

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL

VERICA TRSTENJAK

apresentadas em 13 de Setembro de 2007

Índice

I	— Introdução .....	I - 4331
II	— Quadro jurídico .....	I - 4331
	A — Direito comunitário .....	I - 4331
	B — Direito nacional .....	I - 4333
III	— Procedimento pré-contencioso .....	I - 4337
IV	— Processo no Tribunal de Justiça e pedidos das partes .....	I - 4338
V	— Principais argumentos das partes .....	I - 4339
	A — Primeira crítica: transposição defeituosa do artigo 3.º, n.ºs 1 e 10, da Directiva 96/71 .....	I - 4340
	— Exigência de um contrato de trabalho por escrito ou de um documento considerado análogo, nos termos da Directiva 91/533/CEE (artigo 1.º, n.º 1, ponto 1, da Lei de 20 de Dezembro de 2002) .....	I - 4340
	— Adaptação automática da remuneração à evolução do custo de vida (artigo 1.º, n.º 1, ponto 2, da Lei de 20 de Dezembro de 2002) .....	I - 4340
	— Cumprimento da regulamentação relativa ao trabalho a tempo parcial e a prazo certo (artigo 1.º, n.º 1, ponto 8, da Lei de 20 de Dezembro de 2002) ..	I - 4340
	— Cumprimento das convenções colectivas de trabalho (artigo 1.º, n.º 1, ponto 11, da Lei de 20 de Dezembro de 2002) .....	I - 4341
	B — Segunda crítica: transposição incompleta do artigo 3.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 96/71 .....	I - 4341
	C — Terceira crítica: falta de clareza relativamente às medidas de fiscalização ....	I - 4341

D —	<i>Quarta crítica: exigência de um mandatário ad hoc</i> .....	I - 4342
VI —	Apreciação jurídica .....	I - 4342
A —	Nota introdutória .....	I - 4342
	1. Finalidade legislativa da Directiva 96/71 .....	I - 4342
	2. Quadro jurídico da apreciação .....	I - 4343
B —	Exame dos fundamentos da acção .....	I - 4345
	Primeira crítica .....	I - 4345
	1. O conceito de ordem pública no artigo 3.º, n.º 10, da Directiva 96/71 ..	I - 4345
	2. As disposições do artigo 1.º, n.º 1, pontos 1, 2, 8 e 11, da Lei de 20 de Dezembro de 2002 .....	I - 4348
	— Exigência de um contrato de trabalho por escrito ou de um docu- mento considerado análogo, nos termos da Directiva 91/533 .....	I - 4348
	— Adaptação automática da remuneração à evolução do custo de vida ..	I - 4350
	— Cumprimento da regulamentação do trabalho a tempo parcial e a termo certo .....	I - 4350
	— Cumprimento das convenções colectivas de trabalho .....	I - 4352
	Segunda crítica .....	I - 4354
	Terceira crítica .....	I - 4355
	Quarta crítica .....	I - 4359
VII —	Despesas do processo .....	I - 4362
VIII —	Conclusão .....	I - 4362

## I — Introdução

1. O presente processo diz respeito a uma acção por incumprimento intentada pela Comissão, nos termos do artigo 226.º CE, em que esta pede ao Tribunal de Justiça que declare que o Grão-Ducado do Luxemburgo, em virtude das condições que impõe às empresas com sede noutro Estado-Membro que destacam trabalhadores para prestarem serviços no Luxemburgo, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 3.º, n.ºs 1 e 10, da Directiva 96/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro de 1996, relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços<sup>2</sup> (a seguir «Directiva 96/71»), e dos artigos 49.º CE e 50.º CE.

estabelecidos num Estado da Comunidade que não seja o do destinatário da prestação.

3. O artigo 50.º, primeiro parágrafo, CE define tais serviços como as prestações realizadas normalmente mediante remuneração, na medida em que não sejam reguladas, designadamente, pelas disposições relativas à livre circulação de capitais e de pessoas. Segundo o último parágrafo do artigo 50.º CE, o prestador de serviços pode, para a execução da prestação, exercer, a título temporário, a sua actividade no Estado onde a prestação é realizada, nas mesmas condições que esse Estado impõe aos seus próprios nacionais.

4. O artigo 3.º, n.ºs 1 e 10, da Directiva 96/71 determina o seguinte, sob a epígrafe «Condições de trabalho e emprego»:

## II — Quadro jurídico

### A — *Direito comunitário*

2. Nos termos do artigo 49.º, primeiro parágrafo, CE, são proibidas as restrições à livre prestação de serviços na Comunidade em relação aos nacionais dos Estados-Membros

«1. Os Estados-Membros providenciarão no sentido de que, independentemente da lei aplicável à relação de trabalho, as empresas referidas no n.º 1 do artigo 1.º garantam aos trabalhadores destacados no seu território as condições de trabalho e de emprego relativas às matérias adiante referidas que, no território do Estado-Membro onde o trabalho for executado, sejam fixadas:

— por disposições legislativas, regulamentares ou administrativas

2 — JO 1997, L 18, p. 1.

e/ou

f) Medidas de protecção aplicáveis às condições de trabalho e emprego das mulheres grávidas e das puérras, das crianças e dos jovens;

— por convenções colectivas ou decisões arbitrais declaradas de aplicação geral na acepção do n.º 8, na medida em que digam respeito às actividades referidas no anexo:

g) Igualdade de tratamento entre homens e mulheres, bem como outras disposições em matéria de não discriminação;

a) Períodos máximos de trabalho e períodos mínimos de descanso;

Para efeitos da presente directiva, a noção de ‘remunerações salariais mínimas’ referida na alínea c) do n.º 1 é definida pela legislação e/ou pela prática nacional do Estado-Membro em cujo território o trabalhador se encontra destacado.

b) Duração mínima das férias anuais remuneradas;

c) Remunerações salariais mínimas, incluindo as bonificações relativas a horas extraordinárias; a presente alínea não se aplica aos regimes complementares voluntários de reforma;

[...]

10. A presente directiva não obsta a que, no respeito pelo Tratado, os Estados-Membros imponham às empresas nacionais e de outros Estados, de forma igual:

d) Condições de disponibilização dos trabalhadores, nomeadamente por empresas de trabalho temporário;

— condições de trabalho e emprego relativas a matérias que não as referidas no n.º 1, na medida em que se trate de disposições de ordem pública;

e) Segurança, saúde e higiene no trabalho;

— condições de trabalho e emprego fixadas nas convenções colectivas ou decisões arbitrais na acepção do n.º 8, relativas a actividades não previstas no anexo.»

5. Aquando da adopção da directiva ora em causa foi aprovada uma declaração (declaração 10), segundo a qual os termos «disposições de ordem pública» devem ser considerados como abrangendo as «disposições obrigatórias para as quais não pode haver derrogação e que, pela sua natureza e objectivo, respondem às exigências imperativas do interesse público. Essas disposições poderão incluir, em particular, a proibição do trabalho forçado ou a implicação de autoridades públicas no controlo da observância da legislação relativa às condições de trabalho»<sup>3</sup>.

## B — *Direito nacional*

6. O artigo 1.º da Lei luxemburguesa de 20 de Dezembro de 2002, relativa à transposição da Directiva 96/71 e às medidas de fiscalização da aplicação do direito do trabalho (a seguir «Lei de 20 de Dezembro de 2002») <sup>4</sup>, prevê o seguinte:

3 — A declaração 10 não foi publicada no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*. Porém, o seu conteúdo foi reproduzido na comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, de 25 de Julho de 2003, COM(2003) 458 final, p. 13.

4 — Lei de 20 de Dezembro de 2002 sobre a transposição da Directiva 96/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro de 1996, relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços, e sobre a regulamentação do controlo da aplicação do direito do trabalho (*Mémorial A*, de 31 de Dezembro de 2002, n.º 154, p. 3722).

«1. Constituem disposições imperativas de direito interno, em especial no que concerne às disposições relativas a acordos e contratos segundo a Lei de 27 de Março de 1986 para aprovação da Convenção de Roma, de 19 de Junho de 1980, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, e aplicam-se enquanto tal a todos os trabalhadores que exerçam uma actividade no território do Grão-Ducado de Luxemburgo, incluindo aos que se encontrem temporariamente destacados no Luxemburgo, qualquer que seja a duração ou natureza do destacamento, todas as disposições legislativas, regulamentares e administrativas, bem como as que resultam de convenções colectivas declaradas de aplicação geral ou decisões arbitrais com um âmbito de aplicação semelhante ao das convenções colectivas, que digam respeito:

1. ao contrato de trabalho escrito ou ao documento elaborado nos termos da Directiva 91/533/CEE, de 14 de Outubro de 1991, relativa à obrigação de a entidade patronal informar o trabalhador sobre as condições aplicáveis ao contrato ou à relação de trabalho;
2. ao salário mínimo e à adaptação automática da remuneração à evolução do custo de vida;
3. ao período de trabalho e ao período semanal de descanso;

- |  |   |
|--|---|
| 4. às férias remuneradas;  | 12. à inactividade obrigatória resultante de disposições legais sobre desemprego condicionado por factores atmosféricos ou técnicos;  |
| 5. ao encerramento da empresa para férias;   | 13. ao trabalho clandestino ou ilegal, incluindo as disposições sobre a autorização de trabalho para trabalhadores não originários de um Estado-Membro do Espaço Económico Europeu;   |
| 6. aos feriados legais;  |   |
| 7. à regulamentação do trabalho temporário e da cedência temporária de trabalhadores;  | 14. à segurança e à saúde dos trabalhadores no local de trabalho, em geral, e, mais especificamente, às regras de prevenção de acidentes da Association d'assurance contre les accidents, estabelecidas nos termos do artigo 154.º do código dos seguros sociais, bem como às prescrições mínimas em matéria de segurança e protecção da saúde que tenham sido aprovadas por regulamento do Grão-Ducado após parecer obrigatório do Conselho de Estado e com acordo da conferência dos presidentes da câmara dos deputados, com base no artigo 14.º da Lei de 17 de Junho de 1994 relativa à segurança e à protecção da saúde no local de trabalho. |
| 8. à regulamentação do trabalho a tempo parcial e a prazo certo;   |   |
| 9. às medidas de protecção aplicáveis às condições de trabalho e de emprego das crianças e dos jovens e das mulheres grávidas e das puérperas; | 2. As disposições referidas no n.º 1 do presente artigo aplicam-se a todos os trabalhadores, qualquer que seja a sua nacionalidade, que estejam ao serviço de uma qualquer empresa, independentemente da nacionalidade e da localização, jurídica ou efectiva, da sua sede.»  |
| 10. à não discriminação;   | 7. O artigo 2.º da mesma lei determina o seguinte:  |
| 11. às convenções colectivas de trabalho;  | «1. As disposições do artigo 1.º da presente lei aplicam-se igualmente a todas as empresas  |

que, no âmbito de uma prestação transnacional de serviços, destaquem trabalhadores para o território do Grão-Ducado do Luxemburgo, com excepção do pessoal tripulante da marinha mercante (marítima).

2. Entende-se por 'destacamento', no sentido do n.º 1, qualquer das seguintes actividades, desde que durante o período de destacamento exista uma relação de trabalho entre a empresa que procede ao destacamento e o trabalhador:

1. o destacamento de um trabalhador, ainda que por um período curto ou previamente determinado, por conta e sob a direcção de uma das empresas referidas no n. 1, para o território do Grão-Ducado do Luxemburgo, no âmbito de um contrato celebrado entre a empresa que procede ao destacamento e o destinatário da prestação de serviços estabelecido ou com actividade no Luxemburgo;

2. o destacamento de um trabalhador, ainda que por um período curto ou previamente determinado, para o território do Grão-Ducado do Luxemburgo, para uma filial da empresa que procede ao destacamento ou para uma empresa que pertença ao mesmo grupo de que aquela faça parte;

3. sem prejuízo da aplicação da Lei de 19 de Maio de 1994 sobre o regime da disponibilização de trabalhadores e da cedência temporária de trabalhadores, o destacamento de um trabalhador, ainda que por um período curto ou previamente determinado, através de uma empresa de trabalho temporário ou, no caso de empréstimo de mão-de-obra, o destacamento de um trabalhador de uma empresa utilizadora estabelecida no território do Grão-Ducado do Luxemburgo ou que nele exerce a sua actividade.

3. Entende-se por trabalhador destacado qualquer trabalhador que normalmente exerce a sua actividade no estrangeiro e que por um período de tempo limitado presta o seu trabalho no território do Grão-Ducado do Luxemburgo.

4. A noção de 'relação de trabalho' é definida nos termos do direito luxemburguês.»

8. O artigo 7.º da Lei de 20 de Dezembro de 2002 estatui:

«1. Para efeitos de aplicação da presente lei, qualquer empresa, ainda que tenha a sua sede fora do território do Grão-Ducado do Luxemburgo e exerça habitualmente a sua actividade fora do território luxemburguês, se tiver um ou mais trabalhadores a exercer a sua actividade no Luxemburgo, incluindo aqueles que foram destacados para o Luxemburgo nos termos dos artigos 1.º e 2.º da presente lei, deve colocar à disposição da inspecção do trabalho, antes do início

do trabalho, mediante simples pedido e no mais curto de espaço de tempo possível, os elementos essenciais indispensáveis para efeitos de fiscalização, em especial:

— apelidos, nomes próprios, local e data de nascimento, estado civil, nacionalidade e profissão dos trabalhadores;

— a exacta qualificação profissional dos trabalhadores;

— a qualidade em que foram contratados pela empresa e a actividade que aí exercem regularmente;

— a morada e, se for caso disso, o domicílio permanente dos trabalhadores;

— se for caso disso, a autorização de permanência ou de trabalho;

— o local ou locais de trabalho no Luxemburgo e a duração dos trabalhos;

— uma cópia do formulário 101 ou, se for caso disso, a indicação precisa da entidade de segurança social junto da qual

o trabalhador esteja seguro durante a sua permanência no território do Grão-Ducado do Luxemburgo;

— uma cópia do contrato de trabalho ou do documento elaborado nos termos da Directiva 91/533/CEE de 14 de Outubro de 1991, relativa à obrigação de a entidade patronal informar o trabalhador sobre as condições aplicáveis ao contrato ou à relação de trabalho.

2. A aplicação do presente artigo poderá vir a ser objecto de regulamentação mais detalhada por regulamento grão-ducal.»

9. O artigo 8.º da mesma lei determina o seguinte:

«Qualquer empresa estabelecida no estrangeiro e que aí tenha a sua sede ou que não se encontre domiciliada no Luxemburgo na acepção da lei fiscal, mas que tenha um ou mais trabalhadores a exercerem, a qualquer título, uma actividade no Luxemburgo, está obrigada a conservar no Luxemburgo os documentos necessários à comprovação do cumprimento dos deveres que lhe são impostos pela presente lei, em especial pelo artigo 7.º, através de um mandatário *ad hoc*, residente no Luxemburgo. Estes documentos devem ser apresentados à inspecção do trabalho e das minas, mediante simples pedido, no mais curto de espaço de tempo possível. A inspecção do trabalho e das minas, deve ser informada previamente, por carta registada com aviso de recepção, pela empresa ou pelo mandatário referido no período anterior, do local exacto em que esses documentos se encontram, antes do



início do exercício da actividade assalariada em causa.»

- o artigo 7.º da Lei de 20 de Dezembro de 2002, que obriga as empresas que têm trabalhadores a exercer uma actividade permanente ou temporária no Luxemburgo a tornar acessível à Inspection du travail et des mines (inspecção do trabalho luxemburguesa) «antes do início do trabalho», «mediante simples pedido» e «no mais curto espaço de tempo possível» as indicações essenciais indispensáveis a uma fiscalização, não é suficientemente claro para garantir a segurança jurídica;

### III — Procedimento pré-contencioso

10. A Comissão, através de interpelação para apresentação de observações, de 1 de Abril de 2004, chamou a atenção do Governo luxemburguês para algumas imprecisões na transposição da Directiva 96/71, através da Lei de 20 de Dezembro de 2002. A Comissão, admitindo um possível incumprimento tanto da Directiva 96/71 como dos artigos 49.º CE e 50.º CE, fez as seguintes críticas:

- a Lei de 20 de Dezembro de 2002 impõe às empresas que têm sede noutro Estado-Membro e que destacam trabalhadores para prestarem serviços no Luxemburgo condições de trabalho e emprego que ultrapassam o previsto no artigo 3.º, n.ºs 1 e 10, da Directiva 96/71;

- a Lei de 20 de Dezembro de 2002 transpõe de modo incompleto a Directiva 96/71, uma vez que a legislação nacional limita a noção de «períodos mínimos de descanso» apenas ao descanso semanal, excluindo outros períodos de descanso, tais como o descanso diário ou os tempos de pausa;

- o artigo 8.º da Lei de 20 de Dezembro de 2002 restringe a livre prestação de serviços, uma vez que obriga as empresas a designarem um mandatário *ad hoc*, residente no Luxemburgo, encarregado de conservar os documentos necessários para a fiscalização das obrigações que incumbem às referidas empresas.

11. O Governo luxemburguês, na sua resposta de 30 de Agosto de 2004, alegou que as disposições legais criticadas pela Comissão, relativas à aplicabilidade das condições de trabalho e emprego, constituem disposições de ordem pública, na acepção do artigo 3.º, n.º 10, da Directiva 96/71.

12. O Governo luxemburguês, no tocante à segunda crítica, reconheceu ter transposto de modo incompleto a Directiva 96/71.

13. Já no que se refere à terceira e à quarta críticas, o Governo luxemburguês descreveu as disposições contidas no artigo 7.º da Lei de 20 de Dezembro de 2002 como compatíveis com o direito comunitário, por considerar que a obrigação de designação de um mandatário *ad hoc*, residente no Luxemburgo, encarregado de conservar os documentos necessários para a fiscalização das obrigações que incumbem às empresas, não obriga à prestação de uma declaração prévia nem constitui uma exigência discriminatória. Segundo o Governo luxemburguês, estão em causa, pelo contrário, medidas sem as quais as autoridades nacionais competentes não conseguiriam cumprir a sua função de fiscalização.

14. A Comissão não considerou esta resposta satisfatória e decidiu, por isso, enviar ao Governo luxemburguês um parecer fundamentado, com data de 18 de Outubro de 2005, em que acusou o Grão-Ducado do Luxemburgo de não cumprir as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 3.º, n.ºs 1 e 10, da Directiva 96/71 e dos artigos 49.º CE e 50.º CE,

— ao afirmar que as disposições dos pontos 1, 2, 8 e 11 do n.º 1 do artigo 1.º da Lei de 20 de Dezembro de 2002 constituem disposições de polícia administrativa no âmbito da «ordem pública nacional»;

— ao ter transposto de maneira incompleta as disposições do artigo 3.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 96/71, através do artigo 1.º, n.º 1, ponto 3, desta lei;

— ao enunciar, no artigo 7.º, n.º 1, desta lei, condições formuladas sem a clareza necessária para garantir a segurança jurídica;

— ao impor, no artigo 8.º desta lei, a conservação no Luxemburgo, na posse de um mandatário *ad hoc* aí residente, dos documentos necessários à fiscalização.

15. Além disso, a Comissão fixou ao Grão-Ducado do Luxemburgo um prazo de dois meses a contar da notificação para que este procedesse em conformidade com o parecer fundamentado.

16. O Governo luxemburguês, por carta de 22 de Dezembro de 2005, requereu a prorrogação do prazo, a fim de poder expor o seu ponto de vista. No entanto, o parecer fundamentado da Comissão ficou por responder, pelo que a Comissão intentou a presente acção.

#### **IV — Processo no Tribunal de Justiça e pedidos das partes**

17. A Comissão pede, na petição que deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça no dia 20 de Julho de 2006, que:

— se declare que

se condene o Grão-Ducado do Luxemburgo nas despesas.

1. ao afirmar que as disposições dos pontos 1, 2, 8 e 11 do n.º 1 do artigo 1.º da Lei de 20 de Dezembro de 2002 constituem disposições de polícia administrativa no âmbito da «ordem pública nacional»;

18. O Governo luxemburguês, na contestação por si apresentada no dia 5 de Outubro de 2006, pede que a acção seja julgada improcedente e que a Comissão seja condenada nas despesas.

2. ao ter transposto de maneira incompleta as disposições do artigo 3.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 96/71, através do artigo 1.º, n.º 1, ponto 3, desta lei;

3. ao enunciar, no artigo 7.º, n.º 1, desta lei, condições formuladas sem a clareza necessária para garantir a segurança jurídica;

19. A Comissão replicou no dia 10 de Novembro de 2006 e o Governo luxemburguês treplicou no dia 12 de Janeiro de 2007, tendo-se seguidamente encerrado a fase escrita. Não se realizou debate oral.

4. ao impor, no artigo 8.º desta lei, a conservação no Luxemburgo, na posse de um mandatário *ad hoc* aí residente, dos documentos necessários à fiscalização;

## V — Principais argumentos das partes

o Grão-Ducado do Luxemburgo não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 3.º, n.ºs 1 e 10, da Directiva 96/71 e dos artigos 49.º CE e 50.º CE,

20. A Comissão baseia a sua acção em quatro críticas que dirige ao diploma de transposição luxemburguês.

A — *Primeira crítica: transposição defeituosa do artigo 3.º, n.ºs 1 e 10, da Directiva 96/71*

21. A Comissão imputa ao Grão-Ducado do Luxemburgo a transposição defeituosa da Directiva 96/71, fazendo reparos, no âmbito da primeira crítica, a quatro disposições contidas na Lei de 20 de Dezembro de 2002. No seu entendimento, o Luxemburgo, ao afirmar sem razão que todas essas quatro disposições são de ordem pública, está a impor às empresas que destacam trabalhadores para o Luxemburgo obrigações que ultrapassam o previsto na Directiva 96/71. No seu entendimento, a transposição assenta numa interpretação demasiado extensiva da noção de «disposições de ordem pública», referida no artigo 3.º, n.º 10, da Directiva 96/71. Essas disposições têm de ser analisadas à luz da declaração 10 relativa à Directiva 96/71, que precisa esta noção.

— Exigência de um contrato de trabalho por escrito ou de um documento considerado análogo, nos termos da Directiva 91/533/CEE (artigo 1.º, n.º 1, ponto 1, da Lei de 20 de Dezembro de 2002)

22. Esta acusação diz respeito à obrigação legal de apenas se poderem destacar trabalhadores que estejam vinculados à empresa por contrato de trabalho escrito ou por um documento considerado análogo nos termos da Directiva 91/533/CEE (a seguir «Directiva 91/533»). A Comissão é de opinião de que a fiscalização relativa ao cumprimento das obrigações decorrentes da Directiva 91/533,

em caso de destacamento, compete unicamente às autoridades do Estado do estabelecimento, ao qual compete transpor essa directiva, e não ao Estado de acolhimento.

— Adaptação automática da remuneração à evolução do custo de vida (artigo 1.º, n.º 1, ponto 2, da Lei de 20 de Dezembro de 2002)

23. A Comissão considera que a legislação luxemburguesa, ao exigir a adaptação automática da remuneração à evolução do custo de vida, está em contradição com a Directiva 96/71, que apenas prevê a necessidade de regulamentação das remunerações salariais mínimas pelo Estado do destacamento.

— Cumprimento da regulamentação relativa ao trabalho a tempo parcial e a prazo certo (artigo 1.º, n.º 1, ponto 8, da Lei de 20 de Dezembro de 2002)

24. A Comissão entende que, nos termos da Directiva 96/71, o Estado de acolhimento não pode impor a sua legislação em matéria de trabalho a tempo parcial e a prazo certo às empresas que destacam trabalhadores.

— Cumprimento das convenções colectivas de trabalho (artigo 1.º, n.º 1, ponto 11, da Lei de 20 de Dezembro de 2002)

25. A Comissão considera que as convenções colectivas de trabalho não podem, em abstracto e independentemente do seu conteúdo material, constituir normas de polícia, no âmbito da «ordem pública nacional».

26. O Governo luxemburguês remete amplamente para a exposição que consta da sua resposta de 30 de Agosto de 2004, segundo a qual as disposições do artigo 1.º da Lei de 20 de Dezembro de 2002 constituem disposições de ordem pública por visarem a protecção dos trabalhadores. O Governo luxemburguês, ainda que considere no essencial pertinente a remissão da Comissão para a declaração 10 relativa à Directiva 96/71, relembra que a referida declaração não foi publicada no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, não podendo, por isso, ser chamada à colação como auxiliar de interpretação. Em qualquer caso, o Governo luxemburguês considera que as disposições previstas no artigo 1.º da Lei de 20 de Dezembro de 2002 se encontram justificadas por razões imperativas de interesse geral. Remete, por fim, de modo a alicerçar o seu entendimento, para o processo legislativo que conduziu à proposta da Comissão para uma directiva relativa aos serviços no mercado interno<sup>5</sup>.

5 — Proposta alterada de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos serviços no mercado interno, de 4 de Abril de 2006, COM(2006) 160 final.

B — *Segunda crítica: transposição incompleta do artigo 3.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 96/71*

27. O Governo luxemburguês reconhece a transposição incompleta da Directiva 96/71 e remete para uma alteração legislativa de 19 de Maio de 2006.

28. A Comissão alega que não foi informada da mesma.

C — *Terceira crítica: falta de clareza relativamente às medidas de fiscalização*

29. A Comissão entende que o artigo 7.º, n.º 1, da Lei de 20 de Dezembro de 2002 não se encontra formulado de modo suficientemente claro para garantir segurança jurídica às empresas que queiram destacar trabalhadores para o Luxemburgo. Esta disposição, ao aumentar o risco que essas empresas correm de violarem a lei, constitui uma restrição injustificada da livre prestação de serviços. Em qualquer caso, a obrigação de tornar acessíveis à inspecção do trabalho antes do início do trabalho, mediante simples pedido e no mais curto espaço de tempo possível, as indicações essenciais indispensáveis para uma fiscalização, equivale a uma declaração prévia não compatível com o artigo 49.º CE.

30. O Governo luxemburguês, contrariamente, considera o texto da lei suficientemente claro. Em qualquer caso, entende que a formulação do artigo 7.º, n.º 1, da Lei de 20 de Dezembro de 2002 não exige a prestação de uma declaração prévia.

do início do trabalho, independentemente da data em que ocorreu o destacamento.

## VI — Apreciação jurídica

### D — Quarta crítica: exigência de um mandatário *ad hoc*

31. A Comissão considera que a necessidade, prevista no artigo 8.º da Lei de 20 de Dezembro de 2002, de designação de um mandatário *ad hoc*, residente no Luxemburgo, encarregado de conservar os documentos necessários para fiscalização do cumprimento das obrigações que incumbem às empresas, por um período de tempo que vai além do da prestação de serviços em si mesma, constitui uma restrição à livre prestação de serviços. Segundo a Comissão, esta obrigação não só é supérflua, à luz da cooperação em matéria de informação, prevista no artigo 4.º da Directiva 96/71, como também implica despesas para as empresas em causa.

32. O Governo luxemburguês, contrariamente, entende que o sistema de cooperação em matéria de informação, referido pela Comissão, não permite às autoridades administrativas competentes proceder à fiscalização com a eficiência necessária. Alega, ainda, que a Lei de 20 de Dezembro de 2002 não prevê qualquer forma jurídica específica para o exercício da função de mandatário. Além disso, só se exige que a entrega dos documentos necessários esteja feita no dia

### A — Nota introdutória

#### 1. Finalidade legislativa da Directiva 96/71

33. A Directiva 96/71 determina a aplicação de determinadas condições imperativas de trabalho e emprego, previstas no Estado de acolhimento, aos trabalhadores destacados. Através da fixação destas condições mínimas de trabalho e de emprego quiseram-se atingir três objectivos muito diferentes: evitar distorções da concorrência, salvaguardar os direitos dos trabalhadores destacados e eliminar obstáculos e incertezas que restringem a livre prestação de serviços.

34. O ponto de partida do raciocínio da Comissão e do Conselho foi a livre prestação de serviços, estabelecida no artigo 49.º CE, que permite que um número crescente de empresas destaque trabalhadores para executarem temporariamente um trabalho no território de um Estado-Membro diferente do Estado onde habitualmente

trabalham. Segundo o legislador comunitário, a concorrência leal e a adopção de medidas que garantam o respeito pelos direitos dos trabalhadores constituem pressupostos da promoção da livre circulação de serviços.<sup>6</sup> Atendendo às diferenças entre os Estados-Membros relativamente ao conteúdo das condições de trabalho a respeitar em cada um, donde decorre a possibilidade de existência de divergências para com as que vigoram no Estado de acolhimento, poderia resultar a situação de se aplicarem aos trabalhadores destacados remunerações salariais mais baixas e condições diferentes das que vigoram no Estado de acolhimento. Uma situação deste tipo produziria efeitos relativamente à concorrência leal entre as empresas e ao nível do princípio da igualdade de tratamento entre empresas estrangeiras e nacionais, o que é inaceitável do ponto de vista social. Pretende-se obstar a tais distorções da concorrência através da concomitante aplicação às empresas estrangeiras de um «núcleo duro» do direito do trabalho do Estado de acolhimento.

35. Pretende-se também solucionar os problemas levantados pela transnacionalização das relações de trabalho, quanto à legislação que lhes é aplicável<sup>7</sup>. A directiva, ao determinar quais são as disposições de direito nacional que são imperativas na acepção do artigo 7.º da Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (a seguir «Convenção de Roma»), no âmbito do destacamento de trabalhadores, quis tornar previsíveis as condições de trabalho

aplicáveis e, assim, aumentar a segurança jurídica<sup>8</sup>.

## 2. Quadro jurídico da apreciação

36. Quero notar, no que toca ao quadro jurídico-material à luz do qual o Tribunal de Justiça é chamado a julgar acerca da compatibilidade das disposições luxemburguesas controvertidas com o direito comunitário, que a Directiva 96/71 apenas realiza um trabalho de harmonização parcial da matéria relativa ao destacamento de trabalhadores<sup>9</sup>. Deve, antes de mais, ser conside-

8 — No sétimo ao décimo primeiro considerando da Directiva 96/71 trata-se da relação com a Convenção de Roma, cujo artigo 6.º trata dos contratos individuais de trabalho e das relações de trabalho das pessoas singulares. Segundo esta disposição, o que se aplica — seja como limite à liberdade de escolha ou como regime supletivo regulador do contrato — é a «[...] lei do país em que o trabalhador, no cumprimento do contrato, presta habitualmente o seu trabalho, mesmo que tenha sido destacado temporariamente para outro país» [artigo 6.º, n.º 2, alínea a), da Convenção de Roma]. Esta disposição é modificada pela Directiva 96/71, no sentido de que para as condições de trabalho e emprego nela enunciadas se aplica a lei do local em que o trabalho é efectivamente prestado, a menos que a lei substantiva aplicável ao contrato de trabalho, nos termos do artigo 6.º da Convenção de Roma, preveja condições mais favoráveis. Segundo Jayme, E./Kohler C. — «Europäisches Kollisionsrecht 1997 — Vergemeinschaftung durch 'Säulenwechsel'», *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, ano 17.º, n.º 6, 1997, p. 400, pode-se entender a directiva relativa ao destacamento como uma concretização das «disposições imperativas», na acepção do artigo 7.º da Convenção de Roma, visto o décimo considerando o mencionar expressamente.

9 — V. n.º 28 das conclusões do advogado-geral P. Léger de 23 de Fevereiro de 2006, Comissão/Austria (acórdão de 21 de Setembro de 2006, C-168/04, Colect., p. I-9041). A matéria relativa ao destacamento de trabalhadores ainda não se encontra harmonizada. Segundo o octogésimo sexto considerando da Directiva 2006/123/CE, de 12 de Dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno (JO L 376, p. 36), essa matéria é expressamente excluída do âmbito de aplicação desta directiva. Por iniciativa do Parlamento Europeu e do Conselho foi suprimida de um anterior projecto de directiva uma proposta da Comissão relativa à eliminação dos obstáculos burocráticos e à obrigação de cooperação entre os Estados-Membros no contexto do destacamento de trabalhadores ou de nacionais de Estados terceiros. V., a este propósito, a proposta alterada de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos serviços no mercado interno, de 4 de Abril de 2006, COM(2006) 160 final, pp. 15 e segs.

6 — V. quinto considerando.

7 — V. sexto considerando.



rada como uma norma de conflitos do direito do trabalho comunitário, que incide sobre os pormenores e as condições da relação de trabalho do trabalhador destacado<sup>10</sup>. Diversamente, não faz parte do objectivo da Directiva 96/71 regular a entrada e permanência no território do Estado-Membro de acolhimento<sup>11</sup>, de modo que as restrições à livre prestação de serviços no âmbito do destacamento transnacional de trabalhadores têm também, por princípio, de ser apreciadas à luz das disposições respectivas do Tratado CE, em especial do artigo 49.

37. No caso em apreço, em que está em causa a fiscalização jurisdicional da conformidade de certa medida nacional com o direito comunitário, no contexto de um processo de incumprimento instaurado de acordo com o artigo 226.º CE, importa analisar se o incumprimento invocado é apenas da Directiva 96/71 ou se diz respeito directamente ao artigo 49.º CE. Se as regulamentações estatais sobre as prestações de serviços transnacionais violam a directiva, não se aplica o Tratado, ainda que, sendo a sua fonte de inspiração, toda a violação da directiva implique, afinal, a do Tratado. Porém, se violam directamente o Tratado, escapando ao pormenor da directiva que o desenvolve, a única referência possível assenta no próprio Tratado<sup>12</sup>.

10 — *chajt*, Baden-Baden, 2001, pp. 254 e 259, defende o entendimento segundo o qual a directiva relativa ao destacamento não harmoniza as condições de trabalho e apenas limita a liberdade de escolha das normas de conflitos. Däubler, W. — «Die Entsende-Richtlinie und ihre Umsetzung in das deutsche Recht», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1997, p. 614, chama a atenção para o facto de a Directiva 96/71 se basear especialmente no artigo 57.º, n.º 2, do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 47.º, n.º 2, CE) e no artigo 66.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 55.º CE). O artigo 66.º do Tratado CE remete para as possibilidades de execução e de derrogação existentes no âmbito da liberdade de estabelecimento, ordenando a sua aplicação à matéria da prestação de serviços. Nos termos do artigo 57.º, n.º 2, do Tratado CE, o Conselho, para efeitos de coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros, pode adoptar directivas para assim facilitar o exercício das liberdades fundamentais (estabelecimento e prestação de serviços). Materialmente, foi isto que sucedeu. A directiva coordena os pressupostos de direito do trabalho que os prestadores de serviços têm que cumprir. Forgó, K. — «Aktuelles zur Entsenderichtlinie», *ecolx*, 1996, p. 818, afirma que as diferenças resultantes de normas de conflitos divergentes são eliminadas através da Directiva 96/71. Contudo, as diferenças resultantes dos vários regimes nacionais de direito do trabalho são mantidas mesmo após a entrada em vigor da Directiva 96/71, uma vez que esta não prevê uma harmonização ao nível dos conteúdos. Borgmann, B. — «Kollisionsrechtliche Aspekte des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes», *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1996, p. 319, vê na Directiva 96/71 uma coordenação das normas imperativas internacionais no âmbito do direito do trabalho. O advogado-geral P. Mengozzi, no n.º 58 das suas conclusões de 23 de Maio de 2007 no processo Laval e Partneri (C-341/05), actualmente pendente no Tribunal de Justiça, afirma que a Directiva 96/71 tem por objecto coordenar as regras de conflitos de leis dos Estados-Membros, a fim de determinar a lei nacional aplicável a uma prestação de serviços transfronteiriça em caso de destacamento temporário de trabalhadores no interior da Comunidade, sem harmonizar as regras substantivas dos Estados-Membros relativas ao direito de trabalho e às condições de trabalho e de emprego que tratam, nomeadamente, do montante da remuneração salarial, nem o direito de recorrer à acção colectiva.

11 — V. n.º 6 das conclusões do advogado-geral L. A. Geelhoed de 15 de Setembro de 2005, no processo Comissão/Alemanha (C-244/04, Colect., p. I-885).

38. No que toca à distribuição do ónus da prova, importa recordar que, no âmbito de um processo de incumprimento instaurado de acordo com o artigo 226.º CE, cabe à Comissão provar a existência do alegado incumprimento. Além disso, é a Comissão que deve fornecer ao Tribunal de Justiça os elementos necessários à verificação por este da existência desse incumprimento, sem que se possa basear em presunções.<sup>13</sup> Nestas condições, incumbe ao Estado-Membro demandado contestar de forma consistente e

12 — V., neste sentido, conclusões do advogado-geral D. Colomer de 14 de Dezembro de 2006, Comissão/Alemanha (C-490/04, acórdão de 18 Julho de 2007, Colect., p. I-6095, n.º 28), e conclusões do advogado-geral P. Mengozzi, Laval e Partneri (já referidas na nota 10, n.ºs 144 a 163).

13 — Acórdãos de 12 de Maio de 2005, Comissão/Bélgica (C-287/03, Colect., p. I-3761, n.º 27), de 14 de Abril de 2005, Comissão/Alemanha (C-341/02, Colect., p. I-2733, n.º 35), de 29 de Maio de 2001, Comissão/Itália (C-263/99, Colect., p. I-4195, n.º 27), de 8 de Março de 2001, Comissão/Alemanha (C-68/99, Colect., p. I-1865, n.º 38), de 23 de Outubro de 1997, Comissão/França (C-159/94, Colect., p. I-5815, n.º 102), e de 25 de Maio de 1982, Comissão/Países Baixos (96/81, Recueil, p. 1791, n.º 6).



pormenorizada os elementos apresentados e as consequências que deles decorrem<sup>14</sup>.

de trabalho e emprego, na medida em que as condições adicionadas constituam disposições de ordem pública<sup>15</sup>. Permite também que se apliquem as disposições sobre condições de trabalho e emprego fixadas em convenções colectivas e decisões arbitrais a actividades não previstas no anexo.

## B — Exame dos fundamentos da acção

### Primeira crítica

39. Uma vez que a Comissão invoca uma transposição defeituosa dos artigos 3.º, n.ºs 1 e 10, da Directiva 96/71, constata-se que esta crítica tem principalmente por objecto uma violação desta norma de direito derivado.

1. O conceito de ordem pública no artigo 3.º, n.º 10, da Directiva 96/71

40. O Governo luxemburguês alega ter feito uso do poder que lhe é concedido através do artigo 3.º, n.ºs 1 e 10, da Directiva 96/71, ao declarar que todas as disposições relativas às matérias elencadas no artigo 1.º, n.º 1, da Lei de 20 de Dezembro de 2002 constituem disposições imperativas de direito interno. O artigo 3.º, n.ºs 1 e 10, da Directiva 96/71 permite aos Estados-Membros alargar a matéria regulamentada a outras condições

41. Contudo, os Estados-Membros não podem fazer uso ilimitado deste poder, tendo em especial de respeitar, a este propósito, as liberdades fundamentais e os objectivos prosseguidos pela directiva<sup>16</sup>. O que se explica tanto pela prevalência da livre prestação de serviços, para cuja concretização a Directiva 96/71 quer precisamente contribuir (como resulta do seu quinto considerando), como através do princípio da interpretação restritiva de disposições que contêm derro-

15 — O Reino Unido, a Irlanda e Portugal, em especial, manifestaram-se no decurso das negociações no Conselho contra uma lista aberta, por entenderem que a mesma contradiz a finalidade da directiva de criação de clareza e de aumento da segurança jurídica (Agence Europe, ano 43.º, n.º 6449 de 27 e 28 de Março de 1995).

16 — Também neste sentido, Fuchs, M./Marhold, F. — *Europäisches Arbeitsrecht*, 2.ª ed., Viena, 2006, p. 322, Borgmann, B. — «Kollisionsrechtliche Aspekte des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes», *ob. cit.* (nota 10), p. 316, ainda que considere que os Estados-Membros podem enfraquecer a indesejada concorrência de empresas provenientes de Estados com custos laborais mais reduzidos através do «agravamento» das suas disposições imperativas internacionais, entende também que importa respeitar as imposições decorrentes do direito comunitário. Görres, S. — *Grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung in der EU*, Viena/Graz, 2003, p. 122, é da opinião que o recurso ao artigo 3.º, n.º 10, da Directiva 96/71 pressupõe que as condições de trabalho e emprego em causa constituam disposições de ordem pública que não violem as regras do Tratado CE. Assim, estes autores reconhecem que o recurso ao artigo 3.º, n.º 10, da Directiva 96/71 tem de respeitar certos limites, entre os quais se contam necessariamente tanto a livre prestação de serviços, que se pretende precisamente concretizar, como também os objectivos exactos prosseguidos pelo legislador comunitário. Segundo o advogado-geral P. Mengozzi, nas suas conclusões no processo Laval e Partneri (já referidas na nota 10, n.º 212), como decorre do artigo 3.º, n.º 10, da Directiva 96/71 e da jurisprudência relativa ao artigo 49.º CE, o facto de regras nacionais pertencerem à categoria de disposições de ordem pública ou à de leis de polícia não as subtrai à observância do Tratado.

14 — Acórdão de 22 de Setembro de 1988, Comissão/Grécia (272/86, Colect., p. 4875, n.º 21).

gações às liberdades fundamentais<sup>17</sup>. Esta última circunstância foi já frequentemente salientada, de modo expreso, pelo Tribunal de Justiça, no contexto da excepção de ordem pública<sup>18</sup>.

42. O conceito de ordem pública constitui um conceito próprio do direito comunitário, que contribui para a determinação do âmbito de aplicação das liberdades fundamentais e que por isso tem de ser definido autonomamente e não, por exemplo, através de inspiração numa ordem jurídica nacional ou em várias de entre elas<sup>19</sup>. Nesta medida, está sujeito à interpretação do Tribunal de Justiça, ficando os Estados-Membros impedidos de determinar o seu âmbito unilateralmente e sem confirmação pelos órgãos

comunitários<sup>20</sup>. O que, contudo, não exclui que especiais circunstâncias possam justificar o recurso ao conceito de ordem pública, devendo-se então, em determinadas circunstâncias, reconhecer aos Estados-Membros uma margem de apreciação dentro dos limites fixados pelo Tratado<sup>21</sup>.

43. Não obstante, abstraindo destes princípios comuns, podem ser atribuídos sentidos distintos ao conceito de ordem pública, consoante a sua posição sistemática na ordem jurídica comunitária e a função da norma em causa<sup>22</sup>. No caso em apreço, o conceito de ordem pública, tal como vem previsto no artigo 3.º, n.º 10, da Directiva 96/71, produz os efeitos de uma cláusula de derrogação, uma vez que permite, apenas e só sob determinadas condições, o alargamento do núcleo das disposições de protecção mínima consagrado no artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 96/71.

17 — V., no contexto das restrições à livre prestação de serviços e à liberdade de estabelecimento, as conclusões do advogado-geral D. Colomer de 16 de Maio de 2006, no processo Placanica, Palazese e Sorrichio (C-338/04, C-359/04 e C-360/04, acórdão de 6 Março de 2007, Colect., p. I-1891, n.º 143). Georgiadis, N. — *Derogation clauses: the protection of national interests in EC law*, Bruxelas, 2006, p. 72, observa que todas as cláusulas de derrogação, em especial a de ordem pública, estão sujeitas ao princípio da interpretação restritiva. Segundo Wichmann, J. — *Dienstleistungsfreiheit und grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern*, Frankfurt am Main, 1998, pp. 104 e 105, existem considerações de índole sistemática que obstam a uma interpretação extensiva. Pois resulta desde logo do seu posicionamento como cláusula de derrogação contratual que a cláusula de «ordre public» tem de ser interpretada de forma estrita. Por isso, a invocação da ordem pública pressupõe que sejam afectados interesses essenciais do Estado-Membro em causa.

18 — O Tribunal de Justiça sempre sublinhou, neste contexto, que a excepção de ordem pública constitui uma derrogação ao princípio fundamental da livre circulação de pessoas que, como todas as derrogações a um princípio fundamental do Tratado, deve ser interpretada de forma estrita e cujo âmbito não pode ser unilateralmente determinado pelos Estados-Membros. V. acórdãos de 26 de Fevereiro de 1975, Bonsignore (67/74, Colect., p. 125, n.º 6), de 28 de Outubro de 1975, Rutili (36/75, Colect., p. 415, n.º 27), de 27 de Outubro de 1977, Bouchereau (30/77, Colect., p. 715, n.º 33), de 19 de Janeiro de 1999, Calfa (C-348/96, Colect., p. I-11, n.º 23), de 29 de Abril de 2004, Orfanopoulos e Oliveri (C-482/01 e C-493/01, Colect., p. I-5257, n.º 64 e 65), de 31 de Janeiro de 2006, Comissão/Espanha (C-503/03, Colect., p. 1097, n.º 45), de 27 de Abril de 2006, Comissão/Alemanha (C-441/02, Colect., p. I-3449, n.º 34), e de 7 de Janeiro de 2007, Comissão/Paises Baixos (C-50/06, Colect., p. I-4383, n.º 42).

19 — Acórdãos de 2 de Abril de 1998, EMU Tabac (C-296/95, Colect., p. I-1605, n.º 30), e de 23 de Março de 1982, Levin (53/81, Recueil, p. 1035, n.º 10 a 12).

20 — De acordo com jurisprudência assente, o recurso por uma autoridade nacional à noção de ordem pública pressupõe sempre, de qualquer modo, a existência, afóra a perturbação da ordem social que qualquer infracção à lei constitui, de uma ameaça real e suficientemente grave que afecte um interesse fundamental da sociedade [v. acórdãos Rutili (já referido na nota 18, n.º 28), Bouchereau (já referido na nota 18, n.º 35), Orfanopoulos e Oliveri (já referido na nota 18, n.º 66), Comissão/Espanha (já referido na nota 18, n.º 46), Comissão/Alemanha (já referido na nota 18, n.º 35), e Comissão/Paises Baixos (já referido na nota 18, n.º 43)].

21 — V. acórdão de 14 de Dezembro de 1974, Van Duyn (41/74, Colect., p. 567, n.º 18 e 19).

22 — Este conceito consta de um grande número de disposições de direito comunitário, tendo em especial adquirido importância, no direito primário, os artigos 30.º CE, 39.º, n.º 3, CE, 46.º CE, 55.º CE e 58.º, n.º 1, alínea b), CE, enquanto chamados «limites às liberdades fundamentais», que sob determinados pressupostos permitem limitações às liberdades de circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais, consagradas no direito primário. Paralelamente, o conceito de ordem pública aplica-se no direito derivado ou como cláusula de derrogação ou como direito derivado interpretativo ou de esclarecimento (v., a este propósito, Schneider, H. — *Die öffentliche Ordnung als Schranke der Grundfreiheiten im EG-Vertrag*, Baden-Baden, 1998, p. 53).

44. O conceito de ordem pública, para efeitos da determinação dos exactos pressupostos do recurso ao poder em causa, foi objecto de uma precisão através da declaração 10 do Conselho, aprovada por ocasião da adopção da Directiva 96/71, segundo a qual se deve entender por «disposições de ordem pública», nomeadamente, «[...] as disposições obrigatórias para as quais não pode haver derrogação e que, pela sua natureza e objectivo, respondem às exigências imperativas do interesse público».

45. Do meu ponto de vista, nada obsta a uma interpretação do artigo 3.º, n.º 10, da Directiva 96/71 nos termos constantes desta declaração. Quanto à admissibilidade de se utilizarem as actas de reuniões do Conselho para efeitos de interpretação de direito derivado, tem o Tribunal de Justiça considerado que tal só não é possível quando o conteúdo da declaração não encontre qualquer expressão no texto da disposição em causa, não tendo, assim, relevância jurídica<sup>23</sup>. Cumpre constatar, a este propósito, que a declaração 10 não está em contradição com o conceito de ordem pública, contribuindo, antes pelo contrário, para a determinação do conteúdo da cláusula de derrogação. Ao remeter para as «exigências imperativas do interesse público», a declaração está em consonância com a jurisprudência desenvolvida pelo Tribunal de Justiça a propósito dos limites imanentes às liberdades fundamentais, que igualmente se aplica aos casos de destacamento transnacional de trabalhadores. Contrariamente ao que alega o

Governo luxemburguês, a não publicação da declaração 10 no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* não diminui a sua relevância jurídica, uma vez que o Governo luxemburguês, enquanto representante constitucional de um Estado-Membro representado no Conselho, tem de ter conhecimento da declaração interpretativa que foi prestada por esse órgão no âmbito do processo legislativo<sup>24</sup>. Consequentemente, é admissível utilizar a declaração 10 enquanto elemento auxiliar de interpretação.

46. Em virtude das considerações antecedentes, sou de opinião de que os Estados-Membros não têm a liberdade de exigir aos prestadores de serviços estabelecidos noutros Estados-Membros o cumprimento de todas as disposições imperativas do seu direito do trabalho<sup>25</sup>. No interesse de uma concretização tão abrangente quanto possível da livre prestação de serviços, há que concordar com a Comissão quando esta alega que tal só é admissível relativamente às condições de trabalho e de emprego legalmente previstas que sejam imprescindíveis para a ordem jurídica do Estado-Membro

23 — Acórdãos de 23 de Fevereiro de 1988, Comissão/Itália (429/85, Colect., p. 843, n.º 9), de 26 de Abril de 1991, Antonissen (C-292/89, Colect., p. I-745, n.º 18), de 29 de Maio de 1997, VAG Sverige (C-329/95, Colect., p. I-2675, n.º 23), e de 3 de Dezembro de 1998, Generics (UK) e o. (C-368/96, Colect., p. I-7967, n.º 25 a 28).

24 — Um protesto contra a afirmação contida na declaração 10, que é da responsabilidade do Conselho enquanto órgão e, por conseguinte, também, entre outros, do Governo luxemburguês, estaria em contradição com o princípio *venire contra factum proprium nemini licet*, segundo o qual ninguém pode actuar em contradição com o seu próprio comportamento.

25 — V., em especial, os acórdãos de 24 de Janeiro de 2002, Portugalia Construções (C-164/99, Colect., p. I-787, n.º 17), e de 15 de Março de 2001, Mazzoleni (C-165/98, Colect., p. I-2189, n.º 23), nos quais o Tribunal de Justiça declarou que um Estado-Membro não pode sujeitar a realização da prestação de serviços no seu território ao cumprimento de todas as condições exigidas para o direito de estabelecimento, sob pena de privar de qualquer efeito útil as disposições do Tratado destinadas precisamente a garantir a livre prestação de serviços.

em causa<sup>26</sup>. Cabe analisar, em concreto, se as disposições impugnadas preenchem esta exigência.

2. As disposições do artigo 1.º, n.º 1, pontos 1, 2, 8 e 11, da Lei de 20 de Dezembro de 2002

— Exigência de um contrato de trabalho por escrito ou de um documento considerado análogo, nos termos da Directiva 91/533

47. No que toca à exigência de um contrato de trabalho escrito ou de um documento considerado análogo, nos termos da

26 — Wolfsgruber, C.— *Die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern*, Viena, 2001, p. 42, não refere a declaração 10. A autora entende, contudo, que o conceito de ordem pública contido no artigo 3.º, n.º 10, da Directiva 96/71, no seguimento da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao artigo 46.º, n.º 1, CE, deve ser interpretado de forma estrita. Deste modo, um alargamento das condições de trabalho e emprego do Estado-Membro de acolhimento só é possível no pressuposto da existência de «uma colocação em perigo efectiva e suficientemente grave dos interesses essenciais da sociedade». Däubler, W.— «Die Entsende-Richtlinie und ihre Umsetzung in das deutsche Recht», *ob. cit.* (nota 10), p. 615, observa que não se alargam, de modo algum, todas as condições colectivas de trabalho aplicáveis às empresas nacionais aos prestadores de serviços provenientes de outros Estados-Membros. O que está em causa são remunerações salariais mínimas e duração mínima das férias, sendo irrelevantes a remuneração mais elevada paga a um trabalhador especializado, os complementos habitualmente pagos, os contributos para os regimes complementares voluntários de reforma, etc. Conclui-se, a partir daqui, que a Directiva 96/71 pretende estabelecer um núcleo de disposições de protecção mínima, mas, simultaneamente, evitar limitações à livre circulação de serviços por motivos de ordem pública.

Directiva 91/533, constante do artigo 1.º, n.º 1, ponto 1, da Lei de 20 de Dezembro de 2002, concorda-se com o alegado pela Comissão, segundo a qual, em princípio, não é ao Estado de acolhimento que compete fiscalizar o cumprimento das obrigações decorrentes da Directiva 91/533.

48. A Directiva 91/533 visa a harmonização das disposições relativas às formas de trabalho, que alguns Estados-Membros previram em virtude do crescente número de tipos de relações de trabalho e com o objectivo de uma melhor protecção dos trabalhadores contra um eventual desconhecimento dos seus direitos e para conferir uma maior transparência ao mercado de trabalho<sup>27</sup>. É neste contexto que se insere a demonstração, a que as partes aludiram, do cumprimento da obrigação da entidade patronal de dar a conhecer por escrito ao trabalhador os elementos essenciais do contrato ou da relação de trabalho, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 91/533, bem como as condições do seu destacamento para o estrangeiro, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, da Directiva 91/533. A entidade patronal cumpre a sua obrigação de informação se os documentos com as informações necessárias

27 — A Directiva 91/533 visa simultaneamente a transposição do ponto 9 da Carta dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, segundo o qual as condições de trabalho de todos os assalariados da Comunidade Europeia devem ser definidas, quer por lei, quer por um contrato colectivo, quer por um contrato individual de trabalho, de acordo com as regras próprias de cada país.

forem por ele elaborados e entregues ao trabalhador antes da sua partida<sup>28</sup>.

49. Segundo o seu último considerando, «[...] os Estados-Membros adoptarão as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente directiva ou garantirão que os parceiros sociais introduzam, por via de acordo, as disposições necessárias, devendo os Estados-Membros adoptar todas as medidas necessárias para disporem, em qualquer momento, da possibilidade de garantir os resultados impostos pela presente directiva». Como resulta desde logo do teor deste considerando, o dever de transposição dos Estados-Membros abrange não apenas a mera actividade legislativa como também a obrigação de implementar essas disposições, incluindo a fiscalização do seu cumprimento. Os Estados-Membros estão sujeitos à mesma obrigação em caso de destacamento de trabalhadores, sendo que, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, da Directiva 91/533, tem de assegurar que o trabalhador receba, antes da sua partida, informações suplementares sobre as condições do seu destacamento. Se o Estado

do destacamento já fez uso dos seus poderes de fiscalização, então, à luz da harmonização a que procede a Directiva 91/533, não existe margem para uma eventual competência do Estado de acolhimento.

50. Aliás, não se retira da Directiva 91/533 que existe tal competência. A sua existência também não é justificável pelo facto de o Luxemburgo declarar as obrigações de informação acima referidas como normas de protecção da ordem pública. Tal exigência, tal como vem prevista no artigo 1.º, n.º 1, ponto 1, da Lei de 20 de Dezembro de 2002, não se insere no núcleo das condições de trabalho e emprego comunitárias, referidas no artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 96/71. Importa respeitar a decisão do legislador de não incluir no elenco do artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 96/71 as obrigações de informação previstas na Directiva 91/533<sup>29</sup>.

28 — Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 91/533, a entidade patronal está obrigada a levar, por escrito, ao conhecimento do trabalhador, o mais tardar dois meses após a sua entrada ao serviço, os elementos essenciais do contrato ou da relação de trabalho. O artigo 2.º, n.º 2, da Directiva 91/533 estabelece informações mínimas que têm de ser obrigatoriamente prestadas. Além disso, devem ser prestadas por escrito as seguintes informações suplementares, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, da Directiva 91/533, se o trabalhador dever exercer o seu trabalho num ou em vários países diferentes do Estado-Membro a cuja legislação e/ou prática o contrato ou a relação de trabalho está sujeita: i) o período de duração do trabalho exercido no estrangeiro; ii) a moeda em que será paga a remuneração; iii) se for caso disso, os benefícios relacionados com a estadia no estrangeiro, em dinheiro ou em espécie e as condições de repatriação do trabalhador. Nestes casos, a informação relativa à moeda em que será paga a remuneração e aos benefícios relacionados com a estadia no estrangeiro pode, eventualmente, resultar de uma referência às disposições legislativas, regulamentares, administrativas ou estatutárias, ou às convenções colectivas que regem as matérias aí referidas. Estes documentos devem estar na posse do trabalhador antes da sua partida. V., a este propósito, Fuchs, M./Marhold, F. — *Europäisches Arbeitsrecht*, ob. cit. (nota 16), pp. 79 e segs.

51. Por fim, devem ser rejeitadas, por irrelevantes para a análise desta crítica, as alegações do Governo luxemburguês relativas ao processo legislativo que conduziu à adopção da Directiva 2006/123, uma vez que a Lei Luxemburguesa de 20 de Dezembro de 2002, objecto do presente litígio, não tem qualquernexo material ou temporal com a Directiva 2006/123. De facto, transpõe unicamente a Directiva 96/71.

29 — V. a nota 9, quanto à relação jurídica entre a Directiva 96/71 e a Directiva 2006/123.

— Adaptação automática da remuneração à evolução do custo de vida

52. O Governo luxemburguês alega, no tocante à adaptação automática da «remuneração» à evolução do custo de vida, prevista no artigo 1.º, n.º 1, ponto 2, da Lei de 20 de Dezembro de 2002, que a mesma visa a protecção dos trabalhadores e contribui para a manutenção da paz social no Luxemburgo. Alega ainda que uma tal adaptação automática vem implicitamente prevista no artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 96/71.

53. Na verdade, a censura da Comissão não se dirige contra a natureza automática da adaptação, mas contra o facto incontestado de segundo o direito luxemburguês ocorrer uma adaptação genérica da «remuneração», que abrange quer os salários reais quer as remunerações salariais mínimas. O Governo luxemburguês, já na sua carta de 30 de Agosto de 2004, alegou que segundo o direito luxemburguês o salário mínimo está sujeito ao mecanismo geral de adaptação automática. Porém, segundo a Comissão isto não está de acordo com os propósitos do artigo 3.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 96/71, em que apenas se faz referência às «remunerações salariais mínimas».

54. Concorde-se com a Comissão na parte em que esta alega que a norma de transposição luxemburguesa diverge do texto da Directiva 96/71. Na análise da questão de saber se uma disposição de direito nacional contradiz o direito comunitário, importa ter em consideração a interpretação que

os tribunais nacionais fazem dessa disposição<sup>30</sup>. Contudo, o texto do artigo 1.º, n.º 1, ponto 2, da Lei de 20 de Dezembro de 2002 nem é equívoca, nem permite uma interpretação que seja desconforme com o direito comunitário. Na medida em que a Lei de 20 de Dezembro de 2002 deve ser interpretada, segundo critérios objectivos, no sentido de ocorrer uma adaptação geral das remunerações à evolução do custo de vida, que produz igualmente efeitos positivos ao nível dos salários mínimos, importa concluir que o artigo 1.º, n.º 1, ponto 2, da Lei de 20 de Dezembro de 2002 preenche os objectivos comunitários do artigo 3.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 96/71. Neste sentido, são de rejeitar as alegações da Comissão.

— Cumprimento da regulamentação do trabalho a tempo parcial e a termo certo

55. A exigência de cumprimento da regulamentação do trabalho a tempo parcial e a tempo certo, contida no artigo 1.º, n.º 1, ponto 8, da Lei de 20 de Dezembro de

30 — Lenaerts, K./Arts, D./Maselis, I. — *Procedural Law of the European Union*, 2.ª ed., Londres, 2006, n.º 5-056, p. 162, notam que o alcance das disposições legislativas, regulamentares e administrativas nacionais deve ser analisado à luz da interpretação que delas é feita pelos tribunais nacionais. Se uma disposição nacional permite interpretações diferentes — uma conforme e outra desconforme ao direito comunitário —, então compete à Comissão provar que os tribunais nacionais não interpretam a disposição em causa em conformidade com o direito comunitário. Contudo, no caso em apreço o texto do artigo 1.º, n.º 1, ponto 2, da Lei de 20 de Dezembro de 2002 é inequívoco e não permite uma qualquer interpretação que pudesse aproximar-se de uma violação do artigo 3.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 91/533.



2002, não é enquadrável em nenhuma das categorias enumeradas no artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 96/71, ultrapassando antes o núcleo das condições de trabalho e emprego comunitárias. Uma vez que essa exigência assenta no poder conferido pelo artigo 3.º, n.º 10, da Directiva 96/71, importa sujeitá-la a uma análise à luz do conceito de ordem pública, na acepção da declaração 10, cujo conteúdo reproduz no essencial a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao artigo 49.º CE.<sup>31</sup>

56. Segundo jurisprudência constante, o artigo 49.º CE exige não apenas a eliminação de qualquer discriminação contra o prestador de serviços estabelecido num outro Estado-Membro em razão da sua nacionalidade, mas também a supressão de qualquer restrição, ainda que indistintamente aplicada a prestadores nacionais e de outros Estados-Membros, quando seja susceptível de impedir, entravar ou tornar menos atractivas as actividades do prestador estabelecido noutro Estado-Membro, onde preste legalmente serviços análogos<sup>32</sup>. Segundo esta definição, para que exista restrição da livre prestação de serviços, na acepção do artigo 49.º CE, basta que a regulamentação luxemburguesa do trabalho a tempo parcial e a termo certo seja mais exigente do que a que vigora no Estado do destacamento e que assim a prestação de serviços no Luxemburgo

se torne menos atractiva para as empresas estrangeiras.

57. O Tribunal de Justiça afirmou também que a livre prestação de serviços, enquanto princípio fundamental do Tratado, só pode ser limitada por razões imperativas de interesse geral e que se apliquem a qualquer pessoa ou empresa que exerça uma actividade no território do Estado-Membro de acolhimento, na medida em que esse interesse não esteja salvaguardado pelas regras a que o prestador está sujeito no Estado-Membro em que está estabelecido<sup>33</sup>.

58. Segundo o Governo luxemburguês, o artigo 1.º, n.º 1, ponto 8, da Lei de 20 de Dezembro de 2002 visa a igualdade de tratamento e de remuneração dos trabalhadores, tendo como objectivo — legítimo, segundo o direito comunitário — a sua protecção. Refere o Governo luxemburguês que esta regulamentação pretende salvaguardar direitos dos trabalhadores que já se encontram garantidos na ordem jurídica comu-

31 — V. n.º 45.

32 — Acórdãos de 25 de Julho de 1991, Säger (C-76/90, Colect., p. I-4221, n.º 12), de 9 de Agosto de 1994, Vander Elst (C-43/93, Colect., p. I-3803, n.º 14), de 28 de Março de 1996, Guiot (C-272/94, Colect., p. I-1905, n.º 10), de 12 de Dezembro de 1996, Reisebüro Broede (C-3/95, Colect., p. I-6511, n.º 25), de 9 de Julho de 1997, Parodi (C-222/95, Colect., p. I-3899, n.º 18), Portugaia Construções (já referido na nota 25, n.º 16), e de 19 de Janeiro de 2006, Comissão/Alemanha (C-244/04, Colect., p. I-885, n.º 30).

33 — Acórdãos de 25 de Outubro de 2001, Finalarte (C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 e C-68/98 a C-71/98, Colect., p. I-7831, n.º 31), e de 23 de Novembro de 1999, Arblade (C-369/96 e C-376/96, Colect., p. I-8453, n.º 34).

nitária, através das Directivas 97/81<sup>34</sup> e 99/70.<sup>35</sup> Ainda segundo o Governo luxemburguês, a referida regulamentação limita-se a transpor princípios que têm a sua origem na ordem pública comunitária.

Estados-Membros<sup>36</sup>. Consequentemente, os interesses por elas abrangidos já se encontram salvaguardados através de disposições às quais o prestador de serviços se encontra sujeito no Estado-Membro em que está estabelecido. Nestes termos, o Governo luxemburguês não pode invocar razões imperativas de interesse geral para declarar as disposições nacionais controvertidas como disposições de ordem pública.

59. Não partilho deste entendimento jurídico. O facto de o legislador comunitário não ter acolhido o objecto das mencionadas directivas — ou seja, a regulamentação do trabalho a tempo parcial e a termo certo — no artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 96/71, contribui antes para demonstrar que esta matéria do direito do trabalho europeu não faz parte da ordem pública comunitária. Além disso, como o próprio Governo luxemburguês refere, estão em causa regulamentações que já estão tratadas a nível comunitário, sendo objecto das Directivas 97/81 e 99/70 e tendo, por isso, de ser transpostas por todos os

— Cumprimento das convenções colectivas de trabalho

60. No contexto da referência que se faz no artigo 1.º, n.º 1, ponto 11, da Lei de 20 de Dezembro de 2002 às «disposições imperativas de direito em convenções colectivas de trabalho», coloca-se, em primeiro lugar, a questão da conformidade desta disposição com o artigo 3.º, n.ºs 1 e 10, da Directiva 96/71. A Comissão duvida da regularidade da transposição e acusa no essencial o Luxemburgo de querer elevar a disposições imperativas de direito interno uma determinada categoria de actos, independentemente

34 — Directiva 97/81/CE do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997, respeitante ao acordo-quadro relativo ao trabalho a tempo parcial celebrado pela UNICE, pelo CEEP e pela CES (JO L 14, p. 9). Esta directiva garante aos trabalhadores abrangidos por novas formas de trabalho flexível o mesmo tratamento que é concedido aos trabalhadores a tempo inteiro e aos trabalhadores sem termo. Pretende-se facilitar o acesso ao trabalho a tempo parcial; são dirigidas recomendações às entidades patronais quanto ao modo como podem ir ao encontro dos pedidos dos trabalhadores em matéria de formas de trabalho mais flexíveis.

35 — Directiva 99/70/CE do Conselho, de 28 de Junho de 1999, respeitante ao acordo-quadro CES, UNICE e CEEP relativo a contratos de trabalho a termo (JO L 175, p. 43). Esta directiva contém prescrições mínimas em matéria de contratos de trabalho a termo, de modo a garantir-se a não discriminação e a impedirem-se os abusos decorrentes da utilização de sucessivas relações laborais deste tipo. A directiva incentiva os Estados-Membros a fixarem sanções para os casos de violação dessas prescrições mínimas. Além disso, prevê cláusulas especiais destinadas a limitar as despesas administrativas que a aplicação destas novas disposições poderia acarretar para as pequenas e médias empresas.

36 — As organizações interprofissionais de vocação geral, ou seja, a União das Confederações da Indústria e do Patronato da Europa (UNICE), o Centro Europeu das Empresas Públicas (CEEP) e a Confederação Europeia dos Sindicatos (CES), celebraram em 6 de Junho de 1997 um acordo-quadro relativo ao trabalho a tempo parcial e em 18 de Março de 1999 um acordo-quadro relativo a contratos de trabalho a termo, cuja aplicação constitui o objectivo, respectivamente, das Directivas 97/81 e 99/70. Como resulta do décimo quarto considerando da Directiva 97/81 e do décimo sexto considerando da Directiva 99/70, considerou-se como acto apropriado para essa aplicação uma directiva, na acepção do artigo 249.º CE, uma vez que a mesma vincula os Estados-Membros quanto ao resultado a alcançar, deixando-lhe, no entanto, a competência quanto à escolha da forma e dos meios.



da sua natureza jurídica e do seu conteúdo material e em violação do poder conferido pelo artigo 3.º, n.º 10, da Directiva 96/71.

61. A Comissão critica assim dois aspectos dessa regulamentação, que têm de ser analisados isoladamente. Antes de mais, concorda-se com a Comissão quando esta alega que o conceito de «convenção colectiva de trabalho», que consta, por um lado, do corpo do artigo 1.º, n.º 1, da Lei de 20 de Dezembro de 2002 e, por outro lado, do ponto 11 desta disposição, tem significados diferentes. Enquanto no primeiro caso se referem «convenções colectivas declaradas de aplicação geral», mencionam-se genericamente no ponto 11 «convenções colectivas de trabalho». Estas últimas só podem consistir nas convenções colectivas que não foram declaradas de aplicação geral. Só que estas não podem cair no âmbito de aplicação da Directiva 96/71 por causa do seu artigo 3.º, n.º 1, segundo travessão, que apenas alude às «convenções colectivas declaradas de aplicação geral», o que tem como consequência que aquelas convenções colectivas de trabalho não possam ser consideradas como pertencendo ao núcleo das condições de trabalho e emprego comunitárias<sup>37</sup>.

37 — Däubler, W. — «Die Entsende-Richtlinie und ihre Umsetzung in das deutsche Recht», *ob. cit.* (nota 10), p. 615, e Borgmann, B. — «Entsendung drittsaatsangehöriger Arbeitnehmer durch EU-Unternehmen nach Deutschland», *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*, 1993, p. 122, defendem, sem procederem a uma apreciação jurídica pormenorizada à luz da Directiva 96/71, que não se podem alargar todas as condições previstas em convenções colectivas de trabalho aos prestadores de serviços provenientes de outros Estados-Membros. O segundo autor considera mesmo que o alargamento imperativo aos contratos de trabalho estrangeiros, das convenções colectivas de trabalho internas que não tenham sido declaradas de aplicação geral, constitui uma discriminação manifesta das empresas estrangeiras.

62. Um outro aspecto relaciona-se com a elevação de uma determinada categoria de actos a disposições de ordem pública, independentemente da sua natureza jurídica e do seu conteúdo material. A fim de se poder apurar se uma determinada regulamentação colectiva pode ser considerada imperativa, na acepção da declaração 10, é, a meu ver, necessário que o Estado-Membro em causa mencione exactamente que regulamentação colectiva está em causa.<sup>38</sup> Pelo contrário, a remissão genérica para «convenções colectivas de trabalho», contida no artigo 1.º, n.º 1, ponto 11, da Lei de 20 de Dezembro de 2002, tem a natureza de uma norma em branco, desprovida de um mínimo de certeza e de clareza. Estas, por sua vez, são absolutamente necessárias, visto não ser de excluir poderem ocorrer situações em que a aplicação de regulamentações colectivas a trabalhadores destacados seja incompatível com a livre prestação de serviços.<sup>39</sup> Importa, por isso, proceder sempre a uma análise individualizada da questão de saber se a regulamentação controvertida, objectivamente considerada, assegura a protecção ao trabalhador destacado e lhe confere uma vantagem real que contribua significativamente para a sua protecção social. Porém, através de uma

38 — É o que resulta desde logo da obrigação geral dos Estados-Membros relativamente à transposição das disposições de uma directiva de modo tal que sejam plenamente cumpridas as exigências de clareza e de certeza da situação jurídica pretendida pela directiva [v. acórdãos de 1 de Março de 1983, Comissão/Itália (300/81, Recueil, p. 449, n.º 10), e de 2 de Dezembro de 1986, Comissão/Bélgica (239/85, Colect., p. 3645, n.º 7)].

39 — Foi o que o Tribunal de Justiça decidiu no acórdão Portugal Construção (já referido na nota 25, n.ºs 28 e 29), acerca da aplicação de disposições nacionais relativas ao salário mínimo a prestadores de serviços. Por isso, cabe às autoridades e aos órgãos jurisdicionais nacionais verificar se, objectivamente considerada, a regulamentação em causa assegura a protecção dos trabalhadores destacados e se acarreta, para os mesmos, uma vantagem real que contribui significativamente para a sua protecção social. Deste modo, o Tribunal de Justiça evidenciou que regulamentações nacionais sobre condições de trabalho e emprego, aparentemente vantajosas, como é o caso das condições relativas ao salário mínimo, podem não produzir, de modo geral, efeitos vantajosos na esfera do trabalhador destacado. A meu ver, o mesmo se aplica no caso de convenções colectivas de trabalho. V., neste sentido, as conclusões do advogado-geral P. Mengozzi no processo Laval e Partneri (já referidas na nota 16, n.º 237), nas quais também se remete para o acórdão Portugal Construção.

remissão genérica para «convenções colectivas de trabalho» está-se, precisamente, a impedir o Tribunal de Justiça de proceder a essa análise detalhada.

63. De um ponto de vista processual, o Governo luxemburguês, ao remeter, na sua contestação, para as convenções colectivas de trabalho que juntara à sua resposta de 30 de Agosto de 2004<sup>40</sup>, não satisfaz a sua obrigação de se defender substanciada e detalhadamente dos factos de que é acusado. Como a Comissão bem refere, estão aqui em causa convenções colectivas de trabalho declaradas de aplicação geral por regulamentos do Grão-Ducado, na acepção do corpo do artigo 1.º, n.º 1, e não das outras «convenções colectivas de trabalho», ora controvertidas, a que se refere o artigo 1.º, n.º 1, ponto 11, da Lei de 20 de Dezembro de 2002.

64. Deste modo, o artigo 1.º, n.º 1, ponto 11, da Lei de 20 de Dezembro de 2002 não está em conformidade com o artigo 3.º, n.ºs 1 e 10, da Directiva 96/71.

40 — Estão aqui em causa a *Convention collective de travail pour le métier de plafonneur-façadier* (Regulamento Grão-Ducal de 31 de Janeiro de 1996, *Mémorial A*, n.º 14), a *Convention collective de travail pour les métiers d'installateur sanitaire et d'installateur de chauffage et de climatisation* (Regulamento Grão-Ducal de 23 de Setembro de 1996, *Mémorial A*, n.º 72), e o *Contrat collectif pour le bâtiment* (Regulamento Grão-Ducal de 18 de Fevereiro de 1997, *Mémorial A*, n.º 14).

### *Segunda crítica*

65. A Comissão, na sua interpelação para apresentação de observações, começou por chamar a atenção do Governo luxemburguês para o facto de o artigo 3.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 96/71 obrigar os Estados-Membros a providenciar no sentido de as empresas com sede noutro Estado-Membro respeitarem os períodos máximos de trabalho e períodos mínimos de descanso. Fez notar que o artigo 1.º, n.º 1, ponto 3, da Lei de 20 de Dezembro de 2002 restringe os períodos mínimos de descanso ao período semanal de descanso. Contudo, o conceito de «períodos mínimos de descanso» não abrange apenas o período semanal de descanso, mas sim também outros períodos de descanso, como por exemplo o descanso diário e as pausas, tal como previsto nos artigos 3.º e 4.º da Directiva 2003/88/CE<sup>41</sup>.

66. O Governo luxemburguês reconheceu que transpôs de maneira incompleta a Directiva 96/71 logo na sua resposta de 30 de Agosto de 2004<sup>42</sup>.

41 — Directiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Novembro de 2003, relativa a determinados aspectos da organização do tempo de trabalho (JO L 299, p. 9).

42 — O Governo luxemburguês anunciou aí a preparação de um projecto-lei através do qual o artigo 1.º, n.º 1, ponto 3, da Lei de 20 de Dezembro de 2002 passaria a conter menção ao descanso diário e às pausas. Segundo a contestação, tal veio a suceder através do artigo 4.º da Lei de 19 de Maio de 2006 relativa à transposição das Directivas 2003/88 e 96/71 [Loi du 19 mai 2006 1] transposant la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail; 2) modifiant la loi modifiée du 7 juin 1937 ayant pour objet la réforme de la loi du 31 octobre 1919 portant règlement légal du louage de services des employés privés; 3) modifiant la loi modifiée du 9 décembre 1970 portant réduction et réglementation de la durée de travail des ouvriers occupés dans les secteurs public et privé de l'économie; 4) modifiant la loi modifiée du 17 juin 1994 concernant les services de santé au travail; 5) modifiant la loi du 20 décembre 2002 portant 1. transposition de la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de service; 2. réglementation du contrôle de l'application du droit du travail (*Mémorial A*, n.º 97, de 31 de Maio de 2006, p. 1806)].

67. Desta forma, só cumpriu com a sua obrigação após o decurso do prazo de dois meses que lhe foi fixado pela Comissão no parecer fundamentado de 12 de Outubro de 2005. Segundo jurisprudência assente, a existência de um incumprimento deve ser apreciada em função da situação do Estado-Membro tal como se apresentava no termo do prazo fixado no parecer fundamentado<sup>43</sup>. O Governo luxemburguês não contesta a transposição tardia, pelo que já só por esta razão se deve considerar esta crítica como fundamentada.

### *Terceira crítica*

68. A crítica da Comissão relativa a uma restrição injustificada da livre prestação de serviços através da imposição aos empresários com sede no estrangeiro de, nos termos do artigo 7.º, n.º 1, da Lei de 20 de Dezembro de 2002, «colocar à disposição da inspecção do trabalho, antes do início do trabalho, mediante simples pedido e no mais curto de espaço de tempo possível, os elementos essenciais indispensáveis para efeitos de fiscalização», não diz respeito à transpo-

sição da Directiva 96/71 mas directamente ao artigo 49.º CE.

69. Tal como já se mencionou, o artigo 49.º CE exige não só a eliminação de qualquer discriminação contra o prestador de serviços estabelecido noutra Estado-Membro em razão da sua nacionalidade, mas também a supressão de qualquer restrição<sup>44</sup>. Segundo jurisprudência assente, a aplicação das regulamentações nacionais do Estado-Membro de acolhimento aos prestadores de serviços é susceptível de proibir, perturbar ou tornar menos atractivas as prestações de serviços, na medida em que implica despesas e encargos administrativos e económicos suplementares<sup>45</sup>.

43 — Acórdãos de 18 de Julho de 2006, Comissão/Itália (C-119/04, Colect., p. I-6885, n.º 27 e 28), de 7 de Março de 2002, Comissão/Espanha (C-29/01, Colect., p. I-2503, n.º 11), de 15 de Março de 2001, Comissão/França (C-147/00, Colect., p. I-2387, n.º 26), de 21 de Junho de 2001, Comissão/Luxemburgo (C-119/00, Colect., p. I-4795, n.º 14), de 30 de Novembro de 2000, Comissão/Bélgica (C-384/99, Colect., p. I-10633, n.º 16), de 3 de Julho de 1997, Comissão/França (C-60/96, Colect., p. I-3827, n.º 15), de 17 de Setembro de 1996, Comissão/Itália (C-289/94, Colect., p. I-4405, n.º 20), e de 12 de Dezembro de 1996, Comissão/Itália (C-302/95, Colect., p. I-6765, n.º 13).

44 — Acórdãos Säger (já referido na nota 32, n.º 12), Vander Elst (já referido na nota 32, n.º 14), Guiot (já referido na nota 32, n.º 10), Reisebüro Broede (já referido na nota 32, n.º 25), Parodi (já referido na nota 32, n.º 18), Portuguesa Construções (já referido na nota 39, n.º 16), e Comissão/Alemanha (já referido na nota 32, n.º 30).

45 — No acórdão Arblade (já referido na nota 33, n.º 50) o Tribunal de Justiça tinha de decidir acerca da conformidade com o direito comunitário de uma regulamentação nacional que obriga a entidade patronal, actuando na qualidade de prestadora de serviços na acepção do Tratado, a pagar contribuições patronais para um fundo do Estado-Membro de acolhimento, além das contribuições já pagas para o fundo do Estado-Membro onde está estabelecida. O Tribunal de Justiça considerou existir uma restrição à livre prestação de serviços, visto tal obrigação implicar despesas e encargos administrativos e económicos para as empresas estabelecidas noutra Estado-Membro, de modo que estas não se encontram em pé de igualdade, do ponto de vista da concorrência, com as entidades patronais estabelecidas no Estado-Membro de acolhimento e podem assim ser dissuadidas de fornecer prestações no Estado-Membro de acolhimento. V., também, acórdão Finalarte (já referido na nota 33, n.º 30, em que por sua vez se faz referência ao acórdão Mazzoleni (já referido na nota 25, n.º 24). Neste último acórdão o Tribunal decidiu que a aplicação das disposições nacionais relativas à remuneração mínima a prestadores de serviços estabelecidos numa região fronteira ao Estado-Membro de acolhimento pode originar encargos administrativos suplementares desproporcionadamente elevados, quando se tenha de calcular separadamente a remuneração a pagar a trabalhadores que só são destacados durante breves períodos para o Estado-Membro de acolhimento.

70. A regulamentação do artigo 7.º, n.º 1, da Lei de 20 de Dezembro de 2002 tem por objectivo possibilitar à inspecção do trabalho luxemburguesa a fiscalização da identidade e da licitude da permanência dos trabalhadores no contexto do respectivo destacamento. Este artigo sujeita as empresas com sede fora do território do Grão-Ducado do Luxemburgo a um procedimento administrativo prévio obrigatório em que se exige a apresentação, antes do início do trabalho, de documentos relativos à situação social, laboral e ao direito de permanência dos trabalhadores destacados, de modo que esta regulamentação implica necessariamente formalidades administrativas para as empresas em causa que são susceptíveis de tornar o destacamento de trabalhadores para o Luxemburgo menos atractivo do que no plano interno. À luz da abrangente definição jurisprudencial já referida, basta esta circunstância para que se deva reconhecer o carácter restritivo desta regulamentação<sup>46</sup>.

71. Cumpre recordar que o Tribunal de Justiça reconheceu aos Estados-Membros a faculdade de verificarem o cumprimento

46 — V. acórdãos Finalarte (já referido na nota 33, n.º 36) e de 21 de Outubro de 2004, Comissão/Luxemburgo (C-445/03, Colect., p. I-10191, n.º 41), em que o Tribunal de Justiça considerou a necessidade de cumprimento de formalidades administrativas desde logo como suficiente para que se deva reconhecer existir uma restrição à livre prestação de serviços. O advogado-geral D. Colomer, no n.º 17 das suas conclusões de 15 de Julho de 2004, Comissão/Luxemburgo (acórdão de 21 de Outubro de 2004, C-445/03, Colect., p. I-10191, n.º 17), observa que os prestadores de serviços que pretendem exercer o seu direito de prestar serviços no território de um qualquer Estado-Membro através do destacamento do seu pessoal se deparam com várias desvantagens. Uma deriva da necessidade de obter uma autorização, cuja concessão, além de discricionária, não se consegue facilmente e implica trâmites administrativos mais ou menos longos, complexos e dispendiosos. Outra decorre dos controlos que crescem, quando não os duplicam, aos que o Estado de estabelecimento efectua. Todos estes trâmites implicam, frequentemente, a renúncia à prestação ou atrasos prejudiciais. Tendo em conta estas considerações é de manter o sentido da jurisprudência proferida até ao momento.

das disposições nacionais e comunitárias em matéria de prestação de serviços. Do mesmo modo, reconheceu a fundamentação de medidas de controlo necessárias para verificar o respeito de exigências que, por sua vez, se justificam por razões de interesse geral<sup>47</sup>. O Governo luxemburguês fundamenta a regulamentação constante do artigo 7.º, n.º 1, da Lei de 20 de Dezembro de 2002 não só na protecção dos trabalhadores como também na necessidade de realizar fiscalizações com o objectivo de combater abusos e actividades transnacionais ilegais. Tanto a protecção social dos trabalhadores como o combate aos casos de abuso são considerados pela jurisprudência como objectivos legítimos<sup>48</sup>.

72. Contudo, o Tribunal de Justiça também decidiu que esses controlos devem respeitar os limites impostos pelo direito comunitário

47 — Acórdão de 21 de Setembro de 2006, Comissão/Áustria (C-168/04, Colect., p. I-9041, n.º 43), Comissão/Alemanha (já referido na nota 32, n.º 36), e Arblade (já referido na nota 33, n.º 38).

48 — V., quanto a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à protecção social dos trabalhadores, acórdãos de 17 de Dezembro de 1981, Webb (279/80, Recueil, p. 3305, n.º 19), de 3 de Fevereiro de 1982, Seco (62/81 e 63/81, Recueil, p. 223, n.º 10), de 27 de Março de 1990, Rush Portuguesa (C-113/89, Colect., p. I-1417, n.º 18), Vander Elst (já referido na nota 32, n.º 25), Guiot (já referido na nota 32, n.º 16), Arblade (já referido na nota 33, n.º 36), Finalarte (já referido na nota 33, n.º 40 e 45), de 12 de Outubro de 2004, Wolff & Müller (C-60/03, Colect., p. I-9553, n.º 35), e Comissão/Áustria (já referido na nota 47, n.º 47), bem como, ainda, conclusões do advogado-geral P. Mengozzi, no processo Laval e Partneri (já referido na nota 16, n.º 249). V., quanto a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao combate de abusos, acórdão Comissão/Austria (já referido na nota 47, n.º 56). Que o direito comunitário não concede protecção a comportamentos abusivos e fraudulentos resulta, ainda, do acórdão de 2 de Maio de 1996, Paletta II (C-206/94, Colect., p. I-2357, n.º 28), em que o Tribunal de Justiça decidiu que o direito comunitário não impede o empregador de apresentar provas que habilitem o órgão jurisdiccional nacional, se tal for o caso, a concluir pela existência de um comportamento abusivo ou fraudulento resultante do facto de o trabalhador, não obstante a sua alegação de incapacidade certificada nos termos do artigo 18.º do Regulamento n.º 574/72, não ter estado doente.

e não devem tornar ilusória a liberdade de prestação de serviços<sup>49</sup>. Em especial, têm de ser adequados para garantir a realização do objectivo que prosseguem e não ultrapassar o necessário para atingir esse objectivo<sup>50</sup>.

73. Destaca-se na regulamentação luxemburguesa o dever legal dos empresários de, «antes do início do trabalho», colocarem à disposição da inspecção do trabalho os documentos necessários. Em princípio, esta previsão permite que se presuma existir um controlo prévio de eventuais abusos, desconforme ao direito comunitário. O Governo luxemburguês contesta alegando que o facto de o empresário só ter de cumprir o seu dever de informação a «pedido», enfraquece essa mesma obrigação. Neste sentido, não existiria um dever do empresário de,

por sua iniciativa, prestar uma declaração às autoridades.

74. Contudo, julgo que continuam a existir razões para se presumir que a regulamentação luxemburguesa se encontra configurada em termos parecidos aos de um controlo prévio de eventuais abusos. É que o artigo 7.º, n.º 1, da Lei de 20 de Dezembro de 2002 deve ser lido em conjugação com os artigos 13.º a 17.º da Lei de 4 de Abril de 1974, relativa à reestruturação da inspecção do trabalho<sup>51</sup> (a seguir «Lei de 4 de Abril de 1974»), que permite a esta inspecção, em caso de violação do dever de informação, ordenar a suspensão, com efeitos imediatos, da actividade dos trabalhadores destacados no território do Grão-Ducado do Luxemburgo. O reinício do trabalho só pode ser autorizado pela inspecção do trabalho depois de terem sido apresentados todos os documentos necessários<sup>52</sup>, sendo que a violação da mencionada ordem é punível com pena de prisão e multa, nos termos do artigo 28.º da Lei de 4 de Abril de 1974. Portanto, se, em primeiro lugar, o reinício dos trabalhos depende de uma «autorização» e, em segundo lugar, o desrespeito pelo dever de apresentação dos documentos é prevenido através da ameaça de aplicação de medidas do direito contraordenacional e penal, então tem de se atribuir à regulamentação contida no artigo 7.º, n.º 1, da Lei de 20 de Dezembro de 2002 o sentido de que a prestação de

49 — Acórdãos Comissão/Áustria (já referido na nota 47, n.º 43) e Rush Portuguesa (já referido na nota 48, n.º 17).

50 — Acórdãos Arblade (já referido na nota 33, n.º 35), Mazzoleni (já referido na nota 25, n.º 26), e Wolff & Müller (já referido na nota 48, n.º 34). Teyssié, B. — *Droit européen du travail*, 2.ª ed., Paris, 2003, pp. 158 e segs., considera que a exigência de cumprimento de uma formalidade administrativa só se justifica quando serve os interesses dos trabalhadores afectados. A protecção social dos trabalhadores enquanto fundamento legítimo não pode ser utilizado como pretexto para a criação de disposições legais que obstruem a livre prestação de serviços.

51 — Nos termos do artigo 11.º da Lei de 20 de Dezembro de 2002, «cabe à inspecção do trabalho e à administração aduaneira, dentro das respectivas competências, fiscalizar a aplicação das disposições da presente lei». A Lei de 4 de Abril de 1974, relativa à reestruturação da inspecção do trabalho (*Mémorial A*, n.º 27, p. 485), estabelece as competências da inspecção do trabalho.

52 — V. a notificação provisoriamente executória da inspecção do trabalho, com data de 29 de Abril de 2004, dirigida a uma determinada empresa, em que se lhe proíbe a prestação de serviços através de trabalhadores não comunicados («ordonnance exécutoire par provision: cessation de prestations de travail détachées non-déclarées») — anexo A-5 junto com a petição.

serviços no Luxemburgo através do destacamento de trabalhadores está sujeita a uma proibição com reserva de autorização<sup>53</sup>.

víduos e os ameaça, em caso de violação das mesmas, com sanções.

75. O que é agravado pelo facto de a formulação desta disposição não cumprir com as exigências da segurança jurídica e da clareza. Segundo jurisprudência assente, os Estados-Membros, para garantir a plena aplicação do direito comunitário, devem não só adequar o seu direito ao direito comunitário como também criar uma situação precisa, clara e transparente que permita aos particulares conhecer os respectivos direitos e invocá-los perante os órgãos jurisdicionais nacionais<sup>54</sup>. Este princípio aplica-se, em particular, quando o direito interno do Estado-Membro impõe obrigações aos indi-

76. Há que constatar que o texto equívoco da regulamentação faz em grande parte depender a atribuição de uma autorização do exercício do poder discricionário da administração e aumenta em termos inaceitáveis o risco das empresas de se sujeitarem a sanções administrativas e/ou penais. Aliás, tal como resulta dos meios de prova que a Comissão forneceu ao Tribunal de Justiça, a inspecção do trabalho tende aparentemente a interpretar de modo rigoroso o artigo 7.º, n.º 1, da Lei de 20 de Dezembro de 2002, ao exigir a entrega da totalidade dos documentos em momento anterior ao da prestação de serviços<sup>55</sup>, pelo que, ao contrário do alegado pelo Governo luxemburguês, não basta que os documentos sejam entregues no mesmo dia, pouco antes do início do trabalho. Na colocação em prática do artigo 7.º, n.º 1, da Lei de 20 de Dezembro de 2002 podem ainda resultar dificuldades do facto de o dever de informação só se formar e conseqüentemente o procedimento administrativo em si mesmo só se iniciar depois de um «pedido» da inspecção do trabalho, permanecendo então pouco claro qual o papel que cabe à empresa antes do início desse procedimento

53 — O legislador proíbe certas actividades (ou certos procedimentos); contudo, não o faz porque devam ser genericamente omitidas, mas sim porque as autoridades querem analisar previamente se as mesmas, no caso concreto, violam determinadas disposições legais de direito material. Caso o resultado dessa análise seja positivo e se constate que a actividade é conforme com o direito material, então é concedida a autorização. A proibição está, por isso, logo à partida, sujeita a reserva de concessão de autorização, caso não resulte do procedimento de autorização motivo para recusa. É por isso que no caso da «autorização» também se fala de «proibição com reserva de autorização» (v., a este propósito, Maurer, H. — *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15.ª ed., Munique, 2004, n.º 51, p. 218). É inquestionável que a natureza restritiva da regulamentação luxemburguesa contida no artigo 7.º, n.º 1, da Lei de 20 de Dezembro de 2002 a aproxima de uma tal proibição com reserva de autorização. É que o Tribunal de Justiça já decidiu, relativamente ao destacamento de trabalhadores nacionais de um Estado terceiro, por uma empresa prestadora de serviços estabelecida na Comunidade, que uma regulamentação nacional que sujeite a realização de prestações de serviços no território nacional, por uma empresa estabelecida noutro Estado-Membro, à emissão de uma autorização administrativa, constitui uma restrição desta liberdade, na acepção do artigo 49.º CE. V. acórdãos Comissão/Áustria (já referido na nota 47, n.º 40), Comissão/Luxemburgo (já referido na nota 46, n.º 24), e Vander Elst (já referido na nota 32, n.º 15).

54 — V., neste sentido, relativamente às directivas, acórdãos de 28 de Fevereiro de 1991, Comissão/Itália (C-360/87, Colect., p. I-791, n.º 12), e de 15 de Junho de 1995, Comissão/Luxemburgo (C-220/94, Colect., p. I-1589, n.º 10). V., também, acórdãos de 18 de Janeiro de 2001, Comissão/Itália (C-162/99, Colect., p. I-541, n.º 22 a 25), e de 6 de Março de 2003, Comissão/Luxemburgo (C-478/01, Colect., p. I-2351, n.º 20).

55 — Na notificação provisoriamente executiva da inspecção do trabalho, com data de 29 de Abril de 2004, em que proíbe a prestação de serviços através de trabalhadores não comunicados («ordonnance exécutoire par provision: cessation de prestations de travail détachées non-déclarées») — anexo A-5 junto com a petição —, a inspecção do trabalho chama a atenção para o facto de os documentos relativos à situação social e laboral dos trabalhadores destacados terem de ser entregues antes da prestação transnacional dos serviços, sendo que, aparentemente para aviso de empresas que possam estar a actuar ilegalmente, se escreve a palavra «antérieurement» com maiúsculas.



e se eventualmente lhe compete provocar esse «pedido». Uma vez que, em último caso, na falta de «pedido», a empresa em causa fica impedida de gozar da livre prestação de serviços sem se sujeitar a sanções administrativas e/ou penais, esta restrição acaba por produzir os efeitos de uma proibição absoluta que, tendo em conta a possibilidade de recurso a meios menos gravosos, não pode ser considerada como necessária para garantir a protecção dos trabalhadores.

77. Por fim, considero imprescindível, neste contexto, chamar a atenção para o facto de o Tribunal de Justiça ter recentemente decidido no acórdão Comissão/Luxemburgo<sup>56</sup>, a propósito da desproporcionalidade da exigência de uma autorização como pressuposto do exercício de uma actividade e da aplicabilidade de meios menos gravosos, o seguinte: «ora, a obrigação imposta a uma empresa prestadora de serviços de comunicar previamente às autoridades locais a presença de um ou mais trabalhadores por conta de outrem destacados, a duração prevista dessa presença e a prestação ou prestações de serviços que justificam o destacamento constituiria uma medida tão eficaz e menos restritiva do que a exigência em causa. Seria susceptível de permitir às autoridades fiscalizar o respeito da regulamentação social luxemburguesa durante o destacamento tendo em conta as obrigações a que a empresa já está sujeita nos termos das regras de direito social aplicáveis no Estado-Membro de origem». Nestas circunstâncias, é mais adequado que o Estado-Membro de acolhimento limite a sua intervenção à verificação das informações requeridas fornecidas pelo prestador de serviços ao iniciar a actividade no Estado-Membro de acolhimento e que só tome medidas repressivas caso tal

se revele necessário<sup>57</sup>. Deste modo, através da introdução de facto de uma reserva de autorização, através do artigo 7.º, n.º 1, da Lei de 20 de Dezembro de 2002, o Governo luxemburguês ultrapassa o que o Tribunal de Justiça considera proporcionado.

78. Resulta, pelo exposto, que esta regulamentação constitui um controlo prévio de eventuais abusos que não é conciliável com o artigo 49.º CE. Neste sentido, a presente crítica tem fundamento.

#### *Quarta crítica*

79. O artigo 8.º da Lei de 20 de Dezembro de 2002, ao prever a necessidade de designação de um mandatário *ad hoc*, residente no Luxemburgo, contém uma exigência administrativa suplementar que é susceptível de dificultar o destacamento de trabalhadores por empresas com sede noutra Estado-Membro e constitui, assim, uma restrição à livre prestação de serviços, na acepção do artigo 49.º CE<sup>58</sup>. Cabe, por isso,

57 — V. neste sentido, também, nas conclusões do advogado-geral L. A. Geelhoed de 15 de Setembro de 2005, no processo Comissão/Alemanha (acórdão de 19 de Janeiro de 2006, C-244/04, Colect. p. I-885, n.º 28) relativas a uma regulamentação alemã que sujeita o destacamento de nacionais de países terceiros empregados por um prestador de serviços estabelecido noutra Estado-Membro para a prestação de serviços em território alemão a um procedimento prévio de autorização. Segundo o advogado-geral, as medidas de controlo prévio são desproporcionadas, uma vez que as empresas que não respeitam a regulamentação de protecção social dos trabalhadores assumem a responsabilidade pelo destacamento que se realize em violação das condições legais a que está sujeito e podem ser, por isso, processadas. Assim sendo, não se pode justificar medidas de controlo prévio com o fundamento da necessidade de se obter, antecipadamente, clareza quanto à legalidade do destacamento.

58 — O que o Governo luxemburguês acaba por reconhecer implicitamente na p. 5 da sua resposta à interpelação da Comissão. Reconhece, aí, as dificuldades especiais que a exigência de designação de um mandatário *ad hoc*, residente no Luxemburgo, causou às empresas estrangeiras.

56 — Acórdão Comissão/Luxemburgo (já referido na nota 46, n.º 31).

analisar se essas restrições à livre prestação de serviços, resultantes da mencionada regulamentação nacional, se encontram justificadas por um objectivo de interesse geral e, se sim, se são necessárias para se prosseguir esse objectivo e se os meios são adequados.

80. O Governo luxemburguês invoca a protecção dos trabalhadores, o combate aos casos de abuso e a necessidade de um controlo eficaz. Tal como já se referiu, tanto a protecção social dos trabalhadores como o combate aos casos de abuso são reconhecidos como objectivos legítimos<sup>59</sup>, sendo que a realização de controlos para efeitos de imposição das disposições de protecção de direito interno é considerada conforme ao direito comunitário desde que esses controlos sejam feitos dentro dos limites impostos por esse mesmo direito comunitário<sup>60</sup>.

81. Importa, antes de mais, observar que um Estado-Membro não pode sujeitar a realização da prestação de serviços no seu território ao cumprimento de todas as condições exigidas a um estabelecimento, sob pena de privar de qualquer efeito útil as disposições do Tratado destinadas precisamente a garantir a livre prestação de serviços<sup>61</sup>.

82. Foi neste sentido que o Tribunal de Justiça, no acórdão Comissão/Itália<sup>62</sup>,

declarou que a exigência de as empresas de fornecimento de trabalho temporário que desejem pôr mão-de-obra à disposição de utilizadores estabelecidos em Itália deverem ter a sua sede ou uma sucursal no território nacional contraria directamente a livre prestação de serviços, na medida em que torna impossível a prestação, no referido Estado-Membro, de serviços por empresas estabelecidas noutros Estados-Membros.

83. O Governo luxemburguês alega, no essencial, que o artigo 8.º da Lei de 20 de Dezembro de 2002 não estabelece quaisquer exigências quanto às características do mandatário *ad hoc* em causa. Não se exige que este seja uma pessoa singular ou uma pessoa colectiva nem que tenha de ser uma entidade que actue mediante remuneração. Apenas importa que a inspecção do trabalho conheça o nome da pessoa junto da qual estão depositados os documentos necessários. O mandatário *ad hoc*, na acepção desta disposição, por exemplo no âmbito da construção civil, tanto poderia ser o empreiteiro principal, como o encarregado ou o administrador da obra.

84. Importa objectar que esta interpretação não tem qualquer expressão no artigo 8.º da Lei de 20 de Dezembro de 2002. Ela até está em contradição com o texto legal. O que resulta do seu teor é, pelo contrário, que o mandatário *ad hoc* em causa tem de ser «residente» no Luxemburgo, ou seja, tem de ter aí «o centro da sua vida» ou a sua «residência habitual». Como a Comissão bem refere, este elemento pressupõe uma «residência permanente» ou, pelo menos, uma permanência que ultrapasse a duração da prestação de serviços. Daqui resulta, pois, que não são cumpridas as exigências do artigo 8.º da Lei de 20 de Dezembro de 2002

59 — V. n.º 71.

60 — V. n.º 72.

61 — V. acórdãos Säger (já referido na nota 32, n.º 13) e Mazzoleni (já referido na nota 25, n.º 23).

62 — Acórdão de 7 de Fevereiro de 2002, Comissão/Itália (C-279/00, Colect., p. I-1425, n.º 17 e 18).



se os documentos necessários forem conservados, por exemplo, por um dos trabalhadores destacados.

85. Esta situação não me parece conciliável com a jurisprudência do Tribunal de Justiça. De facto, no acórdão Arblade<sup>63</sup> o Tribunal de Justiça decidiu que uma obrigação de manter à disposição e de conservar determinados documentos no domicílio de uma pessoa singular com domicílio no Estado-Membro de acolhimento, que os detém na qualidade de mandatário ou encarregado da entidade patronal que o designou, mesmo após esta ter deixado de ocupar trabalhadores neste Estado, só é admissível se as autoridades deste Estado não puderem exercer a sua missão de fiscalização de modo eficaz sem o estabelecimento dessa obrigação.

86. Por um lado, concorda-se com o Governo luxemburguês quando alega que a realização de fiscalizações no local é imprescindível para se garantir o cumprimento das disposições de protecção do Estado-Membro. Mas, por outro lado, importa que se lhe contraponha que não expôs e demonstrou suficientemente que as autoridades luxemburguesas não poderão executar a sua missão de fiscalização sem a intervenção de um mandatário *ad hoc* residente no Luxemburgo. É que para justificar uma tão incisiva restrição à livre prestação de serviços como a que ora está em causa não basta que, sem uma fundamentação pormenorizada, se levantem dúvidas ou se manifestem meras reservas quanto à eficiência do sistema organizado de cooperação ou de troca de

informações instituído pelo artigo 4.º da Directiva 96/71<sup>64</sup>. Tal como sucede com todos os demais Estados-Membros, compete ao Grão-Ducado do Luxemburgo participar no referido sistema de cooperação administrativa, de modo a se garantir o cumprimento das condições de trabalho e emprego em causa. Neste sentido, o Governo luxemburguês não cumpriu o ónus processual, de alegação e de prova que sobre ele recai.

87. Independentemente do que se acabou de expor, o que é facto é que a fiscalização do cumprimento das regulamentações relativas à protecção social dos trabalhadores pode muito bem ser assegurado através de medidas menos restritivas. É que, em princípio, é de presumir que para a execução dessa missão de fiscalização basta a designação de um dos trabalhadores destacados — por exemplo, o encarregado — para fazer a ligação entre a empresa estrangeira e a inspecção do trabalho e, se for caso disso, para manter à disposição os documentos necessários, seja no estaleiro ou noutro lugar acessível e claramente identificado no território do Estado-Membro de acolhimento<sup>65</sup>. Esta medida, visando garantir

64 — No acórdão Arblade (já referido na nota 33, n.º 79) o Tribunal de Justiça sublinhou que «o sistema organizado de cooperação ou de troca de informações entre os Estados-Membros previsto no artigo 4.º da Directiva 96/71 tornará futuramente supérflua a conservação de documentos no Estado-Membro de acolhimento após a entidade patronal ter cessado aí a utilização dos trabalhadores». Segundo essa disposição, os Estados-Membros ficam obrigados a designar unidades organizativas que possibilitem uma cooperação estreita entre os Estados-Membros em relação às condições de trabalho e emprego. Por esta via, pretende-se essencialmente permitir aos tribunais nacionais dos vários Estados-Membros conhecer as condições de emprego no local de trabalho do trabalhador, ainda que situado noutro Estado-Membro. O que se tem em mente a propósito dessas unidades organizativas são, essencialmente, serviços de ligação e outras instâncias de cooperação administrativa. Tem aqui especial relevância a cooperação, prevista na directiva, entre as autoridades que sejam competentes para a inspecção das condições de trabalho e emprego. Esta cooperação consiste na resposta a pedidos de informação das autoridades de outros Estados-Membros relativos: i) à disponibilização transnacional de trabalhadores; ii) a abusos manifestos; e iii) a casos de actividades transnacionais presumivelmente ilegais. A assistência administrativa recíproca é prestada gratuitamente (v., a este propósito, Forgó, K. — «Aktuelles zur Entsenderichtlinie», *ob. cit.* na nota 10, p. 817).

63 — Acórdãos Arblade (já referido na nota 33, n.º 76) e de 4 de Dezembro de 1986, Comissão/Alemanha (205/84, Colect., p. 3755, n.º 54).

65 — V. acórdão Arblade (já referido na nota 33, n.º 65 e 74), relativo à protecção social dos trabalhadores da construção civil.

a protecção social dos trabalhadores, mas sendo menos restritiva da livre prestação de serviços, estaria em consonância com o princípio da proporcionalidade.

## VII — Despesas do processo

88. Concluo, por isso, que as exigências estabelecidas no artigo 8.º da Lei de 20 de Dezembro de 2002 são desproporcionadas e violam o artigo 49.º CE. Assim sendo, a quarta crítica também é procedente.

89. Nos termos do artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, a parte vencida é condenada nas despesas. Uma vez que o Grão-Ducado do Luxemburgo foi, no essencial, vencido, deve ser condenado nas despesas.

## VIII — Conclusão

90. Tendo em conta as observações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que:

— declare que:

1. ao afirmar que as disposições dos pontos 1, 8 e 11 do n.º 1 do artigo 1.º da Lei de 20 de Dezembro de 2002 constituem disposições de polícia, no âmbito da «ordem pública nacional»;

2. ao ter transposto de maneira incompleta as disposições do artigo 3.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 96/71/CE, através do artigo 1.º, n.º 1, ponto 3, desta lei;
3. ao enunciar, no artigo 7.º, n.º 1, desta lei, condições formuladas sem a clareza necessária para garantir a segurança jurídica;
4. ao impor, no artigo 8.º desta lei, a conservação no Luxemburgo, na posse de um mandatário *ad hoc* aí residente, dos documentos necessários à fiscalização;

o Grão-Ducado do Luxemburgo não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 3.º, n.ºs 1 e 10, da Directiva 96/71/CE e dos artigos 49.º CE e 50.º CE;

— quanto ao mais, julgue a acção improcedente;

— condene o Grão-Ducado do Luxemburgo nas despesas.