DOMSTOLENS DOM (Første Afdeling)

22. december 2008 *

I sag C-161/07,

angående et traktatbrudssøgsmål i henhold til artikel 226 EF, anlagt den 23. marts 2007,

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved E. Traversa og G. Braun, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

støttet af:

Republikken Litauen ved D. Kriaučiūnas, som befuldmægtiget,

intervenient,

* Processprog: tysk.

mod

Republikken Østrig ved C. Pesendorfer og M. Winkler, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

har

DOMSTOLEN (Første Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, P. Jann, og dommerne M. Ilešič, A. Tizzano (refererende dommer), A. Borg Barthet og J.-J. Kasel,

generaladvokat: M. Poiares Maduro
justitssekretær: ekspeditionssekretær L. Hewlett,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 26. juni 2008,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 18. september 2008,

afsagt følgende

Dom

1 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har i sin stævning nedlagt påstand om, at det fastslås, at Republikken Østrig har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 43 EF, idet den for registrering af selskaber i handelsregisteret efter ansøgning fra statsborgere fra de medlemsstater, der tiltrådte Den Europæiske Union den 1. april 2004, med undtagelse af Republikken Cypern og Republikken Malta (herefter »de otte nye medlemsstater«), kræver, at Arbeitsmarktservice (arbejdsformidling og arbejdsløshedskasse, herefter »AMS«) fastslår, at de er selvstændige, eller at der fremlægges en fritagelse for arbejdstilladelse.

Retsforskrifter

Fællesskabsbestemmelser

2 Artikel 24 i akten vedrørende vilkårene for Den Tjekkiske Republiks, Republikken Estlands, Republikken Cyperns, Republikken Letlands, Republikken Litauens, Republikken Ungarns, Republikken Maltas, Republikken Polens, Republikken

Sloveniens og Den Slovakiske Republiks tiltrædelse og tilpasningerne af de traktater, der danner grundlag for Den Europæiske Union (EUT 2003 L 236, s. 33, herefter »tiltrædelsesakten«), har følgende ordlyd:

»De foranstaltninger, der opregnes i bilag V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII og XIV til denne akt, gælder for de nye medlemsstater på betingelserne i de nævnte bilag.«

3 Disse bilag foreskriver, særligt i deres punkt 2, første afsnit, som er indeholdt i afsnittet »Fri bevægelighed for personer«, mulighed for de stater, der allerede var medlemmer af Unionen på tidspunktet for denne tiltrædelse, indtil udløbet af en periode på fem år efter tiltrædelsesdatoen at anvende »nationale foranstaltninger […] til at regulere [de nye medlemsstaters] statsborgeres adgang til deres arbejdsmarked«.

Nationale bestemmelser

4 I henhold til bestemmelserne i § 32a jf. § 1, stk. 2, litra l) og m), i lov om udlændinges beskæftigelse (Ausländerbeschäftigungsgesetz) af 20. marts 1975 (BGBl. 218/1975), i den nugældende affattelse (BGBl. I, 99/2006, herefter »AuslBG«), finder loven anvendelse på statsborgere fra de otte nye medlemmer.

5 I AuslBG's § 2, stk. 2, defineres beskæftigelse som aktivitet »i et arbejdsforhold« eller »i et med arbejdsforhold ligestillet forhold«.

6 AuslBG's § 2, stk. 4, har følgende ordlyd:

»Ved vurderingen af, om der foreligger beskæftigelse i den forstand, hvor udtrykket er anvendt i stk. 2, skal der tages hensyn til de virkelige økonomiske indhold og ikke til de faktiske omstændigheders ydre fremstående. Der foreligger således beskæftigelse i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i stk. 2, når

1. en deltager i et personselskab til opfyldelse af selskabets formål, eller

2. en selskabsdeltager i et anpartsselskab med en selskabsandel på under 25% leverer arbejdsydelser for dette selskab, der typisk leveres i et arbejdsforhold, medmindre den lokale afdeling af [AMS] efter ansøgning inden for en frist på tre måneder fastslår, at ansøgeren faktisk personligt udøver en væsentlig indflydelse på ledelsen af selskabet. Bevisbyrden påhviler ansøgeren. Efter udløbet af denne frist kan virksomheden også påbegyndes uden den krævede attest. Hvis ansøgningen afvises efter udløbet af fristen, skal virksomhed, der allerede udøves, bringes til ophør straks eller senest inden for en uge efter meddelelse af beslutningen.«

7 I AuslBG's § 15 fastsættes betingelserne for udstedelse af fritagelse for arbejdstilladelses med følgende ordlyd:

»(1) En udlænding, der endnu ikke har en tidsubestemt arbejdstilladelse (§ 17), kan efter ansøgning få udstedt en fritagelse for arbejdstilladelse:

1. hvis han inden for de seneste otte år har udøvet en lovlig virksomhed i mindst fem år på det nationale område […], og hvis han er i besiddelse af en tilladelse til lovlig etablering […]

[…]«

Den administrative procedure

8 Da Kommissionen fandt, at den metode til sondring mellem selvstændige og arbejdstagere, der følger af AuslBG's § 2, stk. 4, udgør en restriktion for etableringsfriheden, der er sikret ved artikel 43 EF, fremsendte Kommissionen den 21. marts 2005 en åbningsskrivelse herom til de østrigske myndigheder, som svarede ved skrivelse af 19. maj 2005 og bestred, at der forelå en tilsidesættelse denne artikel.

9 Den 6. juli 2006 fremsatte Kommissionen en begrundet udtalelse til Republikken Østrig, hvori den opfordrede medlemsstaten til at træffe de nødvendige foranstaltninger for at efterkomme udtalelsen inden for en frist på to måneder fra modtagelsen. De østrigske myndigheder besvarede udtalelsen den 7. september 2006 og fastholdt deres stilling.

10 Kommissionen besluttede derfor at anlægge denne sag.

11 Ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 19. september 2007 fik Republikken Litauen tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Kommissionens påstande.

Om søgsmålet

Parternes argumenter

12 Kommissionen har gjort gældende, at den forpligtelse, der efter den pågældende nationale lovgivning påhviler statsborgere fra de otte nye medlemsstater, som ønsker at registrere et selskab i handelsregisteret, til at opnå enten en attestation fra AMS,

hvorved det fastslås, at de er selvstændige, eller en fritagelse for arbejdstilladelse, udgør en ubegrundet restriktion for udøvelse af etableringsfriheden.

13 Kommissionens argumenter koncentrerer sig i det væsentlige om klagepunktet vedrørende uforeneligheden med artikel 43 EF af proceduren for attestation for selvstændige i AuslBG's § 2, stk. 4, idet statsborgere fra disse medlemsstater sjældent vil kunne bevise, at de har udøvet en lovlig virksomhed i fem år inden for de otte år, der går forud for den ansøgning, der er nødvendig for at opnå en fritagelse for arbejdstilladelse som omhandlet i AuslBG's § 15.

14 Kommissionen har for det første anført, at i henhold til AuslBG's § 2, stk. 4, formodes en statsborger fra en af de nævnte medlemsstater at være arbejdstager, når han som selskabsdeltager i et personselskab eller et anpartsselskab med en selskabsandel på under 25% leverer »ydelser, der typisk leveres i et arbejdsforhold«. Ved at kræve, at en sådan selskabsdeltager afkræfter denne formodning ved at fremlægge bevis for, at han er selvstændig, undergiver denne bestemmelse ikke blot adgangen til at drive virksomhed som selvstændig en yderligere betingelse i forhold de betingelser, der finder anvendelse på andre erhvervsdrivende, men hindrer ligeledes udøvelse af denne erhvervsmæssige virksomhed i den periode, det tager at udstede attesten. Etableringsfriheden for de pågældende erhvervsdrivende fra de otte nye medlemsstater hindres derfor.

15 Kommissionen har følgende anført, at den restriktion, der er fastsat i AuslBG's § 2, stk. 4, er diskriminerende, fordi den pågældende procedure finder anvendelse på statsborgere fra de nye medlemsstater på grundlag af deres nationalitet.

16 Denne restriktion kan desuden ikke være begrundet i medfør af artikel 46 EF i hensyn til den offentlige orden som omhandlet i fællesskabsretspraksis, da Republikken Østrig

ikke har bevist, at der foreligger en virkelig og tilstrækkelig alvorlig trussel mod en grundlæggende samfundsmæssig interesse.

17 Under alle omstændigheder er forpligtelsen til at underkaste sig den omtvistede attestationsprocedure hverken nødvendig eller forholdsmæssig i forhold til det mål, medlemsstaten har påberåbt sig om bekæmpelse af eventuel misbrug af etableringsfriheden ved forebyggelse af omgåelse heraf med henblik på at gøre restriktionerne for arbejdskraftens frie bevægelighed virkningsløse.

18 Særligt er den omvendte bevisbyrde i bestemmelsen med henblik på fra en selskabsdeltager at opnå oplysninger, der gør det muligt at kontrollere, at den udøvede virksomhed virkelig er selvstændig, i modsætning til hvad medlemsstaten har anført, ikke den eneste mulige løsning til at anspore de pågældende til at samarbejde. Dette resultat kan efter Kommissionens opfattelse også opnås ved andre mindre restriktive foranstaltninger, såsom samarbejdsforpligtelser foreskrevet i loven, eventuelt ledsaget af sanktioner.

19 Desuden kan proceduren med forudgående tilladelse erstattes af en efterfølgende kontrol, der foretages efter registreringen af selskabet. De pågældende selvstændige vil således kunne påbegynde udøvelsen af deres virksomhed, og de kompetente myndigheder vil kunne påbyde, at virksomheden bringes til ophør, såfremt kontrollen afdækker et misbrug.

20 Republikken Østrig har i svarskriftet taget udgangspunkt i, at Kommissionen med urette har begrundet sit søgsmål i en tilsidesættelse af etableringsfriheden, der er sikret ved artikel 43 EF. Den er nemlig af den opfattelse, at attestationsproceduren i AuslBG's § 2, stk. 4, henhører under arbejdskraftens frie bevægelighed og er omfattet af den mulighed, medlemsstaterne i henhold til artikel 24 i tiltrædelsesakten har til i en overgangsperiode at begrænse de nye medlemsstaters statsborgeres adgang til arbejdsmarkedet.

21 Kun arbejdstagere og »falske selvstændige«, dvs. selskabsdeltagere, der på atypisk vis befinder sig i en situation, der svarer til en arbejdstagers, undergives proceduren med forudgående tilladelse. Selvstændige, såsom selskabsdeltagere, der ikke leverer arbejdsydelser, der er kendetegnende for et arbejdstagerforhold, men blot begrænser sig til ledelse og forvaltning af deres selskabsandele, er derimod, i modsætning til hvad Kommissionen har anført, ikke omfattet af anvendelsesområdet for AuslBG's artikel 2, stk. 4.

22 Republikken Østrig har videre anført, at formålet med bestemmelsen er at bekæmpe en praksis, der består i at omgå forpligtelsen til forudgående tilladelse til adgang til beskæftigelse ved at oprette selskaber efter de to metoder, der er omhandlet i bestemmelsen. I modsætning til hvad Kommissionen har anført, foreligger der ikke nogen mindre restriktive midler til at bekæmpe en sådan praksis. Særligt sker en efterfølgende kontrol på for sent et tidspunkt og hindrer ikke forstyrrelser af arbejdsmarkedet, således som Domstolen fastslog i dom af 22. januar 2002, Canal Satélite Digital (sag C-390/99, Sml. I, s. 607). Reglen og bevisbyrden, som Kommissionen har kritiseret, er ligeledes det eneste tilstrækkelige middel til at kontrollere, at den virksomhed, en selskabsdeltager udøver, faktisk er selvstændig, idet en almindelig samarbejdsforpligtelse ikke er tilstrækkelig til at kontrollere, at denne betingelse overholdes. Den pågældende person har nemlig ingen interesse i at samarbejde ved omgåelse af loven.

23 Medlemsstaten har endelig anført, at en maksimal frist på tre måneder er rimelig, fordi attestationsproceduren i praksis ofte afsluttes med en for den pågældende borger uvæsentlig ventetid, når det klart bevises, at han er selvstændig.

Domstolens bemærkninger

24 Indledningsvis bemærkes, at begrebet etablering i traktatens forstand er et meget vidt begreb, som for en fællesskabsstatsborger indebærer, at han på stabil og vedvarende måde kan deltage i det økonomiske liv i en anden medlemsstat end sin egen og drage

fordel deraf, hvorved der sker en begunstigelse af det økonomiske og sociale samarbejde inden for området selvstændig erhvervsvirksomhed (jf. dom af 14.9.2006, sag C-386/04, Centro di Musicologia Walter Stauffer, Sml. I, s. 8203, præmis 18 og den deri nævnte retspraksis).

25 I lyset af dette således afgrænsede begreb skal Republikken Østrigs argument, hvorefter den omtvistede nationale lovgivning udelukkende henhører under arbejdskraftens frie bevægelighed og nærmere bestemt under den midlertidige undtagelse, der er fastsat i punkt 2, første afsnit, i bilag V-XIV til tiltrædelsesakten, først forkastes.

26 Det fremgår af sagens akter og nærmere bestemt af den argumentation, medlemsstaten har fremført, at lovgivningen under visse betingelser underlægger samtlige statsborgere fra de otte nye medlemsstater, der ønsker at udøve erhvervsmæssig virksomhed i Østrig som selskabsdeltager i et personselskab eller et anpartsselskab, administrative formaliteter med henblik på blandt disse statsborgere at adskille de statsborgere, der faktisk udøver selvstændig virksomhed, fra dem, der i virkeligheden er arbejdstagere. Heraf følger, at Kommissionen kan begrunde sin anfægtelse af foreneligheden af AuslBG's §§ 2 og 15 med artikel 43 EF, for så vidt som disse nationale bestemmelser bl.a. finder anvendelse på selvstændige og gælder for udøvelsen af deres etableringsfrihed.

27 Det bemærkes herefter, at den etableringsfrihed, som er anerkendt ved artikel 43 EF for medlemsstaternes statsborgere, efter fast retspraksis indebærer, at de har ret til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed og til at drive og oprette virksomheder på samme vilkår som dem, der i etableringsmedlemsstatens lovgivning er fastsat for statens egne borgere (jf. i denne retning dom af 9.3.1999, sag C-212/97, Centros, Sml. I, s. 1459, præmis 19, og af 14.12.2006, sag C-170/05, Denkavit Internationaal og Denkavit France, Sml. I, s. 11949, præmis 20).

28 Med andre ord forbyder artikel 43 EF, at en medlemsstat i sin lovgivning for personer og selskaber, som udnytter retten til at etablere sig dér, fastsætter vilkår for deres udøvelse af virksomhed, som adskiller sig fra de vilkår, der er fastsat for landets egne statsborgere (dom af 28.1.1986, sag 270/83, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 273, præmis 24).

29 Den omtvistede nationale lovgivning tilsidesætter i det foreliggende tilfælde netop dette forbud, idet den kun undergiver statsborgere fra de otte nye medlemsstater krav om bevis for, at de ikke er arbejdstagere, ved fremlæggelse af en attest, som fastsat i AuslBG's § 2, stk. 4, eller en fritagelse for arbejdstilladelse, som omhandlet i lovens § 15, stk. 1.

30 For det første er disse fællesskabsborgeres adgang til at udøve erhvervsmæssig virksomhed som selskabsdeltagere i et personselskab eller et anpartsselskab, hvori de besidder under 25% af kapitalen, således begrænset og underlagt betingelser og yderligere formaliteter i forhold til dem, der finder anvendelse på indenlandske statsborgere. For det andet suspenderes statsborgerne fra de otte nye medlemsstaters udøvelse af deres erhvervsmæssige virksomhed i den periode, som den attestationsprocedure, der er fastsat i AuslBG's § 2, stk. 4, varer, dvs. i en periode på maksimum tre måneder, såfremt proceduren finder anvendelse.

31 Den omtvistede nationale lovgivning hjemler således en forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, der i princippet er forbudt ved artikel 43 EF.

32 Det skal derfor undersøges, om denne forskelsbehandling henhører under en af de undtagelser, der er omhandlet i artikel 46 EF, hvorefter diskriminerende foranstaltninger skal være begrundet i hensyn til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed.

33 Republikken Østrig har herved under påberåbelse af et hensyn til beskyttelsen af den offentlige orden anført, at de pågældende foranstaltninger i det væsentlige har til formål at bekæmpe muligt misbrug af etableringsfriheden ved at forebygge omgåelse af de overgangsregler, der gælder for arbejdskraftens frie bevægelighed, med henblik på at sikre det østrigske samfunds interesse i et velfungerende arbejdsmarked og lige konkurrencebetingelser på dette marked.

34 Denne argumentation kan ikke tiltrædes.

35 Begrebet den offentlige orden forudsætter, således som Domstolen gentagne gange har fastslået, for det første en virkelig og tilstrækkelig alvorlig trussel mod en grundlæggende samfundsmæssig interesse, og skal for det andet som en undtagelse fra et af traktatens grundlæggende principper fortolkes restriktivt (jf. i denne retning bl.a. dom af 9.3.2000, sag C-355/98, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 1221, præmis 28, af 13.12.2007, sag C-465/05, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 11091, præmis 49, og af 19.6.2008, sag C-319/06, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 4323, præmis 50).

36 Det følger endvidere af retspraksis, at en medlemsstat, som påberåber sig hensyn, der skal retfærdiggøre en fravigelse af princippet om etableringsfriheden, skal fremlægge en analyse af egnetheden og forholdsmæssigheden af den restriktive foranstaltning, som medlemsstaten har truffet, og fremlægge præcise oplysninger, der kan underbygge dens argumentation (jf. analogt dommen i sagen Kommissionen mod Luxembourg, præmis 51 og den deri nævnte retspraksis).

37 I det foreliggende tilfælde bemærkes, at Republikken Østrig blot generelt har påberåbt sig en risiko for, at formodede »falske selvstændige« omgår overgangsreglerne om den frie bevægelighed for arbejdstagere hidrørende fra de otte nye medlemsstater, uden at

fremføre noget præcist, som gør det muligt at fastslå, at en eventuel overtrædelse af disse regler udgør en reel og tilstrækkelig alvorlig krænkelse af et grundlæggende samfundsmæssigt hensyn.

38 Selv om det forudsættes, at denne risiko for omgåelse af de nævnte regler vil kunne skabe en sådan forstyrrelse af den offentlige orden, bemærkes desuden, at den sagsøgte medlemsstat ikke i tilstrækkelig grad har godtgjort, at det mål om et velfungerende arbejdsmarked, som den omtvistede lovgivning tilsigter, nødvendiggør indførelse af et generelt system med forudgående tilladelse, der finder anvendelse på samtlige de berørte erhvervsdrivende fra de otte nye medlemsstater, og at dette mål ikke kan nås gennem foranstaltninger, som er mindre restriktive for etableringsfriheden.

39 Mindre restriktive foranstaltninger end dem, der er indført ved den omtvistede nationale lovgivning, f.eks. indførelse af regelmæssige administrative kontroller eventuelt sammenkoblet med en oplysningspligt for de potentielt berørte erhvervsdrivende, vil i virkeligheden, således om Kommissionen og Republikken Litauen har anført, kunne sikre et tilsvarende resultat, idet det vil gøre det muligt at kontrollere, om visse former for erhvervsmæssig virksomhed faktisk udøves som selvstændig eller inden for rammerne af et arbejdsforhold.

40 Et sådant system forekommer så meget desto mere muligt, hvilket Republikken Østrig har bekræftet under retsmødet, som de pågældende nationale bestemmelser i det væsentlige vedrører byggesektoren og derfor oprettelse af selskaber, der udøver virksomhed af en vis varighed. I modsætning til, hvad denne medlemsstat har anført, vil en efterfølgende kontrol, der foretages efter registreringen af et selskab, således ikke

nødvendigvis ske på et for sent tidspunkt, men vil gøre det muligt for de pågældende selvstændige at påbegynde udøvelsen af deres virksomhed og for de kompetente myndigheder at påbyde, at virksomheden bringes til ophør, såfremt kontrollen afdækker et misbrug.

41 Den restriktion for etableringsfriheden, der følger af den omtvistede nationale lovgivning, er derfor ikke begrundet.

42 Det skal derfor fastslås, at Republikken Østrig har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 43 EF, idet den for registrering af selskaber i handelsregisteret efter ansøgning fra statsborgere fra de otte nye medlemsstater, som er selskabsdeltagere i et personselskab eller mindretalsaktionærer i et anpartsselskab, kræver, at AMS fastslår, at de er selvstændige, eller at der fremlægges en fritagelse for arbejdstilladelse.

Sagens omkostninger

43 Ifølge procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har nedlagt påstand om, at Republikken Østrig tilpligtes at betale sagens omkostninger, og Republikken Østrig har tabt sagen, bør det pålægges denne at betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Første Afdeling):

1) Republikken Østrig har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 43 EF, idet den for registrering af selskaber i handelsregisteret efter ansøgning fra statsborgere fra de medlemsstater, der tiltrådte Den Europæiske Union den 1. april 2004 — med undtagelse af Republikken Cypern og Republikken Malta — som er selskabsdeltagere i et personselskab eller mindretalsaktionærer i et anpartsselskab, kræver, at Arbeitsmarktservice fastslår, at de er selvstændige, eller at der fremlægges en fritagelse for arbejdstilladelse.

2) Republikken Østrig betaler sagens omkostninger.

Underskrifter