CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL NIAL FENNELLY

apresentadas em 4 de Dezembro de 1997 *

I — Introdução

1. O presente processo diz respeito a disposições legais austríacas que impõem aos gerentes de certas actividades artesanais, comerciais ou industriais a residência na Áustria. Suscita-se neste caso a questão prévia de saber se os empregadores podem invocar, nos processos nacionais, os direitos dos trabalhadores (*inter alios*, os do gerente) decorrentes do direito comunitário, bem como um problema de discriminação indirecta e da sua possível justificação pela necessidade de assegurar a notificação e a execução eficazes de sanções administrativas.

II — Contexto jurídico e de facto

2. Na Áustria, as actividades artesanais, comerciais ou industriais são reguladas pelo Gewerbeordnung 1994 (regulamento das profissões artesanais, comerciais e industriais, a seguir «GewO 1994»). O § 5, n.° 1, do GewO 1994 determina que as profissões artesanais, comerciais e industriais podem ser exercidas, com base em declaração da profissão em questão, nos termos do § 339. Esta última disposição estabelece que as declarações são feitas perante as autoridades administrativas do distrito. Por força do § 340 do GewO 1994, estas autoridades verificam a declaração, para se certificarem de que o declarante reúne as condições legais para o exercício da profissão declarada nas instalações em causa; no caso de elas não estarem preenchidas, é proibido o exercício da actividade, por decisão baseada nessa verificação.

3. Entre as condições legais para o exercício de uma profissão artesanal, comercial ou industrial, o § 9, n.° 1, do GewO 1994 determina que as pessoas colectivas, as sociedades comerciais de pessoas, bem como as sociedades com fins lucrativos registadas podem exercer actividades artesanais, comerciais ou industriais, mas têm que haver designado um gerente ou locatário, remetendo, quanto ao mais, para o § 39 do GewO 1994.

4. O § 39 do GewO 1994 estabelece o seguinte:

«1) O titular da exploração pode nomear para esta um gerente, responsável perante aquele pelo exercício adequado

* Língua original: inglês.

da actividade comercial e perante as autoridades (§ 333) pelo respeito das normas que regem as actividades comerciais; tem que nomear um gerente caso não tenha domicílio no território nacional.

O gerente nomeado pelo titular da exploração, nos termos do n.° 1, sujeito à apresentação de certificado de capacidade, que não tenha domicílio no território nacional, tem que ser um trabalhador empregado pela empresa em, pelo menos, metade do horário normal de trabalho semanal, segurado por inteiro, de acordo com as disposições do direito da segurança social. O disposto no n.° 2 do § 39, aplicável até ao momento da entrada em vigor da Lei federal BGBl. n.° 29/1993, continua a aplicar-se a pessoas nomeadas para gerentes em 1 de Julho de 1993, e até 31 de Dezembro de 1998.

2) O gerente tem que satisfazer as condições pessoais correspondentes exigidas para o exercício daquela actividade, ter domicílio no território nacional e encontrar-se em condições de exercer a sua actividade na exploração nestes termos. Se se tratar de uma actividade para a qual é necessária a apresentação de um certificado de capacidade, o gerente nomeado por uma pessoa colectiva, nos termos do n.° 1 do § 9, deve

3) Nos casos em que deva ser nomeado um gerente, o titular da exploração tem que nomear um gerente que seja empregado da empresa.»

1. pertencer ao órgão da pessoa colectiva que a representa legalmente, ou

5. Nos termos do § 370, n.° 2, do GewO 1994, caso tenha sido declarada ou autorizada a nomeação de um gerente, as sanções pecuniárias relativas ao exercício da actividade serão aplicadas àquele.

2. ser um trabalhador empregado pela empresa em, pelo menos, metade do horário normal de trabalho semanal, segurado por inteiro, de acordo com as disposições do direito da segurança social.

6. A Fortress Immobilien Entwicklungs GmbH., actualmente denominada Clean Car Autoservice GmbH (a seguir «Clean Car»), sociedade estabelecida na Áustria, declarou

em 13 de Junho de 1995 perante o Magistrat der Stadt Wien (autoridade municipal de Viena), administração do distrito para os 13.° e 14.° distritos, a actividade de «limpeza e manutenção de veículos a motor (estação de serviço), com exclusão de qualquer outra actividade artesanal». Comunicou ter nomeado para gerente Rudolf Henssen, tendo declarado que R. Henssen, de nacionalidade alemã, procurava arranjar uma habitação na Áustria, razão pela qual a prova da residência na Áustria seria feita posteriormente. Sabe-se que, desde então, R. Henssen veio residir para Viena. Por decisão de 20 de Julho de 1995, a administração do distrito para o 23.° distrito decidiu proibir o exercício da actividade declarada, tendo em conta que o gerente designado residia em Berlim e não satisfazia as condições do § 39, n.° 2, do GewO 1994, ou seja, residir na Áustria e encontrar-se em condições de exercer a sua actividade na exploração.

7. Em 10 de Agosto de 1995, a Clean Car apresentou uma reclamação administrativa perante o Landeshauptmann von Wien (ministro-presidente de Viena), sustentando que R. Henssen residia agora em Viena e que, em todo o caso, uma residência em qualquer parte na União Europeia devia ser considerada como satisfazendo a condição de residência. Por decisão de 2 de Novembro de 1995, o Landeshauptmann indeferiu a reclamação, com fundamento no facto de a data efectiva a tomar em consideração ser a data da declaração, na qual o gerente ainda não tinha residência na Áustria.

8. Em 21 de Dezembro de 1995, a Clean Car interpôs recurso (Beschwerde) desta decisão para o Verwaltungsgerichtshof Wien (a seguir «órgão jurisdicional nacional»), alegando que os seus argumentos baseados no direito comunitário tinham sido ignorados. A Clean Car fez nomeadamente referência aos artigos 6.° e 48.° do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia (a seguir «Tratado») e à proibição de qualquer discriminação dissimulada, afirmando que R. Henssen era empregado da sociedade e, por conseguinte, um trabalhador.

III — Questões

9. A fim de dirimir o litígio, o órgão jurisdicional nacional considerou que era necessário submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais, nos termos do artigo 177.° do Tratado:

1) O artigo 48.° do Tratado CE e os artigos 1.° a 3.° do Regulamento n.° 1612/68 [1] devem ser interpretados no sentido de concederem a entidades patronais nacionais o direito de empregarem também trabalhadores originários de outro Estado-Membro sem deverem respeitar condições que estão caracteristicamente

1 — Regulamento (CEE) n.° 1612/68 do Conselho, de 15 de Outubro de 1968, relativo à livre circulação dos trabalhadores na Comunidade (JO L 257, p. 2; EE 05 F1 p. 77, a seguir «regulamento»).

associadas à cidadania, embora não seja feita referência à nacionalidade?

2) Caso os empresários nacionais tenham o direito referido na primeira questão, o artigo 48.° do Tratado CE e os artigos 1.° a 3.° do Regulamento n.° 1612/68 devem ser interpretados no sentido de com eles não colidir uma regulamentação como a contida no § 39, n.° 2, do GewO 1994, de acordo com a qual o titular de uma exploração só pode contratar como seu gerente uma pessoa que tenha domicílio no território nacional (austríaco)?

10. O órgão jurisdicional nacional indicou que a primeira questão diz essencialmente respeito à possibilidade de um empregador invocar disposições que estão redigidas em termos de direitos dos trabalhadores. Sugeriu igualmente que se tome em consideração, na resposta à segunda questão, o facto de o gerente ser responsável perante as autoridades pela observância das disposições austríacas relativas ao exercício de uma profissão artesanal, comercial ou industrial.

IV — Observações

11. Foram apresentadas observações escritas pela Clean Car, pelo Landeshauptmann von Wien, pela República da Áustria e pela Comissão das Comunidades Europeias. A Comissão apresentou observações orais.

12. A Clean Car defende que uma interpretação do artigo 48.° do Tratado e dos artigos 1.° a 3.° do Regulamento n.° 1612/68 que não conceda aos empregadores o direito de empregar trabalhadores sem que estes últimos tenham que respeitar condições que estão tipicamente associadas à qualidade de cidadãos de um determinado Estado prejudicaria o direito de livre circulação. As possibilidades de derrogação mencionadas no artigo 48.°, n.° 3, do Tratado devem ser interpretadas restritivamente [2] e não são relevantes para o presente processo. Em especial, a justificação baseada em razões de ordem pública só seria aplicável se um trabalhador de outro Estado-Membro exercesse um trabalho que fosse em si mesmo contrário à ordem pública. A Clean Car acrescenta que o requisito segundo o qual o gerente deve encontrar-se em condições de exercer a sua actividade na exploração pode, em certos lugares, ser preenchido mais facilmente por um trabalhador fronteiriço residente numa parte vizinha da Alemanha do que por uma pessoa residente numa parte mais distante da Áustria.

13. O Landeshauptmann von Wien admite que os empregadores podem invocar direitos decorrentes do artigo 48.° do Tratado e dos artigos 1.° a 3.° do regulamento, mas mantém a opinião de que a restrição em causa no caso vertente se justifica por considerações de interesse geral. Salienta que o gerente é

2 — Acórdão de 4 de Dezembro de 1974, Van Duyn (41/74, Colect., p. 567).

responsável, em nome do proprietário, perante as autoridades austríacas pela observância de todas as disposições legais aplicáveis relativas ao exercício de uma profissão artesanal, comercial ou industrial e está sujeito a sanções administrativas em caso de infracção. Deve, portanto, residir onde tais sanções lhe possam ser notificadas e onde devam ser, se necessário, executadas. A versão do § 39, n.° 2, do GewO 1994, com as alterações que lhe foram introduzidas, que é aplicável a partir de 1 de Julho de 1996 (mas que o não é na presente causa), determina que o gerente deve ter a sua residência na Áustria, na medida em que a notificação e a execução de quaisquer sanções que lhe forem impostas não estejam garantidas por força de uma convenção internacional. O Landeshauptmann von Wien compara o § 39, n.° 2, do GewO 1994 com o artigo 38.°, n.° 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, nos termos do qual a petição deve indicar o domicílio escolhido no lugar da sede do Tribunal, bem como o nome da pessoa autorizada e que aceite receber todas as notificações. Além disso, a função de gerente não se limita à recepção da notificação de documentos administrativos ou outros, mas estende-se à responsabilidade pessoal pela direcção da exploração.

14. O Governo austríaco defende, referindo-se à jurisprudência do Tribunal de Justiça, que um empregador não cabe, enquanto tal, no âmbito de aplicação pessoal do artigo 48.° do Tratado [3]. Isto implica uma resposta negativa à primeira questão, não sendo assim já necessário responder à segunda questão.

15. Em alternativa, o Governo austríaco alega que as disposições relevantes do § 39, n.° 2, do GewO 1994 se justificam por considerações de interesse geral [4]. A notificação de sanções e a sua execução noutros Estados-Membros da União Europeia só são possíveis de uma maneira muito limitada, salvo se existirem acordos bilaterais. Nestas circunstâncias, o exame dos artigos 1.° e 3.° do regulamento é supérfluo, pois eles limitam-se simplesmente a dar execução ao artigo 48.° do Tratado.

16. A Comissão afirma que o artigo 48.° do Tratado e o regulamento conferem direitos aos empregados e não aos empregadores. Procura, por conseguinte, averiguar se R. Henssen é ou não um trabalhador na acepção dessas disposições, com o sentido que lhes foi atribuído no acórdão Lawrie-Blum [5]. Nesse processo, o Tribunal de Justiça decidiu que uma relação de trabalho deve ser definida segundo critérios objectivos que caracterizam a relação de trabalho, considerados os direitos e deveres das pessoas envolvidas, e que a sua característica essencial é a circunstância de uma pessoa realizar, durante certo tempo, em benefício de outra e sob sua direcção, as prestações em contrapartida das quais recebe uma remuneração [6]. Como o gerente de uma actividade artesanal, comercial ou industrial se encontra sob a dependência do órgão de administração da sociedade e da assembleia geral dos accionistas que o nomeiam para que ele execute certas tarefas administrativas em nome deles e sob a sua direcção, e como provavelmente ele tem

3 — Acórdãos de 23 de Março de 1982, Levin (53/81, Recueil, p. 1035, n.° 9); de 3 de Julho de 1986, Lawrie-Blum (66/85, Colect., p. 2121, n.os 16 e segs.), e de 27 de Junho de 1996, Asscher (C-107/94, Colect., p. I-3089, n.° 25).

4 — Acórdãos de 28 de Janeiro de 1992, Bachmann (C-204/90, Colect., p. I-249); de 20 de Maio de 1992, Ramrath (C-106/91, Colect., p. I-3351, n.os 29 e segs.); de 14 de Fevereiro de 1995, Schumacker (C-279/93, Colect., p. I-225), e Asscher, já referido.

5 — Referido *supra*, na nota 3.

6 — *Ibidem*, n.° 17 do acórdão.

um contrato de trabalho com a sociedade e não pode ser considerado, no caso de uma sociedade de responsabilidade limitada, como sendo um prestador de serviços independente abrangido pelo artigo 52.°, salvo se possuir todas as acções da sociedade, a Comissão conclui que, em circunstâncias como as do presente processo, o gerente é um trabalhador, na acepção do artigo 48.° do Tratado.

17. A Comissão acrescenta que o efeito principal da regra da residência do § 39, n.° 2, do GewO 1994 é a exclusão dos não austríacos. Além disso, ela impede que as empresas que exercem uma actividade artesanal, comercial ou industrial designem gerentes responsáveis pelas suas actividades em mais do que um Estado-Membro. A Comissão defende, além disso, que o artigo 48.°, n.° 3, do Tratado não é aplicável ao presente caso. Embora seja possível justificar uma regulamentação nacional que não seja directamente discriminatória por considerações de interesse geral [7] e que haja um interesse geral em garantir a notificação e a execução efectiva de sanções administrativas quando uma empresa que exerce uma actividade artesanal, comercial ou industrial não respeitar o direito aplicável, a Comissão sustenta que as regras austríacas restringem de uma maneira desproporcionada a livre circulação garantida pelo artigo 48.° do Tratado. Teria sido suficiente obrigar o gerente a ter um endereço profissional na Áustria, que poderia ser o da própria sociedade quando esta tenha um estabelecimento situado na Áustria, ou exigir que a sociedade prestasse uma garantia adequada, por acordo com as autoridades, para o pagamento de eventuais sanções administrativas futuras.

V — Análise

A primeira questão

18. O órgão jurisdicional nacional não formulou qualquer questão quanto ao problema de saber se R. Henssen é — ou não — um trabalhador, na acepção do direito comunitário. De facto, faz referência a um gerente como sendo um empregado, no seu pedido de decisão prejudicial, estando assim este ponto de vista implicitamente subjacente tanto à primeira como à segunda questões. O Tribunal de Justiça já declarou que os empregados devem ser tratados como trabalhadores, para efeitos da aplicação do direito comunitário [8]. Constitui igualmente doutrina bem assente que o artigo 48.° do Tratado confere direitos que são directamente invocáveis perante os órgãos jurisdicionais nacionais [9]. O problema suscitado pela primeira questão consiste em saber se um empregador — e não um empregado — pode invocar, perante os órgãos jurisdicionais nacionais, direitos decorrentes do artigo 48.° do Tratado e dos artigos 1.° a 3.° do regulamento. Como estas últimas disposições «[se] limitam a explicitar e a pôr em prática os direitos que já decorrem do artigo 48.° do Tratado» [10], a resposta à primeira questão deve ser procurada nesse artigo.

7 — Acórdão Bachmann, referido *supra*, na nota 4, n.os 21 e segs.; acórdão de 16 de Junho de 1992, Comissão/Luxemburgo (C-351/90, Colect., p. I-3945, n.os 19 e segs.).

8 — Acórdão Lawrie-Blum, referido *supra*, na nota 3, n.° 17.

9 — V., por exemplo, o acórdão de 12 de Dezembro de 1974, Walrave e Koch (36/74, Colect., p. 595).

10 — Acórdão de 23 de Fevereiro de 1994, Scholz (C-419/92, Colect., p. I-505, n.° 6).

19. O Governo austríaco alegou que os empregadores não cabem, enquanto tais, no âmbito de aplicação pessoal do artigo 48.° do Tratado. Os acórdãos que cita [11] dão uma definição de trabalhador e da relação de trabalho de que depende esse estatuto e estabelecem que os direitos relativos à livre circulação estão «ligados» a esse mesmo estatuto jurídico de trabalhador [12]. No entanto, esses acórdãos não estendem nem excluem, explícita ou implicitamente, o benefício de disposições de direito comunitário relativas à livre circulação dos trabalhadores a pessoas que, embora não sendo trabalhadores, têm, no entanto, um vínculo objectivo com uma pessoa que o é. Também nada se pode inferir a esse propósito a partir do texto das disposições relevantes do Tratado e da demais legislação comunitária. Por exemplo, o artigo 49.° do Tratado constitui a base legal do regulamento, incluindo as suas disposições sobre os direitos relativos à residência, à habitação, ao emprego e à educação dos membros da família do trabalhador, independentemente da sua nacionalidade.

20. O artigo 48.°, n.° 3, do Tratado está redigido em termos de direitos que são, pela sua própria natureza, atribuídos aos trabalhadores: responder a ofertas de emprego, deslocar-se livremente, para o efeito, e residir num dos Estados-Membros a fim de nele exercer uma actividade laboral. O artigo 1.° do regulamento menciona de maneira semelhante o direito que tem qualquer nacional de um Estado-Membro, seja qual for o lugar da sua residência, de aceder a uma actividade assalariada e de a exercer no território de outro Estado-Membro, beneficiando da mesma prioridade que os nacionais desse Estado. Por outro lado, o artigo 48.°, n.^{os} 1 e 2, não identifica explicitamente um beneficiário especial da livre circulação dos trabalhadores, a qual «deve ficar assegurada, na Comunidade, o mais tardar no termo do período de transição» e que «implica a abolição de toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade, entre os trabalhadores dos Estados-Membros, no que diz respeito ao emprego, à remuneração e demais condições de trabalho». Na mesma ordem de ideias, o artigo 3.° do regulamento determina muito simplesmente que «não são aplicáveis» as disposições legislativas, regulamentares ou administrativas nem as práticas administrativas de um Estado-Membro que limitem ou subordinem a condições não previstas para os seus próprios nacionais os pedidos e ofertas de emprego, o acesso ao emprego e o seu exercício por parte de estrangeiros, ou que, embora aplicáveis sem distinção de nacionalidade, tenham por objectivo ou efeito exclusivo ou principal afastar os nacionais dos outros Estados-Membros do emprego oferecido.

21. A eficácia destes direitos e proibições seria grandemente aumentada se eles pudessem ser igualmente invocados por outros actores económicos para além dos trabalhadores, cujo livre acesso aos trabalhadores de outros Estados-Membros que não o seu é limitado. Por exemplo, o direito dos trabalhadores, nos termos do artigo 48.°, n.° 3, do Tratado, de responder a ofertas de emprego efectivamente feitas poderia ser completamente esvaziado de conteúdo se os empregadores não tivessem a liberdade de contestar as restrições nacionais relativas à apresentação dessas ofertas. Também se deve ter presente que, enquanto a livre circulação dos trabalhadores pode ser entendida, em parte, em termos de direitos *pessoais* dos trabalhadores e é reforçada pelos seus esforços para garantir esses direitos, *inter alia*, perante os órgãos jurisdicionais nacionais, ela serve, no fim de contas, um objectivo de interesse geral, previsto no artigo 3.°, alínea c), do Tratado: a criação de um mercado interno

11 — V. as citações *supra*, na nota 3.

12 — V., em especial, o acórdão Levin, referido *supra*, na nota 3, n.° 9.

caracterizado pela abolição, entre os Estados-Membros, dos obstáculos à livre circulação de pessoas.

22. O Tribunal de Justiça já examinou directamente o direito dos empregadores a invocarem aquilo que é normalmente caracterizado como sendo direitos dos trabalhadores, no processo Agegate [13]. Este último dizia respeito à interpretação dos artigos 55.° e 56.° do acto de adesão do Reino de Espanha às Comunidades, em matéria de livre circulação dos trabalhadores. Foi colocada ao Tribunal de Justiça a questão de saber se há disposições de direito comunitário que proíbam a introdução no direito do Reino Unido de condições relativas à nacionalidade, à residência e às contribuições para a segurança social, de membros da tripulação para a concessão de licenças de pesca, que excluíam principalmente nacionais espanhóis, e se essas medidas podiam ser invocadas perante os órgãos jurisdicionais nacionais pelo proprietário de um barco de pesca com uma tripulação que é, em parte, espanhola. O Tribunal de Justiça decidiu que a noção de «trabalhador», na acepção do artigo 55.° do acto de adesão, é idêntica à que resulta do artigo 48.° do Tratado [14] e que os membros da tripulação não podiam deixar de ser tratados como trabalhadores pela simples razão do seu modo de remuneração. O Tribunal de Justiça decidiu, além disso, que a derrogação prevista no artigo 56.°, n.° 1, do acto de adesão, à aplicação imediata do artigo 48.° do Tratado nas relações entre o Reino de Espanha e os outros Estados-Membros deve ser de interpretação restritiva [15]. Em especial, ela não pode ser interpretada no sentido de autorizar a introdução de novas medidas restritivas, tais como certas condições do direito do Reino Unido em causa [16]. Em resposta à questão do direito do proprietário do barco e empregador de invocar essas disposições, o Tribunal de Justiça respondeu simplesmente que nenhuma das disposições em questão está privada do efeito directo e que, por conseguinte, podem ser invocadas pelos particulares perante um órgão jurisdicional nacional [17].

23. No acórdão Merci convenzionali porto di Genova, o Tribunal de Justiça declarou que, mesmo no âmbito do artigo 90.°, as disposições do artigo 48.° têm efeito directo e conferem aos particulares direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais devem salvaguardar [18]. Neste processo, o interessado era um importador que se queixava do facto de a tripulação do seu próprio navio não ter sido autorizada a desembarcar uma carga no porto de Génova, porque as operações de estiva no cais eram reservadas a uma empresa cujos trabalhadores tinham que ser de nacionalidade italiana. Além disso, em matéria de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no local de trabalho, que é sem dúvida igualmente concebida, antes do mais, como uma questão de *direitos* dos trabalhadores, o Tribunal de Justiça admitiu implicitamente no acórdão Stoeckel [19] o direito que um empregador tem de invocar, para se defender num processo que lhe foi movido com base em regras laborais nacionais que proíbem o trabalho nocturno, as disposições directamente aplicáveis da Directiva 76/207/CEE do Conselho relativa à concre-

13 — Acórdão de 14 de Dezembro de 1989 (C-3/87, Colect., p. I-4459).

14 — *Ibidem*, n.° 34.

15 — *Ibidem*, n.° 39; v., igualmente, o acórdão de 23 de Março de 1983, Peskeloglou (77/82, Recueil, p. 1085).

16 — Acórdão Agegate, referido *supra*, na nota 13, n.° 40.

17 — *Ibidem*, n.° 42.

18 — Acórdão de 10 de Dezembro de 1991 (C-179/90, Colect., p. I-5889, n.° 23 e dispositivo).

19 — Acórdão de 25 de Julho de 1991 (C-345/89, Colect., p. I-4047).

tização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres [20].

24. A extensão aos empregadores e às outras partes interessadas do direito de invocar as disposições do direito comunitário relativas à livre circulação dos trabalhadores está igualmente em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, no que respeita ao âmbito pessoal de aplicação de outras liberdades ligadas ao mercado interno. Nos acórdãos Luisi e Carbone [21] e Cowan [22], o Tribunal de Justiça decidiu que as disposições do Tratado relativas aos serviços, que só se referem expressamente à liberdade de *prestação* de serviços, podem ser igualmente invocadas pelos destinatários dos serviços, porque isto é um corolário necessário [23] e tinha, de facto, sido expressamente encarado desde o princípio [24]. No acórdão Bachmann [25], o Tribunal de Justiça declarou efectivamente, numa acção intentada por um destinatário de prestações de seguros, que as disposições do direito fiscal belga impugnadas constituíam uma restrição à livre prestação de serviços dos seguradores. É importante salientar que o artigo 59.°, tal como o artigo 48.°, n.os 1 e 2, está redigido, não em termos de direitos de uma categoria especial de pessoas, mas sim em termos de abolição de restrições. Uma definição ampla das pessoas para quem derivam direitos das disposições do Tratado relativas às liberdades económicas fundamentais não é, por conseguinte, incompatível com os textos relevantes. Reflecte a conclusão do Tribunal no acórdão Van Gend e Loos [26], segundo a qual o funcionamento do mercado comum, cuja instituição é o objectivo do Tratado, diz directamente respeito aos nacionais da Comunidade. Por conseguinte, os particulares podem fazer valer direitos directamente aplicáveis mesmo com base numa disposição do Tratado redigida sob a forma de uma proibição e a vigilância dos particulares cria um controlo eficaz da transposição do direito comunitário que acresce ao controlo que resulta dos artigos 169.° e 170.° do Tratado [27].

25. Seria estranho que os consumidores tivessem, em virtude do direito comunitário, um direito directamente aplicável de se dirigirem a outros Estados-Membros para beneficiar de serviços turísticos ou outros ou para lá irem fazer compras [28], mas que os empregadores não tivessem um direito equivalente de viajar para recrutar trabalhadores noutro Estado-Membro. Seria igualmente ilógico que um empregador se não pudesse queixar de limitações discriminatórias da sua capacidade para contratar trabalhadores no estrangeiro, enquanto uma agência de recrutamento que ele tivesse contratado para tal efeito poderia queixar-se perante os órgãos jurisdicionais nacionais das restrições à sua liberdade de prestação de serviços [29]. Os empregadores têm um interesse económico directo e real na eficácia do artigo 48.° Um

20 — Directiva de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho (JO L 39, p. 40; EE 05 F2 p. 70).

21 — Acórdão de 31 de Janeiro de 1984 (286/82 e 26/83, Recueil, p. 377, n.os 10 e 16).

22 — Acórdão de 2 de Fevereiro de 1989 (186/87, Colect., p. 195, n.° 15).

23 — Acórdão Luisi e Carbone, referido *supra*, na nota 21, n.° 10.

24 — *Ibidem*, n.os 12 e 14.

25 — Referido *supra*, na nota 4, n.° 31.

26 — Acórdão de 5 de Fevereiro de 1963 (26/62, Colect. 1962-1964, p. 205, n.° 12).

27 — *Ibidem*, n.° 13.

28 — V. o acórdão de 7 de Março de 1990, GB-INNO-BM (C-362/88, Colect., p. I-667, n.° 8).

29 — Sobre a relação entre as actividades de recrutamento e as disposições do Tratado em matéria de prestação de serviços, ver o acórdão de 27 de Março de 1990, Rush Portuguesa (C-113/89, Colect., p. I-1417, n.° 16); v., igualmente, o acórdão de 23 de Abril de 1991, Höfner e Elser (C-41/90, Colect., p. I-1979, n.os 35 a 40).

empregador é um participante incontornável no exercício, pelos trabalhadores, das liberdades que lhes são concedidas. Como particulares interessados, os empregadores podem desempenhar um papel eficaz no controlo da realização do mercado comum, que acresce ao que tem a Comissão nos termos do artigo 169.° do Tratado.

26. Concluo, por conseguinte, em resposta à primeira questão, que o artigo 48.° do Tratado confere aos empregadores no Estado de acolhimento o direito directamente aplicável de empregarem trabalhadores nacionais de outro Estado-Membro, sem estarem limitados por regras nacionais que estabelecem discriminações, directas ou indirectas, em razão da nacionalidade dos trabalhadores em causa.

A segunda questão

27. É contrário ao artigo 48.°, n.° 2, do Tratado, bem como ao artigo 3.°, n.° 1, do regulamento, que os Estados-Membros fixem condições de trabalho que sejam discriminatórias, de maneira indirecta ou dissimulada, por razões de nacionalidade. O Tribunal de Justiça já observou que as regras nacionais ao abrigo das quais se fazem distinções com base no critério da residência podem funcionar principalmente em detrimento de nacionais de outros Estados-Membros. Com efeito, os não residentes são, na maioria dos casos, não nacionais [30].

28. É, por conseguinte, evidente que a imposição de uma condição segundo a qual os gerentes que sejam designados por certas empresas na Áustria têm que residir neste país pode constituir uma discriminação indirecta em razão da nacionalidade. Todavia, esta discriminação aparente pode ser justificada pelas exigências do interesse geral [31]. Foram apresentadas duas justificações possíveis no presente processo, ambas ligadas ao facto de o gerente ser responsável em direito austríaco pelo exercício da actividade artesanal, comercial ou industrial.

29. Pode fazer-se referência, neste contexto, ao acórdão Van Binsbergen [32]. A análise feita pelo Tribunal de Justiça das regras profissionais impostas por Estados-Membros aos prestadores de serviços estabelecidos noutros Estados-Membros pode ser, para certos efeitos, estendida à situação de trabalhadores que, embora residam num Estado-Membro, ocupam lugares de responsabilidade noutro Estado. O Tribunal de Justiça declarou:

«Tendo em consideração a natureza especial das prestações de serviços, não se podem todavia considerar incompatíveis com o Tratado as condições específicas, impostas ao prestador, motivadas pela aplicação de regras profissionais justificadas pelo interesse geral — nomeadamente as regras relativas à organização, qualificação, deontologia, controlo e responsabilidade — que devem ser cumpridas por qualquer pessoa estabelecida no Estado onde a prestação é realizada, na

30 — V., por exemplo, o acórdão Schumacker, referido *supra*, na nota 4, n.° 28.

31 — V., por exemplo, o acórdão Schumacker, já referido, n.° 39.

32 — Acórdão de 3 de Dezembro de 1974 (33/74, Colect., p. 543).

medida em que o prestador escapasse à aplicação de tais regras devido ao facto de residir num outro Estado-Membro» [33].

30. A primeira justificação possível no caso vertente é que o requisito de residência garante o respeito da exigência de que o gerente esteja em condições de exercer efectivamente a sua actividade como tal, isto é, de que ele desempenhe um papel efectivo e não puramente formal. À luz da responsabilidade do gerente em relação às autoridades pela direcção da exploração, trata-se de um objectivo legítimo, que pode ser incluído na categoria das regras profissionais em matéria de organização, tal como foram definidas no acórdão Van Binsbergen. No entanto, o requisito de residência pode ser, consoante as circunstâncias, quer desnecessário, quer, de uma maneira mais fundamental, estranho à realização desse objectivo. Ele é desnecessário se, como foi sugerido, um trabalhador fronteiriço for capaz de efectuar as suas tarefas de gerente sem abandonar a sua residência num Estado-Membro vizinho. Todavia, à data dos factos do processo, verifica-se que R. Henssen residia em Berlim. É mais adequado, no presente caso, apreciar por que razão se pensa que o requisito de residência garante que se alcance o objectivo desejado. Ele é insuficiente se, apesar de residir na Áustria, o gerente não participar ou não puder participar, tal como é exigido, na gerência efectiva da sociedade. Haveria portanto uma atitude menos restritiva se as autoridades nacionais impusessem muito simplesmente, de maneira directa, uma condição de actividade efectiva, especificando, se necessário fosse, como acontece com certas empresas no GewO 1994, condições relativas ao horário de trabalho, e deixassem o gerente decidir, à luz das circunstâncias geográficas e outras, como é que iria conciliar a sua residência com essa condição.

33 — *Ibidem*, n.° 12.

31. Em segundo lugar, alegou-se que era necessário que o gerente residisse na Áustria para efeitos de notificação e de execução de sanções administrativas em caso de violação das regras aplicáveis ao exercício da actividade. Trata-se de um objectivo legítimo. Os Estados-Membros têm um interesse evidente em que as pessoas que exercem uma actividade artesanal, comercial ou industrial autorizada, de acordo com regras tais como as do GewO 1994, o façam publicamente e sem irregularidades e têm, portanto, o mesmo interesse em manter regras eficazes de controlo dessas pessoas. Em meu entender, este controlo, tal como o controlo fiscal e uma série de outras exigências imperativas de interesse geral, pode justificar uma restrição ao exercício das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado [34]. Tendo em conta a aparente dificuldade de executar sanções administrativas fora da competência jurisdicional do Estado, podem ser impostas condições para garantir que os gerentes não se furtam à aplicação das regras austríacas em matéria de responsabilidade profissional, estabelecendo a sua residência fora da Áustria.

32. Todavia, também deve ser considerado se não existem outros meios, menos restritivos, de alcançar este objectivo [35]. No que respeita à notificação de sanções, o Tribunal de Justiça já admitiu, no acórdão Van Binsbergen,

34 — Acórdãos de 20 de Fevereiro de 1979, Rewe-Central, dito «Cassis de Dijon» (120/78, Recueil, p. 649, n.° 8), e de 15 de Maio de 1997, Futura Participations e Singer (C-250/95, Colect., p. I-2471, n.° 31).

35 — Não foi alegado que os gerentes deviam residir na Áustria em primeiro lugar a fim de se permitir o exercício de uma competência para impor sanções administrativas. Por conseguinte, a análise que se segue faz unicamente referência aos problemas práticos suscitados pela notificação e pela execução de tais sanções.

no âmbito da necessidade de assegurar a observância de regras de conduta profissional relacionadas com o funcionamento da justiça e com o respeito da deontologia, a suficiência da escolha de um domicílio feita por um advogado, estabelecido em outro Estado-Membro, no Estado em questão [36]. No contexto do presente processo, é concebível que esta escolha de um domicílio pudesse ser feita no lugar de actividade do gerente ou, como foi sugerido pela Comissão, na sede da pessoa colectiva que o emprega, se ela estiver estabelecida na Áustria.

33. Todavia, o acórdão Van Binsbergen dizia respeito a um advogado que prestava serviços num Estado-Membro que não era o seu. O Tribunal de Justiça teve muita dificuldade em distinguir a situação de pessoas estabelecidas de modo permanente. A analogia com a prestação de serviços é menos convincente no caso de aplicação de regras profissionais essenciais a um trabalhador ocupado exclusivamente num Estado-Membro. Como não duvido que a República da Áustria tem o direito de exigir um mecanismo eficaz de execução das sanções administrativas, é preciso ver se existe para este fim um meio menos restritivo do que o requisito de residência. No acórdão Bachmann [37], o Tribunal de Justiça admitiu que as dificuldades que as autoridades fiscais de um Estado-Membro possam ter para executar um compromisso de um segurador estabelecido noutro Estado-Membro de pagar o imposto sobre importâncias devidas a um contribuinte estabelecido no primeiro Estado-Membro podiam justificar um tratamento fiscal indirectamente discriminatório das cotizações de seguros desta pessoa. Todavia, o Tribunal de Justiça declarou igualmente que «tal compromisso poderia ser, em princípio, acompanhado do depósito de uma caução pelo segurador...», embora admitindo que tal encargo seria proibitivo nas circunstâncias concretas do caso. [38].

34. Aliás, a restrição à livre circulação dos trabalhadores seria menor se um potencial gerente residente no estrangeiro tivesse a possibilidade de prestar às autoridades austríacas uma garantia de acatamento de eventuais sanções administrativas, quer através de um depósito, do congelamento de um certo montante numa conta bancária, da designação de uma pessoa como garante, quer por qualquer outro meio, em vez da mudança de residência. Os documentos disponíveis não permitem tomar posição sobre a questão de saber se tais medidas financeiras seriam susceptíveis de garantir o objectivo das autoridades austríacas. Pode haver aspectos das obrigações de uma pessoa que exerce uma actividade artesanal, comercial ou industrial que só podem ser eficazmente executados relativamente à pessoa do gerente responsável. É, portanto, adequado permitir que o órgão jurisdicional nacional decida se, à luz de todas as circunstâncias e dos objectivos do GewO 1994, uma garantia financeira satisfaz ou não as exigências do caso. Se assim for, julgo que a regra austríaca é mais restritiva do que aquilo que é necessário. Se assim não for, penso que ela é justificada, na falta de outros meios que permitam alcançar o objectivo de responsabilização da gestão.

36 — Referido *supra*, na nota 32, n.os 14 e 16.

37 — Referido *supra*, na nota 4, n.° 24.

38 — *Ibidem*, n.° 25.

35. Como é óbvio, mesmo o pesado requisito de que o gerente preste uma garantia só deve ser exigido quando a aplicação das sanções administrativas não puder ser assegurada de outro modo no Estado-Membro onde ele reside. Da mesma maneira, a escolha de um domicílio para receber notificações só deve ser imposta quando a notificação no lugar da residência não possa ser assegurada. Estas duas restrições poderiam ser evitadas se a notificação e a execução das sanções estivessem garantidas, por exemplo, por uma convenção internacional. Isto mesmo é, efectivamente, admitido na versão do § 39 do GewO 1994 — com as alterações que lhe foram introduzidas —, que, desde 1 de Julho de 1996, renuncia ao requisito de residência para os gerentes, quando a República da Áustria for parte numa convenção desse tipo com o seu Estado de residência. Verifica-se que uma convenção deste tipo foi concluída entre a República da Áustria e a República Federal da Alemanha, que era o Estado-Membro onde R. Henssen residia na data dos factos, e que essa convenção estava em vigor nessa altura [39]. No entanto, a apreciação desta questão cabe ao órgão jurisdicional nacional. Se essa convenção estivesse em vigor, resulta do acórdão que foi proferido pelo Tribunal de Justiça no processo Wielockx [40] que a condição imperativa de interesse geral em causa — que, nesse processo, era a coerência fiscal — estava suficientemente assegurada pela possibilidade de remeter para as respectivas cláusulas. O facto de nem todos os Estados-Membros terem ainda concluído tais convenções não impede que elas sejam invocadas para reduzir o mais possível as restrições à livre circulação dos trabalhadores, mesmo se daqui vier a resultar uma diferença nas condições impostas pelo Estado de acolhimento aos nacionais dos outros diferentes Estados-Membros. Por conseguinte, presumindo-se a eficácia da convenção em questão, o facto de impor um requisito de residência na Áustria a R. Henssen constitui uma medida desproporcionada, cujo carácter indirectamente discriminatório se não pode justificar à luz das exigências do interesse geral.

VI — Conclusão

36. À luz do que ficou dito, recomendo ao Tribunal de Justiça que responda às questões que lhe foram submetidas pelo órgão jurisdicional nacional da seguinte maneira:

1) Do artigo 48.° do Tratado decorre para os empregadores do Estado de acolhimento o direito directamente aplicável de empregarem trabalhadores nacionais de outro Estado-Membro, sem estarem limitados por regras nacionais que

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 — Acórdão de 11 de Agosto de 1995 (C-80/94, Colect., p. I-2493, n.° 25).

estabeleçam discriminações, directas ou indirectas, em razão da nacionalidade dos trabalhadores em causa.

2) Uma regra nacional segundo a qual o proprietário de uma exploração artesanal, comercial ou industrial só pode designar como gerente, para efeitos da aplicação das normas relativas a essas actividades, uma pessoa que resida no Estado-Membro de acolhimento constitui uma discriminação indirecta em razão da nacionalidade.

3) Tal regra nacional pode justificar-se pelo interesse dos Estados-Membros em assegurarem o respeito de normas nacionais ou de decisões administrativas relativas ao exercício de uma actividade artesanal, comercial ou industrial autorizada, salvo se o mesmo objectivo puder ser efectivamente assegurado mediante uma garantia financeira ou pelas cláusulas de uma convenção internacional aplicável.