# JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

M. POIARES MADURO

18 päivänä syyskuuta 2008 [1]

1. Esillä oleva asia koskee työntekijöiden vapaata liikkuvuutta koskevia poikkeuksia, jotka on hyväksytty siirtymäkauden ajan Euroopan unioniin vuonna 2004 liittyneiden jäsenvaltioiden osalta (jäljempänä ”uudet” jäsenvaltiot), ja sitä, kuinka laajasti ne voivat vaikuttaa sijoittautumisvapauteen, josta tällaisia poikkeuksia ei hyväksytä.

3. Komissio katsoo, että soveltaessaan tätä lainsäädäntöä ”uusien” jäsenvaltioiden osakkaisiin Itävalta on puuttunut sijoittautumisvapauteen. Kysymys on näin ollen siitä, kuinka pitkälle jäsenvaltiot voivat mennä turvatakseen niille sallitut poikkeukset työntekijöiden vapaasta liikkuvuudesta.

## I Tosiseikat ja asiaa koskevat oikeussäännöt

2. Itävalta on siirtymäkautta hyödyntäen soveltanut edelleen ”uusien” jäsenvaltioiden lähes kaikkiin työntekijöihin samaa lainsäädäntöä kuin kolmansien valtioiden työntekijöihin. Lain kiertämisen estämiseksi kaikkien henkilöyhtiöiden yhtiömiesten ja rajavastuuyhtiöiden osakkaiden, joiden omistusosuus on alle 25 prosenttia (jäljempänä vähemmistöosakkaat), oletetaan olevan työntekijöitä. Jollei tätä olettamaa osoiteta vääräksi, he eivät voi harjoittaa toimintaansa tai rekisteröidä henkilö- tai rajavastuuyhtiöitään Itävallassa.

4. Kuten tiedetään, Tšekin tasavalta, Viro, Kypros, Latvia, Liettua, Unkari, Malta, Puola, Slovenia ja Slovakia liittyivät Euroopan unioniin 1.5.2004.

5. Liittymisasiakirjan 24 artiklassa hyväksytään useissa liitteissä täsmennettyjä siirtymätoimenpiteitä, jotka sisältävät poikkeuksia

1 – Alkuperäinen kieli: englanti.

työntekijöiden vapaaseen liikkuvuuteen. Viiden vuoden ajan liittymispäivästä lukien ”vanhat” jäsenvaltiot voivat jatkaa sellaisten kansallisten toimenpiteiden soveltamista, jotka koskevat ”uusien” jäsenvaltioiden työntekijöiden pääsyä niiden työmarkkinoille. [2] Monet ”vanhat” jäsenvaltiot, kuten Itävalta, ovat käyttäneet tätä siirtymäkautta hyväkseen. [3]

6. Ausländerbeschäftigungsgesetz (Itävallan laki ulkomaalaisten työskentelystä, jäljempänä AuslBG) koskee pääsyä Itävallan työmarkkinoille. [4] Se on tarkoitettu kolmansien valtioiden työntekijöille, eikä sitä lähtökohtaisesti sovelleta yhteisön työntekijöihin. Siirtymäkauden säännöksen perusteella sitä kuitenkin sovelletaan Kyprosta ja Maltaa lukuun ottamatta ”uusien” jäsenvaltioiden työntekijöihin. [5]

7. AuslBG:ssä määritellään ”työskentely”, jotta sen perusteella voidaan määritellä, kuka voi olla työntekijä ja kuulua siten sen soveltamisalaan. Siinä todetaan aluksi melko yleisluonteisesti, että työskentely on toimimista ”työsuhteessa” tai ”työsuhteen kaltaisessa suhteessa”. [6] Lisäksi siinä tuodaan esille, että tällaisia suhteita arvioitaessa ”on kiinnitettävä huomiota tosiseikkojen todelliseen taloudelliseen sisältöön eikä siihen, miten nämä tosiseikat ilmenevät”. [7]

8. Kysymyksen oletetaan olevan työskentelystä erityisessä tilanteessa: henkilöyhtiön yhtiömiehet ja rajavastuuyhtiön vähemmistöosakkaat luokitellaan työntekijöiksi, jos he suorittavat tehtäviä tässä henkilö- tai rajavastuuyhtiössä. AuslBG:n 2 §:n 4 momentissa säädetään seuraavaa:

”– –Työskentelyä [sellaisena kuin se määritelty edellä] on erityisesti:

1. kun henkilöyhtiön yhtiömies henkilöyhtiön tarkoituksen mukaisesti tai

2 – Tšekin tasavallan, Viron tasavallan, Kyproksen tasavallan, Latvian tasavallan, Liettuan tasavallan, Unkarin tasavallan, Maltan tasavallan, Puolan tasavallan, Slovenian tasavallan ja Slovakian tasavallan liittymisehdoista ja niiden sopimusten mukautuksista, joihin Euroopan unioni perustuu (EUVL 2003, L 236, s. 33; jäljempänä liittymisasiakirja), tehdyn asiakirjan 24 artikla, jossa viitataan liittymisasiakirjan liitteissä V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII ja XIV (yksi kutakin ”uutta” jäsenvaltiota kohti) olevaan 2 kohtaan.

3 – Itävallan ohella seuraavat jäsenvaltiot eivät ole vielä täysin avanneet työmarkkinoitaan: Belgia, Tanska, Ranska ja Saksa.

4 – BGBl. nro 218/1975, viimeksi muutettu BGBl. I:llä nro 101/2005.

5 – AuslBG:n 1 §:n 2 momentin l ja m kohta: ”uusien” jäsenvaltioiden ei tästä lähin katsota sisältävän Kyprosta ja Maltaa.

6 – AuslBG:n 2 §:n 2 momentin a ja b kohta.

7 – AuslBG 2 §:n 4 momentti.

2. rajavastuuyhtiön osakas, jonka omistusosuus on alle 25 prosenttia,

suorittaa tässä henkilö- tai rajavastuuyhtiössä työsuhteelle ominaisia tehtäviä.”

9. Tämän olettaman tarkoituksena on Itävallan mukaan estää käytäntö, jossa AuslBG:tä kierretään perustamalla henkilö- tai rajavastuuyhtiöitä. Esimerkkinä Itävalta mainitsee, että ”monet rajavastuuyhtiöt ovat useiden sellaisten osakkaiden perustamia, jotka tehtäviään suorittaessaan todellisuudessa toimivat työntekijöinä, sillä näitä tehtäviään suorittaessaan he ovat yhtiöjärjestyksen mukaisesti merkittävää valtaa yhtiössä käyttävän yhden – yleensä itävaltaisen – osakkaan määräysvallan alaisia”.

10. Tämän työskentelyä koskevan olettaman kumoamiseksi osakkaan on tehtävä alueelliselle työvoimaviranomaiselle (Arbeitsmarktservice) hakemus, jotta tämä toteaisi osakkaan ”käyttävän henkilökohtaisesti merkittävää valtaa” henkilö- tai rajavastuuyhtiön johtamisessa, mistä todistustaakka kuuluu osakkaalle. [8]

11. Jos työvoimaviranomainen ei tee päätöstä kolmen kuukauden kuluessa, osakas voi harjoittaa toimintaansa. [9] Osakkaan oletetaan voivan harjoittaa toimintaansa myös siinä tapauksessa, että hakemus hyväksytään aikaisemmin.

12. Hakemuksen hylkääminen sitä vastoin estää osakasta harjoittamasta toimintaansa, kunnes hänelle annetaan lupa tulla Itävallan työmarkkinoille työntekijänä AuslBG:n yleisten edellytysten mukaisesti. Hakemuksen hylkääminen jopa määräajan jälkeen edellyttää, että osakas lopettaa toimintansa viikon kuluessa. [10]

13. Komissio väittää, että työskentelyä koskeva olettama mutkistaa entisestään henkilö- ja rajavastuuyhtiöiden rekisteröintiä Itävallassa, eikä Itävalta ole kiistänyt tätä.

14. Kun ”uuden” jäsenvaltion kansalainen haluaa rekisteröidä henkilö- tai rajavastuuyhtiön, Itävallan viranomaiset pyytävät joko edellä mainittua selvitystä työvoimaviranomaisilta tai todistusta vapautuksesta tähän velvollisuuteen. Tällaisen vapautuksen saadakseen kansalaisen on täytynyt työsken-

8 – Ks. edellä alaviite 7.

9 – Ks. edellä alaviite 7.

10 – Ks. edellä alaviite 7.

nellä laillisesti Itävallassa vähintään viiden vuoden ajan viimeisten kahdeksan vuoden kuluessa ja asua siellä laillisesti – mitkä edellytykset harvoin täyttyvät. [11]

15. Istunnossa tuli kuitenkin esille, että rekisteröinnistä vastaavilla Itävallan viranomaisilla on jonkin verran harkintavaltaa AuslBG:tä soveltaessaan. Ne eivät näytä aina vaativan edellä mainittuja asiakirjoja vaan keskittyvät tietyille aloille, kuten erityisesti rakennusalalle. Tämän seurauksena työmarkkinaviranomaisten selvityksiä itsenäisen ammatinharjoittajan asemasta näyttää olevan lukumääräisesti vähän. [12]

## II Oikeudenkäyntiä edeltänyt menettely

16. Komissio ilmoitti 16.3.2005 päivätyllä kirjeellään Itävallalle katsovansa, että henkilöyhtiöiden yhtiömiesten ja rajavastuuyhtiöiden vähemmistöosakkaiden luokittelu työntekijöiksi AuslBG:n mukaisesti johtaa EY 43 artiklassa tarkoitetun sijoittautumisvapauden rajoittamiseen. Se kehotti Itävaltaa esittämään huomautuksensa kahden kuukauden kuluessa.

17. Itävalta vastasi 19.5.2005 ja katsoi, ettei sijoittautumisvapautta ollut rajoitettu. Luokittelulla työntekijöiksi oli tarkoitus estää AuslBG:n kiertäminen. Tämä oli kansallinen toimenpide, joka oli sallittu työntekijöiden vapaata liikkuvuutta koskevan siirtymäkauden poikkeuksen mukaisesti. Näin ollen se oli perusteltu ja oikeasuhteinen.

18. Komissio lähetti 4.7.2006 perustellun lausunnon, jossa se ilmoitti vastustavansa Itävallan esittämiä perusteluja. Se antoi Itävallalle kahden kuukauden määräajan, jonka kuluessa tämän jäsenvaltion piti toteuttaa tarvittavat toimenpiteet lopettaakseen sijoittautumisvapauden rajoittamisen väitetyllä tavalla.

19. Itävalta pysyi 7.9.2006 päivätyssä vastauksessaan kannassaan, jonka mukaan rajoitus koski työntekijöiden vapaata liikkuvuutta ja oli perusteltu työmarkkinoiden asianmukaisen toiminnan turvaamiseksi.

11 – AuslBG:n 15 §.

12 – Istunnossa Itävalta totesi, että yhden vuoden kuluessa oli tehty 150 hyväksyvää selvitystä. Tätä lukua on verrattava siihen, että AuslBG:n nojalla annettiin 100 000 lupaa tulla Itävallan työmarkkinoille. Asiassa ei ole esitetty lukuja kielteisistä selvityksistä ja osakkaista, jotka eivät ole aloittaneet selvitysmenettelyä sen jälkeen, kun heidän on katsottu olevan työsuhteessa.

20. Komissio nosti tämän jälkeen esillä olevan kanteen EY 226 artiklan nojalla. Liettua toimitti väliintulohakemuksen, jossa se pyysi saada osallistua oikeudenkäyntiin tukeakseen komission vaatimuksia.

21. Komissio pyytää yhteisöjen tuomioistuinta toteamaan, että ”Itävallan tasavalta on rikkonut EY 43 artiklaa edellyttäessään, että uusien EU:n jäsenvaltioiden – Maltaa ja Kyprosta lukuun ottamatta – kansalaisten pyytäessä yhtiöiden rekisteröimistä – – näiden on esitettävä työvoimaviranomaisen selvitys itsenäisen ammatinharjoittajan asemastaan tai todistus vapautuksesta tähän velvollisuuteen, ja johon liittyy se, että [heidän] on itsenäisen ammatinharjoittajan aseman selvittämiseksi osallistuttava selvitysmenettelyyn, – –jonka aikana ei voida harjoittaa itsenäistä ammattia”.

## III Asian arviointi

22. Useat seikat Itävallan järjestelmässä antavat aihetta tarkastella niitä yhteisön oikeuden kannalta: a) se kohdistuu ”uusien” jäsenvaltioiden kansalaisiin, b) estää heitä rekisteröimästä henkilö- tai rajavastuuyhtiöitään, c) kieltää heitä harjoittamasta toimintaansa, d) työntekijöiksi luokittelun seurauksena, e) mitä oletetaan, ja olettaman kumoaminen edellyttää työvoimaviranomaisten selvitysmenettelyä. Nämä seikat merkitsevät sijoittautumisoikeuden rajoituksia, jotka sitä paitsi kohdistuvat ainoastaan joihinkin yhteisön kansalaisiin.

23. Syrjivästä luonteestaan huolimatta nämä rajoitukset voivat olla perusteltuja sen vuoksi, että ne ovat välttämättömiä siirtymäkauden ajan sallittujen, ”uusien” jäsenvaltioiden työntekijöiden vapaata liikkuvuutta koskevien rajoitusten tehokkuuden turvaamiseksi. Kysymys on näin ollen siitä, missä kulkee raja työntekijöiden vapaan liikkuvuuden rajoitusten, jotka tässä tapauksessa on hyväksyttävä, ja perustamissopimussopimuksessa taatun sijoittautumisvapauden, joka on turvattava, välillä.

24. Komissio keskittyy tarkastelussaan Itävallan viranomaisten ”uusien” jäsenvaltioiden kansalaisille asettamiin edellytyksiin henkilö- tai rajavastuuyhtiön rekisteröinnille. Nämä rekisteröintiedellytykset varmasti rajoittavat sijoittautumisvapautta. [13] Ne liit-

13 – Ks. asia C-212/97, Centros, tuomio 9.3.1999 (Kok. 1999, s. I-1459, 19 kohta)

tyvät kuitenkin erottamattomasti toiseen rajoitukseen, joka koskee osakkaille asetettua kieltoa harjoittaa toimintaa.

25. Itävallan lain mukaan ”uusien” jäsenvaltioiden henkilöyhtiöiden yhtiömiehet ja rajavastuuyhtiöiden vähemmistöosakkaat eivät saa harjoittaa toimintaansa ennen kuin Itävallan työvoimaviranomaiset selvittävät, että he eivät ole työsuhteessa, tai he saavat todistuksen tätä koskevasta vapautuksesta. Rekisteröintiedellytyksistä riippumatta tämä kielto rajoittaa osakkaan sijoittautumisvapautta. [14]

26. Näiden rajoittavien toimenpiteiden taustalla on Itävallan lakiin perustuva olettama siitä, että tällaisia osakkaita on pidettävä työntekijöinä. Tämä luokittelu on syynä siihen, miksi he eivät voi harjoittaa toimintaansa ja rekisteröidä henkilö- ja rajavastuuyhtiöitään ja miksi heidän on näin tehdäkseen näytettävä työvoimaviranomaisille, että he ”käyttävät henkilökohtaisesti merkittävää valtaa” henkilö- tai rajavastuuyhtiön johtamisessa. Työskentelyä koskeva olettama ja edellytykset, joilla tämä olettama voidaan kumota, ovat keskeisessä asemassa tarkasteltaessa sijoittautumisoikeutta koskevia rajoituksia.

14 – Ks. asia C-55/94, Gebhard, tuomio 30.11.1995 (Kok. 1995, s. I-4165, 23 kohta), ”sijoittautumisoikeuteen – –kuuluu – – oikeus ryhtyä harjoittamaan ja harjoittaa jokaisen muun jäsenvaltion alueella kaikenlaista itsenäistä ammattia”.

27. Itävalta väittää, että nämä rajoitukset ovat välttämättömiä sen työmarkkinoille pääsyä koskevan valvonnan kannalta. Liittymisasiakirjan perusteella Itävalta voi pitää siirtymäkauden ajan voimassa kansalliset toimenpiteet, joilla säännellään tätä työmarkkinoille pääsyä. Tämä antaa aihetta ensimmäiseen kysymykseen, jota käsittelen jäljempänä luvussa A: voidaanko ”uusien” jäsenvaltioiden osakkaille asetettua kieltoa harjoittaa toimintaa, kunnes he osoittavat työskentelyä koskevan olettaman vääräksi, pitää perusteltuna, kun tämä olettama estää heitä rekisteröimästä henkilö- ja rajavastuuyhtiöitään?

28. Tämä kysymys liittyy kuitenkin epätavanomaiseen tilanteeseen. Henkilöitä, joilla on perustamissopimuksen mukainen sijoittautumisvapaus, voidaan Itävallan lain perusteella pitää työntekijöinä. Tämä johtaa väistämättä toiseen kysymykseen, jota käsittelen jäljempänä luvussa B: Onko tämä työntekijöiksi luokittelu yhteisön oikeuden perusteella lainmukaista?

29. Tällaisella kysymyksellä, joka liittyy työntekijöiden vapaan liikkuvuuden ja sijoittautumisvapauden väliseen rajanvetoon, on liittymisasiakirjaa ja sen siirtymätoimenpiteitä laajempi ulottuvuus.

A *Voidaanko ”uusien” jäsenvaltioiden osakkaille asetettua kieltoa harjoittaa toimintaa, kunnes he osoittavat työskentelyä koskevan olettaman vääräksi, pitää perusteltuna, kun tämä olettama estää heitä rekisteröimästä henkilö- ja rajavastuuyhtiöitään*

30. Itävallan järjestelmässä ”uusien” jäsenvaltioiden osakkaat eivät voi vapaasti harjoittaa toimintaa tai rekisteröidä henkilö- tai rajavastuuyhtiöitään. Kun otetaan huomioon siihen oikeuttavaa vapautusta koskevan todistuksen saamiselle asetetut tiukat edellytykset, heidän on tässä tarkoituksessa osoitettava työvoimaviranomaisille, että he eivät ole työsuhteessa. Tällainen järjestelmä on avoimesti syrjivä, ja sitä voidaan näin ollen pitää perusteltuna ainoastaan perustamissopimuksen määräysten nojalla.

31. Komissio väittää, että koska toimenpiteillä rajoitetaan sijoittautumisvapautta, asian kannalta merkityksellinen perustamissopimuksen määräys on EY 46 artikla, eikä yksikään tässä määräyksessä esitetyistä oikeuttamisperusteista tule kysymykseen. Itävalta väittää, että toimenpiteitä voidaan pitää perusteltuina työntekijöiden vapaalle liikkuvuudelle liittymisasiakirjassa vahvistetun poikkeuksen vuoksi.

32. Liittymisasiakirjassa annetaan Itävallan kaltaisille ”vanhoille” jäsenvaltioille oikeus pitää voimassa kansalliset toimenpiteet, jotka koskevat ”uusien” jäsenvaltioiden työntekijöiden pääsyä niiden työmarkkinoille. Tämä rajoitus on selvästi poikkeuksellinen, ja sitä on tulkittava suppeasti. Sitä ei voida käyttää muun taloudellisen toiminnan harjoittamisen kuin työmarkkinoille pääsyn sääntelyyn. Kun kysymys on työmarkkinoista, sitä on kuitenkin sovellettava tehokkaasti.

33. On kuitenkin pidettävä mielessä, että tällainen rajoitus estää ”uusien” jäsenvaltioiden kansalaisia käyttämästä perusvapautta ja siten saamasta yhteisön kansalaisten täysimääräistä asemaa. On oltava erityisen tarkkana, ettei poikkeuksen anneta laajeta muihin perusvapauksiin. ”Uusien” jäsenvaltioiden kansalaisten osalta sallittujen poikkeusten käyttämiseen perusteena lisärajoituksille, jotka kohdistuvat etenkin muihin perusvapauksiin ja jotka eivät koske muita yhteisön kansalaisia, on suhtauduttava mitä suurimmalla varauksella.

34. Jos ”uusien” jäsenvaltioiden osakkaat harjoittavat toimintaansa Itävallan työmarkkinoilla työntekijöinä muiden työntekijöiden kanssa kilpaillen, Itävallalla on perustamissopimuksen mukainen oikeus kieltää tämä toiminta liittymisasiakirjan nojalla.

35. Tällöin oletetaan, että heidän luokittelunsa Itävallan laissa työntekijöiksi on asianmukaista ja laillista yhteisön oikeuden perusteella. Käsittelen tätä kysymystä luvussa B. Kuten selitän siinä, on niin että jos ”uusien” jäsenvaltioiden osakkaat todella ovat työntekijöitä, he eivät voi käyttää sijoittautumisvapautta toimintansa harjoittamiseen. On sanomattakin selvää, että tällaisessa tilanteessa kysymys ei ole siitä, onko tämän toiminnan kieltäminen perusteltua – sijoittautumisvapauteen ei voida vedota.

36. Toisaalta, jos ”uusien” jäsenvaltioiden osakkaat eivät ole työntekijöitä eikä Itävallan luokittelu ole asianmukainen, sijoittautumisvapauteen voidaan vedota. Oikeuttamisperuste on tarpeen, jotta osakkailta voidaan kieltää toiminnan harjoittaminen, mutta Itävalta ei voi enää vedota liittymisasiakirjassa sallittuun työmarkkinoidensa sääntelyyn, sillä osakkaat eivät ole työntekijöitä. [15]

37. Kun osakkaiden on harjoitettava toimintaa joko työntekijöinä tai sijoittautumisvapauden nojalla, sama ei päde heidän yhtiöidensä tai yritystensä rekisteröintiin. Koska rekisteröinti on yksi vaihe perustettaessa yritys toisessa jäsenvaltiossa, se kuuluu aina sijoittautumisvapauteen. [16]

38. Henkilö- tai rajavastuuyhtiön rekisteröinnin estäminen merkitsee sellaisenaan sijoittautumisvapauden rajoitusta ja on perusteltava. Tällainen estäminen on kuitenkin myös seurausta Itävallan lakiin perustuvasta oletamasta, jonka mukaan rekisteröinnistä huolehtiva osakas on työntekijä. Voidaanko sitä pitää perusteltuna liittymisasiakirjaan sisältyvän työntekijöiden vapaata liikkuvuutta koskevan poikkeuksen vuoksi?

39. Kun liittymisasiakirjassa annetaan Itävallalle oikeus jatkaa sen työmarkkinoille pääsyn sääntelyä, siinä pitäisi antaa sille myös lupa toteuttaa tarvittavat mekanismit tämän sääntelyn täytäntöön panemiseksi. Jos ”uusien” jäsenvaltioiden osakkaat todella ovat työntekijöitä, heiltä evätään oikeudelliset keinot toiminnan harjoittamiseen estämällä heidän

15 – En ymmärrä, miten mihinkään muuhun oikeuttamisperusteeseen voitaisiin vedota. Itävalta on väittänyt myös suojelevansa ”uusien” jäsenvaltioiden kansalaisia siltä, että heihin ei sovellettaisi kansallisen työlainsäädännön mukaista edullisempaa järjestelmää sen seurauksena, että he pyrkivät sen työmarkkinoille perustamalla henkilö- tai rajavastuuyhtiöitä. Vaikka toiminnan harjoittamisen kieltäminen olisi asianmukainen suojelukeino, mikä on kyseenalaista, ei ole selvää, miksi ainoastaan ”uusien” jäsenvaltioiden kansalaiset ovat sen kohteena tai – positiivisemmin ilmaistuna – tarvitsevat tällaista lisäsuojelua (ks. työntekijöiden suojelun tarpeesta yleensä julkisasiamies Léger'n ratkaisuehdotus asiassa C-168/04, komissio v. Itävalta, tuomio 21.9.2006 (Kok. 2006, s. I-9041, ratkaisuehdotuksen 62 kohta). Tämä väite perustuu sitä paitsi jälleen olettamaan, että he todella ovat työntekijöitä.

16 – Ks. alaviite 13.

henkilö- ja rajavastuuyhtiöidensä rekisteröinti. Tämä täytäntöönpanomekanismi toimii kuitenkin suhteettomalla, epätarkoituksenmukaisella ja jopa mielivaltaisella tavalla.

40. Rekisteröinnin estäminen on suhteetonta, koska sillä estetään oikeushenkilön perustaminen riippumatta siitä, onko asiassa esitetty perusteltuja väitteitä Itävallan lain kiertämisestä. Siinä yksinkertaisesti oletetaan, että kaikki henkilö- tai rajavastuuyhtiöt, joissa on ”uusien” jäsenvaltioiden osakkaita, liittyvät tällaiseen järjestelyyn. Lisäksi Itävallan viranomaiset näyttävät voivan arvioida jälkikäteen, harjoittaako joku tiettyä toimintaa työntekijänä. [17] Itse asiassa tämä arviointi on helpompaa ja suoritettavissa tarkemmin, kun toiminta on alkanut.

41. Toimenpide vaikuttaa myös epätarkoituksenmukaiselta, koska osakkaan asema voi muuttua sen jälkeen, kun osakas on voinut aloittaa toiminnan rekisteröinnin seurauksena. [18] Itävallan viranomaiset näyttävät soveltavan lainsäädäntöä harkintavaltansa mukaisesti lähinnä rakennusalan kaltaisilla aloilla – oletettavasti poliittisista ja taloudellisista syistä, jotka eivät kuitenkaan täytä oikeusvarmuutta, avoimuutta ja ennakoitavuutta koskevia edellytyksiä. [19]

42. Se, että osakkaita estetään rekisteröimästä henkilö- tai rajavastuuyhtiöitään sillä perusteella, että heidän oletetaan olevan työsuhteessa, on lyhyesti todettuna aina perusteeton rajoitus sijoittautumisvapaudelle. Toisaalta se, että osakkaita kielletään harjoittamasta toimintaa, voi joko jäädä sijoittautumisvapauden soveltamisalan ulkopuolelle tai merkitä perusteetonta rajoitusta tälle vapaudelle sen mukaan, luokitellaanko työntekijät asianmukaisesti työntekijöiksi vai ei. Käsittelen seuraavaksi tätä kysymystä.

B *Onko ”uusien” jäsenvaltioiden osakkaiden työntekijöiksi luokittelu lainmukaista*

43. Esillä olevassa asiassa ”uusien” jäsenvaltioiden osakkaita kielletään harjoittamasta toimintaansa Itävallassa sen vuoksi, että heitä pidetään työntekijöinä. Tämä merkitsee

17 – Ks. asia C-465/05, komissio v. Italia, tuomio 13.12.2007 (Kok. 2007, s. I-11091, 76 kohta).

18 – Esim. rajavastuuyhtiöiden osakkaat, joiden omistusosuus on yli 25 prosenttia ja joita ei pidetä työntekijöinä, voivat myöhemmin myydä osan omistusosuudestaan.

19 – Ks. asia C-177/04, komissio v. Ranska, tuomio 4.7.2006 (Kok. 2006, s. I-2461, 70 kohta) ja asia C-393/06, Ing. Aigner, tuomio 10.4.2008 (Kok. 2008, s. I-2339, 54 kohta).

joko sallittua poikkeusta työntekijöiden vapaasta liikkuvuudesta tai perusteetonta sijoittautumisvapauden rajoitusta.

44. Tällaisessa tilanteessa kysymystä siitä, kuka on työntekijä, ei ole enää ratkaistava Itävallan lainsäädännön perusteella, vaan sitä on tarkasteltava yhteisön oikeuden kannalta. Siihen voidaan vastata ainoastaan yhteisössä voimassa olevan työntekijän määritelmän perusteella, sellaisena kuin yhteisöjen tuomioistuin on sen kehittänyt tulkitessaan työntekijöiden vapaata liikkuvuutta koskevia säännöksiä.

45. Koska tässä on kysymys rajanvedosta työntekijöiden vapaan liikkuvuuden ja sijoittautumisvapauden välillä, tällaisessa arvioinnissa on erityisesti tarkasteltava alisteisuuden käsitettä. Yhteisön kansalaiset, jotka haluavat harjoittaa toimintaa toisessa jäsenvaltiossa, voivat tehdä niin joko työntekijöinä työntekijöiden vapaata liikkuvuutta käyttäen tai itsenäisinä ammatinharjoittajina sijoittautumisvapauden perusteella. [20] Itsenäisenä ammatinharjoittajana toimiminen edellyttää työskentelyä muutoin kuin alisteisuussuhteessa ja vastuun kantamista toiminnasta. [21] Toisaalta, jos he työskentelevät alisteisuussuhteessa, heitä pidetään työntekijöinä. [22]

46. Tämä erottelu on syytä pitää voimassa kansallisen lainsäädännön mukaisesti, kun sallittua rajoitusta sovelletaan työntekijöiden vapaaseen liikkuvuuteen. Jos sovellettava työntekijän kansallinen määritelmä osoittautuu liian laajaksi ja käsittää sijoittautumisvapautta käyttävät, se johtaa perusteettomaan rajoitukseen. Kysymys on näin ollen siitä, miten pitkälle Itävallan lainsäädännössä pidetään tämä erottelu voimassa.

47. Esillä olevan asian kannalta Itävallan lainsäädäntöön perustuva luokittelu työntekijöiksi ei riipu alisteisuutta koskevasta edellytyksestä. Kun ”uusien” jäsenvaltioiden kansalaiset ovat henkilöyhtiön yhtiömiehiä tai rajavastuuyhtiön vähemmistöosakkaita, heidän oletetaan olevan työntekijöitä, jos he suorittavat tässä henkilö- tai rajavastuuyhtiössä ”työsuhteelle ominaisia tehtäviä”.

20 – Kuten edellä on todettu, on niin että jos he haluavat perustaa yrityksen, he voivat aina käyttää sijoittautumisvapautta, mutta koska henkilö- ja rajavastuuyhtiöiden rekisteröintiä koskeva rajoitus ei ole perusteltu, tätä tilannetta ei ole tarpeen analysoida tässä yhteydessä.

21 – Ks. asia C-268/99, Jany, tuomio 20.11.2001 (Kok. 2001, s. I-8615, 34, 70 ja 71 kohta) ja asia C-337/97, Meeusen, tuomio 8.6.1999 (Kok. 1999, s. I-3289, 15 kohta).

22 – Asia C-107/94, Asscher, tuomio 27.6.1996 (Kok. 1996, s. I-3089, 25 kohta) ja asia 66/85, Lawrie-Blum, tuomio 3.7.1986 (Kok. 1986, s. 2121, Kok. Ep. VIII, s. 687, 17 kohta).

48. Tämän Itävallan lainsäädäntöön sisältyvän edellytyksen soveltamisala on käytännöllisesti katsoen rajaton. Toimintaa, jota voidaan harjoittaa työsuhteessa, voidaan lähtökohtaisesti harjoittaa myös itsenäisenä ammatinharjoittajana. Edellytys näyttää siten viittaavan Itävallan yhteiskuntarakenteeseen ja siellä vallitseviin perinteisiin toiminnan harjoittamisesta työsuhteessa tai itsenäisenä ammatinharjoittajana. Ei ihme, että Itävallan viranomaisilla näyttää olevan laaja harkintavalta tätä säännöstä soveltaessaan.

49. Näin ollen ”uusien” jäsenvaltioiden osakkaita, jotka harjoittavat toimintaa, joka on Itävallassa ominaista työntekijöille, pidetään Itävallan lainsäädännön mukaan työntekijöinä riippumatta siitä, harjoitetaanko tätä toimintaa alisteisuussuhteessa. Tämä luokittelu käsittää selvästi osakkaat, jotka harjoittavat toimintaa muutoin kuin alisteisuussuhteessa ja joiden pitäisi näin ollen voida käyttää sijoittautumisvapautta.

50. Näissä olosuhteissa katson, että Itävallan lakiin perustuva henkilöiden luokittelu työntekijöiksi merkitsee tässä yhteydessä perusteetonta sijoittautumisvapauden rajoitusta.

51. Siitä, että ”uusien” jäsenvaltioiden osakkaat voivat pyytää työvoimaviranomaisilta todistusta siitä, että he eivät ole työsuhteessa, ei ole apua. Ensinnäkin olettama, jonka mukaan he ovat työntekijöitä, on itsessään perusteeton sijoittautumisvapauden rajoitus, joka ei koske muita yhteisön kansalaisia. Toiseksi, myöskään tämän todistuksen myöntämistä ja olettaman kumoamista koskevat edellytykset eivät liity alisteisuuteen, eikä niillä voida taata, että rajoitus ei kohdistuisi sijoittautumisvapautta käyttäviin.

52. Itävallan laissa edellytetään, että osakkaat osoittavat ”käyttävänsä henkilökohtaisesti merkittävää valtaa” henkilö- tai rajavastuuyhtiön johtamisessa. Muutoin kuin alisteisuussuhteessa toimintaansa harjoittava osakas ei kuitenkaan välttämättä ole kiinnostunut johtamisesta ja saattaa delegoida johtamistehtäviä muille osakkaille, vaikka hän edelleen kantaa riskin toiminnasta. Kääntäen voidaan todeta, että alisteisuussuhteessa oleminen ei estä vaikuttamasta yhtiön johtamiseen. [23]

23 – Esim. joissakin jäsenvaltioissa työntekijöillä on perinteisesti ollut edustajia yhtiön johdossa.

## IV Ratkaisuehdotus

53. Johtopäätöksenä ehdotan yhteisöjen tuomioistuimen toteavan, että Itävalta ei ole noudattanut EY 43 artiklan mukaista velvollisuuttaan olettaessaan Euroopan unioniin 1.5.2004 liittyneistä jäsenvaltioista Maltaa ja Kyprosta lukuun ottamatta olevien henkilöyhtiöiden yhtiömiesten ja alle 25 prosenttia yhtiöstä omistavien rajavastuuyhtiöiden osakkaiden olevan työsuhteessa ja kieltäessään heitä harjoittamasta toimintaa sekä estäessään heitä rekisteröimästä henkilö- ja rajavastuuyhtiöitään, elleivät he osoita tätä olettamaa vääräksi.