ARREST VAN HET HOF (Eerste kamer)

22 december 2008 *

In zaak C-161/07,

betreffende een beroep wegens niet-nakoming krachtens artikel 226 EG, ingesteld op 23 maart 2007,

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door E. Traversa en G. Braun als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

ondersteund door:

Republiek Litouwen, vertegenwoordigd door D. Kriaučiūnas als gemachtigde,

interveniënte,

* Procestaal: Duits.

tegen

Republiek Oostenrijk, vertegenwoordigd door C. Pesendorfer en M. Winkler als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: P. Jann, kamerpresident, M. Ilešič, A. Tizzano (rapporteur), A. Borg Barthet en J.-J. Kasel, rechters,

advocaat-generaal: M. Poiares Maduro,
griffier: L. Hewlett, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 26 juni 2008,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 18 september 2008,

het navolgende

Arrest

1 De Commissie van de Europese Gemeenschappen verzoekt het Hof vast te stellen dat de Republiek Oostenrijk de krachtens artikel 43 EG op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen door voor de inschrijving van vennootschappen in het handelsregister op verzoek van burgers van de lidstaten die op 1 mei 2004 tot de Europese Unie zijn toegetreden, met uitzondering van de Republiek Cyprus en de Republiek Malta (hierna: „acht nieuwe lidstaten"), de vaststelling van hun hoedanigheid van zelfstandige door de Arbeitsmarktservice (arbeidsbureau; hierna: „AMS") of de overlegging van een vrijstelling van het bezit van een arbeidsvergunning te verlangen.

Toepasselijke bepalingen

Gemeenschapsrecht

2 Artikel 24 van de Akte betreffende de toetredingsvoorwaarden voor de Tsjechische Republiek, de Republiek Estland, de Republiek Cyprus, de Republiek Letland, de Republiek Litouwen, de Republiek Hongarije, de Republiek Malta, de Republiek Polen,

de Republiek Slovenië en de Slowaakse Republiek en de aanpassing van de Verdragen waarop de Europese Unie is gegrond (PB 2003, L 236, blz. 33; hierna: „Toetredingsakte") luidt:

„De in de bijlagen V tot en met XIV van deze akte genoemde maatregelen zijn ten opzichte van de nieuwe lidstaten van toepassing op de wijze als bepaald in die bijlagen."

3 Volgens deze bijlagen, in het bijzonder punt 2, eerste alinea, ervan, „Vrij verkeer van personen", kunnen de landen die op het tijdstip van deze toetreding reeds lid van de Unie zijn, tot het einde van het vijfde jaar na de datum ervan „nationale […] maatregelen toepassen om de toegang van […] onderdanen [van de nieuwe lidstaten] tot hun arbeidsmarkten te regelen".

Nationaal recht

4 Krachtens de §§ 32a juncto 1, lid 2, sub l en m, ervan is de wet arbeidsrelaties vreemdelingen (Ausländerbeschäftigungsgesetz) van 20 maart 1975 (BGBl. 218/1975), in de thans vigerende versie (BGBl. I, 99/2006; hierna: „AuslBG"), van toepassing op de burgers van de acht nieuwe lidstaten.

5 Volgens § 2, lid 2, AuslBG geldt als arbeidsrelatie een activiteit die „in dienstbetrekking" of „in een met een dienstbetrekking gelijk te stellen relatie" wordt uitgeoefend.

6 § 2, lid 4, AuslBG luidt:

„Om te beoordelen of er sprake is van een arbeidsrelatie in de zin van lid 2, is niet de uiterlijke feitelijke vorm, maar de werkelijke economische inhoud ervan beslissend. Er is in het bijzonder sprake van een arbeidsrelatie in de zin van lid 2 wanneer

1. een vennoot van een personenvennootschap ter bereiking van het doel van de personenvennootschap, of

2. een vennoot met een participatie van minder dan 25 % in een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid arbeidsprestaties voor de vennootschap verricht die kenmerkend zijn voor een dienstbetrekking, tenzij de [AMS], op aanvraag en binnen drie maanden, vaststelt dat er daadwerkelijk een wezenlijke persoonlijke invloed op het beheer van de vennootschap door de vennoot is. De bewijslast ligt bij de aanvrager. Na afloop van deze termijn mag de activiteit ook zonder het vereiste attest worden uitgeoefend. Bij afwijzing van de aanvraag na afloop van deze termijn moet de reeds aangevangen activiteit onmiddellijk of uiterlijk binnen een week na betekening van het besluit worden beëindigd."

7 § 15 AuslBG stelt de voorwaarden voor de afgifte van een vrijstelling van het bezit van een arbeidsvergunning vast als volgt:

„(1) Een buitenlander die nog geen arbeidsvergunning voor onbepaalde duur heeft (§ 17), krijgt op verzoek een vrijstelling van het bezit van een arbeidsvergunning wanneer hij:

1. ten minste vijf van de laatste acht jaar legaal in Oostenrijk heeft gewerkt […] en er legaal verblijft, […]

[…]"

Precontentieuze procedure

8 Van oordeel dat de in § 2, lid 2, AuslBG neergelegde methode om onderscheid te maken tussen zelfstandigen en werknemers de bij artikel 43 EG gegarandeerde vrijheid van vestiging beperkt, heeft de Commissie de Oostenrijkse autoriteiten daarover op 21 maart 2005 een aanmaningsbrief gestuurd; in hun antwoordbrief van 19 mei 2005 betwisten deze autoriteiten de schending van dit artikel.

9 Op 6 juli 2006 heeft de Commissie de Republiek Oostenrijk een met redenen omkleed advies gestuurd waarbij zij deze lidstaat uitnodigde de nodige maatregelen te nemen om binnen een termijn van twee maanden vanaf de ontvangst ervan gevolg te geven aan dit advies. De Oostenrijkse autoriteiten hebben op 7 september 2006 dit advies beantwoord en hun standpunt herhaald.

10 Daarop heeft de Commissie het onderhavige beroep ingesteld.

11 Bij beschikking van de president van het Hof van 19 september 2007 is de Republiek Litouwen toegelaten tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie.

Het beroep

Argumenten van partijen

12 Volgens de Commissie is de verplichting die de betrokken nationale wetgeving oplegt aan de burgers van de acht nieuwe lidstaten die een vennootschap in het handelsregister willen laten inschrijven, om een attest van de AMS tot bewijs van hun hoedanigheid van

zelfstandige of een vrijstelling van de arbeidsvergunning te verkrijgen, een ongerechtvaardigde beperking van de uitoefening van de vrijheid van vestiging.

13 De argumenten van de Commissie spitsen zich in wezen toe op de grief over de onverenigbaarheid met artikel 43 EG van de procedure tot bewijs van de hoedanigheid van zelfstandige in de zin van § 2, lid 4, AuslBG, aangezien maar weinig burgers van deze lidstaten kunnen bewijzen dat zij legaal hebben gewerkt gedurende vijf van de laatste acht jaar vóór de indiening van de tot verkrijging van een vrijstelling van de arbeidsvergunning krachtens § 15 AuslBG vereiste aanvraag.

14 De Commissie merkt allereerst op dat een burger van een van deze lidstaten krachtens deze § 2, lid 4, wordt vermoed werknemer te zijn wanneer hij als vennoot van een personenvennootschap of een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid met een participatie van minder dan 25 % in het kapitaal „arbeidsprestaties voor de vennootschap verricht die kenmerkend zijn voor een dienstbetrekking". Door te eisen dat een dergelijke vennoot dit vermoeden weerlegt door zijn hoedanigheid van zelfstandige te bewijzen, stelt deze bepaling voor de toegang tot een activiteit anders dan in loondienst niet alleen een extra voorwaarde tegenover die voor andere marktdeelnemers, maar belet zij ook de uitoefening van deze economische activiteit zolang de procedure tot afgifte van het attest loopt. De vrijheid van vestiging van de betrokken economische marktdeelnemers van de acht nieuwe lidstaten wordt dus belemmerd.

15 Vervolgens, aldus de Commissie, is de bij § 2, lid 4, AuslBG gestelde beperking discriminerend doordat de betrokken procedure op de burgers van de nieuwe lidstaten van toepassing is op grond van hun nationaliteit.

16 Bovendien kan deze beperking niet op basis van artikel 46 EG uit hoofde van de openbare orde in de zin van de gemeenschapsrechtspraak worden gerechtvaardigd,

aangezien de Republiek Oostenrijk geen werkelijke en voldoende ernstige bedreiging van een fundamenteel belang van de samenleving heeft aangetoond.

17 De verplichting de litigieuze procedure te volgen is hoe dan ook noch noodzakelijk, noch evenredig aan het door deze lidstaat gestelde doel van bestrijding van eventueel misbruik van de vrijheid van vestiging door te voorkomen dat zij wordt misbruikt om de beperkingen van het vrij verkeer van werknemers te omzeilen.

18 In het bijzonder is de omkering van de bewijslast door de betrokken bepaling om van een vennoot de inlichtingen te verkrijgen om te kunnen nagaan of hij de economische activiteit werkelijk als zelfstandige uitoefent, anders dan deze lidstaat stelt, niet de enig mogelijke oplossing om de betrokkene tot medewerking te bewegen. Volgens de Commissie kan dit resultaat namelijk ook met andere, minder restrictieve maatregelen zoals bij wet voorgeschreven verplichtingen tot medewerking, eventueel met daaraan verbonden sancties, worden bereikt.

19 Bovendien kan de procedure van voorafgaande toelating worden vervangen door controle achteraf na de inschrijving van de vennootschap. Zo zouden zelfstandigen hun activiteit kunnen aanvangen en de bevoegde autoriteiten de beëindiging ervan kunnen gelasten wanneer bij een controle misbruik wordt aangetoond.

20 In haar verweerschrift gaat de Republiek Oostenrijk ervan uit dat de Commissie haar beroep ten onrechte baseert op een schending van de bij artikel 43 EG gegarandeerde vrijheid van vestiging. Haars inziens valt de bewijsprocedure van § 2, lid 4, AuslBG namelijk binnen het bestek van het vrij verkeer van werknemers en geldt daarvoor de bij artikel 24 van de Toetredingsakte aan de lidstaten geboden mogelijkheid om tijdens de overgangsperiode de toegang van de burgers van de nieuwe lidstaten tot hun arbeidsmarkt te beperken.

21 Alleen de werknemers en de „schijnzelfstandigen", namelijk de vennoten die „atypisch" in een met die van werknemers vergelijkbare situatie verkeren, zijn aan de procedure van voorafgaande toelating onderworpen. Zelfstandigen zoals de vennoten die voor de vennootschap geen voor werknemers kenmerkende werkzaamheden verrichten, maar alleen handelingen van beheer en van beschikking van hun aandelen verrichten, vallen, anders dan de Commissie stelt, niet binnen de werkingssfeer van § 2, lid 4, AuslBG.

22 Vervolgens, aldus de Republiek Oostenrijk, beoogt deze bepaling in te gaan tegen een praktijk van omzeiling van de verplichting tot voorafgaande toelating voor toegang tot een activiteit in loondienst door middel van de oprichting van vennootschappen in de twee in deze bepaling bedoelde gevallen. Anders dan de Commissie stelt, bestaan er geen minder restrictieve middelen om deze praktijk te bestrijden. In het bijzonder komt controle achteraf te laat om nog verstoringen op de arbeidsmarkt te kunnen voorkomen in de zin van het arrest van het Hof van 22 januari 2002, Canal Satélite Digital (C-390/99, Jurispr. blz. I-607). Zo ook is de door de Commissie bekritiseerde bewijsregel het enige geschikte middel om na te gaan of de door een vennoot uitgeoefende activiteit daadwerkelijk zelfstandig wordt verricht, daar niet kan worden volstaan met een gewone verplichting tot medewerking om de naleving van deze voorwaarde te controleren. Wie de wet omzeilt, heeft er namelijk geen belang bij mee te werken.

23 Ten slotte acht deze lidstaat de maximumtermijn van drie maanden redelijk want in de praktijk is de wachttijd voor de betrokkene tot de beëindiging van de bewijsprocedure veelal verwaarloosbaar, in het bijzonder wanneer zijn hoedanigheid van zelfstandige duidelijk is aangetoond.

Beoordeling door het Hof

24 Om te beginnen dient eraan te worden herinnerd dat het begrip vestiging in de zin van het EG-Verdrag zeer ruim is en inhoudt dat een burger van de Gemeenschap duurzaam kan deelnemen aan het economisch leven van een andere lidstaat dan zijn staat van herkomst, daar voordeel uit kan halen en op die wijze de economische en sociale

vervlechting in de Gemeenschap op het gebied van niet in loondienst verrichte werkzaamheden kan bevorderen (zie arrest van 14 september 2006, Centro di Musicologia Walter Stauffer, C-386/04, Jurispr. blz. I-8203, punt 18 en aangehaalde rechtspraak).

25 In het licht van het aldus omschreven begrip dient om te beginnen het argument van de Republiek Oostenrijk te worden verworpen dat de litigieuze nationale wetgeving uitsluitend onder het vrij verkeer van werknemers valt en meer specifiek onder de overgangsafwijking van punt 2, eerste alinea, van de bijlagen V tot en met XIV bij de Toetredingsakte.

26 Uit het dossier en meer in het bijzonder uit het betoog van deze lidstaat blijkt namelijk dat deze wetgeving onder bepaalde voorwaarden alle burgers van de acht nieuwe lidstaten die als vennoot van een personenvennootschap of een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid een economische activiteit in Oostenrijk wensen uit te oefenen, aan administratieve formaliteiten onderwerpt om onder deze burgers degenen die daadwerkelijk een activiteit anders dan in loondienst uitoefenen, te onderscheiden van degenen die in feite de hoedanigheid van werknemer hebben. De Commissie betwist dus op goede gronden de verenigbaarheid van de §§ 2 en 15 AuslBG met artikel 43 EG, aangezien deze nationale bepalingen met name van toepassing zijn op zelfstandigen en de uitoefening van hun vrijheid van vestiging regelen.

27 Vervolgens zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak de burgers van de Gemeenschap in het kader van de vrijheid van vestiging van artikel 43 EG het recht van toegang tot en van uitoefening van werkzaamheden anders dan in loondienst hebben, alsmede het recht om onder dezelfde als krachtens de wetgeving van de lidstaat van vestiging voor eigen burgers geldende voorwaarden ondernemingen te beheren en op te richten (zie in die zin arresten van 9 maart 1999, Centros, C-212/97, Jurispr. blz. I-1459, punt 19, en 14 december 2006, Denkavit Internationaal en Denkavit France, C-170/05, Jurispr. blz. I-11949, punt 20).

28 Anders gezegd verbiedt artikel 43 EG elke lidstaat om voor degenen die gebruikmaken van de vrijheid zich aldaar te vestigen, andere voorwaarden voor de uitoefening van hun activiteiten vast te stellen dan die welke voor eigen burgers gelden (arrest van 28 januari 1986, Commissie/Frankrijk, 270/83, Jurispr. blz. 273, punt 24).

29 In casu schendt de litigieuze nationale wetgeving juist dit verbod doordat zij alleen de burgers van de acht nieuwe lidstaten onderwerpt aan het vereiste aan te tonen dat zij geen activiteit in loondienst uitoefenen door de overlegging van het attest in de zin van § 2, lid 4, AuslBG of van een vrijstelling van het bezit van een arbeidsvergunning in de zin van § 15, lid 1, van deze wet.

30 Zo gelden enerzijds voor de toegang van deze burgers van de Gemeenschap tot een economische activiteit als vennoot van een personenvennootschap of een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid met een participatie van minder dan 25 % extra voorwaarden en formaliteiten tegenover die voor de eigen burgers. Anderzijds is de uitoefening zelf van de economische activiteit door de burgers van de acht nieuwe lidstaten bij toepassing van de bewijsprocedure van § 2, lid 4, AuslBG, geschorst zolang deze procedure loopt, namelijk gedurende maximaal drie maanden.

31 De litigieuze nationale wetgeving kent dus een verschil in behandeling op grond van nationaliteit, dat in beginsel bij artikel 43 EG is verboden.

32 Nagegaan dient dus te worden of dit verschil in behandeling onder de afwijking van artikel 46 EG valt, bepalende dat discriminerende maatregelen slechts kunnen worden gerechtvaardigd uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid.

33 Dienaangaande stelt de Republiek Oostenrijk met een beroep op de bescherming van de openbare orde dat de betrokken maatregelen in wezen strekken tot bestrijding van mogelijk misbruik van de vrijheid van vestiging door elke omzeiling van de overgangsbepalingen voor het vrij verkeer van werknemers te voorkomen ter bescherming van het belang van de Oostenrijkse maatschappij bij de goede werking van de arbeidsmarkt en gelijke mededingingsvoorwaarden op deze markt.

34 Dit betoog kan niet slagen.

35 Zoals het Hof herhaaldelijk heeft verklaard, impliceert het begrip „openbare orde" namelijk enerzijds een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging, die een fundamenteel belang van de samenleving aantast, en moet het anderzijds als rechtvaardiging van een afwijking van een fundamenteel beginsel van het Verdrag restrictief worden uitgelegd (zie in die zin met name arresten van 9 maart 2000, Commissie/België, C-355/98, Jurispr. blz. I-1221, punt 28; 13 december 2007, Commissie/Italië, C-465/05, Jurispr. blz. I-11091, punt 49, en 19 juni 2008, Commissie/Luxemburg, C-319/06, Jurispr. blz. I-4323, punt 50).

36 Ook volgt uit de rechtspraak dat een lidstaat bij de door hem aangevoerde redenen ter rechtvaardiging van een afwijking van het beginsel van de vrijheid van vestiging een analyse dient te voegen van de geschiktheid en evenredigheid van de door hem genomen beperkende maatregel, en zijn betoog met nauwkeurige gegevens moet staven (zie naar analogie arrest Commissie/Luxemburg, reeds aangehaald, punt 51 en aangehaalde rechtspraak).

37 In casu heeft de Republiek Oostenrijk zich in het algemeen evenwel alleen beroepen op een risico van omzeiling door vermoede „schijnzelfstandigen" van de overgangsbepalingen inzake het vrij verkeer van werknemers uit de acht nieuwe lidstaten, zonder nauwkeurige gegevens aan te voeren ten bewijze dat de mogelijkheid van dergelijke

overtredingen van deze regels een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging van een fundamenteel belang van de samenleving vormt.

38 Al veroorzaakte dit risico van omzeiling van deze regels een dergelijke verstoring van de openbare orde, dient bovendien te worden vastgesteld dat de verwerende lidstaat niet rechtens genoegzaam heeft aangetoond dat de in de litigieuze wetgeving bedoelde doelstelling van goede werking van de arbeidsmarkt de invoering vereist van een algemeen en voorafgaand vergunningenstelsel voor alle betrokken marktdeelnemers van de acht nieuwe lidstaten of dat dit doel niet met minder restrictieve maatregelen voor de vrijheid van vestiging kan worden bereikt.

39 Zoals de Commissie en de Republiek Litouwen suggereren, zouden minder restrictieve maatregelen dan die in de litigieuze nationale wetgeving, als de invoering van geregelde administratieve controles eventueel gepaard aan verplichtingen tot mededeling van inlichtingen door de potentieel betrokken marktdeelnemers, in feite een soortgelijk resultaat kunnen garanderen; daarbij kan namelijk worden nagegaan of bepaalde economische activiteiten daadwerkelijk als zelfstandige dan wel in het kader van een arbeidsverhouding in loondienst worden uitgeoefend.

40 Een dergelijk systeem is des te meer denkbaar daar, zoals de Republiek Oostenrijk ter terechtzitting heeft bevestigd, de betrokken nationale bepalingen in wezen betrekking hebben op de bouwsector en dus op de oprichting van ondernemingen die activiteiten voor een wat langere duur uitoefenen. Anders dan deze lidstaat stelt, komt controle

achteraf na registratie van een vennootschap dus niet noodzakelijkerwijze te laat, maar geeft zij de gelegenheid zowel aan de betrokken zelfstandigen hun activiteit aan te vangen als aan de bevoegde autoriteiten de beëindiging te gelasten wanneer bij een controle misbruik aan het licht komt.

41 Bijgevolg is de uit de litigieuze nationale wetgeving voortvloeiende beperking van de vrijheid van vestiging ongerechtvaardigd.

42 In deze omstandigheden dient te worden vastgesteld dat door voor de inschrijving van vennootschappen in het handelsregister op verzoek van burgers van de acht nieuwe lidstaten die vennoot van een personenvennootschap of minderheidsvennoot van een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid zijn, de vaststelling van hun hoedanigheid van zelfstandige door de AMS of de overlegging van een vrijstelling van het bezit van een arbeidsvergunning te verlangen, de Republiek Oostenrijk de krachtens artikel 43 EG op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen.

Kosten

43 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen voor zover dit is gevorderd. Aangezien de Republiek Oostenrijk in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig de vordering van de Commissie in de kosten worden verwezen.

Het Hof van Justitie (Eerste kamer) verklaart:

1) Door voor de inschrijving van vennootschappen in het handelsregister op verzoek van burgers van de lidstaten die op 1 mei 2004 tot de Europese Unie zijn toegetreden, met uitzondering van de Republiek Cyprus en de Republiek Malta, die vennoot van een personenvennootschap of minderheidsvennoot van een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid zijn, de vaststelling van hun hoedanigheid van zelfstandige door de Arbeitsmarktservice of de overlegging van een vrijstelling van het bezit van een arbeidsvergunning te verlangen, is de Republiek Oostenrijk de krachtens artikel 43 EG op haar rustende verplichtingen niet nagekomen.

2) De Republiek Oostenrijk wordt verwezen in de kosten.

ondertekeningen