CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. NIAL FENNELLY

présentées le 4 décembre 1997 *

I — Introduction

1. La présente affaire concerne des dispositions autrichiennes qui imposent aux gérants de certaines activités artisanales, commerciales ou industrielles de résider en Autriche. Elle soulève la question préalable de savoir si les employeurs peuvent invoquer, dans des procédures nationales, les droits des travailleurs (entre autres, le gérant) découlant du droit communautaire ainsi qu'un problème de discrimination indirecte et de sa possible justification par référence à la nécessité d'assurer la notification et l'exécution efficaces de sanctions administratives.

II — Contexte juridique et de fait

2. En Autriche, les activités artisanales, commerciales et industrielles sont réglées par la Gewerbeordnung 1994 (code des professions artisanales, commerciales et industrielles, ci-après la « GewO 1994 »). L'article 5, paragraphe 1 de la GewO 1994 dispose que les professions artisanales, commerciales et industrielles peuvent être exercées sur la base de la déclaration de la profession en question, conformément à l'article 339. Cette dernière disposition prévoit que les déclarations sont faites auprès de la direction administrative du district. En vertu de l'article 340 de la GewO 1994, cette autorité doit vérifier la déclaration, pour s'assurer que les conditions légales de l'exercice de la profession déclarée sont remplies par l'intéressé au lieu d'établissement indiqué; si ces conditions font défaut, l'exercice de la profession sera interdit par une décision fondée sur une telle constatation.

3. Parmi les conditions légales de l'exercice d'une profession artisanale, commerciale ou industrielle, l'article 9, paragraphe 1, de la GewO 1994 prévoit que les personnes morales, les sociétés commerciales de personnes ainsi que les sociétés à but lucratif enregistrées peuvent exercer des activités artisanales, commerciales ou industrielles, mais doivent avoir désigné un gérant ou un preneur à bail et renvoie pour le surplus à l'article 39 de la GewO 1994.

4. Aux termes de l'article 39 de la GewO 1994:

« 1) Le propriétaire de l'entreprise artisanale, industrielle ou commerciale peut désigner un gérant pour exercer

* Langue originale: l'anglais.

l'activité, gérant qui est responsable vis-à-vis du propriétaire pour l'exercice professionnel irréprochable de l'activité et vis-à-vis de l'autorité administrative (article 333) pour le respect des dispositions relatives à l'exercice des professions artisanales, commerciales ou industrielles; le propriétaire a l'obligation de désigner un gérant lorsqu'il ne réside pas en Autriche.

2) Le gérant doit satisfaire aux conditions personnelles établies pour l'exercice d'une profession artisanale, commerciale ou industrielle, résider en Autriche et être en mesure d'être effectivement actif dans l'entreprise. S'il s'agit d'une profession pour laquelle un certificat d'aptitude est exigé, le gérant d'une personne morale à désigner conformément à l'article 9, paragraphe 1, doit également:

1. faire partie de l'organe qui représente légalement la personne morale ou

2. être un travailleur occupé dans l'entreprise à concurrence d'au moins la moitié de l'horaire de travail hebdomadaire normal et être pleinement assujetti à la sécurité sociale d'après les dispositions en la matière.

Le gérant à désigner conformément au paragraphe 1 pour l'exercice d'une profession pour laquelle la fourniture d'un certificat d'aptitude est exigée, par un propriétaire de l'entreprise qui ne réside pas dans le pays, doit être un travailleur occupé dans l'entreprise à concurrence d'au moins la moitié de l'horaire de travail hebdomadaire normal, et être pleinement assujetti à la sécurité sociale en vertu des dispositions en la matière. Les dispositions de l'article 39, paragraphe 2, en vigueur jusqu'à la date de l'entrée en vigueur de la loi fédérale BGBl. 29/1993, demeurent applicables aux personnes désignées comme gérants au 1er juillet 1993, et ce jusqu'au 31 décembre 1998 inclus.

3) Dans les cas dans lesquels la désignation d'un gérant est obligatoire, le propriétaire doit faire appel à un gérant qui doit être effectivement actif dans l'entreprise. »

5. Conformément à l'article 370, paragraphe 2, de la GewO 1994, les amendes pécuniaires relatives à l'exercice d'une activité sont à infliger au gérant, lorsque la désignation d'un gérant a été déclarée ou autorisée.

6. La société Fortress Immobilien Entwicklungs GesmbH, maintenant dénommée Clean Car Autoservice GesmbH (ci-après « Clean Car »), une société établie en

Autriche, a déclaré le 13 juin 1995 au Magistrat der Stadt Wien (autorité municipale de la ville de Vienne), administration du district pour les 13e et 14e districts, l'activité d'« entretien et maintenance de véhicules à moteur (station-service), à l'exclusion de toute activité artisanale ». Elle a fait savoir que M. Rudolf Henssen était nommé gérant. Elle a exposé que M. Henssen, un ressortissant allemand, cherchait un logement en Autriche, de sorte que la preuve de la résidence en Autriche serait envoyée ultérieurement. Il apparaît que depuis lors M. Henssen a déménagé à Vienne. Par décision du 20 juillet 1995, l'administration du district pour le 23e district a décidé d'interdire l'exercice de la profession objet de la déclaration, étant donné que le gérant désigné résidait à Berlin et ne satisfaisait donc pas aux conditions de l'article 39, paragraphe 2, de la GewO 1994, à savoir résider en Autriche et être en mesure d'être effectivement actif dans l'entreprise.

7. Le 10 août 1995, Clean Car a formé un recours administratif devant le Landeshauptmann von Wien (ministre-président de Vienne). Elle a soutenu que M. Henssen résidait maintenant à Vienne et que, en tout état de cause, une résidence n'importe où dans l'Union européenne devait être considérée comme satisfaisant à la condition de résidence. Le Landeshauptmann a rejeté le recours le 2 novembre 1995, en raison du fait que la date effective à prendre en considération était la date de la déclaration, à laquelle le gérant n'était pas encore résident en Autriche.

8. Le 21 décembre 1995, Clean Car a formé une réclamation (Beschwerde) contre cette décision devant le Verwaltungsgerichtshof Wien (ci-après la « juridiction nationale »), en faisant valoir que ses arguments fondés sur le droit communautaire avaient été ignorés. Clean Car a notamment fait référence aux articles 6 et 48 du traité instituant la Communauté économique européenne (ci-après le « traité ») et à l'interdiction de toute discrimination dissimulée et a affirmé que M. Henssen était un employé de la société et, par conséquent, un travailleur.

III — Questions

9. Afin de trancher l'affaire, la juridiction nationale a estimé qu'il était nécessaire de déférer à la Cour les questions préjudicielles suivantes, conformément à l'article 177 du traité:

1) L'article 48 du traité CE et les articles 1er à 3 du règlement n° 1612/68 [1] doivent-ils être interprétés en ce sens que ces dispositions confèrent également aux employeurs nationaux le droit d'occuper des travailleurs qui sont ressortissants d'un autre État membre, sans que ces travailleurs soient tenus de satisfaire à des conditions qui, bien qu'elles ne visent pas

1 — Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté (JO L 257, p. 2, ci-après le « règlement »).

la nationalité, sont typiquement liées à la qualité de ressortissants d'un État?

2) En cas de réponse affirmative à la question 1), l'article 48 du traité CE et les articles 1er à 3 du règlement n° 1612/68 doivent-ils être interprétés en ce sens que ces dispositions ne font pas obstacle à une règle telle que celle de l'article 39, paragraphe 2, GewO 1994, selon laquelle le propriétaire de l'entreprise qui exerce l'activité artisanale, commerciale ou industrielle ne peut désigner comme gérant légal qu'une personne qui a sa résidence en Autriche?

10. La juridiction nationale a indiqué que la première question concerne essentiellement la possibilité pour un employeur d'invoquer des dispositions qui sont libellées en termes de droits des travailleurs. Elle a également suggéré que l'on tienne compte, dans la réponse à la seconde question, du fait que le gérant est responsable vis-à-vis des autorités du respect des dispositions autrichiennes relatives à l'exercice d'une profession artisanale, commerciale ou industrielle.

IV — Observations

11. Des observations écrites ont été déposées par Clean Car, le Landeshauptmann von Wien, la république d'Autriche et la Commission des Communautés européennes. Cette dernière a présenté des observations orales.

12. Clean Car soutient qu'une interprétation de l'article 48 du traité et des articles 1er à 3 du règlement qui n'accorderait pas aux employeurs le droit d'engager des travailleurs sans que ces derniers soient tenus de satisfaire à des conditions qui sont typiquement liées à la qualité de ressortissants d'un État déterminé porterait atteinte au droit à la libre circulation. Les possibilités de dérogations visées à l'article 48, paragraphe 3, du traité doivent être interprétées restrictivement [2] et ne sont pas pertinentes pour la présente affaire. En particulier, la justification fondée sur des considérations d'ordre public ne serait applicable que si un travailleur d'un État membre occupait un emploi lui-même contraire à l'ordre public. Clean Car ajoute que la condition selon laquelle le gérant doit être en mesure d'être effectivement actif dans l'entreprise peut, en certains endroits, être plus facilement remplie par un travailleur frontalier résidant dans une partie voisine de l'Allemagne que par une personne résidant dans une partie plus éloignée de l'Autriche.

13. Le Landeshauptmann von Wien admet que les employeurs peuvent tirer des droits de l'article 48 du traité et des articles 1er à 3 du règlement, mais maintient que la restriction en cause dans la présente affaire est justifiée par des considérations d'intérêt général. Il souligne qu'un gérant est respon-

2 — Arrêt du 4 décembre 1974, Van Duyn (41/74, Rec. p. 1337).

sable, vis-à-vis des autorités autrichiennes, en lieu et place du propriétaire de l'entreprise artisanale, commerciale ou industrielle, du respect des dispositions légales et peut faire l'objet de sanctions administratives pour toute violation de ces dispositions. Il doit donc résider là où de telles sanctions peuvent lui être notifiées et, si nécessaire, exécutées. La version modifiée de l'article 39, paragraphe 2, de la GewO 1994 applicable à partir du 1er juillet 1996 (mais qui ne l'est pas aux faits de la présente cause) dispose que le gérant doit avoir sa résidence dans le pays, aussi longtemps que la notification et l'exécution des sanctions infligées ne sont pas garanties par une convention internationale. Le Landeshauptmann von Wien compare l'article 39, paragraphe 2, de la GewO 1994 à l'article 38, paragraphe 2, du règlement de procédure de la Cour, selon lequel les requêtes adressées à la Cour contiennent élection de domicile au lieu où la Cour a son siège et le nom de la personne qui est autorisée et qui a consenti à recevoir toute signification. De plus, la fonction de gérant ne se limite pas à recevoir la notification de documents administratifs ou autres, mais s'étend à la responsabilité personnelle du gérant pour la gestion de l'activité artisanale, commerciale ou industrielle.

14. Le gouvernement autrichien soutient, en se référant à la jurisprudence de la Cour, qu'un employeur ne relève pas en tant que tel du champ d'application personnel de l'article 48 du traité [3]. Il en découle une réponse négative à la première question, et il n'est alors plus nécessaire de se pencher sur la seconde question.

15. A titre subsidiaire, le gouvernement autrichien argumente que les dispositions de l'article 39, paragraphe 2, de la GewO 1994 sont justifiées par des considérations d'intérêt général [4]. La notification de sanctions et leur exécution dans d'autres États membres de l'Union européenne ne sont possibles que de façon très limitée, sous réserve d'accords bilatéraux. Dans ces conditions, l'examen des articles 1er et 3 du règlement est superflu, puisqu'ils mettent simplement en œuvre l'article 48 du traité.

16. La Commission affirme que l'article 48 du traité et le règlement confèrent des droits aux employés et non pas aux employeurs. Elle cherche par conséquent à établir si M. Henssen est un travailleur au sens de ces dispositions, telles qu'elles ont été définies dans l'arrêt Lawrie-Blum [5]. Dans cette affaire, la Cour a jugé qu'une relation d'emploi doit être définie selon des critères objectifs qui caractérisent la relation de travail en considération des droits et des devoirs des personnes concernées et que sa caractéristique essentielle est la circonstance qu'une personne accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération [6]. Comme le gérant d'une activité artisanale, commerciale ou industrielle se trouve sous la dépendance du conseil de surveillance de la société et de l'assemblée générale des actionnaires qui le nomment afin qu'il exécute certaines tâches administratives en leur nom et sous leur direction et

3 — Arrêts du 23 mars 1982, Levin (53/81, Rec. p. 1035, point 9); du 3 juillet 1986, Lawrie-Blum (66/85, Rec. p. 2121, points 16 et suiv.), et du 27 juin 1996, Asscher (C-107/94, Rec. p. I-3089, point 25).

4 — Arrêts du 28 janvier 1992, Bachmann (C-204/90, Rec. p. I-249); du 20 mai 1992, Ramrath (C-106/91, Rec. p. I-3351, points 29 et suiv.); du 14 février 1995, Schumacker (C-279/93, Rec. p. I-225), et Asscher, précité.

5 — Cité à la note 3 ci-dessus.

6 — Précitée, point 17 de l'arrêt.

comme il a probablement un contrat de travail avec la société et ne peut pas être considéré, dans le cas d'une société à responsabilité limitée, comme un prestataire de services indépendant couvert par l'article 52, à moins qu'il ne détienne toutes les parts sociales, la Commission conclut que, dans des circonstances telles que celles de la présente affaire, un gérant est un travailleur au sens de l'article 48 du traité.

17. La Commission ajoute que l'effet principal de la règle de résidence de l'article 39, paragraphe 2, de la GewO 1994 est d'exclure les non-Autrichiens. De plus, elle empêche des entreprises qui exercent une activité artisanale, commerciale ou industrielle de désigner des gérants responsables pour leurs activités dans plus d'un État membre. La Commission soutient par ailleurs que l'article 48, paragraphe 3, du traité n'est pas applicable à la présente affaire. Bien qu'il soit possible de justifier des règles nationales qui ne sont pas directement discriminatoires par des considérations d'intérêt général [7], et qu'il y ait un intérêt général à garantir la notification et l'exécution effective de sanctions administratives lorsqu'une entreprise exerçant une activité artisanale, commerciale ou industrielle ne respecte pas le droit applicable, la Commission soutient que les dispositions autrichiennes limitent de manière disproportionnée la libre circulation garantie par l'article 48 du traité. Il serait suffisant d'obliger le gérant à avoir une adresse professionnelle en Autriche, qui pourrait être celle de la société lorsque celle-ci est établie en Autriche, ou d'exiger que la société dépose une garantie adéquate, en accord avec les autorités, pour le paiement d'éventuelles sanctions administratives futures.

V — Analyse

La première question

18. La juridiction nationale n'a pas soulevé une question concernant le point de savoir si M. Henssen est un travailleur au sens du droit communautaire. En fait, elle fait référence à un gérant en tant qu'employé dans sa demande de décision préjudicielle, un point de vue qui sous-tend implicitement la première et la seconde question. La Cour a indiqué que les employés sont à traiter comme des travailleurs aux fins de l'application du droit communautaire [8]. Il est également bien établi que l'article 48 du traité crée des droits qui sont directement applicables devant les juridictions nationales [9]. Le problème posé par la première question est de savoir si un employeur, plutôt qu'un employé, peut invoquer devant les juridictions nationales des droits dérivant de l'article 48 du traité et des articles 1er à 3 du règlement. Comme ces dernières dispositions « ne font qu'expliciter et mettre en œuvre les droits découlant déjà de l'article 48 du traité » [10], la réponse à la première question doit être cherchée dans la disposition du traité.

7 — Arrêt Bachmann, cité à la note 4 ci-dessus, points 21 et suiv.; du 16 juin 1992, Commission/Luxembourg, (C-351/90, Rec. p. I-3945, points 19 et suiv.).

8 — Arrêt Lawrie-Blum, cité à la note 3 ci-dessus, point 17.

9 — Voir, par exemple, l'arrêt du 12 décembre 1974, Walrave et Koch (36/74, p. 1405).

10 — Arrêt du 23 février 1994, Scholz (C-419/92, Rec. p. I-505, point 6).

19. Le gouvernement autrichien a argumenté que les employeurs ne relèvent pas du champ d'application de l'article 48 du traité. Les arrêts qu'il cite [11] établissent la définition d'un travailleur et de la relation d'emploi dont ce statut dépend et considèrent que les droits relatifs à la libre circulation sont « liés » à ce statut [12]. Toutefois ces arrêts ne concernent pas et n'excluent pas, que ce soit explicitement ou implicitement, l'extension du bénéfice de dispositions de droit communautaire relatives à la libre circulation des travailleurs à des personnes, autres que les travailleurs, qui ont cependant un lien matériel avec une personne qui a ce statut. Une telle présomption ne peut pas davantage être déduite du texte des dispositions du traité et des dispositions législatives pertinentes. Par exemple, l'article 49 du traité est la base légale du règlement, en ce compris ses dispositions concernant les droits relatifs à la résidence, au logement, à l'emploi et à l'éducation des membres de la famille du travailleur, indépendamment de leur nationalité.

20. L'article 48, paragraphe 3, du traité est libellé en termes de droits qui sont, de par leur nature, attribués aux travailleurs: répondre à des emplois offerts, se déplacer librement à cet effet et séjourner dans un État membre afin d'y exercer un emploi. L'article 1er du règlement mentionne de manière similaire le droit de tout ressortissant d'un État membre, quel que soit le lieu de sa résidence, d'accéder à une activité salariée et de l'exercer sur le territoire d'un autre État membre, avec la même priorité que les ressortissants de cet État. Par ailleurs, l'article 48, paragraphes 1 et 2, n'identifie pas explicitement un bénéficiaire particulier de la libre circulation des travailleurs, laquelle « est assurée à l'intérieur de la Communauté au plus tard à l'expiration de la période de transition », et qui « implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail ». Dans le même ordre d'idée, l'article 3 du règlement dispose simplement que « ne sont pas applicables » les dispositions législatives, réglementaires ou administratives ou les pratiques administratives d'un État membre qui limitent ou subordonnent à des conditions non prévues pour les nationaux la demande et l'offre de l'emploi, l'accès à l'emploi et son exercice par les étrangers, ou qui, bien qu'applicables sans acception de nationalité, ont pour but ou effet exclusif ou principal d'écarter les ressortissants des autres États membres de l'emploi offert.

21. L'efficacité de ces droits et interdictions serait considérablement accrue s'ils pouvaient également être invoqués par des acteurs économiques autres que les travailleurs, dont le libre accès aux travailleurs d'autres États membres que le leur est limité. Par exemple, le droit des travailleurs, d'après l'article 48, paragraphe 3, du traité, de répondre à des emplois effectivement offerts pourrait être réduit à néant si les employeurs n'étaient pas libres de contester les restrictions nationales relatives à la proposition de telles offres. Il faut également avoir à l'esprit le fait que, alors que la libre circulation des travailleurs peut, en partie, être conçue en termes de droits *personnels* des travailleurs et est renforcée par leurs efforts de s'assurer de tels droits, *entre autres* devant les juridictions nationales, elle sert en définitif un objectif d'intérêt général prévu par l'article 3, sous c),

11 — Voir les citations à la note 3 ci-dessus.

12 — Voir en particulier l'arrêt Levin, cité à la note 3 ci-dessus, point 9.

du traité: un marché intérieur caractérisé par l'abolition, entre les États membres, des obstacles à la libre circulation des personnes.

22. La Cour a déjà examiné directement le droit des employeurs d'invoquer des droits qui sont normalement caractérisés en tant que droits des travailleurs, dans l'affaire Agegate [13]. Cette dernière concernait l'interprétation des articles 55 et 56 de l'acte d'adhésion du royaume d'Espagne aux Communautés, en matière de libre circulation des travailleurs. Il a été demandé à la Cour si des dispositions de droit communautaire prohibaient l'introduction dans le droit du Royaume-Uni de conditions relatives à la nationalité, à la résidence et aux cotisations de sécurité sociale de membres d'équipage pour l'octroi de licences de pêche, qui excluaient la plupart des ressortissants espagnols et si ces dispositions pouvaient être invoquées devant les juridictions nationales par le propriétaire d'un bateau de pêche ayant un équipage en partie espagnol. La Cour a jugé que la notion de « travailleur » au sens de l'article 55 de l'acte d'adhésion est identique à celle qui résulte de l'article 48 du traité [14] et que les membres d'équipage ne pouvaient pas ne pas être traités comme travailleurs du seul fait de la manière dont ils étaient rémunérés. La Cour a ensuite jugé que la dérogation prévue par l'article 56, paragraphe 1, de l'acte d'adhésion, à l'application immédiate de l'article 48 du traité entre le royaume d'Espagne et les autres États membres, devait être d'interprétation stricte [15]. En particulier, elle ne pouvait pas être interprétée comme autorisant l'introduction de nouvelles mesures restrictives, telles que certaines des conditions du droit du Royaume-Uni en cause [16]. En réponse à la question du droit du propriétaire du bateau et employeur d'invoquer ces dispositions, la Cour a simplement répondu qu'aucune des dispositions en question n'était dépourvue d'effet direct et qu'elles pouvaient par conséquent être invoquées par des particuliers devant une juridiction nationale [17].

23. Dans l'arrêt Merci convenzionali porto di Genova, la Cour a dit pour droit que même dans le cadre de l'article 90, les dispositions de l'article 48 ont un effet direct et engendrent pour les justiciables des droits que les juridictions nationales doivent sauvegarder [18]. Dans cette affaire, le justiciable était un importateur qui se plaignait du fait que l'équipage de son propre navire n'avait pas le droit de débarquer un chargement au port de Gênes parce que ces opérations à quai étaient réservées à une entreprise dont les travailleurs devaient être de nationalité italienne. De plus, dans le domaine de l'égalité des sexes sur les lieux de travail, qui est sans doute également conçu en premier lieu en termes de *droits* du travailleur, la Cour a implicitement admis dans l'arrêt Stoeckel [19] le droit d'un employeur d'invoquer, pour sa défense contre des poursuites fondées sur des règles nationales qui interdisent le travail de nuit, les dispositions directement applicables de la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la

13 — Arrêt du 14 décembre 1989 (C-3/87, Rec. p. I-4459).

14 — Précité, point 34.

15 — Précité, point 39; voir également l'arrêt du 23 mars 1983, Peskeloglou (77/82, Rec. p. 1085).

16 — Arrêt Agegate cité à la note 13, point 40.

17 — Précité, point 42.

18 — Arrêt du 10 décembre 1991 (C-179/90, Rec. p. I-5889, point 23 et dispositif).

19 — Arrêt du 25 juillet 1991 (C-345/89, Rec. p. I-4047).

mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes [20].

24. L'extension aux employeurs et aux autres parties intéressées du droit d'invoquer les dispositions de droit communautaire relatives à la libre circulation des travailleurs est également conforme à la jurisprudence de la Cour en ce qui concerne le champ personnel d'autres libertés liées au marché intérieur. Dans les arrêts Luisi et Carbone [21] et Cowan [22], la Cour a jugé que les dispositions du traité relatives aux services, qui ne visent expressément que la liberté *de fournir* des services, peuvent également être invoquées par les destinataires des services, parce que cette façon de procéder constitue un complément nécessaire [23] et avait été expressément envisagée depuis l'origine [24]. Dans l'arrêt Bachmann [25], la Cour a effectivement dit pour droit, dans une affaire introduite par un bénéficiaire de prestations d'assurance, que les dispositions de droit belge en cause constituaient un obstacle à la libre prestation de services des assureurs. Il est important de noter que l'article 59, tout comme l'article 48, paragraphes 1 et 2, est rédigé, non pas en termes de droits d'une catégorie particulière de personnes, mais en termes d'abolition de restrictions. Une définition large des personnes qui tirent des droits des dispositions du traité relatives aux libertés économiques fondamentales n'est par conséquent pas incompatible avec les textes pertinents. Elle reflète le point de vue de l'arrêt Van Gend et Loos [26], selon lequel le fonctionnement du marché commun, dont l'institution est l'objet du traité, concerne directement les justiciables de la Communauté. Par conséquent, les particuliers intéressés peuvent tirer des droits directement applicables même d'une disposition du traité rédigée en termes d'une interdiction et leur vigilance entraîne un contrôle efficace de la transposition du droit communautaire qui s'ajoute à celui qui découle des articles 169 et 170 du traité [27].

25. Il serait étrange que les consommateurs aient, en vertu du droit communautaire, un droit directement applicable de se rendre dans d'autres États membres pour bénéficier de services touristiques ou autres, ou d'y faire des achats [28], mais que les employeurs n'aient pas un droit équivalent de voyager pour recruter des travailleurs dans un autre État membre. Il serait également illogique qu'un employeur ne puisse pas se plaindre de limitations discriminatoires de sa capacité à engager des travailleurs à l'étranger, alors qu'une agence de placement qu'il aurait engagée à cette fin, pourrait se plaindre devant les juridictions nationales de ces restrictions apportées à sa liberté de fournir des services [29]. Les employeurs ont un intérêt économique direct et réel à l'efficacité de

20 — Directive du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (JO L 39, p. 40).

21 — Arrêt du 31 janvier 1984 (286/82 et 26/83, Rec. p. 377, points 10 et 16).

22 — Arrêt du 2 février 1989 (186/87, Rec. p. 195, point 15).

23 — Arrêt Luisi et Carbone, cité à la note 21 ci-dessus, point 10.

24 — Précité, points 12 à 14.

25 — Cité à la note 4 ci-dessus, point 31.

26 — Arrêt du 5 février 1963 (26/62, Rec. p. 1, point 12).

27 — Précité, point 13.

28 — Voir l'arrêt du 7 mars 1990, GB-INNO-BM (C-362/88, Rec. p. I-667, point 8).

29 — Sur le rapport entre des activités de recrutement et les dispositions du traité en matière de services, voir l'arrêt du 27 mars 1990, Rush Portuguesa (C-113/89, Rec. p. I-1417, point 1); voir également l'arrêt du 23 avril 1991, Höfner et Elser (C-41/90, Rec. p. I-1979, points 35 à 40).

l'article 48. Un employeur est un participant incontournable de l'exercice, par les travailleurs, des libertés qui leur sont octroyées. En tant que particuliers intéressés, les employeurs peuvent jouer un rôle efficace dans le contrôle de l'achèvement du marché commun, qui s'ajoute à celui de la Commission fondé sur l'article 169 du traité.

26. Nous concluons en conséquence, en réponse à la première question, que les employeurs de l'État d'accueil tirent de l'article 48 du traité le droit directement applicable d'employer des travailleurs qui sont des ressortissants d'un autre État membre, sans être liés par des règles nationales directement ou indirectement discriminatoires fondées sur la nationalité des travailleurs en question.

La seconde question

27. Il est contraire à l'article 48, paragraphe 2, du traité, ainsi qu'à l'article 3, paragraphe 1, du règlement, que les États membres fixent des conditions d'emploi qui sont discriminatoires de manière indirecte ou dissimulée pour des motifs de nationalité. La Cour a fait remarquer que des règles nationales qui prévoient une distinction fondée sur le critère de la résidence risquent de jouer principalement au détriment des ressortissants d'autres États membres. En effet, les non-résidents sont le plus souvent des nonnationaux [30].

28. Il est donc évident que l'imposition d'une condition selon laquelle les gérants désignés par certaines entreprises en Autriche doivent résider dans ce pays peut constituer une discrimination indirecte fondée sur la nationalité. Toutefois, une telle discrimination apparente peut être justifiée par référence aux exigences de l'intérêt général [31]. Deux justifications possibles ont été citées dans la présente affaire, toutes deux liées au fait que le gérant est responsable en droit autrichien de l'exercice de l'activité artisanale, commerciale ou industrielle.

29. On peut se référer à l'arrêt Van Binsbergen [32]. L'analyse faite par la Cour de règles professionnelles imposées par des États membres aux prestataires de services établis dans un autre État membre peut être, à certaines fins, étendue à la situation de travailleurs qui, bien que résidant dans un État membre, occupent des postes à responsabilité dans un autre État. La Cour a dit pour droit:

« que, compte tenu de la nature particulière des prestations de services, on ne saurait cependant considérer comme incompatibles avec le traité les exigences spécifiques, imposées au prestataire, qui seraient motivées par l'application de règles professionnelles justifiées par l'intérêt général — notamment les règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité — incombant à toute personne établie sur le territoire de l'État où la prestation est fournie, dans la mesure où le

30 — Voir par exemple l'arrêt Schumacker, cité à la note 4 ci-dessus, point 28.

31 — Voir, par exemple, l'arrêt Schumacker, précité, point 39.

32 — Arrêt du 3 décembre 1974 (33/74, Rec. p. 1299).

prestataire échapperait à l'emprise de ces règles en raison de la circonstance qu'il est établi dans un autre État membre » [33].

30. La première justification possible en l'espèce est que la condition de résidence assure le respect de l'exigence que le gérant doit être en mesure d'exercer effectivement l'activité, c'est-à-dire qu'il joue un rôle effectif plutôt que purement formel. A la lumière de la responsabilité du gérant vis-à-vis des autorités pour la conduite de l'activité, cela est un objectif légitime, qui peut être classé dans la catégorie Van Binsbergen des règles professionnelles en matière d'organisation. Toutefois, la condition de résidence peut être, selon les circonstances, ou bien non nécessaire ou bien, de manière plus fondamentale, étrangère à la réalisation de cet objectif. Elle n'est pas nécessaire si, comme on l'a suggéré, un travailleur frontalier est capable d'effectuer ses tâches de gérant sans abandonner sa résidence dans un État membre voisin. Toutefois, à l'époque en cause, M. Henssen apparaissait comme résidant à Berlin. Il est plus approprié en l'espèce de vérifier comment la condition de résidence est censée garantir l'objectif souhaité. Elle est insuffisante si, malgré une résidence en Autriche, un gérant ne participe pas ou ne peut pas participer comme exigé à la gérance effective de la société. Il serait donc moins restrictif pour les autorités nationales d'imposer simplement, de manière directe, une condition d'activité effective, en spécifiant si nécessaire, comme c'est le cas pour certaines entreprises dans la GewO 1994, des conditions relatives aux heures de travail et de laisser le gérant décider, à la lumière des circonstances géographiques et autres, comment concilier sa résidence avec cette condition.

33 — Précité, point 12.

31. En second lieu, il a été soutenu qu'il était nécessaire que le gérant réside en Autriche aux fins de notification et d'exécution de sanctions administratives dans le cas d'une violation des règles applicables à l'exercice de l'activité. Cela est un objectif légitime. Les États membres ont un intérêt évident à ce que des personnes exerçant une activité artisanale, commerciale ou industrielle autorisée, conformément à des règles telles que la GewO 1994, le fassent publiquement et régulièrement et ont, par conséquent, le même intérêt à maintenir des règles efficaces afin de contrôler ces personnes. A notre avis, ce contrôle, tout comme le contrôle fiscal et un certain nombre d'autres exigences impératives et constantes d'intérêt général, est de nature à justifier une limitation de l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité [34]. A la lumière de la difficulté apparente d'exécuter des sanctions administratives en dehors de la juridiction de l'État, des conditions peuvent être imposées pour assurer que les gérants n'échappent pas à l'emprise des règles autrichiennes en matière de responsabilité professionnelle, en résidant en dehors de l'Autriche.

32. Toutefois, il faut également examiner s'il n'existe pas de moyens moins restrictifs d'atteindre cet objectif [35]. En ce qui concerne la notification de sanctions, la Cour a admis dans l'arrêt Van Binsbergen, dans le cadre de

34 — Arrêts du 20 février 1979, Rewe-Zentral, dit « Cassis de Dijon » (120/78, Rec. p. 649, point 8), et du 15 mai 1997, Futura Participations et Singer (C-250/95, Rec. p. I-2471, point 31).

35 — Il n'a pas été suggéré que les gérants doivent résider en Autriche afin de permettre l'exercice d'une juridiction d'imposer des sanctions administratives en premier lieu. Par conséquent, l'analyse qui suit fait uniquement référence aux problèmes pratiques soulevés par la notification et l'exécution de pareilles sanctions.

la nécessité de garantir l'observation de règles professionnelles liées notamment au fonctionnement de la justice et du respect de la déontologie, le caractère suffisant de l'élection de domicile faite par un avocat établi dans un autre État membre, dans l'État en question [36]. Dans le contexte de la présente affaire, cette élection de domicile pourrait de manière concevable être faite au lieu d'activité du gérant ou, comme la Commission l'a suggéré, au siège de la personne morale qui l'emploie, si cette dernière est établie en Autriche.

33. Cependant, l'arrêt Van Binsbergen concernait un avocat prestataire de services dans un autre État membre que le sien. La Cour a pris beaucoup de peine pour distinguer la situation de personnes établies de manière permanente. L'analogie avec la prestation de services est moins convaincante dans le cas de l'application de règles professionnelles essentielles à un travailleur exclusivement engagé dans un État membre. Comme nous ne doutons pas que la république d'Autriche est en droit d'exiger un mécanisme efficace d'exécution des sanctions administratives, il faut voir s'il existe à cette fin un moyen moins restrictif que celui d'une condition de résidence. Dans l'arrêt Bachmann [37], la Cour a admis que la difficulté pour les autorités fiscales d'un État de mettre à exécution l'engagement pris par un assureur établi dans un autre État membre de payer l'impôt sur des sommes versées à un contribuable résidant dans le premier État pouvait justifier un traitement fiscal indirectement discriminatoire des cotisations d'assurance de cette personne. Toutefois, tout en admettant que la charge entrant en ligne de compte serait prohibitive dans les circonstances de la cause, la Cour a également dit pour droit qu'un « tel engagement pourrait être, en principe, assorti du dépôt d'une caution par l'assureur... » [38].

34. D'ailleurs, la libre circulation des travailleurs serait moins limitée si un gérant éventuel résidant à l'étranger avait la possibilité de fournir aux autorités autrichiennes une garantie ou une sûreté en vue de l'exécution de sanctions administratives éventuelles, que ce soit par un dépôt, le blocage d'un certain montant sur un compte bancaire, la désignation d'une personne en tant que caution ou par d'autres moyens, plutôt que de changer sa résidence. Les documents disponibles ne permettent pas de se prononcer sur la question de savoir si de telles mesures financières garantiraient l'objectif autrichien. Il peut y avoir des aspects des obligations de la personne exerçant une activité artisanale, commerciale ou industrielle autorisée qui ne peuvent être efficacement exécutés qu'à l'encontre d'un gérant responsable en personne. Il est par conséquent approprié de permettre à la juridiction nationale de décider si, à la lumière de toutes les circonstances des objectifs de la GewO 1994, une garantie financière satisferait aux exigences de la cause. Si tel est le cas, nous croyons que la règle autrichienne est plus restrictive que nécessaire. Si tel n'est pas le cas, nous pensons qu'elle serait justifiée, en l'absence d'autres moyens de garantir l'objectif de la responsabilité du gérant.

36 — Cité à la note 32, points 14 et 16.

37 — Cité à la note 4 ci-dessus, point 24.

38 — Précité, point 25.

35. Bien sûr, même l'exigence onéreuse qu'un gérant fournisse une garantie ne doit être imposée que lorsque l'exécution des sanctions administratives ne peut pas être assurée d'une autre manière dans l'État membre où il réside. De la même manière, une élection de domicile ne doit être faite que lorsque la notification au lieu de résidence ne peut pas être assurée. Ces deux restrictions pourraient être évitées si la notification et l'exécution des sanctions étaient garanties, par exemple par une convention internationale. Ce procédé est en effet admis par la version modifiée de l'article 39 de la GewO 1994, qui, depuis le 1er juillet 1996, renonce à la condition de résidence pour les gérants, lorsque la république d'Autriche est partie à une convention de ce type avec leur État de résidence. Il apparaît qu'une telle convention a été conclue entre la république d'Autriche et la République fédérale d'Allemagne, l'État membre où M. Henssen résidait à la date déterminante et qu'elle était applicable à cette époque [39]. Toutefois, l'examen de cette question revient à la juridiction nationale. Si une telle convention était en vigueur, il résulterait de l'arrêt de la Cour dans l'affaire Wielockx [40] que la condition impérative de l'intérêt général en cause — dans cette affaire la cohérence fiscale — était suffisamment assurée par la possibilité de se référer aux clauses de la convention. Le fait que tous les États membres n'aient pas conclu de telles conventions n'empêche pas de les invoquer pour réduire le plus possible les restrictions apportées à la libre circulation des travailleurs, même s'il en résulte une différence dans les conditions imposées par l'État d'accueil aux ressortissants des divers autres États membres. Par conséquent, en présumant l'efficacité de la convention en question, le fait d'imposer une condition de résidence en Autriche à M. Henssen constitue une mesure disproportionnée, dont le caractère indirectement discriminatoire ne peut pas être justifié à la lumière des exigences de l'intérêt général.

VI — Conclusion

36. A la lumière de ce qui précède, nous recommandons à la Cour de répondre aux questions déférées par la juridiction nationale comme suit:

« 1) Des employeurs dans l'État d'accueil tirent de l'article 48 du traité le droit directement applicable d'employer des travailleurs qui sont ressortissants d'un autre État membre, sans être tenus par des dispositions nationales qui opèrent

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

40 — Arrêt du 11 août 1995 (C-80/94, Rec. p. I-2493, point 25).

une discrimination, directe ou indirecte, fondée sur la nationalité des travailleurs en cause.

2) Une disposition nationale selon laquelle le propriétaire d'une activité artisanale, commerciale ou industrielle ne peut désigner comme gérant, pour l'application des dispositions relatives à l'exercice de telles activités, qu'une personne qui réside dans l'État membre d'accueil constitue une discrimination indirecte fondée sur la nationalité.

3) Une telle règle nationale peut être justifiée par l'intérêt qu'a l'État membre à assurer le respect de règles nationales ou de décisions administratives concernant l'exercice d'une activité commerciale, artisanale ou industrielle autorisée, à moins que le même objectif puisse être effectivement assuré par une garantie financière ou les clauses d'une convention internationale applicable. »