

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

JÁN MAZÁK

apresentadas em 30 de Setembro de 2009¹

I — Introdução

1. Com a presente acção, a Comissão pede que o Tribunal de Justiça declare que a República Federal da Alemanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 49.º CE, bem como da cláusula de *standstill* que figura no n.º 13 do capítulo 2 do anexo XII do Acto de 16 de Abril de 2003 através do qual a República da Polónia aderiu à União Europeia² (a seguir «cláusula de *standstill*»), na medida em que:

— a República Federal da Alemanha, na sua prática administrativa, interpreta o conceito de «*Unternehmen der anderen Seite*» («empresa da outra parte»), na acepção do artigo 1.º, n.º 1, da Convenção relativa ao destacamento de trabalhadores de empresas polacas para a execução de contratos de empreitada,

assinada pelos Governos polaco e alemão em 31 de Janeiro de 1990³ (a seguir «convenção»), no sentido de designar uma «empresa alemã», e

— a República Federal da Alemanha prorrogou para além de 16 de Abril de 2003, ao abrigo da «*Arbeitsmarktschutzklausel*» (cláusula de salvaguarda do mercado de trabalho), as restrições regionais ao acesso dos trabalhadores estrangeiros, isto é, para além da data da assinatura do Acto de Adesão de 2003 que conduziu à adesão da Polónia à União Europeia.

2. No essencial, o presente processo suscita duas questões jurídicas. Em primeiro lugar, importa examinar em que condições, à luz da

1 — Língua original: inglês.

2 — Acto relativo às condições de adesão da República Checa, da República da Estónia, da República de Chipre, da República da Letónia, da República da Lituânia, da República da Hungria, da República de Malta, da República da Polónia, da República da Eslovénia e da República Eslovaca e às adaptações dos Tratados em que se funda a União Europeia (JO 2003 L 236, p. 875; a seguir «Acto de Adesão de 2003»).

3 — BGBl. 1990 II, p. 602, na versão de 8 de Dezembro de 1990 (BGBl. 1992 II, p. 93). Dado que a alteração de 8 de Dezembro de 1990 eliminou o n.º 2 do artigo 1.º da Convenção, referir-me-ei, seguidamente, ao artigo 1.º e não ao artigo 1.º, n.º 1, da Convenção. Apenas fazem fé os textos em língua alemã e polaca; a versão inglesa citada nestas conclusões baseia-se na versão publicada no *Recueil des traités des Nations unies* (vol. 1708, n.º 1-29540).

jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça, pode um Estado-Membro, no âmbito da prestação de serviços, recusar estender a empresas sediadas noutro Estado-Membro as vantagens retiradas de uma convenção bilateral pelas empresas sediadas no seu próprio território.

disposições do Tratado sobre a livre prestação de serviços — medidas nacionais ou medidas resultantes de acordos bilaterais que restrinjam o recurso a trabalhadores contratados por empresas estabelecidas na Polónia. No anexo XII (intitulado «Lista a que se refere o artigo 24.º do acto de adesão: Polónia») do Acto de Adesão de 2003, o n.º 13 do capítulo 2 (intitulado «Livre Circulação de Pessoas») tem, na parte que releva para efeitos do presente processo, a seguinte redacção:

3. Em segundo lugar, há que analisar se a cláusula de *standstill* obsta somente à adopção pela Alemanha de novas medidas (legislativas ou administrativas) neste domínio, mais restritivas do que as aplicáveis à data da assinatura do Acto de Adesão de 2003, ou se, de um modo mais geral, obsta a qualquer reforço das restrições ao acesso ao trabalho nacional, não em razão da adopção de novas medidas, mas antes em função das alterações das relevantes circunstâncias de facto às quais se aplicam as medidas existentes.

«Para fazer face a perturbações ou ameaça de perturbações graves em determinados sectores de serviços sensíveis dos seus mercados de trabalho, que possam surgir, em certas regiões, na sequência da prestação transnacional de serviços definida no artigo 1.º da Directiva 96/71/CE, e enquanto aplicarem, por força das disposições transitórias acima previstas, medidas nacionais ou medidas resultantes de acordos bilaterais à livre circulação de trabalhadores polacos, a Alemanha e a Áustria podem, após notificação da Comissão, prever derrogações do primeiro parágrafo do artigo 49.º do Tratado CE, a fim de, no contexto da prestação de serviços por empresas estabelecidas na Polónia, limitar a circulação temporária de trabalhadores cujo direito a exercer uma actividade na Alemanha e na Áustria esteja sujeito a medidas nacionais.

II — Quadro jurídico

A — Acto de Adesão de 2003

4. Por força das disposições transitórias previstas no Acto de Adesão de 2003, a Alemanha e a Áustria têm direito, designadamente, a manter — em derrogação das

[...]»

5. O referido n.º 13 prevê depois a seguinte cláusula de *standstill*:

«A aplicação do presente ponto não pode resultar em condições de circulação temporária de trabalhadores no contexto da prestação transnacional de serviços entre a Alemanha ou a Áustria e a Polónia mais restritivas do que as vigentes à data de assinatura do Tratado de Adesão.»

B — *Direito nacional*

6. O artigo 1.º da convenção dispõe o seguinte:

«As autorizações de trabalho são emitidas aos trabalhadores polacos destacados para trabalho temporário no âmbito de um contrato de empreitada entre um empregador polaco e uma empresa da outra parte (trabalhadores subcontratados) independentemente da situação e da evolução do mercado de trabalho.»

7. O artigo 2.º da convenção fixa uma quota relativamente aos trabalhadores polacos

subcontratados. O n.º 5 do artigo 2.º prevê o seguinte:

«Na aplicação da presente convenção, em cooperação com o Ministério do Trabalho e da Política Social da República da Polónia, o Instituto Federal do [Emprego] da República Federal da Alemanha [«Bundesanstalt für Arbeit»] certificar-se-á de que não se verifica uma concentração de trabalhadores subcontratados numa dada região ou sector.

[...]»

8. As disposições de aplicação adoptadas pela Bundesagentur für Arbeit (agência federal do emprego) incluem aquelas previstas na Circular n.º 16A, «Emprego na República Federal da Alemanha de trabalhadores estrangeiros provenientes dos novos Estados-Membros da UE ao abrigo de contratos de empreitada» (anexo XI). Esta circular contém uma cláusula de salvaguarda do mercado de trabalho, segundo a qual os contratos relativos a trabalhadores estrangeiros são, em princípio, proibidos no caso de o trabalho dever ser executado nos distritos da agência federal do emprego nos quais a taxa média de desemprego tenha, nos seis meses anteriores, ultrapassado em pelo menos 30% a taxa de desemprego da República Federal da Alemanha no seu todo. A lista dos distritos nos quais esta cláusula é aplicável é actualizada trimestralmente (anexo XII).

III — Fase pré-contenciosa e tramitação processual

9. Por ofício de 3 de Abril de 1996, a Comissão chamou a atenção do Governo federal da Alemanha para o facto de a sua interpretação da convenção não respeitar o artigo 49.º CE. No seu ofício de 28 de Junho de 1996, o Governo federal contestou o entendimento da Comissão.

10. Em 12 de Novembro de 1997, a Comissão emitiu um parecer fundamentado, concedendo à Alemanha um prazo de resposta de 12 meses. Após uma reunião com representantes da Comissão em 5 de Maio de 1998, a Alemanha declarou, no seu ofício de 19 de Julho de 1998, que estava a diligenciar no sentido de encontrar uma solução política no contexto do Acordo Europeu, de 16 de Dezembro de 1991, que cria uma associação entre as Comunidades Europeias e os seus Estados-Membros, por um lado, e a República da Polónia, por outro. Porém, os esforços desenvolvidos para resolver este problema a nível político foram infrutíferos.

11. A Polónia aderiu à União Europeia em 1 de Maio de 2004. Em resposta a um pedido de informações da Comissão de 15 de Junho de 2004, o Governo federal da Alemanha declarou, por ofício de 6 de Dezembro de 2004, que mantinha a sua prática interpretativa a respeito da convenção; acrescentou que, devido ao tempo decorrido, podia legitimamente confiar em que já não

havia qualquer fundamento para prosseguir com o processo por incumprimento.

12. Numa notificação para cumprir complementar de 10 de Abril 2006, a Comissão alertou o Governo federal para o facto de, para além da possível violação do artigo 49.º CE, a prática administrativa alemã a respeito da aplicação da convenção se afigurar incompatível com a cláusula de *standstill*. No entender da Comissão, a ampliação das restrições regionais, ao abrigo da cláusula de salvaguarda do mercado de trabalho, baseada no artigo 2.º, n.º 5, da convenção e constante das disposições de aplicação adoptadas pela agência federal do emprego, viola a proibição de reforço das restrições existentes.

13. Por ofício de 8 de Junho de 2006, o Governo federal contestou este entendimento, alegando que não era apropriada a aplicação da convenção bilateral a todos os Estados-Membros e suas empresas.

14. No seu parecer fundamentado complementar de 15 de Dezembro de 2006, a Comissão reiterou as suas acusações. Uma vez que, por ofício de 19 de Fevereiro de 2007, o Governo federal da Alemanha manteve o seu ponto de vista, a Comissão intentou a presente acção, por petição que deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 5 de Dezembro de 2007.

IV — Análise

A — Admissibilidade

1. Principais argumentos das partes

15. Em primeiro lugar, o Governo alemão alega que a acção é inadmissível, pelo menos, no que respeita à alegada violação do artigo 49.º CE.

16. Em seu entender, a Comissão deixou de ter legitimidade para agir, uma vez que nada fez durante quase sete anos relativamente à alegada violação do artigo 49.º CE. Face aos atrasos processuais e às circunstâncias específicas do presente processo, o Governo alemão podia, de facto, legitimamente confiar em que a Comissão tinha desistido da acusação. Esta confiança legítima foi reforçada pelo ofício enviado pelo Comissário Monti em Julho de 1998, no qual indicava que não era favorável à denúncia da convenção e que aguardava até Novembro de 1998 para verificar se era possível outra solução. No entanto, não se verificaram quaisquer progressos até Abril de 2003, altura em que já era evidente que a Alemanha tinha deixado de poder denunciar a convenção sem contrariar a cláusula de *standstill*. Deste modo, a Comissão, no entender do Governo alemão, abusou deliberadamente da sua confiança.

17. A Comissão rejeita este entendimento, alegando que o seu modo de proceder não podia conferir à Alemanha a confiança legítima de que o procedimento estava terminado. Saliendo a margem de apreciação de que dispõe relativamente ao momento em que decide intentar uma acção por incumprimento, a Comissão sustenta que os atrasos no procedimento estavam justificados à luz das circunstâncias do caso concreto.

2. Apreciação

18. Importa recordar, desde logo, que, nos termos do sistema previsto no artigo 226.º do Tratado, a Comissão dispõe de uma margem de apreciação, reconhecida pela jurisprudência, para decidir, em primeiro lugar, se pretende ou não intentar uma acção por incumprimento e, em segundo lugar, em que momento intentará essa acção⁴.

19. Assim, no que respeita mais especificamente ao último aspecto, a Comissão não está obrigada a intentar uma acção num determinado prazo, sem prejuízo das hipóteses em

4 — V., neste sentido, designadamente, acórdãos de 10 de Maio de 2001, Comissão/Países Baixos (C-152/98, Colect., p. I-3463, n.º 20), e de 16 de Maio de 1991, Comissão/Países Baixos (C-96/89, Colect., p. I-2461, n.º 15).

que uma duração excessiva da fase pré-contenciosa prevista no artigo 226.º CE seja susceptível de aumentar, para o Estado em causa, a dificuldade de refutar os argumentos da Comissão e de violar, assim, o seu direito de defesa. Cabe ao Estado-Membro interessado produzir prova de tal efeito⁵.

20. Contudo, em meu entender, o Governo alemão não indicou circunstâncias susceptíveis de demonstrar que a duração da fase pré-contenciosa comprometeu no caso vertente o seu direito de defesa.

21. A este respeito, importa, em primeiro lugar, observar que o facto, invocado pelo Governo alemão, de ter entrado em vigor a cláusula de *standstill* quando ainda estava em curso a fase pré-contenciosa — impedindo que a Alemanha pudesse denunciar a convenção com a Polónia — não podia, por si só, tornar mais difícil ao Governo alemão a refutação dos argumentos e acusações da Comissão. Em segundo lugar, em 2006, a Comissão emitiu uma notificação para cumprir complementar e um parecer fundamentado complementar, nos quais, no essencial, foram reiteradas as acusações iniciais,

dando, portanto, ao Governo alemão uma nova oportunidade para defender a sua posição.

22. Em seguida, no que respeita ao argumento do Governo alemão de que, nas circunstâncias do caso vertente, podia legitimamente confiar em que o procedimento estava terminado, resulta da margem de apreciação de que dispõe a Comissão relativamente ao momento da propositura de uma acção por incumprimento que a inércia da Comissão no âmbito da fase pré-contenciosa não pode, por si só — mesmo quando se prolongue por vários anos — conferir ao Estado-Membro em causa a confiança legítima de que a Comissão não prosseguirá com o procedimento. Isto aplica-se, em especial, num caso como o vertente, no qual, como resulta claramente dos autos, durante o período referido pelo Governo alemão, situado entre 1997 e a adesão da Polónia, foram envidados esforços no sentido de se encontrar uma solução política no contexto do Acordo Europeu de 16 de Dezembro de 1991 e de, assim, pôr termo ao alegado incumprimento.

23. Por último, neste contexto, no que se refere ao ofício enviado pelo Comissário Monti em Julho de 1998, invocado igualmente pelo Governo alemão, é jurisprudência assente que — mesmo admitindo que um Estado-Membro pode invocar o princípio da protecção da confiança legítima para, em conformidade com o artigo 226.º CE, obstar

5 — V., designadamente, acórdãos de 18 de Julho de 2007, Comissão/Alemanha (C-490/04, Colect., p. I-6095, n.º 26), e de 5 de Novembro de 2002, Comissão/Austria (C-475/98, Colect., p. I-9797, n.º 36).

a uma declaração de incumprimento a seu respeito⁶ — não é possível invocar uma violação do referido princípio na falta de garantias precisas fornecidas pelas autoridades comunitárias em causa⁷.

B — Quanto ao mérito

1. Violação do artigo 49.º CE

a) Principais argumentos das partes

24. Basta observar a este propósito que o Governo alemão nem sequer alegou que a Comissão lhe deu uma garantia precisa, no já referido ofício, de que desistiria das acusações em questão ou de que poria termo ao procedimento. Pelo contrário, neste ofício, o Comissário Monti referiu, no essencial, que, em vez da denúncia da convenção, preferia uma solução construtiva para o problema suscitado pelo modo como a convenção é aplicada na Alemanha, deixando ao mesmo tempo claro que, nessa situação, não era possível arquivar o processo.

25. Em minha opinião, decorre das precedentes considerações que a questão prévia de inadmissibilidade suscitada pelo Governo alemão deve ser julgada improcedente.

26. Com a primeira parte da sua acusação, a Comissão alega, no essencial, que é prática administrativa alemã interpretar o artigo 1.º da convenção no sentido de que só as empresas alemãs podem celebrar contratos de empreitada na aceção da referida convenção. Consequentemente, as empresas de outros Estados-Membros são dissuadidas — salvo se criarem uma filial na Alemanha — de exercer a livre prestação de serviços que lhes garante o artigo 49.º CE para celebrar contratos com empresas polacas ao abrigo da convenção bilateral para obras a realizar na Alemanha e de fazer uso, desse modo, da quota de trabalhadores polacos subcontratados.

27. Segundo a Comissão, isto equivale a uma discriminação directa em razão da nacionalidade da empresa, ou da localização da sua sede, não justificada pelas razões de ordem pública, segurança pública ou saúde pública previstas no artigo 46.º CE, em conjugação com o artigo 55.º CE.

6 — V., neste contexto, acórdãos de 18 de Janeiro de 2001, Comissão/Espanha (C-83/99, Colect., p. I-445, n.º 25), e de 11 de Junho de 1985, Comissão/Irlanda (288/83, Recueil, p. 1761, n.º 22).

7 — V., neste sentido, designadamente, acórdãos de 16 de Dezembro de 2008, Masdar (UK)/Comissão (C-47/07 P, Colect., p. I-9761, n.º 81), e de 18 de Julho de 2007, AER/Karatzoglou (C-213/06 P, Colect., p. I-6733, n.º 33).

28. A este respeito, a Comissão rejeita, mais especificamente, a argumentação segundo a qual a regra controvertida que impõe que a empresa cliente/contratante tenha a sua sede na Alemanha, é necessária para fiscalizar adequadamente a correcta aplicação da convenção; para garantir o efectivo cumprimento da obrigação de a empresa pagar as contribuições para a segurança social e para lhe aplicar sanções por violação das normas legais; ou para impedir a aplicação incorrecta ou a evasão às disposições transitórias previstas no Acto de Adesão.

29. Por último, a Comissão recorda que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o princípio fundamental da igualdade de tratamento impõe ao Estado-Membro parte num acordo bilateral a obrigação de conceder aos nacionais de outro Estado-Membro as mesmas vantagens de que beneficiam os seus próprios nacionais por força [do referido acordo], salvo quando possa fornecer uma justificação objectiva para a sua recusa⁸. Porém, no caso vertente, não existe tal justificação objectiva.

30. O Governo polaco, admitido a intervir em apoio da Comissão por despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 2 de Julho de 2008, essencialmente partilha destes argumentos. Realça, em especial, que a natureza da convenção não permite que a extensão das vantagens nela previstas a nacionais de outros Estados-Membros perturbe o equilíbrio e a

reciprocidade da mesma, na acepção da relevante jurisprudência do Tribunal de Justiça⁹. De facto, a convenção não se baseia no princípio da reciprocidade.

31. O Governo alemão contesta a posição da Comissão e do Governo polaco. Em primeiro lugar, o Governo alemão sublinha que é correcto, à luz da respectiva redacção, interpretar o artigo 1.º da convenção no sentido de que se refere a empresas alemãs. Além disso, esta regra não equivale a uma discriminação proibida pelo artigo 49.º CE, posto que, em especial, as empresas de outros Estados-Membros e as empresas alemãs não se encontram em situações comparáveis a respeito da convenção.

32. O Governo alemão sustenta que, dada a natureza especial da convenção bilateral em causa e a reciprocidade em que se baseia, as vantagens decorrentes desta convenção não podem ser concedidas aos nacionais ou às empresas de todos os outros Estados-Membros¹⁰. Acresce que as disposições transitórias previstas no Acto de Adesão de 2003 ficariam comprometidas. Em todo o caso, mesmo que o modo como a Alemanha aplica a convenção devesse ser considerado uma restrição à livre prestação de serviços, esta restrição estaria justificada, ao abrigo do artigo 46.º CE, em conjugação com o artigo 55.º CE, pela necessidade de fiscalizar

8 — V., nomeadamente, acórdão de 15 de Janeiro de 2002, Gottardo (C-55/00, Colect., p. I-413, n.º 32 a 34).

9 — Remete, a este respeito para, designadamente, acórdãos Gottardo (já referido na nota 8); de 5 de Novembro de 2002, Comissão/Alemanha (C-476/98, Colect., p. I-9855); e de 5 de Julho de 2005, D. (C-376/03, Colect., p. I-5821).

10 — V., nomeadamente, conclusões do advogado-geral Van Gerven apresentadas em 22 de Fevereiro de 1989 no processo na origem do acórdão de, Grana-Novoa (C-23/92, Colect., p. I-4505, n.º 12), e acórdão D. (já referido na nota 9, n.º 61 e segs.).

adequadamente a aplicação da convenção e de garantir, designadamente, o cumprimento efectivo da obrigação de a empresa cliente/contratante pagar as contribuições para a segurança social e de lhe aplicar as sanções por violação das normas legais.

quando prestarem serviços na Alemanha, beneficiar — apesar do regime transitório definido no Acto de Adesão de 2003 a respeito da circulação temporária dos trabalhadores — da quota de trabalhadores polacos permitida nos termos da referida convenção, ao passo que não dispõem desta opção as empresas estabelecidas noutros Estados-Membros que prestem serviços na Alemanha, salvo se criarem uma filial nesse Estado-Membro.

b) Apreciação

33. Importa recordar, a título liminar, que, segundo jurisprudência assente, a livre prestação de serviços implica, nomeadamente, a eliminação de toda e qualquer discriminação do prestador em razão da sua nacionalidade ou com fundamento no facto de se encontrar estabelecido num Estado-Membro diferente daquele em que a prestação é efectuada¹¹.

35. Por conseguinte, no que diz respeito à celebração de contratos de empreitada com empresas polacas para a prestação de serviços na Alemanha, é evidente que a prática administrativa impugnada estabelece uma distinção baseada na sede da empresa que presta o serviço, sendo, portanto, susceptível — na medida em que a sede de uma empresa determina a sua «nacionalidade»¹² — de constituir uma discriminação em razão da nacionalidade proibida pelo artigo 49.º CE.

34. No caso vertente, é facto assente que, ao abrigo da prática administrativa alemã criticada pela Comissão, só as empresas alemãs — isto é, empresas que têm a sua sede na Alemanha — podem celebrar contratos de empreitada com empresas polacas, na acepção da convenção, e, deste modo,

36. Por conseguinte, é necessário examinar se o Governo alemão apresentou razões que, apesar disso, sejam susceptíveis de fornecer uma justificação válida para o facto de a Alemanha conferir unicamente às suas próprias empresas a possibilidade de executar obras no seu território nacional em cooperação com empresas polacas e os seus

11 — V., nomeadamente, acórdãos de 25 de Julho de 1991, Säger, C-76/90, Colect., p. I-4221, n.º 12), de 25 de Julho de 1991, Comissão/Países Baixos (C-353/89, Colect., p. I-4069, n.º 14), de 4 de Maio de 1993, Distribuidores Cinematográficos (C-17/92, Colect., p. I-2239, n.º 13), e Comissão/Alemanha (já referido na nota 5, n.º 83).

12 — V., nesse sentido, por exemplo, acórdãos de 28 de Janeiro de 1986, Comissão/França (270/83, Colect., p. 273, n.º 18), e de 12 de Abril de 1994, Halliburton (C-1/93, Colect., p. I-1137, n.º 15).

trabalhadores na qualidade de subcontratados nos termos da convenção.

37. A este respeito, importa observar, antes de mais, que o facto de as empresas estabelecidas noutros Estados-Membros poderem igualmente beneficiar do disposto na convenção, através da criação de filiais na Alemanha, não permite justificar a diferença de tratamento em causa, uma vez que, em conformidade com jurisprudência assente, a exigência da criação de um estabelecimento estável ou de uma filial contraria directamente a essência da livre prestação de serviços¹³.

38. Em seguida, na medida em que o Governo alemão procura justificar a sua recusa em estender a vantagem em causa a empresas estabelecidas noutros Estados-Membros com base no facto de esta vantagem resultar do disposto numa convenção bilateral internacional, deve salientar-se que — como decorre do princípio do primado do direito comunitário e como foi confirmado pelo Tribunal de Justiça na sua jurisprudência — ao porem em prática os compromissos que assumiram por força de convenções internacionais, quer se trate de uma convenção entre Estados-Membros ou entre um Estado-Membro e um ou vários países terceiros, os Estados-Membros são obrigados, sem prejuízo das disposições do artigo 307.º CE, a respeitar as obrigações que lhes incumbem por força do direito comunitário¹⁴.

13 — V., neste sentido, por exemplo, acórdãos de 9 de Março de 2000, Comissão/Bélgica (C-355/98, Colect., p. I-1221, n.º 27), e de 4 de Dezembro de 1986, Comissão/Alemanha (205/84, Colect., p. 3755, n.º 52).

14 — V., neste sentido, acórdão Gottardo, já referido na nota 8); v., a este respeito, igualmente as conclusões que apresentei recentemente, em 25 de Junho 2009, no processo Bogiatzi (C-301/08, pendente no Tribunal de Justiça, n.º 55).

39. Portanto, em conformidade com jurisprudência assente, mesmo na aplicação de uma convenção internacional, o Estado-Membro permanece vinculado pelo princípio da igualdade de tratamento, como consagrado nas liberdades fundamentais, sendo-lhe, por conseguinte, exigível que, em princípio, conceda aos nacionais de outros Estados-Membros, ou, consoante o caso, às empresas estabelecidas ou sediadas noutros Estados-Membros as mesmas vantagens de que beneficiam os seus próprios nacionais ou empresas ao abrigo de uma determinada convenção.

40. Assim, no acórdão Matteucci, o Tribunal de Justiça considerou, relativamente a um acordo cultural entre dois Estados-Membros ao abrigo do qual a vantagem da concessão de certas bolsas de estudo estava reservada exclusivamente para os nacionais desses dois Estados-Membros, que, tendo em conta o princípio da igualdade de tratamento face aos trabalhadores nacionais previsto pelas regras aplicáveis à livre circulação dos trabalhadores, as autoridades destes dois Estados-Membros estavam obrigadas a estender a vantagem da concessão destas bolsas de estudo aos trabalhadores comunitários estabelecidos no seu território¹⁵. De igual modo, o Tribunal de Justiça tem constantemente declarado, desde logo no acórdão Saint-Gobain ZN, que o princípio do tratamento nacional previsto no artigo 43.º CE impõe que um Estado-Membro, parte numa convenção internacional bilateral celebrada com um país terceiro para evitar a dupla tributação, conceda aos estabelecimentos estáveis de empresas com sede noutro Estado-Membro as vantagens previstas pela referida convenção, nas mesmas condições que são

15 — V. acórdão de 27 de Setembro de 1988, Matteucci (235/87, Colect., p. 5589, n.º 16).

aplicáveis às empresas com sede no Estado-Membro parte na convenção¹⁶. Nos mesmos termos, no acórdão *Gottardo*, o Tribunal de Justiça decidiu, a respeito de uma convenção internacional bilateral de segurança social relativa à tomada em conta dos períodos de seguro, que o princípio fundamental da igualdade de tratamento impõe a esse Estado-Membro a obrigação de conceder aos nacionais dos outros Estados-Membros as mesmas vantagens de que beneficiam os seus próprios nacionais por força da referida convenção, salvo quando possa fornecer uma justificação objectiva para a sua recusa¹⁷.

41. Decorre desta jurisprudência que, em conformidade com o princípio do tratamento nacional previsto igualmente, como referido *supra*, no artigo 49.º CE¹⁸, a Alemanha está, em princípio, obrigada a conceder às empresas estabelecidas noutro Estado-Membro e que não têm sede ou uma filial na Alemanha, as vantagens — nas mesmas condições que são aplicáveis às empresas com sede na Alemanha — previstas na convenção, isto é, a possibilidade de celebrar, com empresas polacas, contratos de empreitada a executar na Alemanha, utilizando trabalhadores polacos de acordo com a quota fixada pela referida convenção.

42. É certo que, como o Governo alemão observou, o Tribunal de Justiça considerou

que o equilíbrio e a reciprocidade de uma convenção internacional bilateral celebrada entre um Estado-Membro e um Estado terceiro pode constituir uma justificação objectiva para a recusa pelo Estado-Membro parte nessa convenção, de estender aos nacionais dos outros Estados-Membros as vantagens que a referida convenção concede aos seus próprios nacionais¹⁹.

43. No entanto, importa assinalar que esta justificação foi formulada tendo em conta convenções internacionais celebradas com um ou mais Estados terceiros e, por conseguinte, com o objectivo de impedir, ao abrigo da excepção prevista no artigo 307.º CE, que os direitos do Estado terceiro decorrentes dessa convenção fossem afectados ou que fossem impostas novas obrigações a esse Estado terceiro²⁰.

44. Em contrapartida, a convenção em causa é uma convenção celebrada apenas entre dois Estados-Membros, estando ambos obrigados, nos termos do artigo 10.º CE, a tomar todas as medidas adequadas para assegurar a execução das obrigações decorrentes do Tratado CE e a se prestar apoio mútuo para esse efeito²¹.

16 — V. acórdãos de 21 de Setembro de 1999, *Saint-Gobain ZN* (C-307/97, *Colect.*, p. I-6161, n.º 57 a 59), *Comissão/Alemanha* (já referido na nota 9, n.º 149) e *Gottardo* (já referido na nota 8, n.º 32).

17 — V. acórdão *Gottardo* (já referido na nota 8, n.º 34).

18 — V. n.º 33 *supra*.

19 — V., neste sentido, acórdãos *Gottardo* (já referido na nota 8, n.º 36), e *Saint-Gobain ZN* (já referido na nota 16, n.º 59 e 60).

20 — V., neste sentido, acórdãos *Gottardo* (já referido na nota 8, n.º 36 e 37), *Saint-Gobain ZN* (já referido na nota 16, n.º 59), v., igualmente, quanto à finalidade do artigo 307.º CE, acórdão de 14 de Janeiro de 1997, *Centro-Com* (C-124/95, *Colect.*, p. I-81, n.º 55 e 56).

21 — V., neste contexto, acórdão *Matteucci* (já referido na nota 15, n.º 19 a 22); é irrelevante a este respeito que a convenção tenha sido celebrada antes de a Polónia ter adquirido a qualidade de Estado-Membro.

45. Neste contexto, importa observar ainda que, como o Governo polaco correctamente salientou, a extensão a empresas estabelecidas noutros Estados-Membros da possibilidade de celebrar com empresas polacas contratos de empreitada ao abrigo da convenção não afecta, enquanto tal, a quota fixada a respeito dos trabalhadores temporários polacos no artigo 2.º, n.º 5, da convenção. Para além disso, mesmo tendo a Alemanha celebrado a convenção no entendimento de que só as empresas alemãs poderiam beneficiar da mesma, não é possível que esta circunstância baste para prevalecer sobre a aplicação, no presente contexto, de um princípio fundamental previsto pelo Tratado.

46. Em consequência, os argumentos apresentados pelo Governo alemão que assentam no carácter e na natureza recíproca da convenção bilateral em causa devem, em meu entender, ser julgados improcedentes.

47. Seguidamente, na medida em que o Governo alemão contesta a obrigação de estender a vantagem prevista nos termos da convenção a empresas estabelecidas noutros Estados-Membros com base no facto de essas empresas não se encontrarem numa situação comparável à das empresas alemãs abrangidas pela convenção, o Tribunal de Justiça já declarou, numa série de acórdãos relativos às vantagens concedidas ao abrigo de convenções fiscais bilaterais, que o direito comunitário não se opõe a que a vantagem em questão não seja conferida a residentes de um terceiro

Estado-Membro, na medida em que não se encontram numa situação comparável à dos residentes abrangidos pela dita convenção²².

48. No entanto, essa jurisprudência deve ser interpretada à luz das circunstâncias concretas que lhe estão subjacentes, não podendo, em meu entender, ser simplesmente transposta para as circunstâncias do caso vertente. Em particular, deve salientar-se a este respeito que aqueles processos se referiam a convenções fiscais bilaterais e que, como resulta claramente da jurisprudência do Tribunal de Justiça, no domínio do direito fiscal, o local de residência ou de estabelecimento pode constituir um factor de conexão para efeitos da repartição da competência fiscal²³. Donde se conclui que, no que diz respeito às vantagens concedidas ao abrigo de convenções fiscais, o residente de outro Estado-Membro, ou uma empresa aí estabelecida, se pode encontrar numa situação objectivamente diferente da dos residentes ou das empresas estabelecidas no Estado-Membro parte numa convenção desta natureza, pelo que, portanto, não se exige um tratamento igual no tocante às vantagens concedidas ao abrigo da convenção²⁴.

49. Em contrapartida, não existe no caso em apreço qualquer razão válida para presumir que a situação de uma empresa estabelecida noutro Estado-Membro, que não tem qual-

22 — V., neste sentido, acórdãos D. (já referido na nota 9, n.º 59 a 63), de 2 de Dezembro de 2006, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* (C-374/04, Colect., p. I-11673, n.º 88 a 93) e de 20 de Maio de 2008, *Orange European Smallcap Fund* (C-194/06, Colect., p. I-3747, n.º 51).

23 — V., neste sentido, acórdãos D. (já referido na nota 9, n.º 52) e *Saint-Gobain ZN* (já referido na nota 16, n.º 56).

24 — V., neste contexto, igualmente acórdãos de 12 de Maio de 1998, *Gilly* (C-336/96, Colect., p. I-2793, n.º 30) e *Comissão/França* (já referido na nota 12, n.º 19).

quer filial na Alemanha, não é comparável à das empresas com sede na Alemanha no tocante à possibilidade de celebrar contratos de empreitada com empresas polacas com o objectivo de prestar serviços na Alemanha. Por conseguinte, creio que não se pode sustentar que, por as empresas interessadas não se encontrarem em situação comparável, a diferença de tratamento em causa a respeito da convenção não é susceptível de constituir uma discriminação.

50. Por último, na medida em que o Governo alemão procura justificar a prática em causa com base no artigo 46.º CE, em conjugação com o artigo 55.º CE, deve recordar-se que o Tribunal de Justiça já declarou que uma legislação nacional, não aplicável indistintamente às prestações de serviços independentemente da sua origem, só estará em conformidade com o direito comunitário se puder ser abrangida por uma disposição derrogatória expressa, como o artigo 46.º CE, para o qual remete o artigo 55.º CE. A este respeito, resulta do artigo 46.º CE, que é de interpretação estrita, que as regras discriminatórias podem ser justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública²⁵. Além disso, as razões susceptíveis de ser invocadas por um Estado-Membro para justificar uma derrogação ao princípio da livre prestação de serviços devem ser acompanhadas de uma análise da oportunidade e da proporcionalidade da medida restritiva adoptada por esse Estado, bem como de elementos

precisos que permitam sustentar a sua argumentação²⁶.

51. No presente processo, o Governo alemão invocou, essencialmente, dificuldades na execução da convenção no respeitante à aplicação e ao cumprimento efectivo da legislação nacional e, em particular, ao cumprimento da obrigação de as empresas pagarem as contribuições para a segurança social e à possibilidade de lhes serem aplicadas sanções.

52. Porém, estas considerações não são abrangidas por quaisquer dos motivos expressamente mencionados no artigo 46.º CE. Na medida em que estas considerações possam ser entendidas como respeitando a razões de ordem pública na acepção do artigo 46.º CE, o Tribunal de Justiça interpretou restritivamente este conceito, exigindo, em especial, a existência de uma ameaça real e suficientemente grave que afecte um interesse fundamental da sociedade²⁷. As circunstâncias invocadas pelo Governo alemão não preenchem estes requisitos e não podem ser consideradas suficientes para justificar uma derrogação ao princípio da livre prestação de serviços. Além disso, como a Comissão e o

25 — V., designadamente, acórdãos Comissão/Alemanha (já referido na nota 5, n.º 86) e de 21 de Março de 2002, Cura Anlagen (C-451/99, Colect., p. I-3193, n.º 31).

26 — V., neste sentido, por exemplo, acórdão de 19 de Junho de 2008, Comissão/Luxemburgo (C-319/06, Colect., p. I-4323, n.º 51).

27 — V., neste sentido, por exemplo, acórdãos de 19 de Janeiro de 1999, Calfa (C-348/96, Colect., p. I-11, n.º 21) e Comissão/Luxemburgo (já referido na nota 26, n.º 50).

Governo polaco salientaram, nem as considerações de carácter económico nem as dificuldades práticas de natureza administrativa podem constituir razões de ordem pública na acepção do artigo 46.º CE²⁸.

53. Resulta do que precede que a prática administrativa impugnada, de acordo com a qual o artigo 1.º da convenção é interpretado no sentido de que só as empresas alemãs podem celebrar contratos de empreitada na acepção da referida convenção, constitui uma violação das obrigações decorrentes do artigo 49.º CE. Por conseguinte, a primeira parte da acusação formulada pela Comissão afigura-se procedente.

2. Violação da cláusula de *standstill*

a) Principais argumentos das partes

54. Com a segunda parte da sua acusação, a Comissão alega que a cláusula de protecção do mercado de trabalho, como é utilizada na prática administrativa alemã, viola a cláusula

de *standstill*. A Comissão sustenta que a redacção da cláusula de *standstill* esclarece que a obrigação é absoluta e que é proibida qualquer limitação do acesso dos trabalhadores polacos ao mercado de trabalho alemão que os coloque numa situação menos favorável do que aquela em que se encontravam em 16 de Abril de 2003, independentemente de a situação legal ou a prática administrativa se terem alterado.

55. A Comissão sublinha que, em conformidade com a cláusula de salvaguarda do mercado de trabalho, que continua a ser aplicada na prática administrativa da agência federal do emprego, os contratos de empreitada não são, em princípio, admitidos quando se devam realizar num distrito de uma agência de emprego cuja taxa média de desemprego tenha ultrapassado, nos seis meses anteriores, em pelo menos 30% a taxa de desemprego da Alemanha. A lista dos distritos abrangidos por esta regra é actualizada trimestralmente. Deste modo, a cláusula de *standstill* foi violada, na medida em que, após 16 de Abril de 2003, foram incluídos novos distritos na lista dos distritos «bloqueados» e o acesso ao mercado de trabalho alemão se tornou, *de facto*, mais restrito.

56. O Governo polaco concorda, no essencial, com a Comissão e sustenta que o artigo 2.º, n.º 5, da convenção não proporciona uma base jurídica sólida para a cláusula de salvaguarda do mercado de trabalho.

28 — V., neste sentido, acórdãos Distribuidores Cinematográficos (já referido na nota 11, n.º 21), de 25 de Julho de 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda (C-288/89, Colect., p. I-4007, n.º 11), e de 7 de Março de 1991, Masgio (C-10/90, Colect., p. I-1119, n.º 24).

57. Em contrapartida, o Governo alemão salienta que nem a situação legal na Alemanha nem a prática administrativa para aplicação do artigo 2.º, n.º 5, da convenção foram alteradas após 4 de Janeiro de 1993 no que diz respeito ao acesso ao mercado de trabalho nos termos da convenção. Nestas circunstâncias, não se pode sustentar que a cláusula de *standstill* foi violada, uma vez que uma violação nesse sentido pressuporia a adopção de novas medidas legislativas ou administrativas pelo Estado-Membro em questão. No entanto, no caso vertente, apenas se alteraram as circunstâncias de facto, designadamente, a situação do mercado de trabalho alemão.

b) Apreciação

58. A título liminar, há que observar que não compete ao Tribunal de Justiça, no caso vertente, determinar se a cláusula de salvaguarda do mercado de trabalho que consta das instruções de aplicação do Bundesagentur für Arbeit e se a sua aplicação na prática administrativa alemã constituem uma correcta aplicação do artigo 2.º, n.º 5, da convenção, que fixa a quota de trabalhadores polacos subcontratados²⁹, competindo-lhe antes determinar se a prática administrativa viola a cláusula de *standstill*.

59. A este respeito, importa salientar que é facto assente que a cláusula de salvaguarda do

mercado de trabalho já se encontrava em vigor e era aplicada pelas autoridades alemãs antes da data da assinatura do Acto de Adesão de 2003, tendo permanecido inalterada desde essa data.

60. Porém, a acusação da Comissão refere-se, mais especificamente, ao facto de, desde 16 de Abril de 2003, terem sido incluídos novos distritos na lista de distritos em relação aos quais não são admitidos contratos de empreitada ao abrigo da convenção, pelo que o acesso ao mercado de trabalho alemão se tornou, *de facto*, mais restrito.

61. Não partilho da opinião da Comissão de que esta circunstância equivale a uma violação da cláusula de *standstill*.

62. Como o Governo alemão salientou, de acordo com as disposições de aplicação adoptadas pelas autoridades alemãs, os distritos abrangidos pela cláusula de salvaguarda do mercado de trabalho são publicados numa lista que é actualizada trimestralmente. Por conseguinte, esta lista e as suas actualizações são, simplesmente, uma consequência da aplicação da regra prevista nas disposições de aplicação, segundo a qual os contratos de empreitada não são admitidos quando devam ser realizados num distrito de uma agência de emprego cuja taxa média de desemprego tenha, nos seis meses anteriores, ultrapassado em pelo menos 30% a taxa de desemprego da Alemanha: portanto, neste sentido, esta lista assume um mero carácter declaratório. Por outras palavras, o acréscimo

29 — V., neste contexto, acórdãos Centro-Com (já referido na nota 20, n.º 58), de 28 de Março de 1995, Evans Medical e Macfarlan Smith (C-324/93, Colect., p. I-563, n.º 29), e de 14 de Dezembro de 2000, AMID (C-141/99, Colect., p. I-11619, n.º 18).

impugnado de distritos «bloqueados» após 16 de Abril de 2003 resulta simplesmente da aplicação a circunstâncias de facto que evoluem — designadamente, um aumento da taxa de desemprego em certos distritos — das mesmas condições ou restrições tal como já eram aplicadas na prática administrativa antes dessa data.

63. Embora seja verdade que o seu resultado se possa traduzir no facto de, efectivamente, só poderem ser aceites poucos trabalhadores polacos no âmbito da prestação de serviços na Alemanha³⁰, a nova inclusão de distritos não pode ser considerada como equivalente a «condições» mais restritivas impostas à circulação temporária dos trabalhadores, condições essas que a cláusula de *standstill* procura impedir. Regra geral, é inerente à natureza das condições legais que estas se possam igualmente traduzir numa desvantagem para aqueles a cujo direito se aplicam, caso se verifique uma alteração dos factos pertinentes, sem que, contudo, as próprias condições se tenham alterado ou se tenham tornado mais restritivas.

64. Atendendo ao que precede, a segunda parte da acusação da Comissão, com a qual alega que a Alemanha violou a cláusula de *standstill*, deve ser julgada improcedente.

30 — Mas também o inverso.

V — Quanto às despesas

65. Nos termos do artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Segundo o artigo 69.º, n.º 3, do mesmo regulamento, se cada parte obtiver vencimento parcial, ou em circunstâncias excepcionais, o Tribunal de Justiça pode determinar que as despesas sejam repartidas entre as partes, ou que cada uma das partes suporte as suas próprias despesas.

66. Nas circunstâncias do caso vertente, na medida em que só uma das duas acusações da Comissão é procedente, deve ser condenada a suportar metade das despesas, devendo a República Federal da Alemanha ser condenada a suportar a outra metade.

67. Por força do artigo 69.º, n.º 4, do Regulamento de Processo, a República da Polónia deve suportar as suas próprias despesas.

VI — Conclusão

68. Assim, proponho que o Tribunal de Justiça:

- (1) declare que a República Federal da Alemanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 49.º CE, interpretando, na sua prática administrativa, no sentido de designar uma «empresa alemã» o conceito de «Unternehmen der anderen Seite» («empresa da outra parte») que figura no artigo 1.º, n.º 1, da convenção relativa ao destacamento de trabalhadores de empresas polacas para a execução de contratos de empreitada, assinada pelos Governos polaco e alemão em 31 de Janeiro de 1990;
- (2) julgue a acção improcedente quanto ao restante;
- (3) condene a Comissão das Comunidades Europeias e a República Federal da Alemanha a suportarem, respectivamente, metade das despesas;
- (4) condene a República da Polónia a suportar as suas próprias despesas.