CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL PHILIPPE LÉGER

apresentadas em 5 de Março de 1996 *

Índice

I — Quanto ao enquadramento jurídico do litígio ..... I - 3211

A — As disposições comunitárias ..... I - 3211

B — A jurisprudência comunitária ..... I - 3212

C — A acção da Comissão ..... I - 3215

D — O direito nacional em causa ..... I - 3217

1) Ensino público ..... I - 3217

2) Investigação civil ..... I - 3217

3) Saúde pública ..... I - 3218

4) Sociedade Nacional dos Caminhos-de-Ferro Luxemburgueses (a seguir «SNCFL») ..... I - 3218

5) Serviço público de transportes urbanos e interurbanos ..... I - 3219

6) Correios e telecomunicações ..... I - 3219

7) Distribuição de água, gás e electricidade ..... I - 3219

II — Quanto à questão prévia de inadmissibilidade ..... I - 3220

III — Quanto à existência de um incumprimento ..... I - 3222

A — As perspectivas da jurisprudência comunitária ..... I - 3222

1) É preciso efectuar uma alteração da jurisprudência? ..... I - 3223

2) A jurisprudência consagrou o princípio de uma análise emprego por emprego? ..... I - 3224

3) Os poderes públicos nacionais podem justificar a excepção *ab initio* em todos os sectores da sua actividade, ou é preciso distinguir consoante os sectores? ..... I - 3226

a) Quanto à questão de uma distinção consoante os sectores de actividade ..... I - 3227

b) Quanto às grandes linhas de uma distinção consoante os sectores de actividade ..... I - 3231

* Língua original: francês.

B — A execução da escolha efectuada ..... I - 3235

1) Análise dos sectores de actividades mencionados na petição da Comissão ..... I - 3235

2) Fundamentos apresentados pelo demandado ..... I - 3236

a) Artigo 11.° da Constituição do Grão-Ducado do Luxemburgo de 17 de Outubro de 1868 ..... I - 3236

b) Artigo 13.° da Convenção Europeia de Estabelecimento ..... I - 3237

c) Artigo 61.° do Tratado que institui a União Económica Benelux (a seguir «Tratado Benelux») ..... I - 3239

d) Artigo 2.° do Protocolo de 25 de Março de 1957 respeitante ao Grão-Ducado do Luxemburgo ..... I - 3243

IV — Quanto ao pedido do prazo ..... I - 3245

1. Na acção por incumprimento intentada em 17 de Dezembro de 1993, a Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne

— declarar que o Grão-Ducado do Luxemburgo, ao manter a condição de nacionalidade relativamente aos trabalhadores nacionais dos outros Estados-Membros para o acesso aos lugares de funcionário ou empregado público pertencentes aos sectores públicos da investigação, do ensino, da saúde, dos transportes terrestres, dos correios e telecomunicações e aos serviços de distribuição de água, gás e electricidade, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 48.° do Tratado CEE [1] e dos artigos 1.° e 7.° do Regulamento (CEE) n.° 1612/68 do Conselho, de 15 de Outubro de 1968, relativo à livre circulação dos trabalhadores na Comunidade [2],

— condenar o Grão-Ducado do Luxemburgo nas despesas.

2. O demandado opõe-se firmemente à acção. Suscita antes de mais uma questão prévia de inadmissibilidade e, quanto ao mérito, conclui pedindo que seja negado provimento à acção.

3. Parece-nos que esta acção, como as outras duas que o Tribunal é chamado a conhecer [3], coloca o Tribunal na encruzilhada de várias vias jurisprudenciais. Deve levar o Tribunal,

1 — A petição visa correctamente o artigo 48.° *CEE* e não *CE*, dado que os pareceres fundamentados são anteriores a 1 de Novembro de 1993, data da entrada em vigor do Tratado da União Europeia, e que a existência de uma violação das obrigações decorrentes do artigo 48.° deve em princípio apreciar-se na altura dos referidos pareceres fundamentados. A diferença de redacção é meramente formal, uma vez que o artigo 48.° não foi alterado. Esta diferença poderia no entanto ter consequências quanto ao mérito se o texto referido na petição tivesse sido alterado.

2 — JO L 257, p. 2; EE 05 F1 p. 77.

3 — V. as nossas conclusões separadas nos processos Comissão/Bélgica (C-173/94), e Comissão/Grécia (C-290/94) da mesma data.

se considerar a acção admissível, a fazer o balanço da sua jurisprudência actual e daí retirar as consequências adequadas quanto ao domínio da derrogação da livre circulação dos trabalhadores, admitido pelo artigo 48.°, n.° 4, do Tratado. Com efeito, o Grão-Ducado do Luxemburgo convida expressamente o Tribunal de Justiça, na sua análise do mérito, a efectuar uma alteração completa de jurisprudência no que se refere à definição do conceito de «administração pública» mencionado nesta disposição e, subsidiariamente, a excluir uma análise por sectores inteiros em benefício de uma análise emprego por emprego.

4. Recordaremos em primeiro lugar o enquadramento jurídico do litígio (I). Examinaremos em seguida a questão prévia de inadmissibilidade suscitada pelo Grão-Ducado do Luxemburgo (II), depois analisaremos a procedência da acção por incumprimento (III). Finalmente, examinaremos o pedido de prazo apresentado pelo demandado (IV).

I — Quanto ao enquadramento jurídico do litígio

5. Após recordarmos as disposições comunitárias invocadas pela Comissão (A), faremos o balanço da jurisprudência do Tribunal nesta matéria (B). Com base nesta jurisprudência, a Comissão decidiu efectuar uma «acção sistemática» (C), que levou a pôr em causa diferentes disposições do direito nacional luxemburguês (D).

A — *As disposições comunitárias*

6. O artigo 48.°, n.ºs 1 a 3 do Tratado consagra o princípio da livre circulação dos trabalhadores e o seu corolário, a abolição de qualquer discriminação, baseada na nacionalidade, entre os trabalhadores dos Estados-Membros, no que se refere ao emprego, à remuneração e às outras condições de trabalho.

7. O artigo 48.°, n.° 4, enuncia que:

«O disposto no presente artigo não é aplicável aos empregos na administração pública.»

8. O artigo 1.° do Regulamento n.° 1612/68 prevê no que se refere ao acesso ao emprego que:

«1. Os nacionais de um Estado-Membro, independentemente do local da sua residência, têm o direito de aceder a uma actividade assalariada e de a exercer no território de outro Estado-Membro, em conformidade com as disposições legislativas, regulamentares e administrativas que regem o emprego dos trabalhadores nacionais deste Estado.

2. Beneficiarão, nomeadamente, no território de outro Estado-Membro, da mesma prioridade que os nacionais deste Estado no acesso aos empregos disponíveis.»

9. Quanto ao artigo 7.°, n.ºs 1 e 2, do mesmo regulamento, relativo ao exercício do emprego e à igualdade de tratamento, afirma:

«1. O trabalhador nacional de um Estado-Membro não pode, no território de outros Estados-Membros, sofrer, em razão da sua nacionalidade, tratamento diferente daquele que é concedido aos trabalhadores nacionais no que respeita a todas as condições de emprego e de trabalho, nomeadamente em matéria de remuneração, de despedimento e de reintegração profissional ou de reemprego, se ficar desempregado.

2. Aquele trabalhador beneficia das mesmas vantagens sociais e fiscais que os trabalhadores nacionais.»

B — *A jurisprudência comunitária*

10. No acórdão de 12 de Fevereiro de 1974, Sotgiu [4], o Tribunal declarou [5] que, «Tendo em consideração o carácter fundamental, na economia do Tratado, dos princípios da livre circulação e da igualdade de tratamento dos trabalhadores na Comunidade, as derrogações admitidas pelo n.° 4 do artigo 48.° não podem ir além do objectivo para o qual foi estabelecida a referida cláusula de excepção».

11. O Tribunal consagrou assim uma interpretação *estrita* desta disposição [6].

12. O Tribunal acrescentou [7], para precisar o alcance da excepção:

«Não se encontrando estabelecida qualquer distinção na referida disposição, é irrelevante saber se um trabalhador foi contratado na qualidade de operário, de empregado ou de funcionário, ou ainda se o seu vínculo profissional é regulado pelo direito público ou pelo direito privado.

Estas qualificações jurídicas variam, com efeito, consoante as legislações nacionais e não podem, portanto, proporcionar um critério de interpretação adequado às exigências do direito comunitário.»

4 — 152/73, Colect., p. 91.

5 — N.° 4.

6 — V., também, o acórdão de 16 de Junho de 1987, Comissão/Itália (225/85, Colect., p. 2625, n.° 7).

7 — Acórdão Sotgiu, já referido (n.° 5).

13. No acórdão de 17 de Dezembro de 1980, Comissão/Bélgica [8], o Tribunal sublinhou [9]:

«... a noção de administração pública nos termos do artigo 48.°, n.° 4... deve comportar uma interpretação e uma aplicação uniformes em toda a Comunidade.

...

... a delimitação da noção de 'administração pública', nos termos do artigo 48.°, n.° 4, não pode ser deixada à total discrição dos Estados-Membros».

14. O conceito de administração pública é portanto um conceito de direito comunitário.

15. No mesmo acórdão Comissão/Bélgica, o Tribunal decidiu que [10]:

«(O artigo 48.°, n.° 4) coloca fora do campo de aplicação dos três primeiros números desse mesmo artigo *um conjunto de empregos que envolvem uma participação, directa ou indirecta, no exercício da autoridade pública e nas funções que têm por objecto a salvaguarda dos interesses gerais do Estado ou de outras pessoas colectivas públicas.* Tais empregos pressupõem, de facto, a existência de uma particular relação de solidariedade com o Estado, da parte dos seus titulares, bem como a reciprocidade de direitos e deveres que são o fundamento do vínculo da nacionalidade.»

16. Era assim dada uma definição *funcional* [11] de emprego na administração pública.

17. O Tribunal exclui por conseguinte uma definição simplesmente *orgânica* do conceito de administração, pública, sublinhando que [12] «... o facto de estender a excepção prevista no artigo 48.°, n.° 4, a empregos que, mesmo dependendo do Estado ou de outros organismos de direito público, não implicam contudo nenhum concurso em tarefas dependentes da administração pública propriamente dita, teria por consequência subtrair à aplicação dos princípios do Tratado um número considerável de empregos, e criar desigualdades entre Estados-Membros, em função das disparidades que caracterizam a organização do Estado e a de certos sectores da vida económica».

8 — 149/79, Recueil, p. 3881.

9 — N.os 12 e 18.

10 — N.° 10, sublinhado nosso.

11 — Qualificativo expressamente utilizado no acórdão de 3 de Junho de 1986, Comissão/França (307/84, Colect., p. 1725, n.° 12): «... o critério de aplicabilidade do artigo 48.°, n.° 4, do Tratado deve ser funcional...».

12 — Acórdão Comissão/Bélgica, já referido (n.° 11).

18. O carácter restritivo da excepção do artigo 48.°, n.° 4, era reforçado pela exigência de duas condições cumulativas, relacionadas com a participação no exercício da autoridade pública *e* nas funções que têm por objecto a salvaguarda dos interesses gerais do Estado ou de outras pessoas colectivas públicas. Um acórdão posterior substitui a conjunção «e» pela conjunção «ou» [13]. No entanto, a exigência de um cúmulo das duas condições foi mantida noutras decisões proferidas anterior e posteriormente a este acórdão [14]. A afirmação do Grão-Ducado do Luxemburgo de que as duas condições seriam alternativas por força da jurisprudência do Tribunal de Justiça não nos parece portanto fundada.

19. No acórdão de 17 de Dezembro de 1980, Comissão/Bélgica, já referido, o Tribunal consagrou também o carácter restritivo da excepção ao excluir que se possa proibir aos nacionais de outros Estados-Membros a generalidade dos empregos nos sectores de intervenção do Estado ou das pessoas colectivas públicas apenas por, na sequência de promoção ou mutação, o novo emprego a que o agente poderia aceder, ser susceptível de incluir funções e responsabilidades próprias da administração pública [15]:

«... o artigo 48.°, n.° 4, ao visar os empregos que comportam o exercício da autoridade pública e a atribuição de responsabilidades para a salvaguarda dos interesses gerais do Estado, (permite) aos Estados-Membros reservar aos nacionais, através de regulamentos adequados, o acesso aos empregos que comportam o exercício de um tal poder e de tais responsabilidades no interior de uma mesma carreira, de um mesmo serviço ou de um mesmo quadro.

... a interpretação... que tem por efeito excluir os nacionais (dos outros Estados-Membros) *da generalidade dos empregos na administração pública,* comporta uma restrição aos direitos desses nacionais que ultrapassa o que é necessário para garantir o respeito das finalidades prosseguidas por esta disposição...».

20. Em resumo, deduz-se da jurisprudência do Tribunal de Justiça que:

— a condição de nacionalidade não pode ser exigida para o acesso a empregos que não envolvam qualquer participação, directa ou indirecta, no exercício da autoridade pública e nas funções que têm por objecto a salvaguarda dos interesses gerais do Estado ou de outras pessoas colectivas públicas; em relação a estes empregos deve aplicar-se o princípio da livre circulação dos trabalhadores;

13 — Acórdão Comissão/Itália, já referido (n.° 9).

14 — Acórdão Comissão/França, já referido (n.° 12); acórdãos de 3 de Julho de 1986, Lawrie-Blum (66/85, Colect., p. 2121, n.° 27); de 30 de Maio de 1989, Allué e Coonan (33/88, Colect., p. 1591, n.° 7, bem como o n.° 12 das conclusões do advogado-geral C. O. Lenz, que sublinha a conjunção «e»), e de 27 de Novembro de 1991, Bleis (C-4/91, Colect., p. I-5627, n.° 6, *que visa expressamente,* além do acórdão Comissão/Bélgica, já referido, *o acórdão Comissão/Itália, igualmente referido, a título de precedente que consagra o carácter cumulativo das duas condições).*

15 — N.os 21 e 22, sublinhado nosso.

— a condição de nacionalidade não pode ser exigida mesmo para empregos que na origem não preenchem as condições do artigo 48.°, n.° 4, mas cujos titulares podem ser levados, após mutação ou promoção, a exercer funções e responsabilidades próprias da administração pública; os Estados-Membros só podem reservar aos seus nacionais essas funções e responsabilidades.

21. Até agora, o Tribunal já considerou que não são abrangidos pela excepção do artigo 48.°, n.° 4, os seguintes empregos:

— serviços do correio: operário [16];

— caminhos-de-ferro: agente de triagem, carregador, maquinista, colocador de vias, agulheiro, agente de limpeza de escritórios, agente de pintura, ajudante de revestidor, operário de manutenção das baterias, preparador das secções, preparador de revestimentos, vigilante nocturno, agente de limpeza, pessoal da cantina, agente de atelier [17];

— municípios: marceneiro, ajudante de jardineiro, enfermeira, puericultora, vigilante, enfermeira em jardins de infância, electricista, canalizador [18];

— hospitais públicos: enfermeiro, enfermeira [19];

— ensino público: professor estagiário [20], professor do ensino secundário [21], leitor de língua estrangeira nas universidades [22];

— investigação civil: investigador [23].

C — *A acção da Comissão*

22. O presente contencioso inscreve-se na fase final de uma «acção sistemática» levada a cabo pela Comissão com base na Comunicação 88/C 72/02 [24].

16 — Solução implícita no acórdão Sotgiu, já referido (n.° 4, quarto parágrafo).

17 — Acórdão de 26 de Maio de 1982, Comissão/Bélgica (149/79, Recueil, p. 1845).

18 — *Ibidem*.

19 — Acórdão Comissão/França, já referido.

20 — Acórdão Lawrie-Blum, já referido.

21 — Acórdão Bleis, já referido.

22 — Acórdão Allué e Coonan, já referido.

23 — Acórdão Comissão/Itália, já referido.

24 — A livre circulação dos trabalhadores e o acesso aos empregos na administração pública dos Estados-Membros — Acção da Comissão em matéria de aplicação do n.° 4 do artigo 48.° do Tratado CEE (JO 1988, C 72, p. 2).

23. Esta acção tinha por objectivo a eliminação das restrições baseadas na nacionalidade que, em cada Estado-Membro, proíbem aos trabalhadores dos outros Estados-Membros o acesso a empregos de certos sectores públicos bem determinados, com base no artigo 48.°, n.° 4, do Tratado.

24. Devia incidir, prioritariamente, sobre os seguintes sectores:

— organismos encarregados de gerir um serviço comercial (por exemplo: transportes públicos, distribuição de electricidade ou de gás, companhias de navegação aérea ou marítima, correios e telecomunicações, organismos de radioteledifusão);

— serviços operacionais de saúde pública;

— ensino nos estabelecimentos públicos;

— investigação para fins civis nos estabelecimentos públicos.

25. Segundo a Comissão as tarefas e responsabilidades que caracterizam os empregos nestes sectores revelam-se manifestamente como estando em geral suficientemente afastadas das actividades específicas da administração pública, como as define o Tribunal de Justiça, para que só muito excepcionalmente caibam no âmbito da isenção prevista pelo n.° 4 do artigo 48.° do Tratado. Em seu entender, em relação a cada uma destas actividades, verifica-se ou que existe igualmente no sector privado, caso a que o n.° 4 do artigo 48.° se não aplica, ou que pode ser exercida no sector público fora das condições de nacionalidade.

26. A Comissão anunciava que entendia comunicar as conclusões do seu exame dos sectores escolhidos aos Estados-Membros envolvidos, e pedia-lhes que abrissem o acesso aos empregos que dependem destes sectores aos trabalhadores nacionais de outros Estados-Membros. Contava com a cooperação activa e eficaz por parte dos Estados-Membros, com o fim de evitar, na medida do possível, todo e qualquer contencioso. Reservava-se a possibilidade de, em caso de necessidade, intentar uma acção por incumprimento.

27. No final dos contactos com os Estados-Membros, a Comissão verificou que a maior parte deles tinham adoptado medidas legislativas e/ou regulamentares para adaptar o seu direito nacional às exigências do direito comunitário, mas que três Estados não tinham ainda iniciado ou concluído um processo normativo neste sentido.

28. Consequentemente, decidiu dar início a uma acção por incumprimento contra cada

um desses Estados-Membros, entre os quais o Grão-Ducado do Luxemburgo [25].

D — *O direito nacional em causa*

29. Segundo os elementos dos autos, exige-se a nacionalidade luxemburguesa, nas condições a seguir resumidas, para o acesso a empregos nos sectores indicados na petição.

1) *Ensino público*

30. O ensino público pré-escolar, primário, secundário, secundário técnico e superior constitui uma administração dependente do Ministério da Educação nacional e, no que se refere ao ensino pré-escolar e primário, também das administrações municipais.

31. O pessoal desta administração é em grande parte composto por funcionários e empregados do Estado ou dos municípios. Para os funcionários e empregados do Estado, exige-se a condição de nacionalidade luxemburguesa respectivamente no artigo 2.° da lei de 16 de Abril de 1979, que estabelece o estatuto geral dos funcionários do Estado e no artigo 3.° da lei de 27 de Janeiro de 1972, que estabelece o regime dos empregados do Estado. Para os funcionários e empregados municipais, esta condição está respectivamente enunciada no artigo 2.° da lei de 24 de Dezembro de 1985, que estabelece o estatuto geral dos funcionários das autarquias e no artigo 3.° do regulamento grão-ducal de 26 de Maio de 1975, que equipara o regime dos empregados municipais ao dos empregados do Estado.

32. Excepcionalmente, o artigo 4.° da lei de 11 de Fevereiro de 1974 prevê que os membros do pessoal que ensinam no Centro Universitário do Luxemburgo possam ser de nacionalidade luxemburguesa ou estrangeira.

33. Além disto, a condição de nacionalidade não é exigida para o recrutamento dos empregados privados e dos operários na área do ensino público luxemburguês.

2) *Investigação civil*

34. O artigo 4.° da lei de 9 de Março de 1987 prevê que podem ser afectados, pelo ministro competente, a actividades de investigação e de desenvolvimento, por uma duração

25 — V., para as referências aos dois outros processos, a nota 3, *supra*.

máxima de dois anos renovável no limite da duração das tarefas atribuídas, membros do pessoal científico, técnico e administrativo dos organismos, serviços e estabelecimentos de ensino superior ou universitário públicos autorizados pelo regulamento Grão-Ducal a levar a cabo estas actividades.

35. Por força do artigo 5.° da mesma lei, os nacionais comunitários podem ser afectados a trabalhos de investigação e desenvolvimento no âmbito de uma bolsa de formação-investigação, no âmbito de um destacamento pelo seu empregador, ou ainda devido a uma relação contratual de direito privado.

36. No âmbito do artigo 4.° já mencionado, as restrições a que estão sujeitos os nacionais de outros Estados-Membros são indirectas: esses nacionais só podem aceder a uma actividade de investigação se, a título excepcional, o organismo, o serviço ou o estabelecimento de ensino superior ou universitário público que os emprega não exigir a nacionalidade luxemburguesa.

3) *Saúde pública*

37. Todos os serviços e estabelecimentos dependentes do Ministério da Saúde, isto é, a Direcção de Saúde, a Acção médico-sócio-terapêutica, o Laboratório Nacional de Saúde, o Hospital Neuropsiquiátrico do Estado e os centros de saúde do Estado são administrações que obedecem às mesmas regras que os outros serviços estatais. Exige-se a condição de nacionalidade em aplicação das disposições já referidas do estatuto geral dos funcionários e empregados do Estado.

38. O Centro Hospitalar do Luxemburgo é um estabelecimento público gerido de acordo com o direito privado. A condição de nacionalidade luxemburguesa não é exigida para o pessoal.

39. Pelo contrário, os estabelecimentos de saúde dependentes dos municípios estão submetidos ao mesmo regime que os estabelecimentos estatais e portanto também exigem a condição de nacionalidade.

4) *Sociedade Nacional dos Caminhos-de-Ferro Luxemburgueses (a seguir «SNCFL»)*

40. A SNCFL é um organismo de direito público. O artigo 2.° do estatuto do pessoal impõe a condição de nacionalidade luxemburguesa para o acesso a empregos de agente do quadro permanente. Esta norma só pode ser derrogada, «... fora das excepções previstas pelas convenções internacionais, no caso de não existirem candidatos luxemburgueses

idóneos (e, neste caso, mediante) autorização do Governo...». O Governo luxemburguês precisa que o mesmo se passa para o acesso a empregos do quadro fora do estatuto.

41. O contrato colectivo aplicável aos agentes auxiliares exige também a condição de nacionalidade luxemburguesa.

5) *Serviço público de transportes urbanos e interurbanos*

42. Este serviço é a maior parte das vezes assegurado pelas administrações municipais. Exige-se portanto a nacionalidade luxemburguesa para o acesso aos empregos de funcionário ou de empregado público, com base nos artigos 2.° da lei de 24 de Dezembro de 1985 e 3.° do regulamento grão-ducal de 26 de Maio de 1975, já referidos.

43. Devido a estas normas, o serviço de autocarros da cidade de Luxemburgo, por exemplo, que ocupa em grande maioria funcionários, exige a condição de nacionalidade luxemburguesa para o acesso ao emprego.

6) *Correios e telecomunicações*

44. A administração dos Correios e Telecomunicações foi transformada em «empresa dos Correios e Telecomunicações» por lei de 10 de Agosto de 1992.

45. No entanto, o artigo 24.° desta lei precisa que os agentes da empresa estão submetidos ao estatuto geral dos funcionários e empregados do Estado, pelo que se exige a condição de nacionalidade para o acesso aos empregos.

46. Os nacionais comunitários só podem ser recrutados na qualidade de empregados privados ou de operários.

7) *Distribuição de água, gás e electricidade*

47. No plano nacional, os serviços de distribuição de água, gás e electricidade são garantidos pelo Estado ou por empresas concessionárias como a Sociedade Grã-Ducal de Electricidade do Luxemburgo.

48. Ao nível local, estes serviços são garantidos pelos municípios, ou por associações de municípios.

49. Em geral, são geridos segundo o regime de direito público. A nacionalidade luxemburguesa é então obrigatória por força das

disposições já referidas relativas aos funcionários e empregados do Estado, e das relativas aos funcionários e empregados municipais.

50. Ao invés, quando são geridos segundo um regime de direito privado (por exemplo, a Sociedade Grã-Ducal de Electricidade do Luxemburgo), a nacionalidade luxemburguesa não é, em princípio, exigida.

II — Quanto à questão prévia de inadmissibilidade

51. O demandado alega que a Comissão não lhe deu um prazo razoável para dar cumprimento aos pareceres fundamentados de 14 de Julho de 1992. O prazo de quatro meses atribuído terá sido manifestamente insuficiente para que se pudessem efectuar as vastas reformas constitucionais, legislativas e regulamentares necessárias para o efeito.

52. No acórdão de 2 de Fevereiro de 1988, Comissão/Bélgica [26], o Tribunal de Justiça recordou [27] «... que a fase pré-contenciosa tem por objectivo dar ao Estado-Membro em causa a possibilidade de, por um lado, dar cumprimento às obrigações decorrentes do direito comunitário e, por outro, apresentar utilmente os seus argumentos de defesa a respeito das acusações formuladas pela Comissão».

53. O Tribunal de Justiça deduziu [28]:

«Este duplo objectivo obriga a Comissão a conceder aos Estados-Membros um prazo razoável para responderem à notificação de incumprimento e *para darem cumprimento a um parecer fundamentado ou*, eventualmente, *para prepararem a sua defesa. Para se poder apreciar a razoabilidade do prazo fixado, deve-se tomar em consideração o conjunto das circunstâncias que caracterizam a situação em apreço.* Assim, podem justificar-se *prazos muito curtos* em situações especiais, designadamente ... *quando o Estado-Membro em causa tinha pleno conhecimento da posição da Comissão muito antes de se iniciar o processo.*»

54. Desde a publicação, em 18 de Março de 1988, da Comunicação 88/C 72/02, já referida, o Grão-Ducado do Luxemburgo, como todos os outros Estados-Membros, foi informado da posição da Comissão sobre os limites da derrogação do artigo 48.°, n.° 4, do Tratado em sectores como os indicados na petição. Teve portanto pleno conhecimento desta posição cerca de três anos antes do envio das seis notificações de 12 de Março de 1991, enviadas nos termos do artigo 169.° do

26 — 293/85, Colect., p. 305.
27 — N.° 13.
28 — N.° 14, sublinhado nosso.

Tratado e que fixavam um prazo de seis meses para que o Estado destinatário apresentasse observações.

55. Em 30 de Outubro de 1990, comunicou, fora de qualquer processo por incumprimento, as suas observações à Comissão no que se refere à acção empreendida.

56. Beneficiou, de facto, de um prazo de cerca de quatorze meses para formular a sua resposta às notificações.

57. Nessa resposta, de 4 de Maio de 1992, escreveu:

«O Governo, após ter analisado e examinado pormenorizadamente os argumentos invocados pela Comissão, decidiu *manter a posição que já comunicou à Comissão em 30 de Outubro de 1990.*

Com efeito, considera que, nos sectores especiais indicados pela acção da Comissão, a livre circulação dos trabalhadores já está de momento largamente realizada» [29].

29 — Sublinhado nosso.

58. A «Posição do Governo luxemburguês», documento muito fundamentado anexo a essa resposta, concluía:

«Todos os argumentos de facto e de direito a seguir desenvolvidos levam o Luxemburgo a não prever, pelo menos por agora, medidas especiais suplementares no sentido de promover a livre circulação dos trabalhadores no domínio da administração pública.»

59. Dezassete meses se passaram entre o envio dos pareceres fundamentados e a apresentação da petição por incumprimento, em 17 de Dezembro de 1993.

60. O prazo de quatro meses oficialmente previsto pelos pareceres fundamentados não é um prazo «demasiado curto» na acepção do acórdão de 2 de Fevereiro de 1988, Comissão/Bélgica, já referido, atendendo às circunstâncias do caso em apreço nesse processo. Corresponde ao dobro do prazo de dois meses habitualmente concedido pela Comissão.

61. Através de uma análise *a fortiori* do acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de Fevereiro de 1988, já referido, há que admitir que

um Estado-Membro não pode alegar que a Comissão lhe atribuiu um prazo insuficiente, quando, por um lado, esse prazo era superior aos correntemente concedidos e, por outro, o Estado teve pleno conhecimento do ponto de vista da instituição cerca de três anos antes do início do processo.

62. Além disto, o Grão-Ducado do Luxemburgo alega que o prazo de quatro meses não era susceptível de lhe permitir efectuar as vastas reformas necessárias, uma vez que decidira não dar início à reforma, com excepção de uma medida limitada aos caminhos-de-ferro que afirmou estar pronto a adoptar e que o poderia ter feito num prazo de quatro meses.

63. A Comissão não é de modo nenhum acusada de ter impedido o Grão-Ducado de preparar utilmente a sua defesa, segundo o objectivo visado pelo procedimento pré-contencioso e que justifica um «prazo razoável» [30]. Ora, deve salientar-se que, mesmo a este respeito, o Estado demandado teve todas as condições para preparar a sua defesa, o que fez normalmente.

64. Resulta destas observações que a petição da Comissão é admissível.

30 — V. n.° 51, *infra*.

III — Quanto à existência de um incumprimento

65. Como se indicou no início, o Tribunal está perante uma encruzilhada de várias vias jurisprudenciais. Impõe-se uma escolha, à luz das perspectivas que se apresentam (A). Efectuada esta escolha, ela deverá ser aplicada ao caso em apreço, atendendo às suas circunstâncias (B).

A — *As perspectivas da jurisprudência comunitária*

66. O Grão-Ducado do Luxemburgo solicita a título principal que o Tribunal de Justiça altere completamente a sua jurisprudência (1). Subsidiariamente, alega que esta exclui um raciocínio por sectores inteiros e exige sempre uma análise caso a caso (2).

67. Consideramos que não se deve seguir a demandada nesta direcção.

68. O Tribunal terá que escolher entre dois desenvolvimentos lógicos possíveis da sua jurisprudência:

— considerar que o ónus da justificação de derrogação do artigo 48.°, n.° 4 incumbe aos poderes públicos nacionais *em todos*

os domínios da sua actividade e portanto, nomeadamente, os previstos pela petição,

— ou então, *consagrar uma distinção* entre, por um lado, os domínios que não envolvem funções específicas da administração pública, incumbindo o ónus da prova aos poderes públicos e, por outro, os domínios que envolvem essas funções específicas, incumbindo à Comissão ou a um nacional comunitário a prova de que o emprego determinado não preenche as condições de um emprego na administração pública, na acepção da jurisprudência do Tribunal de Justiça (2).

1) *É preciso efectuar uma alteração da jurisprudência?*

69. O Grão-Ducado do Luxemburgo sublinha que a concepção funcional do conceito de emprego na administração pública foi consagrada «... em detrimento da concepção institucional que contudo era reivindicada por numerosos Estados-Membros» [31]. Considerando que esta concepção funcional levanta problemas de aplicação, «o Governo luxemburguês solicita assim que se retome o texto do artigo 48.°, n.° 4, e que se reconheça que os autores do Tratado pretenderam efectivamente excluir da livre circulação de trabalhadores 'os empregos', isto é, o conjunto dos empregos na administração pública e não apenas uma parte destes» [32].

70. A premissa fundamental da jurisprudência actual do Tribunal de Justiça reside na classificação do conceito de emprego na administração pública como conceito de direito comunitário.

71. Esta classificação foi efectuada em nome dos princípios da unidade e da eficácia do direito comunitário que, desde a origem da jurisdição do Tribunal, nunca deixaram de guiar a interpretação desse direito e a construção da ordem jurídica comunitária feita pelo Tribunal de Justiça.

72. Uma alteração da jurisprudência implicaria que o Tribunal de Justiça decidisse que o conceito de emprego na administração pública dependia do direito nacional. A livre circulação dos trabalhadores seria excluída de todos os empregos na administração pública na acepção dada a esta última expressão pelas disposições da ordem jurídica interna. Reconhecer-se-ia a cada Estado o direito, através de uma definição extensiva da excepção, de restringir o âmbito de aplicação dos princípios fundamentais de livre circulação e de igualdade de tratamento dos trabalhadores enunciados pelo artigo 48.° do Tratado. Estes princípios fundamentais seriam exercidos em condições muito variáveis entre os Estados-Membros, ou ainda no mesmo Estado, em diferentes épocas, em função da concepção que teriam os poderes públicos do alcance

31 — Contestação, p. 12.

32 — *Ibidem*, p. 16.

das suas intervenções. A qualificação jurídica da relação de emprego teria uma importância especial, que o Tribunal de Justiça não admitiu a partir do acórdão Sotgiu, já referido [33].

73. É fácil imaginar até que ponto seria afectada a livre circulação dos trabalhadores. Basta recordar que, em certos Estados-Membros, vários milhões de pessoas dependem do sector público em sentido lato.

74. Um passo atrás deste tipo não deixaria de ter consequências na própria ordem jurídica comunitária.

75. Consideramos que o Tribunal de Justiça não o deve fazer.

2) *A jurisprudência consagrou o princípio de uma análise emprego por emprego?*

76. A acção intentada pela Comissão apresenta esta particularidade de resultar de uma análise sistemática de vários sectores inteiros de intervenção do Estado ou de pessoas colectivas públicas.

77. Segundo a demandada, o Tribunal de Justiça teria consagrado o princípio de uma análise caso a caso, nomeadamente nos acórdãos de 17 de Dezembro de 1980 e de 26 de Maio de 1982, Comissão/Bélgica, já referidos.

78. De facto, no acórdão de 17 de Dezembro de 1980, o Tribunal precisou [34]:

«Convém... averiguar se os empregos visados pela acção podem ser ligados à noção de administração pública... Esta qualificação depende da questão de saber se os empregos em causa são, ou não, característicos das actividades específicas da administração pública na medida em que ela está investida do exercício da autoridade pública e da responsabilidade pela salvaguarda dos interesses gerais do Estado.»

79. O Tribunal retomou estas considerações no acórdão de 26 de Maio de 1982 [35].

80. No entanto, não pensamos que exista verdadeiramente uma jurisprudência que obrigue a uma análise emprego por emprego.

33 — N.° 5.

34 — N.° 12.

35 — N.° 7.

81. Recorde-se que foi no processo 149/79 que o Tribunal de Justiça definiu precisamente, pela primeira vez, o conceito de emprego na administração pública. Já então se impunha uma abordagem pragmática para efeitos desta definição. Além disto, a petição acusava o Reino da Bélgica de exigir ou de permitir que fosse exigido «... a posse da nacionalidade belga como condição de recrutamento *para empregos* não abrangidos pelo artigo 48.°, n.° 4, do Tratado...» [36]. Tendo em conta esta formulação, o Tribunal de Justiça *devia* portanto, para decidir quanto à existência de um incumprimento, verificar se os «empregos» controvertidos eram ou não abrangidos pelo artigo 48.°, n.° 4. Por este motivo, convidou, durante o processo, as partes a comunicarem-lhe informações suplementares sobre a lista dos empregos em causa e, depois, no acórdão interlocutório de 17 de Dezembro de 1980, sobre a natureza efectiva das funções correspondentes a esses empregos.

82. Se nos acórdãos posteriores, já referidos, foram examinados empregos determinados e não sectores inteiros, foi unicamente por o Tribunal de Justiça ter sido consultado no âmbito de um processo de decisão prejudicial ou de uma acção por incumprimento visando esses empregos determinados.

83. A abordagem da jurisdição comunitária parece-nos portanto ter sido ditada pelas condições especiais da sua consulta e não pela vontade de consagrar um princípio de interpretação.

36 — Acórdão de 17 de Dezembro de 1980 (n.° 1, sublinhado nosso).

84. Ao colocar o conceito de emprego na administração pública ao nível dos conceitos de direito comunitário, o Tribunal pretendeu evitar que a livre circulação dos trabalhadores e o princípio da não discriminação tivessem um conteúdo variável no tempo e no espaço.

85. Ora, consagrar um princípio de apreciação emprego por emprego permitiria que cada Estado impusesse de facto, perante todo o sector de intervenção da sua escolha, a sua definição nacional de administração pública, enquanto a Comissão ou um nacional comunitário não tivessem apresentado uma contestação relativamente a um ou vários empregos determinados.

86. Baseando-se assim no mecanismo do ónus da prova, os Estados-Membros poderiam cobrir o princípio da livre circulação com o véu da excepção.

87. A Comissão ou os nacionais comunitários suportariam o ónus de justificar *em todas as circunstâncias, negativamente,* que as condições de uma *excepção* a uma liberdade comunitária não estavam preenchidas. Essa consequência seria, no mínimo, contrária às normas que regem a interpretação de um princípio e da sua excepção.

88. A contribuição da jurisprudência do Tribunal de Justiça para a aplicação de uma das liberdades fundamentais do Tratado seria particularmente limitada, tendo em conta a importância dos efeitos práticos da determinação do ónus da prova.

89. Em definitivo, um Estado e as suas pessoas colectivas públicas só seriam obrigados a abrir os seus serviços emprego por emprego, à medida que fossem sendo apresentados processos pela Comissão ou por nacionais comunitários. Deste modo, seriam precisas décadas para que se verificasse uma aplicação uniforme do direito comunitário.

90. Não partilhamos portanto a análise que o Grão-Ducado do Luxemburgo propõe da jurisprudência do Tribunal de Justiça.

91. No caso em apreço, o incumprimento de que foi acusado o demandado tem um objecto diferente do dos processos já decididos.

92. O Estado demandado não é acusado de ter impedido o acesso de nacionais comunitários a empregos determinados. É acusado de ter consagrado, sem justificações especiais, uma proibição de acesso a todos ou à maior parte dos empregos de um sector de actividade, em vez de abrir esse sector à livre circulação, com a única reserva de empregos positiva mas limitativamente determinados com base em justificações retiradas da definição jurisprudencial dos empregos na administração pública.

93. O incumprimento alegado tem portanto a ver com um erro de abordagem imputado ao demandado que teria aplicado mal a distinção princípio/excepção. Como sublinhado pelas notificações, pelos pareceres fundamentados e pela petição, a abordagem da Comissão, por sectores, garantiria «... aos Estados-Membros a possibilidade de demonstrarem que, para um emprego preciso e contra qualquer previsão normal, existe uma relação com actividades específicas da administração pública.»

3) *Os poderes públicos nacionais podem justificar a excepção* ab initio *em todos os sectores da sua actividade, ou é preciso distinguir consoante os sectores?*

94. Se não parece desejável uma alteração da jurisprudência e se a consagração de um princípio de análise emprego por emprego é susceptível de atenuar consideravelmente o efeito da jurisprudência actual do Tribunal de Justiça, resta determinar quais são as consequências lógicas desta à escala dos diferentes sectores de actividade do Estado e das pessoas colectivas públicas.

95. Há portanto que examinar, antes de mais, a questão de uma distinção consoante os sectores de actividade (a) antes de propor as grandes linhas de uma tal distinção (b).

a) Quanto à questão de uma distinção consoante os sectores de actividade

96. Como já foi dito [37], o Tribunal consagrou uma definição *funcional* de emprego na administração pública.

97. Pode deduzir-se de uma abordagem funcional *apenas dos empregos*, que a definição do Tribunal de uma excepção à livre circulação deve ser aplicada uniformemente ao conjunto dos sectores de actividade dos poderes públicos.

98. Por força das regras de aplicação de um princípio e da sua excepção, os poderes públicos deveriam em todos os sectores justificar *ab initio* as excepções que invocassem. Só seria proibido o acesso dos nacionais dos outros Estados-Membros a empregos positivamente designados pelos poderes públicos como preenchendo as condições da definição comunitária, salvo fiscalização *a posteriori* do juiz nacional e, caso necessário, do juiz comunitário.

99. Esta análise parece sedutora no plano da lógica jurídica, porque conduz a um raciocínio único aplicável indiferentemente a todas as actividades do Estado e porque respeita tanto a regra segundo a qual as excepções são de interpretação estrita como aquela que exige que quem invoca uma excepção a deve justificar.

100. Teria por vantagem garantir a igualdade de acesso dos nacionais comunitários, nacionais e não nacionais de um dado Estado, à maior parte de todo o sector de actividade afastado das actividades específicas da administração, uma vez que as excepções validamente baseadas no artigo 48.°, n.° 4, do Tratado seriam minoritárias.

101. No entanto, apresentaria o inconveniente, em sectores de actividades específicas da administração, de obrigar os poderes públicos em causa a recensear excepções muito numerosas. Com efeito, nesses sectores de actividade, o número de empregos especiais que preenchem as condições jurisprudenciais dos empregos na administração pública é importante e de longe superior ao dos empregos abrangidos pelo princípio da livre circulação.

37 — N.° 16 e a respectiva nota.

102. Esta exigência imposta aos poderes públicos não seria talvez exemplo de uma boa técnica jurídica.

103. Não propomos portanto que se siga esta via, tanto mais que uma outra nos parece possível, que consiste em distinguir consoante os sectores de actividade.

104. Note-se que no primeiro acórdão Comissão/Bélgica, já referido [38], o Tribunal tinha já em mente uma análise por sectores:

«A determinação do campo de aplicação do n.° 4, do artigo 48.° levanta contudo particulares dificuldades devido ao facto de *o poder político ter assumido, nos diversos Estados-Membros, responsabilidades de carácter económico e social, ou participar em actividades que não são assimiláveis às funções típicas da administração pública, mas que caem, pelo contrário, devido à sua natureza, no campo de aplicação do Tratado*» [39].

105. Em cada processo julgado, o Tribunal não deixou de perguntar incidentalmente, *como pano de fundo, se a actividade geral do sector* envolvia actividades específicas da administração. Por exemplo, no que se refere aos empregos de enfermeiro ou de enfermeira, de professor ou de professora, o Tribunal interrogou-se necessariamente sobre a questão de saber se, por um lado, as actividades de cuidados que caracterizam o sector dos hospitais públicos e, por outro, as actividades de ensino, que constituem a essência do sector do ensino público, envolviam actividades específicas da administração.

106. Hoje o Tribunal é expressamente convidado a apreciar um incumprimento tendo em conta sectores inteiros.

107. Para ser acolhido, este pedido pressupõe que o Tribunal admita explicitamente o princípio de uma análise por sectores, que se limitou a esboçar em 1980 no primeiro acórdão Comissão/Bélgica, já referido.

108. Somos favoráveis a uma solução neste sentido.

109. Sugerimos que seja feito um raciocínio em duas fases.

38 — N.° 11, sublinhado nosso.
39 — Sublinhado nosso.

110. A primeira inclui *a análise da actividade geral do sector* em causa, bem como a determinação das suas consequências em termos de ónus da prova.

111. Pode ser descrita da seguinte forma:

— se a actividade de um sector está incluída nas actividades específicas da administração, há que admitir que a maior parte dos empregos que abrange preenchem as condições da definição comunitária dos empregos na administração pública; assim, o sector será considerado como caindo, em princípio, no domínio do artigo 48.°, n.° 4, do Tratado e competirá à Comissão ou a um nacional comunitário provar que não estão reunidas as condições da derrogação;

— se, pelo contrário, a actividade de um sector está afastada das actividades específicas da administração, há que admitir que a maior parte dos empregos que abrange não preenchem as condições da definição comunitária; neste caso, o sector será considerado como caindo, em princípio, no âmbito de aplicação do artigo 48.°, n.os 1 a 3, isto é, da liberdade de circulação dos trabalhadores e competirá aos poderes públicos nacionais provar, para empregos determinados, que, na realidade, estão preenchidas as condições do artigo 48.°, n.° 4.

112. A segunda fase, em caso de litígio relativo a um emprego determinado, inclui *a análise das funções específicas deste emprego*: o juiz nacional ou o juiz comunitário verifica, respeitando a repartição do ónus da prova, se o emprego envolve uma participação, directa ou indirecta, no exercício da autoridade pública e nas funções que têm por objecto a salvaguarda dos interesses gerais do Estado ou de outras pessoas colectivas públicas, na acepção da jurisprudência constante do Tribunal de Justiça.

113. Examinemos imediatamente a objecção que pode ser suscitada segundo a qual, em substância, não se pode introduzir num determinado sector uma *presunção* de aplicabilidade quer do artigo 48.°, n.os 1 a 3, quer do artigo 48.°, n.° 4, em função da natureza da actividade geral do sector.

114. A este respeito, importa ter consciência de que, no âmbito da solução que consiste em só admitir uma análise emprego por emprego, com exclusão de uma análise por sectores, *se presume* necessariamente que o artigo 48.°, n.° 4, é em princípio aplicável *a qualquer emprego, qualquer que seja o sector* a que pertence, *desde que decorra da acção dos poderes públicos nacionais.* Ora, esta presunção deixa a estes a capacidade de determinarem, numa primeira fase, o domínio de uma *excepção,* pela simples decisão de fazer depender um sector do Estado ou de uma pessoa colectiva pública. Parece-nos portanto mais discutível do que a baseada na constatação objectiva de que a actividade de um sector determinado envolve ou não actividades específicas da administração e que, em seguida, a maior parte dos empregos em

causa preenchem ou não as condições da definição comunitária de administração pública.

115. Além disto, parece-nos útil recordar que o Tribunal de Justiça, no âmbito dos artigos 30.° e 36.° do Tratado, já consagrou, de forma muito idêntica, um raciocínio em duas fases, integrando uma presunção.

116. Fê-lo em dois acórdãos de 21 de Março de 1991, Delattre [40] e Monteil e Samanni [41].

117. A questão então em causa era a do monopólio dos farmacêuticos, que seria susceptível de constituir uma medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa à importação, na acepção do artigo 30.° do Tratado [42].

118. Para a apreciação de uma justificação do monopólio, o Tribunal de Justiça distinguiu entre dois tipos de mercadorias [43], isto é, entre os «medicamentos» e outros produtos, como os ditos de «parafarmácia».

119. No que diz respeito aos medicamentos, o Tribunal considerou que, tendo em consideração o «carácter muito especial do produto e do mercado em causa» [44], o monopólio dos farmacêuticos podia «... *presumir-se* constituir uma forma adequada de protecção da saúde pública» [45], isto é, ser abrangido pela excepção do artigo 36.° do Tratado. Uma vez admitida esta presunção, o Tribunal de Justiça precisou que «a *prova contrária* pode ser feita em relação a determinados medicamentos, cuja utilização não envolve riscos sérios para a saúde pública e em relação aos quais a sujeição ao monopólio dos farmacêuticos parece manifestamente desproporcionada...» [46].

120. Tratando-se dos outros produtos, o Tribunal decidiu, ao invés, que «... se for conferido um monopólio aos farmacêuticos para a sua comercialização, a necessidade desse monopólio para a protecção da saúde pública ou dos consumidores deve... *ser estabelecida caso a caso*» [47].

40 — C-369/88, Colect., p. I-1487.

41 — C-60/89, Colect., p. I-1547.

42 — V. n.os 50 e 51 do acórdão Delattre e n.os 37 e 38 do acórdão Monteil e Samanni. O acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Novembro de 1993, Keck e Mithouard (C-267/91 e C-268/91, Colect., p. I-6097), poderá excluir, a partir de então, que o monopólio de comercialização, na medida em que é abrangido pelas modalidades de venda de um produto, possa entrar no âmbito de aplicação do artigo 30.° do Tratado. Esta observação, no entanto, não retira nada ao facto de, nos dois acórdãos analisados, o Tribunal ter recorrido a uma presunção no âmbito do artigo 30.° do Tratado, relativo a uma das grandes liberdades que este reconhece ao lado da livre circulação dos trabalhadores.

43 — De forma semelhante no presente processo, propomos que se distinga entre dois tipos de actividades.

44 — N.° 54 do acórdão Delattre e n.° 41 do acórdão Monteil e Samanni.

45 — N.° 56 do acórdão Delattre e n.° 43 do acórdão Monteil e Samanni, sublinhado nosso.

46 — *Ibidem.*

47 — N.° 57 do acórdão Delattre e n.° 44 do acórdão Monteil e Samanni, sublinhado nosso.

121. No que diz respeito aos medicamentos, o Tribunal de Justiça atribuiu assim à Comissão ou a um operador económico o ónus da prova contrária. No que se refere aos outros produtos, atribuiu aos Estados-Membros o ónus de estabelecer positivamente que o monopólio dos farmacêuticos, enquanto excepção à livre circulação de mercadorias se justificava por necessidades de protecção da saúde pública, na acepção do artigo 36.° do Tratado.

122. A analogia entre esta análise e a via que propomos que se siga parece-nos susceptível de provocar uma eventual hesitação.

b) Quanto às grandes linhas de uma distinção consoante os sectores de actividade

123. A classificação efectuada pela Comissão na sua Comunicação 88/C 72/02, já referida, constitui um elemento de referência útil para efeitos de uma distinção consoante os sectores de actividade dos poderes públicos nacionais.

124. Como a Comissão, consideramos que, na acepção da jurisprudência do Tribunal de Justiça, as actividades específicas da administração pública exercidas pelo Estado e pelas pessoas colectivas públicas estão essencialmente relacionadas com a defesa nacional, a segurança interna, as finanças públicas, a justiça e os negócios estrangeiros, bem como com os empregos em ministérios do Estado, regiões ou autarquias locais, ou outros organismos equiparados e bancos centrais. Nestes sectores, a actividade dos serviços articula-se, de facto, especificamente em redor de um poder político ou judicial.

125. Igualmente como a Comissão, pensamos que outras actividades estão ao invés afastadas das actividades específicas da administração pública, tal como definida pelo Tribunal de Justiça. Trata-se em especial das actividades dos organismos responsáveis pela gestão de um serviço comercial (transportes públicos terrestres, aéreos ou marítimos, distribuição de água, electricidade ou gás, correios e telecomunicações, radioteledifusão, etc.), dos serviços operacionais de saúde pública, do ensino em estabelecimentos públicos, da investigação para fins civis em estabelecimentos públicos. Com efeito, em relação a cada uma destas actividades, verifica-se que existe igualmente no sector privado, ou que pode ser exercida no sector público sem que a condição de nacionalidade seja exigida.

126. Não podemos aceitar a posição do demandado quando afirma [48]:

«Em domínios tão essenciais como a saúde, o ensino, os correios e as telecomunicações, a

48 — Contestação, p. 15.

distribuição de água e de gás e os transportes públicos, o Estado tem necessidade de pessoas que se sintam totalmente solidárias e plenamente responsáveis face à comunidade nacional.»

127. O Tribunal relacionou de facto a «particular relação de solidariedade com o Estado bem como a reciprocidade de direitos e de deveres que são o fundamento do vínculo de nacionalidade» unicamente com os empregos «que envolvem uma participação, directa ou indirecta, no exercício da autoridade pública e nas funções que têm por objecto a salvaguarda dos interesses gerais do Estado ou de outras pessoas colectivas públicas» [49]. Ora, a grande maioria dos empregos dos sectores em causa não correspondem à definição de tais empregos. Uma condição de nacionalidade só pode portanto ser exigida para os empregos que preencham as condições desta definição e não para o conjunto de cada sector.

128. No que se refere especialmente ao sector do ensino, o Tribunal de Justiça decidiu várias vezes que esta actividade não preenchia as condições da definição do Tribunal de Justiça de administração pública [50], quanto à participação no exercício da autoridade pública e quanto à salvaguarda dos interesses gerais. A totalidade do sector considerado não pode portanto ser abrangido pela excepção do artigo 48.°, n.° 4, do Tratado.

129. O Grão-Ducado do Luxemburgo alega [51] que «... a nacionalidade luxemburguesa dos professores é uma garantia para a transmissão dos valores tradicionais e constitui para um pequeno país uma condição essencial para a salvaguarda da identidade nacional».

130. Acrescenta:

«... é dificilmente imaginável que um professor da escola primária proveniente do estrangeiro esteja suficientemente familiarizado com o ambiente em que as crianças luxemburguesas passaram os primeiros anos da sua vida, que conheça os costumes nacionais, as canções, os poemas e todos os outros elementos pertencentes à psicologia nacional que desempenham um papel a este nível do ensino.

Mesmo no ensino secundário, o trabalho de professor não pode ser simplesmente considerado como uma actividade económica no âmbito da qual o saber seria vendido contra uma remuneração.

A transmissão da cultura nacional prossegue também a este nível. Não pode ser validamente garantida por alguém que passou os vinte cinco ou os trinta primeiros anos da sua vida num outro país.

49 — V. n.° 15, *supra*.

50 — Acórdãos Lawrie-Blum (n.os 27 e 28), Allué e Coonan (n.° 7) e Bleis (n.os 6 e 7) já referidos.

51 — Contestação, p. 9.

Se, ao invés, essa pessoa passou efectivamente o essencial da sua juventude no país onde pretende tornar-se professor, não terá dificuldade em naturalizar-se. Se não quiser dar esse passo, isto prova que não tem, com o seu país de acolhimento, um laço afectivo suficiente que justifique a sua pretensão de formar a juventude desse país».

131. Apesar de a jurisprudência já referida bastar para afastar o fundamento do demandado, permitimo-nos esclarecer os argumentos alegados em seu apoio.

132. A liberdade de circulação consagrada pelo Tratado não concede nenhum privilégio aos nacionais dos outros Estados-Membros relativamente aos nacionais de um Estado. Permite-lhes apenas o acesso a empregos existentes no território deste, respeitando-se estritamente a igualdade de tratamento que constitui o seu corolário. Proporciona-lhe o benefício da igualdade de oportunidades e não da certeza do resultado. Os nacionais dos outros Estados-Membros devem, como os nacionais desse Estado, preencher todas as condições exigidas para o recrutamento, nomeadamente as de formação, de experiência e de conhecimentos linguísticos [52].

133. Em matéria de ensino, a transmissão dos valores tradicionais de um país é antes de mais garantida pela *determinação do conteúdo dos programas.* Esta depende em larga medida dos poderes públicos e não dos próprios professores.

134. Note-se que nem todas as matérias ensinadas constituem vectores de transmissão de valores tradicionais. Por exemplo, as disciplinas científicas e técnicas, o ensino de línguas estrangeiras, as disciplinas desportivas não têm *a priori* esta função. Apenas matérias como o ensino da língua nacional, a literatura, a história, a geografia, a instrução cívica são incontestavelmente susceptíveis de cultivar e de preservar a identidade nacional, desde que o conteúdo dos programas seja organizado nesse sentido.

135. No ensino secundário e no ensino superior, onde os professores são em princípio especializados por matérias, a preocupação do Grão-Ducado do Luxemburgo só pode referir-se a certas matérias e não a todas. No ensino pré-escolar e primário, onde o mesmo professor tem a responsabilidade do essencial das matérias, esta preocupação pode efectivamente ser mais ampla.

136. No entanto, qualquer que seja o tipo de ensino, os nacionais de outros Estados-Membros não poderão participar com êxito nos processos de recrutamento a não ser que tenham um bom conhecimento das matérias a que se referem os empregos propostos, bem como, de qualquer modo, da língua

52 — Quanto a este último ponto, saliente-se que o artigo 3.°, n.° 1, segundo parágrafo, do Regulamento n.° 1612/68 reserva a possibilidade de impor «...condições relativas aos conhecimentos linguísticos exigidos pela natureza do emprego a preencher».

nacional [53] e/ou de outras línguas necessárias para o ensino de uma matéria determinada.

137. No caso de um Estado como o Grão-Ducado do Luxemburgo, parece pouco provável que um nacional de um outro Estado-Membro que tenha passado a sua juventude e feito a sua escolaridade no seu Estado de origem possa estar em condições de concorrer, com qualquer hipótese de êxito, num processo de recrutamento de um professor primário, uma vez que não conhecerá a língua luxemburguesa e não terá estudado as matérias que concentram os valores e a cultura específicas do Estado de acolhimento. No ensino secundário e superior, o mesmo se passará para os empregos de professores responsáveis por tais matérias. Em qualquer outra disciplina, o não nacional poderá também confrontar-se com exigências linguísticas, desde que o nível de conhecimentos exigido esteja em proporção com o objectivo prosseguido [54].

138. Em princípio, apenas os nacionais de outros Estados-Membros que tenham passado a sua juventude e feito a sua escolaridade no Grão-Ducado ou que, pelo menos, aí tenham vivido vários anos, estarão em condições de concorrer para lugares que abranjam uma ou várias das matérias relacionadas com o país. Só poderão tratar-se de pessoas perfeitamente integradas no país, que tenham, como os nacionais, conhecimento da língua nacional e das duas outras línguas praticadas no Luxemburgo. Estarão portanto impregnados dos valores e da cultura desse país. Em função da disciplina ensinada, só poderão contribuir pessoalmente para a sua transmissão, em execução dos programas estabelecidos pelos poderes públicos competentes.

139. O facto de lhes permitir o acesso a empregos no ensino não representará, com efeito, uma ameaça para a identidade nacional.

140. Mas, em qualquer caso, os nacionais comunitários que exerçam uma liberdade fundamental reconhecida pelo Tratado, que além disto preencham todas as condições impostas para o acesso a um emprego, não podem ser obrigados, como o sugere o demandado, a adquirirem a nacionalidade do Estado de acolhimento.

141. Esta exigência constituiria nada menos do que a negação da liberdade invocada.

53 — No Grão-Ducado do Luxemburgo, por força dos artigos 1.°, 2.° e 3.° da lei de 24 de Fevereiro de 1984 relativa ao regime das línguas (*Mémorial* A, 1984, p. 196), a língua nacional é o luxemburguês, a língua da legislação o francês e as línguas administrativas e judiciais o francês, o alemão ou o luxemburguês.

54 — Acórdão de 28 de Novembro de 1989, Groener (C-379/87, Colect., p. 3967, n.os 20 e 21).

B — *A execução da escolha efectuada*

142. Para efeitos de aplicação do artigo 48.°, n.° 4, do Tratado, propomos ao Tribunal que admita uma análise por sectores inteiros de actividade do Estado ou de pessoas colectivas públicas, em função de uma distinção entre as actividades que se incluem nas actividades específicas da administração e as que estão delas afastadas. No presente processo, há que analisar, sob o ângulo desta distinção, os sectores mencionados na petição da Comissão, para daí retirar todas as consequências jurídicas quanto à existência de um incumprimento por parte do Grão-Ducado do Luxemburgo (1). Antes de concluir este último ponto, analisaremos a procedência dos fundamentos que, segundo o demandado, se opõem a que o Tribunal de Justiça aceite a petição (2).

1) *Análise dos sectores de actividades mencionados na petição da Comissão*

143. Tendo em conta os critérios de distinção que expusemos [55], os seis sectores de actividade controvertidos estão afastados das actividades específicas da administração pública.

144. Há portanto que considerar que a maior parte dos empregos que esses sectores incluem não preenchem as condições da definição comunitária de administração pública. Deste modo, estes sectores de actividade são *a priori* abrangidos pelo artigo 48.°, n.os 1 a 3 do Tratado. Compete aos poderes públicos nacionais provar, relativamente a empregos determinados, que estão satisfeitas as condições do artigo 48.°, n.° 4.

145. A atitude do Grão-Ducado do Luxemburgo deveria assim ter ido no sentido da abertura do acesso aos sectores controvertidos dos trabalhadores comunitários, salvo excepções positivamente enunciadas com referência à definição comunitária de administração pública.

146. É forçoso constatar que esta não foi a solução escolhida pelo direito nacional posto em causa.

147. A nossa descrição do direito positivo luxemburguês [56] mostra que, nos sectores considerados, a condição de nacionalidade é a regra e o acesso dos nacionais de outros Estados-Membros a excepção.

148. As excepções existem essencialmente para certos estabelecimentos ou para certos tipos de emprego.

55 — N.os 124 e 125, *supra*.

56 — N.os 30 e segs.

149. À luz da nossa interpretação do artigo 48.°, n.° 4, do Tratado, o Grão-Ducado do Luxemburgo é portanto susceptível de ser acusado de não ter cumprido as obrigações comunitárias que lhe incumbem, em termos no entanto diferentes dos da petição, cuja formulação, demasiado geral, pode levar a pensar, incorrectamente, que o direito luxemburguês actual não admite nenhuma excepção à condição de nacionalidade.

150. Antes de chegar a esta conclusão, resta-nos analisar os fundamentos que o Estado demandado opõe à Comissão.

2) *Fundamentos apresentados pelo demandado*

151. O Grão-Ducado do Luxemburgo invoca quatro fundamentos que, no seu entender, são susceptíveis de provocar a rejeição da petição. O primeiro baseia-se na sua constituição de 17 de Outubro de 1868 (a). Os três outros baseiam-se em disposições pertencentes ao domínio dos tratados, isto é, o artigo 13.° da Convenção Europeia de Estabelecimento de 13 de Dezembro de 1955 [57] (b), o artigo 61.° do Tratado de 3 de Fevereiro de 1958 que institui a União Económica Benelux [58] (c), e o artigo 2.° do Protocolo respeitante ao Grão-Ducado do Luxemburgo, adoptado em 25 de Março de 1957 e anexo ao Tratado CEE (d).

a) Artigo 11.° da Constituição do Grão-Ducado do Luxemburgo de 17 de Outubro de 1868

152. O artigo 11.°, n.° 2, da Constituição luxemburguesa tem a seguinte redacção:

«Os luxemburgueses são iguais perante a lei; apenas os luxemburgueses são admitidos a empregos civis e militares, salvo excepções que podem ser determinadas por lei relativamente a casos especiais.»

153. O demandado cita esta disposição a título dos obstáculos jurídicos que invoca.

154. No entanto, acrescenta que está consciente do primado do direito comunitário sobre o direito nacional dos Estados-Membros.

155. Quanto a este ponto, basta recordar que, segundo jurisprudência bem estabelecida [59], o primado do direito comunitário

57 — *Série dos Tratados e Convenções Europeias*, n.° 19.

58 — *Moniteur belge* de 27 de Outubro de 1960. V. também *Codes Larcier*, volume IV, edição 1995, p. 33.

59 — Despacho de 22 de Junho de 1965, San Michele/Alta Autoridade (9/65, Recueil 1967, pp. 35, 37); acórdãos de 17 de Dezembro de 1970, Internationale Handelsgesellschaft (11/70, Colect. 1969-1970, p. 625, n.° 3) e de 13 de Julho de 1972, Comissão/Itália (48/71, Colect., p. 181, n.os 8 e 9).

existe face a qualquer norma nacional, mesmo de ordem constitucional.

156. Consequentemente, o artigo 11.°, n.° 2, já referido, não constitui um obstáculo à declaração de incumprimento.

157. Em qualquer caso, sublinhe-se que não está excluído que a expressão «empregos civis e militares» utilizada por este artigo possa ser interpretada numa acepção perfeitamente compatível com a definição do Tribunal de Justiça de administração pública, caso em que não se impunha uma reforma constitucional na ordem jurídica interna.

b) Artigo 13.° da Convenção Europeia de Estabelecimento

158. A Convenção de Estabelecimento, celebrada no âmbito do Conselho da Europa, tem por objectivo a determinação de regras comuns relativas ao tratamento concedido aos nacionais de cada um dos Estados signatários no território dos outros.

159. Em 1 de Julho de 1995, a Convenção era aplicável em dez Estados-Membros, isto é, o Reino da Bélgica, o Reino da Dinamarca, a República Federal da Alemanha, a República Helénica, a Irlanda, a República Italiana, o Grão-Ducado do Luxemburgo, o Reino dos Países Baixos, o Reino da Suécia e o Reino da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, bem como em dois Estados terceiros, isto é, o Reino da Noruega e a República Turca.

160. Segundo o artigo 13.° invocado pelo demandado a título de excepção da liberalização do exercício de actividades lucrativas prevista nos artigos 10.° a 12.°,

«Qualquer parte contratante pode reservar aos seus nacionais as funções públicas e as actividades relativas à segurança ou à defesa nacionais ou subordinar o seu exercício por estrangeiros a condições especiais.»

161. Levanta-se o problema das relações entre o Tratado CEE e as convenções internacionais celebradas antes de 1 de Janeiro de 1958 por um ou vários Estados-Membros e um ou vários Estados terceiros.

162. Estas relações regem-se pelo artigo 234.°, primeiro parágrafo, do Tratado:

«As disposições do presente Tratado não prejudicam os direitos e obrigações decorrentes de convenções concluídas antes da entrada em vigor do presente Tratado, entre um ou mais Estados-Membros, por um lado, e um ou mais Estados terceiros, por outro.»

163. A partir do acórdão de 27 de Fevereiro de 1962, Comissão/Itália [60], o Tribunal de Justiça interpreta este artigo da seguinte forma:

«... os termos 'direitos e obrigações' do artigo 234.° referem-se, no que diz respeito aos 'direitos', aos direitos dos Estados terceiros e, no que diz respeito às 'obrigações', às obrigações dos Estados-Membros; ... por força dos princípios do direito internacional, um Estado, ao assumir uma obrigação nova contrária aos *direitos* que lhe são reconhecidos por um tratado anterior, renuncia, por esse próprio facto, a fazer uso desses direitos na medida necessária à execução da sua nova obrigação».

60 — 10/61, Recueil, p. 1, Colect., 1962-1964, p. 1, sublinhado nosso. V. também os acórdãos de 14 de Outubro de 1980, Burgoa (812/79, Recueil, p. 2787, n.os 8 e 9), e de 11 de Março de 1986, Conegate (121/85, Colect., p. 1007, n.° 25).

164. O artigo 234.° permite assim que os Estados-Membros respeitem as *obrigações* assumidas perante Estados terceiros. Ao invés, não permite que os Estados-Membros se subtraiam à execução das suas obrigações perante a Comunidade alegando *direitos* baseados numa convenção internacional anterior.

165. O artigo 13.° da Convenção de Estabelecimento atribui o *direito*, que consiste numa simples faculdade, de reservar aos nacionais as «funções públicas e as actividades relativas à segurança ou à defesa nacionais».

166. Esta disposição, admitindo ainda que possa ser interpretada de forma mais vasta do que o artigo 48.°, n.° 4, do Tratado CEE, não pode portanto ser invocada por um dos Estados-Membros signatários da Convenção de Estabelecimento para não cumprir as suas obrigações comunitárias.

167. Independentemente da norma enunciada no artigo 234.° do Tratado, o artigo 13.° da Convenção de Estabelecimento deve ser aproximado do artigo 25.° da mesma Convenção, segundo o qual:

«As disposições da presente Convenção não violam as disposições das legislações nacionais, dos *tratados, convenções ou acordos*

bilaterais ou multilaterais que estão ou entrarão em vigor, por força dos quais é concedido aos nacionais de um ou de vários dos Estados contratantes um tratamento mais favorável» [61].

168. Este texto reservou expressamente a hipótese de um tratado posterior mais favorável.

169. Ora, o artigo 48.°, n.° 4, do Tratado CEE, tal como estritamente interpretado pelo Tribunal de Justiça a favor da livre circulação dos trabalhadores, constitui uma disposição mais favorável.

170. O artigo 13.° da Convenção de Estabelecimento não pode, consequentemente, ser um obstáculo à sua aplicação.

c) Artigo 61.° do Tratado que institui a União Económica Benelux (a seguir «Tratado Benelux»)

171. O Tratado Benelux, celebrado entre o Reino da Bélgica, o Grão-Ducado do Luxemburgo e o Reino dos Países Baixos, institui «... a União Económica prevista pela Convenção Aduaneira assinada em Londres em 5 de Setembro de 1944, precisada e interpretada em conformidade com o Protocolo assinado em Haia em 14 de Março de 1947» [62].

172. O artigo 2.°, n.° 2, acrescenta:

«(Os nacionais de cada uma das Altas Partes Contratantes) gozam (no território das outras Altas Partes Contratantes) do tratamento concedido aos nacionais no que se refere:

...

b) Ao exercício de actividades económicas e profissionais, incluindo a prestação de serviços;

...»

61 — Sublinhado nosso.

62 — Preâmbulo do Tratado Benelux, reproduzido em Karelle J. e Kemmeter F. — «Le Benelux commenté», edições Bruylant, 1961, p. 57.

173. No entanto, o artigo 61.°, n.° 1, introduz uma restrição a este princípio:

«Por derrogação do artigo 2.°, segundo parágrafo, alínea b), do presente Tratado, cada uma das Altas Partes Contratantes mantém o direito de reservar aos seus nacionais o exercício das seguintes actividades económicas e profissionais:

a) as funções, cargos ou empregos públicos, incluindo as tarefas de notário, de advogado e de oficial de justiça;

...»

174. O artigo 233.° do Tratado CEE tem a seguinte redacção:

«As disposições do presente Tratado não constituem obstáculo à existência e aperfeiçoamento das uniões regionais entre a Bélgica e o Luxemburgo, bem como entre a Bélgica, o Luxemburgo e os Países Baixos, na medida em que os objectivos dessas uniões regionais não sejam atingidos pela aplicação do presente Tratado.»

175. Este artigo foi inserido no Tratado CEE a pedido expresso dos Governos belga, luxemburguês e neerlandês, para que fosse regulada a questão das relações entre os Tratados CEE e Benelux, estando este último ainda em vias de negociações e que deveria substituir a Convenção Aduaneira de 5 de Setembro de 1944, já referida.

176. Importa não esquecer que foram os três Estados do Benelux que tomaram a iniciativa de relançar a Europa na reunião de Messina, de 1 e 2 de Junho de 1955, dos Ministros dos Negócios Estrangeiros dos seis Estados-Membros da CECA, ao apresentarem um memorando para esse efeito. Foi na sequência desse memorando que ficou acordada a reunião da conferência intergovernamental que deveria levar à assinatura dos Tratados de Roma, em 25 de Março de 1957.

177. Ora, em 1955, a União Benelux estava já particularmente desenvolvida no âmbito da Convenção Aduaneira de 1944. O Tratado Benelux devia na verdade codificar as disposições já aceites por instrumentos anteriores e estabelecer imediatamente o mercado comum Benelux a um nível de realização que o Tratado CEE só deveria atingir dez ou quinze anos depois [63].

63 — V. baron Snoy e d'Oppuers — «Le Benelux dans la Communauté économique européenne», *Bulletin trimestriel Benelux*, 1959, n.° 9, pp. 8 e 9, segundo parágrafo.

178. A União Económica Benelux pretendida podia assim encontrar-se mais avançada em certos domínios do que a Comunidade Económica Europeia.

179. Para os três Estados do Benelux, «era importante assegurar a garantia jurídica de que a sua obra comum de integração poderia ser prosseguida no âmbito da nova Comunidade, atingindo-se aí a sua realização completa» [64].

180. O artigo 233.° visava «... a União Benelux tanto na sua forma (então existente) como na forma que (resultaria) da conclusão e da execução do Tratado da União, que (podia) ser efectivamente considerado como o prolongamento e o corolário dos acordos existentes» [65].

181. Os redactores do Tratado CEE consideraram «... que uma integração regional numa área mais limitada (permaneceria) possível, na Comunidade Europeia, na medida em que (estaria) *mais avançada* na realização dos objectivos económicos e sociais previstos» [66]. Nestas condições, «a relação entre as duas Comunidades (era) portanto não um paralelismo, nem uma sujeição do Benelux à Comunidade Económica Europeia mas, ao invés, uma prioridade do Benelux sobre a Comunidade Económica Europeia, na medida em que o Benelux (precedia) a Comunidade dos Seis na direcção da integração» [67].

182. A preocupação de preservar a possibilidade de uma evolução posterior no Benelux explica finalmente a escolha, no artigo 233.° do Tratado CEE, da expressão «*aperfeiçoamento* das uniões regionais» [68].

183. O Tribunal de Justiça consagrou inteiramente esta análise no acórdão de 16 de Maio de 1984, Pakvries [69]:

«(O artigo 233.° do Tratado) visa evitar que a aplicação do direito comunitário tenha por efeito desintegrar a união regional entre (o Reino da Bélgica, o Grão-Ducado do Luxemburgo e o Reino dos Países Baixos) ou constituir um obstáculo ao seu desenvolvimento. Esta disposição permite portanto que os três Estados-Membros em causa apliquem as normas em vigor no âmbito da sua união por derrogação às normas da Comunidade, *sempre que esta união estiver mais avançada na realização do mercado comum.*»

64 — Rasquin, G. — «Considérations sur l'article 233 du traité CEE (La 'clause Benelux')» *Revue trimestrielle Benelux*, 1982, n.° 3, pp. 57 e 59.

65 — Karelle J. e Kemmeter F., *op. cit.*, p. 58.

66 — *Ibidem*, p. 59, sublinhado nosso.

67 — *Ibidem.*

68 — Sublinhado nosso.

69 — 105/83, Recueil, p. 2101, n.° 11, sublinhado nosso.

184. O artigo 3.°, alínea c), do Tratado CEE visa, a título dos objectivos fundamentais da Comunidade, a abolição, nomeadamente, dos *obstáculos à livre circulação de pessoas.*

185. O artigo 1.° do Tratado Benelux precisa que a União Económica inclui «*a livre circulação de pessoas,* de mercadorias, de capitais e de serviços» [70].

186. A livre circulação de pessoas é portanto um objectivo comum aos dois tratados.

187. Uma interpretação estrita de uma excepção a esta liberdade, como a relacionada com o conceito de «administração pública» enunciada no artigo 48.°, n.° 4, do Tratado CEE, aproxima-se mais do objectivo comum prosseguido do que uma interpretação vasta dos conceitos de «funções, cargos ou empregos públicos» incluídos no artigo 61.° do Tratado Benelux.

188. Pelo que, nas relações entre todos os Estados-Membros, incluindo os três Estados do Benelux, deve ser adoptada uma interpretação estrita da excepção prevista no artigo 48.°, n.° 4, do Tratado CEE.

70 — Sublinhado nosso.

189. Existe um risco de contrariedade entre a interpretação que poderia ser dada aos conceitos de «funções, cargos ou empregos públicos» *no âmbito do regime Benelux* e a que o Tribunal deu do conceito de «administração pública»?

190. Não o cremos.

191. A interpretação do Tratado Benelux compete, segundo os seus termos, ao Colégio Arbitral [71] caso o litígio não seja resolvido pelo Comité de Ministros (artigo 44.° do Tratado Benelux).

192. O artigo 41.° do Tratado Benelux prevê:

«O Colégio Arbitral tem por missão resolver os litígios que possam surgir entre as Altas Partes Contratantes no que se refere à aplicação do presente Tratado e das disposições convencionais relativas ao seu objecto.»

71 — O Tribunal de Justiça Benelux, instituído pelo Tratado de 31 de Março de 1965 relativo à instituição e ao estatuto do Tribunal de Justiça Benelux (*Codes Larcier,* volume IV, edição 1995, p. 44), tem, em aplicação dos artigos 6.°, n.° 1 e 11.°, n.° 1, desse Tratado, unicamente competência para conhecer das questões de interpretação das normas jurídicas designadas nos termos do artigo 1.° deste Tratado, isto é, das normas designadas quer por uma convenção, quer por uma decisão do Comité dos Ministros.

193. Um litígio poderia opor os Estados do Benelux entre eles quanto à interpretação dos conceitos de «funções, cargos, ou empregos públicos».

194. No entanto, na medida em que a interpretação desses conceitos fosse susceptível de pôr em causa a interpretação e a aplicação do artigo 48.°, n.° 4, do Tratado CE, os Estados do Benelux devem, parece-nos, respeitar as disposições do artigo 51.°, n.° 2, do Tratado Benelux, segundo o qual:

«.. as Altas Partes Contratantes acordam em submeter os litígios que ponham também em causa a interpretação ou a aplicação do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia ou do Tratado que institui a Comunidade Europeia da Energia Atómica, ao Tribunal de Justiça instituído por esses tratados. Se o Tribunal de Justiça se declarar incompetente para conhecer do litígio, é competente o Colégio Arbitral, previsto no artigo 15.° do presente Tratado».

195. Através deste mecanismo de remissão para a jurisdição do Tribunal de Justiça, evitar-se-á qualquer risco de incompatibilidade.

196. Resulta portanto das considerações que precedem que o Grão-Ducado do Luxemburgo não pode invocar o artigo 61.° do Tratado Benelux.

d) Artigo 2.° do protocolo de 25 de Março de 1957 respeitante ao Grão-Ducado do Luxemburgo

197. Segundo este artigo,

«Aquando da elaboração dos regulamentos previstos no n.° 3 do artigo 48.°, do Tratado, relativo à livre circulação dos trabalhadores, a Comissão tem em conta, no que respeita ao Grão-Ducado do Luxemburgo, a especial situação demográfica deste país.»

198. O Grão-Ducado do Luxemburgo considera que deve ser tida em conta a sua situação demográfica especial no âmbito da aplicação do artigo 48.°, n.° 4, do Tratado, com

um objectivo de preservação da sua identidade nacional. A exigência da nacionalidade luxemburguesa seria a condição *sine qua non* desta preservação [72].

199. O Estado demandado exprime a sua preocupação de que os nacionais dos outros Estados-Membros candidatos ao emprego sejam necessariamente mais numerosos do que os seus nacionais.

200. Observemos antes de mais que o artigo 2.° do protocolo diz respeito ao direito derivado adoptado pela Comissão no que se refere ao direito dos nacionais comunitários de permanecerem no território de um Estado-Membro após aí terem exercido um emprego.

201. Não se aplica portanto ao direito primário constituído pelas próprias disposições do Tratado e não se refere ao acesso a empregos, quer estes dependam do sector público quer do sector privado.

202. Em qualquer caso, pensamos que a preocupação manifestada pelo Grão-Ducado do Luxemburgo não se verifica na realidade dos factos.

72 — Contestação, p. 20.

203. Como já sublinhámos no que se refere ao sector especial do ensino [73], a livre circulação de pessoas permite apenas que os nacionais dos outros Estados-Membros se candidatem a empregos em igualdade de oportunidades com os nacionais.

204. Nos sectores de actividade controvertidos, o acesso a empregos que impliquem, por natureza, contactos com o público poderá em especial ser acompanhado de condições relativas ao conhecimento de uma, de duas ou das três línguas consagradas pelo regime linguístico resultante da lei de 24 de Fevereiro de 1984.

205. Os poderes públicos deverão apenas evitar impor conhecimentos linguísticos que não sejam «exigidos pela natureza do emprego a preencher» na acepção do artigo 3.°, n.° 1, segundo parágrafo, do Regulamento n.° 1612/68 [74].

206. No acórdão Groener do Tribunal de Justiça, já referido [75], o Tribunal sublinhou de forma geral:

«As disposições do Tratado CEE não se opõem à adopção de uma política que tenha

73 — N.° 132, *supra*.

74 — V. nota 52.

75 — N.° 19.

por fim a defesa e promoção da língua de um Estado-Membro... Todavia, a execução desta política não deve atentar contra uma liberdade fundamental como a livre circulação dos trabalhadores. Portanto, as exigências resultantes das medidas destinadas a pôr em prática essa política não devem, em caso algum, ser desproporcionadas ao objectivo prosseguido e as condições da sua aplicação não devem implicar discriminação em detrimento dos nacionais de outros Estados-Membros.»

207. Em nosso entender, as exigências linguísticas a que se poderá legitimamente subordinar o acesso a numerosos empregos nos sectores controvertidos só permitirão, regra geral, que respondam a propostas de emprego ou se apresentem a concursos organizados para recrutamento, pessoas que tenham nascido ou que se encontrem há muito estabelecidas no Luxemburgo.

208. Dificilmente se imagina que os nacionais dos três Estados vizinhos do Grão-Ducado, estabelecidos no seu Estado de origem, possam súbita e massivamente competir com os nacionais luxemburgueses nos processos de recrutamento destinados ao provimento de empregos novos ou vagos cuja natureza justifique exigências linguísticas.

209. Em qualquer caso, consideramos que o artigo 2.° do mencionado protocolo não pode ser oposto ao demandante.

210. Não procedendo nenhum dos fundamentos invocados pelo Grão-Ducado do Luxemburgo, propomos que o Tribunal declare o incumprimento nos termos da nossa conclusão final.

IV — Quanto ao pedido do prazo

211. O Grão-Ducado do Luxemburgo solicita que, na hipótese de o incumprimento ser declarado, lhe seja concedido um prazo dilatado para se conformar com as exigências comunitárias.

212. Alega que o princípio da nacionalidade dos funcionários está profundamente enraizado no seu sistema administrativo e que uma alteração neste ponto o levaria a efectuar reformas draconianas a nível constitucional e legislativo [76].

76 — Contestação, p. 18.

213. Este pedido coloca a questão dos poderes de que dispõe o Tribunal de Justiça quando profere um acórdão por incumprimento.

214. O artigo 171.° do Tratado só visa a declaração de incumprimento.

215. O juiz comunitário ou «reconhece» que o Estado-Membro não cumpriu uma das suas obrigações comunitárias, ou rejeita a petição.

216. É evidente que não pode eliminar ele próprio a violação, nem exercer um poder de injunção.

217. O artigo 171.° enuncia que o Estado «... deve tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal de Justiça».

218. No acórdão de 5 de Novembro de 1986, Comissão/Itália [77], o Tribunal afirmou:

«Este artigo não indica o prazo no qual essas medidas devem ser adoptadas. No entanto, as medidas de execução de um acórdão devem ser iniciadas *de imediato* e estar concluídas a *breve prazo*...»

219. Além disto, em dois acórdãos de 10 de Novembro de 1981, Comissão/Itália [78], o Tribunal decidiu, sobre um pedido de prorrogação do prazo imposto pelo parecer fundamentado:

«As atribuições do Tribunal de Justiça no âmbito do artigo 169.° do Tratado não incluem, sem prejuízo da fiscalização da legalidade do parecer fundamentado, a competência de substituir o prazo fixado pela Comissão, por força do mesmo artigo 169.°, no referido parecer. Compete, com a mesma reserva, à Comissão apreciar se um pedido nesse sentido, por parte de um Estado-Membro, deve ser acolhido.»

220. Consideramos que também não compete ao Tribunal de Justiça, no acórdão de incumprimento, conceder *in abstracto* e por antecipação um prazo ao Estado demandado para a execução do referido acórdão.

77 — 160/85, Colect., p. 3245, n.° 9, sublinhado nosso. Jurisprudência constante: v., nomeadamente, acórdãos de 12 de Fevereiro de 1987, Comissão/Itália (69/86, Colect., p. 773, n.° 8); de 14 de Janeiro de 1988, Comissão/Bélgica (227/85, 228/85, 229/85 e 230/85, Colect., p. 1, n.° 11); de 13 de Julho de 1988, Comissão/França (169/87, Colect., p. 4093, n.° 14); de 30 de Janeiro de 1992, Comissão/Grécia (C-328/90, Colect., p. I-425, n.° 6) e de 23 de Março de 1993, Comissão/Alemanha (C-345/92, Colect., p. I-1115, n.° 6).

78 — 28/81, Recueil, p. 2557, n.° 6 e 29/81, Recueil, p. 2585, n.° 6.

221. O acompanhamento da execução do acórdão incumbe primeiro à Comissão. Se esta instituição considerar que a execução não se verifica no prazo necessário para esse efeito, inicia um novo processo por incumprimento no âmbito do qual fixará um prazo para a resposta à sua notificação, depois, e sobretudo, fixará no seu parecer fundamentado o prazo de regularização.

222. O Tribunal só poderá examinar a situação *a posteriori*, em função das circunstâncias da causa, quando tiver que apreciar se se verifica um novo incumprimento.

223. O pedido de prazo apresentado pelo Grão-Ducado do Luxemburgo não pode portanto ser acolhido.

Conclusão

224. Consequentemente, concluímos que o Tribunal de Justiça se digne decidir:

«1) Ao não limitar a exigência de uma condição de nacionalidade luxemburguesa perante os trabalhadores nacionais de outros Estados-Membros, unicamente ao acesso a empregos de funcionário e de empregado público que envolvam uma participação, directa ou indirecta, no exercício da autoridade pública e nas funções que têm por objecto a salvaguarda dos interesses gerais do Estado ou de outras pessoas colectivas públicas, nos sectores públicos da investigação, do ensino, da saúde, dos transportes terrestres, dos correios e telecomunicações e nos serviços de distribuição de água, gás e electricidade, o Grão-Ducado do Luxemburgo não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 48.° do Tratado CEE e dos artigos 1.° e 7.° do Regulamento (CEE) n.° 1612/68 do Conselho, de 15 de Outubro de 1968, relativo à livre circulação dos trabalhadores na Comunidade.

2) O Grão-Ducado do Luxemburgo é condenado nas despesas.»