DOMSTOLENS DOM (första avdelningen)
den 14 april 2005 *

I mål C-341/02,

angående en talan om fördragsbrott enligt artikel 226 EG som väckts den 25 september 2002,

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av J. Sack och H. Kreppel, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Förbundsrepubliken Tyskland, företrädd av W.-D. Plessing och A. Tiemann, båda i egenskap av ombud,

svarande,

* Rättegångsspråk: tyska.

meddelar

DOMSTOLEN (första avdelningen),

sammansatt av avdelningsordföranden P. Jann samt domarna A. Rosas (referent), K. Lenaerts, S. von Bahr och K. Schiemann,

generaladvokat: D. Ruiz-Jarabo Colomer,

justitiesekreterare: avdelningsdirektören M.-F. Contet,

med beaktande av det skriftliga förfarandet och efter att förhandling hållits den 29 april 2004,

med hänsyn till beslutet, efter att ha hört generaladvokaten, att avgöra målet utan förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Europeiska gemenskapernas kommission har yrkat att domstolen skall fastställa att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 49 EG och 3 i Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster (EGT L 18, 1997, s. 1) genom att inte — med undantag av den ersättning som utbetalas till arbetstagare inom denna sektor — anse att samtliga löneförhöjningar och tillägg som arbetsgivare i andra medlemsstater betalar ut till arbetstagare

inom byggsektorn vilka utstationerats i Tyskland utgör en del av minimilönen och därigenom inte ta hänsyn till de delar av lönen som arbetsgivarna faktiskt har betalat ut till de utstationerade arbetstagarna.

2 Förbundsrepubliken Tyskland har yrkat att domstolen skall ogilla talan och förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

Tillämpliga bestämmelser

De gemenskapsrättsliga bestämmelserna

3 I det tolfte skälet i direktiv 96/71 anges att gemenskapsrätten inte hindrar medlemsstaterna från att utvidga tillämpningsområdet för sin lagstiftning eller för kollektivavtal som har ingåtts mellan arbetsmarknadens parter, till att omfatta alla personer som utför avlönat arbete, också tillfälligt, på deras territorium, även om arbetsgivaren är etablerad i en annan medlemsstat.

4 Enligt artikel 1.1 i direktiv 96/71, vilken artikel har rubriken "Tillämpningsområde", gäller följande:

" Detta direktiv skall tillämpas på företag som är etablerade i en medlemsstat och som i samband med tillhandahållande av tjänster över gränserna, utstationerar arbetstagare ... inom en medlemsstats territorium".

5 Under rubriken "Arbets- och anställningsvillkor" anges följande i artikel 3.1 och 3.7 i samma direktiv:

"1. Medlemsstaterna skall, oavsett vilken lag som gäller för anställningsförhållandet, se till att de företag som anges i artikel 1.1 på följande områden garanterar de arbetstagare som är utstationerade inom deras territorium de arbets- och anställningsvillkor som i den medlemsstat inom vars territorium arbetet utförs är fastställda

— i bestämmelser i lagar eller andra författningar,

och/eller

— i kollektivavtal ... som förklarats ha allmän giltighet enligt punkt 8, i den utsträckning som de rör de verksamheter som anges i bilagan:

...

c) Minimilön, inbegripet övertidsersättning; denna punkt gäller dock inte yrkesanknutna tilläggspensionssystem.

...

I detta direktiv avses med minimilön enligt punkt c första raden den minimilön som fastställs i nationell lagstiftning och/eller praxis i den medlemsstat inom vars territorium arbetstagaren är utstationerad.

...

7. Punkt[erna] 1–6 skall inte hindra tillämpning av arbets- och anställningsvillkor som är förmånligare för arbetstagarna.

Ersättningar som hör ihop med utstationeringen skall anses utgöra en del av minimilönen, om de inte utbetalas som ersättning för utgifter som i själva verket har uppkommit till följd av utstationeringen, t.ex. utgifter för resa, kost eller logi."

De nationella bestämmelserna

6 Lagen om utstationering av arbetstagare (Arbeitnehmer-Entsendegesetz) av den 26 februari 1996 (BGBl. 1996 I, s. 227), i dess lydelse vid tidpunkten för utgången av fristen i det motiverade yttrandet (nedan kallad AEntG), är tillämplig på byggnadsindustrin.

7 Enligt 1 § första stycket AEntG utsträcks tillämpningsområdet för vissa kollektivavtal som har allmän giltighet till att omfatta arbetsgivare som är etablerade i utlandet och deras arbetstagare som är utstationerade i Tyskland. Bestämmelsen har följande lydelse:

"Rättsregler i ett kollektivavtal inom byggnadsindustrin som har förklarats ha allmän giltighet ... som gäller minimilöner, inbegripet övertidsersättning ..., skall tillämpas även på ett anställningsförhållande mellan en arbetsgivare som är etablerad i utlandet och dennes arbetstagare som arbetar inom det geografiska tillämpningsområdet för detta kollektivavtal. En arbetsgivare i den mening som avses i den första meningen är skyldig att garantera att åtminstone de arbetsvillkor som gäller enligt kollektivavtal som avses i första meningen tillämpas på arbetsgivarens arbetstagare som arbetar inom det geografiska tillämpningsområdet för detta kollektivavtal."

8 Förteckningen över de kollektivavtal som i enlighet med AentG skall tillämpas i varje enskilt fall förekommer i vademecum om utstationering av arbetstagare för arbetsgivare med säte i utlandet (Merkblatt für Arbeitgeber mit Sitz im Ausland zum Arbeitnehmer-Entsendegesetz, nedan kallad vademecum).

9 I artikel 2 i kollektivavtalet om minimilöner inom byggnadssektorn inom Förbundsrepubliken Tysklands territorium (Tarifvertrag zur Regelung eines Mindestlohnes im Baugewerbe im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland), av den 26 maj 1999 (nedan kallad kollektivavtalet om minimilöner), anges att minimilönen består av den i kollektivavtalet föreskrivna timlönen och ersättningen till arbetstagare inom byggnadssektorn, vilka tillsammans utgör den avtalsenliga globala timlönen. Bestämmelserna i detta avtal har förklarats ha allmän giltighet genom förordningen om tvingande arbetsvillkor inom byggnadssektorn (Verord-

nung über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe) av den 25 augusti 1999 (BGBl. 1999 I, s. 1894).

10 För perioden den 1 september 2000–31 augusti 2002 var kollektivavtalet om minimilön av den 2 juni 2000, som förklarats ha allmän giltighet den 17 augusti 2000, tillämpligt.

11 Bestämmelser om semester, semesterlön, systemet för kassor för betald semester samt ersättning för obekvämt arbete och övertidsarbete finns i andra kollektivavtal som förklarats ha allmän giltighet.

12 I bilaga 4 till vademecum angavs, i dess lydelse vid tidpunkten för utgången av fristen i det motiverade yttrandet, att löneförhöjningar och tillägg som arbetsgivaren betalar, med undantag av den allmänna ersättningen till arbetare inom byggnadssektorn, inte anses utgöra en del av minimilönen. I bilagan i fråga anges att sistnämnda tillägg bland annat omfattar löneförhöjningar för övertidsarbete, nattarbete och arbete under sön- och helgdagar samt reseersättning och obekvämlighetsersättning.

Det administrativa förfarandet

13 Sedan klagomål ingetts till kommissionen fann denna att den i Tyskland tillämpade metoden att inte anse att samtliga de löneförhöjningar och tillägg som betalas av

arbetsgivare som är etablerade i andra medlemsstater till deras anställda inom byggnadssektorn som är utstationerade i Förbundsrepubliken Tyskland utgjorde en del av minimilönen stred mot bestämmelserna i direktiv 96/71 och att detta påverkade friheten att tillhandahålla tjänster enligt artikel 49 EG. Kommissionen sände därför den 3 april 2000 en formell underrättelse till Förbundsrepubliken Tyskland och anmodade den att inkomma med yttrande i denna fråga.

14 I skrivelse av den 21 juni 2000 bestred den tyska regeringen det påstådda fördragsbrottet och åberopade därvid bland annat artikel 3.1 andra stycket i direktiv 96/71. Begreppet minimilön skall enligt den tyska regeringen fastställas i nationell lagstiftning eller praxis i den medlemsstat inom vars territorium arbetstagaren är utstationerad. Inom ramen för tillsynen över efterlevnaden av denna lön kan enligt i Tyskland gällande bestämmelser inte de tillägg beaktas som kränker förhållandet mellan lön och arbete såsom detta förhållande är bestämt enligt gällande kollektivavtal. Den tyska regeringen förklarade sig dock villig att ta hänsyn till vissa prestationer som inte ändrar detta förhållande och att i förekommande fall ändra vademecum i denna riktning.

15 Kommissionen, som inte var tillfreds med den av Förbundsrepubliken Tyskland lämnade förklaringen, riktade den 2 april 2001 ett motiverat yttrande till denna stat och anmodade den att inom två månader från delgivning av yttrandet efterkomma detta.

16 Sedan den tyska regeringen besvarat detta motiverade yttrande genom skrivelse av den 31 maj 2001, i vilken regeringen, som medgav att vademecum i vissa delar inte var helt förenlig med bestämmelserna i direktiv 96/71, på flera punkter vidhöll sin tidigare argumentering, beslutade kommissionen att väcka förevarande talan.

Talan

Parternas argument

17 Kommissionen har gjort gällande att de tyska bestämmelserna strider mot bestämmelserna i direktiv 96/71 och artikel 49 EG med hänsyn till att de i fråga om löneförhöjningar och tillägg har en benägenhet att, vid jämförelsen mellan å ena sidan den i den tyska lagstiftningen fastställda minimilönens storlek och å andra sidan den lön som verkligen betalas ut av i andra medlemsstater etablerade arbetsgivare till utstationerade arbetstagare, anse att endast den allmänna ersättning som beviljas arbetstagare inom byggnadssektorn utgör en del av minimilönen.

18 Enligt kommissionen kan i andra medlemsstater etablerade arbetsgivare enligt de bestämmelser som är tillämpliga i dessa stater vara tvungna att utöver den normala timlönen utbetala andra typer av ersättning. Enligt de tyska bestämmelserna kan dessa ersättningar emellertid inte beaktas vid beräkningen av minimilönen. Kommissionen har uppgett att om löneförhöjningarna och tilläggen inte beaktas leder det till högre lönekostnader än kostnaden för de löner som tyska arbetsgivare måste betala sina anställda och till att arbetsgivare som är etablerade i andra medlemsstater blir förhindrade att tillhandahålla sina tjänster i Tyskland. Det är visserligen riktigt att den medlemsstat inom vars territorium arbetstagaren är utstationerad enligt direktiv 96/71 får bestämma minimilönens storlek. Icke desto mindre får staten inte tillämpa sin egen löneordning när den jämför minimilönen med den lön som betalas av i andra medlemsstater etablerade arbetsgivare.

19 Närmare bestämt klandrar kommissionen Förbundsrepubliken Tyskland för att den inte som en del av minimilönen betraktar vare sig vissa tillägg, såsom tillägget för den trettonde och den fjortonde lönemånaden, eller de av arbetsgivare som är etablerade i andra medlemsstater inbetalade avgifterna till semester- och ersättningskassor liknande de tyska kassorna, i den mån dessa belopp direkt eller indirekt kommer den arbetstagare till handa som är utstationerad i den andra medlemsstaten.

20 Den tyska regeringen har tillkännagett att vademecum inom kort kommer att ändras vad beträffar sådana löneförhöjningar och tillägg som betalas ut av arbetsgivare som är etablerade i en annan medlemsstat och som inte ändrar förhållandet mellan arbetstagarens prestation och den lön han uppbär. Dessa löneförhöjningar och tillägg borde i princip erkännas som en del av minimilönen.

21 De löneförhöjningar och tillägg som ändrar balansen mellan arbetstagarens prestation och det vederlag han uppbär anses däremot enligt de tyska bestämmelserna inte utgöra en del av minimilönen och godtas inte som en del av denna lön vid jämförelsen mellan det belopp som skall betalas enligt tyska bestämmelser och den lön som betalas ut av arbetstagare som är etablerade i andra medlemsstater. I kollektivavtalet om minimilön fastställs inte enbart ett absolut belopp utan också andra bestämmelser rörande sambandet mellan den lön som skall utbetalas av arbetsgivaren och vad arbetstagaren skall prestera. Bestämmelser om de enstaka tilläggen finns i ett annat kollektivramavtal än kollektivavtalet om minimilön.

22 Den tyska regeringen har gjort gällande att de arbetstimmar som fullgörs utanför normal arbetstid, som innebär särskilt höga krav i fråga om resultat eller som innebär speciella påfrestningar och faror, har ett högre ekonomiskt värde än de normala arbetstimmarna och att de tillägg som hör dit inte skall beaktas vid beräkningen av minimilönen. Om hänsyn togs till dessa belopp vid beräkningen i

fråga skulle arbetstagaren berövas det ekonomiska motvärde som motsvarade dessa arbetstimmar.

23 Den tyska regeringen har anfört att kommissionen i sin ansökan stöder sig på ett missförstånd rörande den tyska lagstiftningen. Kommissionen har felaktigt antagit att den i en annan medlemsstat etablerade arbetsgivaren enligt tysk lagstiftning är skyldig att, när det är fråga om ett arbete med särskilda svårigheter, utöver minimilönen betala de tyska tilläggen.

Domstolens bedömning

24 Domstolen erinrar först om att gemenskapsrätten enligt fast rättspraxis inte utgör något hinder för en medlemsstat att föreskriva att ett företag etablerat i en annan medlemsstat som tillhandahåller tjänster på den första medlemsstatens territorium skall betala sina arbetstagare den minimilön som fastställts i denna stats nationella bestämmelser (dom av den 3 februari 1982 i de förenade målen 62/81 och 63/81, Seco och Desquenne & Giral, REG 1982, s. 223, punkt 14, svensk specialutgåva, volym 6, s. 299, av den 28 mars 1996 i mål C-272/94, Guiot, REG 1996, s. I-1905, punkt 12, av den 23 november 1999 i de förenade målen C-369/96 och C-376/96, Arblade m.fl., REG 1999, s. I-8453, punkt 33, av den 15 mars 2001 i mål C-165/98, Mazzoleni och ISA, REG 2001, s. I-2189, punkterna 28 och 29, och av den 24 januari 2002 i mål C-164/99, Portugaia Construções, REG 2002, s. I-787, punkt 21). Tillämpningen av sådana bestämmelser skall vara ägnad att säkerställa förverkligandet av det syfte som eftersträvas genom dem, närmare bestämt att skydda utstationerade arbetstagare, och får inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta syfte (se, för ett liknande resonemang, bland annat domarna i de ovannämnda förenade målen Arblade m.fl., punkt 35, och Mazzoleni och ISA, punkt 26, samt dom av den 12 oktober 2004 i mål C-60/03, Wolff & Müller, REG 2004, s. I-9553, punkt 34).

25 Denna rättspraxis rör artikel 3.1 första stycket c i direktiv 96/71, enligt vilken medlemsstaterna, oavsett vilken lag som gäller för anställningsförhållandet, skall se till att de företag som avses i direktivet garanterar de arbetstagare som är utstationerade inom deras territorium de arbets- och anställningsvillkor som rör bland annat minimilön, inbegripet övertidsersättning, och som fastställts i bestämmelser i den medlemsstat inom vars territorium arbetet utförs. I artikel 3.1 andra stycket föreskrivs att begreppet minimilön är den minimilön som fastställs i "nationell lagstiftning och/eller praxis i den medlemsstat inom vars territorium arbetstagaren är utstationerad".

26 I förevarande fall är det utrett att Förbundsrepubliken Tyskland inom ramen för AEntG utnyttjar den i direktiv 96/71 angivna möjligheten att anta bestämmelser om minimilön inom det nationella territoriet. Som framgår av punkterna 7–10 i denna dom har tillämpligheten av vissa kollektivavtal med allmän giltighet, såsom det som avser minimilönen, genom 1 § första stycket i denna lag utsträckts till att omfatta arbetsgivare som är etablerade utomlands och deras i Tyskland utstationerade arbetstagare. Förteckningen över de avtal som i varje enskilt fall skall tillämpas enligt bestämmelserna i AEntG återfinns i vademecum.

27 Parterna i detta mål är emellertid oeniga om vilken metod som skall tillämpas vid jämförelsen mellan den minimilön som skall betalas enligt tyska bestämmelser och den lön som i andra medlemsstater etablerade arbetsgivare faktiskt utbetalar till sina utstationerade arbetstagare. Frågan är alltså vilka löneförhöjningar och tillägg en medlemsstat skall beakta såsom en del av minimilönen när den undersöker om minimilönen har betalats ut på ett riktigt sätt.

28 Domstolen erinrar om att sådana löneförhöjningar och tillägg som betalas ut av arbetsgivaren enligt bilaga 4 till vademecum i Tyskland, med undantag av den

allmänna ersättning som betalas ut till arbetstagare inom byggnadssektorn, inte anses utgöra en del av minimilönen. Av handlingarna i målet framgår att utöver denna ersättning skall också sådana utbetalningar härvidlag beaktas som enligt anställningskontraktet är avsedda att kompensera skillnaden mellan den nationella lönen och den lön som skall betalas enligt AEntG. Enligt kommissionen bör dock i princip samtliga löneförhöjningar och tillägg som utbetalas av arbetsgivare som är etablerade utanför Tyskland till utstationerade arbetstagare beaktas vid beräkningen av minimilönen.

29 Inledningsvis kan konstateras att parterna är eniga om att övertidsersättning, avgifter till yrkesanknutna kompletterande pensionssystem, ersättningar som hör ihop med utstationeringen och slutligen schablonbelopp som beräknats på en annan grund än timantalet inte skall beaktas såsom en del av minimilönen enligt artikel 3.1 första stycket c och artikel 7 andra stycket i direktiv 96/71. Det är bruttolönen som skall beaktas.

30 Härefter konstaterar domstolen att den tyska regeringen inte bestritt att vademecum inte är helt förenlig med bestämmelserna i direktiv 96/71. Regeringen ändrade den för övrigt efter den i det motiverade yttrandet angivna fristen på av kommissionen angivet sätt, genom att kasta om förhållandet "regel–undantag" för att beakta löneförhöjningarna och tilläggen. Sedan denna ändring gjorts beaktas vid kontrollen av utbetalningar av minimilöner samtliga tilläggsutbetalningar som görs av en i en annan medlemsstat etablerad arbetsgivare, i den mån förhållandet mellan arbetstagarens prestation och det vederlag han uppbär inte ändras till det sämre för arbetstagaren.

31 Den tyska regeringen har i sitt svaromål vidare angett att vademecums ordalydelse kommer att kompletteras så, att tilläggen för den trettonde och den fjortonde lönemånaden godtas som del av minimilönen, under förutsättning att de utbetalas regelbundet, proportionerligt, faktiskt och oåterkalleligen under den period som arbetstagaren är utstationerad i Tyskland och att han kan förfoga över dessa tillägg på den fastställda utbetalningsdagen. Kommissionen anser i sin replik att detta förslag till ändring skulle kunna göra den nationella ordningen i detta hänseende förenlig med direktiv 96/71.

32 Det kan konstateras att de ändringar som sålunda antagits och föreslagits av den tyska regeringen är ägnade att undanröja flera osammanhängande aspekter mellan den nationella lagstiftningen i fråga och bestämmelserna i direktiv 96/71.

33 Domstolen erinrar emellertid om att förekomsten av ett fördragsbrott skall bedömas mot bakgrund av den situation som rådde i medlemsstaten vid utgången av den frist som har angivits i det motiverade yttrandet (se bland annat dom av den 16 januari 2003 i mål C-63/02, kommissionen mot Förenade kungariket, REG 2003, s. I-821, punkt 11, och av den 16 december 2004 i mål C-313/03, kommissionen mot Italien, ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 9). Senare inträffade förändringar skall inte beaktas av domstolen (se bland annat dom av den 18 november 2004 i mål C-482/03, kommissionen mot Irland, ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 11).

34 Vad beträffar de av arbetsgivare etablerade i andra medlemsstater inbetalda avgifterna till semester- och ersättningskassor liknande de tyska kassorna framgår det av den tyska regeringens svar på det motiverade yttrandet att dessa i Tyskland motsvarar betald semester och semesterersättning. Denna regering har emellertid i

sin duplik anfört att tvisten i den delen borde lösas med beaktande av regeringens argument angående proportionerlig betalning av semestertillägg och bestämmelserna om utbetalningsdagar. Den tyska regeringen har under förhandlingen preciserat att semestertillägget skall utbetalas proportionellt i förhållande till tiden och på den fastställda utbetalningsdagen för lönen.

35 Enligt fast rättspraxis åligger det kommissionen att i mål om fördragsbrott bevisa det påstådda fördragsbrottet. Kommissionen skall förse domstolen med de uppgifter som den behöver för att kunna kontrollera om fördragsbrott föreligger och får därvid inte stödja sig på någon presumtion (se bland annat dom av den 25 maj 1982 i mål 96/81, kommissionen mot Nederländerna, REG 1982, s. 1791, punkt 6, och av den 29 april 2004 i mål C-194/01, kommissionen mot Österrike, REG 2004, s. I-4579, punkt 34).

36 Det framgår inte, vare sig av det motiverade yttrandet eller av kommissionens till domstolen ingivna ansökan och replik, om anmärkningen rörande underlåtenheten att vid minimilönens beräkning beakta avgifter som betalats in av arbetsgivare som är etablerade i andra medlemsstater till semester- och ersättningskassor som är jämförbara med de tyska kassorna utgör en självständig anmärkning eller om den tvärtom ingår i anmärkningen rörande underlåtenheten att vid sagda beräkning beakta tilläggen för den trettonde och den fjortonde lönemånaden. Att kommissionens påståenden angående avgifterna till semesterkassorna är oklara bekräftas av att det varit problematiskt för den tyska regeringen att reagera på dessa påståenden.

37 Under dessa förhållanden har kommissionen inte tillräckligt klart angett den exakta omfattningen av dess anmärkning, och den har inte försett domstolen med de uppgifter som den behöver för att kunna bedöma huruvida svarandens underlåtenhet att vid fastställandet av minimilönen beakta sådana avgifter som de här aktuella innebär att svaranden underlåtit att fullgöra sina skyldigheter enligt artikel 3 i direktiv 96/71.

38 Domstolen skall slutligen pröva den huvudsakliga tvistefrågan, nämligen frågan huruvida av arbetsgivaren utbetalda löneförhöjningar och tillägg, vilka enligt den tyska regeringen ändrar balansen mellan arbetstagarens prestation och det vederlag han uppbär, bör anses utgöra en del av minimilönen. Här avses bland annat kvalitetsersättning och ersättning för smutsigt, obekvämt och farligt arbete.

39 Domstolen finner att sådana löneförhöjningar och tillägg som inte anses utgöra en del av minimilönen enligt nationell lagstiftning eller praxis i den medlemsstat inom vars territorium arbetstagaren är utstationerad, och som ändrar förhållandet mellan arbetstagarens prestation och det vederlag han uppbär, till skillnad från vad kommissionen gjort gällande, inte kan anses utgöra en del av minimilönen enligt bestämmelserna i direktiv 96/71.

40 Det är nämligen helt normalt att, om arbetsgivaren kräver att arbetstagaren skall fullgöra övertidsarbete eller arbetstimmar under särskilda förhållanden, denne arbetstagare kompenseras för denna ytterligare prestation utan att kompensationen beaktas vid beräkningen av minimilönen.

41 Av punkterna 30–33 i denna dom framgår emellertid att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att fullgöra sina skyldigheter enligt artikel 3 i direktiv 96/71.

42 Med hänsyn till att fördragsbrott befunnits föreligga enligt detta direktiv saknas skäl att pröva talan mot bakgrund av artikel 49 EG.

43 Under sådana omständigheter fastställer domstolen att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att fullgöra sina skyldigheter enligt artikel 3 i direktiv 96/71 genom att inte — med undantag av den allmänna ersättningen till arbetstagare inom byggnadssektorn — anse att sådana löneförhöjningar och lönetillägg som inte ändrar förhållandet mellan arbetstagarens prestation och det vederlag han uppbär och som betalats ut av arbetsgivare som är etablerade i andra medlemsstater till deras anställda inom denna sektor som är utstationerade i Tyskland utgör en del av minimilönen.

44 Talan ogillas i övriga delar.

Rättegångskostnader

45 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Emellertid kan domstolen enligt artikel 69.3 första stycket i rättegångsreglerna besluta att vardera parten skall bära sin kostnad, om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter. Eftersom kommissionen och Förbundsrepubliken Tyskland båda delvis har tappat målet, skall vardera parten bära sin kostnad.

På dessa grunder beslutar domstolen (första avdelningen) följande dom:

1) **Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att fullgöra sina skyldigheter enligt artikel 3 i Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster genom att inte — med undantag av den allmänna ersättningen till arbetstagare inom byggnadssektorn — anse att sådana löneförhöjningar och lönetillägg som inte ändrar förhållandet mellan arbetstagarens prestation och det vederlag han uppbär och som betalats ut av arbetsgivare som är etablerade i andra medlemsstater till deras anställda inom denna sektor som är utstationerade i Tyskland utgör en del av minimilönen.**

2) **Talan ogillas i övrigt.**

3) **Vardera parten skall bära sin rättegångskostnad.**

Underskrifter