verhouding tussen loon en werk aantasten, volgens de in Duitsland geldende voorschriften niet in aanmerking worden genomen. De Duitse regering verklaarde zich evenwel bereid om bepaalde toeslagen die deze verhouding niet aantasten, in aanmerking te nemen, en zo nodig het vademecum in deze zin te wijzigen.

15 Omdat zij van mening was dat de uitleg van de Bondsrepubliek Duitsland niet toereikend was, deed de Commissie haar op 2 april 2001 een met redenen omkleed advies toekomen, waarin zij haar verzocht, zich binnen twee maanden na kennisgeving ervan naar dit advies te voegen.

16 Nadat de Duitse regering op dit met redenen omklede advies had geantwoord bij brief van 31 mei 2001, waarin zij weliswaar erkende dat bepaalde onderdelen van het vademecum niet volledig in overeenstemming waren met richtlijn 96/71, maar op verschillende punten haar eerdere betoog herhaalde, heeft de Commissie het onderhavige beroep ingesteld.

Het beroep

De argumenten van partijen

17 De Commissie stelt dat de Duitse regeling die, wat toeslagen en bijslagen betreft, bij de vergelijking van het minimumloon vastgesteld door de Duitse voorschriften met het loon dat daadwerkelijk aan ter beschikking gestelde werknemers wordt betaald door hun in andere lidstaten gevestigde werkgevers, alleen de bouwtoeslag als bestanddeel van het minimumloon in aanmerking neemt, in strijd is met richtlijn 96/71 en artikel 49 EG.

18 Volgens de Commissie kunnen in andere lidstaten gevestigde werkgevers op grond van de in deze staten toepasselijke voorschriften verplicht zijn om naast het normale uurloon andere looncomponenten te betalen. Volgens de Duitse regeling kunnen deze componenten echter niet in aanmerking worden genomen voor de berekening van het minimumloon. De Commissie betoogt dat het niet in aanmerking nemen van de toeslagen en bijslagen tot hogere loonkosten leidt dan het loon dat de Duitse werkgevers aan hun werknemers moeten betalen en dat de in andere lidstaten gevestigde werkgevers hierdoor worden belet hun diensten aan te bieden in Duitsland. Hoewel de lidstaat waar de werknemer ter beschikking is gesteld, volgens richtlijn 96/71 bevoegd is om het minimumloon vast te leggen, is hij niet bevoegd zijn eigen beloningsstructuur op te leggen bij de vergelijking van dit minimumloon met het loon dat door in andere lidstaten gevestigde werkgevers wordt betaald.

19 De Commissie verwijt de Bondsrepubliek Duitsland met name dat zij noch bepaalde toeslagen zoals de uitkeringen voor een dertiende en een veertiende maand, noch de bijdragen van in andere lidstaten gevestigde werkgevers aan vakantie- en compensatiekassen die vergelijkbaar zijn met de Duitse kassen, als bestanddelen van het minimumloon in aanmerking neemt voorzover deze bedragen rechtstreeks of indirect ten goede komen aan de in de andere lidstaat ter beschikking gestelde werknemer.

20 De Duitse regering deelt mee dat het vademecum binnenkort wordt gewijzigd op het punt van de door een in een andere lidstaat gevestigde werkgever betaalde toeslagen en bijslagen die geen wijziging brengen in de verhouding tussen de prestatie van de werknemer en het loon dat hij daarvoor ontvangt. Deze toeslagen en bijslagen zullen in beginsel als bestanddelen van het minimumloon worden erkend.

21 De toeslagen en bijslagen die een wijziging brengen in het evenwicht tussen de prestatie van de werknemer en de vergoeding die hij daarvoor ontvangt, worden volgens de Duitse regeling daarentegen niet als een bestanddeel van het minimumloon beschouwd en kunnen bij de vergelijking van het krachtens de Duitse voorschriften verschuldigde loon met het door in andere lidstaten gevestigde werkgevers betaalde loon ook niet als zodanig worden erkend. De collectieve arbeidsovereenkomst inzake het minimumloon bepaalt immers niet alleen een absoluut bedrag, maar bevat ook andere regels betreffende de verhouding tussen de door de werkgever verschuldigde beloning en de prestatie die de werknemer moet verrichten. De bijzondere toeslagen worden geregeld in een raamovereenkomst, niet zijnde de overeenkomst inzake het minimumloon.

22 De Duitse regering betoogt dat werk dat buiten de normale werkuren wordt verricht, werk waarvoor bijzonder hoge eisen inzake kwaliteit en resultaat gelden, of werk dat bijzonder lastig of gevaarlijk is, een hogere economische waarde heeft dan het tijdens de normale werkuren verrichte werk en dat de desbetreffende toeslagen niet in aanmerking mogen worden genomen voor de berekening van het minimumloon. Als deze bedragen voor de berekening in aanmerking zouden worden genomen, zou

aan de werknemer de met die werkuren overeenkomende economische tegenprestatie worden onthouden.

23 De Duitse regering betoogt dat de Commissie in haar verzoekschrift vertrekt van een misverstand omtrent de Duitse regeling. Zij veronderstelt ten onrechte dat de in een andere lidstaat gevestigde werkgever volgens deze regeling verplicht is om, in geval van bijzonder moeilijk werk, naast het minimumloon de Duitse aanvullende toeslagen te betalen.

Beoordeling door het Hof

24 Allereerst zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak het gemeenschapsrecht zich niet ertegen verzet dat een lidstaat een in een andere lidstaat gevestigde onderneming die op het grondgebied van de eerste lidstaat een dienst verricht, ertoe verplicht haar werknemers het door de nationale regeling van deze staat voorgeschreven minimumloon te betalen (arresten van 3 februari 1982, Seco en Desquenne & Giral, 62/81 en 63/81, Jurispr. blz. 223, punt 14; 28 maart 1996, Guiot, C-272/94, Jurispr. blz. I-1905, punt 12; 23 november 1999, Arblade e.a., C-369/96 en C-376/96, Jurispr. blz. I-8453, punt 33; 15 maart 2001, Mazzoleni en ISA, C-165/98, Jurispr. blz. I-2189, punten 28 en 29, en 24 januari 2002, Portugaia Construções, C-164/99, Jurispr. blz. I-787, punt 21). De toepassing van een dergelijke regeling moet geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel, te weten de bescherming van de ter beschikking gestelde werknemers, te waarborgen, en mag niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel (zie in die zin met name de reeds aangehaalde arresten Arblade e.a., punt 35, en Mazzoleni en ISA, punt 26, en arrest van 12 oktober 2004, Wolff & Müller, C-60/03, Jurispr. blz. I-9553, punt 34).

25 Deze rechtspraak heeft betrekking op artikel 3, lid 1, eerste alinea, sub c, van richtlijn 96/71, volgens hetwelk de lidstaten erop toezien dat de in de richtlijn bedoelde ondernemingen — ongeacht het recht dat van toepassing is op het dienstverband — voor de op hun grondgebied ter beschikking gestelde werknemers de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden garanderen, met name betreffende de minimumlonen, inclusief de vergoedingen voor overwerk die zijn vastgesteld in de lidstaat waar het werk wordt uitgevoerd. In de tweede alinea van ditzelfde lid wordt gepreciseerd dat het begrip „minimumlonen" wordt bepaald „door de nationale wetgeving en/of praktijk van de lidstaat waar de werknemer ter beschikking is gesteld".

26 In casu staat vast dat de Bondsrepubliek Duitsland in het kader van het AEntG gebruik maakt van de door richtlijn 96/71 geboden mogelijkheid om voorschriften inzake het minimumloon op het nationale grondgebied vast te stellen. Zoals uit de punten 7 tot en met 10 van dit arrest blijkt, is de werkingssfeer van bepaalde algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten, zoals die inzake het minimumloon, door § 1, lid 1, van genoemde wet uitgebreid tot de in het buitenland gevestigde werkgevers en hun in Duitsland ter beschikking gestelde werknemers. De lijst van overeenkomsten die overeenkomstig het AEntG in elk geval moeten worden toegepast, is opgenomen in het vademecum.

27 Partijen in de onderhavige zaak zijn het echter niet eens over de methode voor het vergelijken van het krachtens de Duitse voorschriften verschuldigde minimumloon met het loon dat daadwerkelijk door de in andere lidstaten gevestigde werkgevers aan hun ter beschikking gestelde werknemers wordt betaald. Derhalve rijst de vraag, welke toeslagen en bijslagen een lidstaat als bestanddelen van het minimumloon in aanmerking moet nemen wanneer hij nagaat of de regels inzake het minimumloon in acht zijn genomen.

28 Er zij aan herinnerd dat volgens bijlage 4 bij het vademecum de door de werkgever betaalde toeslagen en bijslagen in Duitsland niet als bestanddelen van het

minimumloon worden beschouwd, met uitzondering van de bouwtoeslag. Uit de stukken blijkt dat, naast deze laatste toeslag, in dit verband ook rekening wordt gehouden met de in de arbeidsovereenkomst voorziene betalingen die het verschil tussen het nationale loon en het op grond van het AEntG verschuldigde loon beogen te compenseren. Volgens de Commissie moeten bij de berekening van het minimumloon in beginsel evenwel alle toeslagen en bijslagen in aanmerking worden genomen die door buiten Duitsland gevestigde werkgevers aan de ter beschikking gestelde werknemers worden betaald.

29 Allereerst dient te worden gepreciseerd dat partijen het erover eens zijn dat, overeenkomstig artikel 3, lid 1, eerste alinea, sub c, en artikel 7, tweede alinea, van richtlijn 96/71, vergoedingen voor overwerk, bijdragen aan aanvullende bedrijfspensioenregelingen, vergoedingen voor wegens de terbeschikkingstelling daadwerkelijk gemaakte kosten en op een andere dan op uurbasis berekende vaste bedragen, niet als bestanddelen van het minimumloon in aanmerking moeten worden genomen. Het is het brutoloon dat in aanmerking moet worden genomen.

30 Voorts betwist de Duitse regering niet dat het vademecum niet volledig in overeenstemming is met richtlijn 96/71. Zij heeft dit trouwens na het verstrijken van de in het met redenen omklede advies gestelde termijn in de door de Commissie aangegeven zin gewijzigd door voor de inaanmerkingneming van toeslagen en bijslagen de verhouding „regel — uitzondering" om te keren. Sedert deze wijziging zouden bij het toezicht op de betaling van het minimumloon alle door een in een andere lidstaat gevestigde werkgever betaalde toeslagen in aanmerking worden genomen voorzover de verhouding tussen de prestatie van de werknemer en de tegenprestatie die hij daarvoor ontvangt, niet ten nadele van de werknemer wordt gewijzigd.

31 Voorts merkt de Duitse regering in haar verweerschrift op dat het vademecum zal worden aangevuld om de uitkeringen voor een dertiende en een veertiende maand als bestanddelen van het minimumloon te erkennen, mits zij regelmatig, pro rato, daadwerkelijk en onherroepelijk worden betaald gedurende het tijdvak waarin de werknemer in Duitsland ter beschikking is gesteld, en aan deze laatste op de vastgestelde betaaldatum ter beschikking worden gesteld. De Commissie merkt in repliek op dat dit wijzigingsvoorstel de nationale regeling in dit opzicht in overeenstemming met richtlijn 96/71 zal brengen.

32 Vaststaat inderdaad dat de aldus door de Duitse regering vastgestelde en voorgestelde wijzigingen verschillende incoherenties tussen de nationale regeling en richtlijn 96/71 zullen opheffen.

33 Er zij evenwel aan herinnerd dat het bestaan van een niet-nakoming moet worden beoordeeld op basis van de situatie waarin de lidstaat zich bevond aan het einde van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn (zie met name arresten van 16 januari 2003, Commissie/Verenigd Koninkrijk, C-63/02, Jurispr. blz. I-821, punt 11, en 16 december 2004, Commissie/Italië, C-313/03, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 9). Het Hof kan geen rekening houden met sedertdien opgetreden wijzigingen (zie, met name, arrest van 18 november 2004, Commissie/Ierland, C-482/03, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 11).

34 Met betrekking tot de bijdragen die in andere lidstaten gevestigde werkgevers betalen aan vakantie- en compensatiekassen die vergelijkbaar zijn met de Duitse kassen, blijkt uit het antwoord van de Duitse regering op het met redenen omklede advies dat deze in Duitsland overeenkomen met doorbetaalde vakantie en met

vakantietoeslagen. Deze regering betoogt in dupliek dat het geding op dit punt moet worden beslecht met inaanmerkingneming van haar argumenten betreffende de evenredige betaling van de vakantietoeslag en de voorschriften inzake betaaldata. Ter terechtzitting heeft zij gepreciseerd dat die toeslag prorata temporis en op de voor het salaris voorziene betaaldatum moet worden betaald.

35 Volgens vaste rechtspraak moet de Commissie in een beroep wegens niet-nakoming het gestelde verzuim aantonen. Zij dient het Hof de gegevens te verschaffen die het nodig heeft om te kunnen vaststellen of er inderdaad sprake is van een verzuim, en zij kan zich daarbij niet baseren op een of ander vermoeden (zie met name arresten van 25 mei 1982, Commissie/Nederland, 96/81, Jurispr. blz. 1791, punt 6, en 29 april 2004, Commissie/Oostenrijk, C-194/01, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 34).

36 Noch uit het met redenen omklede advies, noch uit het verzoekschrift, noch uit de repliek van de Commissie, kan worden opgemaakt of het bezwaar inzake het niet in aanmerking nemen, bij de berekening van het minimumloon, van de bijdragen die door in andere lidstaten gevestigde werkgevers zijn betaald aan vakantie- en compensatiekassen die vergelijkbaar zijn met de Duitse kassen, een autonoom bezwaar vormt, dan wel of het samenvalt met het bezwaar inzake het bij genoemde berekening niet in aanmerking nemen van de uitkeringen voor een dertiende en een veertiende maand. De moeilijkheden die de Duitse regering heeft ondervonden om op de stellingen van de Commissie inzake de bijdragen aan de vakantiekassen te reageren, bevestigen het gebrek aan duidelijkheid van deze stellingen.

37 In deze omstandigheden heeft de Commissie de strekking van haar bezwaar onvoldoende duidelijk uiteengezet en het Hof niet de gegevens verschaft die het nodig heeft om te beoordelen of de niet-inaanmerkingneming door verweerster van bijdragen als aan de orde in het hoofdgeding bij de bepaling van het minimumloon al dan niet een niet-nakoming van de uit artikel 3 van richtlijn 96/71 voortvloeiende verplichtingen vormt.

38 Ten slotte dient de nog in geding zijnde hoofdvraag te worden behandeld, namelijk of moet worden aangenomen dat de door de werkgever betaalde toeslagen en bijslagen die volgens de Duitse regering een wijziging brengen in het evenwicht tussen de prestatie van de werknemer en de tegenprestatie die hij daarvoor ontvangt, bestanddelen van het minimumloon zijn. Het betreft met name de kwaliteitstoeslag en toeslagen voor vuil, zwaar of gevaarlijk werk.

39 Anders dan de Commissie betoogt, kunnen de toeslagen en bijslagen die volgens de wetgeving of de nationale praktijk van de lidstaat waar de werknemer ter beschikking is gesteld, geen bestanddeel van het minimumloon zijn en een wijziging brengen in de verhouding tussen de prestatie van de werknemer en de tegenprestatie die hij daarvoor ontvangt, volgens richtlijn 96/71 niet als bestanddelen van het minimumloon worden beschouwd.

40 Het is immers volstrekt normaal dat wanneer de werkgever in bijzondere omstandigheden verlangt dat de werknemer meer werk verricht of meer uren maakt, de werknemer voor deze extra prestatie een vergoeding ontvangt, zonder dat deze vergoeding in aanmerking wordt genomen voor de berekening van het minimumloon.

41 Uit de punten 30 tot en met 33 van dit arrest volgt evenwel dat de Bondsrepubliek Duitsland de krachtens artikel 3 van richtlijn 96/71 op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen.

42 Nu een niet-nakoming met betrekking tot deze richtlijn is vastgesteld, behoeft het beroep niet met betrekking tot artikel 49 EG te worden onderzocht.

43 In deze omstandigheden moet worden vastgesteld dat de Bondsrepubliek Duitsland, door — met uitzondering van de bouwtoeslag — de toeslagen en bijslagen die in andere lidstaten gevestigde werkgevers aan hun in Duitsland ter beschikking gestelde werknemers uit de bouwsector betalen en die geen wijziging brengen in de verhouding tussen de prestatie van de werknemer en de tegenprestatie die hij daarvoor ontvangt, niet als bestanddelen van het minimumloon te erkennen, de krachtens artikel 3 van richtlijn 96/71 op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen.

44 Het beroep wordt verworpen voor het overige.

Kosten

45 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dit is gevorderd. Ingevolge artikel 69, lid 3, eerste alinea, van dit reglement kan het Hof evenwel beslissen dat elke partij haar eigen kosten zal dragen, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld. Aangezien de Commissie en de Bondsrepubliek Duitsland ten dele in het ongelijk zijn gesteld, dienen zij in hun eigen kosten te worden verwezen.

Het Hof van Justitie (Eerste kamer) verklaart:

1) **Door — met uitzondering van de bouwtoeslag — de toeslagen en bijslagen die in andere lidstaten gevestigde werkgevers aan hun in Duitsland ter beschikking gestelde werknemers in de bouwsector betalen en die geen wijziging brengen in de verhouding tussen de prestatie van de werknemer en de tegenprestatie die hij daarvoor ontvangt, niet als bestanddelen van het minimumloon te erkennen, is de Bondsrepubliek Duitsland de verplichtingen niet nagekomen die op haar rusten krachtens artikel 3 van richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten.**

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

3) **Elke partij zal haar eigen kosten dragen.**

ondertekeningen