SODBA SODIŠČA (prvi senat)

z dne 22. decembra 2008 *

V zadevi C-161/07,

zaradi tožbe zaradi neizpolnitve obveznosti na podlagi člena 226 ES, vložene 23. marca 2007,

Komisija Evropskih skupnosti, ki jo zastopata E. Traversa in G. Braun, zastopnika, z naslovom za vročanje v Luxembourgu,

tožeča stranka,

ob intervenciji

Republike Litve, ki jo zastopa D. Kriaučiūnas, zastopnik,

intervenientka,

* Jezik postopka: nemščina.

proti

Republiki Avstriji, ki jo zastopata C. Pesendorfer in M. Winkler, zastopnici, z naslovom za vročanje v Luxembourgu,

tožena stranka,

SODIŠČE (prvi senat),

v sestavi P. Jann, predsednik senata, M. Ilešič, A. Tizzano (poročevalec), A. Borg Barthet in J.-J. Kasel, sodniki,

generalni pravobranilec: M. Poiares Maduro,
sodna tajnica: L. Hewlett, glavna administratorka,

na podlagi pisnega postopka in obravnave z dne 26. junija 2008,

po predstavitvi sklepnih predlogov generalnega pravobranilca na obravnavi 18. septembra 2008

izreka naslednjo

Sodbo

1 Komisija Evropskih skupnosti s tožbo predlaga, naj Sodišče ugotovi, da Republika Avstrija, s tem da je za vpis družb v sodni register na predlog državljanov držav članic, ki so pristopile k Evropski uniji maja 2004, razen Republike Ciper in Republike Malte (v nadaljevanju: osem novih držav članic), zahtevala od Arbeitsmarktservice (zavod za zaposlovanje, v nadaljevanju: AMS) ugotovitev njihovega statusa samozaposlene osebe ali predložitev potrdila o oprostitvi, ni izpolnila obveznosti iz člena 43 ES.

Pravni okvir

Pravo Skupnosti

2 Člen 24 Akta o pogojih pristopa Češke republike, Republike Estonije, Republike Cipra, Republike Latvije, Republike Litve, Republike Madžarske, Republike Malte, Republike

Poljske, Republike Slovenije in Slovaške republike in prilagoditvah Pogodb, na katerih temelji Evropska unija (UL 2003, L 236, str. 33, v nadaljevanju: Akt o pristopu), določa:

„Ukrepi, navedeni v Prilogah V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII in XIV k temu aktu, se za nove države članice uporabljajo pod pogoji, določenimi v teh prilogah."

3 Te priloge so zlasti v točki 2, prvi odstavek, določale možnost, da države članice, ki so že članice Unije, od dne pristopa do konca petletnega obdobja še naprej „uporablja[jo] nacionalne ukrepe […], ki urejajo dostop […] državljanov [novih držav članic] na njihove trge dela".

Nacionalno pravo

4 Na podlagi določb člena 32a v povezavi s členom 1(2)(l) in (m) se Ausländerbeschäftigungsgesetz (avstrijski zakon o zaposlovanju tujcev) z dne 20. marca 1975 (BGBl. 218/1975) v zdaj veljavni različici (BGBl. I, 99/2006, v nadaljevanju: AuslBG) uporablja za državljane osmih novih držav članic.

5 Člen 2(2) AuslBG opredeljuje zaposlitev kot dejavnost „znotraj delovnega razmerja" ali „znotraj razmerja, ki je podobno delovnemu razmerju".

6 Člen 2(4) AuslBG določa:

„Za presojo, ali gre za zaposlitev v smislu odstavka 2, je treba upoštevati pravo gospodarsko vsebino, in ne zunanji videz dejstev. Za zaposlitev v smislu odstavka 2 gre zlasti:

1. ko družbenik osebne družbe za dosego skupnih družbenih ciljev ali

2. družbenik v družbi z omejeno odgovornostjo, ki ima manj kot 25-odstotni delež, za družbo opravlja dejavnosti, ki so značilne za delovno razmerje, razen če regionalni urad [AMS] na zahtevo in v treh mesecih ne ugotovi, da družbenik osebno pomembno vpliva na upravljanje osebne družbe ali družbe z omejeno odgovornostjo. Dokazno breme je na strani vlagatelja zahteve. Po tem roku je mogoče dejavnost opravljati tudi brez zahtevanega dovoljenja. Če se zahteva zavrne po izteku roka, je treba takoj oziroma najpozneje v enem tednu po obvestilu o dovoljenju prenehati opravljati dejavnost“.

7 Člen 15 AuslBG določa te pogoje za izdajo potrdila o oprostitvi:

„(1) Tujcu, ki še nima delovnega dovoljenja za nedoločen čas (člen 17), je mogoče na njegovo zahtevo izdati potrdilo o oprostitvi:

1. če je vsaj pet od zadnjih osmih let zakonito opravljal delo na nacionalnem ozemlju […] in je imel zakonito dovoljenje za ustanovitev […]

[…]“

Predhodni postopek

8 Ker metoda razlikovanja med samozaposlenimi osebami in delavci, ki izhaja iz člena 2(4) AuslBG, pomeni omejitev svobode ustanavljanja, ki je zagotovljena s členom 43 ES, je Komisija 21. marca 2005 na avstrijske organe naslovila pisni opomin, na katerega so ti odgovorili 19. maja 2005 in izpodbijali kakršno koli kršitev tega člena.

9 Komisija je 6. julija 2006 Republiki Avstriji poslala obrazloženo mnenje, s katerim je to državo članico pozvala, naj sprejme potrebne ukrepe, da se uskladi s tem mnenjem v dveh mesecih od njegovega prejema. Avstrijski organi so na navedeni dopis odgovorili 7. septembra 2006 in ponovno poudarili svoje stališče.

10 Komisija se je zato odločila, da vloži to tožbo.

11 S sklepom predsednika Sodišča z dne 19. septembra 2007 je bila Republiki Litvi v obravnavani zadevi dovoljena intervencija v podporo predlogom Komisije.

Tožba

Trditve strank

12 Komisija zatrjuje, da obveznost, določena v zadevni nacionalni zakonodaji, ki od državljanov osmih novih držav članic, ki želijo vpisati družbo v sodni register, zahteva

potrdilo AMS, s katerim se ugotavlja njihov status samozaposlene osebe, ali potrdilo o oprostitvi, pomeni neupravičeno omejitev izvajanja pravice do ustanavljanja.

13 Trditve Komisije so v glavnem osredotočene na očitek o nezdružljivosti ugotovitvenega postopka glede statusa samozaposlene osebe, predvidenega v členu 2(4) AuslBG, s členom 43 ES, ker bi lahko le redki državljani teh držav članic dokazali, da so pet let od zadnjih osmih pred vložitvijo zahtevka, ki je potrebna za pridobitev potrdila o oprostitvi na podlagi člena 15 AuslBG, zakonito opravljali delo.

14 Komisija najprej opozarja, da se za državljana ene od navedenih držav članic na podlagi člena 2(4) AuslBG domneva, da je delavec, kadar kot družbenik osebne družbe ali družbenik družbe z omejeno odgovornostjo, ki ima manj kot 25-odstotni delež, opravlja „dejavnosti, ki so značilne za delovno razmerje“. S tem ko ta določba zahteva, da mora tak družbenik za izpodbijanje te domneve predložiti dokaz o statusu samozaposlene osebe, ne le podreja dostop do opravljanja dejavnosti kot samozaposlena oseba dodatnemu pogoju glede na tiste, ki veljajo za druge subjekte, ampak tudi preprečuje opravljanje te gospodarske dejavnosti med ugotovitvenim postopkom. Svoboda ustanavljanja zadevnih gospodarskih subjektov iz osmih novih držav članic naj bi bila tako onemogočena.

15 Komisija nato zatrjuje, da je omejitev, ki jo določa člen 2(4) AuslBG, diskriminatorna, ker se zadevni postopek uporabi za državljane novih držav članic na podlagi njihovega državljanstva.

16 Poleg tega te omejitve ni mogoče upravičiti na podlagi člena 46 ES zaradi razlogov javnega reda v smislu sodne prakse Skupnosti, ker Republika Avstrija ni dokazala obstoja nobene resnične in dovolj resne grožnje za temeljni interes družbe.

17 Obveznost uporabe spornega ugotovitvenega postopka ni v nobenem primeru niti potrebna niti sorazmerna glede na zastavljeni cilj, ki ga navaja država članica, da se morebitne zlorabe svobode ustanavljanja onemogoči s preprečitvijo vseh izognitev omejitvam prostega gibanja delavcev.

18 Predvsem obrnitev dokaznega bremena, ki ga določa zadevna določba, da bi se od družbenika pridobili podatki, na podlagi katerih bi bilo mogoče preveriti, ali gospodarsko dejavnost opravlja resnično samostojno, v nasprotju s trditvami navedene države članice ne more biti edina mogoča rešitev za spodbuditev vseh zainteresiranih oseb k sodelovanju. Po mnenju Komisije bi bilo namreč to mogoče doseči tudi z drugimi, manj omejujočimi ukrepi, kot je zakonska obveznost sodelovanja, ki ji po potrebi sledijo sankcije.

19 Poleg tega bi bilo mogoče predhodni postopek za izdajo dovoljenja nadomestiti z naknadnim nadzorom, opravljenim po vpisu družbe. Tako bi lahko zadevne samozaposlene osebe začele opravljati svojo dejavnost, pristojni organi pa bi lahko sami zahtevali prenehanje, če bi pri nadzoru ugotovili zlorabo.

20 Republika Avstrija je v svoji obrambi izhajala iz načela, da se je Komisija zmotno sklicevala na kršitev svobode ustanavljanja, ki jo zagotavlja člen 43 ES. Meni namreč, da ugotovitveni postopek, predviden v členu 2(4) AuslBG, spada na področje prostega gibanja delavcev in je urejen z možnostjo držav članic, da na podlagi člena 24 Akta o pristopu v prehodnem obdobju omejijo dostop državljanov novih držav članic do trga dela.

21 Postopek za izdajo dovoljenja naj bi se uporabljal le za delavce in „lažne samozaposlene osebe“, in sicer družbenike, ki so „neznačilno“ v položaju, ki je podoben položaju delavca. Zato samozaposlene osebe, kot so družbeniki, ki za družbo ne opravljajo storitev, ki so značilne za opravljanje dela, ampak so omejene na dejanja upravljanja in razpoložljivost njihovih družbenih delov, v nasprotju s trditvami Komisije ne spadajo na področje uporabe člena 2(4) AuslBG.

22 Republika Avstrija dalje zatrjuje, da je cilj te določbe zatiranje prakse izogibanja obveznosti predhodne izdaje dovoljenja za dostop do dela z ustanavljanjem družb v dveh primerih, navedenih v določbi. Vendar v nasprotju s tem, kar meni Komisija, ne obstajajo manj omejujoča sredstva za preprečevanje takšne prakse. Naknadni nadzor bi nastopil predvsem prepozno in ne bi omogočal izognitev motnjam na trgu dela, tako kot je Sodišče razsodilo v sodbi z dne 22. januarja 2002 v zadevi Canal Satélite Digital (C-390/99, Recueil, str. I-607). Prav tako naj bi pravilo v zvezi z dokaznim bremenom, ki ga izpodbija Komisija, pomenilo edino ustrezno sredstvo za preverjanje, ali je dejavnost družbenika dejansko samostojna, saj zgolj obveznost sodelovanja ne zadostuje za nadzorovanje upoštevanja tega pogoja. Zainteresirane osebe naj namreč ne bi želele sodelovati, če gre za izogibanje zakonu.

23 Navedena država članica nazadnje zatrjuje, da je najdaljši trimesečni rok sprejemljiv, saj se ugotovitveni postopek v praksi pogosto konča s kratko čakalno dobo, ki je za zainteresirano osebo zanemarljiva, predvsem če je njen status samozaposlene osebe očitno dokazan.

Presoja Sodišča

24 Uvodoma je treba opozoriti, da je pojem ustanavljanja v smislu Pogodbe ES zelo širok in vključuje možnost, da državljan Skupnosti stalno in trajno sodeluje v gospodarskem življenju druge države članice, ki ni njegova država izvora, ter da iz tega pridobi dobiček in tako spodbuja ekonomsko in socialno prepletenost v Evropski skupnosti na področju

dejavnosti samozaposlenih oseb (glej sodbo z dne 14. septembra 2006 v zadevi Centro di Musicologia Walter Stauffer, C-386/04, ZOdl., str. I-8203, točka 18 in navedena sodna praksa).

25 Glede na navedeno je treba najprej zavrniti trditev Republike Avstrije, da sporna nacionalna zakonodaja spada izključno na področje prostega gibanja delavcev, podrobneje na področje prehodnega odstopanja iz točke 2, prvi odstavek, prilog od V do XIV Akta o pristopu.

26 Iz spisa in zlasti iz trditev te države članice namreč izhaja, da je navedena zakonodaja vse državljane osmih novih držav članic, ki bi želeli opravljati gospodarsko dejavnost v Avstriji kot družbeniki osebne družbe ali družbe z omejeno odgovornostjo, podredila upravnim formalnostim pod nekaterimi pogoji, da bi med temi državljani razlikovala tiste, ki dejansko opravljajo dejavnost kot samozaposlene osebe, in tiste, ki so v bistvu delavci. Iz tega sledi, da je Komisija upravičena izpodbijati skladnost členov 2 in 15 AuslBG s členom 43 ES v delu, v katerem se te nacionalne določbe uporabijo zlasti za samozaposlene osebe in urejajo izvajanje njihove svobode ustanavljanja.

27 V nadaljevanju je treba opozoriti, da iz ustaljene sodne prakse izhaja, da svoboda ustanavljanja, ki jo člen 43 ES priznava državljanom Skupnosti, zajema njihovo pravico začeti in opravljati dejavnost kot samozaposlena oseba, pravico do ustanovitve in vodenja podjetij pod enakimi pogoji, kot jih za svoje državljane določa zakonodaja države članice, v kateri je taka ustanovitev izvedena (glej v tem smislu sodbi z dne 9. marca 1999 v zadevi Centros, C-212/97, Recueil, str. I-1459, točka 19, in z dne 14. decembra 2006 v zadevi Denkavit Internationaal in Denkavit France, C-170/05, ZOdl., str. I-11949, točka 20).

28 Povedano drugače, člen 43 ES prepoveduje kateri koli državi članici, da s svojo zakonodajo za osebe, ki želijo v tej državi članici uporabiti svobodo ustanavljanja, predvidi drugačne pogoje za izvajanje njihovih različnih dejavnosti kot za svoje državljane (sodba z dne 28. januarja 1986 v zadevi Komisija proti Franciji, 270/83, Recueil, str. 273, točka 24).

29 Vendar je v obravnavanem primeru sporna nacionalna zakonodaja kršila prav to prepoved, s tem ko je le za državljane osmih novih držav članic zahtevala, naj s predložitvijo potrdila iz člena 2(4) AuslBG ali potrdila o oprostitvi iz člena 15(1) tega zakona dokažejo, da ne izvajajo dejavnosti kot delavci.

30 Dostop teh državljanov Skupnosti do izvajanja gospodarske dejavnosti kot družbenikov osebne družbe ali družbe z omejeno odgovornostjo, ki imajo manj kot 25-odstotni delež kapitala, je torej omejen z dodatnimi pogoji in formalnostmi v primerjavi s tistimi, ki se uporabljajo za nacionalne državljane. Če se uporabi ugotovitveni postopek iz člena 2(4) AuslBG, se samo opravljanje dejavnosti državljanov osmih novih držav članic odloži za čas trajanja navedenega postopka, in sicer največ za tri mesece.

31 Sporna nacionalna zakonodaja zato uvaja različno obravnavanje na podlagi državljanstva, ki ga načeloma prepoveduje člen 43 ES.

32 Zato je treba preučiti, ali to različno obravnavanje ustreza odstopanju, ki ga predvideva člen 46 ES, na podlagi katerega je mogoče diskriminatorne ukrepe utemeljiti le zaradi javnega reda, javne varnosti ali javnega zdravja.

33 Republika Avstrija v zvezi s tem, ko navaja razlog, ki se nanaša na varstvo javnega reda, zatrjuje, da so zadevni ukrepi v bistvu namenjeni preprečevanju mogočih zlorab svobode ustanavljanja s predvidevanjem vseh izkrivljanj prehodnih pravil, ki veljajo za prosto gibanje delavcev, da bi ohranili interes avstrijske družbe za dobro delovanje trga dela in enake konkurenčne pogoje na njem.

34 Te trditve ni mogoče sprejeti.

35 Kot je namreč Sodišče že večkrat poudarilo, pojem javnega reda predpostavlja dejansko in dovolj resno grožnjo, ki bi lahko vplivala na temeljni interes družbe in ga je treba v zvezi z utemeljitvijo izjeme od temeljnega načela Pogodbe razlagati ozko (glej v tem smislu zlasti sodbe z dne 9. marca 2000 v zadevi Komisija proti Belgiji, C-355/98, Recueil, str. I-1221, točka 28; z dne 13. decembra 2007 v zadevi Komisija proti Italiji, C-465/05, ZOdl., I-11091, točka 49, in z dne 19. junija 2008 v zadevi Komisija proti Luksemburgu, C-319/06, ZOdl., str. I-4323, točka 50).

36 Iz sodne prakse tudi izhaja, da mora država članica razloge, na katere se sklicuje, da bi utemeljila odstopanje od načela svobode ustanavljanja, podpreti z analizo primernosti in sorazmernosti omejevalnega ukrepa, ki ga sprejme ta država, ter z natančnimi dejstvi, ki podpirajo njeno utemeljitev (glej po analogiji zgoraj navedeno sodbo Komisija proti Luksemburgu, točka 51 in navedena sodna praksa).

37 V obravnavani zadevi je vendarle treba ugotoviti, da Republika Avstrija le na splošno navaja tveganje izogibanja prehodnim pravilom, ki urejajo prosto gibanje delavcev iz osmih novih držav članic, z domnevo „lažnih samozaposlenih oseb“, ne da bi navedla

kakršne koli podrobna dejstva, na podlagi katerih bi bilo mogoče dokazati, da morebitne kršitve teh pravil pomenijo resnične in dovolj resne grožnje za temeljni interes družbe.

38 Poleg tega, tudi če predpostavljamo, da bi to tveganje izogibanja navedenim pravilom lahko zmotilo javni red, je treba ugotoviti, da tožena država članica ni zadostno pravno utemeljila, niti da je treba za dobro delovanje trga dela, ki ga predvideva sporna zakonodaja, uveljaviti sistem za izdajo splošnih in predhodnih dovoljenj, ki se uporabijo za vse zadevne subjekte iz osmih novih držav članic, niti da tega cilja ni mogoče doseči z ukrepi, ki manj omejujejo svobodo ustanavljanja.

39 Dejansko bi lahko, tako kot predlagata Komisija in Republika Litva, z ukrepi, ki bi bili manj omejujoči od tistih, ki jih uveljavlja sporna nacionalna zakonodaja – kot je uvedba rednega upravnega nadzora, ki bi bil po potrebi povezan z obveznostjo, da morebitni zadevni gospodarski subjekti sporočajo podatke – zagotovili podoben rezultat, na podlagi katerega bi bilo mogoče preveriti, ali se nekatere gospodarske dejavnosti dejansko izvajajo samostojno ali v okviru delovnega razmerja.

40 Tak sistem se zdi toliko bolj mogoč, če se, tako kot je na obravnavi potrdila Republika Avstrija, zadevne nacionalne določbe nanašajo v bistvu na sektor gradbeništva in torej na ustanavljanje družb, ki opravljajo dejavnost za določen čas. V nasprotju s tem, kar je potrdila ta država članica, naknadni nadzor, ki se opravi po vpisu družbe v sodni register,

ni nujno prepozen, ampak včasih zadevnim samozaposlenim osebam omogoča, da začnejo opravljati svojo dejavnost, pristojnim organom pa, da odredijo prenehanje, če so s preverjanjem ugotovili zlorabo.

41 Zato omejitev svobode ustanavljanja, ki izhaja iz sporne nacionalne zakonodaje, ni upravičena.

42 V teh okoliščinah je treba ugotoviti, da Republika Avstrija, s tem da je za vpis družb v sodni register na predlog državljanov osmih novih držav članic, ki so družbeniki osebne družbe ali manjšinski družbeniki družbe z omejeno odgovornostjo, zahtevala ugotovitev AMS glede njihovega statusa samozaposlene osebe ali predložitev potrdila o oprostitvi, ni izpolnila obveznosti iz člena 43 ES.

Stroški

43 Na podlagi člena 69(2) Poslovnika se neuspeli stranki naloži plačilo stroškov, če so bili ti priglašeni. Komisija je predlagala, naj se Republiki Avstriji naloži plačilo stroškov, in ker ta s svojimi predlogi ni uspela, se ji naloži plačilo stroškov.

Iz teh razlogov je Sodišče (prvi senat) razsodilo:

1. **Republika Avstrija, s tem da je za vpis družb v sodni register na predlog državljanov držav članic – ki so k Evropski uniji pristopile 1. maja 2004, razen Republike Ciper in Republike Malte – ki so družbeniki osebne družbe ali manjšinski družbeniki družbe z omejeno odgovornostjo, zahtevala ugotovitev Arbeitsmarktservice glede njihovega statusa samozaposlene osebe ali predložitev potrdila o oprostitvi, ni izpolnila obveznosti iz člena 43 ES.**

2. **Republiki Avstriji se naloži plačilo stroškov.**

Podpisi