



# Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS  
HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE  
25 päivänä heinäkuuta 2018<sup>1</sup>

**Asia C-437/17**

**Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach GmbH  
vastaan  
EurothermenResort Bad Schallerbach GmbH**

(Ennakkoratkaisupyynnö – Oberster Gerichtshof (ylin tuomioistuin, Itävalta))

Ennakkoratkaisupyynnö – SEUT 45 artikla – Asetus (EU) N:o 492/2011 – Työntekijöiden vapaa liikkuvuus – Kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltö – Oikeus palkalliseen vuosilomaan – Kansallinen lainsäädäntö, jonka mukaan 25 vuoden palvelusaika saman työnantajan palveluksessa oikeuttaa siihen, että työntekijälle myönnetään ylimääräinen kuudes viikko palkallista vuosilomaa

## I Johdanto

1. Ennakkoratkaisupyynnössään Oberster Gerichtshof (ylin tuomioistuin, Itävalta) tiedustelee unionin tuomioistuimelta, ovatko lomaoikeudesta annetun Itävallan lain (Urlaubsgesetz, jäljempänä UrlG)<sup>2</sup> tietyt säännökset yhteensopivia SEUT 45 artiklan 2 kohdan ja asetuksen (EU) N:o 492/2011<sup>3</sup> 7 artiklan 1 kohdan mukaisen kansalaisuuteen perustuvan työntekijöiden syrjinnän kiellon ja SEUT 45 artiklan 1 kohdassa taatun työntekijöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen kanssa.
2. Pääpiirteissään kyseisissä UrlG:n säännöksissä asetetaan kuudennen palkallisen vuosilomaviikon myöntämisen edellytykseksi 25 vuoden palvelusaika saman eli nykyisen työnantajan palveluksessa. Määritettäessä tätä palvelusaikaa aiemmillä työnantajilla aiemmin täyttyneet palvelusajat otetaan kuitenkin huomioon täydentävästi ja rajoitetusti.
3. Käsiteltävä ennakkoratkaisupyynnö liittyy asiassa, jossa asianosaisina ovat Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach GmbH (jäljempänä yritysneuvosto) ja EurothermenResort Bad Schallerbach GmbH ja joka koskee kuudennen palkallisen vuosilomaviikon yksityiskohtaisia myöntämissääntöjä, tehtyyn Revision-valitukseen. Yritysneuvoston mukaan unionin oikeus edellyttää, että työntekijöiden osalta aiempien työnantajien palveluksessa muissa jäsenvaltioissa kuin Itävallassa täyttyneet palvelusajat otetaan huomioon samassa määrin kuin nykyisen työnantajan palveluksessa täyttyneet palvelusajat.
4. Esitän tässä ratkaisuehdotuksessa syyt, joiden vuoksi katson, että UrlG:n kaltainen kansallinen lainsäädäntö, jossa työntekijällä aiempien työnantajien palveluksessa täyttyneitä palvelusajoja kohdellaan palkallista vuosilomaa koskevien oikeuksien myöntämisen osalta epäsuotuisammin kuin palvelusajoja, jotka ovat hänen osaltaan täyttyneet hänen nykyisen työnantajansa palveluksessa, ei ole

1 Alkuperäinen kieli: ranska.

2 7.7.1976 annettu laki (BGBl. 1976/390), sellaisena kuin se on julkaistuna virallisessa lehdessä BGBI 2013/3.

3 Työntekijöiden vapaasta liikkuvuudesta unionin alueella 5.4.2011 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EUVL 2011, L 141, s. 1).

kansalaisuuden perusteella syrjivä eikä myöskään muodosta estettä työntekijöiden vapaalle liikkuvuudelle. Sen tapauksen varalta, että unionin tuomioistuin katsoo, että kyseiseen lainsäädäntöön sisältyy tällaista syrjintää tai tällainen rajoitus, esitän toissijaisesti ne syyt, joilla se voidaan mielestäni perustella.

## **II Asiaa koskevat oikeussäännöt**

### ***A Asetus N:o 492/2011***

5. Asetuksen N:o 492/2011 7 artiklan 1 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Jäsenvaltion kansalaista ei työntekijänä saa kansalaisuutensa vuoksi saattaa toisen jäsenvaltion alueella kotimaisiin työntekijöihin verrattuna eri asemaan työ- ja palvelussuhteen ehtojen suhteen; tämä koskee erityisesti palkkausta, irtisanomista ja työttömyyden sattuessa paluuta saman alan työhön tai uudelleen työllistämistä.”

### ***B Itävallan oikeus***

6. UrlG:n 2 §:n 1 momentissa säädetään seuraavaa:

”Työntekijällä on oikeus jokaisena työvuotena yhtäjaksoiseen palkalliseen lomaan. Loman kesto on 30 työpäivää, jos palvelusaika on alle 25 vuotta, ja nousee 25. palvelusvuoden täyttymisen jälkeen 36 työpäivään.”

7. UrlG:n 3 §:ssä säädetään seuraavaa:

”1) Loman keston määrittämiseksi on laskettava yhteen saman työnantajan palveluksessa täyttyneet palvelusajat, jotka eivät ole keskeytyneet kolmea kuukautta pidemmäksi ajaksi kerrallaan.

--

2) Loman keston määrittämiseksi on otettava huomioon:

1. Kussakin toisessa työsuhteessa -- kotimaassa täyttynyt palvelusaika, joka on kestänyt vähintään kuusi kuukautta;

--

3) Edellä 2 momentin 1 kohdan mukaiset palvelusajat on otettava huomioon yhteensä enintään viiden vuoden ajalta. --

--”

## **III Pääasia, ennakkoratkaisukysymys ja menettely unionin tuomioistuimessa**

8. EurothermenResort Bad Schallerbach on itävaltalainen matkailualan yritys. Tämän yrityksen palveluksessa on erityisesti työntekijöitä, joiden osalta on täyttynyt aiemmin palvelusaikoja aiempien työnantajien palveluksessa muissa jäsenvaltioissa kuin Itävallassa.

9. Yritysneuvosto on nostanut Landesgericht Welsissä (Welsin alueellinen tuomioistuin, Itävalta) EurothermenResort Bad Schallerbachia vastaan kanteen, joka koskee kyseisten työntekijöiden oikeutta palkalliseen vuosilomaan. Yritysneuvosto väitti tässä yhteydessä, että rajoittamalla UrlG:n 2 §:n 1 momentissa edellytetyn palvelusajan määrittämisen yhteydessä mahdollisuutta ottaa huomioon kuudennen palkallisen vuosilomaviikon myöntämiseksi muissa jäsenvaltioissa kuin Itävallassa täytyneet aiemmat palvelusajat – jotka hyväksytään enintään viiden vuoden ajalta – erityisesti siirtotyöläiset asetetaan UrlG:n 3 §:n 2 momentin 1 kohdassa ja 3 momentissa epäedulliseen asemaan ja tehdään vapaata liikkuvuutta koskevan oikeuden käyttämisestä vähemmän houkuttelevaa itävaltalaisille työntekijöille. Yritysneuvosto väitti, että unionin oikeuden mukaan nämä aiemmat palvelusajat on otettava huomioon kokonaisuudessaan niin, että kaikilla työntekijöillä, joilla on yhteensä 25 vuoden työkokemus, on UrlG:n 2 §:n 1 momentin mukaan oikeus kuudenteen viikkoon palkallista vuosilomaa.

10. Landesgericht Wels hylkäsi kanteen 25.1.2017 antamallaan tuomiolla. Kyseinen tuomioistuin katsoi erityisesti, ettei UrlG:n riidanalaisiin säännöksiin sisälly kansalaisuuteen perustuvaa syrjintää, koska kaikkia aiempien työnantajien palveluksessa täytyneitä aiempia palvelusaikoja kohdellaan samalla tavalla. Tältä osin on niin, että vaikka UrlG:n 3 §:n 2 momentin 1 kohdassa viitataan ainoastaan kotimaassa täytyneisiin palvelusaikeihin, Oberster Gerichtshofin oikeuskäytännön mukaan muiden jäsenvaltioiden alueella täytyneet palvelusajat on otettava huomioon samalla tavalla. Lisäksi jäsenvaltioilla on mahdollisuus tarjota etuja työntekijöille, joiden osalta on täyttynyt tietty palvelusaika samassa yrityksessä.

11. Oberlandesgericht Linz (osavaltion ylioikeus, Linz, Itävalta) vahvisti 3.5.2017 antamallaan tuomiolla ensimmäisessä oikeusasteessa annetun ratkaisun. Muutoksenhakutuomioistuin katsoi tässä yhteydessä, että vaikka ei voida sulkea pois sitä, että kuudennen palkallisen vuosilomaviikon menettäminen saa itävaltalaisen työntekijän luopumaan vapaata liikkuvuutta koskevan oikeuden käyttämisestä, siitä seuraava rajoitus on perusteltavissa tavoitteella palkita työntekijöiden uskollisuus työnantajaansa kohtaan.

12. Tämän jälkeen yritysneuvosto teki muutoksenhakutuomioistuimen ratkaisusta Oberster Gerichtshofiin Revision-valituksen. Tässä tilanteessa viimeksi mainittu tuomioistuin on päättänyt lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavan ennakkoratkaisukysymyksen:

”Onko SEUT 45 artiklaa ja [asetuksen N:o 492/2011] 7 artiklan 1 kohtaa tulkittava siten, että ne ovat esteenä pääasiassa kyseessä olevan kaltaiselle kansalliselle lainsäädännölle [UrlG:n 3 §:n 2 momentin 1 kohta, luettuna yhdessä 3 §:n 3 momentin ja 2 §:n 1 momentin kanssa], jonka mukaan työntekijällä, jolle on täyttynyt yhteensä 25 palvelusvuotta – muttei kuitenkaan saman itävaltalaisen työnantajan palveluksessa –, on oikeus ainoastaan viiden viikon [palkalliseen] vuosilomaan, kun taas työntekijällä, joka on työskennellyt 25 vuotta saman itävaltalaisen työnantajan palveluksessa, on oikeus kuuden viikon pituiseen vuosilomaan?”

13. Ennakkoratkaisupyynnöksi kirjattiin saapuneeksi unionin tuomioistuimeen 19.7.2017. Yritysneuvosto, EurothermenResort Bad Schallerbach, Itävallan hallitus ja Euroopan komissio ovat esittäneet kirjallisia huomautuksia. Samat osapuolet osallistuivat 3.5.2018 pidettyyn istuntoon.

## IV Arviointi

### A Alustavat huomautukset

14. Työntekijöiden palkallista vuosilomaa koskevaa oikeutta, joka kuuluu sosiaalialan tärkeimpiin saavutettuihin oikeuksiin, säännellään unionin oikeudessa. Tältä osin direktiivin 2003/88/EY eli niin sanotun työaikadirektiivin<sup>4</sup> 7 artiklan 1 kohdassa taataan kaikille Euroopan unionin työntekijöille neljän viikon palkallinen vuosiloma. Koska kyseisessä direktiivissä säädetään vain vähimmäisvaatimuksista, jäsenvaltiot ovat vapaita myöntämään lainsäädäntönsä piiriin kuuluville työntekijöille laajemmat oikeudet. Kuitenkin niiden edellytysten, joita jäsenvaltiot mahdollisesti asettavat näille laajemmille oikeuksille, on oltava unionin oikeuden yleisten oikeussääntöjen, myös työntekijöiden vapaata liikkuvuutta koskevien SEUT 45 artiklan määräysten ja asetuksen N:o 492/2011 säännösten, mukaisia.

15. Lomaoikeutta koskeva Itävallan lainsäädäntö, UrlG, menee nimenomaan pidemmälle kuin unionin lainsäädäntö, jossa taataan neljä viikkoa lomaa vuodessa Kyseisen lain 2 §:n 1 momentin mukaan työntekijöillä on oikeus jokaisena työvuotena viiden tai kuuden viikon palkalliseen vuosilomaan *sen mukaan, täyttykö heillä 25 vuoden palvelusaika*.

16. Vaadittu palvelusaika lasketaan UrlG:n 3 §:n mukaisesti. Kyseisen pykälän 1 momentin mukaan saman eli nykyisen työnantajan palveluksessa täyttyneet palvelusajat on laskettava yhteen sikäli kuin ne eivät ole keskeytyneet kolmea kuukautta pidemmäksi ajaksi.<sup>5</sup> Kyseisen pykälän 2 momentin 1 kohdassa säädetään, että myös yhden tai useamman aiemman työnantajan palveluksessa täyttyneet palvelusajat on otettava huomioon sikäli kuin kukin aiempi työsuhde on kestänyt vähintään kuusi kuukautta.<sup>6</sup> Saman pykälän 3 momentissa säädetään kuitenkin, että nämä aiemmat palvelusajat on otettava huomioon yhteensä *enintään viiden vuoden ajalta*.

17. Näiden säännösten ulottuvuuden havainnollistamiseksi ottakaamme esimerkiksi tilanne, jossa työntekijä – Mahler – työskenteli viisi vuotta yrityksessä X ja sen jälkeen kahdeksan vuotta yrityksessä Y, kunnes siirtyi yritykseen Z, jossa hän on työskennellyt yhtäjaksoisesti 15 vuotta. UrlG:n 2 §:n 1 momentin ja 3 §:n 1–3 momentin mukaan Mahlerin palkallista vuosilomaa koskevien oikeuksien laajuus lasketaan ottamalla huomioon ennen kaikkea hänen palvelusaikansa yrityksessä Z, toisin sanoen 15 vuotta, minkä lisäksi otetaan täydentävästi huomioon hänen työkokemuksensa kahden aiemman työnantajan palveluksessa, toisin sanoen 13 vuotta, joista hyväksytään kuitenkin vain viisi vuotta – yhteensä otetaan siis huomioon 20 vuotta. Vaikka Mahlerin työura on kestänyt 28 vuotta, UrlG:n 2 §:n 1 momentissa kuudennen palkallisen vuosilomaviikon myöntämiseksi hänelle edellytetty 25 vuoden palvelusaika ei näin ollen täyty hänen osaltaan.

18. Yritysneuvoston Oberster Gerichtshofissa tekemä Revision-valitus perustuu oletukseen, jonka mukaan UrlG:n riidanalaisiin säännöksiin liittyy unionin oikeuden vastaisia vaikutuksia. Kyseisillä säännöksillä loukataan valituksen mukaan SEUT 45 artiklan 2 kohdassa ja asetuksen N:o 492/2011 7 artiklan 1 kohdassa vahvistettua syrjintäkiellon periaatetta ja rajoitetaan erityisesti itävaltalaisten työntekijöiden vapaata liikkuvuutta. Sen vuoksi on tarpeen tarkastella molempia kysymyksiä vuorollaan tutkimalla ensin syitä, joiden vuoksi UrlG:n kaltaiseen lainsäädäntöön ei mielestäni liity kansalaisuuteen perustuvaa syrjintää (B), ja tämän jälkeen työntekijöiden vapaan liikkuvuuden rajoitusta (C) koskevia syitä, joiden osalta pätee mielestäni sama johtopäätös.

4 Tietyistä työajan järjestämisestä koskevista seikoista 4.11.2003 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EUVL 2003, L 299, s. 9).

5 EurothermenResort Bad Schallerbach ja Itävallan hallitus esittävät, että UrlG:n 3 §:n 1 momentin toisen virkkeen mukaan, jota ei mainita ennakkoratkaisupyynnössä, palvelusaika menetetään myös työntekijän irtisanoutumisesta, siitä, että hän lähtee ennen sopimuksen päättymistä ilman vakavaa syytä tai työntekijästä johtuvan irtisanomisen seurauksena – johtuvan keskeytymisen vuoksi.

6 Kuten tämän ratkaisuehdotuksen 10 kohdassa todetaan, UrlG:n 3 §:n 2 momentin 1 kohdan sanamuodolla tarkoitetaan ainoastaan Itävallan alueella täyttyneitä palvelusaikoja, mutta Oberster Gerichtshofin oikeuskäytännössä kyseistä säännöstä on ”korjattu” siten, että sen mukaan muiden jäsenvaltioiden alueella täyttyneet palvelusajat on otettava huomioon samalla tavoin.

## ***B Työntekijöiden kansalaisuuteen perustuvaa syrjintää ei ole***

19. SEUT 45 artiklan 2 kohdassa kielletään kaikki kansalaisuuteen perustuva jäsenvaltioiden työntekijöiden syrjintä työsopimusten tekemisessä sekä palkkauksessa ja muissa työehdoissa. Asetuksen N:o 492/2011 7 artiklan 1 kohta on erityinen ilmaisu tästä periaatteesta työolojen ja -ehtojen erityisalalla. Näitä kahta oikeussäätöä on näin ollen tulkittava samalla tavalla.<sup>7</sup>

20. UrlG:n sisältämien kaltaiset säännöt kuuluvat kyseisen määräyksen ja kyseisen säännöksen soveltamisalaan, koska työntekijöiden oikeus palkalliseen vuosilomaan kuuluu kiistatta työolojen ja -ehtojen alaan.

21. Mahdollisen kielletyn syrjinnän olemassaolon osalta on todettava, että palkallista vuosilomaa koskevan työntekijöiden oikeuden laajuuden määrittelemiseksi UrlG:n 2 §:n 1 momentissa ja 3 §:n 1–3 momentissa otetaan käyttöön heidän *palvelusaikaansa* perustuva erottelu. Näitä säännöksiä sovelletaan erotuksetta kaikkiin työntekijöihin heidän kansalaisuudestaan riippumatta. Niihin ei siten liity tähän kriteeriin *välittömästi* perustuvaa syrjintää.

22. Unionin tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan SEUT 45 artiklan 2 kohdassa ja asetuksen N:o 492/2011 7 artiklan 1 kohdassa kielletään sekä välittömästi työntekijöiden kansalaisuuteen perustuva syrjintä että tähän kriteeriin *välillisesti* perustuva syrjintä, toisin sanoen ”kaikki sellaiset peiteltyyn syrjinnän muodot, joissa tosiasiallisesti päädytään samaan lopputulokseen muita erotteluperusteita soveltamalla”.<sup>8</sup>

23. Tässä yhteydessä sovellettava ”testi” mainittiin ensimmäisen kerran 23.5.1996 annettussa tuomiossa O’Flynn.<sup>9</sup> Yhteisöjen tuomioistuin on todennut, että ”kansallisen oikeuden säännöstä, jollei se ole objektiivisesti perusteltu ja oikeassa suhteessa tavoiteltuun päämäärään, on pidettävä välillisesti syrjivänä, jos sen vaikutukset kohdistuvat *ominaislaatussa vuoksi enemmän siirtotyöläisiin kuin kotimaisiin työntekijöihin* ja jos säännös sen vuoksi sisältää vaaran erityisesti siirtotyöläisten joutumisesta huonompaan asemaan”.<sup>10</sup>

24. Tästä seuraa, että toimenpiteet, joiden osalta – jolleivät ne ole objektiivisesti perusteltavissa – on *todennäköistä* yleisesti hyväksytyjen seikkojen<sup>11</sup> tai muiden tietojen valossa, että niihin *mahdollisesti* liittyy kyseisen jäsenvaltion omia kansalaisia ja muiden jäsenvaltioiden kansalaisia kohtaan *erilaisia* – jälkimmäisiä kohtaan erityisen kielteisiä – *vaikutuksia*, katsotaan kansalaisuuden perusteella välillisesti syrjiviksi. Tämän pitäisi olla seurausta *toimenpiteen luonteesta*, toisin sanoen valitusta *erotteluperusteesta*, jolla on oltava näennäisestä neutraalisuudesta huolimatta samantyyppisiä vaikutuksia kuin kansalaisuutta koskevasta kriteeristä aiheutuvat vaikutukset. Se, voiko kyseinen

7 Tuomio 26.10.2006, komissio v. Italia (C-371/04, EU:C:2006:668, 17 kohta) ja tuomio 5.12.2013, Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken (C-514/12, jäljempänä tuomio SALK, EU:C:2013:799, 23 kohta). Jäljempänä tässä ratkaisuehdotuksessa mainitsen siten joko jommankumman tai molemmat näistä säännöistä.

8 Tämä oikeuskäytäntö sai alkunsa tuomiosta 12.2.1974, Sotgiu (152/73, EU:C:1974:13, 11 kohta). Uudemman oikeuskäytännön osalta ks. tuomio 10.9.2009, komissio v. Saksa (C-269/07, EU:C:2009:527, 53 kohta); tuomio 28.6.2012, Erny (C-172/11, EU:C:2012:399, 39 kohta) ja tuomio 20.6.2013, Giersch ym. (C-20/12, EU:C:2013:411, 41 kohta).

9 C-237/94, EU:C:1996:206.

10 Tuomio 23.5.1996, O’Flynn (C-237/94, EU:C:1996:206, 20 kohta) (kursivointi tässä). Kyseisessä tuomiossa yhdenmukaistettiin unionin tuomioistuimen aiemmin käyttämät sanamuodot; tämä oli eri sanamuotoja käyttäen katsonut, että välillisesti syrjiviksi oli katsottava ehdot, jotka – vaikka niitä sovelletaan erotuksetta kansalaisuudesta riippumatta – *kohdistuvat vaikutuksiltaan – olennaisesti – taikka suurimmaksi osaksi siirtotyöläisiin* tai jotka *kotimaiset työntekijät pystyvät siirtotyöläisiä helpommin täyttämään* tai joihin *sisältyy vaara siitä, että niiden vaikutukset ilmenevät erityisesti siirtotyöläisten vahingoksi* (ks. kyseisen tuomion 18 kohta, kursivointi tässä). Kyseisen tuomion muotoilua on siitä lähtien käytetty unionin tuomioistuimen vakiintuneessa oikeuskäytännössä (ks. mm. tuomio 27.11.1997, Meints (C-57/96, EU:C:1997:564, 45 kohta); tuomio 10.9.2009, komissio v. Saksa (C-269/07, EU:C:2009:527, 54 kohta) ja tuomio 5.12.2013, SALK(C-514/12, EU:C:2013:799, 26 kohta)).

11 Yhteisöjen tuomioistuin katsoi 23.5.1996 antamassaan tuomiossa O’Flynn (C-237/94, EU:C:1996:206, 22 kohta), että avustuksen, jolla on tarkoitus kattaa kuolleen perheenjäsenen hautaamisesta tai tuhkaamisesta työntekijälle aiheutuvat kulut, edellytykseksi asetetaan, että hautaaminen tai tuhkaaminen toimitetaan kyseisen valtion alueella, on katsottava kansalaisuuteen perustuvaksi välilliseksi syrjinnäksi sen perusteella, että *”ottaen huomioon ne siteet, jotka siirtotyöläisen perheen jäsenet yleisesti säilyttävät kotimaahansa*, on – – juuri siirtotyöläiselle tyypillistä se, että hän perheenjäsenensä kuoltua toimituttaa hautauksen toisessa jäsenvaltiossa” (kursivointi tässä).

peruste olla syrjivä, todetaan jakamalla – hypoteettisesti – jäsenvaltion omat kansalaiset ja muiden jäsenvaltioiden kansalaiset kahteen eri ryhmään ja tämän jälkeen arvioimalla kummankin ryhmän osalta niiden henkilöiden osuus, joihin kyseinen toimenpide todennäköisesti vaikuttaa kielteisesti, ja vertaamalla lopuksi näitä kahta osuutta toisiinsa.<sup>12</sup>

25. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä on useita esimerkkejä kriteereistä, jotka käytännössä asettaisivat erityisesti muiden jäsenvaltioiden kansalaiset epäedulliseen asemaan: asuinpaikka,<sup>13</sup> alkuperä,<sup>14</sup> kieli<sup>15</sup> tai paikka, jossa kielitaito on hankittu,<sup>16</sup> tutkinnon suorituspaikka<sup>17</sup> tai kansallinen koulutusjärjestelmä, johon harjoittelija kuuluu<sup>18</sup>.

26. Tällaiset perusteet osoittavat yhteyttä tiettyyn jäsenvaltioon liittyen kyseisen valtion ominaisuuksiin, kuten sen alueeseen tai sen kieleen, ja nämä perusteet ovat siten lähellä kansalaisuuskriteeriä. Se mikä näyttää neutraalilta, ei välttämättä ole sitä.<sup>19</sup> On totta, että joissain tapauksissa kriteerit, jotka eivät liity millään tavoin mihinkään kansalaisuutta koskevaan näkökohtaan, osoittautuvat kaikesta huolimatta kansalaisuuden perusteella välillisesti syrjiviksi. Unionin tuomioistuimen aiemmassa oikeuskäytännössä on siitä joitakin esimerkkejä.<sup>20</sup> Tarvitaan kuitenkin lisätietoja, jotka osoittavat kansalaisuuteen perustuvan välillisen epäyhtenäisen kohtelun olemassaolon.<sup>21</sup>

27. Tässä tapauksessa yritysneuvosto ja komissio väittävät, että palvelusaikaa koskeva peruste, johon UrlG:n 2 §:n 1 momentti ja 3 §:n 1–3 momentti perustuvat, on käytännössä suotuisampi itävaltalaisille työntekijöille kuin työntekijöille, jotka ovat muiden jäsenvaltioiden kansalaisia. Niiden mukaan ensin mainitut asuvat suurelta osin Itävallassa, aloittavat työuransa siellä ja voivat pysyä saman työnantajan palveluksessa keskeytyksettä 25 vuoden ajan, mikä on UrlG:n 2 §:n 1 momentissa edellytetty palvelusaika kuudennen palkallisen vuosilomaviikon saamiseksi. Sitä vastoin jälkimmäiset aloittavat niiden mukaan työuransa yleensä kotijäsenvaltiossaan ja siirtyvät itävaltalaisen työnantajan palvelukseen vasta uransa myöhemmässä vaiheessa. Näissä olosuhteissa muista jäsenvaltioista tulevien työntekijöiden on niiden mukaan vaikeampi saavuttaa vaadittu palvelusaika, koska heidän aiemmasta työkokemuksestaan otetaan huomioon UrlG:n 3 §:n 3 momentin mukaisesti enintään viisi vuotta.<sup>22</sup>

12 Ks. vastaavasti tuomio 6.3.2018, SEGRO ja Horváth (C-52/16 ja C-113/16, EU:C:2018:157, 73 kohta) ja ratkaisuehdotukseni yhdistetyissä asioissa SEGRO ja Horváth (C-52/16 ja C-113/16, EU:C:2017:410, 79 ja 80 kohta). Kysymyksestä, joka koskee toimenpiteen eri henkilöryhmiin kohdistuvien vaikutusten määrittämistä, on annettu täsmällisempää oikeuskäytäntöä mies- ja naispuolisten työntekijöiden tasa-arvoisesta kohtelusta (tämän oikeuskäytännön yhteenvedon ja tähän kysymykseen liittyviä monia vaikeuksia koskevan selityksen osalta ks. Barnard, C., *EU Employment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 4. painos, s. 282–286). Sovellettaessa kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa koskevaa periaatetta ei ole kuitenkaan tarpeen saavuttaa näin suurta tarkkuutta tässä yhteydessä sovellettavan testin yleisluontoisuuden vuoksi.

13 Ks. mm. tuomio 14.2.1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, 28 kohta) ja tuomio 7.5.1998, Clean Car Autoservice (C-350/96, EU:C:1998:205, 29 kohta).

14 Tuomio 12.2.1974, Sotgiu (152/73, EU:C:1974:13, 11 kohta).

15 Tuomio 28.11.1989, Groener (C-379/87, EU:C:1989:599, 12 kohta).

16 Tuomio 28.11.1989, Groener (C-379/87, EU:C:1989:599, 23 kohta) ja tuomio 6.6.2000, Angonese (C-281/98, EU:C:2000:296, 39–42 kohta).

17 Tuomio 7.7.2005, komissio v. Itävalta (C-147/03, EU:C:2005:427, 43, 46 ja 47 kohta).

18 Tuomio 21.11.1991, Le Manoir (C-27/91, EU:C:1991:441, 11 kohta).

19 Ks. vastaavasti julkisasiamies Lenzin ratkaisuehdotus O'Flynn (C-237/94, EU:C:1996:123, 27 kohta). Maantieteelliset tai kielelliset olosuhteet ovat kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän osalta vastine tiettyyn työhön pääsyn edellytyksille, kuten vähimmäispituutta (ks. tuomio 18.10.2017, Kalliri, C-409/16, EU:C:2017:767) tai tiettyä fyysistä voimaa koskevalle vaatimukselle (sukupuoleen perustuvan syrjinnän osalta ks. tuomio 1.7.1986, Rummler, 237/85, EU:C:1986:277).

20 16.2.1978 annettuun tuomioon johtaneessa asiassa komissio v. Irlanti (61/77, EU:C:1978:29) yhteisöjen tuomioistuin käsitteli Irlannin lainsäädäntöä, jossa karkotettiin kalastusvyöhykkeeltä alukset, joiden koko ja teho ylittävät tietyn rajan. Vaikka nämä kokoa ja tehoa koskevat edellytykset olivat tosiasiallisesti neutraaleja kansalaisuuden kannalta, ne johtivat käytännössä kuitenkin siihen, että huomattava osa Ranskan ja Alankomaiden kalastuslaivastoista kiellettiin kyseisillä vesillä, kun taas Irlannin ja Yhdistyneen kuningaskunnan laivastot, jotka koostuivat pienemmistä aluksista, suurelta osin säästyivät kielloilta.

21 Esimerkiksi edellisessä alaviitteessä tarkoitettussa asiassa tietoja, jotka koskevat jäsenvaltioiden kalastuslaivastojen erityisominaisuuksia.

22 Yritysneuvosto väittää, että UrlG:n säännöksissä asetetaan työntekijät, jotka ovat muiden jäsenvaltioiden kuin Itävallan tasavallan kansalaisia, aina epäsuotuisampaan asemaan. Komissio omaksui saman kannan kirjallisissa huomautuksissaan, mutta muutti kantaansa suullisessa käsittelyssä ja väitti, että kyseiset työntekijät joutuvat *useimmissa tapauksissa* epäsuotuisampaan asemaan.

28. EurothermenResort Bad Schallerbach ja Itävallan hallitus ovat päinvastaista mieltä. Niiden mielestä ei voida päätellä, että käsiteltävässä asiassa esiintyisi välillistä syrjintää kansalaisuuden perusteella, koska UrlG:n säännöksissä kohdellaan samalla tavalla itävaltalaisia työntekijöitä ja muiden jäsenvaltioiden työntekijöitä. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on omaksunut saman lähestymistavan ja toteaa, että ei ole yleisesti tiedossa, että itävaltalaisilla työntekijöillä olisi taipumus pysyä 25 vuotta saman työnantajan palveluksessa ja että he voisivat näin ollen saada kyseisen lain 2 §:n 1 momentissa tarkoitettua kuudennen palkallisen vuosilomaviikon huomattavasti todennäköisemmin kuin muiden jäsenvaltioiden työntekijät. Itävaltalaiset työntekijät päinvastoin vaihtavat usein työnantajaa.

29. Kuten olen edellä todennut, yhden jälkimmäisten mielipiteeseen.

30. UrlG:n 2 §:n 1 momentissa tarkoitettu 25 vuoden palvelusaikaa koskeva peruste suosii nimittäin työntekijöitä, jotka eivät vaihda työnantajaa kyseisen ajan kuluessa. Vastaavasti kyseinen peruste *asettaa epäsuotuisaan asemaan kaikki työnantajaa uransa aikana vaihtaneet työntekijät*, joiden aiempien työnantajien palveluksessa hankkimasta työkokemuksesta otetaan UrlG:n 3 §:n 3 momentin mukaisesti huomioon enintään viisi vuotta. Tässä yhteydessä aiemman työnantajan tai aiempien työnantajien kansalaisuudella tai kyseisen työsuhteen tai työsuhteiden toteutumisaikalla ei ole merkitystä. Kyseisen lain säännöksissä ei eroteta toisistaan työntekijöiden *sisäistä liikkuvuutta* Itävallan alueella ja toiseen jäsenvaltioon suuntautuvaa tai toisesta jäsenvaltiosta peräisin olevaa *ulkoista liikkuvuutta*. Työntekijällä aiemman työnantajan tai aiempien työnantajien palveluksessa täyttyneet palvelusajat otetaan huomioon samalla tavoin riippumatta siitä, ovatko ne täyttyneet kotimaassa vai jossain toisessa jäsenvaltiossa.<sup>23</sup>

31. Näin ollen kaikki työntekijät, jotka ovat muiden jäsenvaltioiden kuin Itävallan tasavallan kansalaisia ja joilla on yli viiden vuoden työkokemus yhden tai useamman muun työnantajan kuin nykyisen työnantajansa palveluksessa, joutuvat tosin UrlG:n säännösten vuoksi epäedulliseen asemaan. Epäedulliseen asemaan joutuvat kuitenkin samalla tavoin kaikki itävaltalaiset työntekijät, jotka ovat vaihtaneet työnantajaa uransa aikana. Palvelusaikaa koskeva peruste vaikuttaa siten samalla tavoin kotimaisten työntekijöiden ryhmään ja muiden jäsenvaltioiden työntekijöiden ryhmään.<sup>24</sup> Tilanne olisi toinen, jos lisätiedot osoittaisivat tai antaisivat ainakin aiheutta olettaa, että ensin mainitut vaihtavat työpaikkaa huomattavasti harvemmin kuin jälkimmäiset. Kuten ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin huomauttaa, mikään ei kuitenkaan viittaa siihen.<sup>25</sup>

23 Huomaan, että UrlG:n 3 §:n 2 momentin 1 kohdan sanamuoto, jolla tarkoitetaan ainoastaan Itävallan alueella täyttyneitä palvelusajoja – tällaiseen edellytykseen liittyy kiistatta kansalaisuuteen perustuva välillinen epäyhdenvertainen kohtelu – on ”korjattu” Oberster Gerichtshofin oikeuskäytännössä, jonka mukaan muiden jäsenvaltioiden alueella täyttyneet palvelusajat on otettava huomioon samalla tavoin (ks. tämän ratkaisuehdotuksen 10 kohta ja alaviite 6). Tämä ”korjaus” oikeuskäytännössä ei vapauta Itävallan lainsäätäjää muuttamasta kyseistä säännöstä. Unionin tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan silloin, kun jäsenvaltion lainsäädännössä pidetään muuttamatta voimassa unionin oikeuden vastainen säännös, saadaan aikaan ”epäselvä tosiasiallinen tilanne, jossa asianomaiset oikeussubjektit ovat epävarmoja siitä, mitkä ovat niiden mahdollisuudet vedota [unionin] oikeuteen” (ks. tuomio 24.3.1988, komissio v. Italia (104/86, EU:C:1988:171, 12 kohta), ja tuomio 13.7.2000, komissio v. Ranska (C-160/99, EU:C:2000:410, 22 kohta)).

24 Yritysneuvosto väittää lisäksi, että erään selvityksen mukaan unionin jäsenvaltioissa keskimäärin ainoastaan 13 prosenttia työntekijöistä ei ole koskaan vaihtanut työpaikkaa, kun taas 60–66 prosenttia työntekijöistä on vaihtanut työpaikkaa yhdestä viiteen kertaa, mikä sen mukaan vaikuttaa erityisesti kausityöntekijöihin – kuten esillä olevassa asiassa matkailualan työntekijöihin – ja vahvistaa sen, että UrlG:n säännöksillä on kielteinen vaikutus työntekijöihin. Ymmärrän nämä väitteet kuitenkin siten, että kyseiset säännökset asettavat epäsuotuisaan asemaan *suurimman osan työntekijöistä*, erityisesti kausityöntekijöistä, *heidän kansalaisuudestaan riippumatta*.

25 Tältä osin UrlG:n säännöksistä johtuva kansalaisuuteen perustuva epäyhdenvertainen kohtelu voitaisiin mahdollisesti havaita sellaisten kansallisten tilastojen perusteella, jotka koskevat riittävän suurta joukkoa, joiden voidaan katsoa ilmaisevan muuta kuin satunnaisia tai suhdanteita kuvaavia ilmiöitä ja jotka vaikuttavat yleisesti ottaen merkityksellisiltä (ks. vastaavasti sukupuoleen perustuvan syrjinnän osalta tuomio 6.4.2000, Jørgensen (C-226/98, EU:C:2000:191, 33 kohta)). Itävallan hallituksen kirjallisissa huomautuksissaan ja istunnossa esittämät tilastot näyttävät päinvastoin osoittavan Itävallan työmarkkinoiden dynaamisuutta.

32. Komissio väittää kuitenkin, että se, että UrlG:n säännökset vaikuttavat kielteisesti huomattavaan osaan itävaltalaisia työntekijöitä, ei estä toteamasta kansalaisuuteen perustuvan välillisen syrjinnän olemassaoloa. Sen mukaan riittää, että todetaan, että 25 vuoden palvelusaikaa koskevan edellytyksen, josta säädetään UrlG:n 2 §:n 1 momentissa, täyttävistä työntekijöistä enemmistö on itävaltalaisia ja/tai että suurin osa niistä, joihin se, että muiden, aiempien työnantajien palveluksessa täyttyneet palvelusajat otetaan huomioon rajoitetusti – mistä säädetään UrlG:n 3 §:n 3 momentissa – vaikuttaa, on muiden jäsenvaltioiden kansalaisia.

33. Tältä osin muistutan, että sen osoittamiseksi, että kansallinen lainsäädäntö johtaa käytännössä kansalaisuuteen perustuvaan epäyhdenvertaiseen kohteluun, ei ole tarpeellista eikä riittävää todeta, että suurin osa ihmisistä, jotka hyötyvät siitä, on kotimaan kansalaisia tai suurin osa epäsuotuisaan asemaan joutuvista on muiden valtioiden kansalaisia. Tällaisessa logiikassa olisi vakavia puutteita.<sup>26</sup> Kuten selitin tämän ratkaisuehdotuksen 24 kohdassa, on kiinnitettävä huomiota mahdolliseen eroon niiden muiden jäsenvaltioiden kansalaisten, joihin UrlG todennäköisesti vaikuttaa kielteisesti, ja niiden kotimaan kansalaisten, joihin se voi vaikuttaa kielteisesti, osuudessa. Olen sitä mieltä, että tässä tapauksessa sellaisen eron olemassaolo ei ole lainkaan todennäköinen.<sup>27</sup>

34. Toisin kuin komissio väittää, unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella ei voida tehdä muunlaista johtopäätöstä; siinä todetaan, että jotta kansallisella toimenpiteellä voitaisiin katsoa harjoitettavan välillistä syrjintää, ei ole välttämätöntä, että sillä suosittaisiin kaikkia kyseisen jäsenvaltion kansalaisia tai että sillä asetettaisiin epäedulliseen asemaan ainoastaan muiden jäsenvaltioiden mutta ei kyseisen jäsenvaltion kansalaisia.<sup>28</sup>

35. Tästä oikeuskäytännöstä ei ole apua nyt esillä olevan pääasian kaltaisessa tapauksessa. Kyseisessä oikeuskäytännössä todetaan ainoastaan, että *siltä osin kuin kansallinen lainsäädäntö vaikuttaa muiden jäsenvaltioiden kansalaisten ryhmään todennäköisesti enemmän kuin jäsenvaltion omien kansalaisten ryhmään*, se, että se vaikuttaa myös osaan jäsenvaltion omista kansalaisista, ei estä päättelemästä kansalaisuuteen perustuvan välillisen syrjinnän olemassaoloa. Kyseisen oikeuskäytännön perusteella ei sitä vastoin voida katsoa harjoitettavan sellaista syrjintää, jos lainsäädännön vaikutukset ovat, kuten nyt esillä olevassa asiassa, *samankaltaisia riippumatta siitä, kohdistuvatko ne jäsenvaltion omiin kansalaisiin vai muiden jäsenvaltioiden kansalaisiin*.<sup>29</sup>

36. On selvää, että on olemassa runsaasti unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöä, joka koskee jäsenvaltioiden julkishallinnossa kertyneen palvelusajan laskemista, jotta voidaan määrittää palkkatasoilla eteneminen ja siihen tavallisesti liittyvät palkkaetuedet. Kyseisen oikeuskäytännön mukaan kansallinen lainsäädäntö, jossa kieltäydytään tältä osin kokonaan ottamasta huomioon

26 Tällainen päättely on perustavanlaatuisesti virheellinen, koska kyseisen lainsäädännön soveltamisalaan käytännössä kuuluvien omien kansalaisten ja ulkomaalaisten jakauma on epätasainen. Koska Itävallan sosiaalilainsäädännön soveltamisalaan kuuluvien itävaltalaisien työntekijöiden lukumäärä on huomattavasti suurempi – onhan loogista ajatella, että kyseisen jäsenvaltion työmarkkinoilla on erityisesti itävaltalaisia – UrlG:ssä säädetyn kuudennen palkallisen vuosilomaviikon saajissa on luonnollisestikin enemmän itävaltalaisia kuin ulkomaalaisia. Ks. vastaavasti sukupuoleen perustuvan syrjinnän osalta tuomio 9.2.1999, Seymour-Smith ja Perez (C-167/97, EU:C:1999:60, 59 kohta), jossa yhteisöjen tuomioistuin täsmensi, että toimenpiteen syrjiviä vaikutuksia arvioidaan vertaamalla ”ensinnäkin miespuolisen työvoiman osalta niiden työntekijöiden suhteellista osuutta, jotka täyttävät riidanalaisessa säännöksessä asetetun kahden vuoden työskentelyä koskevan edellytyksen, niiden suhteelliseen osuuteen, jotka eivät sitä täytä, ja toiseksi samoja suhteellisia osuuksia naispuolisen työvoiman osalta. *Ei riitä, että arvioidaan niiden henkilöiden lukumäärää, joihin toimenpide vaikuttaa, koska tämä määrä riippuu koko jäsenvaltiossa työskentelevien työntekijöiden määrästä sekä miespuolisten työntekijöiden ja naispuolisten työntekijöiden jakaumasta kyseisessä jäsenvaltiossa*” (kursivointi tässä).

27 Vaikka voin hyväksyä, että absoluuttisina lukuina niiden työntekijöiden enemmistö, jotka saavat UrlG:n 2 §:n 1 momentissa säädetyn kuudennen palkallisen vuosilomaviikon, on itävaltalaisia, tämän ratkaisuehdotuksen 31 kohdassa esitetyistä syistä epäilen joka tapauksessa vahvasti, että suurin osa niistä, joihin kyseinen laki vaikuttaa kielteisesti, olisi muiden jäsenvaltioiden kansalaisia.

28 Tuomio 28.6.2012, Erny (C-172/11, EU:C:2012:399, 41 kohta); tuomio 20.6.2013, Giersch ym. (C-20/12, EU:C:2013:411, 45 kohta) ja tuomio 5.12.2013, SALK (C-514/12, EU:C:2013:799, 27 kohta).

29 Tässä yhteydessä ei voida myöskään väittää, kuten yritysneuvosto on tehnyt, että *kaikki* muiden jäsenvaltioiden työntekijät ovat epäsuotuisassa asemassa, kun taas ainoastaan  *jotkut*  jäsenvaltion omista työntekijöistä ovat epäsuotuisassa asemassa, riippumatta heidän lukumäärästään. Tämä väite on ilmeisen kohtuuton. On todennäköistä, että monet muiden jäsenvaltioiden, esimerkiksi Saksan, kansalaiset aloittavat työuransa Itävallassa. Lisäksi on todettava, ettei UrlG:n 3 §:n 3 momentissa säädetty rajoitus aseta epäsuotuisaan asemaan työntekijöitä, jotka ovat aloittaneet uransa jossain muussa jäsenvaltiossa ja siirtyneet nykyisen työnantajansa palvelukseen alle viiden vuoden työkokemuksella.



työntekijän jonkin toisen jäsenvaltion julkishallinnossa suorittamia palveluskausia tai jossa asetetaan huomioon otettavien kausien laskemiselle ankarammat edellytykset kuin ne, joita sovelletaan kyseisen jäsenvaltion julkishallinnossa suoritettuihin palveluskausiin, ovat kansalaisuuden perusteella välillisesti syrjiviä.<sup>30</sup>

37. Vaikka kyseiset lainsäädännöt näissä aikaisemmissa tapauksissa nojautuivat erottavaan perusteeseen – palvelusaikaan kansallisessa julkishallinnossa – joka näyttää samanlaiselta kuin se, johon UrlG perustuu nyt esillä olevassa asiassa, soveltamisensa osalta kyseiset lainsäädännöt kuitenkin tosiasiaa erosivat kyseisestä laista.

38. 30.9.2003 annettu tuomio Köbler<sup>31</sup> on tästä erinomainen esimerkki. Kyseinen asia koski ikälisää, jonka Itävallan valtio oli työnantajana myöntänyt yliopiston opettajan ammattia vähintään 15 vuotta *missä tahansa itävaltalaisessa julkisessa yliopistossa* harjoittaneille yliopiston opettajille. Kuten yhteisöjen tuomioistuin on huomauttanut, kyseisen ikälisän seurauksena korvauksen saavat *itävaltalaisien yliopistojen* professorit, jotka jatkavat toimintansa harjoittamista *Itävallan alueella*, sellaisten yliopiston professorien vahingoksi, jotka harjoittavat kyseistä ammattia muiden jäsenvaltioiden alueella.

39. Tällainen lainsäädäntö antaa siten mahdollisuuden suureen liikkuvuuteen eri kotimaisten työnantajien ryhmän sisällä.<sup>32</sup> UrlG on sitä vastoin myönteinen vain sellaisen *palvelusajan kannalta, joka on suoritettu saman eli nykyisen työnantajan palveluksessa*. Kuten tämän ratkaisuehdotuksen 30 kohdassa totesin, kyseinen laki kohtelee *sisäistä liikkuvuutta* jäsenvaltion alueella yhtä ankarasti kuin *ulkoista liikkuvuutta*: jokaisesta työnantajan vaihdoksesta seuraa epäsuotuisan kohtelun soveltaminen.

40. Kuten lisäksi EurothermenResort Bad Schallerbach esitti istunnossa ilman, että tätä olisi kiistetty, nykyisen työnantajan ei tarvitse välttämättä olla *itävaltalainen työnantaja*. UrlG:n 2 §:n 1 momentissa ja 3 §:n 1 momentissa ei edes edellytetä, että nykyisen työnantajan palveluksessa täyttyneet palvelusajat *olisivat täyttyneet kotimaassa*. Tältä osin pääasian vastaaja väittää – ilman, että sitäkään on kiistetty – että kaikkia palvelusajoja, jotka työntekijän osalta ovat täyttyneet saman työnantajan palveluksessa, kohdellaan samalla tavoin riippumatta paikasta, jossa ne ovat täyttyneet.<sup>33</sup> Ainoa epäsuorasti mutta selvästi vaadittu edellytys sen edellytyksen lisäksi, joka koskee pysymistä saman työnantajan palveluksessa, on sen mukaan kuuluminen *Itävallan lainsäädännön piiriin ajankohtana, jona kuudes viikko myönnetään*.

30 Ks. mm. tuomio 15.1.1998, Schöning-Kougebetopoulou (C-15/96, EU:C:1998:3, 22 kohta); tuomio 12.3.1998, komissio v. Kreikka (C-187/96, EU:C:1998:101, 20 ja 21 kohta); tuomio 30.11.2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-195/98, EU:C:2000:655, 41–44 kohta); tuomio 30.9.2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, 70, 71 ja 73 kohta); tuomio 12.5.2005, komissio v. Italia (C-278/03, EU:C:2005:281, 18 kohta); tuomio 26.10.2006, komissio v. Italia (C-371/04, EU:C:2006:668, 18 kohta) ja tuomio 5.12.2013, SALK (C-514/12, EU:C:2013:799, 28 kohta).

31 C-224/01, EU:C:2003:513, 73 ja 85 kohta.

32 Ks. tuomio 30.9.2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, 84 kohta). Ks. tältä osin myös tuomio 30.11.2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-195/98, EU:C:2000:655, 49 kohta) ja tuomio 5.12.2013, SALK(C-514/12, EU:C:2013:799, 40 kohta). Unionin tuomioistuin katsoo, että jäsenvaltion eri julkiset laitokset ja viranomaiset ovat erillisiä työnantajia.

33 Ks. a contrario tuomio 10.3.2011, Casteels (C-379/09, EU:C:2011:131). Kyseinen asia koski työehtosopimusta, joka otti lisäeläkkeen myöntämiseksi palvelusajat, jotka työntekijällä olivat täyttyneet saman työnantajan palveluksessa, huomioon eri tavalla sen mukaan, oliko kyseiset ajat suoritettu ulkomailla sijaitsevassa vai kyseisessä jäsenvaltiossa sijaitsevassa toimipaikassa.

41. Esimerkkinä voidaan tarkastella saksalaista työntekijää, joka työllistyy tietyn yrityksen Saksassa sijaitsevaan toimipaikkaan ja siirtyy useita vuosia siellä työskenneltyään saman yrityksen toiseen, Itävallassa sijaitsevaan toimipaikkaan, minkä johdosta häneen aletaan lähtökohtaisesti soveltaa Itävallan lainsäädäntöä.<sup>34</sup> UrlG:n riidanalaisten säännösten mukaisesti hänen Saksan alueella täyttyneitä palvelusaikojaan kohdeltaisiin kuudennen lomaviikon myöntämisen osalta yhtä suotuisasti kuin Itävallan alueella täyttyneitä palvelusaikoja, *koska työskentelyä saman työnantajan palveluksessa koskeva edellytys täyttyisi*.<sup>35</sup>

42. Yritysneuvosto ja komissio ovat kuitenkin tukeutuneet tuomioon SALK,<sup>36</sup> jota on niiden mukaan sovellettava analogisesti nyt käsiteltävässä asiassa. Muistutan, että kyseinen tuomio koski Land Salzburgin erästä lakia – toisin sanoen pääasiallisesti *alueellista* sääntelyä – jossa kyseisessä osavaltiossa sijaitsevien kolmen sairaalan ja muun laitoksen holdingyhtiön työntekijöiden korkeammille palkkatasoille etenemisen viitepäivämäärää määritettäessä tehtiin ero sen suhteen, ovatko työntekijät olleet aina kyseisen osavaltion palveluksessa vai ovatko he olleet muiden koti- tai ulkomaisten työnantajien palveluksessa. Ensiksi mainittujen osalta palvelusajat otettiin huomioon täysimääräisesti, kun taas jälkimmäisten osalta palvelusajat, jotka olivat kertyneet ennen kuin kyseinen osavaltio oli ottanut heidät palvelukseen, otettiin huomioon vähemmässä määrässä.

43. Kyseisessä asiassa, kuten nyt käsiteltävässä asiassa, olisi voitu perustellusti väittää, että sisäistä ja ulkoista liikkuvuutta on kohdeltu samalla tavoin. Tämä ei ole estänyt unionin tuomioistuinta toteamasta kansalaisuuteen perustuvan välillisen syrjinnän olemassaoloa soveltamalla jäsenvaltioiden julkishallinnossa kertynyttä palvelusaikaa koskevaa oikeuskäytäntöä ja muistuttamalla tämän ratkaisuehdotuksen 34 kohdassa mainitusta oikeuskäytännöstä.<sup>37</sup>

44. Suhtaudun varauksella tuomioon SALK.<sup>38</sup> Kyseisessä asiassa sekä muiden jäsenvaltioiden työntekijät että kaikki itävaltalaiset työntekijät, joilla oli ollut muu julkinen tai yksityinen työnantaja kuin Land Salzburg, olivat epäsuotuisassa asemassa. Olen epävarma sen suhteen, että kyseisessä asiassa olisi tosiasiallisesti ollut kansalaisuuteen perustuvaa välillistä syrjintää. Mielestäni kansallisella tasolla sovellettavia – esimerkiksi palvelusaikaa kansallisessa julkishallinnossa koskevia – säännöksiä koskevaa oikeuskäytäntöä voidaan soveltaa vain harkitusti paikallisten tai alueellisten viranomaisten antamiin vastaavanlaisiin säännöksiin. Esimerkiksi jos on todennäköistä, että kansallisella tasolla asetettu asuinpaikkaedellytys on erityisesti muiden jäsenvaltioiden kansalaisten vahingoksi, näin ei välttämättä ole, jos kyseinen edellytys on paikallisviranomaisen asettama.<sup>39</sup>

34 Muistutan tässä yhteydessä, että siltä osin kuin osapuolet eivät ole valinneet työ sopimukseen sovellettavaa lakia, sopimukseen sovelletaan sen maan lakia, jossa, tai jollei näin ole, josta käsin työntekijä tavallisesti tekee työnsä sopimuksen täyttämiseksi. Ks. sopimusvelvoitteisiin sovellettavasta laista (Rooma I) 17.6.2008 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksen (EY) N:o 593/2008 8 artiklan 2 kohta (EUVL 2008, L 177, s. 6).

35 Yksin ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tehtävänä on tulkita UrlG:n säännöksiä ja tarkistaa EurothermenResort Bad Schallerbachin tältä osin esittämät väitteet. Vaikka niitä ei voitaisikaan näyttää toteen, pelkästään se seikka, että UrlG:ssä kohdellaan täsmälleen samalla tavalla kaikkia työnantajan vaihdoksia, riittää mielestäni perusteeksi päätelmälle, että välillistä syrjintää ei ole.

36 Tuomio 5.12.2013 (C-514/12, EU:C:2013:799).

37 Tuomio 5.12.2013, SALK (C-514/12, EU:C:2013:799, 31 kohta).

38 Tuomio 5.12.2013 (C-514/12, EU:C:2013:799).

39 Ks. tältä osin julkisasiamies Jacobsin ratkaisuehdotus Bickel ja Franz (C-274/96, EU:C:1998:115, 38 kohta): ”Oletetaan esimerkiksi, että sovellettavan lainsäädännön mukaan Napolin ja sitä ympäröivien alueiden asukkailla olisi oikeus käydä sesongin ulkopuolisena aikana Pompeijin raunioilla maksutta. *Olisi vaikeata väittää, että tällainen oikeussäntö vaikuttaisi erityisesti muiden jäsenvaltioiden kansalaisten vahingoksi, sillä se vaikuttaisi myös Italian asukkaiden laajaan enemmistöön*” (kursivointi tässä). Siksi on valitettavaa, että yhteisöjen tuomioistuin on omaksunut päinvastaisen tulkinnan 16.1.2003 antamassaan tuomiossa komissio v. Italia (C-388/01, EU:C:2003:30) katsoessaan kansalaisuuden perusteella välillisesti syrjiviksi alueellisten hallintoyksiköiden antamat eri säännökset, joissa säädetään niiden lainkäyttövaltaan kuuluvalla alueella asuville henkilöille myönnettävästä ilmaisesta sisäänpääsystä paikallisiin museoihin. Kyseisen tuomion 14 kohdassa yhteisöjen tuomioistuin hylkäsi väitteen, jonka mukaan hyvin suuri osa italialaisista saattoi joutua epäsuotuisaan asemaan samalla tavalla kuin muiden jäsenvaltioiden kansalaiset; tässäkin yhteydessä se ainoastaan palautti mieleen tämän ratkaisuehdotuksen 34 kohdassa mainitun oikeuskäytännön.

45. Vaikka oletettaisiin, ettei unionin tuomioistuin halua asettaa kyseistä tuomiota kyseenalaiseksi, se voidaan joka tapauksessa erottaa nyt esillä olevasta asiasta. Mainitussa tuomiossa kyseessä olevalla lainsäädännöllä edistettiin jossain määrin sisäistä liikkuvuutta, koska Land Salzburgin työntekijä saattoi vaihtaa työpaikkaa ja hyötyä edelleen palvelusajan laskemisen kannalta suotuisammista säännöistä, jos hän päätti työllistyä osavaltion johonkin toiseen julkiseen yritykseen. UrlG:n säännökset eroavat siten selvästi kyseisessä tuomiossa kyseessä olevasta lainsäädännöstä.

46. Kaiken edellä esitetyn perusteella katson, ettei UrlG:n kaltaiseen lainsäädäntöön liity kansalaisuuteen perustuvaa työntekijöiden välitöntä tai välillistä epäyhdenvertaista kohtelua. Tilanne olisi toinen vain, jos olisi todennäköistä, että itävaltalaiset työntekijät vaihtavat työnantajaa selvästi harvemmin kuin työntekijät, jotka ovat muiden jäsenvaltioiden kansalaisia. Mikään unionin tuomioistuimen käytettävissä olevissa asiakirjoissa ei anna aiheutta olettaa niin.

### ***C SEUT 45 artiklassa kiellettyä työntekijöiden vapaan liikkuvuuden rajoitusta ei ole***

47. Unionin tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan SEUT 45 artiklassa ei pelkästään kielletä välitöntä tai välillistä kansalaisuuteen perustuvaa syrjintää, vaan myös sellainen kansallinen lainsäädäntö, joka rajoittaa työntekijöiden vapaata liikkuvuutta, vaikka sitä sovellettaisiin riippumatta kyseisten työntekijöiden kansalaisuudesta.<sup>40</sup>

48. SEUT 45 artiklalla suojellaan jäsenvaltion työntekijöitä, jotka haluavat päästä jonkin toisen jäsenvaltion työmarkkinoille, sekä heidän lähtöjäsenvaltioonsa että vastaanottavaan jäsenvaltioon nähden. Nyt käsiteltävässä asiassa on sen vuoksi tarpeen määrittää, muodostavatko UrlG:n kaltaiset säännökset Itävallan markkinoille pääsyn esteen työntekijöille, jotka ovat muiden jäsenvaltioiden kansalaisia (1), tai Itävallan markkinoilta poistumisen esteen niille itävaltalaisille työntekijöille, jotka aikovat siirtyä muiden jäsenvaltioiden markkinoille (2).

#### ***1. Markkinoille pääsyn estettä ei ole***

49. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan SEUT 45 artikla on esteenä kaikille sellaisille toimenpiteille, jotka – vaikka niitä sovelletaan ilman kansalaisuuteen perustuvaa syrjintää – *voivat haitata* sitä, että unionin kansalaiset käyttävät EUT-sopimuksessa taattuja perusvapauksia, *tai* jotka *tekevät* niiden käytöstä *vähemmän houkuttelevaa*.<sup>41</sup>

50. Koska direktiivissä 2003/88 säädetään palkallista vuosilomaa koskevan työntekijöiden oikeuden osalta ainoastaan vähimmäisvaatimuksista, jäsenvaltioiden välillä on edelleen tähän liittyviä eroja. Tässä tapauksessa UrlG:n säännökset voivat yleisesti ottaen tehdä ajatuksesta jatkaa uraa Itävallassa työntekijälle vähemmän houkuttelevaa, mikäli kyseisen työntekijän lähtöjäsenvaltion työläinsäädännössä myönnetään hänelle enemmän lomapäiviä kuin kyseisissä säännöksissä.

51. SEUT 45 artiklassa ei taata työntekijälle, että muuttaminen toiseen jäsenvaltioon kuin hänen lähtöjäsenvaltioonsa olisi sosiaalisissa kysymyksissä neutraalia, koska tällainen muutto, kun otetaan huomioon edellisessä kohdassa tarkoitettut erot, voi olla tältä osin asianomaiselle henkilölle enemmän tai vähemmän edullinen tai epäedullinen. Mainitussa artiklassa ei määrätä, että kyseisellä työntekijällä olisi oikeus vedota vastaanottavassa jäsenvaltiossa työehtoihin, joita häneen sovellettiin lähtöjäsenvaltiossa tämän viimeksi mainitun valtion kansallisen lainsäädännön mukaisesti.<sup>42</sup> Häneen voidaan lähtökohtaisesti soveltaa ainoastaan niitä työehtoja, joita kotimaisiin työntekijöihin sovelletaan

40 Ks. mm. tuomio 15.12.1995, Bosman (C-415/93, EU:C:1995:463, 96 kohta) ja tuomio 27.1.2000, Graf (C-190/98, EU:C:2000:49, 18 kohta).

41 Ks. mm. tuomio 1.4.2008, Gouvernement de la Communauté française ja gouvernement wallon (C-212/06, EU:C:2008:178, 45 kohta); tuomio 10.3.2011, Casteels (C-379/09, EU:C:2011:131, 22 kohta) ja tuomio 18.7.2017, Erzberger (C-566/15, EU:C:2017:562, 33 kohta).

42 Tuomio 18.7.2017, Erzberger (C-566/15, EU:C:2017:562, 34 ja 35 kohta).

yhdenvertaisen kohtelun periaatteen mukaisesti.<sup>43</sup> Muussa tapauksessa mikä tahansa vastaanottavan jäsenvaltion lainsäädäntö, joka on epäedullisempi kuin hänen lähtöjäsenvaltionsa lainsäädäntö, rajoittaisi kyseisen työntekijän vapaata liikkuvuutta. Tällaisella päättelyllä olisi merkittäviä vaikutuksia jäsenvaltioiden sosiaalilainsäädäntöön.

52. Näin ollen katson, että UrlG:n kaltaiset säännökset eivät voi rajoittaa työntekijöiden, jotka ovat muiden jäsenvaltioiden kansalaisia, pääsyä Itävallan työmarkkinoille.

## 2. Markkinoilta poistumisen estettä ei ole

53. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä seuraa, että kaikilla henkilöiden vapaata liikkuvuutta koskevilla EUT-sopimuksen määräyksillä on tarkoitus helpottaa unionin kansalaisten kaikenlaista ammatillisen toiminnan harjoittamista unionin alueella, ja kyseisten määräysten vastaisia ovat kaikki toimenpiteet, joilla voi olla epäsuotuisa vaikutus näihin kansalaisiin, kun he haluavat harjoittaa taloudellista toimintaa toisen jäsenvaltion alueella. Tässä yhteydessä jäsenvaltioiden kansalaisilla on suoraan EUT-sopimukseen perustuva oikeus lähteä kotimaataan, siirtyä toisen jäsenvaltion alueelle ja oleskella siellä taloudellisen toiminnan harjoittamiseksi.<sup>44</sup>

54. Säännökset, jotka *estävät* jäsenvaltion kansalaista lähtemästä kotimaastaan käyttääkseen vapaata liikkuvuutta koskevaa oikeuttaan *tai saavat hänet luopumaan ajatuksesta* lähteä kotimaastaan tässä tarkoituksessa, rajoittavat siten hänen oikeuttaan vapaaseen liikkuvuuteen.<sup>45</sup>

55. Nyt käsiteltävässä asiassa on kiistatonta, että UrlG:n säännökset eivät *estä* itävaltalaisia työntekijöitä tekemästä palkkatyötä muissa jäsenvaltioissa. Näin ollen on riittävää tutkia, voivatko nämä säännökset *saada* heidät *luopumaan* sen tekemisestä.

56. Koska UrlG:n säännöksissä asetetaan kuudennen palkallisen vuosilomaviikon myöntämisen edellytykseksi pysyminen saman työnantajan palveluksessa tietty määrä vuosia, niissä eittämättä kannustetaan työntekijöitä pysymään nykyisen työnantajansa palveluksessa. En kuitenkaan katso, että kyseiset säännökset saisivat itävaltalaiset työntekijät luopumaan vapaata liikkuvuutta koskevan oikeuden käyttämisestä.

57. Tältä osin se, että työntekijä vaihtaa työnantajaa, ei merkitse *saavutetun oikeuden* menettämistä.<sup>46</sup> Jättämällä työnantajansa siirtyäkseen toisen työnantajan, mukaan lukien toiseen jäsenvaltioon sijoittautunut työnantaja, palvelukseen työntekijä ainoastaan *katkaisee* kyseisen kuudennen viikon saamiseksi *vaaditun palvelusajan jatkuvuuden ja heikentää* siten *mahdollisuuksiaan saada kyseinen etuus*.

43 Ks. vastaavasti julkisasiamies Fennellyn ratkaisuehdotus Graf (C-190/98, EU:C:1999:423, 32 kohta): ”Yleisesti ottaen siirtotyöläisen on hyväksyttävä kansalliset työmarkkinat sellaisina kuin ne ovat.” Ks. myös ratkaisuehdotukseni Erzberger (C-566/15, EU:C:2017:347, 74–78 kohta).

44 Tuomio 15.12.1995, Bosman (C-415/93, EU:C:1995:463, 94 ja 95 kohta) ja tuomio 1.4.2008, Gouvernement de la Communauté française ja gouvernement wallon (C-212/06, EU:C:2008:178, 44 kohta).

45 Tuomio 15.12.1995, Bosman (C-415/93, EU:C:1995:463, 96 kohta); tuomio 16.3.2010, Olympique Lyonnais (C-325/08, EU:C:2010:143, 34 kohta) ja tuomio 5.12.2013, SALK (C-514/12, EU:C:2013:799, 30 kohta).

46 Nyt käsiteltävä asia poikkeaa siten unionin tuomioistuimen sosiaaliturva-alan oikeuskäytännöstä, erityisesti 21.1.2016 annettua tuomiosta komissio v. Kypros (C-515/14, EU:C:2016:30) ja 13.7.2016 annettua tuomiosta Pöpperl (C-187/15, EU:C:2016:550). Näihin tuomioihin johtaneissa asioissa virkamies, joka erosi kansallisen julkishallinnon palveluksesta ja siirtyi toisen työnantajan palvelukseen, mukaan lukien tapaus, jossa toinen työnantaja oli toisessa jäsenvaltiossa, menetti etuuden, jota varten hän oli jo maksanut eläkemaksuja ja jota voitiin näin ollen pitää hankittuna. Näin ei ole nyt esillä olevassa asiassa. Lisäksi vaikka sosiaaliturvaoikeudet ovat mahdollisesti *siirrettäviä*, näin ei kuitenkaan ole siltä osin kuin on kyse oikeudesta palkalliseen vuosilomaan.

58. Vaikka oletettaisiin, että työntekijä haluaa jäädä nykyisen työnantajansa palvelukseen, jotta UrlG:n nojalla kuudennen lomaviikon saamiseksi vaadittu palvelusaika<sup>47</sup> täytyisi, sen sijaan, että hän siirtyisi tekemään palkkatyötä toisessa, lomalainsäädännön osalta vähemmän suojeassa jäsenvaltiossa olevan työnantajan palveluksessa, tämän ratkaisuehdotuksen 51 kohdassa esitetyistä syistä kyseessä ei olisi SEUT 45 artiklassa kielletty rajoitus, sillä kyseisessä artiklassa ei taata työntekijälle, että muuttaminen toiseen jäsenvaltioon kuin hänen lähtöjäsenvaltioonsa olisi sosiaalisissa kysymyksissä neutraalia. Kun henkilö päättää jatkaa työtehtävissään tietyssä jäsenvaltiossa saadakseen sosiaalisen edun sen sijaan, että hän siirtyisi toimimaan jäsenvaltiossa, jossa lainsäädäntö on hänen kannaltaan vähemmän suotuisa, ei ole aina kyse siitä, että työntekijöiden vapaata liikkuvuutta olisi rajoitettu. Päinvastaisella päätteyllä olisi myös tässä yhteydessä merkittäviä vaikutuksia jäsenvaltioiden sosiaalilainsäädäntöön.

59. Yritysneuvosto ja komissio väittävät kuitenkin, että UrlG:n säännökset voivat saada *itävaltalaiset työntekijät, jotka harkitsevat lähtöä nykyisen työnantajansa palveluksesta siirtyäkseen toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneen työnantajan palvelukseen samalla kun he toivovat voivansa myöhemmin palata alkuperäisen työnantajansa palvelukseen*, luopumaan vapaata liikkuvuutta koskevan oikeuden käyttämisestä. Tältä osin on todettava, että UrlG:n 3 §:n 1 momentin nojalla työntekijälle saman työnantajan palveluksessa kertyneet palvelusajat otetaan huomioon täysimääräisesti *vain, jos ne eivät ole keskeytyneet kolmea kuukautta pidemmäksi ajaksi kerrallaan*. Jos työntekijä irtisanoutuu työstään, menee tarjoamaan palveluja toiselle – ulkomaiselle tai kotimaiselle – työnantajalle ja palaa tämän jälkeen alkuperäiseen työhönsä, ennen hänen irtisanoutumistaan kertyneistä palvelusajoista samoin kuin toisen työnantajan palveluksessa kertyneistä palvelusajoista otetaan UrlG:n 3 §:n 3 momentin mukaisesti näin ollen huomioon enintään viisi vuotta.

60. Kuten ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin perustellusti huomauttaa, tällaiset väitteet perustuvat joukkoon liian satunnaisia ja epäsuoria seikkoja, jotta UrlG voisi olla SEUT 45 artiklassa kielletty työntekijöiden vapaan liikkuvuuden rajoitus.<sup>48</sup>

61. Tämän osalta on totta, että tuomiossaan Köbler<sup>49</sup> yhteisöjen tuomioistuin totesi, että kansallinen lainsäädäntö, jossa julkishallinnossa myönnettävän ikälisän osalta ei ole säädetty toisessa jäsenvaltiossa täytyneiden palvelusaikojen huomioon ottamisesta, on omiaan tekemään kyseisen jäsenvaltion työntekijöille vähemmän houkuttelevaksi käyttää oikeuttaan vapaaseen liikkuvuuteen, koska *heidän palatessaan kyseisen valtion julkishallintoon* heidän toisessa jäsenvaltiossa hankkimaansa merkityksellistä työkokemusta ei oteta huomioon. Yhteisöjen tuomioistuin päätyi vastaavanlaiseen tulkintaan tuomiossa SALK Land Salzburgin hallintoelinten palkkaamia työntekijöitä, *jotka haluavat palata takaisin kyseisiin yksiköihin käytettyään oikeuttaan vapaaseen liikkuvuuteen*, koskevassa asiassa.

47 On todennäköistä, että merkitys, jonka työntekijä antaa tälle näkökohdalle punnitessaan ulkomaille siirtymisen vuoksi tehtävän irtisanoutumisen hyviä ja huonoja puolia, on yleensä erittäin vähäinen. Tämä tosin riippuu kyseisen työntekijän iästä ja vuosista, jotka hän on ollut nykyisen työnantajan palveluksessa, ja vaikutusta on myös sillä, kuinka lähellä UrlG:n 2 §:n 1 momentissa vaadittujen 25 vuoden palvelusajan täytyminen on. Riski tällaisen edun menettämisestä vaikuttaa kuitenkin varsin merkitykseltömältä seikalta verrattuna työntekijällä, joka harkitsee lähtöä kotijäsenvaltiostaan kokeillakseen onneaan maan rajojen ulkopuolella, mahdollisesti oleviin perustavammanlaatuisiin epäilyksiin.

48 Ks. vastaavasti tuomio 27.1.2000, Graf (C-190/98, EU:C:2000:49, 25 kohta). Ks. vastaavasti myös tuomio 4.10.1991, Society for the Protection of Unborn Children Ireland (C-159/90, EU:C:1991:378, 24 kohta); tuomio 15.6.2010, komissio v. Espanja (C-211/08, EU:C:2010:340, 72 kohta) ja tuomio 12.7.2012, SC Volksbank România (C-602/10, EU:C:2012:443, 81 kohta). Kysymystä siitä, onko tuleva tapahtuma luonteeltaan liian satunnainen ja epäsuora, jotta kansallinen lainsäädäntö voisi olla työntekijöiden vapaan liikkuvuuden rajoitus, ei pidä sekoittaa tällaisen rajoituksen merkitystä koskevan kysymyksen kanssa, jonka osalta yhteisöjen tuomioistuin on katsonut, että vähäininkin rajoittaminen on kielletty SEUT 45 artiklassa (ks. vastaavasti tuomio 13.12.1989, Corsica Ferries (France) (C-49/89, EU:C:1989:649, 8 kohta) ja tuomio 1.4.2008, Gouvernement de la Communauté française ja gouvernement wallon (C-212/06, EU:C:2008:178, 52 kohta)). Ensimmäinen kysymys koskee nimittäin – joko todennäköistä tai päinvastoin puhtaasti hypoteettista ja olematonta – vaikutusta, joka kyseisellä lainsäädännöllä voi olla siihen, että työntekijä päättää käyttää vapaata liikkuvuutta koskevaa oikeuttaan, kun taas toinen kysymys koskee niitä seurauksia, joita kyseisellä lainsäädännöllä on kyseistä vapautta käyttäviin työntekijöihin.

49 Tuomio 30.9.2003 (C-224/01, EU:C:2003:513, 74 kohta).

62. Tässäkään tapauksessa en ole kuitenkaan varma siitä, soveltuuko tämä julkishallintoa koskeva oikeuskäytäntö nyt käsiteltävään asiaan. Tältä osin Itävallan hallitus väittää, että julkisen sektorin työntekijän paluu alkuperäiseen yksikköön sen jälkeen, kun hän on ollut lähetettynä toisen jäsenvaltion julkishallintoon tai vapautettuna tehtävistä työkokemuksen hankkimiseksi toisen – julkisen tai yksityisen – työnantajan palveluksessa, on yleinen käytäntö. Sitä vastoin on huomattavasti harvinaisempaa, että yksityisen sektorin työntekijä, joka on vaihtanut työnantajaa, palaa alkuperäiseen yritykseen jatkamaan uraansa. Tällainen paluu olisi työntekijälle, joka epäroii, jäisikö hän työnantajansa palvelukseen vai eroaisiko tehtävästään, *satunnainen ja epäsuora* tapahtuma. Tämän hypoteettisen paluun edellytyksenä olisi nimittäin useiden sellaisten edellytysten täyttyminen, jotka ovat kyseisen työntekijän tahdosta riippumattomia, kuten se, että työpaikka on vapaana hänen palatessaan, ja työnantajan päätös palkata mieluummin hänet kuin jonkun toisen. Tämä argumentaatio on mielestäni täysin perusteltu.

63. Lisäksi unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö koski palvelusajan huomioon ottamista julkishallinnon työntekijöiden *palkkojen laskentaa varten*. Tältä osin palvelusajan vaikutukset tuntuvat joko välittömästi tai lyhyellä aikavälillä. Nyt käsiteltävässä asiassa on sitä vastoin niin, että vaikka oletettaisiin, että työntekijän onnistuu palata alkuperäisen työnantajansa palvelukseen käytettyään oikeuttaan vapaaseen liikkuvuuteen, kuudetta lomaviikkoa koskevan oikeuden saaminen olisi joka tapauksessa *yleensä vasta kaukaiseen tulevaisuuteen ajoittuva epäsuora* tapahtuma, kun otetaan huomioon tältä osin vaadittu 25 vuoden palvelusaika. Tämän vuoksi olisi tarpeen, että työntekijä pysyy työnantajansa palveluksessa tarvittavan ajan, mikä riippuu tässä tapauksessa myös suhteellisen *satunnaisista* olosuhteista, jotka voivat liittyä sekä kyseisen työntekijän – joka voi eri syistä päättää lähteä uudelleen – henkilökohtaiseen elämään että hänen työnantajaansa, joka voi joutua purkamaan työsuhteen eri syistä.

64. Kaiken edellä esitetyn perusteella katson, että UrlG:n säännökset eivät muodosta Itävallan markkinoilta poistumisen estettä niille itävaltalaisille työntekijöille, jotka aikovat siirtyä muiden jäsenvaltioiden markkinoille.

#### ***D Objektivisen perustelun olemassaolo, jota tarkastellaan toissijaisesti***

65. Täydellisyyden vuoksi ja olettaen, että unionin tuomioistuin katsoo, että UrlG:n 2 §:n 1 momenttiin ja 3 §:n 1–3 momenttiin liittyy kansalaisuuteen perustuva välillinen epäyhdenvertainen kohtelu tai että nämä säännökset muodostavat esteen työntekijöiden vapaalle liikkuvuudelle, esitän seuraavissa kohdissa syyt, joiden vuoksi nämä säännökset vaikuttavat mielestäni joka tapauksessa perustelluilta.

66. Tältä osin totean, että unionin tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan kansalaisuuteen perustuva välillinen epäyhdenvertainen kohtelu ei ole kiellettyä syrjintää, jos se on objektiivisesti perusteltu ja oikeassa suhteessa tavoiteltuun päämäärään. Kansallinen toimenpide, jolla rajoitetaan työntekijöiden vapaata liikkuvuutta, on myös yhteensopiva unionin oikeuden kanssa, mikäli se täyttää nämä edellytykset.

67. Siltä osin kuin on kyse siitä, onko käsiteltävässä asiassa objektiivista perustetta, Itävallan hallitus väittää, että UrlG:n riidanalaisilla säännöksillä on tarkoitus palkita työntekijöiden uskollisuus työnantajaansa kohtaan.

68. Yhteisöjen tuomioistuin ei koskaan ole virallisesti hyväksynyt, että uskollisuutta koskeva tavoite oikeuttaa välillisen epäyhtenäisen kohtelun kansalaisuuden perusteella tai työntekijöiden vapaan liikkuvuuden rajoittamisen. Se on ainoastaan todennut eri yhteyksissä, mutta aina jokseenkin varovaisesti, että ”ei voida sulkea pois sitä”,<sup>50</sup> että uskollisuus voisi olla tällainen peruste, vaikka se ei hyväksynyt sitä, että tähän tavoitteeseen voitaisiin vedota konkreettisessa tilanteessa.<sup>51</sup>

69. Mielestäni uskollisuutta koskevalla tavoitteella voidaan todellakin perustella SEUT 45 artiklassa kielletty kansalaisuuteen perustuva epäyhtenäinen kohtelu tai siinä kielletty rajoitus. Jäsenvaltioiden sosiaali- ja työllisyyspolitiikallaan lainmukaisesti tavoittelemia päämääriä on mielestäni pidettävä tältä osin hyväksyttävänä perusteina. Unionin oikeuden nykytilassa jäsenvaltioilla on kuitenkin *laaja harkintavalta* erityisesti siltä osin kuin on kyse niiden *tämän politiikan puitteissa tavoittelemien* päämäärien valitsemisesta.<sup>52</sup> En siten näe mitään estettä sille, että uskollisuustavoitetta pidetään tällaisena oikeutettuna tavoitteena. Kuten EurothermenResort Bad Schallerbach väittää, työsuhteen jatkuvuus tarjoaa työntekijälle tiettyä turvallisuutta. Komissio oli myös aivan aiheellisesti sitä mieltä, että työntekijöiden uskollisuus on hyvä asia työnantajalle, joka voi helposti suunnitella toimintansa varmana henkilöstönsä pysyvyydestä.

70. Siltä osin kuin seuraavaksi on kyse suhteellisuusperiaatetta koskevasta arviointiperusteesta, on syytä muistuttaa, että tämä periaate edellyttää, että kyseisellä säännöstöllä voidaan toteuttaa tavoiteltu päämäärä, eikä sillä saada ylittää sitä, mikä on tarpeen tämän päämäärän saavuttamiseksi.<sup>53</sup>

71. Katson ensinnäkin, että UrlG:n säännöksillä voidaan saavuttaa asetettu uskollisuustavoite. Tältä osin huomautan, että unionin tuomioistuimen käsiteltävinä olleissa asioissa, jotka koskivat julkishallinnon työntekijöiden palvelusaikoja, riidanalaisissa säännöksissä otettiin huomioon ja palkittiin työkokemus, joka oli hankittu – ei yhden, vaan – useamman työnantajan palveluksessa.<sup>54</sup> Yhteisöjen tuomioistuin katsoi tässä tilanteessa, että kyseiset säännökset *eivät olleet omiaan* saavuttamaan kyseistä tavoitetta.<sup>55</sup> Kyseessä olivat kaiken kaikkiaan ”väärät” uskollisuuslisät. Kuten tämän ratkaisuehdotuksen useissa eri kohdissa on todettu, UrlG:n säännöksissä säädetään sitä vastoin olennaisilta osin ainoastaan *saman työnantajan* palveluksessa suoritetun palvelusajan palkitsemisesta. UrlG:n 2 §:n 1 momentissa säädetty kuudes palkallinen vuosilomaviikko on siten ”todellinen” uskollisuuslisä.<sup>56</sup>

72. Yritysneuvosto väittää kuitenkin, että UrlG:n säännöksillä ei saavuteta tehokkaasti kyseistä uskollisuuteen liittyvää tavoitetta, koska käytännössä vain harvoilla työntekijöillä täyttyy palvelusaika, jota UrlG:n 2 §:n 1 momentissa säädetyn kuudennen palkallisen vuosilomaviikon saaminen edellyttää. UrlG:n säännöksissä ei sen mukaan myöskään suojella työntekijöitä mahdolliselta irtisanomiselta ennen tämän palvelusajan täyttymistä. Lisäksi voitaisiin harkita parempia toimia työntekijöiden uskollisuuden varmistamiseksi.

50 Tuomio 30.9.2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, 83 kohta) ja tuomio 5.12.2013, SALK (C-514/12, EU:C:2013:799, 38 kohta). Ks. myös määräys 10.3.2005, Marhold (C-178/04, ei julkaistu, EU:C:2005:164, 34 kohta).

51 Tuomio 15.1.1998, Schöning-Kougebetopoulou (C-15/96, EU:C:1998:3, 26 ja 27 kohta); tuomio 30.11.2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-195/98, EU:C:2000:655, 49 kohta); tuomio 30.9.2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, 83 ja 84 kohta) ja tuomio 5.12.2013, SALK (C-514/12, EU:C:2013:799, 38 kohta).

52 SEUT 45 artiklan osalta ks. tuomio 13.12.2012, Caves Krier Frères (C-379/11, EU:C:2012:798, 51 kohta). Unionin lainsäädännön muiden alojen osalta ks. tuomio 22.11.2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709, 63 kohta); tuomio 11.1.2007, ITC(C-208/05, EU:C:2007:16, 39 kohta) ja tuomio 16.10.2007, Palacios de la Villa (C-411/05, EU:C:2007:604, 68 kohta).

53 Ks. mm. tuomio 5.12.2013, SALK (C-514/12, EU:C:2013:799, 36 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

54 Unionin tuomioistuin katsoo, että jäsenvaltion eri julkiset laitokset ja viranomaiset ovat erillisiä työnantajia. Ks. tämän ratkaisuehdotuksen alaviite 32.

55 Tuomio 30.9.2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, 84 kohta) ja tuomio 5.12.2013, SALK (C-514/12, EU:C:2013:799, 38 kohta). Yhteisöjen tuomioistuin jopa totesi joissain aikaisemmissa asioissa, että kyseisillä toimenpiteillä ei *itse asiassa pyritty saavuttamaan palkitsemiseen liittyvää tavoitetta, johon on vedottu* (ks. tuomio 15.1.1998, Schöning-Kougebetopoulou (C-15/96, EU:C:1998:3, 26 kohta) ja tuomio 30.11.2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-195/98, EU:C:2000:655, 49 kohta)).

56 Näin ollen on täysin loogista, että UrlG:n järjestelmässä aiempien työnantajan palveluksessa täytyneet palvelusajat otetaan huomioon vain marginaalisesti, koska tällaiset jaksot eivät yksinkertaisesti ole uskollisuustavoitteen kannalta verrattavissa nykyisen työnantajan palveluksessa täytyneisiin palvelusaikoihin. Aiempien työnantajien palveluksessa täytyneitä palvelusaikoja ei tarvitsisi yleisesti ottaen lainkaan ottaa huomioon. Katson kuitenkin, että sillä, että UrlG:n 3 §:n 2 ja 3 momentin mukaisesti nämä kaudet otetaan huomioon enintään viiden vuoden ajalta, pyritään yksinkertaisesti lieventämään 25 vuoden palvelusaikaa koskevaa sääntöä, mikä osaltaan edistää sen oikeasuhteisuutta.

73. Näin ollen se laaja harkintavalta, joka jäsenvaltioilla on tämän ratkaisuehdotuksen 69 kohdassa mainitun oikeuskäytännön mukaan, ulottuu myös niiden toimenpiteiden määritelmään, joilla voidaan saavuttaa ne sosiaali- ja työllisyyspolitiikan tavoitteet, joihin kyseisillä toimenpiteillä pyritään. Tämän vuoksi UrlG:n kaltaisen lainsäädännön asianmukaisuutta koskevan analyysin yhteydessä unionin tuomioistuimen tehtävänä ei ole tarkistaa, onko kyseinen lainsäädäntö *paras keino varmistaa työntekijöiden uskollisuus*. Riittää, että se voi edistää tätä uskollisuutta. Mielestäni näin on.

74. Siltä osin kuin on toiseksi kyse UrlG:n säännösten tarpeellisuudesta asetetun uskollisuustavoitteen kannalta, minusta vaikuttaa siltä, että jäsenvaltioilla on oltava laaja harkintavalta myös tässä yhteydessä. Erityisesti on syytä panna merkille, että unionin tuomioistuin ei voi korvata omalla arvioinnillaan kansallisen lainsäätäjän tehtävänä olevaa etuja kerryttävän palvelusajan määrittelyä. Vastaavasti pelkäästään se, että uskollisuuden palkitsemiseksi on myös muita menetelmiä, joita epäilemättä käytetään muissa jäsenvaltioissa, ei merkitse, että UrlG:n säännökset rikkoisivat suhteellisuusperiaatetta.<sup>57</sup>

75. Sen arvioimiseksi, ovatko UrlG:n säännökset tarpeellisia, olisi myös pidettävä mielessä, että niissä myönnetään työntekijöille *etu*, joka ylittää direktiivissä 2003/88 säädetyt edellytykset. Ne, joille ei myönnetä UrlG:n 2 §:n 1 momentissa säädettyä kuudetta palkallista vuosilomaviikkoa, voivat aina ottaa yhden lomaviikon enemmän kuin direktiivissä taattu neljän viikon vähimmäisloma-aika.

76. Lisäksi toisin kuin komissio väittää, riidanalaisilla säännöksillä ei mitenkään estetä työnantajaa palkitsemasta työntekijöidensä uskollisuutta jollain muulla tavalla. EurothermenResort Bad Schallerbach on todennut – ilman, että tätä olisi kiistetty – että Itävallan lainsäädännössä säädetään tässä tarkoituksessa monista muista toimenpiteistä. Kyseinen yhtiö ja Itävallan hallitus ovat lisäksi väittäneet, että työmarkkinaosapuolet ja yksittäiset työnantajat voivat yrityksensä tasolla mennä UrlG:n säännöksiä pidemmälle asettamalla esimerkiksi kuudennen palkallisen vuosilomaviikon myöntämisen edellytykseksi lyhyemmän palvelusajan, minkä komissio on myöntänyt istunnossa.

77. Toimenpide ei myöskään johda tuomiossa Köbler kuvailtuun kansallisten työmarkkinoiden eristämiseen.<sup>58</sup> Tältä osin muistutan, että unionin tuomioistuin totesi kyseisessä tuomiossa, että palkitsemalla ainoastaan Itävallan julkisissa yliopistoissa hankitun työkokemuksen kyseessä oleva korvaus voi vaikuttaa siihen, valitseeke yliopiston professori työpaikakseen itävaltalaisen yliopiston vai jonkin muun jäsenvaltion yliopiston, mikä johtaa siten työntekijöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen vastaiseen kansallisten työmarkkinoiden eristämiseen – mikä puolestaan vaikuttaa osaltaan siihen, ettei kyseinen lainsäädäntö ole perusteltavissa.<sup>59</sup> Sitä vastoin on niin, että koska nyt käsiteltävässä asiassa työntekijä katkaisee sen palvelusaikansa jatkuvuuden, jota kuudennen palkallisen vuosilomaviikon saaminen edellyttää, riippumatta siitä, siirtyykö hän kyseiseen jäsenvaltioon vai johonkin muuhun jäsenvaltioon sijoittautuneen työnantajan palvelukseen, UrlG:n säännökset eivät vaikuta siihen, valitseeke hän työpaikakseen itävaltalaisen yrityksen vai jonkin muun valtion yrityksen.<sup>60</sup>

78. Kaiken edellä esitetyn perusteella katson, että UrlG:n 2 §:n 1 momentin ja 3 §:n 1 momentin kaltaiset säännökset ovat perusteltuja ja oikeasuhteisia.

57 Ks. vastaavasti palvelujen vapaan liikkuvuuden osalta tuomio 10.5.1995, Alpine Investments (C-384/93, EU:C:1995:126, 51 kohta) ja julkisasiamies Jacobsin ratkaisuehdotus Alpine Investments (C-384/93, EU:C:1995:15, 88 kohta).

58 Tuomio 30.9.2003, C-224/01, EU:C:2003:513.

59 Tuomio 30.9.2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, 85 ja 86 kohta).

60 Työntekijöiden uskollisuuden varmistaminen on tosin aina jossain määrin ristiriidassa EUT-sopimuksessa taattuun liikkumisvapauksiin perustuvan logiikan kanssa. Liikkumattomuus palkitaan uskollisuuslisällä, kun taas liikkumisvapauksilla edistetään liikkuvuutta. Tämä ei ole kuitenkaan ristiriidassa unionin oikeuden kanssa. Unionin oikeus ei ole esteenä vakaille ja kestäville suhteille, riippumatta siitä, ovatko ne ammatillisia vai henkilökohtaisia.



## V Ratkaisuehdotus

79. Kaiken edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Oberster Gerichtshofin esittämään ennakkoratkaisukysymykseen seuraavasti:

SEUT 45 artiklan 1 ja 2 kohtaa ja työntekijöiden vapaasta liikkuvuudesta unionin alueella 5.4.2011 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksen (EU) N:o 492/2011 7 artiklan 1 kohtaa on tulkittava siten, että ne eivät ole esteenä pääasiassa kyseessä olevan kaltaiselle kansalliselle lainsäädännölle, jonka nojalla työntekijä, jolle on täyttynyt yhteensä 25 palvelusvuotta – muttei kuitenkaan saman työnantajan palveluksessa – on oikeus ainoastaan viiden viikon palkalliseen vuosilomaan, kun taas työntekijällä, joka on työskennellyt 25 vuotta saman työnantajan palveluksessa, on oikeus kuuden viikon pituiseen vuosilomaan.