

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
N. FENNELLY

van 4 december 1997 \*

I — Inleiding

1. Deze zaak betreft Oostenrijkse wettelijke bepalingen op grond waarvan bedrijfsleiders van bepaalde ondernemingen ingezetene van Oostenrijk moeten zijn. In dat verband is de prejudiciële vraag gerezen, of werkgevers zich in nationale procedures kunnen beroepen op uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende rechten van werknemers (waaronder de bedrijfsleider), en gaat het om een probleem van indirecte discriminatie en de eventuele rechtvaardiging daarvan met het argument dat de doeltreffende betekening en tenuitvoerlegging van administratieve sancties gewaarborgd moet zijn.

II — Het rechtskader en de feiten

2. Bedrijfsactiviteiten zijn in Oostenrijk geregeld in de Gewerbeordnung 1994 (hierna: „GewO 1994”). Krachtens § 5, lid 1, van de GewO 1994 kunnen dergelijke activiteiten worden uitgeoefend wanneer zij overeenkomstig § 339 zijn aangemeld. Die paragraaf bepaalt, dat de aanmelding dient plaats te vinden bij de autoriteiten in de plaats

van vestiging. Ingevolge § 340 van de GewO 1994 moeten die autoriteiten op grond van de aanmelding nagaan, of de betrokkene op de genoemde plaats voldoet aan de wettelijke voorwaarden voor de uitoefening van het aangemelde bedrijf, en wanneer dat niet het geval is, dienen de werkzaamheden op basis van die vaststelling bij beschikking te worden verboden.

3. Volgens § 9, lid 1, van de GewO 1994, die een van de wettelijke voorwaarden voor de uitoefening van een bedrijf bevat, mogen rechtspersonen, handelsrechtelijke personenvennootschappen en geregistreerde vennootschappen een bedrijf uitoefenen, mits zij een bedrijfsleider of pachter hebben aangesteld. Die paragraaf verwijst verder naar § 39 van de GewO 1994.

4. § 39, leden 1 tot en met 3, van de GewO 1994 bepaalt:

„1) De eigenaar kan voor de uitoefening van zijn bedrijf een bedrijfsleider aanstellen, die tegenover hem verantwoordelijk is voor de vakkundige uitoefening van het

\* Oorspronkelijke taal: Engels.

bedrijf en tegenover de autoriteiten (§ 333) voor de naleving van de wettelijke voorschriften; hij moet een bedrijfsleider aanstellen, wanneer hij geen ingezetene is.

- 2) De bedrijfsleider moet aan de voor de uitoefening van het bedrijf voorgeschreven persoonlijke voorwaarden voldoen, ingezetene zijn en in staat zijn daadwerkelijk in het bedrijf werkzaam te zijn. Wanneer het gaat om een bedrijf waarvoor het bewijs van vakbekwaamheid dient te worden geleverd, moet de ingevolge § 9, lid 1, aan te stellen bedrijfsleider van een rechtspersoon bovendien

1. deel uitmaken van het orgaan dat de rechtspersoon wettelijk vertegenwoordigt of

2. een werknemer zijn die gedurende ten minste de helft van de normale wekelijkse arbeidstijd in het bedrijf werkzaam is en in overeenstemming met de bepalingen van het sociale-verzekeringsrecht volledig verplicht verzekerd is.

De bedrijfsleider die ingevolge lid 1 moet worden aangesteld voor de uitoefening van een bedrijf waarvoor het bewijs van vakbekwaamheid dient te worden geleverd, moet, indien de eigenaar niet-ingezetene is, een werknemer zijn die gedurende ten minste de helft van de normale wekelijkse arbeidstijd in het bedrijf werkzaam is en in overeenstemming met de bepalingen van het socialeverzekeringsrecht volledig verplicht verzekerd is. De tot de inwerkingtreding van Bundesgesetz BGBl. nr. 29/1993 geldende bepalingen van § 39, lid 2, blijven voor personen die op 1 juli 1993 reeds bedrijfsleider zijn, tot en met 31 december 1998 van kracht.

- 3) In gevallen waarin een bedrijfsleider moet worden aangesteld, moet de eigenaar een bedrijfsleider in dienst nemen die daadwerkelijk in het bedrijf werkzaam is."

5. Volgens § 370, lid 2, van de GewO 1994, moeten, wanneer de aanstelling van de bedrijfsleider is aangemeld of toegestaan, eventuele geldboetes aan de bedrijfsleider worden opgelegd.

6. Op 13 juni 1995 meldde Fortress Immobilien Entwicklungs GesmbH, thans Clean Car Autoservice GesmbH (hierna: „Clean Car”), een in Oostenrijk gevestigde onderneming, bij de Magistrat der Stadt Wien,

Bezirksamt für den 13. und 14. Bezirk, het bedrijf „onderhoud en verzorging van motorvoertuigen (servicestation), met uitsluiting van ambachtelijke werkzaamheden” aan. Zij deelde mede, dat R. Henssen, een Duits onderdaan, als bedrijfsleider was aangesteld en dat hij nog op zoek was naar een woning in Oostenrijk, zodat zijn Oostenrijkse woonplaats pas op een later tijdstip zou worden aangemeld. Bij beschikking van 20 juli 1995 verbood het Bezirksamt für den 23. Bezirk de uitoefening van het aangemelde bedrijf, omdat de aangestelde bedrijfsleider in Berlijn woonde en dus niet voldeed aan het in § 39, lid 2, van de GewO 1994 gestelde woonplaatsvereiste en aan de voorwaarde om daadwerkelijk in het bedrijf werkzaam te kunnen zijn.

7. Op 10 augustus 1995 stelde Clean Car administratief beroep in bij de Landeshauptmann von Wien en voerde zij aan, dat Henssen inmiddels in Wenen woonachtig was en dat een woonplaats binnen de Europese Unie hoe dan ook voldoende was om aan het woonplaatsvereiste te voldoen. Het beroep werd door de Landeshauptmann von Wien bij beschikking van 2 november 1995 verworpen, omdat het tijdstip van de aanmelding doorslaggevend was, en de bedrijfsleider toen nog geen Oostenrijks ingezetene was.

8. Op 21 december 1995 vocht Clean Car deze beschikking aan bij het Verwaltungsgerichtshof Wien (hierna: „verwijzende rechter”), op grond dat geen rekening was gehouden met haar op het gemeenschapsrecht gebaseerde argumenten. Clean Car verwees in het bijzonder naar de artikelen 6 en 48 EG-Verdrag en naar het verbod van indirecte discriminatie, alsook naar het feit dat Henssen bij haar in dienst was en dus werknemer was.

### III — Vragen

9. Ter beslechting van het geschil achtte de verwijzende rechter het noodzakelijk krachtens artikel 177 EG-Verdrag te verzoeken om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Moeten artikel 48 EG-Verdrag en de artikelen 1 tot en met 3 van verordening nr. 1612/68<sup>1</sup> aldus worden uitgelegd, dat daaruit ook voor binnenlandse werkgevers het recht voortvloeit om werknemers die onderdaan van een andere lidstaat zijn, in dienst te nemen zonder dat dezen gebonden zijn aan voorwaarden die — ook al zijn zij niet

<sup>1</sup> — Verordening (EEG) nr. 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap (PB L 257, blz. 2; hierna: „verordening”).

gebaseerd op de nationaliteit — typisch verband houden met de hoedanigheid van onderdaan van een staat?

Ter terechtzitting heeft de Commissie mondelinge opmerkingen gemaakt.

- 2) Wanneer binnenlandse werkgevers het sub 1 genoemde recht hebben: moeten artikel 48 EG-Verdrag en de artikelen 1 tot en met 3 van verordening nr. 1612/68 dan aldus worden uitgelegd, dat daarmee in overeenstemming is een regeling als die van § 39, lid 2, GewO 1994, volgens welke de eigenaar van een bedrijf als bedrijfsleider enkel iemand mag aanstellen die in Oostenrijk woonachtig is?"

10. De verwijzende rechter verklaarde, dat hij met zijn eerste vraag in wezen wenst te vernemen, of een werkgever een beroep kan doen op bepalingen die zijn geschreven voor de rechten van werknemers. Bij de beantwoording van de tweede vraag zou rekening moeten worden gehouden met het feit dat de bedrijfsleider tegenover de autoriteiten aansprakelijk is voor inachtneming van het Oostenrijkse handelsrecht.

#### IV — Opmerkingen

11. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door Clean Car, de Landeshauptmann von Wien, de Republiek Oostenrijk en de Commissie van de Europese Gemeenschappen.

12. Clean Car betoogt, dat indien artikel 48 EG-Verdrag en de artikelen 1 en 3 van verordening nr. 1612/68 aldus worden uitgelegd, dat het werkgevers niet is toegestaan werknemers in dienst te nemen wanneer zij niet voldoen aan voorwaarden die typisch verbonden zijn met het bezit van de nationaliteit van een bepaalde staat, het recht op vrij verkeer zou worden ondermijnd. De mogelijke uitzonderingen die in artikel 48, lid 3, EG-Verdrag zijn voorzien, zouden restrictief moeten worden uitgelegd<sup>2</sup> en zijn in deze zaak niet relevant. In het bijzonder zou de openbare orde enkel als rechtvaardigingsgrond kunnen worden aangevoerd, wanneer een werknemer van een andere staat werk verricht dat op zich in strijd is met de openbare orde. Clean Car voegt daaraan toe, dat de verplichting dat een bedrijfsleider moet verkeren in een positie waarin hij daadwerkelijk in het bedrijf werkzaam kan zijn, op bepaalde plaatsen gemakkelijker kan worden nagekomen door een grensganger die in een aangrenzend gebied in Duitsland woont, dan door iemand met woonplaats in een verderaf gelegen deel van Oostenrijk.

13. De Landeshauptmann von Wien erkent, dat werkgevers rechten aan artikel 48 EG-Verdrag en de artikelen 1 en 3 van verordening nr. 1612/68 kunnen ontleenen, maar blijft van mening, dat de in deze zaak in het geding zijnde beperking op grond van het algemeen belang gerechtvaardigd is. Hij beklemtoont, dat een bedrijfsleider tegenover

<sup>2</sup> — Arrest van 4 december 1974, Van Duyn (41/74, Jurispr. blz. 1337).

de Oostenrijkse autoriteiten namens de eigenaar van het bedrijf verantwoordelijk is voor inachtneming van alle toepasselijke wettelijke bepalingen en in geval van overtreding administratiefrechtelijk kan worden gestraft. Hij moet daarom wonen op een plaats waar dergelijke sancties aan hem kunnen worden betekend en zo nodig ten uitvoer kunnen worden gelegd. De gewijzigde versie van § 39, lid 2, van de GewO 1994, van kracht sinds 1 juli 1996 (dus niet geldend voor de feiten in deze zaak), bepaalt, dat de bedrijfsleider ingezetene van Oostenrijk moet zijn, wanneer de betekening en de tenuitvoerlegging van opgelegde sancties niet door een internationale overeenkomst zijn gewaarborgd. De Landeshauptmann von Wien vergelijkt § 39, lid 2, van de GewO 1994 met artikel 38, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, op grond waarvan in verzoekschriften domicilie moet worden gekozen ter plaatse waar het Hof is gevestigd, en de naam moet worden genoemd van de persoon die gemachtigd is en zich verbonden heeft tot inontvangstneming van alle te betekenen stukken. De functie van bedrijfsleider is bovendien niet beperkt tot inontvangstneming van administratieve of andere stukken, maar omvat ook de persoonlijke aansprakelijkheid voor de uitoefening van het bedrijf.

14. Met verwijzing naar 's Hof's rechtspraak stelt de Oostenrijkse regering, dat een werkgever als zodanig niet onder de personele werkingssfeer van artikel 48 EG-Verdrag valt.<sup>3</sup> Daarom moet de eerste vraag ontkennend worden beantwoord, waarna niet meer behoeft te worden ingegaan op de tweede vraag.

15. Subsidiair voert de Oostenrijkse regering aan, dat de materiële bepalingen van § 39, lid 2, van de GewO 1994 zijn te rechtvaardigen op grond van het algemeen belang.<sup>4</sup> Behoudens in geval van bilaterale overeenkomsten is de betekening van sancties en de tenuitvoerlegging ervan in andere lidstaten van de Europese Unie slechts beperkt mogelijk. In die omstandigheden is het onderzoek van de artikelen 1 en 3 van verordening nr. 1612/68, die enkel uitvoering geven aan artikel 48 EG-Verdrag, overbodig.

16. Volgens de Commissie worden in artikel 48 EG-Verdrag en in verordening nr. 1612/68 rechten aan werknemers toegekend en niet aan werkgevers. Zij gaat daarom na, of Henssen werknemer is in de zin van die bepalingen, zoals uitgelegd door het Hof in zijn arrest in de zaak Lawrie-Blum.<sup>5</sup> In die zaak verklaarde het Hof, dat bij de omschrijving van het begrip arbeidsverhouding moet worden uitgegaan van objectieve criteria, die daarvoor, wat de rechten en plichten van de betrokkene betreft, kenmerkend zijn, en dat het hoofdkenmerk van een arbeidsverhouding is, dat iemand gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens gezag prestaties levert en als tegenprestatie een beloning ontvangt.<sup>6</sup> Aangezien de bedrijfsleider onder toezicht staat van de directie van de onderneming en de algemene vergadering van aandeelhouders, die hem benoemen om voor hen en onder hun gezag bepaalde administratieve taken te verrichten, en aangezien hij waarschijnlijk een arbeids-

3 — Arresten van 23 maart 1982, Levin (53/81, Jurispr. blz. 1035, punt 9); 3 juli 1986, Lawrie-Blum (66/85, Jurispr. blz. 2121, punten 16 e. v.), en 27 juni 1996, Asscher (C-107/94, Jurispr. blz. I-3089, punt 25).

4 — Arresten van 28 januari 1992, Bachmann (C-204/90, Jurispr. blz. I-249); 20 mei 1992, Ramrath (C-106/91, Jurispr. blz. I-3351, punten 29 e. v.); 14 februari 1995, Schumacker (C-279/93, Jurispr. blz. I-225), en arrest Asscher, aangehaald in voetnoot 3.

5 — Aangehaald in voetnoot 3.

6 — Punt 17 van het arrest.

overeenkomst met de onderneming heeft en hij in het geval van een besloten vennootschap niet kan worden geacht een onafhankelijke dienstverlener in de zin van artikel 52 te zijn, tenzij hij alle aandelen van de onderneming bezit, komt de Commissie tot de slotsom, dat een bedrijfsleider in de gegeven omstandigheden werknemer in de zin van artikel 48 EG-Verdrag is.

passende zekerheid voor de betaling van eventuele geldboetes stelt.

## V — Onderzoek

### *De eerste vraag*

17. De Commissie voegt hieraan toe, dat het woonplaatsvereiste van § 39, lid 2, van de GewO 1994 voornamelijk tot gevolg heeft, dat niet-Oostenrijkers worden uitgesloten. Bovendien belet die bepaling ondernemingen om bedrijfsleiders aan te stellen die in meer dan één lidstaat verantwoordelijk voor het bedrijf zijn. Verder is artikel 48, lid 3, EG-Verdrag volgens de Commissie in deze zaak niet van toepassing. Hoewel niet rechtstreeks discriminerende nationale regels op grond van het algemeen belang kunnen worden gerechtvaardigd<sup>7</sup>, en het in het algemeen belang is garanties te bieden voor de doeltreffende betekening en tenuitvoerlegging van administratieve sancties ingeval een onderneming zich niet aan de geldende regels houdt, is de Commissie niettemin van mening, dat de Oostenrijkse bepalingen het in artikel 48 EG-Verdrag gewaarborgde vrije verkeer onevenredig beperken. Het zou voldoende zijn de bedrijfsleider te verplichten een zakenadres in Oostenrijk te hebben, dat het adres van de onderneming zelf zou kunnen zijn indien zij in Oostenrijk is gevestigd, dan wel van de onderneming te verlangen, dat zij in overleg met de autoriteiten een

18. De vraag of Henssen werknemer is in de zin van het gemeenschapsrecht, is niet door de verwijzende rechter gesteld. In zijn beschikking spreekt hij in feite over de bedrijfsleider als een employé, wat zowel in de eerste als in de tweede vraag stilzwijgend tot uitdrukking komt. Het Hof heeft verklaard, dat employés voor de toepassing van het gemeenschapsrecht als werknemers moeten worden behandeld.<sup>8</sup> Ook is het vaste rechtspraak, dat artikel 48 EG-Verdrag rechten doet ontstaan die in nationale procedures rechtstreeks kunnen worden toegepast.<sup>9</sup> Met zijn eerste vraag wil de verwijzende rechter weten, of niet enkel werknemers, maar ook werkgevers voor de nationale rechter een beroep op de uit artikel 48 EG-Verdrag en de artikelen 1 en 3 van de verordening voortvloeiende rechten kunnen doen. Aangezien laatstgenoemde bepalingen de uit artikel 48 voortvloeiende rechten slechts verduidelijken en ten uitvoer leggen<sup>10</sup>, moet het antwoord op de eerste vraag in dat artikel worden gezocht.

8 — Arrest Lawrie-Blum, aangehaald in voetnoot 3, punt 17.

9 — Zie bijvoorbeeld arrest van 12 december 1974, Walrave (36/74, Jurispr. blz. 1405).

10 — Arrest van 23 februari 1994, Scholz (C-419/92, Jurispr. blz. I-505, punt 6).

7 — Arrest Bachmann, aangehaald in voetnoot 4, punten 21 e. v.; arrest van 16 juni 1992, Commissie/Luxemburg (C-351/90, Jurispr. blz. I-3945, punten 19 e. v.).

19. Volgens de Oostenrijkse regering vallen werkgevers niet onder de personele werkkingsfeer van artikel 48 EG-Verdrag. De door haar aangehaalde arresten<sup>11</sup> bevatten de definitie van werknemer en van de arbeidsverhouding waarop die hoedanigheid berust, en de verklaring dat de uit het vrije verkeer voortvloeiende rechten „verbonden zijn” met die hoedanigheid.<sup>12</sup> In die arresten wordt echter niet uitdrukkelijk of stilzwijgend vermeld of uitgesloten, dat anderen dan werknemers, die niettemin een overeenkomstige status bezitten, eveneens van de gemeenschapsbepalingen betreffende het vrije verkeer van werknemers kunnen profiteren. Ook uit de teksten van de relevante verdragsbepalingen en het afgeleide recht valt dat niet op te maken. Zo is artikel 49 EG-Verdrag de rechtsgrondslag van de verordening, met inbegrip van de bepalingen betreffende de rechten inzake verblijf, huisvesting, werkgelegenheid en scholing van de gezinsleden van de werknemers, ongeacht hun nationaliteit.

20. In artikel 48, lid 3, EG-Verdrag worden rechten toegekend die naar hun aard toekomen aan werknemers: aanvaarding van aanbiedingen tot tewerkstelling, zich daarvoor vrij verplaatsen, en in een lidstaat verblijven voor beroepsuitoefening. Ook artikel 1 van de verordening geeft iedere onderdaan van een lidstaat het recht om, ongeacht zijn woonplaats, op het grondgebied van een andere lidstaat met dezelfde prioriteit als eigen onderdanen arbeid in loondienst te aanvaarden en te verrichten. Daartegenover staat, dat artikel 48, leden 1 en 2, niet uitdrukkelijk vermeldt, wie specifiek begunstigde is van het vrije werknemersverkeer,

dat „binnen de Gemeenschap uiterlijk aan het einde van de overgangperiode tot stand [wordt] gebracht”, en dat „de afschaffing inhoudt van elke discriminatie op grond van de nationaliteit tussen de werknemers der lidstaten, wat betreft de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden”. In hetzelfde verband bepaalt artikel 3 van de verordening enkel, dat de wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen of administratieve handelwijzen „niet van toepassing zijn”, wanneer zij de aanbiedingen van en aanvragen om werk, de toegang tot arbeid in loondienst en de uitoefening daarvan beperken of aan voorwaarden onderwerpen die niet voor eigen onderdanen gelden, of die, hoewel van toepassing zonder onderscheid naar nationaliteit, tot enig of voornaamste doel of gevolg hebben, dat de onderdanen van de andere lidstaten van de aangeboden arbeid worden geweerd.

21. Deze rechten en verboden zouden veel doeltreffender zijn, wanneer niet enkel werknemers zich daarop zouden kunnen beroepen, maar ook andere economische spelers die niet de volledige vrijheid hebben om zich tot werkgevers in andere lidstaten te wenden. Het krachtens artikel 48, lid 3, EG-Verdrag bestaande recht van werknemers om op een feitelijk aanbod tot tewerkstelling in te gaan, zou immers illusoir worden, wanneer werkgevers zich niet zouden mogen verzetten tegen nationale regels die het doen van dergelijke aanbiedingen beperken. Ook moet worden bedacht, dat het vrije verkeer van werknemers weliswaar gedeeltelijk kan worden opgevat als een *subjectief* recht van werknemers en dat het wordt versterkt door handhaving van die rechten door onder meer de nationale rechter, maar dat het uiteindelijk een in artikel 3, sub c, EG-Verdrag genoemd doel van algemeen belang dient, namelijk de

11 — Zie voetnoot 3.

12 — Zie in het bijzonder arrest Levin, aangehaald in voetnoot 3, punt 9.

totstandkoming van een interne markt die wordt gekenmerkt door de afschaffing tussen de lidstaten van belemmeringen van het vrije verkeer van personen.

22. In de zaak *Agegate*<sup>13</sup> heeft het Hof rechtstreeks onderzocht in hoeverre werkgevers zich kunnen beroepen op rechten die gewoonlijk worden beschouwd als werknemersrechten. Die zaak betrof de uitlegging van de artikelen 55 en 56 van de Toetredingsakte Spanje, die betrekking hebben op het vrije verkeer van werknemers. Aan het Hof werd de vraag gesteld, of het gemeenschapsrecht verbiedt, dat in het Verenigd Koninkrijk in verband met het verlenen van visserijvergunningen wettelijke voorwaarden werden gesteld ten aanzien van de nationaliteit, de woonplaats en de socialezekerheidsbijdragen van bemanningsleden, waardoor de meeste Spaanse onderdanen werden uitgesloten, en of de eigenaar van een vissersvaartuig met een gedeeltelijk Spaanse bemanning zich op het gemeenschapsrecht kon beroepen. Het Hof verklaarde, dat het begrip werknemer in artikel 55 van de Toetredingsakte identiek was aan het begrip in artikel 48 EG-Verdrag<sup>14</sup> en dat bemanningsleden, ongeacht de wijze waarop zij worden betaald, als werknemers dienden te worden beschouwd. Verder besliste het Hof, dat de in artikel 56, lid 1, van de Toetredingsakte opgenomen afwijking van de onmiddellijke toepassing van artikel 48 EG-Verdrag tussen Spanje en de oude lidstaten, restrictief moest worden uitgelegd.<sup>15</sup> In het bijzonder kon die afwijking niet worden

uitgelegd als een vrijbrief voor het invoeren van nieuwe beperkingen, zoals sommige van de voorwaarden in het recht van het Verenigd Koninkrijk.<sup>16</sup> In antwoord op de vraag over het recht van de scheepseigenaar en de werkgever om zich op het gemeenschapsrecht te beroepen, verklaarde het Hof enkel, dat alle bedoelde bepalingen rechtstreekse werking hadden en derhalve door particulieren voor de nationale rechter konden worden ingeroepen.<sup>17</sup>

23. In de zaak *Merci convenzionali porto di Genova* verklaarde het Hof, dat de bepalingen van artikel 48 zelfs in het kader van artikel 90 rechtstreekse werking hebben en voor justitiabelen rechten in het leven roepen die de nationale rechter dient te beschermen.<sup>18</sup> De belanghebbende in die zaak was een importeur die bezwaar maakte tegen het feit, dat zijn eigen scheepsbemanning in de haven van Genua geen lading mocht lossen, omdat die loswerkzaamheden waren voorbehouden aan een onderneming waarvan de werknemers de Italiaanse nationaliteit moesten hebben. Op het gebied van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het arbeidsproces, waarbij het in de eerste plaats ook om *werknemersrechten* gaat, erkende het Hof in de zaak *Stoeckel*<sup>19</sup> het impliciete recht van een werkgever om zich in een strafzaak wegens overtreding van een nationaal verbod op nachtarbeid te verweren met een beroep op de rechtstreekse werkende bepalingen van richtlijn 76/207/EEG van de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel

13 — Arrest van 14 december 1989 (C-3/87, Jurispr. blz. I-4459).

14 — Punt 34 van het arrest.

15 — Punt 39 van het arrest; zie ook arrest van 23 maart 1983, *Peskoglou* (77/82, Jurispr. blz. 1085).

16 — Arrest *Agegate*, aangehaald in voetnoot 13, punt 40.

17 — Punt 42 van het arrest.

18 — Arrest van 10 december 1991 (C-179/90, Jurispr. blz. I-5889, punt 23 en dictum).

19 — Arrest van 25 juli 1991 (C-345/89, Jurispr. blz. I-4047).



van gelijke behandeling van mannen en vrouwen.<sup>20</sup>

24. Uitbreiding van het recht om zich te beroepen op het gemeenschapsrecht betreffende het vrije verkeer van werknemers, tot werkgevers en andere belanghebbenden, is ook in overeenstemming met 's Hof's rechtspraak over de personele werkingsfeer van andere vrijheden op de interne markt. In de arresten Luisi en Carbone<sup>21</sup> en Cowan<sup>22</sup> besliste het Hof, dat de verdragsbepalingen inzake diensten, waarin enkel sprake is van de vrijheid om diensten te verrichten, ook door ontvangers van diensten kunnen worden ingeroepen, aangezien dat het noodzakelijk complement ervan is<sup>23</sup> en vanaf het begin uitdrukkelijk de bedoeling is geweest.<sup>24</sup> In de zaak Bachmann<sup>25</sup>, aanhangig gemaakt door een ontvanger van verzekeringsdiensten, verklaarde het Hof derhalve, dat de betwiste bepalingen van het Belgische belastingrecht de verzekeringsmaatschappij bij het vrij verrichten van diensten belemmerden. In dit verband is van belang, dat artikel 59, evenals artikel 48, leden 1 en 2, niet is geformuleerd als een bepaling die rechten aan een bepaalde groep van personen toekent, maar als een bepaling die beperkingen opheft. Daarom is een ruime definitie van degenen die recht hebben op de aan verdragsbepalingen te ontleen fundamentele economische vrijheden, niet in strijd

met die bepalingen. Dat komt tot uiting in het arrest Van Gend en Loos<sup>26</sup>, waarin het Hof verklaarde, dat de goede werking van de gemeenschappelijke markt, zijnde het doel van het EG-Verdrag, de gemeenschapsonderdanen rechtstreeks aangaat. Daarom kunnen particulieren zelfs aan een verdragsbepaling die een verbod inhoudt, rechtstreeks werkende rechten ontleen en kan hun oplettendheid bijdragen aan een doeltreffend toezicht op de tenuitvoerlegging van het gemeenschapsrecht, in aanvulling op het toezicht dat uit de artikelen 169 en 170 van het Verdrag voortvloeit.<sup>27</sup>

25. Het zou vreemd zijn, wanneer consumenten wel een rechtstreeks werkend gemeenschapsrecht hebben, zich naar andere lidstaten te begeven om te profiteren van toeristische of andere diensten, dan wel om aldaar inkopen te doen<sup>28</sup>, maar werkgevers niet hetzelfde recht zouden hebben om in een andere lidstaat werknemers te gaan aanwerven. Het zou ook onlogisch zijn, wanneer een werkgever niet zou kunnen klagen over discriminerende beperkingen van zijn mogelijkheid in het buitenland werknemers aan te werven, terwijl een door hem daartoe ingeschakeld bemiddelingsbureau zich voor de nationale rechter wel tegen die beperkingen van zijn vrijheid van dienstverlening zou kunnen verzetten.<sup>29</sup> Werkgevers hebben een

20 — Richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekanalen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (PB L 39, blz. 40).

21 — Arrest van 31 januari 1984 (286/82 en 26/83, Jurispr. blz. 377, punten 10 en 16).

22 — Arrest van 2 februari 1989 (186/87, Jurispr. blz. 195, punt 15).

23 — Arrest Luisi en Carbone, aangehaald in voetnoot 21, punt 10.

24 — Punten 12-14 van het arrest.

25 — Aangehaald in voetnoot 4, punt 31 van het arrest.

26 — Arrest van 5 februari 1963 (26/62, Jurispr. blz. 1, punt 12).

27 — Ibid., blz. 5.

28 — Zie arrest van 7 maart 1990, GB-INNO-BM (C-362/88, Jurispr. blz. I-667, punt 8).

29 — Zie met betrekking tot de verhouding tussen arbeidsbemiddeling en de verdragsbepalingen inzake dienstverlening, arrest van 27 maart 1990, Rush Portuguesa (C-113/89, Jurispr. blz. I-1417, punt 16); zie ook arrest van 23 april 1991, Höfner en Elser (C-41/90, Jurispr. blz. I-1979, punten 35-40).

rechtstreeks en reëel economisch belang bij de goede werking van artikel 48. In de uitoefening door werknemers van de hun gegarandeerde vrijheden zijn werkgevers onmisbaar. Als belanghebbende particulieren kunnen werkgevers bij het toezicht op de verwezenlijking van de gemeenschappelijke markt een nuttige bijdrage leveren ter aanvulling van de rol van de Commissie krachtens artikel 169 van het Verdrag.

26. In antwoord op de eerste vraag concludeer ik derhalve, dat werkgevers in het gastland aan artikel 48 EG-Verdrag het rechtstreeks werkende recht kunnen ontlenuen om onderdanen van een andere lidstaat als werknemers in dienst te nemen, zonder dat zij zijn gebonden aan nationale regels waardoor die werknemers op grond van hun nationaliteit rechtstreeks of zijdelings worden gediscrimineerd.

### *De tweede vraag*

27. Lidstaten die aan indienstneming voorwaarden verbinden die indirect of verkapt discriminerend zijn op grond van nationaliteit, maken inbreuk op artikel 48, lid 2, van het Verdrag en op artikel 3, lid 1, van de verordening. Het Hof heeft verklaard, dat een nationale regeling die onderscheid maakt op basis van woonplaats, vooral in het nadeel van onderdanen van andere lidstaten kan werken. Niet-ingezetenen zijn immers in de meeste gevallen buitenlanders.<sup>30</sup>

28. De voorwaarde, dat in Oostenrijk door bepaalde ondernemingen aangestelde bedrijfsleiders ingezetene van dat land moeten zijn, kan dus zeker indirecte discriminatie op grond van nationaliteit opleveren. Niettemin zou een dergelijke discriminatie eventueel zijn te rechtvaardigen op grond van het algemeen belang.<sup>31</sup> Twee van dergelijke mogelijke rechtvaardigingsgronden zijn in deze zaak genoemd. Beide hebben betrekking op het feit, dat de bedrijfsleider naar Oostenrijks recht aansprakelijk is voor de bedrijfsvoering.

29. In dat verband kan worden verwezen naar het arrest Van Binsbergen.<sup>32</sup> In die zaak ging het om beroepsregels die lidstaten toepassen op in andere lidstaten gevestigde dienstverrichters. De redenering van het Hof in die zaak kan in zeker opzicht ook worden gevolgd in de situatie van werknemers die ingezetenen zijn van een lidstaat, maar in een andere lidstaat een leidinggevende functie vervullen.

Het Hof verklaarde, dat „in verband met de bijzondere aard van sommige diensten, niet als onverenigbaar met het Verdrag kunnen worden beschouwd specifieke eisen welke aan de dienstverrichter worden gesteld wegens de toepasselijkheid van beroepsregels die hun grond vinden in het algemeen belang — met name regels betreffende organisatie, bekwaamheid, beroepsethiek, toezicht en aansprakelijkheid — en die voor iedereen gelden die gevestigd is op het grondgebied van de staat waar de dienst wordt verricht, voor zover zulke eisen nodig zijn om te

30 — Zie bijvoorbeeld arrest Schumacker, aangehaald in voetnoot 4, punt 28.

31 — Zie bijvoorbeeld arrest Schumacker, reeds aangehaald, punt 39.

32 — Arrest van 3 december 1974 (33/74, Jurispr. blz. 1299).

voorkomen dat de dienstverrichter door zijn vestiging in een andere lidstaat aan de greep van die regels zou ontsnappen".<sup>33</sup>

30. De eerste mogelijke rechtvaardigingsgrond in deze zaak is, dat het woonplaatsvereiste garandeert dat wordt voldaan aan de voorwaarde, dat de bedrijfsleider in een positie is om in die hoedanigheid het bedrijf te leiden, met andere woorden dat hij een werkelijke en niet een louter formele rol speelt. In het licht van het feit dat de bedrijfsleider tegenover de autoriteiten aansprakelijk is voor de bedrijfsvoering, is dat een legitieme doelstelling, die valt onder de categorie van beroepsregels betreffende organisatie als bedoeld in het arrest Van Binsbergen. Naargelang de omstandigheden kan het woonplaatsvereiste voor het bereiken van die doelstelling evenwel onnodig of zelfs ongeschikt zijn. Het vereiste is onnodig, wanneer een grensganger in staat zou zijn zijn taak als bedrijfsleider te vervullen zonder zijn woonplaats in een naburige lidstaat op te geven. Gebleken is, dat Henssen ten tijde van de feiten in Berlijn woonde. In deze zaak is het daarom wel nuttig na te gaan, op welke wijze het woonplaatsvereiste het gewenste doel dient. Niet voldoende is, wanneer een bedrijfsleider, ondanks zijn woonplaats in Oostenrijk, niet overeenkomstig de verplichting aan de daadwerkelijke leiding van het bedrijf deelneemt of kan deelnemen. Het zou dan ook minder beperkingen opleveren, wanneer de nationale autoriteiten een voorwaarde van daadwerkelijke betrokkenheid eenvoudig rechtstreeks stellen, zo nodig door de arbeidstijd te regelen, zoals in de GewO 1994 voor bepaalde bedrijven is gedaan, en wanneer zij het aan de bedrijfsleider overlaten om in het licht van geografische of andere omstandigheden te beslissen,

hoe hij zijn woonplaats en die regels met elkaar in overeenstemming brengt.

31. Het tweede argument is, dat de bedrijfsleider in Oostenrijk moet wonen met het oog op de betekening en de tenuitvoerlegging van administratieve sancties ingeval de regels voor de uitoefening van het bedrijf worden geschonden. Ook dat is een legitieme doelstelling. De lidstaten hebben er duidelijk belang bij, dat bedrijven die overeenkomstig een regeling zoals de GewO 1994 zijn aangemeld, zich in de openbaarheid behoorlijk gedragen. Zij hebben dus ook belang bij de handhaving van effectieve controleregels. Zoals ook in het geval van belastingcontroles en een aantal andere dwingende redenen van algemeen belang valt mijns inziens in het geval van een dergelijke controle te rechtvaardigen, dat de door het Verdrag gegarandeerde fundamentele vrijheden worden beperkt.<sup>34</sup> Aangezien de tenuitvoerlegging van geldboetes in het buitenland blijkbaar problemen oplevert, mogen voorwaarden worden gesteld die waarborgen, dat bedrijfsleiders niet aan de werkingssfeer van de Oostenrijkse regels betreffende beroepsaansprakelijkheid ontsnappen door buiten Oostenrijk te gaan wonen.

32. De vraag blijft echter, of dat doel op een minder beperkende wijze zou kunnen worden bereikt.<sup>35</sup> Wat de betekening van sancties betreft, besliste het Hof in het arrest Van Binsbergen met betrekking tot de noodzakelijke garanties voor de nakoming van

34 — Arresten van 20 februari 1979, Rewe, „Cassis de Dijon” (120/78, Jurispr. blz. 649, punt 8), en 15 mei 1997, Futura Participations en Singer (C-250/95, Jurispr. blz. I-2471, punt 31).

35 — Er is niet gesteld, dat bedrijfsleiders in de eerste plaats in Oostenrijk moeten wonen om het opleggen van geldboetes rechtens mogelijk te maken. Het thans volgende betoog heeft dus enkel betrekking op de praktische problemen die de betekening en de tenuitvoerlegging van dergelijke boetes meebrengen.

33 — Punt 12 van het arrest.

beroepsregels die verband houden met de rechtsbedeling en de inachtneming van de beroepsethiek, dat het voldoende is, wanneer een in een andere lidstaat gevestigde advocaat een domicilie in de betrokken lidstaat kiest.<sup>36</sup> In het kader van de onderhavige zaak zou dat adres eventueel het zakenadres van de bedrijfsleider kunnen zijn of, zoals de Commissie in overweging heeft gegeven, de plaats van vestiging van de rechtspersoon die hem in dienst heeft, indien deze in Oostenrijk is gevestigd.

ringspremies op indirecte wijze fiscaal ongelijk worden behandeld. Het Hof verklaarde echter ook, dat „een dergelijke verbintenis in beginsel weliswaar gepaard kan gaan met een zekerheidstelling door de verzekeringsmaatschappijen”<sup>38</sup>, maar dat de daarmee gemoede kosten zich in de omstandigheden van dat geval daartegen verzetten.

33. In de zaak Van Binsbergen ging het echter om een advocaat die diensten verrichtte in een andere dan zijn eigen lidstaat. Het Hof heeft dat zorgvuldig onderscheiden van de situatie van degenen die permanent gevestigd zijn. De analogie met dienstverlening ligt minder voor de hand, wanneer essentiële beroepsregels moeten worden afgedwongen van werknemers die uitsluitend in één lidstaat werkzaam zijn. Aangezien ik niet in twijfel trek, dat Oostenrijk terecht mag verlangen dat een procedure voor de tenuitvoerlegging van geldboetes doeltreffend is, moet worden nagegaan, of daarvoor een minder beperkend middel dan het woonplaatsvereiste mogelijk zou zijn. In het arrest Bachmann<sup>37</sup> verklaarde het Hof, dat de eventuele moeilijkheden voor de belastingdienst van een lidstaat bij het afdwingen van een door een verzekeringsmaatschappij in een andere lidstaat aangegane verbintenis tot betaling van belasting over uitkeringen aan een in de eerstgenoemde lidstaat woonachtige belastingplichtige, zouden kunnen rechtvaardigen, dat de door hem betaalde verzeke-

34. Het vrije verkeer van werknemers zou ook minder worden beperkt, wanneer een in het buitenland woonachtige toekomstige bedrijfsleider zou kunnen kiezen tussen verandering van woonplaats en het stellen van een zekerheid ten gunste van de Oostenrijkse autoriteiten voor de tenuitvoerlegging van eventuele geldboetes, hetzij door middel van een waarborgsom, een bankgarantie of een borgstelling, hetzij via andere middelen. Uit de stukken kan niet worden afgeleid, of dergelijke financiële middelen aan het Oostenrijkse doel beantwoorden. Wellicht heeft een aangemelde bedrijfsleider bepaalde verplichtingen die enkel van hem persoonlijk kunnen worden afgedwongen. Daarom moet de beslissing, of een financiële zekerheid in het licht van alle omstandigheden en de doelstellingen van de GewO 1994 in dit geval voldoende is, aan de nationale rechter worden overgelaten. Zo ja, dan is de Oostenrijkse regeling mijns inziens stringenter dan noodzakelijk. Zo neen, dan is de regeling bij gebreke van andere middelen om de bedoelde aansprakelijkheid van de bedrijfsleider te garanderen, volgens mij gerechtvaardigd.

36 — Aangehaald in voetnoot 32, punten 14 en 16.

37 — Aangehaald in voetnoot 4, punt 24.

38 — Punt 25 van het arrest.

35. Uiteraard behoeft de zware verplichting om een zekerheid te stellen, een bedrijfsleider enkel te worden opgelegd wanneer de tenuitvoerlegging van geldboetes in de lidstaat waar hij woont, niet op andere wijze kan worden gewaarborgd. Ook het kiezen van een zakenadres is enkel noodzakelijk wanneer de betekening in zijn woonplaats niet kan worden verzekerd. Deze beide beperkingen zouden achterwege kunnen blijven, indien de betekening en de tenuitvoerlegging van sancties bijvoorbeeld door een internationale overeenkomst zijn gewaarborgd. Die mogelijkheid is onderkend in de gewijzigde versie van § 39 van de GewO 1994, waarin het woonplaatsvereiste voor bedrijfsleiders met ingang van 1 juli 1996 is afgeschaft voor het geval dat Oostenrijk en hun woonstaat partij bij een dergelijke overeenkomst zijn. Blijkbaar is tussen Oostenrijk en de Bondsrepubliek Duitsland, de lidstaat waar Henssen ten tijde van de feiten woonachtig was, een dergelijke overeenkomst gesloten en was die toen ook van kracht.<sup>39</sup> Een en ander moet echter door de

verwijzende rechter worden onderzocht. Zo een dergelijke overeenkomst van kracht is, dan volgt uit het arrest van het Hof in de zaak Wielockx<sup>40</sup>, dat de aangevoerde dwingende reden van algemeen belang — in die zaak de fiscale samenhang — voldoende tot zijn recht komt door de mogelijkheid een beroep op de bepalingen van de overeenkomst te doen. Het feit dat wellicht niet alle lidstaten dergelijke overeenkomsten hebben gesloten, belet niet, dat men zich daarop beroept, teneinde de beperkingen van het vrije verkeer van werknemers zo veel mogelijk te verminderen, ook al zou het meebrengen dat het gastland onderscheiden voorwaarden aan de onderdanen van de verschillende andere lidstaten oplegt. Aangenomen dat de bedoelde overeenkomst van toepassing was, dan is de aan Henssen opgelegde verplichting om ingezetene van Oostenrijk te zijn, een onevenredige maatregel, waarvan het indirecte discriminerende karakter niet door redenen van algemeen belang kan worden gerechtvaardigd.

## VI — Conclusie

36. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging de vragen van de verwijzende rechter te beantwoorden als volgt:

„1) Werkgevers in het gastland ontlenen aan artikel 48 EG-Verdrag het rechtstreeks werkende recht onderdanen van een andere lidstaat als werknemers in dienst te nemen, zonder dat zij zijn gebonden aan nationale bepalingen die

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 — Arrest van 11 augustus 1995 (C-80/94, Jurispr. blz. I-2493, punt 25).

rechtstreeks of indirect discrimineren op grond van de nationaliteit van de betrokken werknemers.

- 2) Een nationale regeling op grond waarvan een bedrijfseigenaar enkel een ingezetene van het gastland als bedrijfsleider in handelsrechtelijke zin mag aanstellen, vormt een indirecte discriminatie op grond van nationaliteit.
  
- 3) Een dergelijke nationale regeling kan worden gerechtvaardigd door het belang dat de lidstaat heeft bij het garanderen van de inachtneming van nationale regels of administratiefrechtelijke beslissingen inzake de uitoefening van een aangemelde bedrijfsactiviteit, tenzij dat doel ook anders kan worden bereikt door een financiële zekerheid te stellen of via de bepalingen van een geldende internationale overeenkomst.”