DOMSTOLENS DOM (första avdelningen)

den 22 december 2008 *

I mål C-161/07,

angående en talan om fördragsbrott enligt artikel 226 EG, som väckts den 23 mars 2007,

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av E. Traversa och G. Braun, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

med stöd av

Republiken Litauen, företrädd av D. Kriaučiūnas, i egenskap av ombud,

intervenient,

* Rättegångsspråk: tyska.

mot

Republiken Österrike, företrädd av C. Pesendorfer och M. Winkler, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

meddelar

DOMSTOLEN (första avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden P. Jann samt domarna M. Ilešič, A. Tizzano (referent), A. Borg Barthet och J.-J. Kasel,

generaladvokat: M. Poiares Maduro,
justitiesekreterare: förste handläggaren L. Hewlett,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 26 juni 2008,

och efter att den 18 september 2008 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Europeiska gemenskapernas kommission har yrkat att domstolen ska fastställa att Republiken Österrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 43 EG genom att föreskriva att registrering av bolag i bolags- och handelsregistret, efter ansökan från medborgare i de medlemsstater som anslutit sig till Europeiska unionen den 1 maj 2004, med undantag av Republiken Cypern och Republiken Malta (nedan kallade de åtta nya medlemsstaterna), endast kan ske om Arbeitsmarktservice (Arbetsmarknadstjänsten) (nedan kallad AMT) har fastställt att sökandena är egenföretagare eller sökandena kan förete en dispens vad avser arbetstillstånd.

Tillämpliga bestämmelser

Gemenskapsrätten

2 Artikel 24 i akten om villkoren för Republiken Tjeckiens, Republiken Estlands, Republiken Cyperns, Republiken Lettlands, Republiken Litauens, Republiken Ungerns, Republiken Maltas, Republiken Polens, Republiken Sloveniens och Republiken

Slovakiens anslutning till de fördrag som ligger till grund för Europeiska unionen och om anpassning av fördragen (EUT L 236, 2003, s. 33) (nedan kallad anslutningsakten) har följande ordalydelse:

”De bestämmelser som förtecknas i bilagorna V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII och XIV till denna anslutningsakt skall tillämpas i fråga om de nya medlemsstaterna enligt de villkor som anges i bilagorna.”

3 I dessa bilagor föreskrivs bland annat, i punkt 2 första stycket i respektive bilaga, under rubriken ”Fri rörlighet för personer” en möjlighet för de stater som redan var medlemmar i unionen vid tidpunkten för denna anslutning att fram till utgången av femårsperioden efter anslutningen tillämpa ”nationella bestämmelser … som reglerar tillträdet till deras arbetsmarknader för … medborgare [i nya medlemsstater]”.

Nationell rätt

4 Enligt bestämmelserna i 32a § och 1 § andra stycket punkterna l och m i lagen om anställning av utlänningar (Ausländerbeschäftigungsgesetz), av den 20 mars 1975 (BGBl. 218/1975), i dess nu gällande lydelse (BGBl. I, 99/2006) (nedan kallad AuslBG), tillämpas denna lag på medborgarna i de åtta nya medlemsstaterna.

5 I 2 § andra stycket AuslBG definieras anställning som den verksamhet som bedrivs ”inom ramen för ett anställningsförhållande” eller ”inom ramen för ett anställningsliknande förhållande”.

6 2 § fjärde stycket AuslBG har följande ordalydelse:

”För att bedöma om fråga är om en anställning, i den mening som avses i 2 §, ska den verkliga ekonomiska substansen beaktas och inte omständigheternas yttre form. En anställning, i den mening som avses i 2 §, föreligger således när

1. en bolagsman i ett personbolag i syfte att uppnå det gemensamma bolagsändamålet, eller

2. en bolagsman i ett bolag med begränsat ansvar som innehar en andel i bolaget understigande 25 procent utför arbete för bolaget som typiskt sett tillhandahålls inom ramen för ett anställningsförhållande, såvida inte [AMT:]s regionkontor på ansökan och inom tre månader fastställer att en bolagsman personligen faktiskt utövar ett väsentligt inflytande vid ledningen av bolaget. Bevisbördan för detta åvilar sökanden. Efter utgången av denna period får verksamheten inledas även utan erforderligt beslut om fastställande. Om ansökan avslås efter fristens utgång, ska den redan inledda verksamheten upphöra omedelbart eller senast veckan efter det att beslutet delgavs.”

7 I 15 § AuslBG anges villkoren för beviljande av dispens vad avser arbetstillstånd enligt följande:

”1. En utlänning som ännu inte har obegränsat tillträde till arbetsmarknaden (17 §) ska på ansökan erhålla ett intyg om befrielse om

1. personen i fråga under minst fem av de senaste åtta åren har … bedrivit tillåten verksamhet och har etablerat sig i enlighet med gällande rätt …

…”

Det administrativa förfarandet

8 Kommissionen ansåg att den metod för att skilja mellan egenföretagare och löntagare som föreskrivs i 2 § fjärde stycket AuslBG utgör en restriktion för den etableringsfrihet som säkerställs i artikel 43 EG och sände därför den 21 mars 2005 en formell underrättelse angående detta förhållande till de österrikiska myndigheterna, vilka besvarade underrättelsen i skrivelse av den 19 maj 2005 vari de bestred att denna artikel skulle ha åsidosatts.

9 Den 6 juli 2006 skickade kommissionen ett motiverat yttrande till Republiken Österrike och beredde denna medlemsstat tillfälle att vidta nödvändiga åtgärder för att rätta sig efter yttrandet inom två månader från delgivning. De österrikiska myndigheterna besvarade yttrandet den 7 september 2006 varvid de vidhöll sin ståndpunkt.

10 Kommissionen beslutade följaktligen att väcka förevarande talan.

11 Genom beslut av domstolens ordförande den 19 september 2007 tilläts Republiken Litauen intervenera i förevarande mål till stöd för kommissionens yrkanden.

Talan

Parternas argument

12 Kommissionen har gjort gällande att den skyldighet som föreskrivs i den ifrågavarande nationella lagstiftningen, enligt vilken det krävs att medborgare i de åtta nya medlemsstaterna som önskar registrera ett bolag i bolags- och handelsregistret måste utverka antingen ett intyg från AMT i vilket det fastställs att de är egenföretagare

eller en dispens vad avser arbetstillstånd, utgör en icke rättfärdigad inskränkning i utövandet av etableringsrätten.

13 Kommissionens argument koncentreras i huvudsak till den invändning som avser att det i 2 § fjärde stycket AuslBG föreskrivna förfarandet för intygande av att den berörda personen är egenföretagare är oförenligt med artikel 43 EG, eftersom det förmodligen är få medborgare i dessa medlemsstater som kan styrka att de har bedrivit tillåten verksamhet under fem av de åtta år som har föregått ansökan, vilket är ett krav för att erhålla en dispens vad avser arbetstillstånd enligt 15 § AuslBG.

14 Kommissionen har för det första anfört att enligt 2 § fjärde stycket AuslBG presumeras en medborgare i någon av de nämnda medlemsstaterna vara verksam som löntagare när denne i egenskap av bolagsman i ett personbolag eller i ett bolag med begränsat ansvar, vilken innehar en andel i bolagets kapital understigande 25 procent, utför ”arbete som typiskt sett utförs inom ramen för ett anställningsförhållande”. Genom kravet på att en sådan bolagsman ska genombryta denna presumtion genom att bevisa sin egenskap av egenföretagare, innebär denna bestämmelse inte bara att det uppställs ett extra villkor för att verka som egenföretagare, i förhållande till de villkor som gäller för övriga aktörer, utan också att bedrivandet av denna ekonomiska verksamhet hindras under den tid som förfarandet för utfärdande av intyget pågår. Etableringsfriheten för de berörda ekonomiska aktörerna i de åtta nya medlemsstaterna hindras således.

15 Kommissionen har därefter gjort gällande att den restriktion som stadgas i 2 § fjärde tycket AuslBG är diskriminerande på grund av att det ifrågavarande förfarandet tillämpas på medborgare i de nya medlemsstaterna på grundval av deras nationalitet.

16 Denna restriktion kan inte heller rättfärdigas med stöd av artikel 46 EG av hänsyn till allmän ordning, i den mening som avses i gemenskapens rättspraxis, eftersom

Republiken Österrike inte har visat att det föreligger ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot som påverkar ett grundläggande samhällsintresse.

17 Skyldigheten att genomgå det omtvistade förfarandet för intygande är hursomhelst varken nödvändigt eller proportionerligt med hänsyn till det ändamål som denna stat har åberopat, nämligen att bekämpa eventuellt missbruk av etableringsfriheten genom att förebygga varje kringgående av densamma som sker i syfte att undgå de restriktioner som uppställs för den fria rörligheten för arbetstagare.

18 Kommissionen har gjort gällande att förhållandet tvärtom är det motsatta i förhållande till vad nämnda medlemsstat har hävdat. I den ifrågavarande bestämmelsen föreskrivs en omkastning av bevisbördan som innebär att bolagsmännen ska tillhandahålla information som gör det möjligt att kontrollera att den ekonomiska verksamheten verkligen bedrivs av en egenföretagare. Denna lösning är emellertid inte den enda möjliga lösningen för att få berörda personer att samarbeta. Enligt kommissionen kan detta resultat nämligen uppnås även med andra medel som är mindre restriktiva, exempelvis i form av en i lag föreskriven skyldighet att samarbeta, eventuellt förenad med sanktioner.

19 Förfarandet för auktorisation i förväg skulle dessutom kunna ersättas med en kontroll i efterhand, efter det att bolaget hade registrerats. På det sättet skulle berörda egenföretagare kunna inleda sin verksamhet och behöriga myndigheter kunde för sin del ålägga dem att upphöra med verksamheten om kontrollerna utvisade att det förekommit missbruk.

20 Republiken Österrike har i sin svarsskrivelse utgått från att kommissionen felaktigt har grundat sin talan på ett åsidosättande av den etableringsfrihet som säkerställs i artikel 43 EG. Denna medlemsstat anser nämligen att det förfarande för intygande som föreskrivs i 2 § fjärde stycket AuslBG omfattas av den fria rörligheten för arbetstagare och täcks av den möjlighet som medlemsstaterna, enligt artikel 24 i anslutningsakten, har att under en övergångsperiod begränsa tillträdet till arbetsmarknaden för medborgare i de nya medlemsstaterna.

21 Endast löntagare och ”falska egenföretagare”, varmed avses bolagsmän som på ett ”atypiskt sätt” befinner sig i en situation som liknar situationen för en löntagare, är föremål för förfarandet avseende förhandstillstånd. Sådana egenföretagare som bolagsmännen utför däremot inte något arbete för bolaget som är kännetecknande för en anställning, utan ägnar sig endast åt ledning och förvaltning av sina bolagsandelar varför de, i motsats till vad kommissionen hävdat, inte omfattas av tillämpningsområdet för 2 § fjärde stycket AuslBG.

22 Republiken Österrike har därefter gjort gällande att ändamålet med denna bestämmelse är att stävja ett agerande i form av kringgående av skyldigheten att utverka förhandstillstånd för möjlighet att utföra arbete inom ramen för en anställning, vilket sker genom att bolag bildas i enlighet med de två typfall som nämnda bestämmelse tar sikte på. Österrike delar inte kommissionens ståndpunkt att det finns mindre inskränkande medel för att bekämpa sådana ageranden. Inte minst skulle en kontroll i efterhand ske på ett alltför sent stadium och den skulle inte göra det möjligt att undvika störningar på arbetsmarknaden, något som domstolen slog fast i sin dom av den 22 januari 2002 i mål C-390/99, Canal Satéllite Digital (REG 2002, s. I-607). Likaså utgör den av kommissionen kritiserade bevisbörderegeln det enda ändamålsenliga medlet för att kontrollera huruvida den verksamhet som en bolagsman bedriver verkligen är av självständig natur, eftersom endast en skyldighet att samarbeta inte räcker för att kontrollera huruvida detta villkor iakttagits. De berörda personerna saknar nämligen helt intresse av att samarbeta i fall där avsikten är att kringgå lagen.

23 Nämnda medlemsstat har slutligen anfört att den maximala fristen på tre månader är rimlig, eftersom förfarandet för intygande i praktiken ofta avslutas med en för berörd person obetydlig väntetid, i synnerhet när dennes egenskap av egenföretagare har styrkts.

Domstolens bedömning

24 Domstolen erinrar inledningsvis om att begreppet etablering i den mening som avses i EG-fördraget utgör ett mycket vittomfattande begrepp som innebär en möjlighet för medborgare i gemenskapen att stadigvarande och kontinuerligt delta i det ekonomiska livet i en annan medlemsstat än ursprungsstaten och att dra fördel av detta. Begreppet

befrämjar således det ekonomiska och sociala utbytet inom gemenskapen på den fria yrkesutövningens område (se dom av den 14 september 2006 i mål C-386/04, Centro di Musicologia Walter Stauffer, REG 2006, s. I-8203, punkt 18 och där angiven rättspraxis).

25 Mot bakgrund av det på detta sätt avgränsade begreppet avfärdar domstolen för det första Republiken Österrikes argument att den omtvistade nationella lagstiftningen uteslutande omfattas av området för den fria rörligheten för arbetstagare, närmare bestämt det undantag av övergångskaraktär som föreskrivs i punkt 2 femte stycket i bilagorna V–XIV i anslutningsakten.

26 Av handlingarna i målet, framför allt av den argumentation som denna medlemsstat har utvecklat, framgår nämligen att nämnda lagstiftning under vissa omständigheter medför administrativa formaliteter för samtliga de medborgare i de åtta nya medlemsstaterna som önskar bedriva ekonomisk verksamhet i Österrike i egenskap av bolagsman i ett personbolag eller i ett bolag med begränsat ansvar. Syftet med dessa formaliteter är att göra det möjligt att bland dessa medborgare skilja dem som verkligen bedriver verksamhet i egenskap av egenföretagare från dem som de facto är anställda. Härav följer att kommissionen har fog för att ifrågasätta förenligheten av 2 § och 15 § AuslBG med artikel 43 EG, då dessa nationella bestämmelser bland annat är tillämpliga på egenföretagare och reglerar deras utövande av etableringsfriheten.

27 Det ska därefter påpekas att enligt fast rättspraxis ska den etableringsfrihet som enligt artikel 43 EG tillerkänns medborgare inom gemenskapen innefatta en rätt för dem att starta och utöva verksamhet som egenföretagare samt bilda och driva ett företag på samma villkor som etableringsstatens lagstiftning föreskriver för dess egna medborgare (se, för ett liknande resonemang, dom av den 9 mars 1999 i mål C-212/97, Centros, REG 1999, s. I-1459, punkt 19, och av den 14 december 2006 i mål C-170/05, Denkavit Internationaal och Denkavit France, REG 2006, s. I-11949, punkt 20).

28 Med andra ord innebär artikel 43 EG ett förbud för samtliga medlemsstater att, i sina lagstiftningar, för de personer som utnyttjar rätten att etablera sig där föreskriva villkor för dessa personers bedrivande av verksamhet som skiljer sig från de villkor som uppställs för de egna medborgarna (dom av den 28 januari 1986 i mål 270/83, kommissionen mot Frankrike, REG 1986, s. 273, punkt 24,;svensk specialutgåva, volym 8, s. 389).

29 I förevarande fall innebär dock den omtvistade nationella lagstiftningen ett åsidosättande av just detta förbud. Det är nämligen endast medborgare i de åtta nya medlemsstaterna som omfattas av kravet i nämnda lagstiftning på styrkande, medelst företeende av det intyg som föreskrivs i 2 § fjärde stycket AuslBG eller en sådan dispens vad avser arbetstillstånd som avses i 15 § första stycket i denna lag, av de inte utför arbete inom ramen för en anställning.

30 Dessa gemenskapsmedborgares möjlighet att bedriva ekonomisk verksamhet i egenskap av bolagsmän i ett personbolag eller i ett bolag med begränsat ansvar, i vilket de innehar mindre än 25 procent av kapitalet, är alltså förenad med villkor och extra formaliteter i förhållande till vad som gäller för de egna medborgarna. Förfarandet för intygande som avses i 2 § fjärde stycket AuslBG tillämpas vidare på så sätt att medborgarna i de åtta nya medlemsstaterna genom suspension hindras från att bedriva ekonomisk verksamhet under den tid som nämnda förfarande pågår, det vill säga under en period av högst tre månader.

31 Den omtvistade nationella lagstiftningen medför alltså en skillnad i behandling baserad på nationalitet, vilket i princip är otillåtet enligt artikel 43 EG.

32 Det ska därmed prövas om denna skillnad i behandling omfattas av undantaget i artikel 46 EG, enligt vilket diskriminering endast kan rättfärdigas av hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa.

33 Republiken Österrike har i detta avseende, under åberopande av skyddet för allmän ordning, gjort gällande att de ifrågavarande bestämmelserna i huvudsak avser bekämpning av eventuellt missbruk av etableringsfriheten, genom att kringgående av de övergångsbestämmelser som är tillämpliga på den fria rörligheten för arbetstagare förebyggs, så att det österrikiska bolagets intresse av en väl fungerande arbetsmarknad och av lika konkurrensvillkor på nämnda marknad bibehålls.

34 Denna argumentation kan inte godtas.

35 Som domstolen vid upprepade tillfällen har preciserat förutsätter nämligen begreppet allmän ordning att det föreligger ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot som påverkar ett grundläggande samhällsintresse och det ska i egenskap av rättfärdigande av ett undantag från en grundläggande princip i fördraget tolkas restriktivt (se, för ett liknande resonemang, bland annat dom av den 9 mars 2000 i mål C-355/98, kommissionen mot Belgien, REG 2000, s. I-1221, punkt 28, av den 13 december 2007 i mål C-465/05, kommissionen mot Italien, REG 2007, s. I-11091, punkt 49, och av den 19 juni 2008 i mål C-319/06, kommissionen mot Luxemburg, REG 2008, s. I-4323, punkt 50).

36 Av rättspraxis framgår också att de skäl som en medlemsstat kan åberopa för att rättfärdiga ett undantag från principen om etableringsfrihet ska åtföljas av en bedömning av lämpligheten och proportionaliteten av den inskränkande åtgärd som denna stat har vidtagit samt närmare uppgifter till stöd för dess argument (se, analogt, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Luxemburg, punkt 51 och där angiven rättspraxis).

37 Det ska emellertid i förevarande fall konstateras att Republiken Österrike endast i allmänna ordalag har åberopat en risk för att de som förmodas vara ”falska egenföretagare” kringgår de övergångsbestämmelser som reglerar den fria rörligheten för arbetstagare från de åtta nya medlemsstaterna, utan att därvid ange någon exakt

omständighet som visar att risken för sådant kringgående av nämnda bestämmelser utgör ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot som påverkar ett grundläggande samhällsintresse.

38 Det kan förvisso antas att denna risk för kringgående av nämnda regler skulle kunna störa den allmänna ordningen på ett sådant sätt. Domstolen konstaterar dock att den medlemsstat som utgör svarande i förevarande mål inte har visat att det, för att uppnå det med den omtvistade lagstiftningen eftersträvade ändamålet, nämligen att arbetsmarknaden ska fungera väl, är nödvändigt att införa ett allmänt system med förhandstillstånd som är tillämpligt på alla berörda aktörer i de åtta nya medlemsstaterna eller att detta ändamål inte kan uppnås med åtgärder som är mindre inskränkande för etableringsfriheten.

39 Som kommissionen och Republiken Litauen har föreslagit skulle mindre inskränkande åtgärder än de som har genomförts i den omtvistade nationella lagstiftningen, såsom införandet av regelbundna administrativa kontroller, eventuellt förenade med skyldighet till uppgiftslämnande för de ekonomiska aktörer som kan komma att beröras att lämna uppgifter, i själva verket kunna säkerställa ett liknande resultat genom en möjlighet att kontrollera huruvida vissa ekonomiska verksamheter verkligen bedrivs självständigt eller om de bedrivs inom ramen för ett anställningsförhållande.

40 Ett sådant system förefaller ännu mera förutsebart eftersom de ifrågavarande nationella bestämmelserna huvudsakligen tar sikte på bygg- och anläggningssektorn och alltså bildandet av bolag som bedriver verksamhet som pågår under viss tid, något som Republiken Österrike har bekräftat under förhandlingen. I motsats till vad denna medlemsstat har hävdat skulle en kontroll i efterhand, när ett bolag väl har registrerats,

alltså inte nödvändigtvis ske för sent, utan den skulle kunna ge berörda egenföretagare en möjlighet att inleda sin verksamhet och samtidigt ge behöriga myndigheter rätt att ålägga en egenföretagare att upphöra med verksamheten om det vid en kontroll visar sig att det har förekommit missbruk.

41 Den inskränkning av etableringsfriheten som följer av den omtvistade nationella lagstiftningen är följaktligen inte rättfärdigad.

42 Under dessa förhållanden fastställer domstolen att Republiken Österrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 43 EG genom att föreskriva att registrering av bolag i bolags- och handelsregistret, efter ansökan från medborgare i de åtta nya medlemsstaterna, vilka medborgare är bolagsmän i ett personbolag eller i ett bolag med begränsat ansvar, endast kan ske om AMT har fastställt att sökandena är egenföretagare eller sökandena kan förete en dispens vad avser arbetstillstånd.

Rättegångskostnader

43 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att Republiken Österrike ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom Republiken Österrike har tappat målet, ska kommissionens yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (första avdelningen) följande:

1) **Republiken Österrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 43 EG genom att föreskriva att registrering av bolag i bolags- och handelsregistret, efter ansökan från medborgare i de medlemsstater som anslutit sig till Europeiska unionen den 1 maj 2004, med undantag av Republiken Cypern och Republiken Malta, vilka medborgare är bolagsmän i ett personbolag eller i ett bolag med begränsat ansvar, endast kan ske om Arbeitsmarktservice har fastställt att sökandena är egenföretagare eller sökandena kan förete en dispens vad avser arbetstillstånd.**

2) **Republiken Österrike ska ersätta rättegångskostnaderna.**

Underskrifter