FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

föredraget den 24 oktober 2000 [1]

1. Kommissionen har den 25 februari 1999 genom ansökan som inkom till domstolen, med stöd av artikel 169 i EG-fördraget (nu artikel 226 EG), väckt talan mot Förbundsrepubliken Tyskland.

I — Det administrativa förfarandet

Kommissionen har hävdat att artiklarna 51 och 52 i EG-fördraget (nu artiklarna 42 EG och 43 EG i ändrad lydelse) och/eller artikel 59 i EG-fördraget (nu artikel 49 EG i ändrad lydelse) utgör hinder för det faktum att artikel 23 och följande artiklar i Künstlersozialversicherungsgesetz (lag om social trygghet för konstnärer och publicister) tillämpas på upphovsmän som är bosatta i en annan medlemsstat och som vanligtvis utövar en verksamhet som egenföretagare i denna stat och i Tyskland. Den sistnämnda bestämmelsen åsidosätter också avdelning II i förordning (EEG) nr 1408/71 [2] (nedan kallad förordning nr 1408/71), särskilt artikel 14a.2 första stycket jämförd med artikel 13.1 och 13.2 b, enligt vilka dessa upphovsmän skall omfattas av lagstiftningen om social trygghet i endast den medlemsstat där de är bosatta.

2. Kommissionen påpekade denna påstådda oförenlighet mellan den tyska lagen och gemenskapsbestämmelserna i en formell underrättelse som den skickade till den tyska regeringen den 17 september 1997. Överträdelseförfarandet inleddes genom ett klagomål från Stutzer, en tysk publicist som är bosatt i Belgien och som arbetar som egenföretagare både i denna stat och i andra medlemsstater.

3. Den tyska regeringen besvarade den formella underrättelsen i ett meddelande av den 21 november 1997 som den skickade tillsammans med en skrivelse till kommissionen den 1 december samma år.

4. Kommissionen nöjde sig inte med detta svar och den 7 augusti 1998 tillställde den Tyskland ett motiverat yttrande i enlighet

1 — Originalspråk: spanska.

2 — Rådets förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juni 1971 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjer flyttar inom gemenskapen (EGT L 149, s. 2; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 57) som ändrats genom rådets förordning (EEG) nr 2001/83 av den 2 juni 1983 (EGT L 230, s. 6; svensk specialutgåva, område 5, volym 3, s. 13).

med artikel 169 i fördraget. Den 22 september 1998 skickade Tysklands ständiga representation vid Europeiska unionen en skrivelse med ett svar från sin regering till kommissionens generalsekretariat. I detta svar var regeringen av samma mening som i sitt svar på den formella underrättelsen.

II — Den omtvistade tyska lagstiftningen

5. I enlighet med artikel 23 och följande artiklar i lag om social trygghet för konstnärer och publicister skall arbetsgivare som förestår förlag och nyhetsbyråer betala in en socialavgift som benämns *Künstlersozialabgabe* till dessa yrkesmäns försäkringskassa. Denna avgift beräknas på grundval av de belopp som den skattskyldige under hela kalenderåret har betalat ut som ersättning för alster från konstnärer och publicister (nedan kallade upphovsmän) som arbetar som egenföretagare. Avgiften varierar med hänsyn till vilken sektor som det är fråga om. [3]

Det är obligatoriskt för alla upphovsmän som arbetar som egenföretagare att ansluta sig till det ovannämnda systemet för social trygghet. Emellertid föreskriver lagen en rad undantag från denna skyldighet, till exempel om en upphovsman utövar en annan verksamhet som egenföretagare eller som anställd eller när han inom ramen för sin skapande verksamhet sysselsätter fler än en arbetstagare.

Emellertid är en arbetsgivare avgiftsskyldig både om de upphovsmän vars alster de saluför är förpliktade att ansluta sig till detta system för social trygghet och om de är befriade från att göra detta.

De anslutna betalar in hälften av medlen. Arbetsgivarna betalar in en avgift som skall täcka 25 procent av systemets kostnader och som fastställs ett år i förväg. Staten skall bidra med de resterande 25 procenten. Försäkringen omfattar pensionsförsäkring, sjukförsäkring och vårdförsäkring.

Enligt artikel 36a i ovannämnda lag jämförd med artikel 32 i Sozialgesetzbuch (lag om social trygghet) kan arbetsgivaren inte vältra över den avgift som han är förpliktad att betala på upphovsmannen.

3 — Den tyska regeringen har påpekat att den avgiftsskyldige under år 1997 skulle inbetala ett belopp varav 3,8 procent avsåg sektorn *Wort* (litteratur), 5,9 procent avsåg sektorn *bildende Kunst*, 2,6 procent avsåg sektorn *Musik* och 5,1 procent avsåg sektorn *darstellende Kunst*. Å andra sidan skall en konstnär eller publicist som omfattas av en obligatorisk försäkring för samma period betala 10,15 procent av sina inkomster för ålderspension, 0,85 procent för vårdförsäkring och beroende på vilken försäkringskassa det är fråga om skall han betala mellan 6 procent och 7 procent för sjukförsäkring.

III — Den gemenskapslagstiftning som påstås ha åsidosatts

6. Kommissionen anser att Förbundsrepubliken Tyskland genom att tillämpa denna lagstiftning åsidosätter artiklarna 51, 52 och/eller 59 i EG-fördraget och flera bestämmelser i avdelning II i förordning nr 1408/71 om bestämmande av tillämplig lagstiftning.

Närmare bestämt fastställs följande i artikel 13.1 och 13.2 b:

"1. Om något annat inte följer av artikel 14c skall personer för vilka denna förordning gäller omfattas av lagstiftningen i endast en medlemsstat. Denna lagstiftning skall bestämmas enligt bestämmelserna i denna avdelning.

2. Om något annat inte följer av artikel 14—17 gäller följande:

...

c) Den som är egenföretagare inom en medlemsstats territorium skall omfattas av denna stats lagstiftning även om han är bosatt inom en annan medlemsstats territorium.

... "

7. Artikel 14a.2 första stycket i ovannämnda förordning har följande lydelse:

"Särskilda regler för andra egenföretagare än sjömän

Artikel 13.2 b skall tillämpas med beaktande av följande undantag och omständigheter:

...

2) Den som normalt är egenföretagare inom två eller flera medlemsstaters territorier skall omfattas av lagstiftningen i den medlemsstat inom vars territorium han är bosatt, om han utför någon del av sitt arbete inom den medlemsstatens territorium...

..."

IV — Prövning av talan

8. För att analysera parternas argument har jag delat upp dessa argument i två grupper. Först skall jag behandla de argument som avser socialavgiftens beskaffenhet och sedan de argument som avser den omtvistade lagstiftningens förenlighet med artiklarna 51, 52 och 59 i fördraget och med bestämmelserna i avdelning II i förordning nr 1408/71.

A — *Skall socialavgiften betraktas som en arbetsgivaravgift?*

9. Kommissionen har i sin ansökan förklarat att den avgift som arbetsgivarna betalar direkt till systemet för social trygghet för konstnärer och publicister oberoende av sin beteckning är en arbetsgivaravgift som syftar till att bidra till systemets finansiering. Avgiften har samma verkningar som en socialavgift både för det företag som betalar avgiften och för den upphovsman som är ansluten till detta system.

Kommissionen anser att en analys av avgiftens struktur i hög grad tyder på att denna avgift är en arbetsgivaravgift trots att den formellt sett inte är det i egentlig mening. Kommissionen utesluter att avgiften skulle kunna betraktas som en skatt eftersom den inte utgör en intäkt för den tyska staten utan syftar till att finansiera ett konkret system för social trygghet. Inte heller kan den likställas med en avgift av skattenatur eftersom den inte gynnar den skattskyldige utan i stället de upphovsmän som är anslutna till detta system. I sitt svar har kommissionen förklarat att socialavgiften trots att den skiljer sig från en avgift av skattenatur har samma verkningar som en avgift med motsvarande verkan som tull, eftersom de upphovsmän som utövar sin verksamhet även i en annan medlemsstat än den där de är bosatta inte kan erhålla de förmåner vars finansiering de bidrar till.

10. Den tyska regeringen har hävdat att avgiften har andra egenskaper än en arbetsgivaravgift även om den syftar till att finansiera ett system för social trygghet. Avgiften uppbärs nämligen kollektivt, gynnar alla försäkringstagare inom ett konkret system för social trygghet och syftar inte till att tillförsäkra var och en av dem ett individuellt socialt skydd. Dessutom utgör den ersättning som betalas ut till upphovsmän, antingen dessa är anslutna eller inte till systemet, en fördelningsnyckel för avgiften, som skall betalas endast av den arbetsgivare som saluför alstren. Å andra sidan beräknas avgiften inte enligt samma grunder som upphovsmännens egenavgifter. Den beräknas på grundval av den ersättning som faktiskt har betalats ut och som omfattar upphovsmäns ordinarie utgifter, medan dessa dras av från den inkomst som den berörde betalar avgifter för. För att beräkna detta bidrag tas det för

övrigt ingen hänsyn till maximiavgiften, och minimiavgiften för det avgiftsskyldiga företaget och socialavgifter och egenavgifter uppgår till olika belopp. Den tyska regeringen anser att avgiften utgör en avgift av skattenatur som uppbärs från alla företag som är etablerade i Tyskland och som saluför konstnärliga och publicistiska alster.

Den tyska regeringen håller inte med kommissionen om att socialavgiften kan betraktas som en avgift med motsvarande verkan som tull. Den har gjort gällande att avgiften syftar till att finansiera ett konkret system för social trygghet och att den inte liksom en avgift med motsvarande verkan som tull skall syfta till att finansiera åtgärder som främjar framställning eller försäljning av konstnärliga eller publicistiska alster. Detta innebär att inhemska alster inte ges ett särskilt företräde.

11. Jag anser liksom kommissionen att denna socialavgift som den tyska regeringen kallar för en avgift eller en avgift av skattenatur i praktiken utgör en arbetsgivaravgift till ett system för social trygghet även om några av dess egenskaper som den tyska regeringen närmare har beskrivit skiljer sig från arbetsgivaravgifter i egentlig mening. Denna domstol tycks tills vidare ha satt stopp för all polemik i detta avseende då den i två aktuella domar har fastställt att den omständigheten att en avgift enligt viss nationell lagstiftning skall betecknas som skatt inte innebär att samma avgift inte skulle kunna anses omfattas av tillämpningsområdet för förordning nr 1408/71 och således av regeln om att tillämpliga lagstiftningar inte får kumuleras.[4]

B — *Ett dubbelt uttag av avgifter som strider mot artiklarna 51, 52 och 59 i fördraget och mot avdelning II i förordning nr 1408/71*

12. Kommissionen har påpekat att den omtvistade lagstiftningen förpliktar Stutzer och andra publicister i hans situation att bidra till finansieringen av två system för social trygghet, även om ett av dessa system inte tillerkänner dessa upphovsmän någon rätt till förmåner. Stutzer skall betala avgifter i Belgien eftersom han är bosatt och arbetar som egenföretagare i denna stat, vars lagstiftning inte ålägger de arbetsgivare som saluför konstnärers och publicisters alster en motsvarande förpliktelse. Den ersättning som Stutzer erhåller då han publicerar ett alster i Tyskland från det företag som saluför hans alster ingår i beräkningsgrunden för avgiften, vilket medför att han och andra upphovsmän får betala avgifter även om detta sker indirekt. För övrigt är arbetsgivarnas avgiftsskyldighet inte förknippad med någon social förmån för Stutzer och andra publicister i hans situation. Kommissionen anser att detta strider mot ordalydelsen i och syftet med förordning nr 1408/71,

4 — Domar av den 15 februari 2000 i mål C-34/98, kommissionen mot Frankrike (REG 2000, s. I-995), punkt 34, och i mål C-169/98, kommissionen mot Frankrike (REG 2000, s. I-1049), punkt 32.

enligt vilken en arbetstagare i syfte att förhindra ett dubbelt uttag av avgifter i princip omfattas av lagstiftningen i en enda medlemsstat.

Kommissionen har hävdat att avgiftsskyldigheten i detta fall kan ha en negativ inverkan på den ersättning som arbetsgivare betalar ut till upphovsmän. De sistnämndas honorar skulle sänkas på den tyska marknaden och oberoende av om avgiftsskyldigheten ålåg arbetsgivaren eller upphovsmannen skulle det gränsöverskridande tillhandahållandet av tjänster bli lidande. Om det företag som saluför upphovsmannens alster i Tyskland inte var avgiftsskyldigt skulle det kunna betala ut beloppet till denne upphovsman och härvid hjälpa honom att finansiera sin sociala trygghet i Belgien.

Kommissionen har erinrat om att en nationell bestämmelse står i vägen för friheten att tillhandahålla tjänster inte endast om den direkt berör en tjänsteleverantör som är etablerad i en annan medlemsstat utan också om den kan avskräcka personer från att ta emot tjänsten. Avgiften skulle enligt kommissionen även om den tyske lagstiftaren hade valt att beräkna den på en annan grund strida mot gemenskapsrätten, eftersom den skulle fortsätta att indirekt belasta ersättningen för de upphovsmän som också utövar sin verksamhet i en annan medlemsstat än den där de är bosatta. Kommissionen har dragit den slutsatsen att den omtvistade lagstiftningen inte kan vara berättigad på grund av ett allmänt intresse i samband med skydd för arbetstagare.

13. Den tyska regeringen anser däremot att dess lagstiftning inte åsidosätter förordning nr 1408/71. Socialavgiften belastar nämligen varken direkt eller indirekt upphovsmän utan arbetsgivare, som inte kan vältra över den på de förstnämnda. Regeringen anser att socialavgifternas avskaffande inte heller skulle medföra en motsvarande höjning av företagens ersättning till upphovsmännen, medan konkurrensen skulle snedvridas till förfång både för de upphovsmän som arbetar och är bosatta i Tyskland och som omfattas av dess lagstiftning om social trygghet och för de företag som saluför deras alster. Den anser att det är osannolikt att de upphovsmän som är etablerade i en annan medlemsstat skulle gynnas om deras honorar inte skulle ingå i beräkningsgrunden för avgiften och påpekar att det är mera logiskt att anta att arbetsgivare inte skulle vältra över sin vinst på yrkesmännen.

Den tyska regeringen anser att socialavgiften inte heller strider mot artiklarna 52 och 59 i fördraget. De ersättningar som betalas ut till icke försäkringsanslutna upphovsmän av det företag som saluför deras alster ingår faktiskt i beräkningsgrunden för avgiften och detta är fallet oberoende av om den rättsliga grunden för att upphovsmännen i fråga inte är försäkringsanslutna står att finna i nationell rätt eller i gemenskapsrätt. Den har tillagt att den tyske lagstiftaren när denne beslutade hur systemet för social trygghet för konstnärer och publicister skulle finansieras också hade kunnat besluta att socialavgiften skulle beräknas med utgångspunkt i företagets vinst eller omsättning. Detta skulle inte heller ha berört upphovsmännens ekonomiska ställning. Regeringen anser att syste-

met är nödvändigt och berättigat för att förhindra att upphovsmän som är bosatta i Tyskland och som inte omfattas av en obligatorisk försäkring behandlas sämre än upphovsmän som är bosatta i andra medlemsstater [5], och att det inte ens indirekt hindrar dessa sistnämnda från att utöva sin etableringsrätt eller frihet att tillhandahålla tjänster.

14. Jag är inte helt övertygad av de argument som Förbundsrepubliken Tyskland har anfört till sitt försvar, men jag godtar inte heller den analys som kommissionen har gjort i detta mål av den omtvistade lagstiftningens konsekvenser för de egenföretagare som liksom Stutzer utövar sin rätt till fri rörlighet.

15. Genom artikel 51 i fördraget förpliktades rådet att inom ramen för social trygghet anta de åtgärder som är nödvändiga för att till förmån för migrerande arbetstagare garantera att alla de perioder som beaktats genom de olika nationella lagstiftningarna läggs ihop i syfte att förvärva och bibehålla rätten till sociala förmåner liksom för att beräkna det belopp som dessa förmåner uppgår till. Rådet ansåg att denna skyldighet var uppfylld vid antagandet av förordning nr 1408/71 som samordnar medlemsstaternas system för social trygghet. Senare utvidgades förordning nr 1408/71 till att omfatta även egenföretagare och deras familjer genom förordning nr 1390/81 [6], som trädde i kraft den 1 juli 1982.

16. Avdelning II i förordning nr 1408/71 innehåller ett fullständigt system av kollisionsregler som syftar till att avgöra vilken nationell lagstiftning som är tillämplig på personer som faller inom dess tillämpningsområde. Enligt den allmänna principen, som fastställs i artikel 13.1, omfattas arbetstagaren av lagstiftningen om social trygghet i endast en medlemsstat. Personer som vanligtvis utövar en verksamhet som egenföretagare inom två eller flera medlemsstater faller under artikel 14a.2, enligt vilken de omfattas av lagstiftningen i den stat där de är bosatta om de utövar någon del av sin verksamhet inom den staten.

Det enda undantaget från denna princip föreskrivs i 14c b, som är tillämplig på personer som samtidigt är anställda och egenföretagare i olika medlemsstater och som, då de befinner sig i en av de situ-

5 — Till stöd för sina argument har den citerat en dom från Bundesverfassungsgericht (den federala konstitutionsdomstolen) av den 8 april 1997 (BVerfGE 75, s. 108 och följande sidor) och en dom från Bundessozialgericht av den 20 juli 1994 (BSGE 75, s. 20 och följande sidor), där det fastställs att beräkningsgrunden för avgiften skall omfatta löner som betalats ut till konstnärer och publicister som är etablerade i utlandet.

6 — Rådets förordning (EEG) nr 1390/81 av den 12 maj 1981 om utvidgning av förordning (EEG) nr 1408/71 till att omfatta även egenföretagare och deras familjer (EGT L 143, s. 1; svensk specialutgåva, område 5, volym 2, s. 132).

ationer som avses i bilaga 7, skall omfattas av lagstiftningen i var och en av staterna. [7]

17. Parterna i detta förfarande är överens om att en publicist som Stutzer i enlighet med dessa gemenskapsrättsliga bestämmelser omfattas av den belgiska lagstiftningen om social trygghet. Emellertid är de inte av samma mening när det gäller att bedöma de verkningar som uppstår i hans situation till följd av den tyska lagstiftningen om social trygghet.

Som jag redan har påpekat har kommissionen hävdat att yrkesmannen när han ger ut ett alster i Tyskland skall betala avgifter även om detta endast sker indirekt till ett system för social trygghet som inte tillerkänner honom någon rätt till förmåner. Den tyska regeringen har däremot anfört att det enbart är det företag som saluför en upphovsmans alster som, när denne inte är bosatt i Tyskland, är skyldigt att finansiera det nationella systemet för social trygghet för konstnärer och publicister och att yrkesmannens ekonomiska rättigheter inte berörs på grund av att avgiften inte kan vältras över på honom.

7 — I mina förslag till avgörande inför domarna av den 30 januari 1997 i mål C-340/94, De Jaeck (REG 1997, s. I-461) och i mål C-221/95, Hervein och Hervillier (REG 1997, s. I-609), särskilt sidorna I-494 respektive I-634, besvarade jag som sig bör de nationella domstolarnas tolkningsfrågor och föreslog dessutom att domstolen skulle ogiltigförklara artikel 14c b och bilaga VII i förordning nr 1408/71, eftersom den föreskriver att en person som samtidigt är anställd och egenföretagare i olika medlemsstater skall omfattas av lagstiftningen i var och en av staterna.

18. Det är riktigt att migrerande arbetstagare med undantag för de fall som föreskrivs i artikel 14c i förordning nr 1408/71 omfattas av en enda medlemsstats lagstiftning om social trygghet och att domstolen i sin rättspraxis har motsatt sig att en arbetstagare eller en arbetsgivare som utövar sin rätt till fri rörlighet skall påföras ytterligare avgifter som inte heller medför någon social förmån.

19. När den gemenskapsrättsliga lagstiftningen om social trygghet för migrerande arbetstagare ingick i förordning nr 3 [8], fastslog domstolen redan i domen i målet Nonnenmacher [9], vad gällde frågan om huruvida den obligatoriska tillämpningen av lagstiftningen i den stat i vilken arbetstagaren förvärvsarbetar innebar att det var uteslutet att tillämpa lagstiftningen i någon annan medlemsstat, att artikel 12 i avdelning II i nämnda förordning utgjorde hinder för tillämpningen av lagstiftningen i en annan medlemsstat än den i vilken den berörde arbetade, i den utsträckning som den berörde var skyldig att bidra till finansieringen av en institution för social trygghet som inte kan bevilja honom en kompletterande förmån för samma risk och under samma period.

8 — Rådets förordning (EEG) nr 3 om social trygghet för migrerande arbetstagare (EGT 30, 1958, s. 561).

9 — Dom av den 9 juni 1964 i mål 92/63, Nonnenmacher (REG 1964, s. 557 och följande sidor, särskilt s. 574).

Även i domen i målet van der Vecht [10] fastslog domstolen att artikel 12 i förordning nr 3 syftar till att utgöra hinder för all kumulativ tillämpning av nationella lagstiftningar vilken i onödan skulle kunna höja såväl arbetstagarens som arbetsgivarens sociala avgifter och att artikel 12 förbjuder andra medlemsstater än anställningsstaten att tillämpa sin lagstiftning om social trygghet på arbetstagaren när denna tillämpning medför en höjning av de sociala avgifterna för arbetstagarna eller för arbetsgivarna utan motsvarande förbättring av det sociala skyddet.

I domen i målet Perenboom [11] fastställde domstolen på nytt att en arbetstagare i strid med artikel 13 i förordning nr 1408/71 utsätts för ett dubbelt uttag av avgifter när han för samma inkomst påförs flera sociala avgifter till följd av tillämpningen av flera nationella lagstiftningar, samtidigt som han endast kan vara försäkrad enligt en av dessa lagstiftningar. [12] I februari samma år bekräftade domstolen denna rättspraxis. [13]

20. Inom ramen för etableringsrätten har domstolen i domen i målet Kemmler [14] förklarat att artikel 52 i fördraget utgör hinder för att en medlemsstat ålägger de personer som redan bedriver självständig förvärvsverksamhet i en annan medlemsstat, där de har sitt hemvist och är anslutna till ett system för social trygghet, en skyldighet att betala avgift till systemet för social trygghet för egenföretagare, då denna skyldighet inte ger dem något kompletterande socialt skydd. I detta mål var det fråga om en tysk advokat som var bosatt och utövade sin verksamhet i Tyskland och som samtidigt innehade en bostad i Bryssel där han också utövade sitt yrke. I Belgien krävdes advokaten på betalning av de obetalda avgifter som förfallit till betalning. Den berörde vägrade att efterkomma dessa krav och anförde som skäl härför att han under den ifrågavarande perioden hade varit ansluten till det obligatoriska tyska systemet för social trygghet för egenföretagare.

21. I fråga om fri rörlighet för tjänster undersöks i domen i målet Seco [15] den situation där en arbetsgivare enligt lagstiftningen i den stat där han är etablerad måste betala avgifter för samma arbetstagare och för samma anställningsperioder och där han i den stat där tjänsten utförs dessutom måste betala andra avgifter, även om detta inte ger dessa arbetstagare rätt till några sociala förmåner. Domstolen har också förklarat att arbetsgivaren inte kan förpliktas att betala arbetsgivarens del av avgifterna till socialförsäkringen för arbetstagare som utstationeras i denna stat, även om en sådan förpliktelse syftar till att

10 — Dom av den 5 december 1967 i mål 19/67, van der Vecht (REG 1967, s. 445 och följande sidor, särskilt s. 457).

11 — Dom av den 5 maj 1977 i mål 102/76, Perenboom (REG 1977, s. 815), punkt 13.

12 — Se även dom av den 29 juni 1994 i mål C-60/93, Aldewereld (REG 1994, s. I-2991), punkt 26.

13 — Dom i mål C-34/98, kommissionen mot Frankrike, punkt 31 och i mål C-169/98, kommissionen mot Frankrike, punkt 29. Dessa domar har angivits i fotnot 4 ovan.

14 — Dom av den 15 februari 1996 i mål C-53/95, Kemmler (REG 1996, s. I-703), punkt 14.

15 — Dom av den 3 februari 1982 i de förenade målen 62/81 och 63/81, Seco (REG 1982, s. 223), punkt 15.

utjämna de ekonomiska fördelar som arbetsgivaren kan ha uppnått genom att inte iaktta bestämmelserna om minimilön i den stat där tjänsten utförs. [16]

Dessutom har domstolen i domen i målet Arblade m.fl. [17] fastställt att nationella bestämmelser som förpliktar en arbetsgivare att betala arbetsgivaravgifter till en fond i värdstaten, utöver de avgifter som han redan har betalat till en fond i den medlemsstat där han är etablerad, utgör en begränsning av friheten att tillhandahålla tjänster. En sådan skyldighet medför nämligen ytterligare utgifter och administrativa och ekonomiska bördor för företag etablerade i en annan medlemsstat, vilket medför att dessa inte befinner sig i samma konkurrensläge som arbetsgivare etablerade i värdstaten, vilket i sin tur kan avskräcka dem från att tillhandahålla tjänster i denna medlemsstat.

22. I alla ovannämnda mål har gemenskapsrätten åsidosatts till följd av att en anställd, egenföretagare eller arbetsgivare har utsatts för ett dubbelt uttag av avgifter på grund av att han har varit avgiftsskyldig i två stater och att en av dessa stater inte har tillerkänt arbetstagaren någon motsvarande rätt till förmåner.

23. I det mål som jag behandlar anser jag däremot inte att det är fråga om ett dubbelt uttag av avgifter.

24. Å ena sidan omfattas en yrkesman som Stutzer, som arbetar som egenföretagare och som utövar sin etableringsrätt eller frihet att tillhandahålla tjänster i enlighet med fördraget, endast av lagstiftningen om social trygghet i hemviststaten, i hans fall i Belgien. I kraft av artikel 14d i förordning nr 1408/71 skall han i denna stat anses utöva hela sin yrkesverksamhet inom dess territorium. Det är i hemviststaten som han skall betala avgifter, varvid hans avgiftsskyldighet förmodligen grundar sig på hela hans inkomst av yrkesutövning, eventuellt med tillämpning av maximiavgift och minimiavgift. I de övriga medlemsstaterna där han tillhandahåller tjänster kan han oberoende av var han är etablerad inte förpliktas att ansluta sig till ett system för social trygghet och hans inkomster kan inte påföras avgifter. Enligt vad parterna i målet vid den nationella domstolen har förklarat är de inkomster som har avtalats mellan den ovannämnde yrkesmannen och den arbetsgivare som publicerar hans alster i Tyskland inte föremål för några avdrag som syftar till att finansiera ett system för social trygghet i denna stat.

16 — I detta mål var de sökande företagen etablerade i Frankrike och hade för att utföra anläggning och underhåll av järnvägsnät flyttat till Luxemburg med sina arbetstagare som var medborgare i tredje land.

17 — Dom 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 50.

25. Å andra sidan, den enda som skall betala avgifter till det tyska systemet för social trygghet för konstnärer och publicister är den arbetsgivare som är etablerad i Tyskland, som saluför upphovsmannens alster och som inte får vältra över avgiften på honom.

26. Trots att det är fråga om en arbetsgivaravgift till ett system för social trygghet, som inte tillerkänner en egenföretagare som är bosatt i en annan medlemsstat rätt till någon förmån, åsidosätts enligt min uppfattning inte gemenskapsrätten på grund av att avgiftens beräkningsgrund omfattar den ersättning som betalats ut till yrkesmän som är bosatta i andra medlemsstater.

27. Som domstolen har fastslagit ankommer det nämligen på varje medlemsstat att i avsaknad av en harmonisering på gemenskapsnivå i sin lagstiftning fastställa villkoren för rätten eller skyldigheten att ansluta sig till dess system för social trygghet.[18] Som jag påpekade i mitt förslag till avgörande i målet Terhoeve[19] ankommer det i avsaknad av tillämpliga gemenskapsrättsliga bestämmelser också på lagstiftaren i varje medlemsstat att fastställa de moment som skall ingå i beräkningsgrunden för den avgift som skall betalas till det egna systemet för social trygghet.

I rättspraxis har det satts vissa gränser för medlemsstaternas utövande av denna behörighet, nämligen att de skall iaktta principen om likabehandling, så att de inte diskriminerar andra medlemsstaters medborgare i förhållande till sina egna medborgare och att de dessutom skall garantera att de nationella bestämmelserna om social trygghet inte utgör ett hinder för det faktiska utövandet av de friheter som säkerställs genom fördraget[20] och att en arbetstagare som har utnyttjat sin rätt till fri rörlighet inte missgynnas i förhållande till bofasta arbetstagare.[21]

28. Jag anser att varken arbetstagaren eller arbetsgivaren utsätts för ett dubbelt uttag av avgifter. Den tyska lagstiftningen åsidosätter inte principen om likabehandling eftersom den inte medför att arbetstagare som utövar sin etableringsrätt eller fria rörlighet behandlas på ett annat sätt än inhemska arbetstagare. Den kan inte hindra tjänsteleverantörer från att utöva dessa rättigheter eller avskräcka tjänsters motta-

18 — Domar av den 18 maj 1989 i mål 368/87, Hartmann Troiani (REG 1989, s. 1333), punkt 21, av den 21 februari 1991 i mål C-245/88, Daalmeijer (REG 1991, s. I-555), punkt 15, och av den 20 oktober 1993 i mål C-297/92, Baglieri (REG 1993, s. I-5211) punkt 13. Se även domar av den 7 februari 1984 i mål 238/82, Duphar m.fl. (REG 1984, s. 523), punkt 16, och av den 17 juni 1997 i mål C-70/95, Sodemare m.fl. (REG 1997, s. I-3395), punkt 27.

19 — Dom av den 26 januari 1999 i mål C-18/95, Terhoeve (REG 1999, s. I-345 och följande sidor, särskilt s. I-370).

20 — Dom av den 28 april 1998 i mål C-120/95, Decker (REG 1998, s. 1831), punkterna 22 och 23, och i mål C-158/96, Kohll (REG 1998, s. I-1931), punkterna 18 och 19, och Terhoeve, (ovan fotnot 19), punkt 34.

21 — Dom av den 15 juni 2000 i mål C-302/98, Sehrer (REG 2000, s. I-4585), punkt 34.

gare från att anlita en yrkesman som är etablerad i en annan medlemsstat.

Kommissionen har med rätta påpekat att Förbundsrepubliken Tyskland kan införa en mindre fördelaktig behandling av de upphovsmän som omfattas av dess lagstiftning och som inte är förpliktade att ansluta sig till systemet för social trygghet för konstnärer och publicister. Den omtvistade lagstiftningen står som jag redan har påpekat emellertid inte i vägen för etableringsrätten eller för friheten att tillhandahålla tjänster, vilket medför att det gemenskapsrättsliga systemet inte kan kräva att yrkesmän som är etablerade i andra medlemsstater och som publicerar alster i Tyskland skall särbehandlas.

29. Jag vill tillägga att de grunder som kommissionen har anfört inom ramen för denna tvist är för osannolika och hypotetiska för att kunna medföra att en medlemsstat döms för fördragsbrott. I alla händelser vill jag betona att det i detta förfarande inte har styrkts att Stutzer och andra yrkesmän i samma situation som han erhåller en lägre ersättning på grund av att de arbetsgivare som saluför deras alster i Tyskland skall inbegripa de belopp som de har betalat ut till yrkesmannen under kalenderåret i beräkningsgrunden för sin avgift till systemet för social trygghet. Kommissionen har inte heller lyckats styrka att yrkesmannen gynnas på ett direkt sätt i det fall då dessa belopp kan undantas från skatteunderlaget.

30. I enlighet med domstolens rättspraxis åligger det kommissionen att inom ramen för ett förfarande för fördragsbrott som har väckts enligt artikel 169 i fördraget bevisa att det påstådda fördragsbrottet föreligger. Det är kommissionen som utan att få stödja sig på någon presumtion skall förse domstolen med de uppgifter som den behöver för att kunna kontrollera om fördragsbrott föreligger. [22] Eftersom kommissionen inte har lyckats bevisa att det påstådda fördragsbrottet föreligger skall dess talan ogillas.

V — Rättegångskostnader

31. Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Den tyska regeringen har yrkat att kommissionen skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom kommissionen har tappat målet föreslår jag att domstolen skall förplikta den att ersätta rättegångskostnaderna.

22 — Domar av den 25 maj 1982 i mål C-96/81, kommissionen mot Nederländerna (REG 1982, s. 1791), punkt 6, och av den 12 september 2000 i mål C-408/97, kommissionen mot Nederländerna (REG 2000, s. I-6417), punkt 15.

VI — Förslag till avgörande

32. På grund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen skall fastställa följande:

1) Talan skall ogillas.

2) Kommissionen skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.