KOHTUJURISTI ETTEPANEK

PHILIPPE LÉGER

esitatud 23. veebruaril 2006 [1]

1. Käesoleva hagiga palub Euroopa Ühenduste Komisjon Euroopa Kohtul tuvastada, et kuna Austria Vabariik kohustab teises liikmesriigis asuvaid ettevõtjaid kolmandate riikide kodanikest palgatöötajate lähetamisel hankima „EL-i lähetuskinnituseks" nimetatava dokumendi, mille väljastamiseks Austria pädevate ametiasutuste poolt peab olema üheaegselt täidetud kaks tingimust: esiteks tööstaaži ehk selle ettevõtja ja asjaomaste töötajate vaheliste töösuhete püsivus ja teiseks, et viimaste suhtes kohaldatakse tulevase lähetuse ajal süstemaatiliselt Austria territooriumil kehtivaid töötingimusi, on see liikmesriik rikkunud EÜ artiklist 49 tulenevaid kohustusi. Komisjon palub Euroopa Kohtul samuti tuvastada, et see liikmesriik on rikkunud oma kohustusi, keelates sissesõiduviisa või elamisloa andmise kolmanda riigi kodanikule, kelle on lähetanud teises liikmesriigis asuv ettevõtja, kui see kodanik on riigi territooriumile sisenenud ilma viisata.

I. Siseriiklik õiguslik raamistik

2. Kui esimene käesoleva hagi raames tehtud etteheide on suhteliselt sarnane Euroopa Kohtu 21. oktoobri 2004. aasta otsuses komisjon *vs.* Luksemburg [2] ja 19. jaanuari 2006. aasta kohtuotsuses komisjon *vs.* Saksamaa [3] uuritud etteheitega, siis teine etteheide näib seevastu uudne, isegi kui sellel on teatavad seosed viimatinimetatud kohtuasjas tehtud etteheitega. Teise etteheitega palub komisjon Euroopa Kohtul hinnata, kas kolmandate riikide kodanike liikmesriigi territooriumile sisenemise ja seal viibimise kontrolli eeskirjadest kinnipidamise tagamiseks kehtestatud siseriiklik õigusnorm on kooskõlas teenuste osutamise vabadust käsitlevate EÜ asutamislepingu eeskirjadega.

3. Austrias reguleerib kolmandate riikide kodanikest palgatöötajate lähetamist riigi

1 — Algkeel: prantsuse.

2 — Kohtuasi C-445/03 (EKL 2004, lk I-10191).

3 — Kohtuasi C-244/04 (EKL 2006, lk I-885).

territooriumile teises riigis asuva ettevõtja poolt välismaalaste tööhõive seadus (Ausländerbeschäftigungsgesetz; edaspidi „AuslBG") [4] ja töölepinguseadus (Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz; edaspidi „AVRAG") [5].

4. AuslBG § 18 lõige 1 kehtestab põhimõtte, mille kohaselt on Austrias ametlikku asukohta mitteomaval ettevõtjal välismaalaste lähetamiseks riigi territooriumile eelnevalt luba vaja. Sellest põhimõttest on ette nähtud mitmeid erandeid teatavatele ettevõtjatele või tegevusaladele.

5. Nende mitmesuguste erandite hulgas on AuslBG § 18 lõikes 12 (alates 1. jaanuarist 1998 muudetud redaktsioonis) sätestatud erand kolmandate riikide kodanike lähetamiseks teises Euroopa Ühenduse liikmesriigis asukohta omava välisriigi ettevõtja poolt teenuste osutamiseks Austria territooriumil. Sellise toimingu suhtes kehtib „EL-i lähetuskinnituseks" nimetatav erimenetlus ja sellele ei kohaldata välismaalaste lähetamiseks ettenähtud üldmenetlust, mis — nagu ma märkisin — on loa andmise menetlus.

6. EL-i lähetuskinnituse menetlus, mida käesolevas hagis vaidlustatakse, toimub järgmiselt.

7. Kõigepealt tuleb muus liikmesriigis kui Austria asuval äriühingul, kes soovib töötajaid lähetada, teha sellekohane eelnev deklaratsioon riigi pädevatele ametiasutustele, nimelt kohalikule tööhõiveametile.

8. Seejärel peab see amet äriühingule väljastama „EL-i lähetuskinnituseks" nimetatava dokumendi, mis loetakse selle deklaratsiooni kinnituseks. See dokument väljastatakse kuue nädala jooksul alates deklaratsiooni kättesaamisest, kui samaaegselt on täidetud kaks tingimust. Need AuslBG § 18 lõikes 13 sätestatud tingimused on järgmised.

9. Esiteks on vaja, et „välisriigi töötajal on teda lähetava ettevõtjaga vähemalt aastane seaduslik ja tavapärane tööalane suhe ettevõtja asukohariigis või et ta on selle ettevõtjaga sõlminud tähtajatu töölepingu ja et teda lähetav riik on väljastanud talle kolmandate riikide kodanike puhul nõutavad tööload".

4 — *BGBl.* 218/1975.
5 — *BGBl.* 459/1993.

10. Teiseks peavad asjaomastele töötajatele kehtima tulevase lähetuse ajal Austria seadustes sätestatud palga- ja töötingimused ning sotsiaalkindlustussätted.

11. Lisaks nendele EL-i lähetuskinnituse menetlusega seotud nõuetele kehtestavad AVRAG § 7 punkti b lõiked 3 ja 9 Euroopa Majanduspiirkonna teises liikmesriigis asuvale ettevõtjale, kes soovib oma töötajaid Austriasse lähetada, trahvi ähvardusel kohustuse deklareerida need töötajad rahandusministeeriumile alluvas koordineerimiskeskuses, mis tegeleb ebaseadusliku töö kontrollimisega. See deklaratsioon, mis esitatakse lisaks ühele teisele talitusele EL-i lähetuskinnituse menetluse raames, tuleb põhimõtteliselt teha vähemalt üks nädal enne töö algust lähetuses. Selles peavad olema märgitud lähetusega seotud isikud ja lähetuse kord. [6] Deklaratsiooni saanud talitus edastab selle seejärel erinevatele sotsiaalkindlustusasutustele ja ka tööinspektsioonile.

12. Peale selle nõuab välismaalaste seadus (Fremdengesetz; edaspidi „FrG") [7] kolmandate riikide kodanikelt, nimelt Austrias töötavatelt ja seal mitte alaliselt elavatelt töötajatelt sissesõiduviisat ja elamisluba, kui rahvusvahelisest lepingust ei tulene teisiti. [8]

13. FrG § 10 lõike 1 punkt 3 näeb ette, et „[s]issesõiduviisa ja elamisloa andmisest tuleb keelduda, kui [välja arvatud teatavate isikukategooriate puhul] [...] elamisluba [...] tuleb anda pärast seda, kui Austria territooriumile on eelnevalt sisenetud ilma viisata". Selle paragrahviga keeldutakse seega sissesõiduviisa või elamisloa väljastamisest teises liikmesriigis asuva ettevõtja poolt lähetatud kolmanda riigi kodanikule, kui kodanik on sisenenud Austria territooriumile nõutavat viisat eelnevalt hankimata. Teisisõnu, kui see kodanik on sisenenud riigi territooriumile ebaseaduslikult, ilma et tal oleks olnud eelnevalt sissesõiduviisat ja järelikult riigis viibimise luba, ei saa tema olukorda legaliseerida kohapeal sissesõiduviisa või elamisloa väljastamisega.

II. Kohtueelne menetlus

14. Pärast Austria Vabariigiga peetud kirjavahetust ja kaebuse saatmist palus komisjon

6 — Need AVRAG § 7 punkti b lõikes 4 loetletud andmed on järgmised: 1) tööandja nimi ja aadress, 2) vastutava isiku nimi, 3) riigis asuva kliendi nimi ja aadress, 4) Austriasse lähetatud töötajate nimed, sünnikuupäevad ja sotsiaalkindlustusnumbrid, 5) töö algus ja tõenäoline kestus Austrias, 6) töötajale makstava tasu suurus, 7) tegevuskoht Austrias, 8) ehitustöö puhul tegevuse liik ja töötaja rakendus.

7 — *BGBl.* I, 75/1997.

8 — Vt FrG § 2 lõige 1, § 5 lõiked 1 ja 2 ning § 7 lõike 4 punkt 4 koostoimes.

Austrial oma 14. juuli 1997. aasta ja 2. juuli 1998. aasta märgukirjadega [9] esitada märkused, leides, et see liikmesriik on rikkunud EÜ artiklist 49 tulenevaid kohustusi.

15. Kuna Austria Vabariigi esitatud märkused ei veennud komisjoni, saatis ta 5. aprillil 2002 Austria Vabariigile põhjendatud arvamuse, milles kutsus seda liikmesriiki võtma arvamuse täitmiseks vajalikke meetmeid kahe kuu jooksul selle teatavakstegemisest.

16. Kuna Austria ametiasutused olid märkinud, et nad ei kavatse kõnealust siseriiklikku õigusnormi muuta, otsustas komisjon esitada 5. aprillil 2004 Euroopa Kohtu kantseleisse saabunud hagiavaldusega käesoleva hagi.

17. Madalmaade Kuningriik, kellel lubati Euroopa Kohtu presidendi 26. oktoobri 2004. aasta määrusega Austria Vabariigi toetuseks menetlusse astuda, loobus 16. detsembri 2004. aasta kirjaga menetlusse astumisest, nii et Euroopa Kohtu presidendi uue, 4. veebruari 2005. aasta määrusega kustutati see liikmesriik kohtuvaidlusest menetlusse astujana registrist.

III. Hagi

18. Tuletan meelde, et komisjon esitab oma hagi toetuseks kaks etteheidet, ühelt poolt EL-i lähetuskinnituse menetluse kohta ja teiselt poolt selle kohta, et kolmanda riigi kodanikust lähetatud töötajal ei ole võimalik riiki sisenemise ja riigis viibimise olukorda kohapeal legaliseerida. Uurin neid kahte etteheidet järgemööda.

A. *Esimene etteheide EL-i lähetuskinnituse menetluse kohta*

1. Poolte argumendid

19. Esimese etteheitega paneb komisjon Austria Vabariigile süüks EÜ artikli 49 eiramist, kuna viimane nõuab, et teises liikmesriigis asuv ettevõtja hangiks kolmandate

9 — 2. juuli 1998. aasta teises kirjas võetakse arvesse AuslBG-i muudatusi, mis jõustusid 1. jaanuaril 1998 ja millega (nagu ma juba märkisin käesoleva ettepaneku punktis 5) nn „loa väljastamise" menetlus asendati nn „EL-i lähetuskinnituse" menetlusega kolmandate riikide kodanike jaoks, keda lähetab teises liikmesriigis peale Austria asuv ettevõtja.

riikide kodanikest töötajate lähetamisel EL-i lähetuskinnituse, mille väljastamiseks on vaja esiteks, et asjaomaste töötajate ja selle ettevõtja vahelised töösuhted oleks kestnud vähemalt ühe aasta või et nende vahel oleks sõlmitud tähtajatu tööleping, ja teiseks, et nendele töötajatele kohaldataks tulevase lähetuse ajal riigi territooriumil kehtivaid palga- ja töötingimusi.

20. Komisjon väidab selle etteheite toetuseks, et vastupidiselt Austria valitsuse väitele ei ole EL-i lähetuskinnituse menetlus lihtsalt deklaratiivne, vaid selle alusel otsustatakse tegelikult loa andmine, mis sõltub teatavate tingimuste täitmisest. Loa andmise nõue piirab tema arvates teenuste osutamise vabadust, kuivõrd sellest tulenevat halduss- ja finantskoormust ning tähtaegu arvestades heidutab see nõue teises liikmesriigis asuvaid ettevõtjaid oma töötajaid teenuste osutamiseks Austriasse lähetamast.

21. Komisjon väidab veel, et olenemata sellest, kas selline piirang on diskrimineeriv või mitte, [10] on see igal juhul ebaproportsionaalne töötajate kaitse ja kuritarvituste vältimise eesmärkide suhtes, mida taotletakse nimetatud EL-i lähetuskinnituse nõudega ja selle juurde kuuluvate tingimuste või nõuetega.

22. Mis puutub eeskätt Austrias ettenähtud palga- ja töötingimuste järgimise nõudesse, siis on see tema arvates kasutu, sest seda on arvesse võetud juba kontrollides, mida näeb selles valdkonnas ette AVRAG, millega võetakse üle Euroopa Parlamendi ja nõukogu 16. detsembri 1996. aasta direktiiv 96/71/EÜ töötajate lähetamise kohta seoses teenuste osutamisega. [11]

23. Mis puutub asjaomase äriühingu ja kavandatava lähetusega seotud töötajate töösuhete kestvuse lisanõudesse, siis see mitte ainult ei muuda teatavates sektorites kolmandate riikide kodanikest töötajate lähetamise võimalust näiliseks, vaid seab ka need töötajad kaitsmise asemel pigem halvemasse olukorda.

24. Kuigi Austria Vabariik tunnistab, et EL-i lähetuskinnituse menetlus piirab teenuste

10 — Nagu komisjon rõhutas oma hagiavalduse punktis 35, on tema lähenemisviis sõltumatu sellest, kas kõnealune siseriiklik õigusnorm on diskrimineeriv.

11 — EÜT L 18, lk 1; ELT eriväljaanne 05/02, lk 431.

osutamise vabadust, vaidlustab ta seevastu selle, et see meede on ebaproportsionaalne töötajate kaitse eesmärgi seisukohast, mida meetmega taotletakse. Vaidlusalune menetlus, mida loetakse deklaratiivseks, on lisaks sellele, et see ei ole sama mis AVRAG-is sätestatud menetlus, milles puudub palga- ja töötingimuste järgimise kontroll, täiesti kooskõlas Euroopa Kohtu 9. augusti 1994. aasta kohtuotsusega Vander Elst [12], mis seab kolmandate riikide kodanikest töötajate loanõudeta lähetamise tingimuseks, et teenuseid osutav ettevõtja võtaks töötajad tööle seaduslikult ja tavapäraselt.

2. Hinnang

25. Minu arvates on esimene etteheide põhjendatud.

26. Enne kui kontrollida, kas — nagu mina arvan — kõnealune töötajate lähetamise alane siseriiklik õigusnorm on teenuste osutamise vabadust käsitlevate asutamislepingu eeskirjadega vastuolus, uurin ma, kas need eeskirjad ikka on selles valdkonnas kohaldatavad.

a) Teenuste osutamise vabadust käsitlevate asutamislepingu eeskirjade kohaldatavus töötajate lähetamisel

27. Euroopa Kohus märkis eespool viidatud kohtuotsuse komisjon *vs.* Luksemburg punktis 25, et kolmandate riikide kodanikest töötajate lähetamine seoses piiriüleste teenuste osutamisega ei ole ühenduse tasemel ühtlustatud, kuna komisjoni 12. veebruaril 1999 esitatud sellekohast Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi ettepanekut ei ole vastu võetud. [13] Nagu Euroopa Kohus hiljuti märkis, on see nii praegugi. [14] Komisjon loobus lõpuks sellest ettepanekust 2004. aasta augustis ehk mõni kuu pärast käesoleva liikmesriigi kohustuste rikkumise hagi esitamist.

28. Direktiiviga 96/71, mis on kohaldatav olenemata töötajate kodakondsusest ja seega nimelt kolmandate riikide kodanike suhtes,

12 — Kohtuasi C-43/93 (EKL 1994, lk I-3803).

13 — EÜT 1999, C 67, lk 12.

14 — Eespool viidatud kohtuotsus komisjon *vs.* Saksamaa, punkt 32.

toimunud ühtlustamine on osaline ja mittetäielik. [15]

29. Sellest tuleneb, et teenuste osutamise vabadust käsitlevad asutamislepingu eeskirjad on tõepoolest kohaldatavad kolmandate riikide kodanikest töötajate lähetamisele piiriülese teenuste osutamise raames.

30. Minu arvates on nende asutamislepingu eeskirjadega vastuolus, nagu väidab komisjon oma esimeses etteheites, et liikmesriik seab teises liikmesriigis asuva ettevõtja poolt kolmandate riikide kodanikest töötajate lähetamise tingimuseks, et ettevõtja peab hankima EL-i lähetuskinnituse, mille väljastamiseks on esiteks nõutav, et asjaomaste töötajate ja selle ettevõtja vahelised töösuhted oleks kestnud vähemalt ühe aasta või et nende vahel oleks sõlmitud tähtajatu tööleping, ja teiseks tulevase lähetuse ajal esimese liikmesriigi territooriumil kehtivate palga- ja töötingimuste kohaldamine nendele töötajatele.

15 — Vastupidiselt 1999. aasta direktiivi ettepanekule, millest — nagu nägime — hiljuti loobuti, ei näe direktiiv 96/71 ette mingit erimenetlust töötajate lähetamiseks seoses piiriüleste teenuste osutamisega. Viimane piirdub peamiselt sellega, et tagab direktiivi raames lähetatud töötajatele, et nende suhtes kohaldatakse põhimõtteliselt teatavaid töö- ja tööhõivetingimusi, mis kehtivad selle liikmesriigi territooriumil, kus teenuseid osutatakse. Kuigi see direktiiv jätab liikmesriikide hooleks tagada nende eeskirjade järgimine, on see nii vaid tingimusel — nagu rõhutab direktiivi põhjendus 12 —, et liikmesriik võtab selleks asjakohased meetmed, st meetmed, mis ei ole vastuolus teenuste osutamise vabadust käsitlevate asutamislepingu sätetega.

31. Seda ma kavatsengi nüüd selgitada, uurides kõigepealt vaidlusaluse EL-i lähetuskinnituse menetluse piiravat mõju ja seejärel selle võimalikku põhjendatust ning vajadusel selle oletatavat proportsionaalsust eesmärkide seisukohast, mis teenivad teatud üldisi huvisid.

b) Vaidlusaluse EL-i lähetuskinnituse menetluse piirav mõju teenuste osutamise vabadusele

32. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt piirab siseriiklik normistik, mille kohaselt peab teises liikmesriigis asuv ettevõtja selles riigis teenuste osutamiseks saama haldusloa, teenuste osutamise vabadust. [16]

33. Vastupidiselt Austria valitsuse väitele ei ole AuslBG § 18 lõikes 12 ettenähtud nõue, et enne lähetust tuleb hankida EL-i lähetus-

16 — Vt eelkõige 25. juuli 1991. aasta otsus kohtuasjas C-76/90: Säger (EKL 1991, lk I-4221, punkt 14); 9. märtsi 2000. aasta otsus kohtuasjas C-355/98: komisjon *vs.* Belgia (EKL 2000, lk I-1221, punkt 35); 20. veebruari 2001. aasta otsus kohtuasjas C-205/99: Analir jt (EKL 2001, lk I-1271, punkt 22); 29. mai 2001. aasta otsus kohtuasjas C-263/99: komisjon *vs.* Itaalia (EKL 2001, lk I-4195, punkt 21) ja töötajate lähetamise kohta eespool viidatud kohtuotsused Vander Elst (punkt 15), komisjon *vs.* Luksemburg (punkt 24) ja komisjon *vs.* Saksamaa (punkt 34).

kinnitus, lihtsalt deklaratsioon pädevatele ametiasutustele.

34. Kuigi on tõsi, nagu ma ka märkisin, [17] et EL-i lähetuskinnituse väljastamine eeldab, et seda lähetust teostada sooviv tööandja on eelnevalt juba teinud sellekohase deklaratsiooni pädevatele ametiasutustele, on veel vaja, et viimased nõustuksid seda kinnitust väljastama. Kuna kinnituse andmine sõltub mitme tingimuse täitmisest ja nimetatud ametiasutused peavad kontrollima, kas need tingimused on täidetud, ei ole kahtlust, et seda kinnitust tuleb vaadelda haldusloana ja mitte eelnevalt nõutava deklaratsiooni lihtsa kinnitusena, mis väljastatakse automaatselt või süstemaatiliselt. [18]

35. Sellest tuleneb, et AuslBG § 18 lõige 12 takistab teises liikmesriigis asuval ettevõtjal kolmandate riikide kodanikest töötajate lähetamist ja järelikult sellel ettevõtjal teenuste osutamist.

36. Seda enam, et — nagu see paragrahv näeb ette — EL-i lähetuskinnituse väljastamise tähtaeg võib olla kuni kuus nädalat alates eelnevalt nõutava deklaratsiooni kättesaamisest. Nagu komisjon rõhutas, on selline tähtaeg liiga pikk eelkõige hooldusteenuste puhul, mida nõutakse sageli kiireloomuliselt.

37. Tuleb seega nentida, et kuna kõnealuses siseriiklikus õigusnormis seatakse kolmandate riikide kodanikest töötajate lähetamise tingimuseks, et eelnevalt tuleb hankida haldusluba, piiratakse juba sellega teenuste osutamise vabadust.

38. Nimetatud loa nõudest tulenevale piirangule lisanduvad piirangud, mis tulenevad loa väljastamiseks nõutavatest eritingimustest ja mis — tuletan meelde — puudutavad vastavalt AuslBG § 18 lõikele 13 ühelt poolt tööstaaži ehk asjaomase äriühingu ja kavandatava lähetusega seotud töötajate vaheliste töösuhete püsivust ning teiselt poolt Austrias kehtivate palga- ja töötingimuste süstemaa-

17 — Vt käesoleva ettepaneku punkt 7.

18 — Seega ei erine kõnealune siseriiklik õigusnorm (mis, nagu ma märkisin käesoleva ettepaneku punktides 4 ja 5, kehtib alates 1. jaanuarist 1998 välismaalaste, nagu kolmandate riikide kodanike lähetamise kohta muus liikmesriigis peale Austria asuva ettevõtja poolt) sisuliselt varasemast õigusnormist (kõikide välismaalaste lähetamise kohta välisriikide ettevõtjate poolt, olenemata sellest, kas need asuvad kolmandas riigis või muus liikmesriigis).

tilist kohaldamist neile töötajatele selle lähetuse vältel. [19]

39. Selliste tingimuste kehtestamisega kaasnevad asjaomasele ettevõtjale erilised halduse finantskohustused, mis tulenevad eelkõige vajadusest tõendada, et need tingimused on täidetud, ja sellega seonduvast nõudest, et ettevõtja on ka vastavalt toiminud — kas luues asjaomaste töötajatega töösuhted, mis on kestnud vähemalt ühe aasta, või sõlmides tähtajatud töölepingud —, ning nõudest, et nendele töötajatele kohaldatakse kavandatava lähetuse ajal süstemaatiliselt Austrias kehtivaid palga- ja töötingimusi, milleks on võib-olla vaja töölepinguid vastavalt muuta. Selline koormus võib sundida teises liikmesriigis asuvat ettevõtjat loobuma kolmandate riikide kodanikest töötajate lähetamisest Austriasse teenuseid osutama. [20]

40. Sellest arutluskäigust tervikuna tuleneb, et AuslBG § 18 lõigetes 12 ja 13 ettenähtud vaidlusalune EL-i lähetuskinnituse menetlus kujutab endast mitmel põhjusel teenuste osutamise vabaduse piirangut.

41. Nüüd tuleks uurida, kas selline piirang on siiski põhjendatud ning — jaatava vastuse korral — kas see on proportsionaalne. Enne selle uurimist tuleb kindlaks määrata, milliseid õigustuste kategooriaid võib kõnealuse piirangu põhjenduseks tuua.

c) Õigustuste kategooriad, millega võib kõnealust piirangut põhjendada

42. Vastuseks Austria valitsuse argumentidele kohtueelses menetluses analüüsis komisjon, kas töötajate kaitse ja kuritarvituste vältimise alased nõuded võivad kõnealust siseriiklikku õigusnormi õigustada olenemata sellest, kas see õigusnorm on või ei ole diskrimineeriv.

43. Ma ei ole veendunud, et selline lähenemisviis on kohane.

19 — Euroopa Kohus järgis sarnast arutluskäiku, eristades eelneva halduse nõudest tuleneva teenuste osutamise vabaduse piirangut ja täiendavat piirangut, mis tuleneb selle loa saamiseks vajalike eritingimuste täitmisest, eespool viidatud kohtuotsustes komisjon *vs.* Itaalia (punkt 21) ja komisjon *vs.* Luksemburg (punktid 23 ja 24). Vt selle kohta ka eespool viidatud kohtuotsus komisjon *vs.* Saksamaa.

20 — Vt selle kohta eelkõige 15. märtsi 2001. aasta otsus kohtuasjas C-165/98: Mazzoleni ja ISA (EKL 2001, lk I-2189, punkt 24); 25. oktoobri 2001. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-49/98, C-50/98, C-52/98–C-54/98 ja C-68/98–C-71/98: Finalarte jt (EKL 2001, lk I-7831, punkt 30); 24. jaanuari 2002. aasta otsus kohtuasjas C-164/99: Portugaia Construções (EKL 2002, lk I-787, punkt 18) ja eespool viidatud kohtuotsus komisjon *vs.* Luksemburg (punktid 23, 24 ja 30).

44. Tavapärase kohtupraktika kohaselt, millest Euroopa Kohus jätkuvalt lähtub,[21] on siseriiklik õigusnorm, mis kohtleb teises liikmesriigis asuvaid teenuseid osutavaid äriühinguid erinevalt oma riigi territooriumil asutatud äriühingutest ja millega seetõttu diskrimineeritakse teenuseosutaja asukoha või teenuse päritolu alusel, teenuste osutamise vabadust käsitlevate asutamislepingu eeskirjadega kooskõlas vaid juhul, kui see kuulub asutamislepingus ettenähtud sõnaselge erandi alla, nagu EÜ artikli 46 lõikes 1 sätestatud erand, millele viidatakse EÜ artiklis 55.

45. Sellest tuleneb, et põhimõtteliselt võib selline siseriiklik õigusnorm vastavalt asutamislepingu nende artiklite koostoimele olla õigustatud vaid avaliku korra, julgeoleku või rahvatervise seisukohalt, mitte aga kohtus tunnustatud ülekaalukast avalikust huvist tulenevatel põhjustel nagu töötajate kaitse või tööturu stabiilsuse säilitamine (millele aitab kaasa kuritarvituse vältimine), kuna see õigustuste kategooria kehtib teoreetiliselt vaid mittediskrimineerivate, see tähendab vahet tegemata kohaldatavate meetmete puhul (mis on kohaldatavad kõigile, kes kavatsevad oma teenuseid pakkuda seda laadi meetme võtnud liikmesriigi territooriumil, teisisõnu nii selles liikmesriigis asuvatele kui ka teiste liikmesriikide teenuseosutajatele).[22]

46. Kuigi on tõsi, et paljudes teenuste osutamise vabadust käsitlevates kohtulahendites esineb teatavat mitmetähenduslikkust

21 — Vt eelkõige 26. aprilli 1988. aasta otsus kohtuasjas 352/85: Bond van Adverteerders jt (EKL 1988, lk 2085, punktid 32 ja 33); 18. juuni 1991. aasta otsus kohtuasjas C-260/89: ERT (EKL 1991, lk I-2925, punkt 24); 25. juuli 1991. aasta otsus kohtuasjas C-288/89: Collectieve Antennevoorziening Gouda jt (EKL 1991, lk I-4007, punkt 11) ja 25. juuli 1991. aasta otsus kohtuasjas C-353/89: komisjon *vs.* Madalmaad (EKL 1991, lk I-4069, punkt 15); 16. detsembri 1992. aasta otsus kohtuasjas C-211/91: komisjon *vs.* Belgia (EKL 1992, lk I-6757, punktid 5, 6, 10 ja 11); 4. mai 1993. aasta otsus kohtuasjas C-17/92: Fedicine (EKL 1993, lk I-2239, punktid 14–16); 14. novembri 1995. aasta otsus kohtuasjas C-484/93: Svensson ja Gustavsson (EKL 1995, lk I-3955, punktid 12 ja 15) ja 21. märtsi 2002. aasta otsus kohtuasjas C-451/99: Cura Anlagen (EKL 2002, lk I-3193, punktid 30 ja 31). Samas tähenduses vt eelkõige 29. aprilli 1999. aasta otsus kohtuasjas C-224/97: Ciola (EKL 1999, lk I-2517, punkt 16) siseriiklike õigusnormide kohta, millega diskrimineeritakse teenuseid kasutava füüsilise isiku elukoha alusel, ning asutamisvabaduse kohta kohtuasi C-311/97: Royal Bank of Scotland (EKL 1999, lk I-2651, punkt 32). Vt selle kohta teenuste osutamise vabaduse teemal 16. jaanuari 2003. aasta otsus kohtuasjas C-388/01: komisjon *vs.* Itaalia (EKL 2003, lk I-721, punktid 19 ja 20) siseriikliku õigusnormi kohta, millega diskrimineeriti teenuseid kasutavate füüsiliste isikute kodakondsuse alusel. Vastupidise arutluskäigu kohta samas tähenduses vt 14. oktoobri 2004. aasta otsus kohtuasjas C-36/02: Omega (EKL 2004, lk I-9609, punkt 29).

22 — Eespool viidatud kohtuotsuses Säger läks Euroopa Kohus kaugemale tavapärasest nn „riigisisese kohtlemise" eeskirjast, kui ta otsustas, et „asutamislepingu artikkel 59 [nüüd EÜ artikkel 49] ei nõua mitte ainult kogu riikkondsusel põhineva diskrimineerimise keelamist teise liikmesriigi teenuseosutaja suhtes, vaid ka kõigi piirangute kaotamist, isegi juhul kui need laienevad samaväärselt nii selle riigi kui ka teiste liikmesriikide teenuseosutajatele, kui need võivad keelata, takistada või muuta vähem soodsaks selle teenuseosutaja tegevuse, kelle asukoht on mõnes teises liikmesriigis, kus ta osutab seaduslikult sarnaseid teenuseid" (punkt 12). Selle laia arusaamaga teenuste osutamise vabadusest tulenevatest nõuetest, millest on lähtutud ka teiste asutamislepinguga tagatud põhivabaduste puhul, kaasneb paindlikum lubatud põhjenduste kord, kus tunnustatakse – kohaldatavatel meetmetel vahet tegemata — rida ülekaalukast avalikust huvist tulenevaid põhjusi, mille valik on selgelt laiem kui EÜ artikli 46 lõikes 1 osutatud põhjenduste valik, millele viidatakse EÜ artiklis 55.

lubatud põhjenduse liikide osas,[23] näib see mitmetähenduslikkus peamiselt väljendavat raskusi, mis on Euroopa Kohtul teatavate siseriiklike õigusnormide diskrimineerivaks kvalifitseerimisel, ning Euroopa Kohtu püüdlust respekteerida liikmesriikide pädevust otsese maksustamise valdkonnas.[24]

47. Sellised põhjendused ei kehti aga käesoleva siseriikliku õigusnormi puhul, kuna ühelt poolt ei kuulu töötajate lähetamine liikmesriikide pädevusse jäetud valdkonda (nagu otsene maksustamine) ja teiselt poolt näib kõnealune õigusnorm olevat selgelt diskrimineeriv.

48. Nimelt tundub, et vaidlusalust EL-i lähetuskinnituse menetlust kohaldatakse ainult muus liikmesriigis kui Austria Vabariik asuvate äriühingute suhtes. Praegusel kujul ei nähtu kohtutoimikust, et seda menetlust või võrreldavat menetlust kohaldataks ka Austrias asuvatele äriühingutele, kes lähetavad riigi territooriumile kolmandate riikide kodanikest töötajaid.

49. Seega näib, et vastupidiselt eespool viidatud kohtuotsuses komisjon *vs.* Luksemburg[25] arutatud siseriiklikule õigusnormile tuleb käesolevas liikmesriigi kohustuste rikkumise hagis arutatavat õigusnormi vaadelda nii, et see näeb ette teenuste osutamiseks töötajaid lähetada kavatseva äriühingu erineva kohtlemise asukoha alusel. Selline erinev kohtlemine on ilmselgelt diskrimineeriv.

23 — See mitmetähenduslikkus avaldub mitmel kujul. Euroopa Kohus on enamasti piirdunud märkimisega, et kõnealune siseriiklik õigusnorm (otsustamata, kas norm on või ei ole diskrimineeriv) lihtsalt takistab teenuste osutamise vabadust või kujutab endast „erinevat kohtlemist", kehtestades erilise halvemuse ettevõtjatele, kes soovivad kasutada sellest vabadusest tulenevaid õigusi, ning kontrollinud seejärel, kas kõnealune õigusnorm on asutamislepingus sõnaselgelt sätestamata põhjusel õigustatud, järeldades lõpuks, et see nii ei ole, või andes eelotsusetaotluse esitanud kohtule sellekohased andmed. Seda lähenemisviisi järgiti 28. aprilli 1998. aasta otsuses kohtuasjas C-118/96: Safir (EKL 1998, lk I-1897, punktid 24–30 ja 34); 26. oktoobri 1999. aasta otsuses kohtuasjas C-294/97: Eurowings Luftverkehr (EKL 1999, lk I-7447, punktid 36 jj); 29. novembri 2001. aasta otsuses kohtuasjas C-17/00: De Coster (EKL 2001, lk I-9445, punktid 33–39); 3. oktoobri 2002. aasta otsuses kohtuasjas C-136/00: Danner (EKL 2002, lk I-8147, punktid 30 jj) ja 6. novembri 2003. aasta otsuses kohtuasjas C-243/01: Gambelli jt (EKL 2003, lk I-13031, punktid 57 jj). Harvemini on Euroopa Kohus poolte argumentidele vastamiseks uurinud vaidlusalust siseriiklikku õigusnormi mitte üksnes asutamislepingus sõnaselgelt ettenähtud õigustuste seisukohast, vaid ka teist liiki õigustuste seisukohast, kuigi Euroopa Kohus pidas vajalikuks kvalifitseerida nimetatud õigusnormi diskrimineerivaks, et lõpuks järeldada, et diskrimineerimine ei ole õigustatud. Vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus Svensson ja Gustavsson (punktid 15 jj) ja 13. novembri 2003. aasta otsus kohtuasjas C-42/02: Lindman (EKL 2003, lk I-13519, punktid 21 jj).

24 — Vt selle kohta kohtujurist Tesauro ettepanek eespool viidatud kohtuasjas Safir, (punktid 30–34, milles tuuakse välja raskused seoses teatavate siseriiklike õigusnormide kvalifitseerimisega diskrimineerimise seisukohast) ja kohtujurist Poiares Maduro ettepanek kohtuasjas Marks & Spencer (13. detsembri 2005. aasta otsus kohtuasjas C-446/03, EKL 2005, lk I-10837, lk I-10839, punktid 25–32, milles rõhutatakse ühelt poolt Euroopa Kohtu kõhklusi kalduda kõrvale siseriikliku kohtlemise reeglist otsese maksustamise alal, arvestades vajadust säilitada riikide maksusüsteemide terviklikkus, ja teiselt poolt raskusi sellealase diskrimineerimise tõendamisel, arvestades 14. veebruari 1995. aasta otsuses kohtuasjas C-279/93: Schumacker (EKL 1995, lk I-225) kehtestatud kriteeriume, mille kohaselt tuleb asjaomastes olukordades lähtuda objektiivsetest erinevustest).

25 — Euroopa Kohus rõhutas punktis 25, et kõnealune siseriiklik õigusnorm on vahet tegemata kohaldatav Suurhertsogiriigi territooriumil või sellest väljaspool asutatud äriühingutele.

50. Ma järeldan sellest, et käesolevas kohtuasjas ei kehti põhjendused, mis on tinginud kohtupraktika teatava varieerumise teenuste osutamise vabaduse piirangute lubatud õigustuste liigi osas.

51. Kui lähtuda valdavast kohtupraktikast, mille kohaselt — tuletan meelde — ei saa teenuste osutamise vabaduse alal õigustada diskrimineerivat siseriiklikku õigusnormi avaliku korra, julgeoleku või rahvatervise põhjustega, tuleb seega kontrollida, kas see on nii kõnealuse piirangu puhul, kuigi seda küsimust ei ole käesoleva liikmesriigi kohustuste rikkumise menetluse pooled üldse arutanud.

d) Kõnealuse piirangu võimalik õigustatus avaliku korra, julgeoleku või rahvatervise põhjustel

52. Tuleb tõdeda, et vaidlusalusel õigusnormil ei ole selliste põhjustega midagi ühist.

53. Euroopa Kohus on korduvalt otsustanud, et kuivõrd sellised põhjused kalduvad asutamislepinguga tagatud põhivabadusest kõrvale, tuleb neid tõlgendada kitsalt, nii et avalikule korrale saab tugineda vaid siis, kui „ühiskonna põhihuvisid ähvardav oht on reaalne ja piisavalt tõsine" [26]. Mul on raske ette kujutada, et EL-i lähetuskinnituse nõue vastaks sellisele eriolukorrale või et see oleks proportsionaalne avaliku korra kaitse eesmärgiga, mis pealegi ei hõlma töötajate kaitse või tööturu stabiilsuse säilitamise põhjendusi. Minu arvates kuulub avaliku korra säilitamine pigem õigusnormi alla, mille eesmärk on konkreetselt kontrollida kolmandate riikide kodanike sisenemist riigi territooriumile ja riigis viibimist, nagu on osutatud käesoleva liikmesriigi kohustuste rikkumise hagi teises etteheites.

54. Muide just EÜ artiklis 46 ettenähtud erandite — nagu avaliku korra erandi — kitsa tõlgendamise tõttu väidavad mõned, et teenuste osutamise vabaduse piirangute osas lubatud õigustuste korra ühtlustamiseks tuleks lubada teisi õigustusi, mis on sama õiguspärased või ülekaalukad nagu asutamislepingus sõnaselgelt ettenähtud õigustused,

26 — Vt eelkõige 27. oktoobri 1977. aasta otsus kohtuasjas 30/77: Bouchereau (EKL 1977, lk 1999, punktid 33 ja 35); 29. oktoobri 1998. aasta otsus kohtuasjas C-114/97: komisjon *vs.* Hispaania (EKL 1998, lk I-6717, punkt 46); 19. jaanuari 1999. aasta otsus kohtuasjas C-348/96: Calfa (EKL 1999, lk I-11, punktid 21 ja 23); 14. märtsi 2000. aasta otsus kohtuasjas C-54/99: Église de scientologie (EKL 2000, lk I-1335, punkt 17) ja eespool viidatud kohtuotsus Omega (punkt 30).

olenemata sellest, kas need piirangud on või ei ole diskrimineerivad. [27]

55. Euroopa Kohus ei ole seni formaalselt seda teed läinud, kuigi — nagu ma märkisin kohtuasja Danner kohta — talt seda tungivalt paluti.

56. Mina suhtun sellesse üleskutsesse pigem kahtlusega. Kui Euroopa Kohus võtaks selle omaks, läheks ta kaugemale EÜ artikli 46 sõnastusest (millele viidatakse EÜ artiklis 55) või koguni eiraks seda, sest ta lubaks teisi õigustusi peale artiklis 46 sõnaselgelt või koguni ammendavalt ettenähtud õigustuste, et põhjendada sellist siseriiklikku normi nagu vaidlusalune õigusnorm, mis näeb ette erikorra muus liikmesriigis kui Austria asuvatele teenuseid osutavatele ettevõtjatele, kes kavatsevad lähetada riigi territooriumile kolmandate riikide kodanikest töötajaid.

27 — Vt eelkõige kohtujurist Jacobsi ettepanek kohtuasjas, milles tehti eespool viidatud kohtuotsus Danner. Kohtujurist tegi ettepaneku võtta arvesse siseriikliku õigusnormi diskrimineerivat olemust mitte esitatud põhjenduste kontrollimise ajal, vaid hiljem kõnealuse piirangu proportsionaalsuse kontrollimisel asjaomase õigustuse seisukohast, täpsustades, et „mida diskrimineerivam meede on, seda ebatõenäolisem on, et see on [proportsionaalsuse] põhimõttega kooskõlas" (punkt 40).

57. Isegi kui Euroopa Kohus otsustab käesolevas asjas teisiti, on minu arvates järeldus igal juhul sama, nimelt tuleb tuvastada, et Austria Vabariik on rikkunud EÜ artiklist 49 tulenevaid kohustusi. Selleks uurime kõnealust piirangut Austria Vabariigi taotletavate eesmärkide, st ühelt poolt töötajate kaitse ja teiselt poolt tööturu stabiilsuse säilitamise seisukohast.

e) Kõnealuse piirangu võimalik õigustatus töötajate kaitse ja tööturu stabiilsuse tagamise põhjustel

58. Sellega seoses viitan ma põhiliselt analüüsile, mis tehti eespool viidatud kohtuotsuses komisjon *vs.* Luksemburg mõned kuud pärast käsitletava menetluse algatamist.

59. Seetõttu on oluline meenutada kõnealuse kohtuotsuse sisu (mida korrati tervikuna eespool viidatud hiljutises kohtuotsuses komisjon *vs.* Saksamaa) enne, kui täpselt kindlaks määrata, mis järeldused tuleb sellest teha käesolevas kohtuasjas.

i) Eespool viidatud kohtuotsus komisjon *vs.* Luksemburg

60. Eespool viidatud kohtuotsuses komisjon *vs.* Luksemburg kontrollis Euroopa Kohus käesolevas kohtuasjas arutatava õigusnormiga suures osas sarnase siseriikliku õigusnormi kooskõla teenuste osutamise vabadust käsitlevate asutamislepingu eeskirjadega. Täpsemalt kehtestati selle õigusnormiga riigi territooriumil või teises liikmesriigis asuva ettevõtja poolt kolmandate riikide kodanikest töötajate lähetamise tingimuseks, et ettevõtja peab hankima individuaalsed tööload või kollektiivse tööloa, mille väljastamine Luksemburgi ametiasutuste poolt sõltus eelkõige tööturu kaalutlustest ning vähemalt kuuekuulise töösuhte olemasolust enne lähetuse algust asjaomaste töötajate ja lähetava ettevõtja vahelise tähtajatu töölepingu raames.

61. Euroopa Kohus otsustas, et see siseriiklik õigusnorm on teenuste osutamise vabaduse piiramine, mis ei ole proportsionaalne õigusnormis väidetavalt taotletavate eesmärkidega — ei töötajate kaitse ega tööturu stabiilsuse tagamisega.

62. Töötajate kaitsest tuleneva ülekaaluka avaliku huvi põhjuse kohta meenutas Euroopa Kohus, et tema kohtupraktika kohaselt ei ole „ühenduse õigusega [...] vastuolus, kui liikmesriigid kohaldavad oma õigusakte [...] kõigile selles riigis kasvõi ajutiselt palgatööd tegevatele isikutele, sõltumata nende tööandja asukohariigist, samuti ei keela ühenduse õigus liikmesriikidel asjakohaste vahenditega tagada nende eeskirjade täitmist [...] kui ilmneb, et neist tulenev kaitse ei ole tagatud ettevõtja suhtes asukohaliikmesriigis kehtivate samaste või põhimõtteliselt sarnaste kohustustega". [28]

63. Sellegipoolest ei ole Euroopa Kohtu hinnangul tööloa nõue töötajate kaitse tagamiseks sobiv vahend. Seda tõendab Euroopa Kohtu selgituse kohaselt see, et „[t]eenuseid osutava ettevõtja kohustus kohalikele ametiasutustele eelnevalt teatada, et lähetatakse üks või enam töötajat, nende lähetuse kestus ja teenused, mille osutamiseks nad lähetatakse, oleks sama tõhus ja vähem piirav vahend kui vaidlusalune nõue" [29]. Nimelt võimaldaks selline kohustus „asjaomastel ametiasutustel kontrollida, kas [siseriiklikke] sotsiaalõigusnorme lähetuse kestel täidetakse, arvestades samas kohustusi, mida

28 — Eespool viidatud kohtuotsuse komisjon *vs.* Luksemburg punkt 29, mida on korratud eespool viidatud kohtuotsuse komisjon *vs.* Saksamaa punktis 44. Direktiiv 96/71 on suurema osa punktis 29 viidatud kohtupraktika jätkuks. Vt selle kohta selle direktiivi artikli 3 lõiked 1 ja 7, mis — tuletan meelde — kehtestavad liikmesriikidele kohustuse jälgida, et teenuseid osutavad ettevõtjad tagavad olenemata töösuhtele kohaldatavatest õigusaktidest oma territooriumile lähetatud töötajatele seal ettenähtud töö- ja tööhõivetingimused, ilma et see piiraks töötajatele soodsamate tingimuste kohaldamist.

29 — Eespool viidatud kohtuotsuse komisjon *vs.* Luksemburg punkt 31, mida on korratud eespool viidatud kohtuotsuse komisjon *vs.* Saksamaa punktis 45.

ettevõtja peab täitma päritoluliikmesriigis kohaldatavate sotsiaalõigusnormide alusel" [30].

64. Euroopa Kohus lisas, et loa andmiseks seatud nõue, et töötajatel peab olema tähtajatu tööleping, mis on sõlmitud kõnealuste töötajate ja neid lähetava ettevõtja vahel vähemalt kuus kuud enne lähetamist Luksemburgi, on ulatuslikum sellest, mida võib töötajate kaitse eesmärgil nõuda. Euroopa Kohus esitas kolm järgmist põhjust.

65. Esiteks võib „selline nõue [...] muuta oluliselt keerukamaks kolmandate riikide töötajate lähetamise Luksemburgi teenuste osutamiseks tegevusaladel, kus konkreetse valdkonna erijoonte tõttu sõlmitakse lepingud sageli lühiajalistena või teatud töö tegemiseks" [31].

66. Teiseks „mõjutab kõnealune nõue selliste äsja asutatud ettevõtjate olukorda, kes sooviksid osutada Luksemburgis teenuseid kolmandate riikide töötajaid kasutades" [32].

67. Kolmandaks „ei arvestata nõude puhul sotsiaalsete meetmetega, eelkõige töö- ja palgatingimustega, mida lähetada kavatsev ettevõtja peab täitma päritoluliikmesriigis kas kõnealuse liikmesriigi õiguse või Euroopa Ühenduse ja kolmanda riigi vahel sõlmitud lepingu alusel, ning mille kohaldamine aitab vältida töötajate ekspluateerimise ja äriühingute vahelise konkurentsi moonutamisega seonduvaid tõsiseid riske" [33].

68. Euroopa Kohus järeldas sellest, et tööloa nõue ning sellega seonduv nõue, mis tugineb tööstaažile ning asjaomaste lähetusega seotud töötajate ja neid lähetava tööandja töösuhete püsivusele, ei ole proportsionaalsed töötajate kaitse eesmärgiga.

69. Euroopa Kohus on seisukohal, et sama tuleb järeldada eesmärgi kohta, mis peab ära hoidma kolmandate riikide kodanikest töötajate sissetoomisest tulenevat kohaliku tööturu destabiliseerimist.

70. Ta meenutas nimelt, et „kuigi tööturul häirete ärahoidmine on tõepoolest ülekaalukas avalik huvi [...], ei pääse liikmesriigi ettevõtja teenistuses olevad töötajad, kes lähetatakse teise liikmesriiki teenuseid osu-

30 — *Idem.*

31 — Punkt 33.

32 — Punkt 34.

33 — Punkt 35.

tama, selle liikmesriigi tööturule, kuna nad naasevad pärast töö sooritamist oma päritolu- või elukohaliikmesriiki" [34].

71. Euroopa Kohus rõhutas, et ta on samas olnud seisukohal, „et liikmesriik võib kontrollida, kas teise liikmesriigi ettevõtja, kes lähetab tema territooriumile kolmandate riikide kodanikest töötajaid, ei kasuta teenuste osutamise vabadust muul kui asjaomase teenuse osutamise eesmärgil, näiteks lähetades töötajaid tööjõu vahendamise või rentimise tarbeks [...] [tingimusel, et ta peab] arvestama ühenduse õigusest, eelkõige teenuste osutamise vabadusest tulenevate piiridega; seda vabadust ei saa muuta näiliseks ja ametnike suvast sõltuvaks" [35].

72. Euroopa Kohus on aga olnud seisukohal, et kõnealune Luksemburgi õigusnorm ületab kahes aspektis ühenduse õiguse piire. Ühelt poolt võib „tööloa taotlemise nõue selleks ettenähtud formaalsuste ja tähtaegade tõttu takistada vabadust osutada Luksemburgis teenuseid kolmandate riikide kodanikke lähetades" nii, et selline põhivabadus osutub vaid näiliseks. [36] Teisalt sõltub selle vabaduse kasutamine kohaliku haldusasutuse suvast, kuna see sõltub tööloa väljastamisest asutuse poolt, mis jääb erandlikuks ja oleneb tööturu olukorrast, millele annab hinnangu nimetatud asutus.

73. Mis puutub tööstaaži ning asjaomaste töötajate ja neid lähetava tööandja töösuhete püsivuse nõudesse (millest sõltub tööloa väljastamine), siis Euroopa Kohus otsustas, et see nõue on ebaproportsionaalne eesmärgi suhtes, milleks on tagada töötajate naasmine päritoluliikmesriiki pärast lähetuse lõppu.

74. Euroopa Kohus on seisukohal, et „[t]eenuseid osutava äriühingu kohustus esitada kohalikele ametiasutustele tõendid selle kohta, et asjaomaste töötajate puhul on elukoha, tööloa ja sotsiaalse kaitse nõuded tööandja ettevõtja liikmesriigis täidetud, annaks ametiasutustele hagi esemeks olevate meetmetega võrreldes vähem piirava, kuid sama tõhusa tagatise asjaomaste töötajate olukorra seaduslikkuse kohta ja selle kohta, et nad tegutsevad oma põhitegevusalal liikmesriigis, kus teenuseid osutav äriühing

34 — Punkt 38 viitab 27. märtsi 1990. aasta otsusele kohtuasjas C-113/89: Rush Portuguesa (EKL 1990, lk I-1417, punktid 13 ja 15) ja eespool viidatud kohtuotsustele Vander Elst (punkt 21) ja Finalarte jt (punkt 22).

35 — Punktides 39 ja 40 viidatakse eespool viidatud kohtuotsusele Rush Portuguesa (punkt 17).

36 — Punkt 41.

asub"[37]. Euroopa Kohus lisas, et „Luksemburgi ametiisikud saaksid asjaomase äriühingu poolt lähetuse kestuse kohta antud teabe alusel [...] võtta selle ajavahemiku lõppemisel vajaduse korral asjakohaseid meetmeid"[38].

75. Euroopa Kohus järeldas sellest, et tööloa nõue ning lähetusega seotud asjaomaste töötajate ja neid lähetava tööandja töösuhete kestuse ja püsivuse nõue ei ole proportsionaalsed eesmärgiga, mis seisneb tööturu destabiliseerimise vältimises.

76. Ta jõudis seega samale järeldusele mis töötajate kaitse eesmärgi puhul. Euroopa Kohus järeldas sellest, et Luksemburgi Suurhertsogiriik on rikkunud EÜ artiklist 49 tulenevaid kohustusi.

ii) Eespool viidatud kohtuotsuse komisjon *vs.* Luksemburg järeldused

77. Kui Euroopa Kohus uuriks käesolevas kohtuasjas kõnealust siseriiklikku õigusnormi avalikust huvist tulenevate ülekaalukate põhjuste nagu töötajate kaitse või tööturu stabiilsuse tagamise seisukohast, oleks see kohtupraktika suuresti ülekantav. Järeldused, mis tuleks sellest teha, oleksid järgmised: EL-i lähetuskinnitus ja sellega seonduvate tingimuste nõue ei ole proportsionaalsed töötajate kaitse eesmärgi ega tööturu destabiliseerimise vältimise eesmärgiga, nii et Austria Vabariik on tõepoolest rikkunud EÜ artiklist 49 tulenevaid kohustusi.

78. Võib isegi eeldada, et mis kehtib asjaomase Luksemburgi õigusnormi puhul, kehtib *a fortiori* ka Austria vaidlusaluse õigusnormi puhul.

79. Nimelt on Austria õigusnormis kõnealuse eelneva loa väljastamisele seatud tingimused mitmel põhjusel veelgi piiravamad kui Luksemburgi õigusnormis sätestatud tingimused.

80. Kõigepealt on tähtajatu töölepingu nõue ning tööstaaži ja asjaomaste töötajate ja lähetava tööandja vaheliste lähetusele eelnevate töösuhete nõue Austria õiguses kehtestatud süstemaatiliselt, samas kui Luksemburgi õigus seab need nõuded vaid kollek-

37 — Punkt 46, mida on edasi arendatud eespool viidatud kohtuotsuse komisjon *vs.* Saksamaa punktis 41.

38 — *Idem.*

tiivse tööloa, mitte aga individuaalse tööloa taotlemisel.

81. Peale selle on Austria õigusnormis ettenähtud tööstaaži nõue — kuigi see ei esine koos tähtajatu töölepingu nõudega — rangem kui Luksemburgi õigusnormis kehtestatud nõue, kuna nõutav tööstaaž on üks aasta, mitte ainult kuus kuud. [39]

82. Lõpuks kehtestab kõnealune siseriiklik õigusnorm vastupidiselt eespool viidatud kohtuasjale komisjon *vs.* Luksemburg lisanõude, mis seisneb asjaomastele töötajatele nende lähetuse ajal Austria palga- ja töötingimuste süstemaatilises kohaldamises. See lisanõue piirab veelgi rohkem teises liikmesriigis asutatud äriühingu töötajate lähetamist ja järelikult teenuste osutamist viimase poolt. See nõue on pealegi ebaproportsionaalne töötajate kaitse eesmärgiga, sest esiteks seondub see eelneva haldusloa korraga ja teiseks on see süstemaatiline, kuna ei võeta arvesse kaitsetaset, mis on asjaomastel töötajatel liikmesriigis, kus on asutatud äriühing, kelle teenistuses nad töötavad. [40]

83. Pealegi on teenuseid osutav ettevõtja, nagu komisjon rõhutas, juba niigi kohustatud teatama siseriiklikele ametiasutustele eelneva deklaratsiooni vormis teatavad andmed nagu töötajale tulevase lähetuse ajal makstava töötasu suuruse. [41] See formaalsus, mis kehtestati nimetatud direktiivi ülevõtmise raames ja mida komisjon ei vaidlusta, aitab vajadusel märkimisväärselt tagada riigi territooriumil kehtivate töö- ja tööhõivetingimuste järgimist, lihtsustades pädevate ametiasutuste teostatavaid võimalikke kontrolle kohapeal lähetuse ajal, nagu on märgitud deklaratsioonis. Lisanõue, et teenuseid osutav ettevõtja põhjendaks eelneva haldusloa menetluse raames süstemaatiliselt nende tingimuste täitmist tulevase lähetuse ajal, läheb kaugemale töötajate kaitse tagamiseks vajalikust.

39 — Just seda rõhutas kohtujurist Geelhoed oma ettepaneku punktis 34 kohtuasjas, milles tehti eespool viidatud kohtuotsus komisjon *vs.* Saksamaa, lähetava äriühingu asjaomaste töötajate sama üheaastase tööstaaži nõude kohta, täpsustades, et selles ei nõuta ühtegi — kumulatiivset või alternatiivset — tingimust tähtajatu töölepingu sõlmimise kohta.

40 — Vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsuse komisjon *vs.* Luksemburg punkt 29, mis on ära toodud käesoleva ettepaneku punktis 62. Vaidlusalune nõue läheb kaugemale ka direktiivis 96/71 ettenähtud töötajate kaitse sätetest, sest see on mitte ainult süstemaatiline, välistades seega töötajatele päritoluliikmesriigis kehtivate soodsamate tingimuste kohaldamise vastupidiselt selle direktiivi artikli 3 lõikes 7 sätestatule, vaid see nõue seostub ka eelneva haldusloaga, mis ei ole selle direktiivi tähenduses asjakohane vahend asjassepuutuvate palga- ja töötingimuste täitmise tagamiseks.

41 — Vt käesoleva ettepaneku punkt 11 ja joonealune märkus 6.

84. Ma järeldan sellest, et juhul, kui Euroopa Kohus uurib kõnealust siseriiklikku õigusnormi töötajate kaitse või tööturu stabiilsuse tagamise eesmärgi seisukohast, võib ta sellest vaid järeldada, et Austria Vabariik on rikkunud EÜ artiklist 49 tulenevaid kohustusi.

85. Vastupidiselt Austria valitsuse väitele ei ole minu arvates eriti tähtis, et siseriiklikus õigusnormis ei ole — erinevalt eespool viidatud kohtuotsuses komisjon *vs.* Luksemburg osutatud õigusnormist — jäetud vaidlusaluse tööloa väljastamine kohaliku haldusasutuse otsustada,[42] st et selle üle ei otsustata selliste kaalutluste nagu tööturu olukorra alusel, vaid et see sõltub ainult objektiivsest kontrollist — et oleks täidetud esiteks tööstaaži või töösuhete püsivuse tingimused ja teiseks asjaomastele töötajatele lähetuse ajal riigi territooriumil kehtivate palga- ja töötingimuste ning sotsiaalkindlustusnormide kohaldamine.

86. Kui oletada, nagu väidab Austria valitsus, et EL-i lähetuskinnituse menetlus kehtestati lähtuvalt vajadusest kontrollida, et teises liikmesriigis asuv ettevõtja, kes lähetab Austria territooriumile kolmanda riigi töötajaid, ei kasuta teenuste osutamise vabadust muul eesmärgil kui asjaomase teenuse osutamine — näiteks oma tööjõu vahendamise või rentimise tarbeks —, siis on sellised kontrollid kohaliku tööturu destabiliseerimise vältimise eesmärgi seisukohast ikkagi lubatud vaid juhul, nagu Euroopa Kohus meenutas eespool viidatud kohtuotsuse komisjon *vs.* Luksemburg punktis 40, kui nendes peetakse kinni ühenduse õigusega seatud piiridest ja eelkõige teenuste osutamise vabadusest tulenevatest piiridest.

87. Euroopa Kohus määras seda liiki kontrollidele kahekordsed piirid. Üks keelab selle, et teenuste osutamise vabaduse üle otsustamise õigus oleks haldusasutusel. Teine takistab seda, et see asutamislepinguga tagatud põhivabadus jääks üksnes näiliseks. Kõnealuste kontrollide puhul ei piisa seega sellest, et need ei sõltu ametiasutuste suvast. Ühtlasi tuleb tagada, et need kontrollid ei muudaks teenuste osutamise vabadust vaid näiliseks. Minu arvates ongi EL-i lähetuskinnituse menetluse raames toimuva kontrolli puhul just sellega tegemist.

88. Ma tuletan meelde, et — nagu Euroopa Kohus rõhutas eespool viidatud kohtuotsuse komisjon *vs.* Luksemburg punktis 41 —, „võib tööloa taotlemise nõue selleks ettenähtud formaalsuste ja tähtaegade tõttu takistada vabadust osutada [riigi] territooriumil

42 — Vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus komisjon *vs.* Saksamaa, punkt 33.

teenuseid kolmandate riikide kodanikke lähetades".

89. See Luksemburgi kõnealuse õigusnormi kohta täheldatu kehtib ka Austria vaidlusaluse õigusnormi kohta, arvestades EL-i lähetuskinnituse menetlusega seonduvaid formaalsusi ja tähtaegu, mis kujutavad endast, nagu nägime, tööloa menetlust.[43] Nagu komisjon märkis, muudavad sellised piirangud lähetuse kasutamise ja järelikult teenuste osutamise vabaduse vaid näiliseks, eriti tegevusaladel, kus tehakse väga lühiajalisi või koguni kiireloomulisi töid.

90. Seda enam, et — tuletan meelde — sellise tööloa väljastamiseks on eelkõige vaja tähtajatut töölepingut või kavandatud lähetusega seotud asjaomaste töötajate ja lähetust kavandava äriühingu vähemalt aastast tööSuhet. Sellised tingimused võivad, isegi kui need on lihtsalt alternatiivsed ja mitte kumulatiivsed (nagu eespool viidatud kohtuotsuses komisjon *vs.* Luksemburg käsitletud õigusnormiga ettenähtud tingimused), samuti muuta teenuste osutamise vabaduse vaid näiliseks teatavatel tegevusaladel, näiteks ehituses või informaatikas, kus — nagu märkis komisjon — kasutatakse sageli lühiajalisi või tähtajalisi teenuselepinguid, nii et on väga ebatõenäoline, et kumbki nendest tingimustest oleks täidetud *a fortiori* juhul, kus lähetust korraldada soovivad ettevõtjad on äsja loodud ega ole seega muud võimalust kui sõlmida tähtajatud töölepingud (eeldades, et nad ei saa tugineda üle aasta kestnud tööSuhetele asjaomaste töötajatega).

91. Pealegi tuleb tunnistada, et tööstaaži või asjaomaste töötajate ja teenuseid osutava ettevõtja tööSuhte püsivuse nõue on ebaproportsionaalne eesmärgiga tagada tööturu stabiilsuse säilitamise huvides töötajate tagasipöördumine päritoluliikmesriiki pärast lähetuse lõppemist.[44]

92. Minu arvates ei ole eespool viidatud kohtuotsus Vander Elst, millele tugineb Austria valitsus, vastuolus selle tuvastusega. Euroopa Kohus tugines selles kohtuotsuses peamiselt küll asjaolule — nagu soovitas eelotsusetaotluse esitanud kohus —, et asja-

43 — Vt käesoleva ettepaneku punktid 7 ja 8 ning 34–36.

44 — Viitan eespool viidatud kohtuotsuse komisjon *vs.* Luksemburg punktidele 45 ja 46, kus nimetatakse kõnealustest nõuetest vähem piiravaid ja sama tõhusaid meetmeid. Märgin muide, et AVRAG-is on ette nähtud võrreldavad meetmed (vt käesoleva ettepaneku punktid 11 ja 83).

omased Maroko töötajad töötasid teenuseid osutavas Belgia äriühingus seaduslikult ja tavapäraselt, lükkamaks tagasi Prantsuse valitsuse esitatud põhjendusi tööturu destabiliseerimise vältimise ja töötajate kaitse kohta, mis õigustavat töötajate lähetuse jaoks Prantsuse ametiasutustelt tööloa saamise nõuet. Siiski on liigne sellest järeldada, nagu väidetakse Austria valitsuse vastupidises tõlgenduses, et teistel asjaoludel peale eespool viidatud kohtuotsuses Vander Elst sõnaselgelt nimetatute on tööloa — mille väljastamiseks peab olema täidetud seadusliku ja tavapärase töösuhte tingimus, nagu on ette nähtud Austria vaidlusaluses õigusnormis — nõue lubatud. Igal juhul lükkavad eespool viidatud kohtuotsused komisjon *vs.* Luksemburg ja komisjon *vs.* Saksamaa selle argumendi formaalselt ümber. [45]

93. Esitatud põhjendustest tervikuna tuleneb, et eespool viidatud kohtuotsuse komisjon *vs.* Luksemburg seisukohast (mida kinnitati eespool viidatud kohtuotsusega komisjon *vs.* Saksamaa) on ilmne, et vaidlusalune siseriiklik õigusnorm piirab teenuste osutamise vabadust ja on ebaproportsionaalne piirang nii töötajate kaitse kui ka tööturu stabiilsuse kindlustamise eesmärgi seisukohast.

45 — Eespool viidatud kohtuotsuse komisjon *vs.* Saksamaa punktis 55 rõhutas Euroopa Kohus, et „Euroopa Kohus ei ole „seadusliku ja tavapärase töösuhte" puhul mõelnud, et see hõlmaks ka elukohta või määratud tähtajaga töösuhet teenuseid osutava ettevõtja asukohariigis".

94. Seega, isegi kui Euroopa Kohus uurib seda õigusnormi nende eesmärkide või ainult avaliku korra, julgeoleku või rahvatervise kaitse eesmärkide seisukohast, on minu arvates järeldus sama: Austria Vabariik on rikkunud EÜ artiklist 49 tulenevaid kohustusi.

95. Järelikult leian ma, et käesoleva hagi esimene etteheide on igal juhul põhjendatud.

B. *Teine etteheide selle kohta, et lähetusse saadetud kolmanda riigi kodanikust töötajal ei ole võimalik oma olukorda riiki sisenemisel ja riigis viibimisel legaliseerida*

1. Poolte argumendid

96. Teises etteheites paneb komisjon Austria Vabariigile süüks, et ta on rikkunud ka EÜ artiklit 49, keelates süstemaatiliselt sissesõiduviisa või elamisloa väljastamise kolmanda riigi kodanikule, kelle on lähetanud teises liikmesriigis asutatud äriühing, kui see kodanik on sisenenud riigi territooriumile ilma viisata, nii et viimase olukorda ei saa mingil juhul kohapeal legaliseerida.

97. Selle etteheite põhjenduseks väidab komisjon, et selline süstemaatiline keeld, mis tähendab automaatselt riigi territooriumilt välja saatmist, piirab kolmandate riikide kodanikest töötajate lähetamist ja järelikult takistab töötajaid lähetada kavatseva äriühingu tegevust teenuste osutamisel. Kui oletada, et teenuste osutamise vabaduse piiramine toimub üldise huvi eesmärgil, milles komisjon kahtleb, siis oleks see ebaproportsionaalne, kuivõrd see puudutab kolmandate riikide kodanikest töötajaid, kes viibivad seaduslikult teenuseid osutava äriühingu asukohaliikmesriigi territooriumil, kuhu nad peavad lähetuse lõppedes tagasi pöörduma. Sellega seoses tugineb komisjon 25. juuli 2002. aasta kohtuotsusele MRAX [46] kolmandate riikide kodanike kohta, kes on liikmesriikide kodanikega abielus, väites, et elamisloa väljastamine kolmanda riigi kodanikust lähetatud töötajale on lihtsalt deklaratiivne, mitte õigusi loov akt, nii et elamisloa andmisest keeldumise otsus ja veelgi enam — riigist väljasaatmise meede —, mis põhinevad eranditult põhjusel, et ei ole täidetud välismaalaste kontrollimisega seotud seadusjärgseid formaalsusi, on tema arvates ebaproportsionaalsed.

98. Austria valitsus tunnistab, et FrG § 10 lõike 1 punktis 3 sätestatud elamisloa väljastamise keeld piirab kolmandate riikide kodanikest töötajate lähetamist teises liikmesriigis asutatud teenuseid osutava äriühingu poolt, välja arvatud juhul, kui see riik on Schengeni lepingute osapool, sest sel juhul kõnealune keeld ei kehti. Seevastu vaidlustab see valitsus kõnealuse keelu ebaproportsionaalsuse. Nimelt on tema arvates avaliku korra ja julgeoleku säilitamiseks vajalik, et enne riigi territooriumile sisenemist taotletakse viisat. Legaliseerimise võimaluse lubamine kohapeal tähendaks jätta riigi ametiasutused ilma õigusest keelduda elamisloa väljastamisest isikule, kes ohustab avalikku korda või julgeolekut.

46 — Kohtuasi C-459/99 (EKL 2002, lk I-6591, punkt 74).

2. Hinnang

99. Sissejuhatuseks on oluline täpsustada, et tänaseks ei ole kolmandate riikide kodanike liikmesriigi territooriumile sisenemise ja riigis viibimise tingimused teises liikmesriigis asuva teenuseid osutava ettevõtja korraldatud lähetuse raames ühenduse tasandil ühtlustatud.

100. Direktiiv 96/71 ei sisalda sellealaseid sätteid. Muide, selle põhjenduses 20 märgitakse, et „käesolev direktiiv ei piira [...] liikmesriikide selliste õigusaktide kohalda-

mist, mis käsitlevad kolmandate riikide töötajate sissesõitu, elamist ja töösaamist".

101. Mis puutub 1999. aasta direktiivi ettepanekusse kolmandate riikide kodanikest töötajate lähetamise kohta piiriüleste teenuste osutamise raames, siis see nägi küll ette nende töötajate riiki sisenemise ja riigis viibimise tingimusi käsitlevad eeskirjad, nagu ma juba märkisin, kuid sellest ettepanekust lõpuks loobuti. [47]

102. Sellest tuleneb, et teenuste osutamise vabadust käsitlevad asutamislepingu eeskirjad on tõepoolest kohaldatavad teises liikmesriigis asuva teenuseid osutava ettevõtja poolt lähetatud kolmandate riikide kodanikest töötajate lähetuse sihtliikmesriiki sisenemise ja seal viibimise tingimuste suhtes.

103. Tuleb tõdeda, et kõnealune liikmesriigi õigusnorm piirab — keelates süstemaatiliselt sissesõiduviisa või elamisloa väljastamise kolmanda riigi kodanikust töötajale, kelle lähetab teises liikmesriigis asuv ettevõtja, kui see kodanik on sisenenud riigi territooriumile ilma viisata — nende töötajate lähetamist ja järelikult selle ettevõtja vabadust teenuseid osutada.

104. Nimelt seab see õigusnorm, välistades asjaomase töötaja olukorra kohapeal legaliseerimise võimaluse, viimase ohtu sellega, et töötaja võidakse riigist välja saata, või toob kaasa koguni tema automaatse väljasaatmise ning mõningatel juhtudel riigi territooriumile tagasipöördumise või sellel viibimise keelu. Selline väljavaade seab kavandatava lähetuse teostamise tõsiselt ohtu.

105. Selliste raskuste vältimiseks ei ole teenuseid osutaval ettevõtjal muud võimalust kui veenduda enne lähetuse korraldamist, et iga asjaomase töötaja jaoks taotletakse ja

47 — Vt käesoleva ettepaneku punkt 27. Selle direktiivi ettepanekuga oli kavas kehtestada sedalaadi lähetuste lihtsustamiseks nn „EÜ teenuste osutamise kaardiks" nimetatav dokument, mis oleks teatava kehtivusajaga ja pikendatav. Küsimus oli selles, et teenuseid osutava asukohaliikmesriigi ametiasutused peaksid teenuseosutaja nõudmisel väljastama talle sellise dokumendi, kui tal on kavas lähetust korraldada, tingimusel et lähetusse saadetav töötaja viibib selle riigi territooriumil seaduslikult. Seevastu oli selle ettepaneku artikli 3 lõikes 1 ette nähtud, et „[i]ga liikmesriik, kus teenuseid osutatakse, [lubaks] kolmanda riigi kodanikust palgatöötajal oma territooriumile siseneda ja seal viibida teenuste osutamiseks üks kord või korduvalt, kui sellel isikul on teenuste osutamise ajal kehtiv EÜ teenuste osutamise kaart ja isikutunnistus või pass". Selle loogika kohaselt täpsustati sama ettepaneku artikli 3 lõike 2 punktides a ja b, et põhimõtteliselt „[l]iikmesriigid, kus teenuseid osutatakse, ei saa nõuda ei lähetatud töötajalt ega teenuseosutajalt kui tööandjalt sisse- või väljasõiduviisat [ega] elamisluba [...]". Sellegipoolest lubatakse selle ettepaneku artikli 4 lõikes 2 liikmesriikidel teha kõnealusest direktiivist erandeid avaliku korra, julgeoleku ja rahvatervise põhjustel samadel tingimustel, nagu on ette nähtud nõukogu 25. veebruari 1964. aasta direktiivis 64/221/EÜ välisriigi kodanike liikumise ja elukohaga seonduvate avaliku korra, julgeoleku või tervishoiu seisukohalt õigustatud erimeetmete kooskõlastamise kohta (EÜT 1964, 56, lk 850; ELT eriväljaanne 05/01, lk 11) (mis on kohaldatav liikmesriikide kodanike suhtes).

saadakse viisa. Nagu väidab aga komisjon, ilma et Austria valitsus sellele veenvalt vastu vaidleks, sõltub viisa andmine põhimõtteliselt eelkõige EL-i lähetuskinnituse saamisest,[48] mis — nagu nägime — võib võtta aega kuni kuus nädalat alates eelnevalt nõutava deklaratsiooni kättesaamisest.[49] Sellise kinnituse saamise nõue viisa väljastamiseks võimendab seega kohapeal legaliseerimise keelu piiravat mõju.

106. Muide, just selliste takistuste vältimiseks, nagu ma juba nimetasin, sätestati 1999. aasta direktiivi ettepanekus kõikidele liikmesriikidele, kus teenuseid osutatakse, keeld nõuda lähetatud töötajalt või teenuseosutajalt (kui tööandjalt) sissesõiduviisat või muud elamisluba (välja arvatud juhul, kui kogu aasta jooksul kavandatav teenuse või teenuste osutamise periood on pikem kui kuus kuud).[50]

107. Kuigi selline teenuste osutamise vabaduse piirang võib olla õigustatud avaliku korra või julgeoleku põhjustel, on see minu arvates siiski piiravam, kui võib selliste eesmärkide nimel nõuda.

108. Ma tuletan meelde, et väljakujunenud kohtupraktika[51] kohaselt võib nendele põhjendustele tugineda vaid juhul, kui ühiskonna põhihuvisid ähvardav oht on reaalne ja piisavalt tõsine.

109. Kõnealuses õigusnormis ettenähtud sissesõiduviisa või elamisloa andmisest keeldumine võib toimuda automaatselt, kui kolmanda riigi kodanikust lähetatud töötaja on sisenenud riigi territooriumile ilma nõutava viisata. Minu arvates ei ole sellise viisanõude

48 — Üsna sarnane kord on ette nähtud siseriiklikus õigusnormis, mille üle vaieldi kohtuasjas, milles tehti eespool viidatud kohtuotsus komisjon *vs.* Saksamaa. Selle õigusnormi alusel on kolmandate riikide kodanikest töötajate lähetamiseks Saksamaale teises liikmesriigis asutatud teenuseid osutava äriühingu poolt vaja väljastada viisa vormis elamisluba, milleks peavad omakorda olema täidetud mitmed tingimused, näiteks nõue, et asjaomane töötaja on lähetust korraldavas äriühingus töötanud vähemalt üks aasta (mis sarnaneb — nagu nägime — ühe tingimusega, mis peab olema täidetud Austrias lähetuskinnituse väljastamiseks).

49 — Vt käesoleva ettepaneku punkt 36.

50 — See direktiivi ettepanek põhineb järeldusel, mille kohaselt — nagu rõhutatakse direktiivi neljandas põhjenduses — „[e]sineb teenuseosutajatel, kes peavad kolmanda riigi kodanikust töötajat lähetusse saatma, selliseid raskusi, et nad peavad sageli kas kavandatud teenusest loobuma või leppima kahjutoovate hilinemistega [...]".

51 — Vt käesoleva ettepaneku punkt 53.

rikkumine, kui taunitav see ka ei oleks,[52] piisav ühiskonna põhihuvisid ähvardava reaalse ja piisavalt tõsise ohu olemasolu jaoks[53] ning seega vaidlusaluse keelu ning sellega kaasnevate meetmete õigustamiseks (väljasaatmine ning riigi territooriumile sisenemise ja riigis viibimise keeld). Sellest tulenevalt näib kõnealune keeld automaatse kohaldatavuse tõttu ebaproportsionaalne eesmärgiga, mis seisneb avaliku korra või julgeoleku kindlustamises.

110. See on nii seda enam, kui seda keeldu kohaldatakse isegi siis, kui asjaomane töötaja viibib teda lähetava liikmesriigi territooriumil seaduslikult või kui tal on EL-i lähetuskinnitus (mis eeldab, nagu nägime, et teenuseid osutav ettevõtja on juba täitnud eriti ranged nõuded), samas kui nendel asjaoludel ei ohusta see töötaja kaugeltki avalikku korda ega julgeolekut Euroopa Kohtu praktika tähenduses, vaid annab vastupidi tõsised tagatised oma viibimise kohta riigi territooriumil ja oma tagasipöördumise kohta päritoluliikmesriiki pärast lähetuse lõppu.

111. Muide, minu teada ei karista enamik liikmesriike, kes nõuavad teises liikmesriigis asuva ettevõtja poolt kolmandate riikide kodanikest töötajate lähetamisel sissesõiduviisat või elamisluba, nende töötajate oma territooriumile ebaseaduslikult sisenemist automaatselt keeldumisega nende olukorra kohapeal legaliseerimisest.[54] Need võrdleva õiguse andmed kinnitavad minu veendumust, et kõnealune keeld ületab avaliku korra või julgeoleku kindlustamiseks vajaliku.

112. Seda järeldust ei muuda asjaolu, et — nagu väidab Austria valitsus — vaidlusalune keeld ei kehti põhimõtteliselt kolmandate riikide kodanikest töötajate suhtes, kelle on lähetanud teatud perioodiks muus liikmesriigis kui Austria asuv ettevõtja ja kellel on elamisluba neid lähetanud liikmesriigi territooriumil, kui viimane riik on Schengeni

52 — Väljakujunenud kohtupraktikast tuleneb, et „ühenduse õigus ei takista liikmesriikidel kohaldamast välismaalaste kontrolliga seonduvate siseriiklike eeskirjade rikkumise korral kõiki asjakohaseid sanktsioone [...] mis on nende sätete tõhususe tagamiseks vajalikud, tingimusel et need sanktsioonid on proportsionaalsed". Vt eespool viidatud kohtuotsus MRAX (punkt 77 ja seal viidatud kohtupraktika).

53 — Vt selle kohta 8. aprilli 1976. aasta otsus kohtuasjas 48/75: Royer (EKL 1976, lk 497, punkt 47) ja eespool viidatud kohtuotsus MRAX (punkt 79).

54 — Näib, et ainsad liikmesriigid, kes sellist sanktsiooni tunnistavad, on Itaalia Vabariik, Ungari Vabariik, Poola Vabariik ja Sloveenia Vabariik. Kuigi viisat tuleb põhimõtteliselt taotleda enne territooriumile sisenemist, üldjuhul selle riigi konsulaarasutuselt, kus väliskodanik elab, ei ole seda sanktsiooni ilmselt ette nähtud Belgia Kuningriigis, Tšehhi Vabariigis, Taani Kuningriigis, Saksamaa Liitvabariigis, Kreeka Vabariigis, Prantsuse Vabariigis, Iirimaal, Luksemburgi Suurhertsogiriigis, Rootsi Kuningriigis ning Suurbritannia ja Põhja-Iiri Ühendkuningriigis. Peale selle näib, et Belgia, Taani ja Prantsuse ametiasutused lubavad kohapeal legaliseerimise võimalust.

lepingute osapool ja ühinenud Schengeni lepingu rakenduskonventsiooniga. [55]

113. Schengeni rakenduskonventiooni artikli 21 lõige 1 näeb ette, et „[v]älismaalane võib ühe konventsiooniosalise antud kehtiva elamisloa ja kehtiva reisidokumendi alusel liikuda vabalt teiste konventsiooniosaliste territooriumil kuni kolm kuud, kui ta vastab artikli 5 lõike 1 punktides a, c ja e[[56]] osutatud sissesõidunõuetele ning kõnealune konventsiooniosaline ei ole kandnud teda siseriiklikku sissesõidukeeluregistrisse".

114. Nendest sätetest tuleneb, et Euroopa Liidu suhtes kolmandate riikide kodanikest töötajad, kelle lähetab kuni kolmeks kuuks Austriasse teises Schengeni rakenduskonventsiooniga ühinenud liikmesriigis asutatud teenuseid osutav äriühing, ei pea oma tööülesannete täitmiseks selle lähetuse raames hankima Austria ametiasutustelt mingit viisat ega elamisluba. Tingimusel, et töötaja vastab Schengeni rakenduskonventsiooni artikli 21 lõikes 1 osutatud nõuetele, piisab sellest, kui asjaomasele töötajale on elamisloa väljastanud teda lähetava lepinguosalise liikmesriigi ametiasutused. Seega ei kohalda Austria ametiasutused põhimõtteliselt neile töötajatele ilma viisata riigi territooriumile sisenemise korral sissesõiduviisa või elamisloa väljastamise keeldu.

115. Olenemata kõnealuse keelu leevenduse ulatusest (mis osutub pealegi üsna väikseks), ei oma see kaalutlus kõnealuse piirangu ebaproportsionaalsuse ja seega teise etteheite põhjendatuse hindamisel suurt tähtsust. Nimelt tuleneb väljakujunenud kohtupraktikast, et liikmesriigi kohustuste rikkumisega on tegemist tuvastatud rikkumise tähtsusest või raskusest olenemata. [57]

116. Ma järeldan sellest, et käesoleva hagi teine etteheide on põhjendatud.

55 — 14. juuni 1985. aasta konventsioon, millega rakendatakse Beneluxi Majandusliidu riikide, Saksamaa Liitvabariigi ja Prantsuse Vabariigi valitsuste vahel sõlmitud Schengeni lepingut kontrolli järkjärgulise kaotamise kohta nende ühispiiridel (EÜT 2000, L 239, lk 19; ELT eriväljaanne 19/02, lk 9; edaspidi „Schengeni rakenduskonventsioon"). Selle konventsiooniga ühinesid kõik teised Euroopa Liidu liikmesriigid, välja arvatud Iirimaa, Suurbritannia ja Põhja-Iiri Ühendkuningriik ja uued liikmesriigid (kes ühinesid Euroopa Liiduga 2004. aasta mais).

56 — Need tingimused on järgmised: a) isik peab omama Schengeni ruumi välispiiri ületamiseks kehtivat piiriületusdokumenti või -dokumente; c) esitama vajadusel dokumendid, mis tõendavad kavatsetava viibimise eesmärki ja tingimusi, ning isikul on piisavalt elatusvahendeid nii kavatsetava viibimise ajaks kui ka tagasipöördumiseks oma päritolumaale või sõiduks kolmandasse riiki, kus tema vastuvõtmine on tagatud, või ta on võimeline omandama need vahendid seaduslikul teel; e) isik ei ohusta ühegi konventsiooniosalise avalikku korda, riigi julgeolekut ega rahvusvahelisi suhteid.

57 — Vt hiljutise näitena eelkõige 1. veebruari 2001. aasta otsus kohtuasjas C-333/99: komisjon *vs.* Prantsusmaa (EKL 2001, lk I-1025, punkt 32).

IV. Ettepanek

117. Lõpetuseks teen Euroopa Kohtule ettepaneku:

1. Tuvastada, et Austria Vabariik on rikkunud EÜ artiklist 49 tulenevaid kohustusi:

   — kuna ta on võtnud vastu ja jätnud jõusse õigusnormi, mis nõuab, et teises liikmesriigis asuv ettevõtja hangiks kolmandate riikide kodanikest töötajate lähetamiseks „EL-i lähetuskinnituseks" nimetatava eelneva haldusloa, mille väljastamine eeldab esiteks seda, et asjaomastel töötajatel oleks vähemalt aastane töösuhe nimetatud ettevõtjaga või et nad oleksid sõlminud tähtajatu töölepingu, ning teiseks seda, et asjaomastele töötajatele kohaldataks tulevase lähetuse ajal Austrias kehtivaid palga- ja töötingimusi;

   — kuna ta on võtnud vastu ja jätnud jõusse õigusnormi, mis keelab süstemaatiliselt anda sissesõiduviisat või elamisluba kolmanda riigi kodanikust töötajale, kelle on lähetanud teises liikmesriigis asuv ettevõtja, kui nimetatud töötaja on sisenenud riigi territooriumile ilma viisata, nii et tema olukorda ei ole kuidagi võimalik kohapeal legaliseerida.

2. Mõista Euroopa Ühenduste Komisjoni kohtukulud välja Austria Vabariigilt, kes kannab ühtlasi ise oma kohtukulud.