JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
NIAL FENNELLY
16 päivänä syyskuuta 1999 *

I Johdanto

1. Nyt käsiteltävänä oleva asia antaa yhteisöjen tuomioistuimelle mahdollisuuden määritellä tarkemmin asiassa Bosman antamansa tuomion [1] ulottuvuutta koskien EY:n perustamissopimuksen 48 artiklan (josta on muutettuna tullut EY 39 artikla) soveltumista sellaisiin työntekijöiden vapaan liikkuvuuden rajoituksiin, jotka eivät ole kansalaisuuden perusteella syrjiviä. Käsiteltävänä on seuraava kysymys: Jos työntekijä, joka irtisanoutuu vapaaehtoisesti ottaakseen vastaan työn toisessa jäsenvaltiossa, menettää laissa säädetyn oikeutensa sellaiseen työnantajan maksamaan korvaukseen, jonka hän saisi, mikäli hänet irtisanottaisiin, hänen työsuhteensa päätettäisiin tai hänet siirrettäisiin eläkkeelle, niin onko tätä pidettävä työntekijöiden vapaan liikkuvuuden rajoituksena, kun kyseisen korvauksen suuruus riippuu työntekijän työsuhteen keskeytymättömästä kestosta entisen työnantajansa palveluksessa. Tähän varsinaiseen kysymykseen vastattaessa joudutaan ratkaisemaan useita perustavaa laatua olevia esikysymyksiä, joista mainittakoon erityisesti seuraavat: Kuinka määritellään sellainen kielletty työntekijöiden vapaan liikkuvuuden rajoitus, joka ei ole luonteeltaan syrjivä? Riippuuko näiden rajoittavien vaikutusten olemassaolo jollakin tavalla vapaata liikkuvuutta koskevan oikeuden käyttämisestä? Onko tällaisella rajoituksella oltava vaikutusta mahdollisuuteen harjoittaa taloudellista toimintaa vai voiko se aiheutua pelkästään tällaisen toiminnan harjoittamisen sääntelystä? Onko rajoituksen estettävä työntekijöitä käyttämästä oikeuksiaan vai riittääkö pelkästään se, että rajoitus saa työntekijät luopumaan oikeuksiensa käyttämisestä tai vaikeuttaa sitä? Onko rajoittavan vaikutuksen oltava voimakkuudeltaan tai intensiteetiltään tietynasteista? Onko rajoituksen estävän tai epäsuotuisan vaikutuksen oltava suora vai voiko se olla myös epäsuora? Onko näiden haitallisten vaikutusten oltava varmoja vai voivatko ne olla pelkästään satunnaisia? Näihin kysymyksiin vastattaessa on kiinnitettävä erityistä huomiota siihen laajempaan kysymykseen, voiko yhteisöjen tuomioistuimen viimeaikainen tavaroiden vapaata liikkuvuutta koskeva oikeuskäytäntö — mukaan lukien yhdistetyissä asioissa Keck ja Mithouard annettu tuomio —, [2] jossa yhteisöjen tuomioistuin on rajoittanut eräiden aikaisempien ratkaisujensa soveltamisalaa, antaa hyödyllisiä suuntaviivoja nyt käsiteltävänä olevassa asiassa.

II Asiaa koskevat tosiseikat ja oikeussäännöt

Kansallinen oikeus

2. Nyt käsiteltävänä olevan asian kannalta relevantit korvausta koskevat Angestell-

* Alkuperäinen kieli: englanti.

1 — Asia C-415/93, Union Royale Belge des Sociétés de Football Association ym. v. Bosman ym. (jäljempänä Bosman), tuomio 15.12.1995 (Kok. 1995, s. I-4921).

2 — Yhdistetyt asiat C-267/91 ja C-268/91, Keck ja Mithouard (jäljempänä Keck), tuomio 24.11.1993 (Kok. 1993, s. I-6097).

tengesetzin (Itävallan toimihenkilölaki; jäljempänä AngG) 23 §:n säännökset kuuluvat seuraavasti:

"1) Jos työsuhde on jatkunut keskeytyksettä 3 vuotta, toimihenkilöille maksetaan työsuhteen päättyessä korvaus. Korvauksen suuruus on 2 kertaa toimihenkilön työsuhteen viimeiseltä kuukaudelta saama palkka, ja korvauksen määrä nousee siten, että se on 5 työvuoden jälkeen 3 kertaa, 10 työvuoden jälkeen 4 kertaa, 15 työvuoden jälkeen 6 kertaa, 20 työvuoden jälkeen 9 kertaa ja 25 työvuoden jälkeen 12 kertaa viimeisen kuukauden työstä saatu palkka.

7) — — Oikeutta korvaukseen ei ole, jos toimihenkilö itse irtisanoutuu, jos hän ilman painavaa syytä eroaa työstä ennenaikaisesti tai jos hänen työsuhteensa ennenaikainen päättäminen perustuu hänestä johtuvaan syyhyn — —."

3. AngG:n 23 a §:ssä säädetään, että oikeus korvaukseen on myös silloin kun vähintään kymmenen vuotta jatkunut keskeytymätön työsuhde päättyy toimihenkilön omasta aloitteesta toimihenkilön saavutettua eläkeiän (miehillä 65 vuotta, naisilla 60 vuotta), toimihenkilön siirtyessä varhaiseläkkeelle tai työkyvyttömyyden tai alentuneen työkykyisyyden seurauksena. AngG:n 23 ja 23 a §:n nojalla maksettavia korvauksia kohdellaan verotuksessa edullisesti siten, että niiden saajien tosiasiallisesti saamat summat ylittävät huomattavasti heidän normaalien nettopalkkojensa yhteismäärän niiltä kuukausilta, joiden perusteella korvaus on laskettu.

4. AngG:n 26 §:ssä määritellään, missä tapauksissa toimihenkilön aloitteesta tapahtuva työsuhteen ennenaikainen päättäminen ei johda siihen, että toimihenkilö menettäisi oikeuden edellä mainittuun korvaukseen. Kuten yhteisöjen tuomioistuin asiassa Gruber aiemmin tällä viikolla antamassaan tuomiossa toteaa, kaikki tällaiset painavat syyt työsuhteen päättämiselle liittyvät joko työoloihin yrityksessä tai työnantajan käytökseen, joiden johdosta työnteon jatkaminen asianomaisessa yrityksessä on käynyt mahdottomaksi. [3]

Asian käsittely kansallisissa tuomioistuimissa

5. Pääasian kantaja ja valittaja, Volker Graf (jäljempänä kantaja), on Saksan kansalainen. Hän työskenteli Itävallassa vastaajan, Filzmoser Maschinenbau GmbH:n (jäljempänä vastaaja) palveluksessa 3.8.1992 alkaen. Kantaja irtisanoi työsopimuksensa 29.2.1996 päivätyllä kirjeellään 30.4.1996 alkaen ja aloitti työskentelyn eräässä yrityksessä Saksassa 1.5.1996. Kantaja vaati AngG:n 23 §:n 1 momentin

3 — Asia C-249/97, Gabriele Gruber v. Silhouette International Schmied, tuomio 14.9.1999 (Kok. 1999, s. I-5295, 32 kohta).

nojalla kahden kuukauden palkkaansa vastaavaa korvausta, jota vastaaja kieltäytyi maksamasta AngG:n 23 §:n 7 momenttiin vedoten. Kantaja nosti Landesgericht Welsissä kanteen vaatien riidanalaisen korvauksen maksamista ja Landesgerichtin hylättyä tämän vaatimuksen kantaja valitti asiasta Oberlandesgericht Linziin (jäljempänä kansallinen tuomioistuin).

6. Kantaja totesi Landesgericht Welsissä, että oikeutta riidanalaiseen korvaukseen koskeva, AngG:n 23 §:n 7 momentissa tarkoitettu rajoitus vaikuttaa lähinnä sellaisten siirtotyöläisten asemaan, jotka luopuvat vapaaehtoisesti työstään siirtyäkseen toiseen jäsenvaltioon, mistä syystä kysymyksessä on välillinen syrjintä. Vähintäänkin rajoitusta on kantajan mielestä pidettävä suhteellisuusperiaatteen vastaisena taloudellisena sanktiona, joka rajoittaa työntekijöiden oikeutta vapaaseen liikkuvuuteen ja joka ei ole objektiivisesti perusteltu. Vastaaja totesi, että AngG:n 23 §:n 7 momentti ei ole vaikutukseltaan syrjivä, koska useimmat niistä henkilöistä, joiden asemaan se vaikuttaa, asuvat ja tulevat myös jatkossa asumaan vakituisesti Itävallassa. Lisäksi sen tarkoituksena ei ole työmarkkinoille pääsyn sääntéleminen, se ei ole kielto eikä se estä tai saa työntekijää luopumaan ottamasta vastaan työtä toisessa jäsenvaltiossa. Sillä on sen sijaan vastaajan mukaan kaksinainen sosiaalinen päämäärä, yhtäältä työntekijöiden suojeleminen työsuhteen päättymiseltä ja toisaalta työntekijöiden lojaalisuuden edistäminen.

7. Landesgericht Wels katsoi, että AngG:n 23 §:n 7 momentti ei ole kansalaisuuden perusteella syrjivä ja että siinä ei myöskään rajoiteta henkilöiden liikkuvuutta jäsenvaltiosta toiseen enempää kuin vastaavaa liikkuvuutta jäsenvaltion sisällä. Sen mukaan korvauksen menettämisestä kyseisessä tapauksessa ei myöskään aiheutunut tuntuvaa ei-syrjivää liikkuvuuden rajoitusta. Korvauksen menettäminen ei ollut verrattavissa asiassa Bosman esillä olleeseen siirtokorvaukseen, joka oli niin korkea, että yksikään työnantaja ei olisi sitä maksanut. Landesgericht Wels katsoi, että korvauksen menettäminen on vain yksi tekijä — samalla tavalla kuin minkä tahansa muunkin sosiaaliturvaetuuden menettäminen —, joka työntekijän on otettava huomioon arvioidessaan sitä taloudellisten vaikutusten kokonaisuutta, joka mahdolliseen työpaikan vaihtamiseen liittyy. Lisäksi se katsoi, että mahdollinen rajoittava vaikutus voidaan perustella objektiivisesti asianomaisen säännöksen sosiaalisilla päämäärillä, joita ovat siirtymäkauden korvauksen turvaaminen työpaikkansa ennalta aavistamatta menettäville työntekijöille sekä vanhempien työntekijöiden suojeleminen sitä kautta, että heidän erottamisestaan aiheutuu työnantajalle suuremmat kustannukset.

8. Kantaja totesi valituksessaan, että yhteisöjen tuomioistuin ei ole edellyttänyt asiassa Bosman antamassaan tuomiossa, että vapaan liikkuvuuden rajoituksen olisi oltava tuntuva. Kansallinen tuomioistuin katsoi, että riidanalainen säännös koski pääasiassa asianomaisessa maassa asuvia henkilöitä, joten kysymyksessä ei näin ollen ollut sellaisten työntekijöiden epäsuora syrjintä, jotka olisivat olleet halukkaita muuttamaan töihin toiseen jäsenvaltioon. Kansallinen tuomioistuin piti kyseenalaisena sitä, että korvauksen epääminen siinä tapauksessa, että työntekijä päätti työsuhteensa vapaaehtoisesti, olisi ollut tar-

peellista niiden sosiaalipoliittisten tavoitteiden saavuttamiseksi, joihin Landesgericht oli viitannut. Se huomautti tältä osin, että yhtäältä työnantajan aloitteesta tapahtuvissa työsuhteen ennenaikaisissa päättämisissä syy on usein työntekijässä, eivätkä he ole siitä näin ollen myöskään yllättyneitä, ja että toisaalta työntekijöillä oli usein täysin hyväksyttävä syy vaihtaa vapaaehtoisesti työpaikkaansa. Kansallinen tuomioistuin oli myös epävarma siitä, minkälaisten kriteereiden avulla olisi mahdollista tunnistaa perustamissopimuksen soveltamisalaan kuuluva ei-syrjivä työntekijöiden vapaan liikkuvuuden rajoittaminen. Yhteisöjen tuomioistuin totesi asiassa Bosman antamassaan tuomiossa, että työntekijää ei saa "estää tai yrittää estää" käyttämästä perustavaa laatua olevaa oikeuttaan, mutta tuomioistuin viittasi tässä tuomiossaan lisäksi myös asiassa Kraus antamaansa tuomioon,[4] jossa se määritteli rajoitukseksi minkä tahansa kansallisen toimenpiteen, joka "voi estää" käyttämästä liikkumisvapautta tai "tehdä sen käytön vähemmän houkuttelevaksi".

9. Edellä mainittujen epäilystensä vuoksi kansallinen tuomioistuin päätti lykätä asian ratkaisemista ja esitti EY:n perustamissopimuksen 177 artiklan (josta on tullut EY 234 artikla) nojalla yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavan ennakkoratkaisukysymyksen:

"Onko EY:n perustamissopimuksen 48 artiklan vastaisena pidettävä sellaista kansallista lainsäädäntöä, jonka mukaan työntekijällä, joka on jonkin jäsenvaltion kansalainen, ei ole työsuhteensa päättyessä oikeutta irtisanomiskorvaukseen pelkästään siksi, että hän on itse irtisanonut tämän työsuhteen tehdäkseen palkkatyötä toisessa jäsenvaltiossa?"

III Yhteisöjen tuomioistuimelle esitetyt huomautukset

10. Käsiteltävänä olevassa asiassa ovat kirjallisia ja suullisia huomautuksia esittäneet kantaja, vastaaja, Italian tasavalta ja komissio. Kirjalliset huomautuksensa ovat lisäksi esittäneet Tanskan kuningaskunta, Saksan liittotasavalta, Itävallan tasavalta sekä Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta.

IV Asianosaisten väitteet ja tapauksen erittely

A *Kansalaisuuteen perustuva syrjintä*

11. Kantaja on toistanut väitteensä, jonka mukaan AngG:n 23 §:n 7 momentin on katsottava merkitsevän kansalaisuuteen perustuvaa epäsuoraa syrjintää. Vastaaja, komissio ja ne jäsenvaltiot, jotka ovat esittäneet asiassa huomautuksensa, ovat kaikki toista mieltä. Ne kiistävät, että AngG:n 23 §:n 7 momentilla olisi mitään syrjivää vaikutusta, koska sitä sovelletaan erotuksetta ja se vaikuttaa pääsääntöisesti sellaisiin työntekijöihin, jotka päättävät työsuhteensa vapaaehtoisesti lähtemättä pois Itävallasta. Lisäksi useat niistä ovat

4 — Asia C-19/92, Kraus v. Land Baden-Württemberg (jäljempänä Kraus), tuomio 31.3.1993 (Kok. 1993, s. I-1663).

huomauttaneet, että kansallinen tuomioistuin totesi nimenomaisesti ennakkoratkaisupyynnössään, että riidanalainen säännös ei ole epäsuorasti syrjivä.

12. On itsestään selvää, että AngG:n 23 §:n 7 momenttiin ei sisälly suoraa kansalaisuuteen perustuvaa syrjintää. Kansallinen tuomioistuin ei itse asiassa ottanut lainkaan kantaa kansalaisuuteen perustuvaan epäsuoraan syrjintään, vaan se ainoastaan totesi, että AngG ei rankaise erityisesti niitä henkilöitä, jotka muuttavat toiseen valtioon työskennelläkseen siellä.[5] Ei kuitenkaan ole viitteitä siitä, että asianomainen säännös vaikuttaisi käytännössä ensisijaisesti sellaisiin henkilöihin, jotka eivät ole Itävallan kansalaisia. Sen vuoksi siirryn käsittelemään seuraavaksi kysymystä, sisältyykö AngG:n 23 §:n 7 momenttiin kuitenkin ei-syrjivä vapaan liikkuvuuden rajoitus.

B *Rajoitukset, jotka eivät ole syrjiviä — Väitteet ja niiden perustelut*

13. Kantaja on esittänyt toissijaisesti, että käsiteltävänä oleva asia on verrattavissa tapaukseen Bosman, koska on merkityksetöntä, kärsiikö työntekijä taloudellisen menetyksen työnantajan vaihtamisen vuoksi vai, kuten asiassa Bosman, onko uuden työnantajan suoritettava maksu työntekijän palkkaamiseksi. Tämän vuoksi AngG:n 23 §:n 7 momenttiin sisältyy hänen mukaansa myös sellainen vapaan liikkuvuuden rajoitus, joka ei ole syrjivä. Hän on myös kyseenalaistanut sen, oikeuttavatko AngG:n yleisesti tunnustetut tavoitteet — työntekijöiden lojaalisuuden edistäminen ja uuteen työhön siirtymisen helpottaminen työsuhteen päättymisen jälkeen — tällaisen rajoituksen.

14. Sen kysymyksen osalta, merkitseekö AngG:n 23 §:n 7 momentti työntekijöiden vapaan liikkuvuuden ei-syrjivää rajoitusta, muut yhteisöjen tuomioistuimelle esitetyt huomautukset voidaan jakaa kahteen ryhmään. Vastaajan mukaan EY 39 artiklan tavoitteena on poistaa jäsenvaltioiden välisistä rajoista johtuvat vapaan liikkuvuuden rajoitukset, eikä niinkään sääntelyn purkaminen[6] ja liikkuvuuden kannustaminen vain sen itsensä vuoksi. Tämän vuoksi ainoastaan sellaiset toimenpiteet, jotka tekevät työpaikan vastaanottamisen toisessa jäsenvaltiossa mahdottomaksi tai kohtuuttoman vaikeaksi — oikeudellisesti tai tosiasiallisesti —, ovat EY 39 artiklassa kiellettyjä.[7] Esimerkkeinä voidaan mainita sellaiset toimenpiteet, jotka tekevät taloudellisen toiminnan aloittamisen vaikeammaksi toisessa jäsenvaltiossa kuin siinä jäsenvaltiossa, jossa toimenpidettä sovelle-

5 — Ks. myös jäljempänä 22 kohta.

6 — EY:n perustamissopimuksen 30 artiklan (josta on muutettuna tullut EY 28 artikla) tavoitteiden osalta ks. julkisasiamies Tesauron esittämä ratkaisuehdotus asiassa C-292/92, Hünermund v. Landesapothekerkammer Baden-Württemberg (jäljempänä Hünermund), tuomio 15.12.1993 (Kok. 1993, s. I-6787).

7 — Edellä alaviitteessä 1 mainittu asia Bosman, tuomion 96 kohta; sijoittautumisvapauden osalta ks. asia 107/83, Ordre des Avocats au Barreau de Paris v. Klopp (jäljempänä Klopp), tuomio 12.7.1984 (Kok. 1984, s. 2971) ja asia 96/85, komissio v. Ranska, tuomio 30.4.1986 (Kok. 1986, s. 1475).

taan,[8] samoin kuin erotuksetta sovellettavat ammatin tai muun taloudellisen toiminnan harjoittamisen edellytykset, jos nämä edellytykset muodostuvat raskaammiksi toisesta jäsenvaltiosta lähtöisin oleville työntekijöille sen vuoksi, että heidän jo hankkimaa pätevyyttään tai saavutettuja taitojaan ei oteta huomioon.[9] Toisaalta taas EY 39 artiklassa kiellettyinä rajoituksina ei voida pitää sellaisia kansallisia toimenpiteitä, joiden rajoittava vaikutus jäsenvaltiorajan ylittävään työvoiman liikkuvuuteen on täysin neutraali ottaen huomioon identtinen rajoittava vaikutus työvoiman liikkuvuuteen kysymyksessä olevan jäsenvaltion sisällä. Muutoin kyseisen määräyksen soveltamisala olisi kohtuuttoman laaja ja ulottuisi myös sellaisiin kansallisiin säännöksiin, jotka koskevat työn tekemisen kannustimia, eläkejärjestelmiä ja työntekijöiden suojelua samoin kuin mihin tahansa säännökseen, joka tekisi työskentelyn tietyssä jäsenvaltiossa houkuttelevammaksi takaamalla korkeamman palkan ja paremman työsuhdeturvan.

15. Toisaalta komissio (jonka kantaa huomautuksensa esittäneet jäsenvaltiot ovat nimenomaisesti tai implisiittisesti tukeneet) hyväksyy sen, että asioissa Kraus ja Bosman kuten myös — lähialueella eli sijoittautumisvapauden osalta — asiassa Gebhard annetuista tuomioista selvästi ilmenee, että työntekijöiden tai ammatinharjoittajien ei-syrjivän vapaan liikkuvuuden rajoittamisen kielto ulottuu myös muunlaisiin toimenpiteisiin, kuin vain niihin, joista on erityistä haittaa jäsenvaltioiden väliselle liikkuvuudelle. Huolimatta edellä mainituissa tuomioissa käytetyistä väljistä sanamuodoista tällaisia rajoituksia määriteltäessä,[10] komissio kuitenkin katsoo, ettei perustamissopimuksessa oleva kielto ulotu kaikkiin sellaisiin kansallisiin säännöksiin, jotka saattavat saada työntekijän luopumaan liikkumisvapautta koskevan oikeutensa käyttämisestä. Asiassa Bosman oli päinvastoin kysymys sellaisista määräyksistä, jotka nimenomaisesti estivät työntekijää tekemästä työsopimusta jalkapalloilijana toisessa jäsenvaltiossa. Komissio, Tanska, Italia ja Yhdistynyt kuningaskunta — kukin eri sanamuodoin — kehottavat yhteisöjen tuomioistuinta seuraaman julkisasiamies Lenzin asiassa Bosman esittämää tulkintaa, jonka mukaan tulisi omaksua nimenomainen erottelu — asiaa Keck lainaten — ja erottaa kansalliset säännökset, jotka sääntelevät pääsyä työmarkkinoille, niistä kansallisista säännöksistä, jotka ainoastaan sääntelevät tietyn toiminnan harjoittamista (esimerkkeinä työntekijöiden suojelu, palkka-asteikot, työolosuhteet jne.).

16. Lisäksi komissio toteaa, että ennen kuin mitään erottelua sen välille, onko kysymys mahdollisuudesta alkaa harjoittaa taloudellista toimintaa palkattuna työntekijänä vai ainoastaan tällaisen toiminnan harjoittamisen sääntelemisestä, tarvitsee ylipäänsä tehdä, on osoitettava, että väitetysti rajoittava kansallinen säännös on suorassa yhteydessä päätökseen käyttää oikeutta vapaaseen liikkuvuuteen tarkoituksena työskennellä toisessa jäsenvaltiossa. Myös Saksa on esittänyt vastaavan näkemyksen.

17. Itävalta ja Yhdistynyt kuningaskunta ovat omaksuneet hieman toisenlaisen läh-

8 — Asia C-10/90, Masgio, tuomio 7.3.1991 (Kok. 1991, s. I-1119); asia 143/87, Stanton v. INASTI, tuomio 7.7.1988 (Kok. 1988, s. 3877); asia C-53/95, Inasti v. Kemmler, tuomio 15.2.1996 (Kok. 1996, s. I-703) ja asia C-272/94, Guiot, tuomio 28.3.1996 (Kok. 1996, s. I-1905).

9 — Asia 222/86, UNECTEF v. Heylens, tuomio 15.10.1987 (Kok. 1987, s. 4096); asia C-340/89, Vlassopoulou, tuomio 7.5.1991 (Kok. 1991, s. I-2357) ja asia 16/78, Choquet, tuomio 28.11.1978 (Kok. 1978, s. 2293; Kok. Ep. IV, s. 257).

10 — Ks. esim. edellä alaviitteessä 1 mainittu asia Bosman, tuomion 96 kohta ja asia C-55/94, Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano (jäljempänä Gebhard), tuomio 30.11.1995 (Kok. 1995, s. I-4165).

tökohdan ja edellyttäneet sen arvioimista, miten voimakkaasti tai intensiivisesti väitetty rajoitus vaikuttaa. Nyt käsiteltävänä olevassa asiassa esillä oleva rahamäärä ei niiden mukaan ole verrattavissa asiassa Bosman esillä olleeseen siirtomaksuun. Niiden mielestä nyt esillä olevan korvauksen menettämistä ei voida pitää tosiasiallisena esteenä työpaikan vaihtamiselle, vaan ainoastaan eräänä niistä monista tekijöistä, jotka työntekijä joutuu ottamaan huomioon harkitessaan tällaiseen toimenpiteeseen ryhtymistä.

C *Asiassa Keck annetun tuomion merkitys*

18. Haluan huomauttaa aluksi — vastauksena edellä 1 kohdassa esitetyistä kysymyksistä viimeiseen —, että mielestäni yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntö tavaroiden vapaan liikkuvuuden osalta, mukaan lukien asiassa Keck annettu tuomio, antaa hyödyllisiä suuntaviivoja EY:n perustamissopimuksen 48 artiklaa (josta on muutettuna tullut EY 39 artikla) sovellettaessa. Esitän ensin eräitä alustavia huomautuksia Keck-oikeuskäytännön osalta ennen kuin käsittelen nyt esillä olevia työntekijöiden vapaata liikkuvuutta välittömämmin koskevia kysymyksiä. Haluan kuitenkin lisätä, että kahden eri alueen välinen analogia voi vain harvoin olla täydellistä ja että erityisesti asiassa Keck omaksuttua ajatusmallia voidaan soveltaa työntekijöiden vapaan liikkuvuuden kysymyksiin vain, mikäli se pelkistetään sen keskeisiin osatekijöihin ja jätetään ottamatta huomioon sellaiset tiukemmat ja muodollisemmat — tuotteisiin kohdistuvien vaatimusten ja eräiden myyntijärjestelyjen välille tehdyt — jaottelut, jotka soveltuvat vain tavaroiden tuotantoa ja jakelua koskeviin kysymyksiin. Henkilöt eivät ole tavaroita, ja toisaalta siirtolaisuusprosessia, jonka päämääränä on työskentely tai elinkeinon harjoittamisen aloittaminen ulkomailla — mukaan lukien tähän liittyvä valmistautuminen —, ei voida jakaa luontevasti (massa)tuotanto- ja markkinointivaiheeseen. Lisäksi kahtiajako tavaroihin kohdistuviin vaatimuksiin ja myyntijärjestelyihin ei ole tyhjentävä edes niiden mahdollisten rajoitusten osalta, joita voi esiintyä tavaroiden kaupassa.

19. Muodollinen jako tavaroihin kohdistuviin vaatimuksiin ja myyntijärjestelyihin on vähemmän tärkeä kuin sen omaksumiseen johtaneet perustelut eli niiden olosuhteiden määritteleminen, joissa erityyppisillä säännöksillä on samanlainen eitoivottu vaikutus markkinoille pääsyyn. Yhteisöjen tuomioistuin erotti näin ollen joukosta myyntijärjestelyjä koskevat kansalliset säännökset — kuten tappiollisen jälleenmyynnin kieltävät säännökset asiassa Keck —, koska siltä osin kuin tällaisia säännöksiä sovellettiin erottelematta ja niillä oli sama vaikutus kaikkien tuotteiden markkinointiin — sekä oikeudellisesti että tosiasiallisesti —, ne eivät tuomioistuimen mukaan estäneet tuontituotteiden markkinoille pääsyä eivätkä rajoittaneet sitä enempää kuin mitä ne rajoittivat kotimaisten tuotteiden markkinoille pääsyä. [11] Kyseiset säännökset eivät näin ollen toteuttaneet asiassa Dassonville annetussa tuomiossa omaksuttuja tunnusmerkkejä, joiden mukaan EY:n perustamissopimuksen 30 artiklaa (josta on muutettuna tullut EY 28 artikla) sovelletaan kaikkiin jäsenvaltioiden säännöksiin, jotka voivat rajoittaa yhteisön sisäistä kauppaa suoraan tai välillisesti, tosiasiallisesti tai mahdollisesti. [12] Nyt käsiteltävänä olevan asian kannalta suurin merkitys on asiassa Keck annetulla tuomiolla, koska

11 — Edellä alaviitteessä 2 mainittu asia Keck, tuomion 16 ja 17 kohta.

12 — Asia 8/74, Procureur du Roi v. Dassonville (jäljempänä Dassonville), tuomio 11.7.1974 (Kok. 1974, s. 837, 5 kohta; Kok. Ep. II, s. 349).

siinä yhteisöjen tuomioistuin on arvioinut uudelleen aikaisempaa pyrkimystään soveltaa erittäin yleisluonteisia — eli asiassa Dassonville esitettyjä — tunnusmerkkejä yhdenmukaisella tavalla tavaroiden kauppaa koskevien esteiden määritelmään. Tällaisten tunnusmerkkien soveltaminen oli johtanut siihen, että myös sellaisiin kansallisiin säännöksiin, jotka eivät olleet syrjiviä eivätkä erityisemmin rajoittaneet kaupankäyntiä (esimerkkinä kauppojen aukioloaikoja koskevat säännökset), jouduttiin soveltamaan samaa kieltoa ja samanlaista mahdollisten oikeuttamisperusteiden arviointitapaa kuin sellaisiin kansallisiin säännöksiin (esimerkkinä tuotteisiin kohdistuvat vaatimukset), jotka jo yksistään eri jäsenvaltioiden kansallisissa säännöksissä olleiden eroavaisuuksien vuoksi aiheuttivat merkittävää haittaa tavaroiden vapaalle liikkuvuudelle. [13] Yhteisöjen tuomioistuimella oli näin ollen perusteet esittää kokemuksensa ja markkinoiden käyttäytymistä koskevan tietämyksensä perusteella presumptiot erityyppisten säännösten todennäköisistä vaikutuksista EY 28 artiklaan sisältyvän perimmäisen tavoitteen — sellaisen sisämarkkina-alueen luomisen, johon eri jäsenvaltioista peräisin olevilla tuotteilla on yhtäläinen pääsy edellyttäen, että julkisen edun asettamista vaatimuksista ei muuta johdu — saavuttamiseksi. Tällaisia presumptioita ei kuitenkaan tulisi pitää ratkaisevina. Se, että yhteisöjen tuomioistuin esittää presumptiot erilaisten väljästi määriteltyjen säännöskategorioiden markkinavaikutuksista, on perusteltua edellyttäen, että konkreettisissa yksittäistapauksissa tällaisen presumption pätevyys testataan markkinoille pääsyn perimmäisten tavoitteiden valossa sen sijaan että tällaista presumptiota pidettäisiin automaattisesti riittävänä perusteena tapauksen ratkaisemiseksi. Tällainen lähestymistapa, jossa niiden säännösten — jotka katsotaan vaikutuksiltaan pikemminkin marginaalisiksi — markkinavaikutukset konkreettisesti arvioidaan, helpottaisi ja selventäisi laaja-alaisen ja yhdenmukaisen rajoitusten määritelmän, kuten asiassa Dassonville esitetyn määritelmän, soveltamista. Samalla se antaisi kansallisille lainsäätäjille ja taloudellisille toimijoille ohjausta siitä, miten tällaisia säännöksiä oikeudellisesti arvioidaan.

20. Käsiteltävänä olevassa asiassa ei ole tarpeen tutkia, onko yhteisöjen tuomioistuimen asiassa Keck esittämää presumptiota, jonka mukaan myyntijärjestelyjä koskevat kansalliset säännökset eivät suoran tai peitellyn syrjinnän puuttuessa vaikuta maahantuojien markkinoille pääsyyn, pidettävä toimivana. Yhteisöjen tuomioistuin on nimittäin äskettäin soveltanut asiassa Keck esittämiään muodollisia kriteereitä suhteellisen vähäisin muutoksin tapauksiin, joissa se on katsonut, että markkinoille pääsyä on merkittävästi vaikeutettu. Asiassa Dior antamassaan tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että sellaiset kansalliset säännökset, jotka sallivat tavaramerkkien ja tekijänoikeuksien haltijoiden estää rinnakkaistuojia mainostamasta tavaroiden jälleenmyyntiä, kuuluivat EY 28 artiklan soveltamisalaan, koska ne vaikeuttivat "tuntuvasti" tavaroiden markkinoille pääsyä. [14] Vaikuttaa siltä, että kyseisten kansallisten säännösten perusteella olisi myös voitu estää kotimaisen selektiivisen jakelusysteemin ulkopuolelle jääneiden tuotteiden mainostaminen, eikä yhteisöjen tuomioistuin viitannut

13 — Asia 120/78, Rewe v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (jäljempänä Cassis de Dijon), tuomio 20.2.1979 (Kok. 1979, s. 649; Kok. Ep. IV, s. 403); ks. lisäksi esim. yhdistetyt asiat 60/84 ja 61/84, Cinéthèque v. Fédération Nationale des Cinémas Français, tuomio 11.7.1985 (Kok. 1985, s. 2605, 21 ja 22 kohta).

14 — Asia C-337/95, Parfums Christian Dior v. Evora (jäljempänä Dior), tuomio 4.11.1997 (Kok. 1997, s. I-6013, 51 kohta). Mainontaa koskevat säännökset rinnastetaan myyntijärjestelyjä koskeviin säännöksiin: ks. edellä alaviitteessä 6 mainittu asia Hünermund.

lainkaan kotimaisten tai ulkomaisten tuotteiden erilaiseen kohteluun. (Se on kuitenkin saattanut katsoa, että tällaisilla säännöksillä on suurempi vaikutus tuontituotteisiin.) Eräässä toisessa asiassa antamassaan tuomiossa, jossa yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että kaikkiin kauppiaisiin sovellettavalla mainontasäännöksellä — lapsille kohdistetun televisiomainonnan täydellisellä kiellolla asiassa De Agostini — saattoi olla suurempi vaikutus muista jäsenvaltioista tuotuihin tuotteisiin, tuomioistuin sen sijaan — viittaamatta lainkaan kotimaisten tuottajien asemaan — vetosi tähän sen vuoksi, että asianomainen maahantuoja oli väittänyt, että tällainen mainonta oli sille ainoa tehokas myynninedistämiskeino, jonka avulla se saattoi päästä kyseisen jäsenvaltion markkinoille.[15] Näin ollen vaikuttaa siltä, että kansallisilla säännöksillä voi tosiasiassa olla erilainen vaikutus maahan tuotujen ja kotimaisten tuotteiden mainontaan sekä sen seurauksena myös niiden markkinoille pääsyyn jo pelkästään sillä perusteella, että uusia (maahan tuotuja) tuotteita on suurempi tarve markkinoida kuin (kotimaisia) tuotteita, jotka ovat jo vakiinnuttaneet asemansa markkinoilla. Tämä vastaa sitä päätelmää, johon päädyttäisiin sovellettaessa suoraan julkiasiamies Jacobsin asiassa Leclerc-Siplec esittämiä arviointiperusteita, joiden mukaan ratkaisevaa on tuntuva vaikutus markkinoille pääsyyn.[16] Lisäksi yhteisöjen tuomioistuin totesi asiassa Alpine Investments antamassaan tuomiossa, että asiassa Keck omaksuttua ajatusmallia ei voitu soveltaa analogisesti sellaiseen ei-syrjivään kansalliseen säännökseen, joka esti tuottajia käyttämästä nopeaa ja välitöntä markkinointimenetelmää (joka ei ollut välttämättä ainoa mahdollinen menetelmä) ja ottamasta puhelimitse yhteyttä toisissa jäsenvaltioissa asuviin mahdollisiin asiakkaisiin (cold calling), koska tämä säännös rajoitti välittömästi palvelujen pääsyä toisen jäsenvaltion markkinoille.[17]

D *Siirtolaisuuteen perustuva syrjintä*

21. Seuraavaksi ryhdyn käsittelemään suoraan työntekijöiden vapaan liikkuvuuden osalta EY 39 artiklassa kiellettyjen rajoitusten tulkintaa ja kyseisen artiklan mahdollista soveltamista AngG:n 23 §:n 7 momenttiin. EY 39 artiklan 2 kohdassa säädetään nimenomaisesti, että kansalaisuuteen perustuva työntekijöiden syrjintä on kiellettyä ilman, että tarvitsisi määritellä tällaisen syrjinnän täsmällistä vaikutusta heidän pääsyynsä työmarkkinoille. Koska nyt käsiteltävänä olevassa asiassa on kuitenkin kysymys väitetystä esteestä *lähteä* yhdestä jäsenvaltiosta tarkoituksena muuttaa työskentelemään muualle yhteisön alueelle, on tarpeen kiinnittää huomiota ei vain avoimen ja peitellyn kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa koskevaan yhteisöjen tuomioistuimen vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön,[18] vaan myös sen oikeuskäytäntöön sellaisen syrjinnän osalta, jota voitaisiin kutsua siirtolaisuu-

15 — Yhdistetyt asiat C-34/95, C-35/95 ja C-36/95, KO v. De Agostini ja TV-Shop (jäljempänä De Agostini), tuomio 9.7.1997 (Kok. 1997, s. I-3843, 42—44 kohta).

16 — Asia C-412/93, Leclerc-Siplec v. TF1 Publicité ja M6 Publicité (jäljempänä Leclerc-Siplec), tuomio 9.2.1995 (Kok. 1995, s. I-179, ratkaisuehdotuksen 50—54 kohta).

17 — Asia C-384/93, Alpine Investments, tuomio 10.5.1995 (Kok. 1995, s. I-1141, 28 ja 33—38 kohta). Lisäksi tuomiosta ilmenee selvästi, että sitä tosiseikkaa, että rajoituksen asettajana oli valtio, johon palvelujen tuottaja oli sijoittautunut, ei pidetty tältä osin relevanttina; ks. tuomion 29—31 kohta.

18 — Ks. esim. asia C-204/90, Bachmann v. Belgia, tuomio 28.1.1992 (Kok. 1992, s. I-249); asia C-419/92, Ingetraut Scholz v. Opera Universitaria di Cagliari ja Cinzia Porcedda, tuomio 23.2.1994 (Kok. 1994, s. I-505); asia C-15/96, Schöning-Kougebetopoulou v. Freie und Hansestadt Hamburg, tuomio 15.1.1998 (Kok. 1998, s. I-47) ja asia C-350/96, Clean Car Autoservice v. Landeshauptmann von Wien, tuomio 7.5.1998 (Kok. 1998, s. I-2521).

teen perustuvaksi syrjinnäksi.[19] Tämä oikeuskäytäntö osoittaa, että EY 39 artiklan mukainen työntekijöiden vapaan liikkuvuuden turvaaminen kieltää myös sellaiset kansalliset toimenpiteet, joissa niiden vahingoksi, jotka käyttävät oikeuttaan vapaaseen liikkuvuuteen, tehdään ero, ei kansalaisuuden perusteella, vaan sillä perusteella, harjoittaako henkilö keskeytymätöntä taloudellista toimintaa yhtäältä kotimaassaan vai toisaalta muuttaako hän toiseen jäsenvaltioon työskennelläkseen siellä työntekijänä tai itsenäisenä ammatinharjoittajana tai harjoittaako hän taloudellista toimintaa useassa valtiossa yhtä aikaa. Esimerkkeinä tämänkaltaisesta suorasta syrjinnästä voidaan mainita ne kansalliset säännökset, joista oli kysymys yhteisöjen tuomioistuimen asioissa komissio vastaan Ranska,[20] Stanton,[21] Wolf,[22] Masgio,[23] Daily Mail,[24] Ramrath,[25] ICI[26] ja Terhoeve[27] antamissa tuomioissa. Tämä kategoria yhtyy normaalisti kansalaisuuteen perustuvan peitellyn syrjinnän kategoriaan sellaisessa tapauksessa, jossa vastaanottava valtio soveltaa edellä mainittuja toimenpiteitä siirtotyöläisiin, koska voidaan olettaa, että tällaiset toimenpiteet kohdistuvat pääsääntöisesti juuri ulkomaalaisiin työntekijöihin.[28] Siinä tapauksessa, että erilaista kohtelua harjoittaa siirtolaisen lähtövaltio, tällaista olettamusta ei sen sijaan voida tehdä, joten tällöin nämä kaksi eri kategoriaa voidaan erottaa selvemmin toisistaan.

22. AngG:n 23 §:n 7 momentti ei kuulu tällaisten säännösten kategoriaan. Sen soveltaminen ei edellytä millään tavalla yhteisön oikeudessa turvatun vapaan liikkuvuuden harjoittamista tai mitään muutakaan jäsenvaltioiden rajat ylittävää tekijää: työntekijän irtisanoutuessa vapaaehtoisesti ilman painavaa syytä korvausta ei tarvitse maksaa riippumatta työntekijän tulevasta asuinmaasta, ja työnantajan irtisanoessa työntekijän korvaus on puolestaan maksettava riippumatta siitä, muuttaako työntekijä tämän jälkeen asuinpaikkaansa. Lisäksi ei ole mitään perustetta katsoa, että kansallinen tuomioistuin olisi ollut väärässä todetessaan, että säännös vaikuttaa lähinnä asianomaisessa maassa asuviin kyseisen maan kansalaisiin, joten sen soveltamista ei voida näin ollen pitää edes myöhempään siirtolaisuuteen perustuvana peiteltynä syrjintänä eli siis syrjintänä niiden työntekijöiden, jotka muuttavat maasta, ja niiden työntekijöiden, jotka jäävät Itävaltaan työsuhteensa päättymisen jälkeen — tapahtuipa se sitten vapaaehtoisesti tai ei —, välillä.

19 — Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöä tarkastellessani noudatan nykyisin vallitsevaa kantaa, jonka mukaan EY:n perustamissopimuksen 48 ja 52 artikla (josta on muutettuna tullut EY 43 artikla) vastaavat pääsääntöisesti toisiaan sekä ulottuvuuksiltaan että vaikutuksiltaan; ks. esim. asia C-106/91, Ramrath v. Ministre de la Justice (jäljempänä Ramrath), tuomio 20.5.1992 (Kok. 1992, s. I-3351, 17 kohta); edellä alaviitteessä 4 mainittu asia Kraus; edellä alaviitteessä 1 mainittu asia Bosman, tuomion 97 kohta; ks. myös julkisasiamies Lenzin ratkaisuehdotus asiassa Bosman, ratkaisuehdotuksen 165 kohta.

20 — Edellä alaviitteessä 7 mainittu asia komissio v. Ranska, tuomion 12 kohta.

21 — Edellä alaviitteessä 8 mainittu asia Stanton.

22 — Yhdistetyt asiat 154/87 ja 155/87, Wolf, tuomio 7.7.1988 (Kok. 1988, s. 3897).

23 — Edellä alaviitteessä 8 mainittu asia Masgio.

24 — Asia 81/87, The Queen v. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc (jäljempänä Daily Mail), tuomio 27.9.1988 (Kok. 1988, s. 5483, erityisesti 16 kohta). Asiassa oli kysymys vaatimuksesta, jonka mukaan Yhdistyneessä kuningaskunnassa verotuksellisen kotipaikkansa omaava yhtiö tarvitsi kyseisen valtion veroviranomaisten suostumuksen lopettaakseen verotuksellisen kotipaikkansa pitämisen tässä valtiossa siirtämällä johtonsa ja keskushallintonsa toiseen jäsenvaltioon siinä tapauksessa, että se halusi kuitenkin säilyttää oikeushenkilöllisyytensä ja asemansa ensiksi mainitun jäsenvaltion yhtiönä. Yhteisöjen tuomioistuimen mukaan kysymyksessä olleet kansalliset säännökset eivät rajoittaneet sijoittautumisoikeutta, koska yhtiön sääntömääräisen kotipaikan ja sen paikan, jossa yhtiön johto ja keskushallinto toimi, välinen liityntä oli edelleenkin jäsenvaltion kansalliseen toimivaltaan kuuluva asia (tuomion 23 ja 24 kohta).

25 — Edellä alaviitteessä 19 mainittu asia Ramrath.

26 — Asia C-264/96, ICI v. Colmer (HMIT) (jäljempänä ICI), tuomio 16.7.1998 (Kok. 1998, s. I-4695).

27 — Asia C-18/95, F.C. Terhoeve v. Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen Buitenland (jäljempänä Terhoeve), tuomio 26.1.1999 (Kok. 1999, s. I-345). Esimerkkinä tämänkaltaisesta ratkaisemattomasta ongelmasta ks. kuitenkin asia 368/87, Hartman Troiani v. Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz, tuomio 18.5.1989 (Kok. 1989, s. 1333).

28 — Nämä kaksi eri kategoriaa voidaan erottaa tällaisessa tapauksessa vain, mikäli pystytään osoittamaan, että suurin osa näistä siirtotyöläisistä on tosiasiassa kyseisen valtion kansalaisuuden omaavia paluumuuttajia, kuten saattaa olla asia esim. Irlannissa nykyisin.

23. Jäljempänä esitettävän argumentaation kannalta on kuitenkin hyödyllistä huomata, että samoin kuin kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän osalta, yhteisöjen tuomioistuin ei ole muotoillut mitään kriteereitä sen arvioimiseksi, minkälaisia tosiasiallisia vaikutuksia vapaaseen liikkuvuuteen on sillä seikalla, että yhtäältä siirtotyöläisiä ja niitä luonnollisia henkilöitä ja oikeushenkilöitä, jotka käyttävät sijoittautumisoikeuttaan, ja toisaalta niitä, jotka jäävät alkuperämaahansa, kohdellaan eri tavalla. Mikäli on kysymys kiellosta, kuten asiassa Daily Mail oli väitetty, nämä vaikutukset ovat melko selvät,[29] mutta muissa tapauksissa yhteisöjen tuomioistuin on pidättäytynyt arvioimasta kyseisen haitan mahdollista (jos mitään) vaikutusta potentiaalisen siirtotyöläisen harkinnalle: pelkkä erilainen kohtelu on ollut riittävä luomaan sellaisen presumption, että kansallinen säännös saattaa tosiasiallisesti "saada" jäsenvaltion kansalaisen "luopumaan"[30] tai "estää"[31] häntä käyttämästä yhteisön oikeudessa hänelle taattuja oikeuksia.

E *Muun tyyppiset ei-syrjivät rajoitukset*

24. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä voidaan erottaa karkeasti ottaen kolmea muuta tyyppiä olevia rajoituksia työntekijöiden tai itsenäisten ammatinharjoittajien vapaalle liikkuvuudelle. Kutsun näitä rajoituksia neutraaleiksi rajoituksiksi, koska asianomaisia säännöksiä on sovellettu erotuksetta, koska ne eivät ole nimenomaisesti synnyttäneet eroja vapaan liikkuvuuden harjoittamisen perusteella ja koska yhteisöjen tuomioistuin on katsonut, että niiden vaikutus ei riipu niiden kohteena olevien henkilöiden kansalaisuudesta. Tällaisia rajoituksia ovat 1) kansalliset säännökset, jotka sallivat taloudelliselle toimijalle — tyypillisesti vapaan ammatin harjoittajalle — vain yhden toimipaikan,[32] 2) kansalliset säännökset, jotka koskevat tietyn tehtävän tai ammatin pätevyysvaatimuksia,[33] samoin kuin säännökset, jotka koskevat sellaisen pätevyyden tunnustamista, jota ei muodollisesti ottaen edellytetä tietyn taloudellisen toiminnan harjoittamiseksi[34] sekä 3) kansalliset säännökset, jotka estävät työntekijää ottamasta vastaan uutta työtä, koska niissä vaaditaan potentiaalista uutta työnantajaa maksamaan aikaisemmalle työnantajalle — jopa sen jälkeen, kun työntekijän työsuhde aikaisemman työnantajan kanssa on jo päättynyt — rahasumma, joka voi vastata suuruudeltaan työntekijän usean vuoden palkkaa.[35]

25. Ensiksi mainitun tyyppisten rajoitusten osalta yhteisöjen tuomioistuin on ottanut

29 — Ks. edellä alaviite 24.

30 — Edellä alaviitteessä 8 mainittu asia Masgio, tuomion 18 kohta ja alaviitteessä 27 mainittu asia Terhoeve, tuomion 39 ja 40 kohta.

31 — Edellä alaviitteessä 24 mainittu asia Daily Mail, tuomion 16 kohta ja alaviitteessä 26 mainittu asia ICI, tuomion 21 kohta.

32 — Edellä alaviitteessä 7 mainittu asia Klopp; edellä alaviitteessa 7 mainittu asia 96/85, komissio v. Ranska, tuomion 13 ja 14 kohta ja asia C-351/90, komissio v. Luxemburg, tuomio 16.6.1992 (Kok. 1992, s. I-3945, 19 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

33 — Asia 71/76, Thieffry v. Conseil de l'Ordre des Avocats à la Cour de Paris (jäljempänä Thieffry), tuomio 28.4.1977 (Kok. 1977, s. 765); edellä alaviitteessä 9 mainittu asia Heylens; asia C-379/87, Groener v. Minister for Education and the City of Dublin Vocational Education Committee (jäljempänä Groener), tuomio 28.11.1989 (Kok. 1989, s. 3967); edellä alaviitteessä 9 mainittu asia Vlassopoulou; edellä alaviitteessä 10 mainittu asia Gebhard ja asia C-234/97, Teresa Fernández de Bobadilla v. Museo Nacional del Prado ym., tuomio 8.7.1999 (Kok. 1999, s. I-4773).

34 — Edellä alaviitteessä 4 mainittu asia Kraus ja alaviitteessä 9 mainittu asia Choquet. Voidaan myös mainita tapauksia, jotka koskevat sitä, että toisessa jäsenvaltiossa hankittua työkokemusta ei tunnusteta toisessa jäsenvaltiossa ylentämisen tms. yhteydessä, näin esim. alaviitteessä 18 mainittu asia Scholz v. Opera Universitaria di Cagliari ja Cinzia Porcedda sekä samassa alaviitteessä mainittu asia Schöning-Kougebetopoulou v. Freie und Hansestadt Hamburg. Yhteisöjen tuomioistuin on kuitenkin tarkastellut näitä asioita kansalaisuuteen perustuvan peitellyn syrjinnän tapauksina.

35 — Edellä alaviitteessä 1 mainittu asia Bosman; ks. myös julkisasiamies Cosmasin 18.5.1999 antamaa ratkaisuehdotusta yhdistetyissä asioissa C-51/96 ja C-191/97, Christelle Deliège v. Asbl Ligue Francophone de Judo et Disciplines Associées ym. (jäljempänä Deliège; asiassa ei ole vielä annettu tuomiota); toisenlaisen muodollisen ei-syrjivän työpaikan vaihtamisen esteen osalta ks. julkisasiamies Alberin 22.6.1999 antama ratkaisuehdotus asiassa C-176/96, Jyri Lehtonen ja Castors Canada Dry Namur-Braine v. Fédération Royale Belge des Sociétés de Basketball ja Asbl Basket Liga-ligue Basket Belgium (asiassa ei ole vielä annettu tuomiota).

lähtökohdaksi sijoittautumisvapauden osalta presumption, jonka mukaan ne eivät ole kansalaisuuden perusteella syrjiviä,[36] mutta rajoittavat kuitenkin sijoittautumisvapautta, koska tätä vapautta ei ole rajattu oikeuteen perustaa vain yksi toimipaikka yhteisön alueelle, vaan se ulottuu nimenomaisesti myös oikeuteen perustaa kauppaedustajan liikkeitä, sivuliikkeitä ja tytäryhtiöitä toiseen jäsenvaltioon.[37] Tällaiset kansalliset säännökset voidaan näin ollen katsoa suoraksi vapaan liikkuvuuden rajoitukseksi, koska niihin sisältyy nimenomainen kielto käyttää tätä oikeutta eräällä mahdollisella tavalla. Näissä olosuhteissa sen tosiseikan, että sijoittautumisvapautta oli rajoitettu vastaavalla tavalla myös kyseisen jäsenvaltion rajojen *sisällä*, katsottiin olevan vailla merkitystä.[38]

26. Toiseen rajoitusten tyyppiin, pätevyysvaatimuksiin, kuuluvia säännöksiä voitaisiin lähestyä siitä näkökulmasta, että ne ovat peiteltyä kansalaisuuteen tai siirtolaisuuteen perustuvaa syrjintää, koska se, että siirtolaiset ilman tarvetta erikseen tapahtuvaan tunnustamiseen täyttäisivät tarkasti kyseiset vaatimukset, on huomattavasti epätodennäköisempää kuin se, että oman maan kansalaiset täyttävät ne. Tämä näkökulma olisi myös yhdenmukainen aiemman työkokemuksen huomioonottamista koskevan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön kanssa. Yhteisöjen tuomioistuin on kuitenkin katsonut, että tällaiset säännökset ovat esteenä sijoittautumisvapaudelle ja työntekijöiden vapaalle liikkuvuudelle silloinkin, kun niihin ei sisälly kansalaisuuteen perustuvaa syrjintää.[39] Ne voidaan rinnastaa erotuksetta sovellettaviin kansallisiin tuotteita koskeviin vaatimuksiin tai terveyttä ja turvallisuutta koskevien tuotestandardien täyttämisen kaksinkertaiseen tarkistamiseen, joissa kummassakin näissä tapauksissa maahan tuotavien tuotteiden on ennen markkinoille pääsyä täytettävä kahden eri sääntelyjärjestelmän vaatimukset,[40] minkä vuoksi tällaiset säännökset kuuluvat EY 28 artiklan soveltamisalaan asiassa Keck annetun tuomion mukaisesti.[41]

27. Kolmatta, asiassa Bosman esiintynyttä rajoitusten tyyppiä voidaan verrata asiassa Klopp esillä olleisiin rajoituksiin, koska se vaikuttaa suoraan erääseen liikkumisvapauden harjoittamiseen liittyvään vaiheeseen eli työpaikan vaihtamiseen tai uuden työn vastaanottamiseen. Lisäksi tämä on työntekijöiden liikkumisvapauden osalta olennainen vaihe, eikä ainoastaan, kuten asiassa Klopp, eräs mahdollinen tapa

36 — Edellä alaviitteessä 7 mainittu asia Klopp, tuomion 14 kohta.

37 — Edellä alaviitteessä 7 mainittu asia Klopp, tuomion 19 kohta.

38 — Vaikka EY 39 artikla ei olekaan tältä osin yhtä selvä kuin EY 43 artikla, oletan, että kansallinen säännös, jonka mukaan työntekijällä voi olla vain yksi työpaikka ilman mahdollisuutta ryhtyä työskentelemään lisäksi osa-aikaisesti asianomaisessa tai toisessa valtiossa, kuuluisi kyseisen artiklan soveltamisalaan.

39 — Tämä ilmenee selvimmin alaviitteessä 9 mainitusta asiasta Vlassopoulou, ks. tuomion 15 kohta; tämä on myös päätteltävissä e contrario alaviitteessä 33 mainitusta asiasta Groener, ks. tuomion 19 kohta, jossa edellytetään, että tällaiset säännökset eivät saa olla suhteettomia eivätkä ne saa olla syrjiviä; näin myös alaviitteessä 4 mainittu asia Kraus, tuomion 32 kohta ja alaviitteessä 10 mainittu asia Gebhard, tuomion 37 kohta. Vrt. myös julkisasiamies Mayrasin ratkaisuehdotus alaviitteessä 33 mainitussa asiassa Thieffry, s. 790 ja julkisasiamies Van Gervenin ratkaisuehdotus asiassa Kraus. Peiteltyä syrjintää koskeva väite on luonnollisesti vakuuttavampi sellaisissa tapauksissa, joissa sillä, missä pätevyys on tosiasiallisesti alun perin saatu, on suora vaikutus sen tunnustamista koskevaan kysymykseen, näin esim. asiassa Thieffry, alaviitteessä 9 mainitussa asiassa Choquet ja asiassa Kraus.

40 — Tämä on hyväksytty syy EY 28 artiklan soveltamiseksi tällaisiin säännöksiin toisin kuin se argumentti, että mikä tahansa kansallinen tuotteita koskeva säännös syrjisi peitellysti tuontituotteita, koska tuontituotteiden luonteesta johtuu, että on vähemmän todennäköistä, että ne täyttäisivät näissä säännöksissä asetetut vaatimukset. Ks. esim. asia C-470/93, Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln v. Mars, tuomio 6.7.1995 (Kok. 1995, s. I-1923, 13 kohta).

41 — Yhteisöjen tuomioistuin viittasi alaviitteessä 9 mainitussa asiassa Choquet antamansa tuomion 8 kohdassa tarpeeseen välttää jo kertaalleen suoritettujen tutkimusten tekeminen toistamiseen; tämä teema on ollut esillä toistuvasti pätevyysvaatimuksia koskevassa yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä asiassa Heylens (ks. edellä alaviite 9) annetun tuomion jälkeen; ks. uusimman oikeuskäytännön osalta edellä alaviitteessä 33 mainittu asia Fernández de Bobadilla, tuomion 32—34 kohta.

käyttää perustamissopimuksessa turvattua asianomaista oikeutta.

28. Näille kolmelle eri typpiselle vapaan liikkuvuuden rajoitukselle, jotka eivät ole syrjiviä, on yhteistä se, että niissä kaikissa on kysymys *nimenomaisesta* rajoituksesta, joka koskee mahdollisuutta alkaa harjoittaa taloudellista toimintaa jossakin jäsenvaltiossa. Asianomaiset edellytykset on asetettu lainsäädännössä tai hallinnollisissa määräyksissä, ja niiden täyttymättä jääminen muodostaa ehdottoman esteen tällaisen toiminnan harjoittamiselle.[42] Tältä osin poikkeuksen muodostavat ainoastaan asioissa Choquet ja Kraus annetut tuomiot, koska ne koskevat säännöksiä, jotka — olosuhteista riippuen — voivat muodostaa pikemminkin haitan kuin ehdottoman esteen tietyn taloudellisen toiminnan harjoittamisen aloittamiselle. Asiassa Kraus oli kysymys saksalaisesta tutkintojen tunnustamista koskevasta sääntelystä, jossa itsessään ei asetettu tällaisen tunnustamisen saantia taloudellisen toiminnan harjoittamisen aloittamisen edellytykseksi. Yhteisöjen tuomioistuin kuitenkin katsoi, että yliopistollinen jatkotutkintotodistus voi olla jopa edellytys tiettyihin ammatteihin pääsemiselle[43] ja voi lisäksi helpottaa ammattiin pääsyä tai taloudellisen toiminnan harjoittamisen mahdollisuutta muissakin tapauksissa.[44] Asiassa Choquet antamassaan tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että ajokorttien tunnustamista koskevat määräykset vaikuttivat välittömästi ja välillisesti vapaata liikkuvuutta koskevien oikeuksien käyttämiseen, ja varsinkin, että vastaanottajavaltion asianmukaisesti tunnustama ajokortti saattoi tosiasiallisesti vaikuttaa useissa tapauksissa henkilöiden mahdollisuuteen toimia palkattuna työntekijänä tai itsenäisenä ammatinharjoittajana.[45]

F *Yleinen testi?*

29. Monissa viimeaikaisissa tuomioissaan yhteisöjen tuomioistuin on määritellyt eisyrjiviä rajoituksia tavalla, joka muistuttaa niitä määritelmiä, joita on käytetty kansalaisuuden perusteella syrjivien säännösten tunnistamiseksi tai sellaisten säännösten tunnistamiseksi, jotka johtavat erilaiseen kohteluun sen mukaan, käyttääkö asianomainen taho oikeuttaan vapaaseen liikkuvuuteen vai ei. Asiassa Kraus antamassaan tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin on todennut, että "perustamissopimuksen 48 ja 52 artikla ovat esteenä sellaisille kansallisille toimenpiteille, jotka koskevat muussa jäsenvaltiossa hankitun täydentävän yliopistollisen tutkintotodistuksen käytön edellytyksiä ja jotka — vaikka niitä sovelletaan ilman kansalaisuuteen perustuvaa syrjintää — *voivat estää* jäsenvaltion kansalaisia — — käyttämästä perustamissopimuksessa taattuja perustavaa laatua olevia vapauksia tai jotka *tekevät niiden käytön vähemmän houkuttelevaksi*".[46] Asiassa Gebhard antamassaan tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin asetti "sellaisten kansallisten toimenpiteiden, jotka *voivat haitata* perustamissopimuksessa taattujen perusvapauksien käyttämistä tai *tehdä näiden vapauksien*

42 — Ks. edellä alaviitteessä 1 mainittu asia Bosman, tuomion 94—103 kohta. Asiaa käsitellään tarkemmin jäljempänä. Siitä, kuinka hyödyllistä on tehdä — kuten julkisasiamies Lenz asiassa Bosman antamassaan ratkaisuehdotuksessa esitti — erottelu yhtäältä niihin säännöksiin, jotka asettavat rajoituksia mahdollisuudelle alkaa harjoittaa taloudellista toimintaa ja toisaalta niihin säännöksiin, jotka asettavat rajoituksia tällaisen toiminnan harjoittamiselle, ks. tarkemmin jäljempänä. Asiassa Klopp esillä olleiden kaltaiset säännökset muodostavat myös jo johonkin jäsenvaltion sijoittautuneelle henkilölle esteen pääsylle pois markkinoilta eli toisin sanoen sijoittautumiselle jonnekin muualle, mikäli henkilön lähtövaltiossa sovelletaan tällaisia säännöksiä.

43 — Edellä alaviitteessä 4 mainittu asia Kraus, tuomion 20 kohta.

44 — Ibid., tuomion 23 kohta; ks. myös tuomion 18, 19, 21 ja 22 kohta.

45 — Edellä alaviitteessä 9 mainittu asia Choquet, tuomion 4 kohta.

46 — Edellä alaviitteessä 4 mainittu asia Kraus, tuomion 32 kohta, kursivointi tässä.

käyttämisestä vähemmän houkuttelevaa", edellytykseksi sen, että niitä on sovellettava ilman syrjintää eivätkä ne saa puuttua perusvapauksiin enempää kuin mikä on tarpeen yleiseen etuun liittyvän päämäärän saavuttamiseksi.[47] Lopuksi todettakoon, että asiassa Bosman antamassaan tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin esitti seuraavat kriteerit:

"Säännösten, joilla *estetään tai yritetään estää* jäsenvaltion kansalaista lähtemästä kotimaastaan ja käyttämästä oikeuttaan vapaaseen liikkuvuuteen, on siten katsottava rajoittavan tätä vapautta, vaikka näitä säännöksiä sovellettaisiin riippumatta kyseisten työntekijöiden kansalaisuudesta."[48]

Yhteisöjen tuomioistuin lisäsi vielä, että EY 39 artikla rajoittaa myös sellaisten kansallisten säännösten soveltamista, joilla *rajoitetaan* jäsenvaltion sellaisten kansalaisten vapaata liikkuvuutta, jotka haluavat tehdä palkkatyötä toisessa jäsenvaltiossa.[49]

30. Käsiteltävänä olevassa asiassa on pohjimmiltaan kysymys tällaisten väljästi määriteltyjen liikkumisvapauden neutraalien rajoitusten ulottuvuudesta. Kuten olen edellä todennut, sellaiset kansalliset säännökset, jotka syrjivät avoimesti tai peitellysti kansalaisuuden perusteella tai jotka asettavat henkilöt eri asemaan sen perusteella, ovatko he käyttäneet asianomaisia oikeuksiaan, johtavat automaattisesti päätelmään, jonka mukaan näiden oikeuksien käyttämistä on katsottava loukatun, vaikka todennäköinen loukkaus olisikin kyseisessä tapauksessa pieni suhteessa siirtolaisuudesta muutoin koituvaan hyötyyn. Vastaavasti tapauksissa, joissa työmarkkinoille pääsyn estävät sellaiset neutraalit muodolliset vaatimukset, jotka ovat vastoin perustamissopimuksessa nimenomaisesti taattuja eri tapoja käyttää oikeutta vapaaseen liikkuvuuteen (kuten asiassa Klopp) tai jotka tosiasiallisesti asettavat siirtolaisille kaksinkertaiset vaatimukset tai edellyttävät heiltä liian raskasta vastaavuuden tunnustamismenettelyä (kuten pätevyysvaatimuksia koskevissa asioissa) tai jotka vaativat maksun suorittamista perustamissopimuksessa taatun oikeuden käyttämisen edellytyksenä (kuten asiassa Bosman), on käsitykseni mukaan katsottava olevan kysymys perustamissopimuksessa taattujen oikeuksien ilmeisestä loukkaamisesta. Voidaan katsoa, että tällaiset säännökset rajoittavat tai estävät liikkumisvapauden käyttämistä taikka tekevät sen vähemmän houkuttelevaksi tai saavat asianomaiset luopumaan siitä. Edellä sanottua ei kuitenkaan voida pitää yleisesti sovellettavana testinä. Markkinoille pääsyä tai taloudellisen toiminnan aloittamista koskevien edellytysten määrääminen on jo itsessään riittävä peruste sen osoittamiseksi, että kysymyksessä on rajoitus, vaikka tällainen edellytys voitaisiinkin täyttää suhteellisen helposti (mikä liittyy siihen, onko rajoitus oikeutettu vai ei). Samaa voidaan yleisesti ottaen sanoa ilmeisesti myös sellaisista muodollisista edellytyksistä, jotka liittyvät läheisesti mahdollisuuksiin päästä menestyksekkäästi markkinoille, esimerkiksi säännöksistä, jotka koskevat sellaisen pätevyyden tunnustamista, joka on välttämätön tai eduksi monien ammattien harjoittamiselle.[50]

47 — Edellä alaviitteessä 10 mainittu asia Gebhard, tuomion 37 kohta, kursivointi tässä.

48 — Edellä alaviitteessä 1 mainittu asia Bosman, tuomion 96 kohta, kursivointi tässä. Yhteisöjen tuomioistuin viittasi tässä yhteydessä asiassa Masgio antamansa tuomion (ks. edellä alaviite 8) 18 ja 19 kohtaan. Asiassa Masgio oli kysymys kansallisista säännöksistä, jotka tekivät tosiasiallisesti erottelun niiden välillä, jotka harjoittivat tai eivät harjoittaneet liikkumisvapauttaan.

49 — Edellä alaviitteessä 1 mainittu asia Bosman, tuomion 97 kohta. Yhteisöjen tuomioistuin viittasi tässä yhteydessä asiassa Daily Mail antamansa tuomion (ks. edellä alaviite 24) 16 kohtaan.

50 — Ks. edellä alaviitteessä 9 mainittu asia Choquet ja alaviitteessä 4 mainittu asia Kraus. Ks. myös pohdintani edellä alaviitteessä 14 mainitusta asiasta Dior ja alaviitteessä 15 mainitusta asiasta De Agostini.

G *Yleisen testin rajat*

31. Edellä mainitut, asioissa Kraus, Gebhard ja Bosman annetuissa tuomioissa esitetyt väljästi muotoillut kriteerit voidaan ymmärtää siten, että ne soveltuvat vain sen laatuisiin työmarkkinoille pääsyn muodollisiin edellytyksiin, joista oli kysymys näissä ja muissa edellä 24—28 kohdassa mainituissa tapauksissa. Toisaalta yhteisöjen tuomioistuin ei kuitenkaan ole viitannut kyseisissä tuomioissaan nimenomaisesti siihen, että niissä esitettyjen kriteerien soveltamisala olisi tällä tavalla rajoitettu. Mikäli kuitenkin katsottaisiin, että myös sellaisia ei-syrjiviä kansallisia säännöksiä, jotka estävät, rajoittavat, haittaavat tai tekevät vähemmän houkuttelevaksi liikkumisvapauden käyttämisen tai saavat luopumaan siitä pelkästään tosiasiallisia esteitä luomalla — esimerkkeinä mainittakoon, että kyseiselle markkina-alueelle luotaisiin sellaiset liiketaloudelliset tai lainsäädännölliset olosuhteet, jotka ovat vähemmän houkuttelevia kuin muissa jäsenvaltioissa, tai että annettaisiin etuuksia, jotka työntekijä menettää vaihtaessaan työpaikkaa — tulisi pitää liikkumisvapauden rajoituksina, edellä mainittuja kriteereitä ei voitaisi soveltaa samalla tavalla kuin silloin, kun on kysymys muodollisista edellytyksistä. Ei voida automaattisesti olettaa, että kysymys olisi työntekijöiden tai vapaiden ammattien harjoittajien liikkumisvapauden rajoittamisesta kaikissa sellaisissa tapauksissa, joissa käsiteltävänä on taloudellista toimintaa ilmeisesti rasittava kansallinen säännös tai etuuden menettäminen työpaikan vaihtamisen yhteydessä. Sellainen lähestymistapa vastaisi nimittäin sitä, että asiassa Dassonville annetussa tuomiossa esitettyä testiä — mahdollisimman laajasti tulkittuna — sovellettaisiin henkilöiden vapaaseen liikkuvuuteen. Silloin, kun väitetty liikkumisvapauden este ei aiheudu markkinoilla oloa koskevasta muodollisesta edellytyksestä vaan sen sijaan jostakin kansallisesta säännöksestä johtuvasta neutraalista tosiasiallisesta esteestä tai tekijästä, joka tekee markkinoille tulon vähemmän houkuttelevaksi, on pystyttävä näyttämään toteen, että kysymys on yhteisön oikeudessa taatun oikeuden rajoittamisesta.

32. Mikäli katsotaan, että edellä mainittuja kansallisia säännöksiä on mahdollista pitää liikkumisvapauden rajoituksina, oikea lähestymistapa olisi mielestäni se, jota yhteisöjen tuomioistuin on jo käyttänyt asioissa Bosman ja Alpine Investments antamissaan tuomioissa, joissa yhteisöjen tuomioistuin on torjunut asiassa Keck myyntijärjestelyjä koskevien säännösten osalta omaksuttujen periaatteiden analogisen soveltamisen henkilöiden vapaata liikkuvuutta koskeviin tiettyihin kansallisiin säännöksiin: oikea lähestymistapa olisi nimittäin sellainen — komission nyt käsiteltävänä olevassa asiassa esittämä —, jossa kriteerinä käytetään kyseisten kansallisten säännösten välitöntä vaikutusta asianomaisten henkilöiden ja vapaiden ammattien harjoittajien markkinoille pääsyyn.[51] Vaikka yhteisöjen tuomioistuin ei näissä asioissa antamissaan tuomioissa ottanutkaan kantaa siihen, onko mainitun kriteerin täyttyminen kaikissa tapauksissa välttämätöntä sen toteamiseksi, että kysymyksessä on kielletty neutraali liikkumisvapauden rajoitus, tällainen lähtökohta on mielestäni tarpeellinen, jottei perustamissopimusta voitaisi käyttää väärin minkä tahansa sellaisen kansallisen säännöksen riitauttamiseksi, joka rajoittaa kaupankäynnin vapautta.[52] Näin ollen neutraalien kansallisten säännösten voitaisiin katsoa muodostavan *tosiasiallisen* esteen markkinoille pääsylle vain siinä tapauksessa, että näytetään toteen, että niiden tosiasiallinen vaikutus taloudellisten toimijoiden asemaan on verrattavissa siihen, että kyseiset taloudelliset toimijat suljettaisiin kokonaan pois asianomaisilta markkinoilta. Kuten ei myyntijärjestelyjä

51 — Ks. edellä alaviitteessä 1 mainittu asia Bosman, tuomion 103 kohta ja alaviitteessä 17 mainittu asia Alpine Investments, tuomion 38 kohta.

52 — Ks. edellä alaviitteessä 2 mainittu asia Keck, tuomion 14 kohta. Julkisasiamies Cosmas on samaa mieltä markkinoille pääsyä koskevan arviointikriteerin tarpeellisuudesta asiassa Deliège (ks. edellä alaviite 35) antamansa ratkaisuehdotuksen 65 ja 66 kohdassa.

koskevien säännösten osalta tavaroiden vapaan liikkuvuuden suhteen, myöskään neutraalien kansallisten kaupankäyntiä koskevien säännösten osalta tai sellaisten säännösten osalta, joissa säädetään palkkaluokista, työntekijöiden suojelusta tai muista työntekijöitä koskevista seikoista, ei voida tehdä presumptiota, jonka mukaan niillä olisi tällainen vaikutus. Yleisesti ottaen siirtotyöläisen on hyväksyttävä kansalliset työmarkkinat sellaisina kuin ne ovat. Sama pitää paikkansa myös sellaisten neutraalien kansallisten säännösten osalta, joilla väitetään olevan vaikutusta siihen, päättääkö työntekijä muuttaa pois yhdestä jäsenvaltiosta ryhtyäkseen harjoittamaan taloudellista toimintaa toisessa jäsenvaltiossa. Tämä on erityisen tärkeää tällaisten mahdollisten lähtöön liittyvien rajoitusten osalta, koska työsuhteen lopettamiseen liittyvien muodollisten rajoitusten määrä on todennäköisesti hyvin paljon pienempi kuin uuden työpaikan vastaanottamiseen liittyvien rajoitusten määrä. Mikäli yhteisöjen tuomioistuin katsoisi, että tällaiset tosiasialliset haitat saattaisivat — periaatteessa — tietyissä tilanteissa muodostaa vapaan liikkuvuuden esteen, loukattuja tahoja olisi vaadittava kumoamaan tämä olettamus osoittamalla, että tietyllä säännöksellä on kaikissa tilanteissa sellainen haitallinen ja torjuva vaikutus markkinoille pääsyyn, että se muodostaa markkinoille pääsyn välittömän esteen. Tällaiseen lähestymistapaan sisältyy luonnollisesti implisiittisesti se, että väitetyn tosiasiallisen markkinoille pääsyä koskevan esteen olemassaolo on pystyttävä näyttämään toteen asianomaisen valittajan olosuhteisiin vetoamalla.

33. Näkemykseni vastaa ymmärtääkseni julkisasiamies Lenzin asiassa Bosman esittämää kantaa, jossa hän on tehnyt jaottelun yhtäältä sellaisiin säännöksiin, jotka koskevat markkinoille pääsyä ja toisaalta sellaisiin säännöksiin, joissa ainoastaan säännellään taloudellisen toiminnan harjoittamista.[53] Julkisasiamies Alber on esittänyt julkisasiamies Lenzin kannasta poikkeavan mielipiteen asiassa Lehtonen antamassaan ratkaisuehdotuksessa,[54] jossa hän on — asiassa Keck annettuun tuomioon viitaten — katsonut, että ammatin harjoittamista koskevat säännökset ovat lähempänä tuotteisiin kohdistuvia vaatimuksia kuin myyntijärjestelyjä koskevia säännöksiä, koska ne vaikuttavat suoraan jäsenvaltion kansalaisiin, jotka saattavat niiden vuoksi joutua ottamaan huomioon erilaiset säännökset ja hankkimaan uudenlaisia taitoja joka kerta muuttaessaan yhdestä jäsenvaltiosta toiseen. Mielestäni tämä tulkintojen selkeä erovaisuus perustuu kuitenkin osaksi erilaisiin käsityksiin siitä, mitä tarkoitetaan taloudellisen toiminnan harjoittamista koskevilla säännöksillä. Edellä esittämäni yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöön — erityisesti pätevyysvaatimuksia koskevaan oikeuskäytäntöön — perustuvan argumentaation mukaisesti voidaan katsoa, että sellaisten kansallisten säännösten, jotka edellyttävät taloudellisilta toimijoilta tiettyjä taitoja ja johtavat sen vuoksi siihen, että siirtotyöläisiin kohdistetaan kaksinkertainen sääntely, on katsottava pikemminkin vaikuttavan muodollisesti markkinoille pääsyyn tai vähintäänkin, kuten asioissa Kraus ja Choquet annetuissa tuomioissa on katsottu, liittyvän niin läheisesti markkinoille pääsyyn, että niihin on sovellettava yhtäläistä lähestymistapaa.

H *Käsiteltävänä oleva asia*

34. Käsitykseni mukaan yhteisöjen tuomioistuimen ei kuitenkaan nyt käsi-

53 — Ratkaisuehdotuksen 205, 206 ja 210 kohta (ks. edellä alaviite 1).

54 — Ratkaisuehdotuksen 48 kohta (ks. edellä alaviite 35).

teltävänä olevassa asiassa tarvitse ottaa kantaa siihen, ovatko työntekijöiden vapaaseen liikkuvuuteen kohdistuvat neutraalit tosiasialliset haitat tai esteet periaatteessa EY 39 artiklassa kiellettyjä liikkumisvapauden rajoituksia (siltä osin kuin niitä ei voida erikseen oikeuttaa). Mielestäni vaikuttaa selvältä, että AngG:n 23 §:n 7 momentti ei täytä niitä — välittömästi edellä esitettyjä — välttämättömiä edellytyksiä, joiden perusteella sen voitaisiin katsoa kuuluvan tällaisen kiellon soveltamisalaan; toisin sanoen AngG:n 23 §:n 7 momentin vaikutukset — vaikka ne olisivatkin suoria — työsuhteen päättämistä koskevan päätöksen tekemiseen eivät ole sellaisia, että niiden voitaisiin katsoa rajoittavan pääsyä kansallisille työmarkkinoille tai, kuten nyt käsiteltävänä olevassa tapauksessa, pääsyä niiltä pois. Tähän päätelmään ei vaikuta se, että käsiteltävänä olevassa asiassa esillä oleva rahamäärä on varsin pieni asiassa Bosman käsiteltävänä olleen kaltaiseen rahamäärään verrattuna. Toisenlaisissa olosuhteissa melkein kolmen kuukauden nettopalkkaa vastaavan rahamäärän saamisen estävällä säännöksellä voitaisiin katsoa olevan huomattava vaikutus asianomaisen harkintaan. Olen tehnyt edellä esitetyn päätelmän sen vuoksi, että AngG:n osalta ei voida sanoa, että se varsinaisesti estäisi kantajaa saamasta kyseistä rahamäärää. Kyseisessä säännöksessä säädetään korvauksesta, johon henkilölle syntyy oikeus tietyn mahdollisen tapahtuman — työnantajan aloitteesta tapahtuvan työsuhteen päättämisen, johon työntekijä ei ole antanut aihetta — sattuessa. Kantajalta evätään oikeus työsuhteen tosiasiallisen tai odotettavissa olevan päättämisen johdosta maksettavaan työsuhteen keston perusteella laskettavaan *mahdolliseen* korvaukseen hänen päättäessään työsuhteensa vapaaehtoisesti työskennelläkseen toisessa jäsenvaltiossa samalla tavoin kuin häneltä evättäisiin oikeus Itävallan oikeusjärjestelmän mukaiseen teollisuusonnettomuuksien johdosta maksettavaan korvaukseen, mikäli hän on lähtenyt maasta ennen kuin tällainen onnettomuus tapahtuu. Se, että mahdollisen korvauksen suuruus on ensin mainitussa tapauksessa sidoksissa työntekijän palkkaan ja työsuhteen kestoon ja että se näin ollen palkitsee samassa yrityksessä pysyvät työntekijät, ei poista sitä tosiasiaa, että työntekijän irtisanoutuessa asianomaisesta yrityksestä hänelle ei ollut vielä konkretisoitunut oikeutta tällaiseen korvaukseen. Pelkän mahdollisen ja epävarman oikeuden menettämisestä aiheutuva vaikutus on mielestäni aivan liian heikko, etäinen ja epävarma peruste sen toteamiseksi, että kyseessä voitaisiin katsoa olevan liikkumisvapauden rajoitus. [55]

35. Se tosiasia, että työntekijä jäädessään eläkkeelle oltuaan ensin kymmenen vuotta saman työnantajan palveluksessa, on oikeutettu palkkaansa ja työsuhteensa kestoon perustuvaan korvaukseen, ei anna aihetta toisenlaiseen päätelmään. Käsiteltävänä olevassa asiassa kantajalla, joka oli ollut vastaajan palveluksessa alle neljä vuotta, ei olisi ollut oikeutta tällaiseen korvaukseen vielä pitkään aikaan. Tämän mahdollisen oikeuden saamisen edellytyksenä olisi ollut toisen, erilaisen ehdon täyttyminen, nimittäin se, että kantaja olisi pysynyt saman itävaltalaisen työnantajan palveluksessa vielä yli kuusi vuotta. Tämän asian yhteydessä ei ole tarpeen pohtia, miten AngG:n 23 a §:n soveltaminen vaikuttaisi sellaisen työntekijän harkintaan, joka täyttää siinä asetetut edellytykset.

36. Päädyn tämän vuoksi siihen, että se seikka, että kantajalta, joka on päättänyt

55 — Ks. esim. asia C-379/92, Peralta, tuomio 14.7.1994 (Kok. 1994, s. I-3453, 24 kohta); asia C-69/88, Krantz, tuomio 7.3.1990 (Kok. 1990, s. I-583, 11 kohta); asia C-93/92, CMC Motorradcenter, tuomio 13.10.1993 (Kok. 1993, s. I-5009, 12 kohta); asia C-67/97, Anklagemyndigheden v. Ditlev Bluhme, tuomio 3.12.1998 (Kok. 1998, s. I-8033, 22 kohta); asia C-412/97, ED v. Italo Fenocchio, tuomio 22.6.1999 (Kok. 1999, s. I-3845, 11 kohta); ks. myös julkisasiamies Jacobsin kanta asiassa Alpine Investments (ks. edellä alaviite 17) antamansa ratkaisuehdotuksen 57 ja 58 kohdassa sekä oma kantani asiassa Anklagemyndigheden v. Ditlev Bluhme antamani ratkaisuehdotuksen 19 kohdassa.

työsuhteensa vapaaehtoisesti, on evätty AngG:n 23 §:n 7 momentin nojalla oikeus korvaukseen, ei muodosta hänen osaltaan rajoitusta työntekijöiden vapaan liikkuvuuden käyttämiselle. Tämän vuoksi ei ole tarpeen tutkia väitteitä sen osalta, voitaisiinko tällainen rajoitus oikeuttaa käsiteltävänä olevassa asiassa sosiaali- tai työvoimapoliittisilla perusteilla tai työntekijän lojaalisuuteen liittyvillä yleisen edun vaatimuksilla.

V Ratkaisuehdotus

37. Edellä mainituilla perusteilla ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaisi Oberlandesgericht Linzin esittämään ennakkoratkaisupyyntöön seuraavasti:

Kansallinen säännös, jossa työntekijältä, mikäli hän päättää itse vapaaehtoisesti työsopimuksensa, evätään oikeus korvaukseen, johon hän olisi ollut oikeutettu siinä tapauksessa, että hänet olisi irtisanottu tai että hän olisi itse päättänyt työsopimuksensa painavista syistä, ei muodosta EY:n perustamissopimuksen 48 artiklassa (josta on muutettuna tullut EY 39 artikla) kiellettyä työntekijöiden vapaan liikkuvuuden rajoitusta, kun kyseisen kansallisen säännöksen soveltamisen edellytyksenä ei ole millään tavalla se, käyttääkö työntekijä tosiasiassa oikeuttaan vapaaseen liikkuvuuteen ryhtyäkseen työskentelemään toisessa jäsenvaltiossa.