DOMSTOLENS DOM (Sjette Afdeling)
7. maj 1998 *

I sag C-350/96,

angående en anmodning, som Verwaltungsgerichtshof (Østrig) i medfør af EF-traktatens artikel 177 har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende sag,

Clean Car Autoservice GesmbH

mod

Landeshauptmann von Wien,

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af EF-traktatens artikel 48 og artikel 1, 2 og 3 i Rådets forordning nr. 1612/68/EØF af 15. oktober 1968 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet (EFT 1968 II, s. 467),

har

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, H. Ragnemalm, og dommerne R. Schintgen (refererende dommer), G. F. Mancini, J. L. Murray og G. Hirsch,

* Processprog: tysk.

generaladvokat: N. Fennelly
justitssekretær: fuldmægtig L. Hewlett,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

— Clean Car Autoservice GesmbH ved advokat Christoph Kerres, Wien

— Landeshauptmann von Wien ved afdelingschef Erich Hechtner, regeringskontoret for delstaten Wien

— den østrigske regering ved ambassadør Franz Cede, Udenrigsministeriet, som befuldmægtiget

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved de juridiske konsulenter Peter Hillenkamp og Pieter Jan Kuijper, som befuldmægtigede,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at Kommissionen har afgivet mundtligt indlæg i retsmødet den 23. oktober 1997,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 4. december 1997,

afsagt følgende

Dom

1 Ved kendelse af 8. oktober 1996, indgået til Domstolen den 24. oktober 1996, har Verwaltungsgerichtshof i medfør af EF-traktatens artikel 177 stillet to præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af traktatens artikel 48 og artikel 1, 2 og 3 i Rådets forordning nr. 1612/68/EØF af 15. oktober 1968 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet (EFT 1968 II, s. 467).

2 Disse to spørgsmål er blevet rejst under en retssag anlagt af det østrigske selskab Fortress Immobilien Entwicklungs GesmbH, nu Clean Car Autoservice GesmbH (herefter »Clean Car«), med hjemsted i Wien, mod Landeshauptmann von Wien vedrørende sidstnævntes afvisning af en anmeldelse indgivet af Clean Car med henblik på påbegyndelse af en næringsvirksomhed. Afvisningen blev begrundet med, at selskabet havde udpeget en bestyrer med bopæl uden for Østrig.

Den østrigske lovgivning

3 Ifølge § 9, stk. 1, i Gewerbeordnung 1994 (den østrigske næringslov, herefter »GewO 1994«) kan juridiske personer, interessentskaber (offene Handelsgesellschaften og Kommanditgesellschaften) samt anmeldte firmaer (offene Erwerbsgesellschaften og Kommandit-Erwerbsgesellschaften) drive næring på betingelse af, at de har udpeget en bestyrer eller en forpagter i overensstemmelse med §§ 39 og 40 i GewO 1994.

4 § 39, stk. 1, 2 og 3, i GewO 1994 bestemmer:

»1) Forretningsindehaveren kan med henblik på næringsvirksomhedens drift udpege en bestyrer, der over for forretningsindehaveren er ansvarlig for, at næringen udøves på faglig forsvarlig måde, og over for myndighederne (§ 333) er ansvarlig for, at de næringsretlige bestemmelser overholdes; såfremt forretningsindehaveren ikke har bopæl i Østrig, skal der udpeges en bestyrer.

2) Bestyreren skal opfylde de personlige betingelser for at udøve sådan næring, have bopæl i Østrig og skal have forudsætninger for at deltage i virksomhedens drift. Ved erhverv, for hvilke der stilles krav om særlige kundskaber, skal den, der i medfør af § 9, stk. 1, udpeges som bestyrer for en juridisk person, endvidere

1. have sæde i det organ, der lovligt kan repræsentere den juridiske person, eller

2. være beskæftiget i mindst halvdelen af den sædvanlige ugentlige arbejdstid i virksomheden ifølge de socialforsikringsretlige bestemmelser som fuldt forsikringspligtig arbejdstager.

Den, der udpeges til bestyrer inden for et erhverv, hvor der ifølge stk. 1 stilles krav om særlige kundskaber, og som repræsenterer en virksomhedsindehaver, der ikke har bopæl i Østrig, skal være beskæftiget i mindst halvdelen af den sædvanlige ugentlige arbejdstid i virksomheden ifølge de socialforsikringsretlige bestemmelser som fuldt forsikringspligtig arbejdstager. De bestemmelser i § 39, stk. 2, der forbliver i kraft, indtil Bundesgesetz BGBl. nr. 29/1993 træder i kraft, er fortsat indtil den 31. december 1998 gældende for bestyrere, der er udpeget inden den 1. juli 1993.

3) I de tilfælde, hvor det kræves, at der udpeges en bestyrer, skal virksomhedsindehaveren udpege en bestyrer, der er beskæftiget i virksomheden.«

5 Når en bestyrer er udpeget eller godkendt, kan den pågældende i medfør af § 370, stk. 2, i GewO 1994 pålægges eventuelle sanktioner vedrørende virksomhedens drift.

6 I medfør af § 5, stk. 1, i GewO 1994 kan håndværks-, handels- og industrivirksomhed — med visse undtagelser, der ikke er relevante for sagen — udøves, når anmeldelse er sket som anført i § 339, såfremt de generelle og eventuelle særlige krav er opfyldt.

7 Ifølge § 339, stk. 1, i GewO 1994 skal den, der ønsker at drive næring som håndværker, handlende eller industridrivende, for så vidt som der ikke er tale om virksomhed, hvortil der kræves tilladelse, indgive anmeldelse om virksomheden til Bezirksverwaltungsbehörde.

8 Ifølge § 340, stk. 1, skal den pågældende myndighed på grundlag af anmeldelsen, der kræves i henhold til § 339, stk. 1, undersøge, om anmelderen opfylder lovens betingelser for at udøve den anmeldte virksomhed på forretningsstedet. Såfremt disse betingelser ikke er opfyldt, skal myndigheden i henhold til samme paragrafs stk. 7, træffe afgørelse, hvorved den pågældende næringsvirksomhed forbydes.

Hovedsagen

9 Clean Car indgav den 13. juni 1995 anmeldelse til Magistrat der Stadt Wien om følgende næring: »Service og rengøring af motorkøretøjer (servicestation), der ikke har håndværksmæssig karakter«. Det blev samtidig oplyst, at Rudolf Henssen, der var tysk statsborger med bopæl i Berlin, var udpeget som ansvarlig bestyrer i overensstemmelse med GewO 1994. Selskabet oplyste endvidere, at Rudolf Henssen var i færd med at søge lejlighed i Østrig, hvorfor kvittering for anmeldelse af hans adresse i Østrig ville blive indgivet senere.

10 Af afgørelse truffet af Magistrat der Stadt Wien den 20. juli 1995 fremgår, at lovens betingelser for den pågældende næringsvirksomhed ikke var opfyldt, og der blev meddelt forbud mod at udøve denne under henvisning til, at det fremgår af § 39, stk. 2, i GewO 1994, at bestyreren skal opfylde de fastsatte personlige betingelser, skal have bopæl inden for landets grænser og skal være i stand til at deltage i virksomhedens drift.

11 Den 10. august 1995 påklagede Clean Car denne afgørelse til Landeshauptmann von Wien, idet selskabet gjorde gældende, at den udpegede bestyrer nu havde bopæl i Østrig, og at en bopæl inden for Den Europæiske Union under alle omstændigheder efter Republikken Østrigs tiltrædelse af Den Europæiske Union var tilstrækkelig til at opfylde de lovfæstede krav.

12 Ved afgørelse af 2. november 1995 gav Landeshauptmann von Wien ikke klageren medhold med den begrundelse, at som følge af næringsanmeldelsens retsstiftende karakter var det de faktiske og retlige forhold på tidspunktet for anmeldelsens indgivelse, der måtte tages i betragtning, og at bestyreren på dette tidspunkt endnu ikke havde bopæl i Østrig.

13 Den 21. december 1995 anlagde Clean Car sag ved Verwaltungsgerichtshof, idet selskabet gjorde gældende, at hverken afgørelsen fra Magistrat der Stadt Wien eller afgørelsen fra Landeshauptmann von Wien havde taget hensyn til anbringenderne baseret på fællesskabsretten. Clean Car anførte navnlig under henvisning til EF-traktatens artikel 6 og 48, at den bestyrer, som selskabet havde udpeget, i sin egenskab af ansat i selskabet var arbejdstager og derfor kunne påberåbe sig den ret til fri bevægelighed, som er fastsat i artikel 48.

14 Da Verwaltungsgerichtshof fandt, at det for at træffe afgørelse i sagen måtte afgøres, om det er i strid med de fællesskabsretlige principper, der fremgår af traktatens artikel 48 og af artikel 1, 2 og 3 i forordning nr. 1612/68, såfremt den østrigske lovgiver forbyder en næringsdrivende at udpege en ansat, der ikke har bopæl i Østrig, som bestyrer, har Verwaltungsgerichtshof stillet Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal EF-traktatens artikel 48 og artikel 1, 2 og 3 i forordning nr. 1612/68 fortolkes således, at de også giver indenlandske arbejdsgivere ret til at ansætte arbejdstagere, der er statsborgere i en anden medlemsstat, uafhængig af betingelser, der — skønt de gælder uden hensyn til nationalitet — dog typisk vedrører spørgsmålet om statsborgerskab?

2) Såfremt den i første spørgsmål anførte ret tilkommer indenlandske arbejdsgivere: Skal EF-traktatens artikel 48 og artikel 1, 2 og 3 i forordning nr. 1612/68 da fortolkes således, at en bestemmelse som § 39, stk. 2, i GewO 1994, hvorefter en forretningsindehaver som ansvarlig bestyrer kun må udpege en person, der har bopæl i Østrig, er i overensstemmelse med disse bestemmelser?«

15 I forelæggelseskendelsen har den nationale ret anført, at sagen først drejer sig om, hvorvidt fællesskabsbestemmelserne om arbejdskraftens frie bevægelighed også skaber ret for arbejdsgivere, idet reglerne primært retter sig mod arbejdstagerne.

Såfremt dette spørgsmål besvares bekræftende, må det endvidere undersøges, om de nævnte bestemmelser er til hinder for en ordning som den, der er indeholdt i § 39, stk. 2, i GewO 1994, når henses til forbeholdene i traktatens artikel 48, stk. 3, og den omstændighed, at bestyreren i henhold til § 370, stk 2, i GewO 1994 i forbindelse med virksomhedens drift indestår for, at de næringsretlige bestemmelser overholdes.

Det første spørgsmål

16 Med det første spørgsmål har den nationale ret nærmere bestemt spurgt, om den ligebehandlingsregel på området for arbejdskraftens frie bevægelighed, som er indeholdt i traktatens artikel 48 og i artikel 1, 2 og 3 i forordning nr. 1612/68, også kan påberåbes af en arbejdsgiver med henblik på i den medlemsstat, hvor han er etableret, at ansætte arbejdstagere, som er statsborgere i en anden medlemsstat.

17 Indledningsvis bemærkes, at artikel 1, 2 og 3 i forordning nr. 1612/68 kun indeholder en nærmere præcisering og gennemførelse af de rettigheder, der allerede følger af traktatens artikel 48 (jf. dom af 23.2.1994, sag C-419/92, Scholz, Sml. I, s. 505, præmis 6).

18 Endvidere bemærkes, at artikel 48, stk. 1, bestemmer generelt, at arbejdskraftens frie bevægelighed gennemføres inden for Fællesskabet. Den forudsætter ifølge artikel 48, stk. 2 og 3, afskaffelse af enhver i nationaliteten begrundet forskelsbehandling af medlemsstaternes arbejdstagere, for så vidt angår beskæftigelse, aflønning og øvrige arbejdsvilkår, og indebærer med forbehold af de begrænsninger, der retfærdiggøres af hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed og den offentlige sundhed, retten til at søge faktisk tilbudte stillinger, frit at bevæge sig inden for medlemsstaternes område i dette øjemed, at tage ophold på dette område for der at have beskæftigelse på samme vilkår som for indenlandske arbejdstagere samt at blive boende på en medlemsstats område efter at have haft ansættelse der.

19 Selv om disse rettigheder utvivlsomt gælder for den personkreds, der udtrykkeligt er angivet, nemlig arbejdstagerne, er der intet i ordlyden af artikel 48, der udelukker, at rettighederne kan påberåbes af andre, herunder navnlig arbejdsgiverne.

20 Det er ligeledes vigtigt at bemærke, at for at arbejdstagernes ret til at tage ansættelse og at have beskæftigelse uden forskelsbehandling kan være effektiv og opfylde sit formål, må denne ret nødvendigvis suppleres af arbejdsgivernes ret til at ansætte arbejdstagere under hensyn til reglerne om arbejdskraftens frie bevægelighed.

21 Disse regler kunne let blive holdt i skak, hvis det var tilstrækkeligt for medlemsstaterne til at undgå de forbud, som er indeholdt i reglerne, at påbyde arbejdsgiverne vilkår med hensyn til ansættelse af en arbejdstager, som arbejdstageren skal overholde, og som, hvis de blev pålagt ham direkte, ville udgøre hindringer for udøvelsen af den ret til fri bevægelighed, som han kan gøre krav på i henhold til traktatens artikel 48.

22 Det bemærkes, at den nævnte fortolkning bekræftes både af artikel 2 i forordning nr. 1612/68 og af Domstolens praksis.

23 Dels fremgår det udtrykkeligt af artikel 2 i forordning nr. 1612/68, at enhver statsborger i en medlemsstat og enhver arbejdsgiver, der udøver virksomhed på en medlemsstats område, i overensstemmelse med de administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser kan udveksle tilbud og ansøgninger om beskæftigelse, indgå arbejdsaftaler og bringe dem til udførelse under forudsætning af, at det ikke medfører forskelsbehandling.

24 Dels følger det navnlig af dom af 15. december 1995 (sag C-415/93, Bosman, Sml. I, s. 4921, præmis 84, 85 og 86), at de hensyn til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed og den offentlige sundhed, der er omhandlet i artikel 48, stk. 3, ikke alene kan påberåbes af medlemsstaterne med henblik på at retfærdiggøre de

begrænsninger af arbejdskraftens frie bevægelighed, som følger af medlemsstaternes administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser, men også kan påberåbes af private for at retfærdiggøre sådanne begrænsninger, som følger af aftaler og andre kontrakter, der er indgået eller vedtaget af private. Såfremt en arbejdsgiver kan påberåbe sig undtagelsen i artikel 48, stk. 3, må han imidlertid også kunne påberåbe sig de principper, som følger af samme bestemmelses stk. 1 og 2.

25 Af disse grunde skal det første spørgsmål derfor besvares med, at den ligebehandlingsregel på området for arbejdskraftens frie bevægelighed, som er indeholdt i traktatens artikel 48, kan også påberåbes af en arbejdsgiver med henblik på i den medlemsstat, hvor han er etableret, at ansætte arbejdstagere, som er statsborgere i en anden medlemsstat.

Det andet spørgsmål

26 Med det andet spørgsmål har den nationale ret nærmere bestemt spurgt, om traktatens artikel 48 er til hinder for, at en medlemsstat foreskriver, at en forretningsindehaver, som driver næring som håndværker, handlende eller industridrivende på denne medlemsstats område, kun kan udpege en bestyrer, som har bopæl i den pågældende medlemsstat.

27 I den henseende har Domstolen i en fast praksis antaget, at ligebehandlingsprincippet ikke alene indebærer et forbud mod åbenlyse former for forskelsbehandling begrundet i nationalitet, men også mod alle skjulte former for forskelsbehandling, hvorved det samme faktisk bliver resultatet, selv om forskelsbehandlingen udøves på grundlag af andre formelle kriterier (jf. dom af 12.6.1997, sag C-266/95, Merino García, Sml. I, s. 3279, præmis 33).

28 Det er korrekt, at en bestemmelse som § 39, stk. 2, i GewO 1994 finder anvendelse uafhængigt af den udpegede bestyrers nationalitet.

29 Som Domstolen allerede har fastslået (jf. dom af 14.2.1995, sag C-279/93, Schumacker, Sml. I, s. 225, præmis 28), er der imidlertid en fare for, at en national bestemmelse, hvorefter der sondres på grundlag af bopæl, navnlig rammer borgere fra andre medlemsstater. Ikke-hjemmehørende er således som oftest statsborgere i andre stater.

30 På dette grundlag kan kravet om, at statsborgere fra andre medlemsstater skal have bopæl i den pågældende medlemsstat for at kunne blive udpeget som bestyrer for en virksomhed, som udøver håndværks-, handels- og industrivirksomhed, udgøre en indirekte forskelsbehandling begrundet i nationalitet, som er i strid med traktatens artikel 48, stk. 2.

31 Det vil kun forholde sig anderledes, hvis indførelsen af en sådan betingelse om bopæl er begrundet i objektive hensyn, som er uafhængige af de pågældende arbejdstageres nationalitet, og står i et rimeligt forhold til det formål, som lovligt tilstræbes med den nationale lovgivning (jf. dom af 15.1.1998, sag C-15/96, Schoening-Kougebetopoulou, Sml. I, s. 47, præmis 21).

32 Det bemærkes, at det fremgår af præmis 15 i nærværende dom, at den nationale ret i forelæggelseskendelsen udtrykkeligt har henvist til den omstændighed, at ifølge § 370, stk. 2, i GewO 1994, hvorefter eventuelle sanktioner skal pålægges den

udpegede bestyrer, er denne i forbindelse med virksomhedens drift ansvarlig for, at de gældende næringsretlige bestemmelser overholdes.

33 Landeshauptmann von Wien og den østrigske regering har i deres skriftlige indlæg i denne henseende anført, at bopælsbetingelsen skal sikre, at de nævnte sanktioner, som bestyreren kan idømmes, skal kunne forkyndes og fuldbyrdes over for denne. Den skal derudover garantere, at bestyreren opfylder den anden betingelse, som pålægges ham ved § 39, stk. 2, i GewO 1994, nemlig at han skal være i stand til at deltage i virksomhedens drift.

34 I denne forbindelse må det fastslås, at bopælsbetingelsen ikke er egnet til at sikre, at det pågældende mål bliver nået, og at betingelsen går udover, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål.

35 Dels er det ikke den omstændighed, at bestyreren har bopæl i den medlemsstat, hvor virksomheden er etableret, og hvor den udøver sin virksomhed, som nødvendigvis sikrer, at bestyreren vil være i stand til at deltage i virksomhedens drift. En bestyrer med bopæl, der ligger i denne stat, men på et sted, der er beliggende langt fra virksomhedens driftssted, vil normalt have større vanskeligheder ved at deltage i virksomhedens drift end en person, hvis bopæl — selv om den er beliggende i en anden medlemsstat — ikke ligger langt fra virksomhedens driftssted.

36 Dels vil andre foranstaltninger, som er mindre indgribende, såsom forkyndelse af sanktioner på hjemstedet for den virksomhed, hvor bestyreren er ansat, og inde-

ståelse for hans betaling ved hjælp af tilvejebringelse af en forudgående sikkerhedsstillelse, der gør det muligt at sikre, at de sanktioner, som pålægges bestyreren, kan forkyndes og fuldbyrdes over for ham.

37 Det skal tilføjes, at selv sådanne foranstaltninger ikke er retfærdiggjort af de omhandlede formål i det tilfælde, hvor forkyndelsen og fuldbyrdelsen af sanktioner, der er pålagt en bestyrer, som har bopæl i en anden medlemsstat, er sikret gennem en international konvention indgået mellem den medlemsstat, hvor virksomheden har sit driftssted, og den stat, hvor bestyreren har sin bopæl.

38 Herefter må det konkluderes, at den i hovedsagen omtvistede bopælsbetingelse udgør en indirekte forskelsbehandling.

39 Med hensyn til de anerkendelsesværdige hensyn, der fremgår af traktatens artikel 48, stk. 3, og som også er blevet anført af den nationale ret, skal det bemærkes, at der ikke er noget hensyn til den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed, som kan retfærdiggøre en generel ordning som den, der foreligger i hovedsagen.

40 For så vidt angår hensynet til den offentlige orden, der ligeledes er anført i traktatens artikel 48, stk. 3, bemærkes, at Domstolen allerede har udtalt (dom af 27.10.1977, sag 30/77, Bouchereau, Sml. s. 1999), at som begrundelse for visse indskrænkninger i de af fællesskabsretten omfattede personers ret til fri bevægelighed forudsætter en henvisning til begrebet den offentlige orden som anført i traktatens artikel 48, stk. 3, under alle omstændigheder, at der, ud over den forstyrrelse af samfundsordenen, som enhver lovovertrædelse indebærer, foreligger en virkelig og tilstrækkeligt alvorlig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn.

41 Imidlertid fremgår det ikke af sagen, at et sådant hensyn kan blive berørt, hvis forretningsindehaveren med henblik på virksomhedens drift frit kan udpege en bestyrer, som ikke har bopæl i den pågældende medlemsstat.

42 En national bestemmelse som den i hovedsagen omhandlede, der kræver, at enhver arbejdstager, der er udpeget som bestyrer med henblik på udøvelse af virksomhed, skal have bopæl i den pågældende stat, kan heller ikke begrundes i hensynet til den offentlige orden i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i traktatens artikel 48, stk. 3.

43 På grundlag af de nævnte betragtninger skal det andet spørgsmål besvares med, at traktatens artikel 48 er til hinder for, at en medlemsstat foreskriver, at en forretningsindehaver, som driver næring som håndværker, handlende eller industridrivende på denne medlemsstats område, kun kan udpege en bestyrer, som har bopæl i den pågældende medlemsstat.

Sagens omkostninger

44 De udgifter, der er afholdt af den østrigske regering og Kommissionen, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

vedrørende de spørgsmål, der er forelagt af Verwaltungsgerichtshof ved kendelse af 8. oktober 1996, for ret:

1) **Den ligebehandlingsregel på området for arbejdskraftens frie bevægelighed, som er indeholdt i EF-traktatens artikel 48, kan også påberåbes af en arbejdsgiver med henblik på i den medlemsstat, hvor han er etableret, at ansætte arbejdstagere, som er statsborgere i en anden medlemsstat.**

2) **Traktatens artikel 48 er til hinder for, at en medlemsstat foreskriver, at en forretningsindehaver, som driver næring som håndværker, handlende eller industridrivende på denne medlemsstats område, kun kan udpege en bestyrer, som har bopæl i den pågældende medlemsstat.**

Ragnemalm Schintgen Mancini

Murray Hirsch

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 7. maj 1998.

R. Grass H. Ragnemalm

Justitssekretær Formand for Sjette Afdeling