FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT NIAL FENNELLY

föredraget den 4 december 1997 *

I — Inledning

1. Detta mål rör österrikiska regler som kräver att verkställande direktörer i vissa företag skall vara bosatta i Österrike. Målet väcker frågan huruvida arbetsgivare har rätt att vid nationell domstol åberopa arbetstagares (bland andra verkställande direktörers) rättigheter enligt gemenskapsrätten samt huruvida indirekt diskriminering eventuellt är motiverad med hänvisning till behovet av att säkerställa delgivning och verkställande av administrativa påföljder.

II — Rättsliga och faktiska omständigheter

2. Näringsverksamhet i Österrike regleras av Gewerbeordnung 1994 (lag om näringsverksamhet, nedan kallad GewO från år 1994). I artikel 5.1 i GewO från år 1994 föreskrivs att näringsverksamhet skall utövas på grundval av en anmälan om registrering av näringsverksamheten i fråga enligt artikel 339. I denna artikel föreskrivs att anmälan skall inges till respektive distriktsstyrelse. Enligt artikel 340 i GewO från år 1994 skall denna myndighet undersöka anmälan för att kontrollera att de i lag föreskrivna villkoren avseende utövande av näringsverksamheten som den berörde har anmält är uppfyllda på den angivna etableringsorten. Om villkoren inte är uppfyllda skall näringsverksamheten förbjudas genom ett beslut baserat på denna slutsats.

3. Ett av de lagstadgade villkoren för att utöva näringsverksamhet uppställs i artikel 9.1 i GewO från år 1994 och innebär att juridiska personer, handelsrättsliga bolag samt registrerade bolag kan bedriva näringsverksamhet under förutsättning att de har utsett en verkställande direktör eller en hyrestagare. Därefter hänvisas till artikel 39 i GewO från år 1994.

4. Artikel 39 i GewO från år 1994 har följande lydelse:

"1. Den som bedriver näringsverksamheten kan utse en verkställande direktör för att driva den, vilken är ansvarig i förhållande till

* Originalspråk: engelska.

ägaren för att verksamheten bedrivs på ett yrkesmässigt korrekt sätt samt i förhållande till myndigheterna (artikel 333) för att de bestämmelser som rör näringsverksamhet iakttas. Den som bedriver näringsverksamheten är skyldig att utse en verkställande direktör när denne inte är bosatt i landet.

Den verkställande direktör som av bolagets ägare, vilken inte är bosatt i landet, skall utses i enlighet med punkt 1 för att utöva ett yrke för vilket det krävs ett intyg avseende kompetens, skall vara en arbetstagare som är sysselsatt i bolaget under åtminstone hälften av sedvanlig arbetstid per vecka och fullt ut omfattas av social trygghet i enlighet med bestämmelser rörande detta område. Bestämmelserna i artikel 39.2, vilka är gällande till dess att förbundslagen BGBl. 29/1993 träder i kraft, skall till och med den 31 december 1998 vara tillämpliga med avseende på personer som fram till den 1 juli 1993 har utsetts till verkställande direktör.

2. Den verkställande direktören skall uppfylla de villkor avseende dennes person som har uppställts för att bedriva näringsverksamhet, vara bosatt i landet och vara i stånd att vara faktiskt verksam i bolaget. Om det är fråga om ett yrke för vilket det krävs ett intyg avseende kompetens skall den verkställande direktören för den juridiska personen som skall utses i enlighet med artikel 9.1 även

3. I de fall det är obligatoriskt att utse en verkställande direktör skall ägaren använda sig av en verkställande direktör som skall vara faktiskt verksam i företaget."

a) ingå i styrelsen, eller

5. Då tillsättningen av en verkställande direktör har anmälts eller godkänts skall i enlighet med artikel 370.2 i GewO från år 1994 eventuella böter med avseende på verksamheten åläggas denne.

b) vara en arbetstagare som är sysselsatt i bolaget under åtminstone hälften av sedvanlig arbetstid per vecka och fullt ut omfattas av social trygghet i enlighet med bestämmelser rörande detta område.

6. Fortress Immobilien Entwicklungs GesmbH, numera Clean Car Autoservice GesmbH (nedan kallat Clean Car), ett bolag etablerat i Österrike, anmälde

den 13 juni 1995 till Magistrat der Stadt Wien (Wiens kommunfullmäktige) distriktskontoren för distrikt 13 och 14, verksamheten "underhåll och reparation av motorfordon (bilverkstad), med undantag för all hantverksmässig verksamhet" för registrering. Det anmälde att Rudolf Henssen hade utsetts till verkställande direktör och uppgav att Rudolf Henssen, en tysk medborgare, sökte bostad i Österrike och att bevis om bosättning i Österrike skulle komma att inlämnas vid ett senare tillfälle. Det förefaller som om Rudolf Henssen sedan dess har flyttat till Wien. Distriktskontoret för distrikt 23 i Wien beslutade den 20 juli 1995 att förbjuda utövandet av den näringsverksamhet som anmälts, eftersom den verkställande direktören som utsetts var bosatt i Berlin och därmed inte uppfyllde kraven i artikel 39.2 i GewO från år 1994 på att vara bosatt i Österrike och att vara i stånd att vara faktiskt verksam i bolaget.

7. Den 10 augusti 1995 anförde Clean Car klagomål beträffande detta beslut vid Landeshauptmann von Wien (kommunfullmäktiges ordförande i Wien). Clean Car gjorde gällande att Rudolf Henssen nu var bosatt i Wien och att bosättning i Europeiska unionen, oavsett var, under alla omständigheter skall anses tillräckligt för att bosättningskriteriet skall vara uppfyllt. Landeshauptmann ogillade klagomålet den 2 november 1995 på grund av att den relevanta tidpunkten var det datum då anmälan inlämnades och att den verkställande direktören ännu inte var bosatt i Österrike vid denna tidpunkt.

8. Den 21 december 1995 inlämnade Clean Car ett överklagande (Beschwerde) mot detta beslut till Verwaltungsgerichtshof, Wien (förvaltningsdomstol i Wien, nedan kallad den nationella domstolen), och gjorde gällande att dess argument som baserades på gemenskapsrätten inte hade beaktats. Clean Car hänvisade i synnerhet till artiklarna 6 och 48 i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen (nedan kallat fördraget) och till förbudet mot dold diskriminering, och hävdade att Rudolf Henssen var anställd vid bolaget och därmed en arbetstagare.

III — Frågor

9. Den nationella domstolen ansåg att det för att den skulle kunna meddela dom i målet var nödvändigt att hänskjuta följande frågor för ett förhandsavgörande i enlighet med artikel 177 i fördraget:

"1) Skall artikel 48 i EG-fördraget och artikel 1—3 i förordning nr 1612/68 [1] tolkas så att arbetsgivare i värdstaten även har rätt att anställa arbetstagare som är medborgare i en annan medlemsstat utan att de är bundna av villkor

1 — Rådets förordning (EEG) nr 1612/68 av den 15 oktober 1968 om arbetskraftens fria rörlighet inom gemenskapen, EGT, svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 33 (nedan kallad förordningen).

som — även om de inte avser medborgarskap — typiskt sett har samband med medborgarskap?

2) Om arbetsgivare i värdstaten har den rätt som anges i första frågan; skall artikel 48 i EG-fördraget och artikel 1—3 i förordning nr 1612/68 tolkas så att en bestämmelse såsom § 39.2 i Gewerbeordnung 1994, enligt vilken en rörelseidkare endast kan anställa en person som är bosatt i (den österrikiska) staten som verkställande direktör, är förenlig därmed?"

10. Den nationella domstolen har angett att den första frågan huvudsakligen rör huruvida det är möjligt för en arbetsgivare att åberopa bestämmelser som är utformade som rättigheter för arbetstagare. Den har även föreslagit att det vid besvarandet av den andra frågan skall beaktas att den verkställande direktören är ansvarig gentemot myndigheterna för att bestämmelserna i den österrikiska lagstiftningen om näringsverksamhet skall iakttas.

IV — Yttranden

11. Skriftliga yttranden har inkommit från Clean Car, Landeshauptmann von Wien, Republiken Österrike och Europeiska gemenskapernas kommission. Kommissionen har även yttrat sig muntligen.

12. Clean Car har gjort gällande att en tolkning av artikel 48 i fördraget och artiklarna 1 och 3 i förordning nr 1612/68 som innebär att arbetsgivare inte har rätt att anställa arbetstagare som inte uppfyller villkor som typiskt sett hör samman med medborgarskap i en viss stat, skulle undergräva den fria rörligheten. De eventuella avvikelser som föreskrivs i artikel 48.3 i fördraget skall tolkas restriktivt [2] och är inte relevanta i förevarande mål enligt Clean Car. I synnerhet är motiveringen som grundas på hänsyn till allmän ordning endast tillämplig om en arbetstagare från en annan medlemsstat skulle utföra arbete som i sig strider mot allmän ordning. Clean Car har tillagt att kravet att den verkställande direktören skall vara i stånd att vara faktiskt verksam i bolaget på vissa etableringsorter lättare skulle kunna uppfyllas av en gränsarbetare som är bosatt i en angränsande del av Tyskland, än av en person som är bosatt i en avlägsen del av Österrike.

13. Landeshauptmann von Wien har medgett att arbetsgivare kan åberopa rättigheter i artikel 48 i fördraget och i artiklarna 1 och 3 i förordning nr 1612/68, men har hävdat att den begränsning som är i fråga i förevarande mål är motiverad med hänsyn till överväganden som rör allmänintresset. Landeshauptmann von Wien har betonat att en verkställande direktör är ansvarig gentemot de

2 — Dom av den 4 december 1974 i mål 41/74, Van Duyn (REG 1974, s. 1337; svensk specialutgåva, häfte 2, s. 389).

österrikiska myndigheterna för fullgörandet av alla tillämpliga rättsregler som representant för ägaren till verksamheten och är underkastad administrativa påföljder om dessa regler överträds. Den verkställande direktören måste därför vara bosatt så, att sådana påföljder kan delges honom och verkställas om det är nödvändigt. I den ändrade versionen av artikel 39.2 i GewO från år 1994, som är tillämplig från och med den 1 juli 1996 (men inte tillämplig på omständigheterna i förevarande mål), föreskrivs att den verkställande direktören måste vara bosatt i Österrike om delgivning och verkställande av påföljder som ådömts inte garanteras genom ett internationellt avtal. Landeshauptmann von Wien jämför artikel 39.2 i GewO från år 1994 med artikel 38.2 i domstolens rättegångsregler, enligt vilken det krävs att ansökningar till domstolen skall innehålla en adress för delgivning på den ort där domstolen har sitt säte samt namnet på den person som har fått i uppdrag och samtyckt till att ta emot delgivning. En verkställande direktörs funktion är inte begränsad till att ta emot delgivning av dokument från myndigheter eller andra handlingar, utan omfattar personligt ansvar för verksamheten.

14. Den österrikiska regeringen har, genom hänvisning till domstolens rättspraxis, hävdat att en arbetsgivare som sådan inte ingår i den personkrets som omfattas av tillämpningsområdet för artikel 48 i fördraget. [3] Det skulle medföra att den första frågan besvaras nekande, vilket skulle göra det onödigt att besvara den andra frågan.

15. I andra hand har den österrikiska regeringen gjort gällande att de relevanta bestämmelserna i artikel 39.2 i GewO från år 1994 är motiverade med hänsyn till överväganden som rör allmänintresset. [4] Delgivning av meddelanden om och verkställande av påföljder i andra medlemsstater i Europeiska Unionen är möjligt endast i ett begränsat antal fall, förutom i enlighet med bilaterala avtal. Under dessa omständigheter är det onödigt att beakta artiklarna 1 och 3 i förordning nr 1612/68, eftersom de endast genomför artikel 48 i fördraget.

16. Kommissionen har angett att endast anställda, inte arbetsgivare, har rättigheter enligt artikel 48 i fördraget och förordning nr 1612/68. Den har därför försökt att fastställa huruvida Rudolf Henssen är en arbetstagare i den mening som avses i dessa bestämmelser, såsom dessa har definierats i domstolens dom i målet Lawrie-Blum. [5] I det målet uttalade domstolen att ett anställningsförhållande skall definieras i enlighet med objektiva kriterier genom hänvisning till de berörda personernas rättigheter och skyldigheter och att det huvudsakligen kännetecknas av att en person för en viss tidsperiod utför tjänster för och under ledning av en annan person i utbyte mot ersättning. [6] En verkställande direktör är underställd företagets styrelse och aktieägarnas bolagsstämma,

3 — Dom av den 23 mars 1982 i mål 53/81, Levin (REG 1982, s. 1035; svensk specialutgåva, häfte 6), punkt 9, av den 3 juli 1986 i mål 66/85, Lawrie-Blum (REG 1986, s. 2121; svensk specialutgåva, häfte 8) punkt 16 f., och av den 27 juni 1996 i mål C-107/94, Asscher (REG 1996, s. I-3089), punkt 25.

4 — Dom av den 28 januari 1992 i mål C-204/90, Bachmann (REG 1992, s. I-249; svensk specialutgåva, häfte 12), av den 20 maj 1992 i mål C-106/91, Ramrath (REG 1992, s. I-3351; svensk specialutgåva, häfte 12), punkt 29 f., av den 14 februari 1995 i mål C-279/93, Schumacker (REG 1995, s. I-225) och dom i det ovannämnda målet Asscher.

5 — Se ovan fotnot 3.

6 — Anförd dom, punkt 17.

som utser denne för att utföra vissa förvaltningsuppgifter på deras vägnar och på deras uppdrag. Den verkställande direktören har vanligen ett anställningskontrakt med företaget och kan inte anses vara en självständig egenföretagare i den mening som avses i artikel 52 i fördraget, såvida han inte äger alla aktierna i företaget. Kommissionen anger därför att en verkställande direktör under de omständigheter som föreligger i förevarande mål är en arbetstagare i den mening som avses i artikel 48 i fördraget.

17. Kommissionen har tillagt att den huvudsakliga effekten av bosättningsregeln i artikel 39.2 i GewO från år 1994 är att personer som inte är österrikare utestängs. Dessutom förhindrar den företag från att utse verkställande direktörer som är ansvariga för deras verksamhet i mer än en medlemsstat. Kommissionen har även gjort gällande att artikel 48.3 i fördraget inte är tillämplig i förevarande mål. Även om det är möjligt att motivera nationella regler som inte är direkt diskriminerande genom hänvisning till överväganden som rör allmänintresset, [7] och det finns ett allmänintresse i att säkerställa delgivning av meddelande om och verkställande av administrativa påföljder då ett företag inte efterlever den tillämpliga lagstiftningen, har kommissionen gjort gällande att de österrikiska reglerna oproportionerligt begränsar den frihet som garanteras genom artikel 48 i fördraget. Det skulle vara tillräckligt att kräva att den verkställande direktören har en arbetsadress i Österrike, som kan vara företagets adress då detta är etablerat i Österrike, eller att kräva att företaget efter överenskommelse med myndigheterna ställer en lämplig säkerhet för eventuella framtida administrativa påföljder.

V — Bedömning

Den första frågan

18. Den nationella domstolen har inte ställt någon fråga rörande huruvida Rudolf Henssen är en arbetstagare i gemenskapsrättslig mening. I begäran om förhandsavgörande hänvisar den till en verkställande direktör som en anställd, en ståndpunkt som både den första och den andra fråga underförstått baseras på. Domstolen har angett att anställda skall anses vara arbetstagare enligt gemenskapsrätten. [8] Det är även allmänt känt att artikel 48 i fördraget ger upphov till rättigheter som är direkt tillämpliga vid nationell domstol. [9] Den första frågan rör huruvida en arbetsgivare, snarare än en arbetstagare, kan åberopa rättigheter som härrör från artikel 48 i fördraget och artiklarna 1 och 3 i förordningen vid nationell domstol. Eftersom de sistnämnda bestämmelserna "endast preciserar och genomför de rättigheter som redan föreligger enligt artikel 48", [10] skall svaret på den första frågan sökas i denna artikel.

7 — Dom i målet Bachmann (ovan fotnot 4), punkt 21 f. Dom av den 16 juni 1992 i mål C-351/90, kommissionen mot Luxemburg (REG 1992, s. I-3945), punkt 19 f.

8 — Dom i målet Lawrie-Blum (ovan fotnot 3), punkt 17.

9 — Se till exempel dom av den 12 december 1974 i mål 36/74, Walrave och Koch (REG 1974, s. 1405; svensk specialutgåva, häfte 2, s. 409).

10 — Dom av den 23 februari 1994 i mål C-419/92, Scholz (REG 1994, s. I-505), punkt 6.

19. Österrike har gjort gällande att arbetsgivare inte ingår i den personkrets som omfattas av tillämpningsområdet för artikel 48 i fördraget. I de rättsfall som Österrike har åberopat [11] fastställs definitionen av en arbetstagare och det anställningsförhållande som denna ställning ger och anges att rätten till fri rörlighet "är knut[en]" till denna ställning. [12] I dessa domar har frågan huruvida de gemenskapsrättsliga reglerna om fri rörlighet för arbetstagare kan utsträckas till att omfatta andra personer än arbetstagare, som icke desto mindre har en väsentlig anknytning till en person med en sådan ställning, inte behandlats varken uttryckligen eller underförstått, varför denna möjlighet inte har uteslutits. Inte heller kan en sådan slutsats dras från ordalydelsen i de tillämpliga bestämmelserna i fördraget och i sekundärrätten. Exempelvis utgör artikel 49 i fördraget den rättsliga grunden för förordningen och dess bestämmelser om rättigheter rörande bosättning, bostäder, anställning och utbildning av arbetstagarnas familjemedlemmar, oavsett deras nationalitet.

20. I artikel 48.3 i fördraget stadgas skydd för rättigheter som genom sin karaktär tillfaller arbetstagare: att anta faktiska erbjudanden om anställning, förflytta sig fritt för detta ändamål och uppehålla sig i en medlemsstat i syfte att inneha anställning där. Även i artikel 1 i förordningen talas det om att varje medborgare i en medlemsstat skall, oavsett var han eller hon har sin hemvist, ha rätt att ta anställning och att arbeta inom en annan medlemsstats territorium, med samma företräde som gäller för medborgare i denna stat. I artikel 48.1 och 48.2 anges dock inte uttryckligen vilka som skall åtnjuta den fria rörlighet för arbetstagare som "skall säkerställas inom gemenskapen senast vid övergångstidens utgång", och som "skall innebära att all diskriminering av arbetstagare från medlemsstaterna på grund av nationalitet skall avskaffas vad gäller anställning, lön och övriga arbets- och anställningsvillkor". På motsvarande sätt föreskrivs det i artikel 3 i förordningen att nationella lagar och andra författningar "inte [skall] gälla" när de inskränker rätten att ansöka om och erbjuda anställning eller att påbörja och fullfölja anställning, eller gör dessa till föremål för villkor som inte gäller för deras egna medborgare, eller när reglernas uteslutande eller huvudsakliga syfte eller effekt, även om de gäller oavsett nationalitet, är att utestänga medborgare i andra medlemsstater från den erbjudna anställningen.

21. Dessa rättigheter och förbud skulle få en betydligt större verkan om de skulle kunna åberopas även av andra ekonomiska aktörer, förutom arbetstagare, som har en begränsad frihet att anlita arbetstagare från andra medlemsstater än den egna. Till exempel skulle arbetstagares rätt enligt artikel 48.3 att anta faktiska erbjudanden om anställning kunna åsidosättas om arbetsgivare inte hade frihet att bestrida nationella begränsningar av möjligheten att ge sådana erbjudanden. Det skall även erinras om att, fastän fri rörlighet för arbetstagare kan uppfattas delvis som arbetstagarnas *personliga* rättighet och förstärks av deras ansträngningar att säkerställa dessa rättigheter, tillgodoser den i sista hand ett ändamål av allmänintresse som föreskrivs i artikel 3c i fördraget, nämligen upprättandet

11 — Se hänvisningen ovan i fotnot 3.

12 — Se särskilt dom i målet Levin (ovan fotnot 3), punkt 9.

av en inre marknad som kännetecknas av att hindren för fri rörlighet för personer avskaffas mellan medlemsstaterna.

22. Domstolen har redan behandlat frågan om arbetsgivare har rätt att åberopa vad som normalt sett anses utgöra arbetstagares rättigheter i målet Agegate. [13] Det målet rörde tolkningen av artiklarna 55 och 56 i Akten om anslutningsvillkoren för Konungariket Spaniens anslutning till gemenskaperna i fråga om fri rörlighet för arbetstagare. Domstolen tillfrågades om gemenskapsrättens bestämmelser utgjorde hinder för att det i en lag i Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland föreskrevs villkor avseende nationalitet, bosättning och avgifter till socialförsäkringssystem för besättningsmedlemmar vid beviljandet av fisketillstånd, vilka medförde att de flesta spanska medborgare uteslöts, och huruvida dessa bestämmelser kunde åberopas i nationell domstol av ägaren till ett fiskefartyg med delvis spansk besättning. Domstolen uttalade att begreppet "arbetstagare" i artikel 55 i anslutningsakten var identiskt med begreppet i artikel 48 i fördraget [14] och att det kunde vara berättigat att anse att besättningsmedlemmarna var arbetstagare trots det sätt som de erhöll betalning på. Domstolen uttalade även att artikel 56.1 i anslutningsakten, som är en avvikelse från den direkta tillämpningen av artikel 48 i fördraget med avseende på förhållandet mellan Spanien och de dåvarande medlemsstaterna, skall tolkas restriktivt. [15] I synnerhet kunde den inte tolkas som att den tillåter att det införs nya begränsningar, såsom vissa av villkoren i den brittiska lagen i fråga. [16] Till svar på frågan huruvida fartygets ägare och arbetsgivaren hade rätt att åberopa dessa bestämmelser, angav domstolen helt enkelt att alla bestämmelser i fråga hade direkt effekt och att de följaktligen kunde åberopas av enskilda personer vid nationell domstol. [17]

23. I målet Merci Convenzionali Porto di Genova fann domstolen att bestämmelserna i artikel 48 även inom ramen för artikel 90 har direkt effekt och ger upphov till rättigheter för berörda parter som de nationella domstolarna skall skydda. [18] I det målet var den berörda parten en importör som klagade över det faktum att hans egen fartygsbesättning inte hade tillåtelse att lossa en last i hamnen i Genua, därför att denna typ av hamnarbete förbehölls ett företag vars arbetstagare måste vara av italiensk nationalitet. Även i fråga om jämställdhet på arbetsplatsen, som förmodligen också främst uppfattas som en rättighet för *arbetstagare*, har domstolen i målet Stoeckel [19] underförstått godtagit att en arbetsgivare har rätt att åberopa de direkt tillämpliga bestämmelserna i rådets direktiv 76/207/EEG om genomförandet av principen om likabehandling av

13 — Dom av den 14 december 1989 i mål C-3/87 (REG 1989, s. I-4459).

14 — Anförd dom, punkt 34.

15 — Anförd dom, punkt 39. Se även dom av den 23 mars 1983 i mål 77/82, Peskeloglou (REG 1983, s. 1085).

16 — Dom i målet Agegate (ovan fotnot 13), punkt 40.

17 — Anförd dom, punkt 42.

18 — Dom av den 10 december 1991 i mål C-179/90 (REG 1991, s. I-5889; svensk specialutgåva, häfte 11), punkt 23 och domslutet.

19 — Dom av den 25 juli 1991 i mål C-345/89 (REG 1991, s. I-4047; svensk specialutgåva, häfte 11).

kvinnor och män, [20] till dennes försvar vid ett åtal enligt nationella arbetsrättsliga regler som förbjuder nattarbete.

24. Att utsträcka rätten att åberopa gemenskapsrättsliga bestämmelser om fri rörlighet för arbetstagare till arbetsgivare och till andra berörda parter är även förenligt med domstolens rättspraxis avseende dem som ingår i den personkrets som omfattas av tillämpningsområdet för andra friheter inom den inre marknaden. I målet Luisi och Carbone [21] och i målet Cowan [22] ansåg domstolen att fördragets bestämmelser avseende tjänster, som endast talar om friheten att *tillhandahålla* tjänster, även kan åberopas av mottagare av dessa tjänster därför att det är en nödvändig följd av denna frihet, [23] som faktiskt uttryckligen hade förutsetts från början. [24] Även i målet Bachmann, [25] som rörde en talan som väckts av en mottagare av försäkringstjänster, ansåg domstolen att de omtvistade bestämmelserna i den belgiska skattelagstiftningen utgjorde en begränsning av försäkringsgivarnas frihet att tillhandahålla tjänster. Det skall noteras att det i artikel 59, liksom i artikel 48.1 och 48.2, inte föreskrivs skydd för rättigheter som tillfaller en viss kategori personer utan att det föreskrivs avskaffande av begränsningar. En vid definition av de personer som erhåller rättigheter från fördragets bestämmelser om grundläggande ekonomiska friheter är därför inte oförenlig med de relevanta texterna. En sådan definition speglar domstolens uttalande i målet Van Gend en Loos [26], att funktionen hos den gemensamma marknaden, som fördraget syftar till att upprätta, direkt berör medborgarna i gemenskapen. Rättigheter som är direkt tillämpliga kan alltså uppkomma för enskilda intressenter även genom en fördragsbestämmelse som är uttryckt som ett förbud, och deras vaksamhet innebär en effektiv kontroll av genomförandet av gemenskapsrätten som läggs till den kontroll som artiklarna 160 och 170 i fördraget medför. [27]

25. Det skulle vara underligt om konsumenter enligt gemenskapsrätten hade en direkt tillämplig rättighet att resa till andra medlemsstater och nyttja turistnäringen och andra tjänster, eller handla varor, [28] medan arbetsgivare inte skulle ha en motsvarande rätt att resa till andra medlemsstater för att rekrytera arbetstagare. Det skulle också vara ologiskt om en arbetsgivare inte skulle kunna ifrågasätta diskriminerande begränsningar av sina möjligheter att anställa arbetstagare utomlands när ett rekryteringsföretag, som han anlitat för att göra detta, skulle kunna väcka talan vid nationell domstol angående denna typ av begränsningar av företagets frihet att tillhandahålla tjänster. [29] Arbetsgivare har ett direkt och verkligt intresse av att

20 — Rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (EGT L 39, s. 40; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 191).

21 — Dom av den 31 januari 1984 i de förenade målen 286/82 och 26/83 (REG 1984, s. 377; svensk specialutgåva, häfte 7), punkterna 10 och 16.

22 — Dom av den 2 februari 1989 i mål 186/87 (REG 1989, s. 195; svensk specialutgåva, häfte 10), punkt 15.

23 — Dom i målet Luisi och Carbone (ovan fotnot 21), punkt 10.

24 — Anförd dom, punkt 12— 14.

25 — Punkt 31 i domen (se ovan fotnot 4).

26 — Dom av den 5 februari 1963 i mål 26/62 (REG 1963, s. 1; svensk specialutgåva, häfte 1, s. 161), punkt 12.

27 — Anförd dom, punkt 13.

28 — Se dom av den 7 mars 1990 i mål C-362/88, GB-INNO-BM (REG 1990, s. I-667; svensk specialutgåva, häfte 10), punkt 8.

29 — I fråga om sambandet mellan rekryteringsverksamhet och fördragets bestämmelser om tjänster, se dom av den 27 mars 1990 i mål C-113/89, Rush Portuguesa (REG 1990, s. I-1417; svensk specialutgåva, häfte 10), punkt 16. Se även dom av den 23 april 1991 i mål C-41/90, Höfner och Elser (REG 1991, s. I-1979; svensk specialutgåva, häfte 11), punkt 35— 40.

tillämpningen av artikel 48 är effektiv. En arbetsgivare är en ofrånkomlig part då arbetstagare utövar de friheter som de har tillförsäkrats. Som enskilda intressenter kan arbetsgivare fylla en funktion i kontrollen av genomförandet av den gemensamma marknaden utöver kommissionens kontroll enligt artikel 169 i fördraget.

26. Jag föreslår därför att den första frågan besvaras så, att arbetsgivare i värdlandet enligt artikel 48 i fördraget har en rätt, som är direkt tillämplig, att anställa arbetstagare som är medborgare i en annan medlemsstat, och att de därvid inte är bundna av nationella bestämmelser, vars tillämpning innebär en direkt eller indirekt diskriminering på grundval av nationalitet av arbetstagarna i fråga.

Den andra frågan

27. Det strider mot artikel 48.2 i fördraget samt mot artikel 3.1 i förordningen att medlemsstater uppställer villkor för anställning som innebär en indirekt eller dold diskriminering på grund av nationalitet. Domstolen har noterat att nationella föreskrifter som föreskriver en distinktion grundad på bosättning riskerar att till största delen vara till förfång för medborgare från andra medlemsstater. De som inte är bosatta i en viss medlemsstat är oftast utlänningar. [30]

28. Det är därför uppenbart att det kan utgöra indirekt diskriminering på grund av nationalitet att uppställa villkoret att de verkställande direktörer som utses av vissa företag i Österrike måste vara bosatta i det landet. Denna uppenbara diskriminering kan dock vara motiverad med hänsyn till krav som rör allmänintresset. [31] Två tänkbara motiveringar har nämnts i förevarande mål, som båda hör samman med att den verkställande direktören enligt österrikisk lag är ansvarig för verksamheten.

29. Domstolens dom i målet Van Binsbergen [32] kan beaktas. Domstolens bedömning av de yrkesregler som medlemsstater föreskrev för personer som tillhandahöll tjänster, men som var etablerade i en annan medlemsstat, kan för vissa ändamål utsträckas till att omfatta situationer där arbetstagare, som är bosatta i en medlemsstat, innehar ansvarsfulla befattningar i en annan medlemsstat. Domstolen uttalade följande:

"Med hänsyn till tjänsteprestationernas särskilda beskaffenhet kan man dock inte anse att det är oförenligt med fördraget att ställa särskilda krav på den som tillhandahåller tjänster, om dessa krav är grundade på tillämpningen av sådana yrkesregler som motiveras av allmänintresse — särskilt regler om organisation, kvalifikation, yrkesetik, kontroll och ansvar — och omfattar alla som är etablerade inom den stats territorium där

30 — Se till exempel dom i målet Schumacker (ovan fotnot 4), punkt 28.

31 — Se till exempel anförd dom i målet Schumacker, punkt 39.

32 — Dom av den 3 december 1974 i mål 33/74 (REG 1974, s. 1299; svensk specialutgåva, häfte 2, s. 379).

tjänsten tillhandahålls, om personen i fråga skulle undslippa dessa regler genom att vara etablerad i en annan medlemsstat." [33]

30. Den första tänkbara motiveringen i förevarande mål är att bosättningskravet säkerställer att villkoret att den verkställande direktören skall vara i stånd att vara faktiskt verksam i bolaget, det vill säga att han fyller en faktisk och inte bara en formell funktion, efterlevs. Mot bakgrund av det ansvar för verksamheten som den verkställande direktören har gentemot myndigheterna, är detta ett giltigt skäl som kan höra till den kategori yrkesregler om organisation som nämndes i domen i målet Van Binsbergen. Bosättningskriteriet kan dock, beroende på omständigheterna, vara antingen onödigt eller, mer grundläggande, inte ha något samband med genomförandet av detta syfte. Kriteriet är onödigt om en gränsarbetare, vilket har hävdats, kan utföra uppgifterna som verkställande direktör utan att avstå från bosättningen i en angränsande medlemsstat. Vid den relevanta tidpunkten verkar det dock som om Rudolf Henssen var bosatt i Berlin. I förevarande mål är det mer relevant att bedöma hur bosättningskravet har utformats för att tillgodose det eftersträvade ändamålet. Det är otillräckligt om en verkställande direktör, trots bosättning i Österrike, fortfarande inte deltar eller inte kan delta i den faktiska driften av företaget på det sätt som krävs. Det skulle därför vara mindre begränsande om de nationella myndigheterna helt enkelt direkt föreskrev ett krav på faktiskt deltagande och, om så krävs, ange villkor rörande arbetstider, vilket har gjorts i GewO från år 1994 för vissa företag och överlåta åt den verkställande direktören att bestämma hur han skall förena sin bosättning med detta villkor, med hänsyn till geografiska omständigheter och annat.

33 — Anförd dom, punkt 12.

31. För det andra har det hävdats att det är nödvändigt att den verkställande direktören är bosatt i Österrike med hänsyn till delgivning av meddelande om och verkställande av administrativa påföljder vid överträdelse av de regler som reglerar verksamheten. Det är en berättigad motivering. Medlemsstaterna har ett självklart intresse av att de som utövar en näringsverksamhet som är registrerad i enlighet med lagar sådana som GewO från år 1994 handlar på ett offentligt och korrekt sätt, och har följaktligen intresse av att bibehålla effektiva regler för kontroll av dessa personer. Enligt min mening kan sådan kontroll, precis som skattekontroll och ett antal andra vedertagna tvingande hänsyn som rör allmänintresset, motivera en begränsning av utövandet av de grundläggande friheter som fördraget ger. [34] Mot bakgrund av de uppenbara svårigheterna att verkställa administrativa påföljder i områden utanför statens jurisdiktion får villkor föreskrivas för att säkerställa att verkställande direktörer inte undslipper de österrikiska reglerna om yrkesansvar genom att bosätta sig utanför Österrike.

32. Det måste dock tas hänsyn till huruvida det finns mindre restriktiva sätt att uppnå detta ändamål. [35] Vad beträffar delgivning av meddelande om påföljder, medgav domstolen i målet Van Binsbergen i samband med

34 — Dom av den 20 februari 1979 i mål 120/78, Rewe-Zentral ("Cassis de Dijon") (REG 1979, s. 649; svensk specialutgåva, häfte 4, s. 377), punkt 8, samt dom av den 15 maj 1997 i mål C-250/95, Futura Participations och Singer (REG 1997, s. I-2471), punkt 31.

35 — Det har inte påståtts att verkställande direktörer måste vara bosatta i Österrike för att det skall vara möjligt att utdöma administrativa påföljder. Bedömningen nedan rör därför endast de praktiska problem som orsakas vid delgivning av meddelande om och verkställande av denna typ av påföljder.

behovet av att säkerställa iakttagandet av de yrkesregler rörande uppförande som särskilt har samband med rättskipningen och respekten för yrkesetiken, att det var lämpligt att en advokat som är etablerad i en annan medlemsstat väljer en delgivningsadress i medlemsstaten i fråga. [36] I förevarande mål är det tänkbart att denna adress antingen skulle vara den verkställande direktörens arbetsplats eller, vilket kommissionen har föreslagit, huvudkontoret för den juridiska person som har anställt honom, om detta är etablerat i Österrike.

33. Målet Van Binsbergen rörde dock en advokat som tillhandahöll tjänster i en annan medlemsstat än hans egen. Domstolen gjorde dock klart att personer som är permanent etablerade har en annan ställning. Analogin till tillhandahållande av tjänster är mindre övertygande vad gäller upprätthållandet av materiella yrkesregler gentemot en arbetstagare som endast är verksam i en medlemsstat. Eftersom jag inte tvivlar på att Österrike har rätt att kräva att det måste finnas ett effektivt sätt att verkställa administrativa påföljder på, måste det undersökas om det eventuellt finns några mindre restriktiva sätt än bosättningskravet för att uppnå ändamålet. I domen i målet Bachmann [37] medgav domstolen att de svårigheter som skattemyndigheterna i en medlemsstat kan ha, att se till att ett åtagande som har gjorts av en försäkringsgivare som är etablerad i en annan medlemsstat att betala skatt på ett belopp som skall utbetalas till en skattskyldig person som är bosatt i den förstnämnda medlemsstaten uppfylls, kunde motivera en indirekt diskriminerande behandling i skattehänseende av denna persons försäkringsavgifter. Även om domstolen godtog att den kostnad som var för handen skulle vara oöverkomlig med hänsyn till de omständigheter som förelåg i målet, uttalade den att "det visserligen i princip [skulle] vara möjligt för försäkringsgivaren att i samband med ett sådant åtagande ställa en säkerhet". [38]

34. Av samma skäl skulle det medföra en mindre begränsning av den fria rörligheten för arbetstagare om en blivande verkställande direktör som är bosatt utomlands hade möjlighet att ställa säkerhet eller borgen hos de österrikiska myndigheterna för att efterleva eventuella administrativa påföljder, antingen genom en deposition eller genom att spärra en viss summa på ett bankkonto eller genom att utse en borgensman eller på något annat sätt, i stället för att byta bosättningsort. De handlingar som finns tillgängliga gör det inte möjligt att avgöra om sådana ekonomiska åtgärder skulle säkerställa det österrikiska ändamålet. Det kan finnas delar av de skyldigheter som åligger en person som utövar registrerad näringsverksamhet som i praktiken endast kan verkställas gentemot en verkställande direktör med personligt ansvar. Det är därför lämpligt att överlämna åt den nationella domstolen att fastställa huruvida en ekonomisk säkerhet skulle uppfylla kraven i fråga, mot bakgrund av omständigheterna och syftet med GewO från år 1994. Om så är fallet anser jag att den österrikiska regeln är mer restriktiv än nödvändigt. Om så inte är fallet anser jag att regeln är motiverad, i avsaknad av andra sätt att säkerställa syftet med den verkställande direktörens ansvar.

36 — Punkterna 14 och 16 i domen (ovan fotnot 32).

37 — Punkt 24 i domen (ovan fotnot 4).

38 — Anförd dom, punkt 25.

35. Självklart behöver även det betungande kravet att en verkställande direktör skall ställa säkerhet bara föreskrivas när verkställandet av administrativa påföljder inte kan säkerställas på något annat sätt i den medlemsstat där han är bosatt. På samma sätt behöver en delgivningsadress endast tillhandahållas när delgivning inte kan säkerställas på hans bosättningsort. Båda dessa begränsningar skulle kunna undvikas om delgivning av meddelande om och verkställande av påföljder säkerställdes genom till exempel en internationell konvention. Detta medges i den ändrade versionen av artikel 39 i GewO från år 1994, som från och med den 1 juli 1996 upphäver bosättningskravet för verkställande direktörer, om Österrike är part i en sådan konvention med det land där den verkställande direktören är bosatt. Det tycks som om en sådan konvention har slutits mellan Österrike och Förbundsrepubliken Tyskland, som är den medlemsstat där Rudolf Henssen var bosatt vid den relevanta tidpunkten, och att denna konvention var tillämplig vid denna tidpunkt. [39] Det är dock något som det ankommer på den nationella domstolen att undersöka. Om en sådan konvention var i kraft, följer det av domstolens dom i målet Wielockx [40] att de tvingande hänsyn av allmänintresse som är relevanta — i det målet skattemässig kontinuitet — säkerställdes på ett tillräckligt sätt genom möjligheten att använda konventionens bestämmelser. Det faktum att inte alla medlemsstater har slutit sådana konventioner utgör inte något hinder att hänvisa till dem, för att i så stor utsträckning som möjligt minska begränsningarna av den fria rörligheten för arbetstagare, även om det skulle resultera i skillnader i de villkor som värdstaten ålägger medborgarna i de olika medlemsstaterna. Om det antas att konventionen i fråga är tillämplig, utgjorde det krav på bosättning i Österrike som ålades Rudolf Henssen en oproportionerlig åtgärd, vars indirekt diskriminerande karaktär inte kan motiveras av krav som rör allmänintresset.

VI — Förslag till avgörande

36. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen skall besvara de frågor som hänskjutits av den nationella domstolen på följande sätt:

1) Arbetsgivare i värdlandet har enligt artikel 48 i fördraget en direkt tillämplig rättighet att anställa arbetstagare som är medborgare i en annan medlemsstat, och därvid är de inte bundna av nationella bestämmelser vars tillämpning

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 — Dom av den 11 augusti 1995 i mål C-80/94 (REG 1995, s. I-2493), punkt 25.

innebär en direkt eller indirekt diskriminering på grundval av nationalitet av arbetstagarna i fråga.

2) En nationell bestämmelse enligt vilken ägaren av ett företag för utövande av näringsverksamhet endast kan utse en person som är bosatt i värdlandet till verkställande direktör utgör indirekt diskriminering på grundval av nationalitet.

3) En sådan nationell bestämmelse kan vara motiverad av medlemsstatens intresse av att säkerställa att nationella bestämmelser eller förvaltningsbeslut om driften av en registrerad näringsverksamhet efterlevs, såvida inte detta syfte skulle kunna säkerställas genom en ekonomisk säkerhet eller genom bestämmelserna i en tillämplig internationell konvention.