FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT NIAL FENNELLY

fremsat den 4. december 1997 *

I — Indledning

1. Denne sag vedrører østrigske retsregler, der pålægger bestyrere af visse virksomheder at have bopæl i Østrig. Sagen giver anledning til spørgsmålet om, hvorvidt arbejdsgivere under nationale retssager kan påberåbe sig rettigheder for arbejdstagere (blandt andet bestyreren) i henhold til fællesskabsretten, samt til spørgsmålet om, hvorvidt indirekte forskelsbehandling eventuelt kan være berettiget, hvis den er begrundet i behovet for at sikre effektiv forkyndelse og fuldbyrdelse af administrative sanktioner.

II — Sagens retlige og faktiske omstændigheder

2. Næringsvirksomhed i Østrig er reguleret ved Gewerbeordnung 1994 (den østrigske næringslov, herefter »GewO 1994«). I § 5, stk. 1, i GewO 1994 bestemmes det, at næringsvirksomhed kan udøves på grundlag af anmeldelse til registret for den pågældende næring i henhold til lovens § 339. Det foreskrives i denne bestemmelse, at anmeldelser skal indgives til den administrative myndighed i distriktet. I henhold til § 340 i GewO 1994 gennemgår denne myndighed anmeldelsen for at sikre, at de i lovgivningen fastsatte betingelser for udøvelsen af den anmeldte næring er opfyldt. Såfremt dette ikke er tilfældet, skal udøvelse af virksomheden forbydes ved en afgørelse baseret på en sådan konstatering.

3. Blandt de i lovgivningen fastsatte betingelser for udøvelse af en næring bestemmes det i § 9, stk. 1, i GewO 1994, at juridiske personer, interessentskaber og anmeldte firmaer kan drive næring, men at de skal have udpeget en bestyrer eller forpagter. Bestemmelsen henviser endvidere til § 39 i GewO 1994.

4. § 39, stk. 1, 2 og 3, i GewO 1994 har følgende ordlyd:

»1) Forretningsindehaveren kan med henblik på næringsvirksomhedens drift udpege en bestyrer, der over for forret-

* Originalsprog: engelsk.

ningsindehaveren 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.

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.

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

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

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

5. Når en bestyrer er udpeget eller godkendt, kan den pågældende i medfør af § 370, stk. 2, i GewO 1994 ifalde bødestraf.

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

6. Fortress Immobilien Entwicklungs GesmbH, nu Clean Car Autoservice GesmbH (herefter »Clean Car«), der er et selskab med hjemsted i Østrig, indgav den

13. juni 1995 anmeldelse om næringen »service og rengøring af motorkøretøjer (servicestation), der ikke har håndværksmæssig karakter«, til Magistrat der Stadt Wien, distriktskontor for distrikt 13 og 14. Selskabet anmeldte Rudolf Henssen som bestyrer. Selskabet anførte, at Rudolf Henssen, der var tysk statsborger, var i færd med at søge en bolig i Østrig, og at dokumentation for hans østrigske bopæl således ville blive indgivet senere. Det fremgår af sagen, at Rudolf Henssen efterfølgende flyttede til Wien. Distriktskontoret for distrikt nr. 23, Wien, besluttede den 20. juli 1995 at forbyde udøvelsen af den anmeldte virksomhed, da den udpegede bestyrer havde bopæl i Berlin og derfor ikke opfyldte betingelserne i § 39, stk. 2, i GewO 1994 om at have bopæl i Østrig og at have forudsætningerne for at deltage i virksomhedens drift.

7. Den 10. august 1995 påklagede Clean Car afgørelsen til Landeshauptmann von Wien. Selskabet gjorde gældende, at Rudolf Henssen nu boede i Wien, og at en bopæl på hvilket som helst sted i Den Europæiske Union under alle omstændigheder måtte anses for at opfylde bopælskravet. Landeshauptmann afviste klagen den 2. november 1995 med den begrundelse, at den dato, der var relevant for sagen, var tidspunktet for ansøgningen, og at bestyreren på denne dato endnu ikke havde bopæl i Østrig.

8. Den 21. december 1995 indbragte Clean Car denne afgørelse for Verwaltungsgerichtshof, Wien (den administrative domstol i Wien, herefter »den nationale ret«), idet det anførte, at selskabets anbringender på grundlag af den europæiske fællesskabsret var blevet tilsidesat. Clean Car henviste særligt til artikel 6 og 48 i traktaten om oprettelse af De Europæiske Fællesskaber (herefter »traktaten«) og til forbuddet mod skjult forskelsbehandling, idet selskabet anførte, at Rudolf Henssen var ansat i selskabet og derfor var arbejdstager.

III — Spørgsmål

9. For at kunne træffe afgørelse i sagen har den nationale ret anset det for nødvendigt at forelægge følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse i henhold til traktatens artikel 177:

1) Skal EF-traktatens artikel 48 og artikel 1, 2 og 3 i forordning nr. 1612/68 [1] 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 nationa-

1 — Rådets forordning nr. 1612/68/EØF af 15.10.1968 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet, EFT 1968 II, s. 467 (herefter »forordningen«).

litet — 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?

10. Den nationale ret har anført, at det første spørgsmål i hovedsagen vedrører en arbejdsgivers mulighed for at påberåbe sig bestemmelser, der er formuleret som arbejdstageres rettigheder. Retten har endvidere foreslået, at man ved besvarelsen af det andet spørgsmål tager det forhold, at bestyreren er ansvarlig over for myndighederne for overholdelsen af reglerne i den østrigske næringslovgivning, i betragtning.

IV — Indlæg

11. Der er afgivet skriftlige indlæg af Clean Car, Landeshauptmann von Wien, Republiken Østrig og Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber. Der er afgivet mundtligt indlæg af Kommissionen.

12. Clean Car har gjort gældende, at en fortolkning af traktatens artikel 48 og artikel 1, 2 og 3 i forordning nr. 1612/68, som ikke giver arbejdsgivere ret til at ansætte arbejdstagere, medmindre disse opfylder betingelser, som typisk er forbundet med indehavelsen af et bestemt statsborgerskab, vil undergrave retten til den frie bevægelighed. De mulige undtagelser, som er hjemlet i traktatens artikel 48, stk. 3, må fortolkes snævert [2] og er ikke relevante i nærværende sag. Navnlig vil princippet om hensynet til den offentlige orden kun kunne påberåbes, hvis en arbejdstager fra en anden medlemsstat udfører arbejde, som i sig selv er i strid med den offentlige orden. Clean Car har endvidere anført, at kravet om, at bestyreren faktisk skal have forudsætninger for at drive virksomheden, i visse områder lettere kan opfyldes af en grænsearbejder, der er bosiddende i en del af Tyskland, der støder op til Østrig, end af en person, der bor i en fjerntliggende del af Østrig.

13. Landeshauptmann von Wien har medgivet, at arbejdsgivere kan udlede rettigheder af traktatens artikel 48 og artikel 1, 2 og 3 i forordning nr. 1612/68, men har gjort gældende, at den begrænsning, der er omtvistet i nærværende sag, er begrundet i almenhedens interesser. Myndigheden har endvidere frem-

2 — Sag 41/74, Van Duyn, Sml. 1974, s. 1337.

hævet, at en bestyrer er ansvarlig på vegne af ejeren af virksomheden over for de østrigske myndigheder for, at alle retsregler overholdes, og han kan pålægges administrative sanktioner for enhver overtrædelse af disse. Han må derfor have bopæl, hvor der kan ske forkyndelse af sådanne sanktioner, og hvor disse, om nødvendigt, kan fuldbyrdes. I den ændrede udgave af § 39, stk. 2, i GewO 1994, der finder anvendelse fra den 1. juli 1996 (men ikke i denne sag), bestemmes det, at bestyreren skal bo i Østrig, for så vidt forkyndelse og fuldbyrdelse af eventuelle pålagte sanktioner ikke er sikret i henhold til international aftale. Landeshauptmann von Wien har sammenlignet § 39, stk. 2, i GewO 1994 med artikel 38, stk. 2, i Domstolens procesreglement, som kræver, at der i stævninger, der indgives til Domstolen, skal angives en adresse for forkyndelse på det sted, hvor Domstolen har sæde, og navnet på en person, der er bemyndiget til og har indvilliget i at modtage forkyndelse. Bestyrerens funktion er endvidere ikke begrænset til at modtage forkyndelse af administrative eller andre dokumenter, men omfatter også et personligt ansvar for udøvelsen af virksomheden.

14. Den østrigske regering har med henvisning til Domstolens praksis gjort gældende, at en arbejdsgiver ikke som sådan er omfattet af det personelle anvendelsesområde for traktatens artikel 48 [3]. Dette medfører, at det første spørgsmål må besvares benægtende, hvilket gør det ufornødent at besvare det andet spørgsmål.

15. Den østrigske regering har subsidiært gjort gældende, at de relevante bestemmelser i § 39, stk. 2, i GewO 1994 er begrundet i almenhedens interesser [4]. Forkyndelse af meddelelse om sanktioner og fuldbyrdelse af disse i andre medlemsstater inden for Den Europæiske Union er kun mulig i meget begrænsede tilfælde, medmindre dette kan ske i medfør af bilaterale aftaler. Under disse omstændigheder er en undersøgelse af artikel 1, 2 og 3 i forordning nr. 1612/68 overflødig, da disse blot gennemfører traktatens artikel 48.

16. Kommissionen har gjort gældende, at traktatens artikel 48 og forordning nr. 1612/68 hjemler rettigheder for arbejdstagere, ikke for arbejdsgivere. Kommissionen har derfor søgt at fastslå, om Rudolf Henssen er arbejdstager i den forstand, hvori udtrykket anvendes i disse bestemmelser, og som defineret i Domstolens dom i sagen Lawrie-Blum [5]. I denne sag udtalte Domstolen, at et ansættelsesforhold defineres på grundlag af objektive kriterier, som karakteriserer rettigheder og forpligtelser for den pågældende person, og at det væsentligste kendetegn ved ansættelsesforholdet er, at en person i en vis periode præsterer ydelser mod vederlag for en anden og efter dennes anvisninger [6]. En bestyrer af en virksomhed er underlagt selskabets bestyrelse og generalforsamlingen, som antager ham til at udføre visse administrative opgaver på deres vegne og under deres vejledning. Da han endvidere

3 — Sag 53/81, Levin, Sml. 1982, s. 1035, præmis 9, sag 66/85, Lawrie-Blum, Sml. 1986, s. 2121, præmis 16 ff., og sag C-107/94, Asscher, Sml. 1996 I, s. 3089, præmis 25.

4 — Sag C-204/90, Bachmann, Sml. 1992 I, s. 249, sag C-106/91, Ramrath, Sml. 1992 I, s. 3351, præmis 29 ff., sag C-279/93, Schumacker, Sml. 1995 I, s. 225, og Asscher-dommen, a.st.

5 — Nævnt i fodnote 3.

6 — A.st., præmis 17.

formentlig har en ansættelsesaftale med selskabet, og da han, såfremt der er tale om et selskab med begrænset hæftelse, ikke kan anses for selvstændig tjenesteyder i henhold til artikel 52, medmindre han ejer samtlige aktier i selskabet, har Kommissionen gjort gældende, at en bestyrer under de i nærværende sag foreliggende omstændigheder er arbejdstager i den forstand, hvori udtrykket anvendes i traktatens artikel 48.

V — Gennemgang

Det første spørgsmål

17. Kommissionen har endvidere anført, at den væsentligste virkning af bopælsreglen i § 39, stk. 2, i GewO 1994 er at udelukke ikke-østrigere. Endvidere afholder den virksomheder fra at udnævne bestyrere, der er ansvarlige for aktiviteter i mere end én medlemsstat. Kommissionen har ligeledes gjort gældende, at traktatens artikel 48, stk. 3, ikke finder anvendelse i nærværende sag. Selv om det er muligt at begrunde nationale regler, som ikke er direkte diskriminerende, under henvisning til almenhedens interesser [7], og selv om der er en almen interesse i at sikre effektiv forkyndelse og fuldbyrdelse af administrative sanktioner, såfremt en virksomhed ikke overholder den pågældende lovgivning, har Kommissionen gjort gældende, at de østrigske regler virker uforholdsmæssigt indgribende over for den frie bevægelighed, der er sikret ved traktatens artikel 48. Det ville være tilstrækkeligt at forpligte bestyreren til at have en forretningsadresse i Østrig, hvilket kan være selskabets egen adresse, hvis selskabet har hjemsted i Østrig, eller at pålægge selskabet efter aftale med myndighederne at stille en passende sikkerhed for eventuelle fremtidige sanktioner.

18. Den nationale ret har ikke stillet spørgsmål om, hvorvidt Rudolf Henssen er arbejdstager i henhold til fællesskabsretten. I forelæggelseskendelsen omtaler retten bestyreren som en arbejdstager, hvilket er et standpunkt, som ligger implicit i både det første og det andet spørgsmål. Domstolen har givet udtryk for, at ansatte skal anses for at være arbejdstagere for så vidt angår fællesskabsretten [8]. Det er også fastslået, at traktatens artikel 48 hjemler rettigheder, som er umiddelbart anvendelige ved de nationale domstole [9]. Det første spørgsmål omhandler, hvorvidt en arbejdsgiver — ikke en arbejdstager — ved de nationale domstole kan påberåbe sig rettigheder i henhold til traktatens artikel 48 og forordningens artikel 1, 2 og 3. Idet de sidstnævnte bestemmelser »kun (indeholder) en nærmere præcisering og gennemførelse af de rettigheder, der allerede følger af traktatens artikel 48« [10], må svaret på det første spørgsmål søges i denne bestemmelse.

7 — Bachmann mod Belgien, nævnt i fodnote 4, præmis 21 ff., og sag C-351/90, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. 1992 I, s. 3945, præmis 19 ff.

8 — Lawrie-Blum-dommen, nævnt i fodnote 3, præmis 17.

9 — Jf. bl.a. sag 36/74, Walrave, Sml. 1974, s. 1405.

10 — Sag C-419/92, Scholz, Sml. 1994 I, s. 505, præmis 6.

19. Østrig har gjort gældende, at arbejdsgivere ikke er omfattet af det personelle anvendelsesområde for traktatens artikel 48. De sager, som Østrig har henvist til [11], fastlægger definitionen af en arbejdstager og af det ansættelsesforhold, som denne status beror på. Det udtales i disse sager, at retten til fri bevægelighed »knytter sig til« denne status [12]. Ingen af disse afgørelser omhandler eller afviser imidlertid, udtrykkeligt eller implicit, at fordelene i henhold til de fællesskabsretlige bestemmelser om arbejdskraftens frie bevægelighed kan udstrækkes til at omfatte andre personer, som ikke er arbejdstagere, men som ikke desto mindre har en væsentlig tilknytning til en person, som har denne status. Der kan heller ikke drages en sådan konklusion ud fra ordlyden af de relevante traktatbestemmelser og retsaktsbestemmelser. For eksempel er traktatens artikel 49 forordningens hjemmelsgrundlag, herunder for dens bestemmelser om rettigheder vedrørende ophold, bolig, arbejde og uddannelse af arbejdstagernes familiemedlemmer, uanset disses statsborgerskab.

20. Artikel 48, stk. 3, er affattet i form af rettigheder, der efter deres natur er rettet mod arbejdstagere: Retten til at acceptere tilbud om ansættelse, retten til at bevæge sig frit i dette øjemed og retten til at tage ophold i en medlemsstat med henblik på ansættelse. Forordningens artikel 1 indeholder på tilsvarende måde bestemmelser om retten for enhver statsborger i en medlemsstat til at tage og udøve lønnet beskæftigelse på en anden medlemsstats område med samme fortrinsstilling som statsborgere i denne stat. På den anden side nævnes det ikke udtrykkeligt i artikel 48, stk. 1 og 2, hvem der er begunstiget af arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet, som »gennemføres senest ved overgangsperiodens udløb«, og som »forudsætter afskaffelse af enhver i nationaliteten begrundet forskelsbehandling af medlemsstaternes arbejdstagere, for så vidt angår beskæftigelse, aflønning og øvrige arbejdsvilkår«. Ligeledes bestemmes det i forordningens artikel 3, at de ved lov eller administrativt fastsatte bestemmelser eller administrativ praksis ikke finder anvendelse, som for udenlandske arbejdstagere begrænser eller gør tilbud og ansøgninger om beskæftigelse, adgang til beskæftigelse og udøvelse heraf afhængig af betingelser, der ikke gælder for indenlandske arbejdstagere, eller som, skønt de gælder uden hensyn til nationalitet, udelukkende eller hovedsagelig har til formål eller bevirker, at statsborgere fra de øvrige medlemsstater udelukkes fra den tilbudte beskæftigelse.

21. Det ville forstærke virkningen af disse rettigheder og forbud væsentligt, hvis de også kunne påberåbes af andre økonomiske aktører end arbejdstagere, som har en begrænset adgang til at ansætte arbejdstagere fra andre medlemsstater end deres egen. For eksempel kunne arbejdstageres ret i henhold til traktatens artikel 48, stk. 3, til at acceptere faktiske tilbud om ansættelse tilsidesættes, hvis arbejdsgivere ikke havde ret til at anfægte nationale begrænsninger for afgivelsen af sådanne tilbud. Det må også erindres, at selv om arbejdskraftens frie bevægelighed delvis kan anses for at udgøre arbejdstageres *personlige* rettigheder og forstærkes af arbejdstagernes indsats for at sikre sådanne rettigheder, *blandt andet* ved de nationale domstole, er den i sidste instans et mål af almen interesse som fastsat i traktatens artikel 3, litra c), nemlig etableringen af

11 — Se citaterne nævnt i fodnote 3.

12 — Jf. navnlig Levin-dommen, nævnt i fodnote 3, præmis 9.

et fællesmarked, der er kendetegnet ved fjernelse af hindringerne for den frie bevægelighed for personer.

22. Domstolen har allerede i Agegate-sagen [13], taget stilling til spørgsmålet om, hvorvidt arbejdsgivere har ret til at påberåbe sig det, som normalt betegnes som arbejdstageres rettigheder. Sagen drejede sig om fortolkningen af artikel 55 og 56 i akten om Kongeriget Spanien og Republikken Portugals tiltrædelse af De Europæiske Fællesskaber (herefter »tiltrædelsesakten«) vedrørende arbejdskraftens frie bevægelighed. Domstolen var blevet spurgt, om visse fællesskabsbestemmelser var til hinder for, at der i Det Forenede Kongerige fastsattes betingelser for udstedelse af fiskerilicens for så vidt angår besætningsmedlemmers statsborgerskab, bopæl og betaling af sociale sikringsbidrag, hvilke betingelser udelukkede de fleste spanske statsborgere, og hvorvidt sådanne bestemmelser kunne påberåbes for nationale domstole af ejeren af et fiskerfartøj med delvis spansk besætning. Domstolen udtalte, at begrebet »arbejdstager« i artikel 55 i tiltrædelsesakten er identisk med arbejdstagerbegrebet i traktatens artikel 48 [14], og at besætningsmedlemmer ikke var udelukket fra at blive anset for arbejdstagere på grundlag af den måde, hvorpå de blev betalt. Domstolen fandt endvidere, at tiltrædelsesaktens artikel 56, stk. 1, som er en fravigelse fra den umiddelbare anvendelighed af traktatens artikel 48 mellem Spanien og de daværende øvrige medlemsstater, skulle fortolkes snævert [15]. Navnlig kunne undtagelsen ikke fortolkes således, at den tillod, at der indførtes nye begrænsninger som nogle af de pågældende betingelser i engelsk ret [16]. Som svar på spørgsmålet om, hvorvidt den, der var ejer af fiskerfartøjet og arbejdsgiver, kunne påberåbe sig disse bestemmelser, anførte Domstolen alene, at alle de pågældende bestemmelser havde direkte virkning, og at der derfor kunne påberåbes af borgerne for en national domstol [17].

23. I sagen Merci convenzionali porto di Genova, fandt Domstolen, at selv inden for rammerne af artikel 90 har bestemmelserne i traktatens artikel 48 direkte virkning og medfører rettigheder for borgerne, som de nationale retter skal beskytte [18]. I sagen var den berørte part en importør, som klagede over, at det ikke var tilladt besætningen på importørens eget skib at losse varer i Genovas havn, idet denne form for havnearbejde var forbeholdt en virksomhed, hvis arbejdstagere skulle være italienske statsborgere. På området for ligestilling mellem kønnene på arbejdspladsen, som formentlig hovedsageligt anses at henhøre under *arbejdstageres* rettigheder, har Domstolen endvidere implicit i Stoeckel-sagen [19] anerkendt en arbejdsgivers ret til som forsvar under strafferetlig forfølgning i henhold til arbejdsretlige regler om forbud mod natarbejde at påberåbe sig bestemmelser med direkte virkning i Rådets direktiv 76/207/EØF om gennemførelsen af prin-

13 — Sag C-3/87, Sml. 1989 I, s. 4459.

14 — A.st., præmis 34.

15 — A.st., præmis 39; jf. også sag 77/82, Peskeloglou, Sml. 1983, s. 1085.

16 — Agegate-dommen, nævnt i fodnote 13, præmis 40.

17 — A.st., præmis 42.

18 — Sag C-179/90, Sml. 1991 I, s. 5889, præmis 23 og domskonklusionen.

19 — Sag C-345/89, Sml. 1991 I, s. 4047.

cippet om ligebehandling af mænd og kvinder [20].

24. At udstrække retten til at påberåbe sig fællesskabsretlige bestemmelser om arbejdskraftens frie bevægelighed til også at omfatte arbejdsgivere og andre berørte parter er også i overensstemmelse med Domstolens praksis vedrørende det personelle anvendelsesområde for andre fællesmarkedsrettigheder. I sagerne Luisi og Carbone [21] og Cowan [22] fandt Domstolen, at traktatens bestemmelser om tjenesteydelser, hvori alene retten til at *præstere* tjenester omtales, også kan påberåbes af modtagere af tjenesteydelser, idet det nødvendigvis er modstykket hertil [23] og faktisk udtrykkelig var forudset fra begyndelsen [24]. I Bachmann-sagen [25], der var anlagt af en forsikringstager, fandt Domstolen, at de omtvistede belgiske skatteretlige bestemmelser udgjorde en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser i forhold til forsikringsselskaber. Det skal bemærkes, at artikel 59, ligesom artikel 48, stk. 1 og 2, ikke er udformet som rettigheder for en bestemt kategori af personer, men derimod som en bestemmelse om fjernelse af hindringer. En bred definition af de personer, som kan udlede rettigheder af traktatbestemmelserne om grundlæggende økonomiske friheder, er derfor ikke uforenelig med de relevante bestemmelser. En sådan definition afspejler Domstolens udtalelse i sagen Van Gend en Loos [26] om, at funktionen af et fællesmarked, som det er målet for traktaten at oprette, direkte berører borgerne i Fællesskabet. De berørte private kan derfor selv fra en traktatbestemmelse, som er udformet som et forbud, udlede rettigheder, der umiddelbart kan fuldbyrdes, og agtpågivenheden hos de private medfører en effektiv kontrol af gennemførelsen af fællesskabsretten, der supplerer den kontrol, der følger af traktatens artikel 169 og 170 [27].

25. Det ville være mærkværdigt, hvis forbrugere i henhold til fællesskabsretten havde en umiddelbart anvendelig ret til at rejse til andre medlemsstater for at benytte turistydelser eller andre tjenesteydelser eller for at købe varer [28], mens arbejdsgivere ikke havde en tilsvarende ret til at rejse for at ansætte arbejdstagere i en anden medlemsstat. Det ville også være ulogisk, hvis en arbejdsgiver ikke kunne anfægte diskriminerende begrænsninger for sin adgang til at ansætte arbejdstagere i udlandet, mens et ansættelsesbureau, som han engagerede til at gøre dette, ville kunne anlægge søgsmål ved de nationale domstole om sådanne begrænsninger for dets ret til at yde tjenesteydelser [29]. Arbejdsgivere har en umiddelbar og

20 — Rådets direktiv 76/207/EØF af 9.2.1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår, EFT L 39, s. 40.

21 — Forenede sager 286/82 og 26/83, Sml. 1984, s. 377, præmis 10 og 16.

22 — Sag 186/87, Sml. 1989, s. 195, præmis 15.

23 — Luisi og Carbone-dommen, nævnt i fodnote 21, præmis 10.

24 — A.st., præmis 12, 13 og 14.

25 — Nævnt i fodnote 4, præmis 31.

26 — Sag 26/62, Sml. 1954 1964, s. 379, org. ref.: Rec. 1963, s. 1.

27 — A.st., Sml. 1954-1964, s. 380.

28 — Jf. sag C-362/88, GB-INNO BM, Sml. 1990 I, s. 667, præmis 8.

29 — Vedrørende forholdet mellem ansættelsesvirksomhed og traktatens bestemmelser om tjenesteydelser: Sag C-113/89, Rush Portuguesa, Sml. 1990 I, s. 1417, præmis 16, og sag C-41/90, Höfner og Elser, Sml. 1991 I, s. 1979, præmis 35 40.

faktisk økonomisk interesse i, at artikel 48 har direkte virkning. En arbejdsgiver er en uundgåelig medvirkende ved arbejdstageres udøvelse af de rettigheder, der er tildelt dem. Arbejdsgivere kan som berørte private have en vigtig funktion i kontrollen af gennemførelsen af fællesmarkedet, som supplerer Kommissionens kontrol i henhold til traktatens artikel 169.

26. Jeg skal derfor foreslå, at det første spørgsmål besvares således, at arbejdsgivere i værtslandet i henhold til traktatens artikel 48 har en umiddelbart anvendelig ret til at ansætte arbejdstagere, som er statsborgere i en anden medlemsstat, uafhængig af de nationale regler, som direkte eller indirekte diskriminerer på grundlag af de pågældende arbejdstageres statsborgerskab.

Det andet spørgsmål

27. Det er i strid med traktatens artikel 48, stk. 2, og forordningens artikel 3, stk. 1, at medlemsstater fastsætter betingelser for at opnå beskæftigelse, som medfører en indirekte eller skjult forskelsbehandling begrundet i nationalitet. Domstolen har udtalt, at nationale bestemmelser, hvorefter der sondres på grundlag af bopæl, navnlig rammer borgere fra andre medlemsstater. Ikke-hjemmehørende er således som oftest statsborgere i andre stater [30].

28. Der er derfor åbenbart, at et krav om, at bestyrere, der er udpeget af visse selskaber i Østrig, skal have bopæl i Østrig, kan udgøre en indirekte forskelsbehandling begrundet i nationalitet. Imidlertid kan en sådan åbenbar forskelsbehandling være begrundet i hensyn til almenhedens interesser [31]. Der har i nærværende sag været anført to mulige begrundelser, som begge har tilknytning til det forhold, at bestyreren i henhold til østrigsk ret er ansvarlig for udøvelsen af virksomheden.

29. Der kan henvises til Domstolens dom i sagen Van Binsbergen [32]. Domstolens vurdering af faglige regler, der af medlemsstater var pålagt tjenesteydere bosat i en anden medlemsstat, kan i visse henseender udstrækkes til at omfatte den situation, at arbejdstagere, selv om de har bopæl i én medlemsstat, har stillinger forbundet med ansvar i en anden medlemsstat. Domstolen udtalte:

»Man kan ... i betragtning af tjenesteydelsers særlige beskaffenhed ikke antage, at det er uforeneligt med traktatens særlige krav, som er begrundet i anvendelsen af faglige regler, der har almindelig samfundsmæssig interesse — især regler om organisationstilknytning, kvalifikation, faglig etik, kontrol og ansvar — og som påhviler enhver, der er bosat på den stats territorium, hvor ydelsen præsteres,

30 — Jf. f.eks. Schumacker-dommen, nævnt i fodnote 4, præmis 28.

31 — Jf. f.eks. Schumacker-dommen, a.st., præmis 39.

32 — Sag 33/74, Sml. 1974, s. 1299.

pålægges en tjenesteyder i den udstrækning, han falder uden for disse regler på grund af, at han er bosat i en anden medlemsstat« [33].

30. Den første mulige begrundelse i den foreliggende sag er, at bopælskravet sikrer opfyldelsen af kravet om, at bestyreren har forudsætning for at handle som sådan i virksomheden, hvilket vil sige, at han kan udføre en faktisk funktion og ikke blot have en formel rolle. Når henses til bestyrerens ansvar over for myndighederne for virksomhedens udøvelse, er dette et legitimt formål, som henhører under den kategori af faglige regler om organisation, som Van Binsbergen-sagen omhandlede. Imidlertid kan bopælskravet efter omstændighederne være unødvendigt for eller, mere grundlæggende, uden forbindelse til opnåelsen af dette mål. Det er unødvendigt, hvis en grænsearbejder, som det er blevet anført, er i stand til at udføre sine opgaver som bestyrer uden at opgive sin bopæl i en nabomedlemsstat. Imidlertid havde Rudolf Henssen på det pågældende tidspunkt bopæl i Berlin. Det er således mere relevant for sagen at undersøge, hvordan bopælskravet var tiltænkt at nå det ønskede mål. Det er utilstrækkeligt, hvis en bestyrer, selv om denne har bopæl i Østrig, alligevel ikke deltager eller kan deltage i den faktiske ledelse af selskabet, som det kræves. Det vil derfor være mindre indgribende, hvis de nationale myndigheder alene indførte et direkte krav om faktisk deltagelse, eventuelt som det er gjort i forhold til visse firmaer i GewO 1994 i form af en angivelse af betingelser med hensyn til arbejdstid, og at lade det være op til bestyreren at afgøre, om hans bopæl henset de geografiske og andre forhold vil være forenelig med dette krav.

33 — A.st., præmis 12.

31. For det andet er det gjort gældende, at det er påkrævet, at bestyreren har bopæl i Østrig af hensyn til forkyndelse og fuldbyrdelse af administrative sanktioner i tilfælde af, at reglerne for virksomhedens udøvelse overtrædes. Dette er et legitimt formål. Medlemsstaterne har en åbenbar interesse i, at erhvervsdrivende, der er registreret i henhold til lovgivning som GewO 1994, i forhold til omverdenen handler i henhold til de fastsatte regler, og som følge heraf, at der opretholdes effektive regler for, at de erhvervsdrivende kan kontrolleres. Efter min opfattelse kan en sådan kontrol i samme grad som skattekontrol og en række andre fastlagte obligatoriske krav af almen interesse berettige en hindring af udøvelsen af de grundlæggende friheder, der er sikret ved traktaten [34]. Henset til de åbenbare vanskeligheder, der er forbundet med at fuldbyrde sanktioner uden for statens jurisdiktion, kan der pålægges krav, der kan sikre, at bestyrere ikke kan falde uden for de østrigske regler om professionelt ansvar ved at have bopæl uden for Østrig.

32. Det må imidlertid også overvejes, hvorvidt der findes mindre indgribende måder, hvorpå dette mål kan nås [35]. Hvad angår forkyndelse af sanktioner har Domstolen i Van Binsbergen-sagen anerkendt, at det i forbin-

34 — Sag 120/78, Rewe (»Cassis de Dijon«), Sml. 1979, s. 649, præmis 8, og sag C-250/95, Futura Participations, Sml. 1997 I, s. 2471, præmis 31.

35 — Det er ikke blevet gjort gældende, at bestyrere er nødsaget til at have bopæl i Østrig, for at det overhovedet er muligt at pålægge administrative sanktioner. Den følgende gennemgang vil derfor alene omhandle de praktiske problemer, som er forbundet med forkyndelse og fuldbyrdelse af sådanne sanktioner.

delse med behovet for at sikre overholdelsen af regler om erhvervsudøvelse, der er knyttet til retsudøvelsen og til respekten for den faglige etik, er tilstrækkeligt, at en advokat, der driver virksomhed i en medlemsstat, vælger en adresse i den pågældende medlemsstat af hensyn til kontakten til den pågældende retsinstans [36]. Hvad angår den foreliggende sag kunne dette enten være bestyrerens arbejdsplads eller, som Kommissionen har foreslået, hovedsædet for den juridiske person, som han er ansat ved, såfremt den juridiske person har hjemsted i Østrig.

33. Van Binsbergen-sagen omhandlede imidlertid en advokat, som udførte tjenesteydelser i en anden medlemsstat end hans egen. Domstolen gjorde det omhyggeligt klart, at situationen var en anden for personer, som er etableret permanent. Analogien til bestemmelserne om tjenesteydelser er mindre nærliggende i tilfælde af fuldbyrdelse af vigtige faglige regler over for en arbejdstager, der udelukkende er beskæftiget i en medlemsstat. Idet jeg ikke er i tvivl om, at Østrig har ret til at kræve, at der findes en effektiv måde, hvorpå fuldbyrdelse af administrative sanktioner kan gennemføres, er det nødvendigt at undersøge, om der findes et anvendeligt og mindre indgribende middel til dette end bopælskravet. I Bachmann-sagen [37] anerkendte Domstolen, at de vanskeligheder, som skattemyndighederne i en medlemsstat kunne have med at inddrive skatter af beløb, som skulle betales til en skattepligtig person, der havde bopæl i denne medlemsstat, fra en virksomhed, der var oprettet af et forsikringsselskab, der havde hjemsted i en anden medlemsstat, kunne begrunde en indirekte diskriminerende skattemæssig behandling af denne persons forsikringsbidrag. Selv om Domstolen anerkendte, at omkostningerne ville virke afskrækkende under de i sagen foreliggende omstændigheder, udtalte den, at »i forbindelse med et sådant tilsagn kan forsikringsselskabet ... principielt stille sikkerhed« [38].

34. Af samme grund ville det være mindre indgribende over for arbejdskraftens frie bevægelighed, hvis en kommende bestyrer, der havde bopæl i udlandet, havde mulighed for at stille en garanti eller anden sikkerhed over for de østrigske myndigheder for opfyldelse af eventuelle administrative sanktioner, enten ved et indskud, spærring af et bestemt beløb på en bankkonto, udpegelse af en kautionist eller andre foranstaltninger, i stedet for at skifte bopæl. De foreliggende oplysninger er ikke tilstrækkelige til, at der i sagen kan træffes afgørelse om, hvorvidt sådanne økonomiske foranstaltninger kan sikre det østrigske formål. Det kan være, at visse af den anmeldte bestyrers forpligtelser kun effektivt kan fuldbyrdes over for den ansvarlige bestyrer personlig. Det er derfor hensigtsmæssigt, at det overlades til den nationale domstol at afgøre, om en økonomisk sikkerhedsstillelse henset til alle foreliggende omstændigheder og de formål, der forfølges med GewO 1994, vil kunne opfylde de pågældende krav. Såfremt dette er tilfældet, er det min opfattelse, at den østrigske regel er mere indgribende end nødvendigt. I modsat fald mener jeg, at den i mangel af andre midler til at sikre formålet med bestyrerens ansvar kan anses for berettiget.

36 — Nævnt i fodnote 32, præmis 14 og 16.

37 — Nævnt i fodnote 4, præmis 24.

38 — A.st., præmis 25.

35. Det byrdefulde krav om, at en bestyrer skal stille garanti, kan naturligvis kun pålægges, hvis fuldbyrdelse af administrative sanktioner ikke på anden måde kan sikres gennemført i den medlemsstat, han har bopæl. Ligeledes er det kun nødvendigt at vælge en adresse til brug for forkyndelse, hvis der ikke med sikkerhed kan ske forkyndelse på hans bopæl. Begge begrænsninger kan undgås, hvis forkyndelse og fuldbyrdelse af administrative sanktioner for eksempel er sikret i henhold til en international konvention. Dette forhold er der taget højde for i den ændrede udgave af § 39 i GewO 1994, som fra den 1. juli 1996 ophæver bopælskravet for bestyrere, såfremt der er indgået en aftale mellem Østrig og bestyrerens bopælsland. Det fremgår umiddelbart, at en sådan konvention er indgået mellem Østrig og Forbundsrepublikken Tyskland, som er den medlemsstat, hvor Rudolf Henssen havde sin bopæl på det relevante tidspunkt, og at denne konvention var i kraft på dette tidspunkt [39]. Det er imidlertid et spørgsmål, som må undersøges af den nationale ret. Såfremt en sådan konvention var i kraft, følger det af Domstolens dom i Wielockx-sagen [40], at det pågældende tvingende krav i almenhedens interesse — der i den pågældende sag var sammenhæng i beskatningsordningen — var tilstrækkeligt sikret ved muligheden for at anvende konventionens bestemmelser. Det forhold, at det muligvis ikke er alle medlemsstater, der har indgået sådanne konventioner, er ikke til hinder for, at man kan henholde sig til disse for i så høj grad som muligt at reducere de begrænsninger, der pålægges arbejdskraftens frie bevægelighed, selv om dette medfører en forskel på de betingelser, som værtslandet pålægger borgere fra de forskellige medlemsstater. Såfremt det lægges til grund, at den pågældende konvention var i kraft, er kravet om, at Rudolf Henssen skal have en bopæl i Østrig, en foranstaltning, som ikke står i rimeligt forhold til formålet, og hvis diskriminerende karakter ikke kan begrundes i hensyn, der er i almenhedens interesse.

VI — Forslag til afgørelse

36. Af ovenstående grunde skal jeg foreslå, at Domstolen besvarer de af den nationale ret stillede spørgsmål som følger:

»1) Arbejdsgivere i værtslandet har i henhold til traktatens artikel 48 en umiddelbart anvendelig ret til at ansætte arbejdstagere, som er statsborgere i andre

39 — Vertrag zwischen der Republik Österreich und der Bundesrepublik Deutschland über Amts- und Rechtshilfe in Verwaltungssachen, *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* 1990, nr. 526.

40 — Sag C-80/94, Sml. 1995 I, s. 2493, præmis 25.

medlemsstater, uafhængig af nationale regler, som direkte eller indirekte diskriminerer på grundlag af de pågældende arbejdstageres statsborgerskab.

2) En national regel, i henhold til hvilken en virksomhedsindehaver kun kan udpege en person, der har bopæl i værtslandet, som bestyrer i næringsretlig henseende, udgør en indirekte forskelsbehandling begrundet i nationalitet.

3) En sådan national regel kan være begrundet i medlemsstatens interesse i at sikre overholdelse af nationale regler eller administrative afgørelser vedrørende udøvelsen af den anmeldte virksomhed, medmindre det samme mål effektivt kan sikres ved en økonomisk sikkerhedsstillelse eller af bestemmelserne i en anvendelig international konvention.«