ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção)

22 de Dezembro de 2008 *

No processo C-161/07,

que tem por objecto uma acção por incumprimento nos termos do artigo 226.º CE, entrada em 23 de Março de 2007,

**Comissão das Comunidades Europeias,** representada por E. Traversa e G. Braun, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

demandante,

apoiada por:

**República da Lituânia,** representada por D. Kriaučiūnas, na qualidade de agente,

interveniente,

* Língua do processo: alemão.

contra

**República da Áustria,** representada por C. Pesendorfer e M. Winkler, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

demandada,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção),

composto por: P. Jann, presidente de secção, M. Ilešič, A. Tizzano (relator), A. Borg Barthet e J.-J. Kasel, juízes,

advogado-geral: M. Poiares Maduro,
secretário: L. Hewlett, administradora principal,

vistos os autos e após a audiência de 26 de Junho de 2008,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 18 de Setembro de 2008,

profere o presente

## Acórdão

1 Na sua petição, a Comissão das Comunidades Europeias pede ao Tribunal de Justiça que declare que, ao exigir, para o registo de sociedades no registo comercial a pedido dos nacionais de Estados-Membros que aderiram à União Europeia em 1 de Maio de 2004, com excepção da República de Chipre e da República de Malta (a seguir «oito novos Estados-Membros»), a declaração da sua qualidade de independente emitida pelo Arbeitsmarktservice (Serviço de Emprego, a seguir «AMS») ou a apresentação de um certificado de dispensa da autorização de trabalho, a República da Áustria não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 43.º CE.

### Quadro jurídico

*Direito comunitário*

2 O artigo 24.º do 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. 33, a seguir «acto de adesão»), tem a seguinte redacção:

«As medidas enumeradas nos Anexos V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII e XIV do presente Acto aplicam-se, em relação aos novos Estados-Membros, nas condições definidas nesses Anexos.»

3 Estes anexos prevêem, em especial, no n.º 2, primeiro parágrafo, sob a epígrafe «Livre circulação de pessoas», a possibilidade de os Estados-Membros da União, no momento da adesão, continuarem a aplicar até ao termo do período de cinco anos a contar da data da mesma «medidas nacionais […] que regulamentem o acesso de nacionais [dos novos Estados-Membros] aos seus mercados de trabalho».

*Direito nacional*

4 Por força das disposições conjugadas dos §§ 32a e 1, n.º 2, alíneas l) e m), a Lei relativa ao trabalho de estrangeiros (Ausländerbeschäftigungsgesetz), de 20 de Março de 1975 (BGBl. 218/1975), na sua versão actualmente em vigor (BGBl. I, 99/2006, a seguir «AuslBG»), é aplicável aos nacionais dos oito novos Estados-Membros.

5 O § 2, n.º 2, da AuslBG define «emprego» como a actividade exercida «no âmbito de uma relação de trabalho» ou «no âmbito de uma relação equiparável a uma relação de trabalho».

6 O § 2, n.º 4, da AuslBG tem a seguinte redacção:

«Para apreciar se existe emprego, na acepção do n.º 2, importa ter em conta o conteúdo económico real dos factos e não a sua aparência exterior. Assim, existe emprego, na acepção do n.º 2, em especial:

1. quando um sócio de uma sociedade de pessoas, a fim de prosseguir o objecto da sociedade, ou

2. um sócio numa sociedade de responsabilidade limitada com uma participação inferior a 25% executa, para essa sociedade, prestações típicas de uma relação de trabalho, a menos que o serviço regional do [AMS] declare, por lhe ter sido pedido e no prazo de três meses, que, na realidade, um sócio exerce pessoalmente uma influência significativa na gestão da sociedade. O ónus da prova cabe ao requerente. Decorrido esse prazo, a actividade pode ter início sem a declaração exigida. Se o pedido for indeferido depois de decorrido o prazo, deve ser posto imediatamente termo à actividade já iniciada ou, o mais tardar, na semana seguinte à notificação do certificado.»

7 O § 15 da AuslBG estabelece os requisitos de emissão de um certificado de dispensa de autorização de trabalho, nos termos seguintes:

«(1) Ao estrangeiro que ainda não tenha autorização de trabalho com duração indeterminada (§ 17) pode ser concedida, a seu pedido, dispensa da autorização de trabalho:

1. se, durante os últimos oito anos, tiver exercido uma actividade autorizada durante, pelo menos, cinco anos, no território nacional […] e se estiver de posse de uma autorização legal de estabelecimento, […]

[…]»

**Procedimento pré-contencioso**

8 Por considerar que o método de distinção entre trabalhadores independentes e trabalhadores por conta de outrem, que decorre do § 2, n.º 4, da AuslBG, constitui uma restrição à liberdade de estabelecimento garantida pelo artigo 43.º CE, a Comissão dirigiu a este respeito uma notificação para cumprir às autoridades austríacas, em 21 de Março de 2005, as quais responderam, por carta de 19 de Maio de 2005, negando qualquer violação a este último artigo.

9 Em 6 de Julho de 2006, a Comissão enviou à República da Áustria um parecer fundamentado, convidando este Estado-Membro a tomar todas as medidas necessárias para dar cumprimento a esse parecer no prazo de dois meses a contar da recepção deste. As autoridades austríacas responderam ao referido parecer em 7 de Setembro de 2006, reiterando a sua posição.

10 Por conseguinte, a Comissão decidiu intentar a presente acção.

11 Por despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 19 de Setembro de 2007, foi admitida a intervenção da República da Lituânia no presente processo, em apoio dos pedidos da Comissão.

**Quanto à acção**

*Argumentação das partes*

12 A Comissão alega que a obrigação prevista na legislação nacional em causa, ao impor aos nacionais dos oito novos Estados-Membros que pretendam registar uma sociedade no registo comercial a obtenção quer de um certificado do AMS que declare a sua

qualidade de trabalhadores independentes, quer da dispensa da autorização de trabalho, constitui uma restrição injustificada ao exercício do direito de estabelecimento.

13 Os argumentos da Comissão concentram-se essencialmente na alegação relativa à incompatibilidade, com o artigo 43.º CE, do procedimento de certificação da qualidade de independente previsto no § 2, n.º 4, da AuslBG, uma vez que são raros os nacionais destes Estados-Membros que podem justificar o exercício de uma actividade autorizada durante cinco anos ao longo dos oito anos que precederam o pedido necessário para obter a dispensa da autorização de trabalho ao abrigo do § 15 da AuslBG.

14 A Comissão refere, em primeiro lugar, que, por força do referido § 2, n.º 4, se presume que um nacional de um dos referidos Estados-Membros actua como trabalhador por conta de outrem quando executa, na qualidade de sócio de uma sociedade de pessoas ou de uma sociedade de responsabilidade limitada que detém uma parte do capital social inferior a 25%, «prestações típicas de uma relação de trabalho». Ao exigir que esse sócio inverta esta presunção, apresentando a prova da sua qualidade de independente, esta disposição não só faz depender o acesso a uma actividade independente de um requisito suplementar em relação aos requisitos aplicáveis aos outros operadores como também impede o exercício dessa actividade económica enquanto decorre o procedimento de emissão do certificado. A liberdade de estabelecimento dos operadores económicos em causa dos oito novos Estados-Membros está, por conseguinte, restringida.

15 A Comissão alega seguidamente que a restrição prevista no § 2, n.º 4, da AuslBG é de natureza discriminatória devido ao facto de o procedimento em causa se aplicar aos cidadãos dos novos Estados-Membros em razão da sua nacionalidade.

16 Além disso, esta restrição não pode, com fundamento no artigo 46.º CE, ser justificada por razões de ordem pública, na acepção da jurisprudência comunitária, uma vez que a

República da Áustria não provou a existência de uma ameaça real e suficientemente grave que afecte um interesse fundamental da sociedade.

17 De qualquer modo, a obrigação de se submeter ao procedimento de certificação controvertido não é necessária nem proporcionada tendo em conta o objectivo, invocado por este Estado-Membro, de luta contra os eventuais abusos da liberdade de estabelecimento, ao prevenir qualquer desvio a esta com o intuito de contornar as restrições à livre circulação de trabalhadores.

18 Em especial, a inversão do ónus da prova operada pela disposição em causa, a fim de obter de um sócio as informações que permitem verificar a natureza realmente independente da actividade económica exercida, não é a única solução possível para incitar qualquer interessado a colaborar, contrariamente ao que afirma o referido Estado-Membro. Com efeito, segundo a Comissão, este resultado pode ser igualmente alcançado através de outras medidas menos restritivas, como obrigações de colaboração impostas por lei, eventualmente cumuladas com sanções.

19 Além disso, o procedimento de autorização prévia poderá ser substituído por um controlo efectuado *a posteriori*, depois do registo da sociedade. Deste modo, os trabalhadores independentes interessados poderão iniciar as suas actividades e as autoridades competentes poderão, por sua vez, ordenar a cessação destas no caso de um controlo ter revelado um abuso.

20 Na sua contestação, a República da Áustria parte do princípio de que a Comissão baseia erradamente a sua acção em violação da liberdade de estabelecimento garantida no artigo 43.º CE. Considera, com efeito, que o procedimento de certificação previsto no § 2, n.º 4, da AuslBG faz parte do domínio da livre circulação dos trabalhadores e está abrangido pela possibilidade de que dispõem os Estados-Membros, com base no artigo 24.º do acto de adesão, de restringir, durante o período transitório, o acesso dos cidadãos dos novos Estados-Membros ao mercado de trabalho.

21 Apenas estão sujeitos ao procedimento de autorização prévia os trabalhadores por conta de outrem e os «falsos trabalhadores independentes», ou seja, os sócios que, de «modo atípico», se encontrem numa situação semelhante à de um trabalhador por conta de outrem. Pelo contrário, os trabalhadores independentes, como os sócios, que não executam para a sociedade prestações de trabalho características de uma actividade por conta de outrem, mas que se limitam a actos de gestão e de disposição das suas partes sociais, não estão abrangidos, contrariamente ao que afirma a Comissão, pelo domínio de aplicação do § 2, n.º 4, da AuslBG.

22 Seguidamente, a República da Áustria alega que o objectivo desta disposição é reprimir uma prática que consiste em contornar a obrigação de autorização prévia para aceder a uma actividade por conta de outrem, mediante a criação de sociedades, segundo as duas situações visadas na referida disposição. Ora, contrariamente ao que a Comissão considera, não existem meios menos restritivos para lutar contra essa prática. Em especial, um controlo *a posteriori* é tardio e não permite evitar perturbações do mercado de trabalho, como o Tribunal de Justiça declarou no seu acórdão de 22 de Janeiro de 2002, Canal Satélite Digital (C-390/99, Colect., p. I-607). Do mesmo modo, a regra relativa ao ónus da prova, criticada pela Comissão, constitui o único meio adequado para verificar se a actividade exercida por um sócio é efectivamente de natureza independente, uma vez que uma simples obrigação de cooperação não é suficiente para controlar o respeito deste requisito. Com efeito, os interessados não têm nenhum interesse em cooperar em casos de contorno à lei.

23 Por fim, o referido Estado-Membro alega que o prazo máximo de três meses é razoável porque, na prática, o procedimento de certificação fica muitas vezes concluído num prazo de espera insignificante para o interessado, em especial quando a sua qualidade de independente está manifestamente provada.

*Apreciação do Tribunal de Justiça*

24 A título preliminar, recorde-se que o conceito de estabelecimento, na acepção do Tratado CE, é um conceito muito amplo, que implica a possibilidade de um cidadão comunitário participar, de modo estável e contínuo, na vida económica de um Estado-Membro diferente do seu Estado de origem, e de dela tirar proveito, favorecendo assim

a interpenetração económica e social no interior da Comunidade Europeia, no domínio das actividades não assalariadas (v. acórdão de 14 de Setembro de 2006, Centro di Musicologia Walter Stauffer, C-386/04, Colect., p. I-8203, n.º 18 e jurisprudência referida).

25 À luz deste conceito assim circunscrito, deve, em primeiro lugar, afastar-se o argumento da República da Áustria segundo o qual a legislação nacional controvertida está abrangida exclusivamente pelo domínio da livre circulação de trabalhadores, e mais especificamente da derrogação transitória prevista no n.º 2, primeiro parágrafo, dos Anexos V a XIV do acto de adesão.

26 Com efeito, resulta dos autos, e mais especialmente da argumentação desenvolvida por este Estado-Membro, que a referida legislação sujeita a formalidades administrativas, sob certas condições, todos os cidadãos dos oito novos Estados-Membros que pretendam exercer uma actividade económica na Áustria, na qualidade de sócios de uma sociedade de pessoas ou de uma sociedade de responsabilidade limitada, a fim de distinguir, de entre esses cidadãos, os que exercem realmente uma actividade não assalariada daqueles que têm, de facto, a qualidade de trabalhador por conta de outrem. Daqui resulta que a Comissão tem razão em pôr em causa a compatibilidade dos §§ 2 e 15 da AuslBG com o artigo 43.º CE, na medida em que estas disposições nacionais se aplicam designadamente a trabalhadores não assalariados e regulam o exercício da sua liberdade de estabelecimento.

27 Importa seguidamente recordar que, segundo jurisprudência assente, a liberdade de estabelecimento reconhecida pelo artigo 43.º CE aos cidadãos comunitários comporta, em relação a estes últimos, o direito de aceder a actividades não assalariadas e de as exercer assim como o de gerir e constituir empresas nas mesmas condições que as definidas pela legislação do Estado-Membro de estabelecimento para os seus próprios nacionais (v., neste sentido, acórdãos de 9 de Março de 1999, Centros, C-212/97, Colect., p. I-1459, n.º 19, e de 14 de Dezembro de 2006, Denkavit Internationaal e Denkavit France, C-170/05, Colect., p. I-11949, n.º 20).

28 Por outras palavras, o artigo 43.º CE proíbe que cada Estado-Membro preveja na sua legislação, para as pessoas que exercem a liberdade de nele se estabelecer, condições de exercício das suas actividades diferentes das definidas para os seus próprios nacionais (acórdão de 28 de Janeiro de 1986, Comissão/França, 270/83, Colect., p. 273, n.º 24).

29 Ora, no caso presente, a legislação nacional controvertida infringe precisamente esta proibição na medida em que sujeita unicamente os nacionais dos oito novos Estados-Membros à exigência de provar que não é exercida uma actividade por conta de outrem, através da apresentação do certificado previsto no § 2, n.º 4, da AuslBG ou de dispensa da autorização de trabalho referida no § 15, n.º 1, desta mesma lei.

30 Assim, por um lado, o acesso destes cidadãos comunitários ao exercício de uma actividade económica, na qualidade de sócios de uma sociedade de pessoas ou de uma sociedade de responsabilidade limitada na qual detêm menos de 25% do capital, está sujeito a condições e a formalidades suplementares relativamente às que são aplicáveis aos cidadãos nacionais. Por outro lado, em caso de aplicação do procedimento de certificação referido no § 2, n.º 4, da AuslBG, o próprio exercício, pelos nacionais dos oito novos Estados-Membros, da sua actividade económica é suspenso enquanto durar esse procedimento, ou seja, por um período de três meses, no máximo.

31 A legislação nacional controvertida consagra, portanto, uma diferença de tratamento em razão da nacionalidade, proibida, em princípio, pelo artigo 43.º CE.

32 Deve, pois, examinar-se se essa diferença de tratamento está abrangida pela derrogação prevista no artigo 46.º CE, nos termos do qual as medidas discriminatórias só podem ser justificadas por motivos de ordem pública, de segurança pública e de saúde pública.

33 A este respeito, a República da Áustria, invocando um motivo relativo à protecção da ordem pública, alega que as medidas em causa visam essencialmente lutar contra possíveis abusos da liberdade de estabelecimento, ao prevenir quaisquer contornos às regras transitórias aplicáveis à livre circulação de trabalhadores, a fim de salvaguardar o interesse da sociedade austríaca no bom funcionamento do mercado de trabalho e na igualdade das condições de concorrência no referido mercado.

34 Esta argumentação não pode ser acolhida.

35 Com efeito, como o Tribunal de Justiça várias vezes precisou, o conceito de ordem pública, por um lado, pressupõe uma ameaça real e suficientemente grave que afecte um interesse fundamental da sociedade e, por outro, enquanto justificação de uma derrogação de um princípio fundamental do Tratado, deve ser interpretado de forma restritiva (v., neste sentido, designadamente, acórdãos de 9 de Março de 2000, Comissão/Bélgica, C-355/98, Colect., p. I-1221, n.º 28; de 13 de Dezembro de 2007, Comissão/Itália, C-465/05, Colect., p. I-11091, n.º 49; e de 19 de Junho de 2008, Comissão/Luxemburgo, C-319/06, Colect., p. I-4323, n.º 50).

36 Resulta igualmente da jurisprudência que as razões que podem ser invocadas por um Estado-Membro para justificar uma derrogação ao princípio da liberdade de estabelecimento 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 argumentação (v., por analogia, acórdão Comissão/Luxemburgo, já referido, n.º 51 e jurisprudência referida).

37 No caso vertente, impõe-se porém observar que a República da Áustria se limitou a invocar de maneira geral um risco de contorno, através de presumidos «falsos trabalhadores independentes», às regras transitórias que regulam a livre circulação de trabalhadores provenientes dos oito novos Estados-Membros, sem adiantar nenhum

elemento preciso que permita demonstrar que a eventualidade dessas infracções a tais regras consubstancia uma lesão real e suficientemente grave de um interesse fundamental da sociedade.

38 Além disso, mesmo supondo que esse risco de contorno das referidas regras seja susceptível de causar perturbações à ordem pública, observe-se que o Estado-Membro demandado não demonstrou suficientemente que o objectivo relativo ao bom funcionamento do mercado de trabalho visado pela legislação controvertida torna necessária a criação de um sistema de autorização geral e prévia aplicável a todos os operadores em causa dos oito novos Estados-Membros, nem que este objectivo não pode ser alcançado através de medidas menos restritivas da liberdade de estabelecimento.

39 Na realidade, como sugerem a Comissão e a República da Lituânia, medidas menos restritivas do que as instituídas pela legislação nacional controvertida, como a instauração de controlos administrativos regulares eventualmente associados a obrigações em matéria de comunicação de informações por parte dos operadores económicos potencialmente em causa, poderão garantir um resultado semelhante ao permitir verificar se certas actividades económicas são efectivamente exercidas de modo independente ou no âmbito de uma relação de trabalho por conta de outrem.

40 Tal sistema é tanto mais possível quanto, como a República da Áustria confirmou na audiência, as disposições nacionais em causa visam essencialmente o sector da construção e, consequentemente, a criação de sociedades que exercem actividades de uma certa duração. Contrariamente ao que este Estado-Membro afirma, um controlo

efectuado *a posteriori*, depois do registo de uma sociedade, não seria necessariamente tardio, mas permitiria aos trabalhadores independentes em questão começarem a exercer a sua actividade e, ao mesmo tempo, às autoridades competentes ordenar a cessação da mesma, no caso de uma averiguação ter revelado um abuso.

41 Consequentemente, não se justifica a restrição à liberdade de estabelecimento que resulta da legislação nacional controvertida.

42 Nestas condições, deve concluir-se que, ao exigir, para o registo de sociedades no registo comercial a pedido dos nacionais dos oito novos Estados-Membros, sócios de uma sociedade de pessoas ou sócios minoritários de uma sociedade de responsabilidade limitada, a declaração da sua qualidade de independente emitida pelo MAS, ou a apresentação de um certificado de dispensa da autorização de trabalho, a República da Áustria não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 43.º CE.

**Quanto às despesas**

43 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. Tendo a Comissão pedido a condenação da República da Áustria e tendo esta sido vencida, há que condená-la nas despesas.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Primeira Secção) decide:

1) **Ao exigir, para o registo de sociedades no registo comercial a pedido dos nacionais de Estados-Membros que aderiram à União Europeia em 1 de Maio de 2004, com excepção da República de Chipre e da República de Malta, sócios de uma sociedade de pessoas ou sócios minoritários de uma sociedade de responsabilidade limitada, a prova da sua qualidade de independente emitida pelo Arbeitsmarktservice, ou a apresentação de um certificado de dispensa da autorização de trabalho, a República da Áustria não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 43.º CE.**

2) **A República da Áustria é condenada nas despesas.**

Assinaturas