Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
apresentadas em 25 de julho de 2018[1]

Processo C-437/17

Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach GmbH
contra
EurothermenResort Bad Schallerbach GmbH

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal, Áustria)]

«Reenvio prejudicial — Artigo 45.º TFUE — Regulamento (UE) n.º 492/2011 — Livre circulação dos trabalhadores — Proibição de discriminação em razão da nacionalidade — Direito a férias anuais remuneradas — Legislação nacional que prevê a concessão de uma semana adicional de férias anuais remuneradas aos trabalhadores com mais de 25 anos de antiguidade na mesma entidade patronal»

I. Introdução

1. Com o seu pedido de decisão prejudicial, o Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal, Áustria) interroga o Tribunal de Justiça sobre a compatibilidade de determinadas disposições da Urlaubsgesetz[2] (Lei austríaca relativa às férias, a seguir «UrlG») com a proibição de discriminação em razão da nacionalidade dos trabalhadores, prevista no artigo 45.º, n.º 2, TFUE e no artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento (UE) n.º 492/2011[3], bem como com o princípio da livre circulação dos trabalhadores, garantido pelo artigo 45.º, n.º 1, TFUE.

2. No essencial, as disposições da UrlG em questão subordinam a concessão de uma sexta semana de férias anuais remuneradas à condição de ter pelo menos25 anos de antiguidade na mesma entidade patronal — a entidade patronal atual. Para efeitos do cálculo desta antiguidade, os períodos de atividade cumpridos nas anteriores entidades patronais são, contudo, contabilizados a título complementar e de forma limitada.

3. O presente pedido de decisão prejudicial foi suscitado no âmbito de um recurso de «Revision» que opõe a Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach GmbH (a seguir «comissão de trabalhadores») à EurothermenResort Bad Schallerbach GmbH a propósito das regras de concessão dessa sexta semana de férias anuais remuneradas. Segundo a comissão de trabalhadores, o direito da União obriga a que os períodos de atividade que os trabalhadores cumpriram nas suas anteriores entidades patronais, noutros Estados-Membros que não a República da Áustria, sejam contabilizados da mesma forma que os efetuados na atual entidade patronal.

1 Língua original: francês.

2 Lei de 7 de julho de 1976 (BGB1. 1976 I, p. 390), conforme publicada no BGB1 I, 2013/3.

3 Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2011, relativo à livre circulação dos trabalhadores na União (JO 2011, L 141, p. 1).

4. Nas presentes conclusões, exporei as razões que me levam a afirmar que uma legislação nacional como a UrlG, que, para efeitos da concessão do direito às férias anuais remuneradas, trata os períodos de atividade que o trabalhador cumpriu nas suas anteriores entidades patronais de uma forma menos favorável do que os cumpridos na atual, não constitui uma discriminação em razão da nacionalidade nem um entrave à livre circulação dos trabalhadores. Para o caso de o Tribunal de Justiça considerar que essa legislação acarreta uma tal discriminação ou entrave, exporei, a título subsidiário, os motivos pelos quais, na minha opinião, a mesma se pode justificar.

II. Quadro jurídico

A. Regulamento n.º 492/2011

5. O artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 492/2011 determina:

«O trabalhador nacional de um Estado-Membro não pode ser sujeito no território de outro Estado-Membro, em razão da sua nacionalidade, a um 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.»

B. Direito austríaco

6. O § 2, n.º 1, da UrlG prevê:

«O trabalhador tem direito, por cada ano de trabalho, a um período ininterrupto de férias retribuídas. O período de férias tem a duração de 30 dias úteis se o tempo de serviço for inferior a 25 anos e é alargado para 36 dias úteis quando seja completado o vigésimo quinto ano.»

7. Nos termos do § 3 da UrlG:

«1) Na determinação da duração do período de férias, são somados os períodos de trabalho cumpridos junto da mesma entidade patronal que não tenham sido interrompidos por períodos superiores a 3 meses.

[…]

2) Na determinação da duração do período de férias são considerados:

1. Os períodos de trabalho cumpridos no território nacional […] no âmbito de outras relações laborais, desde que cada uma delas tenha durado, no mínimo, 6 meses;

[…]

3) Os períodos referidos no n.º 2, ponto 1, só serão contados até ao máximo de, no total, cinco anos […]

[…]»

III. Litígio no processo principal, questão prejudicial e tramitação do processo no Tribunal de Justiça

8. A EurothermenResort Bad Schallerbach é uma sociedade austríaca que desenvolve a sua atividade no setor do turismo. Esta sociedade emprega, entre outros, alguns trabalhadores que tinham cumprido períodos de atividade anteriores, noutras entidades patronais anteriores, no território de outros Estados-Membros que não a República da Áustria.

9. A comissão de trabalhadores intentou uma ação contra a EurothermenResort Bad Schallerbach no Landesgericht Wels (Tribunal Regional de Wels, Áustria) a propósito do direito às férias anuais remuneradas dos trabalhadores em questão. Nesse âmbito, a referida comissão de trabalhadores alegou que o § 3, n.º 1, ponto 1, e n.º 3, da UrlG, ao limitar, a título da antiguidade exigida no § 2, n.º 1, da UrlG para a concessão de uma sexta semana de férias, a possibilidade de contabilização dos períodos de atividade anteriores cumpridos noutros Estados-Membros que não a Áustria, que só podem ser contabilizados até ao máximo de cinco anos, prejudica especialmente os trabalhadores migrantes e torna menos atrativo o exercício da liberdade de circulação pelos trabalhadores austríacos. A comissão de trabalhadores sustentou que, nos termos do direito da União, esses períodos de atividade anteriores deviam ser integralmente contabilizados, de forma que todo e qualquer o trabalhador com 25 anos de experiência profissional tenha direito a uma sexta semana de férias, em conformidade com o disposto no § 2, n.º 1, da UrlG.

10. Por sentença de 25 de janeiro de 2017, o Landesgericht Wels (Tribunal Regional de Wels) julgou essa ação improcedente. Esse órgão jurisdicional entendeu, nomeadamente, que as disposições controvertidas da UrlG não instituem uma discriminação em razão da nacionalidade, porquanto todos os períodos de atividade anteriores cumpridos noutras entidades patronais anteriores são tratados de modo idêntico. A este propósito, embora a letra do § 3, n.º 2, ponto 1, da UrlG apenas se refira aos períodos de atividade cumpridos no território nacional, a jurisprudência do Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal) obriga à igual contabilização dos cumpridos no território de outros Estados-Membros. De resto, é lícito aos Estados-Membros beneficiar os trabalhadores que possuam uma certa antiguidade na mesma empresa.

11. Por acórdão de 3 de maio de 2017, o Oberlandesgericht Linz (Tribunal Regional Superior de Linz, Áustria) confirmou a sentença proferida em primeira instância. A este respeito, o órgão jurisdicional de recurso considerou que, embora não se possa excluir a possibilidade de a perda da sexta semana de férias anuais remuneradas dissuadir um trabalhador austríaco de exercer a sua liberdade de circulação, o entrave que daí resulta encontra justificação no objetivo de recompensar a fidelidade dos trabalhadores à sua entidade patronal.

12. A comissão de trabalhadores interpôs então um recurso de «Revision» desse acórdão no Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal). Nessas condições, este órgão jurisdicional decidiu suspender a instância e colocar ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«O artigo 45.º TFUE e o artigo 7.º, n.º 1, do [Regulamento n.º 492/2011] devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal [disposições conjugadas do § 3, n.º 2, ponto 1, e n.º 3, e do § 2, n.º 1, da UrlG], segundo a qual um trabalhador que possua 25 anos de serviço, mas que não os tenha completado junto da mesma entidade patronal austríaca, tem direito a apenas cinco semanas de férias por ano, ao passo que o trabalhador que tenha cumprido 25 anos de serviço junto da mesma entidade patronal austríaca tem direito a seis semanas de férias por ano?»

13. O pedido de decisão prejudicial foi registado na Secretaria do Tribunal de Justiça em 19 de julho de 2017. A comissão de trabalhadores, a EurothermenResort Bad Schallerbach, o Governo austríaco e a Comissão Europeia apresentaram observações escritas ao Tribunal de Justiça. As mesmas partes interessadas compareceram na audiência de alegações que teve lugar em 3 de maio de 2018.

IV. Análise

A. Considerações preliminares

14. Conquista social primordial, o direito a férias anuais remuneradas reconhecido aos trabalhadores é objeto de regulamentação em direito da União. A este respeito, o artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 2003/88/CE denominada «Diretiva Tempo de Trabalho» [4] garante a todos os trabalhadores da União férias anuais remuneradas de quatro semanas. Como essa diretiva só define normas mínimas, os Estados-Membros podem ir além desse limiar e conceder aos trabalhadores abrangidos pela sua legislação direitos mais alargados. Porém, as eventuais condições a que esses Estados-Membros subordinam esses direitos adicionais devem estar em conformidade com as disposições gerais do direito da União, designadamente com as regras relativas à livre circulação dos trabalhadores constantes do artigo 45.º TFUE e do Regulamento n.º 492/2011.

15. A legislação austríaca em matéria de férias, a UrlG, vai precisamente além das quatro semanas garantidas pelo direito da União. O § 2, n.º 1, dessa lei reconhece aos trabalhadores, por cada ano de trabalho, cinco ou seis semanas de férias anuais remuneradas, *consoante tenham ou não 25 anos de antiguidade*.

16. A antiguidade que assim se exige é calculada de acordo com as regras previstas no § 3 da UrlG. Em conformidade com o disposto no n.º 1 dessa disposição, os períodos de trabalho cumpridos junto da mesma entidade patronal — a atual — são somados, desde que não tenham sido interrompidos por períodos superiores a 3 meses [5]. O n.º 2 dessa mesma disposição prevê, no ponto 1, que os períodos de trabalho cumpridos no âmbito de outras relações laborais também são tidos em conta, desde que cada relação de trabalho anterior tenha durado, no mínimo, 6 meses [6]. Todavia, por força do n.º 3 dessa mesma norma, esses períodos de atividade anteriores só serão contados *até ao máximo de*, no total, *cinco anos*.

17. Para se compreender o alcance dessas disposições, imaginemos o caso de um trabalhador, o Sr. Mahler, que trabalhou 5 anos na empresa X, em seguida 8 na empresa Y, antes de finalmente integrar a empresa Z, onde trabalha ininterruptamente há 15 anos. Nos termos do § 2, n.º 1, e do § 3, n.ºs 1 a 3, da UrlG, a dimensão do direito a férias anuais remuneradas do Sr. Mahler é calculada tendo em conta, a título principal, a sua antiguidade na empresa Z, ou seja, 15 anos, à qual se soma, a título complementar, a sua experiência profissional adquirida nas suas duas entidades patronais anteriores, ou seja, 13 anos, que, todavia, só contam por 5 anos — ou seja, 20 anos no total. Consequentemente, embora a carreira profissional do Sr. Mahler se estenda por 28 anos, não possui os 25 anos de antiguidade exigidos para beneficiar da sexta semana de férias anuais remuneradas em conformidade com o disposto no § 2, n.º 1, da UrlG.

18. O recurso de «Revision» que a comissão de trabalhadores interpôs no Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal) assenta na premissa de que as normas controvertidas da UrlG produzem efeitos contrários ao direito da União. A comissão de trabalhadores alega que essas regras violam o princípio da não discriminação consagrado no artigo 45.º, n.º 2, TFUE e no artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 492/2011 e restringem a livre circulação dos trabalhadores, nomeadamente austríacos. Importa, portanto, que nos debrucemos sucessivamente sobre estes dois aspetos, examinando, em primeiro

4 Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de novembro de 2003, relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho (JO 2003, L 299, p. 9).

5 A EurothermenResort Bad Schallerbach e o Governo austríaco referem que, nos termos da segunda frase do § 3, n.º 1, da UrlG, não mencionada na decisão de reenvio, a antiguidade também se perde em caso de interrupção resultante da demissão do trabalhador, da sua saída sem motivo grave antes do termo do contrato ou devido a um despedimento por justa causa.

6 Como se referiu no n.º 10 das presentes conclusões, embora a letra do § 3, n.º 2, ponto 1, da UrlG apenas se refira aos períodos de atividade cumpridos no território austríaco, a jurisprudência do Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal) «corrigiu» essa disposição obrigando à igual contabilização dos cumpridos no território de outros Estados-Membros.

lugar, as razões pelas quais, em minha opinião, uma regulamentação como a UrlG não acarreta qualquer discriminação em razão da nacionalidade (B) e, em seguida, as razões pelas quais a mesma conclusão se impõe, em meu entender, no que respeita à existência de uma restrição à livre circulação dos trabalhadores (C).

B. Quanto à inexistência de discriminação em razão da nacionalidade dos trabalhadores

19. O artigo 45.º, n.º 2, TFUE proíbe toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade entre os trabalhadores dos Estados-Membros, no que diz respeito ao emprego, à remuneração e demais condições de trabalho. O artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 492/2011 constitui, por sua vez, uma expressão particular dessa proibição no domínio específico das condições de emprego e de trabalho. Portanto, essas duas disposições devem ser interpretadas da mesma forma [7].

20. Normas como as constantes da UrlG integram o âmbito de aplicação das referidas disposições, já que o direito dos trabalhadores a férias anuais remuneradas faz incontestavelmente parte do domínio das condições de emprego e de trabalho.

21. Quanto à existência de uma eventual discriminação proibida, o § 2, n.º 1, e § 3, n.ºs 1 a 3, da UrlG instituem, para efeitos da extensão do direito a férias anuais remuneradas de que beneficiam os trabalhadores, uma distinção fundada na sua *antiguidade*. Essas disposições aplicam-se indistintamente a todos os trabalhadores, independentemente da sua nacionalidade. Não criam, portanto, uma discriminação *diretamente* baseada nesse critério.

22. No entanto, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, o artigo 45.º, n.º 2, TFUE e o artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 492/2011 proíbem não apenas as discriminações diretamente baseadas na nacionalidade dos trabalhadores, mas também as *indiretamente* baseadas nesse critério, ou seja, «todas as formas dissimuladas de discriminação que, por aplicação de outros critérios de distinção, conduzem, de facto, ao mesmo resultado» [8].

23. O «critério» aplicável na matéria foi enunciado pela primeira vez no Acórdão de 23 de maio de 1996, O'Flynn [9]. Segundo o Tribunal de Justiça, «a menos que seja objetivamente justificada e proporcionada ao objetivo prosseguido, uma disposição de direito nacional deve ser considerada indiretamente discriminatória *desde que seja suscetível, pela sua própria natureza, de afetar preponderantemente os trabalhadores migrantes, em comparação com os trabalhadores nacionais*, e que, em consequência, acarrete o risco de desfavorecer mais particularmente os primeiros» [10].

7 Acórdãos de 26 de outubro de 2006, Comissão/Itália (C-371/04, EU:C:2006:668, n.º 17), e de 5 de dezembro de 2013, Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken (C-514/12, a seguir Acórdão «SALK», EU:C:2013:799, n.º 23). Referirei, portanto, indiferentemente uma ou outra dessas disposições ou ainda ambas conjuntamente no decurso das presentes conclusões.

8 Esta jurisprudência tem a sua origem no Acórdão de 12 de fevereiro de 1974, Sotgiu (152/73, EU:C:1974:13, n.º 11). V., para evocações recentes, Acórdãos de 10 de setembro de 2009, Comissão/Alemanha (C-269/07, EU:C:2009:527, n.º 53); de 28 de junho de 2012, Erny (C-172/11, EU:C:2012:399, n.º 39), e de 20 de junho de 2013, Giersch e o. (C-20/12, EU:C:2013:411, n.º 41).

9 C-237/94, EU:C:1996:206.

10 Acórdão de 23 de maio de 1996, O'Flynn (C-237/94, EU:C:1996:206, n.º 20) (o sublinhado é meu). Este acórdão unificou as diferentes formulações anteriormente utilizadas pelo Tribunal de Justiça, tendo este alternativamente entendido que deviam ser consideradas indiretamente discriminatórias as condições que, ainda que indistintamente aplicáveis segundo a nacionalidade, «*afetem essencialmente* […] *ou na sua grande maioria os trabalhadores migrantes*» ou que «*possam ser mais facilmente preenchidas pelos trabalhadores nacionais do que pelos trabalhadores migrantes*» ou ainda que «*possam atuar particularmente em detrimento dos trabalhadores migrantes*» (v. n.º 18 do referido acórdão; o sublinhado é meu). A formulação que consta desse mesmo acórdão passou a figurar de forma constante na jurisprudência do Tribunal de Justiça [v., designadamente, Acórdãos de 27 de novembro de 1997, Meints (C-57/96, EU:C:1997:564, n.º 45); de 10 de setembro de 2009, Comissão/Alemanha (C-269/07, EU:C:2009:527, n.º 54); e de 5 de dezembro de 2013, SALK (C-514/12, EU:C:2013:799, n.º 26)].

24. Daqui resulta que se considera indiretamente discriminatória em razão da nacionalidade, a não ser que seja objetivamente justificada, qualquer medida que *provavelmente*, atentas as circunstâncias geralmente aceites [11] ou outros dados, produzirá, *potencialmente*, *efeitos diferentes* nos nacionais e nos cidadãos de outros Estados-Membros, particularmente desfavoráveis aos segundos. Isso deve resultar *da própria natureza da medida*, ou seja, do *critério de distinção* pelo qual se optou, o qual, apesar de uma aparente neutralidade, deve produzir efeitos do mesmo tipo que os resultantes do critério da nacionalidade. O potencial discriminatório do critério em causa determina-se separando — hipoteticamente — nacionais e não nacionais em dois grupos distintos, para em seguida ponderar, no interior de cada grupo, a percentagem de pessoas suscetíveis de ser negativamente afetadas pelo critério em questão e, por último, comparando essas duas percentagens [12].

25. A jurisprudência do Tribunal de Justiça fornece inúmeros exemplos de critérios suscetíveis de prejudicar especialmente, na prática, o grupo dos não nacionais: a residência [13], o lugar de origem [14], a língua [15] ou o local onde obteve os seus conhecimentos linguísticos [16], o local onde obteve o diploma [17], ou ainda o sistema de ensino nacional de que faz parte um estagiário [18].

26. Esses critérios são reveladores de uma ligação a um dado Estado-Membro, na medida em que respeitam a atributos desse Estado, como o seu território ou a sua língua e, por conseguinte, são equivalentes ao critério da nacionalidade. O verniz da neutralidade estala facilmente [19]. É, no entanto, verdade que, por vezes, critérios totalmente estranhos a considerações relacionadas com a nacionalidade acabam por se revelar indiretamente discriminatórios por essa razão. A jurisprudência do Tribunal de Justiça fornece alguns exemplos históricos [20]. Todavia, são então necessários elementos adicionais para se concluir pela existência de uma desigualdade de tratamento indiretamente fundada na nacionalidade [21].

11 No acórdão de 23 de maio de 1996, O'Flynn (C-237/94, EU:C:1996:206, n.º 22), o Tribunal de Justiça considerou, assim, que uma legislação que subordina a concessão de uma indemnização destinada a cobrir as despesas de um trabalhador com a inumação ou cremação de um membro da sua família à condição de a inumação ou cremação ter lugar em território nacional é passível de ser indiretamente discriminatória em razão da nacionalidade, dado que «é sobretudo o trabalhador migrante […] que, aquando do falecimento de um membro da sua família, é suscetível de mandar efetuar uma inumação noutro Estado-Membro, *tendo em conta os laços que os membros destas famílias em regra mantêm com o seu Estado de origem*» (o sublinhado é meu).

12 V., neste sentido, Acórdão de 6 de março de 2018, SEGRO e Horvath (C-52/16 e C-113/16, EU:C:2018:157, n.º 73), bem como as minhas Conclusões nos processos apensos SEGRO e Horvath (C-52/16 e C-113/16, EU:C:2017:410, n.os 79 e 80).A questão da determinação dos efeitos de uma medida em diferentes grupos de pessoas é objeto de uma jurisprudência muito mais precisa em matéria de igualdade de tratamento entre trabalhadores masculinos e trabalhadores femininos (para um resumo dessa jurisprudência e uma explicação sobre as inúmeras dificuldades suscitadas por essa questão, v. Barnard, C., *EU Employment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 4.ª edição, pp. 282 a 286). Para efeitos do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, não é todavia necessário entrar nesse nível de precisão, dado o caráter genérico do critério aplicado na matéria.

13 V., designadamente, Acórdãos de 14 de fevereiro de 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, n.º 28), e de 7 de maio de 1998, Clean Car Autoservice (C-350/96, EU:C:1998:205, n.º 29).

14 Acórdão de 12 de fevereiro de 1974, Sotgiu (152/73, EU:C:1974:13, n.º 11).

15 Acórdão de 28 de novembro de 1989, Groener (C-379/87, EU:C:1989:599, n.º 12).

16 Acórdãos de 28 de novembro de 1989, Groener (C-379/87, EU:C:1989:599, n.º 23), e de 6 de junho de 2000, Angonese (C-281/98, EU:C:2000:296, n.os 39 a 42).

17 Acórdão de 7 de julho de 2005, Comissão/Áustria (C-147/03, EU:C:2005:427, n.os 43, 46 e 47).

18 Acórdão de 21 de novembro de 1991, Le Manoir (C-27/91, EU:C:1991:441, n.º 11).

19 V., neste sentido, Conclusões do advogado-geral O. Lenz no processo O'Flynn (C-237/94, EU:C:1996:123, n.º 27). As condições geográficas ou linguísticas são, em matéria de discriminação em razão da nacionalidade, o equivalente de certos requisitos para aceder a um emprego, como a exigência de uma altura mínima (v. Acórdão de 18 de outubro de 2017, Kalliri, C-409/16, EU:C:2017:767) ou de determinada força física (v. Acórdão de 1 de julho de 1986, Rummler, 237/85, EU:C:1986:277) em matéria de discriminação em razão do sexo.

20 Em especial, no processo que deu origem ao Acórdão de 16 de fevereiro de 1978, Comissão/Irlanda (61/77, EU:C:1978:29), o Tribunal de Justiça viu-se confrontado com uma regulamentação irlandesa que excluía de uma zona de pesca os navios que excedessem um determinado calado ou uma determinada potência. Ora, embora fossem verdadeiramente neutras no que respeita à nacionalidade, essas condições de calado e potência levavam, na prática, à exclusão das águas em questão de uma grande parte das frotas pesqueiras francesa e neerlandesa, enquanto as frotas irlandesa e britânica, compostas por navios de menores dimensões, eram em grande parte poupadas.

21 Tais como, no processo referido na nota anterior, as informações relativas às especificidades das frotas de pesca dos Estados-Membros.

27. No presente caso, a comissão de trabalhadores e a Comissão defendem que o critério da antiguidade, em que se baseiam o § 2, n.º 1, e § 3, n.ºs 1 a 3, da UrlG, é, na prática, mais favorável aos trabalhadores austríacos do que aos trabalhadores nacionais de outros Estados-Membros. De facto, os primeiros residem maioritariamente na Áustria, começam aí o seu percurso profissional e podem ficar ao serviço de um único e mesmo empregador, sem interrupções, durante os 25 anos necessários, em conformidade com o disposto no § 2, n.º 1, da UrlG, para beneficiar da sexta semana de férias anuais remuneradas. Em contrapartida, os segundos, de um modo geral, iniciam a respetiva carreira profissional no seu Estado-Membro de origem e só mais tarde na carreira é que começam a trabalhar para uma entidade patronal austríaca. Nestas condições, é mais difícil para os trabalhadores de outros Estados-Membros obterem a antiguidade assim exigida, já que a sua experiência profissional anterior só é tida em conta até ao limite de cinco anos definido no § 3, n.º 3, da UrlG [22].

28. A EurothermenResort Bad Schallerbach e o Governo austríaco são de opinião contrária. Segundo entendem, no presente caso, não se pode concluir pela existência de uma discriminação indireta em razão da nacionalidade porquanto as normas da UrlG tratam da mesma forma os trabalhadores austríacos e os trabalhadores de outros Estados-Membros. Adotando a mesma abordagem, o órgão jurisdicional de reenvio refere que não é notório que os trabalhadores austríacos tenham tendência para permanecer ao serviço da mesma entidade patronal durante 25 anos e que, portanto, possam beneficiar da sexta semana de férias anuais remuneradas prevista no § 2, n.º 1, dessa lei de uma forma sensivelmente mais significativa do que os trabalhadores de outros Estados-Membros. Pelo contrário, os trabalhadores austríacos mudam frequentemente de entidade patronal.

29. Como já anteriormente enunciei, partilho da opinião dos segundos.

30. Com efeito, o critério dos 25 anos de antiguidade, utilizado no § 2, n.º 1, da UrlG favorece os trabalhadores que não mudam de entidade patronal durante o período aí estabelecido. Correlativamente, esse critério *prejudica todos os trabalhadores que mudaram de entidade patronal durante a sua carreira* e que veem a sua experiência profissional adquirida junto das suas anteriores entidades patronais ser contabilizada no limite dos cinco anos previsto no § 3, n.º 3, da UrlG. A este respeito, a nacionalidade da entidade patronal ou das entidades patronais anteriores e o local da relação ou das relações de trabalho em questão são circunstâncias irrelevantes. As normas dessa lei não distinguem entre *mobilidade interna* — no território austríaco — e *mobilidade externa* — para ou a partir de outro Estado-Membro — de um trabalhador. Os períodos de atividade cumpridos noutra ou noutras entidades patronais anteriores são contabilizadas de forma idêntica, quer tenham decorrido no território nacional quer noutro Estado-Membro [23].

31. Consequentemente, todos os trabalhadores nacionais de outros Estados-Membros que não a República da Áustria que possuam uma experiência profissional superior a cinco anos numa ou em diversas entidades patronais diferentes do seu atual empregador são, na verdade, negativamente afetados pelas normas da UrlG. Porém, todos os trabalhadores austríacos que mudaram de entidade patronal durante a sua carreira o são na mesma medida. Por conseguinte, o critério da antiguidade

22 A comissão de trabalhadores sustenta que os trabalhadores nacionais de outros Estados-Membros que não a República da Áustria são *sempre* prejudicados pelas normas da UrlG. A Comissão tinha o mesmo entendimento nas suas observações escritas antes de reverter a sua posição na audiência e sustentar que estes são prejudicados *na maior parte dos casos*.

23 Recordo que a letra do § 3, n.º 2, ponto 1, da UrlG, que só se refere aos períodos de atividade cumpridos no território austríaco — essa condição implica incontestavelmente uma desigualdade de tratamento indireta em razão da nacionalidade — foi «corrigida» pela jurisprudência do Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal), que obriga a que os períodos de atividade cumpridos no território de outros Estados-Membros sejam contabilizados de igual modo (v. n.º 10 e nota 6 das presentes conclusões). Esta «correção» jurisprudencial não dispensa o legislador austríaco de alterar essa disposição. Com efeito, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, a manutenção inalterada de um texto de uma disposição nacional contrária ao direito da União cria «uma situação de facto ambígua, já que mantém os sujeitos de direito interessados num estado de incerteza quanto às possibilidades de invocar o direito [da União]» [v. Acórdãos de 24 de março de 1988, Comissão/Itália (104/86, EU:C:1988:171, n.º 12), e de 13 de julho de 2000, Comissão/França (C-160/99, EU:C:2000:410, n.º 22)].

afeta de forma análoga o grupo dos trabalhadores nacionais e o grupo dos trabalhadores de outros Estados-Membros [24]. Assim não seria se dados adicionais revelassem ou, pelo menos, permitissem supor que os primeiros mudam sensivelmente menos vezes de emprego que os segundos. Ora, como o órgão jurisdicional de reenvio salientou, nada indica nesse sentido [25].

32. A Comissão alega, porém, que o facto de uma percentagem significativa dos trabalhadores austríacos ser negativamente afetada pelas normas da UrlG não obsta a que se conclua pela existência de uma discriminação indireta em razão da nacionalidade. Com efeito, basta que se apure que a maioria dos trabalhadores que cumpre o requisito dos 25 anos de antiguidade previsto no § 2, n.º 1, da UrlG é austríaca e/ou que a maioria dos trabalhadores afetados pela contabilização limitada dos períodos de atividade cumpridos em entidades patronais anteriores, prevista no § 3, n.º 3, da UrlG, é nacional de outros Estados-Membros.

33. A este propósito, recordo que, para provar que uma regulamentação nacional cria, de facto, uma desigualdade de tratamento em razão da nacionalidade, não é necessário nem suficiente constatar que as pessoas beneficiadas por ela são na sua maioria nacionais ou que os prejudicados são na sua maioria não nacionais. Existem falhas importantes nessa lógica [26]. Como se explicou no n.º 24 das presentes conclusões, aquilo que nos deve interessar é a eventual existência de uma diferença entre a percentagem dos não nacionais suscetíveis de ser negativamente afetados pela UrlG, por referência à percentagem dos nacionais que o podem ser. Ora, essa diferença está, do meu ponto de vista, longe de, no presente caso, ser verosímil [27].

34. Contrariamente ao que afirma a Comissão, não se chega a uma conclusão diferente a partir da jurisprudência do Tribunal de Justiça segundo a qual, para que uma medida possa ser qualificada de indiretamente discriminatória, não é necessário que tenha o efeito de favorecer todos os nacionais ou de apenas desfavorecer os nacionais dos outros Estados-Membros, com exclusão dos nacionais [28].

35. Com efeito, essa jurisprudência não é de qualquer utilidade num processo como o principal. A referida jurisprudência apenas indica que, *quando uma regulamentação nacional é suscetível de afetar mais o grupo dos não nacionais do que o grupo dos nacionais*, o facto de uma determinada percentagem destes últimos ser igualmente afetada não obsta a que se conclua pela existência de uma

24 A comissão de trabalhadores alega aliás que, segundo uma sondagem, só 13% dos trabalhadores nos Estados-Membros da União em média nunca mudaram de emprego, enquanto 60 a 66% mudaram de emprego entre uma e cinco vezes, o que afeta especialmente os trabalhadores sazonais — como os empregados, neste caso, do setor do turismo — e confirma a incidência negativa, para os trabalhadores, das disposições controvertidas da UrlG. Ora, compreendo esta argumentação no sentido de que essas disposições prejudicam de facto *a maioria dos trabalhadores*, em especial os sazonais, *independentemente da respetiva nacionalidade*.

25 A este respeito, uma desigualdade de tratamento em razão da nacionalidade causada pelas nas normas da UrlG poderia eventualmente ser revelada através de estatísticas nacionais, que abrangessem um número suficiente de indivíduos, não fossem a expressão de fenómenos puramente fortuitos ou conjunturais e, de uma maneira geral, parecessem significativas [v., por analogia em matéria de discriminação em razão do sexo, Acórdão de 6 de abril de 2000, Jørgensen (C-226/98, EU:C:2000:191, n.º 33)]. Ora, as estatísticas apresentadas pelo Governo austríaco, nas suas observações escritas e na audiência, tendem, pelo contrário, a demonstrar o dinamismo do mercado de trabalho austríaco.

26 Esse raciocínio é distorcido, fundamentalmente, pela *ratio* desigual entre nacionais e não nacionais abrangidos, de facto, pela regulamentação em causa. Dado que há fundamentalmente mais trabalhadores austríacos abrangidos pela legislação social austríaca — na medida em que, com toda a lógica, o mercado de trabalho desse Estado-Membro é constituído sobretudo por Austríacos —, há naturalmente mais Austríacos do que estrangeiros a beneficiar da sexta semana de férias anuais remuneradas prevista na UrlG. V., por analogia, em matéria de discriminação em razão do sexo, Acórdão de 9 de fevereiro de 1999, Seymour-Smith e Perez (C-167/97, EU:C:1999:60, n.º 59), no qual Tribunal de Justiça especificou que os efeitos discriminatórios de uma medida devem ser apreciado comparando «por um lado, [as] *proporções respetivas* de trabalhadores que satisfazem e não satisfazem a condição de dois anos de emprego exigida pela regra contestada entre a mão de obra masculina e, por outro, […] as mesmas proporções em relação à mão de obra feminina. *Não basta tomar em consideração o número de pessoas afetadas pela medida, dado que este número depende do número de trabalhadores ativos no conjunto do Estado-Membro, bem como da repartição do trabalho entre trabalhadores masculinos e trabalhadores femininos nesse Estado-Membro*» (o sublinhado é meu).

27 De qualquer modo, embora possa aceitar que, em termos absolutos, a maioria dos trabalhadores que beneficiam da sexta semana de férias anuais remuneradas prevista no § 2, n.º 1, da UrlG é austríaca, tenho muitas dúvidas, pelas razões evocadas no n.º 31 das presentes conclusões, que a maioria dos que são negativamente afetados por essa lei seja nacional de outros Estados-Membros.

28 Acórdãos de 28 de junho de 2012, Erny (C-172/11, EU:C:2012:399, n.º 41); de 20 de junho de 2013, Giersch e o. (C-20/12, EU:C:2013:411, n.º 45); e de 5 de dezembro de 2013, SALK (C-514/12, EU:C:2013:799, n.º 27).

discriminação indireta em razão da nacionalidade. Em contrapartida, essa mesma jurisprudência não permite que se conclua pela existência de uma tal discriminação quando esteja em causa uma regulamentação que, como no presente caso, tenha *efeitos análogos nos nacionais e nos não nacionais* [29].

36. É certo que existe uma jurisprudência substancial do Tribunal de Justiça relativa ao cálculo da antiguidade na função pública dos Estados-Membros, para efeitos de progressão na carreira e dos benefícios remuneratórios que lhe estão habitualmente associados. De acordo com essa jurisprudência, as regulamentações nacionais que, na matéria, excluem em absoluto a contabilização dos períodos de serviço efetuados por um trabalhador na administração pública de outro Estado-Membro, ou que subordinam a contabilização desses períodos a condições mais rigorosas do que as aplicáveis aos períodos de serviço cumpridos na administração pública nacional, são indiretamente discriminatórias em razão da nacionalidade [30].

37. Contudo, embora as regulamentações em causa nesses processos anteriores se baseassem num critério de distinção — a antiguidade na função pública nacional — aparentemente similar àquele em que, no presente caso, se baseia a UrlG, essas regulamentações distinguiam-se, na realidade, desta lei na sua aplicação.

38. O Acórdão de 30 de setembro de 2003, Köbler [31] fornece, a este respeito, um exemplo eloquente. Nesse processo, estava em causa um subsídio de antiguidade concedido pelo Estado austríaco, enquanto entidade patronal, aos professores universitários que, nomeadamente, tivessem exercido essa profissão durante pelo menos quinze anos *numa qualquer universidade pública austríaca*. Como indicado pelo Tribunal de Justiça, esse subsídio recompensava os professores *de universidades austríacas* que continuavam a exercer a sua profissão *no território austríaco* em detrimento daqueles que exerciam essa profissão no território de outros Estados-Membros.

39. Essa regulamentação permitia, assim, uma grande mobilidade no interior de um grupo de empregadores nacionais diferentes [32]. Em contrapartida, a UrlG *só considera favoravelmente a antiguidade adquirida numa única e mesma entidade patronal* — a atual. Como se explicou no n.º 30 das presentes conclusões, essa lei trata a *mobilidade interna* no território nacional de forma tão rigorosa quanto a *mobilidade externa*: toda e qualquer alteração de empregador implica a aplicação do tratamento desfavorável.

40. Além disso, tal como o EurothermenResort Bad Schallerbach alegou na audiência, sem ser contestado quanto a esse aspeto, a entidade patronal não tem de ser, necessariamente, *um empregador austríaco*. O § 2, n.º 1, e o § 3, n.º 1, da UrlG nem sequer exigem que os períodos de atividade cumpridos no atual empregador *tenham sido em território nacional*. A este respeito, a recorrida no processo principal sustenta, aqui também sem ser contestada, que todos os períodos de atividade

29 Neste contexto, também não se pode sustentar, como faz a comissão de trabalhadores, que *todos* os trabalhadores não nacionais são prejudicados, enquanto só *alguns* trabalhadores nacionais o são, por mais numerosos que sejam. O caráter excessivo desta afirmação impõe-se de imediato. É verosímil que alguns nacionais de outros Estados-Membros, por exemplo alemães, comecem a sua carreira profissional na Áustria. Além disso, os trabalhadores que começaram a sua carreira noutro Estado-Membro e que entraram para o empregador atual com menos de cinco anos de experiência não serão desfavorecidos pelo limite previsto no § 3, n.º 3, da UrlG.

30 V., em especial, Acórdãos de 15 de janeiro de 1998, Schöning-Kougebetopoulou (C-15/96, EU:C:1998:3, n.º 22); de 12 de março de 1998, Comissão/Grécia (C-187/96, EU:C:1998:101, n.ºs 20 e 21); de 30 de novembro de 2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-195/98, EU:C:2000:655, n.ºs 41 a 44); de 30 de setembro de 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, n.ºs 70, 71 e 73); de 12 de maio de 2005, Comissão/Itália (C-278/03, EU:C:2005:281, n.º 18); de 26 de outubro de 2006, Comissão/Itália (C-371/04, EU:C:2006:668, n.º 18); e de 5 de dezembro de 2013, SALK (C-514/12, EU:C:2013:799, n.º 28).

31 C-224/01, EU:C:2003:513, n.ºs 73 e 85.

32 V. Acórdão 30 de setembro de 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, n.º 84). V. igualmente, sobre este aspeto, Acórdãos de 30 de novembro de 2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-195/98, EU:C:2000:655, n.º 49), e de 5 de dezembro de 2013, SALK (C-514/12, EU:C:2013:799, n.º 40). Com efeito, o Tribunal de Justiça considera que os diferentes estabelecimentos públicos e administrações de um Estado-Membro são entidades patronais juridicamente distintas.

passados por um trabalhador na mesma entidade patronal são tratados de forma idêntica, independentemente do lugar onde tenham sido cumpridos [33]. A única condição que, implícita e obviamente, acresce à da permanência num único e mesmo empregador é a de estar *sob a alçada do direito austríaco no momento da concessão da sexta semana*.

41. Imaginemos, assim, o caso de um trabalhador alemão que integra um estabelecimento de uma determinada empresa, situado na Alemanha, e que, passados vários anos de atividade, passa a integrar um estabelecimento dessa mesma empresa situado na Áustria, ficando, por esse facto, em princípio, abrangido pelo âmbito de aplicação do direito austríaco [34]. Para efeitos da concessão de uma sexta semana de férias nos termos das normas controvertidas da UrlG, os seus períodos de atividade cumpridos em território alemão seriam tratados de forma tão favorável quanto os cumpridos em território austríaco, *dado que estaria preenchida a condição relativa à identidade do empregador* [35].

42. A comissão de trabalhadores e a Comissão basearam-se, porém, no Acórdão SALK [36], o qual deve, na sua opinião, ser aplicado por analogia no presente processo. Recordo que esse acórdão tinha por objeto uma lei do *Land* de Salzburgo — ou seja, no essencial, uma regulamentação *regional* — que, para determinar a data de referência para efeitos da progressão na carreira dos funcionários de uma sociedade holding de três hospitais e de vários outros estabelecimentos situados nesse Land, distinguia consoante os funcionários tivessem trabalhado sempre para serviços pertencentes a esse Land ou para outras entidades patronais, nacionais ou estrangeiras. No que toca aos primeiros, os períodos de atividade eram sempre integralmente contabilizados, ao passo que, relativamente aos segundos, os períodos de atividade efetuados antes de integrarem esse mesmo Land só eram contabilizados em menor medida.

43. Ora, nesse processo, como no presente, podia razoavelmente sustentar-se que a mobilidade interna e a mobilidade externa eram tratadas de forma análoga. Isso não impediu o Tribunal de Justiça de considerar que existia uma discriminação indireta em razão da nacionalidade, transpondo os próprios precedentes sobre a antiguidade na função pública e evocando a jurisprudência constante do n.º 34 das presentes conclusões [37].

44. Tenho algumas reservas no que respeita ao Acórdão SALK [38]. Nesse processo, da mesma forma que os trabalhadores de outros Estados-Membros, também todos os trabalhadores austríacos que tiveram uma entidade patronal, pública ou privada, diversa do Land de Salzburgo eram prejudicados. Duvido que, na verdade, houvesse, nesse processo, discriminação indireta em razão da nacionalidade. Em meu entender, a transposição de jurisprudências relativas a regulamentações aplicáveis à escala nacional — tais como as relativas à antiguidade na função pública nacional — para regulamentações semelhantes

33 V., a contrario, processo que deu origem ao Acórdão de 10 de março de 2011, Casteels (C-379/09, EU:C:2011:131). Este processo era relativo a uma convenção coletiva que, para efeitos da atribuição de uma reforma complementar, contabilizava de forma diferente os períodos de atividade cumpridos por um trabalhador numa mesma entidade patronal, conforme esses períodos tivessem sido cumpridos num estabelecimento sito no estrangeiro ou num estabelecimento localizado no Estado-Membro em causa.

34 A este propósito, recordo que, se a lei aplicável ao contrato individual de trabalho não tiver sido escolhida pelas partes, o contrato é regulado pela lei do país em que ou, na sua falta, a partir do qual o trabalhador presta habitualmente o seu trabalho em execução do contrato. V. artigo 8.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e de Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) (JO 2008, L 177, p. 6).

35 Compete exclusivamente ao órgão jurisdicional de reenvio interpretar as normas da UrlG e verificar as alegações da EurothermenResort Bad Schallerbach. No entanto, mesmo admitindo que estas não se confirmam, o simples facto de a UrlG tratar rigorosamente da mesma maneira qualquer mudança de entidade patronal basta, em minha opinião, para concluir que não existe discriminação indireta.

36 Acórdão de 5 de dezembro de 2013 (C-514/12, EU:C:2013:799).

37 Acórdão de 5 de dezembro de 2013, SALK (C-514/12, EU:C:2013:799, n.º 31).

38 Acórdão de 5 de dezembro de 2013 (C-514/12, EU:C:2013:799).

aprovadas por autoridades locais ou regionais só pode ser feita com circunspeção. A título exemplificativo, embora seja verosímil que uma condição de residência, imposta a nível nacional, prejudique especialmente os nacionais de outros Estados-Membros, nada é menos certo quando essa condição é imposta por uma autoridade local [39].

45. No entanto, mesmo admitindo que o Tribunal de Justiça não pretenda pôr em causa esse acórdão, é sempre possível distingui-lo do presente processo. Com efeito, a regulamentação em causa no referido acórdão favorecia ainda um certo grau de mobilidade interna, pois um trabalhador desse Land podia mudar de emprego e continuar a beneficiar das regras favoráveis sobre o cálculo da antiguidade, mesmo que optasse por integrar outra empresa pública pertencente ao referido Land. As normas da UrlG distinguem-se, portanto, claramente da regulamentação em causa nesse mesmo acórdão.

46. Atento tudo o que precede, sou de opinião que uma legislação como a UrlG não estabelece qualquer desigualdade de tratamento, direta ou indireta, em razão da nacionalidade dos trabalhadores. Só assim não seria se fosse verosímil que os trabalhadores austríacos mudam sensivelmente menos de emprego do que os trabalhadores nacionais de outros Estados-Membros. Nada nos elementos de que dispõe o Tribunal de Justiça permite supô-lo.

C. Quanto à inexistência de um entrave à livre circulação dos trabalhadores, contrário ao artigo 45.º TFUE

47. De acordo com jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, o artigo 45.º TFUE não só proíbe as discriminações, diretas ou indiretas, em razão da nacionalidade, mas também as regulamentações nacionais que, embora aplicáveis independentemente da nacionalidade dos trabalhadores em causa, constituem entraves à livre circulação desses trabalhadores [40].

48. O artigo 45.º TFUE protege os trabalhadores de um Estado-Membro que pretendem integrar o mercado de trabalho de outro Estado-Membro, tanto em relação ao Estado-Membro de origem como ao Estado-Membro de acolhimento. Importa, portanto, no presente processo, determinar se normas como as da UrlG são suscetíveis de constituir um entrave «à entrada» dos trabalhadores nacionais de outros Estados-Membros no mercado austríaco (1) ou um entrave «à saída» dos trabalhadores austríacos do mercado nacional para o de outros Estados-Membros (2).

1. Quanto à inexistência de um entrave «à entrada»

49. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o artigo 45.º TFUE opõe-se a qualquer medida que, ainda que aplicável sem discriminação em razão da nacionalidade, *possa afetar ou tornar menos atrativo* o exercício, pelos nacionais da União, das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado FUE [41].

39 V., quanto a este aspeto, Conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs no processo Bickel e Franz (C-274/96, EU:C:1998:115, n.º 38): «[s]uponhamos, por exemplo, que, por força da regulamentação aplicável, as ruínas de Pompeia estão abertas gratuitamente, fora da estação, aos residentes de Nápoles e arredores. *Dificilmente poderá pretender-se que tal norma se aplica, especificamente, em detrimento dos cidadãos de outros Estados-Membros, uma vez que a grande maioria dos residentes italianos seria igualmente afetada*» (o sublinhado é meu). Assim, é lamentável que o Tribunal de Justiça tenha optado por uma interpretação oposta no seu Acórdão de 16 de janeiro de 2003, Comissão/Itália (C-388/01, EU:C:2003:30), ao considerar indiretamente discriminatórias em razão da nacionalidade diversas regulamentações, adotadas por coletividades territoriais, que previam a gratuidade dos museus locais para as pessoas residentes nos territórios sob a sua jurisdição. No n.º 14 desse acórdão, o Tribunal de Justiça rejeitou o argumento segundo o qual a grande maioria dos italianos corria o risco de ser desfavorecida da mesma forma que os não nacionais invocando, aqui mais uma vez, a jurisprudência exposta no n.º 34 das presentes conclusões.

40 V., designadamente, Acórdãos de 15 de dezembro de 1995, Bosman (C-415/93, EU:C:1995:463, n.º 96), e de 27 de janeiro de 2000, Graf (C-190/98, EU:C:2000:49, n.º 18).

41 V., designadamente, Acórdãos de 1 de abril de 2008, Gouvernement de la Communauté française e gouvernement wallon (C-212/06, EU:C:2008:178, n.º 45); de 10 de março de 2011, Casteels (C-379/09, EU:C:2011:131, n.º 22), e de 18 de julho de 2017, Erzberger (C-566/15, EU:C:2017:562, n.º 33).

50. Como a Diretiva 2003/88 só define normas mínimas no que respeita ao direito a férias anuais remuneradas reconhecido aos trabalhadores, continuam a existir disparidades entre Estados-Membros na matéria. No presente caso, as normas da UrlG podiam, no absoluto, tornar menos atrativa, aos olhos de um trabalhador, a ideia de prosseguir a sua carreira na Áustria caso o direito do trabalho do seu Estado-Membro de origem lhe atribua mais férias do que as referidas normas.

51. No entanto, o artigo 45.º TFUE não pode garantir a um trabalhador que uma deslocação para um Estado-Membro diferente do seu Estado-Membro de origem é neutra em matéria social, já que tal deslocação, atentas as disparidades referidas no número anterior, pode, consoante o caso, ser mais ou menos benéfica nesse plano para a pessoa em causa. Essa disposição não confere, portanto, ao referido trabalhador o direito de invocar, no Estado-Membro de acolhimento, as condições de trabalho de que beneficiava no Estado-Membro de origem ao abrigo da legislação nacional deste último Estado [42]. Apenas pode, em princípio, beneficiar das condições de trabalho aplicáveis aos trabalhadores nacionais, em conformidade com o princípio da igualdade de tratamento [43]. Se assim não fosse, qualquer legislação do Estado-Membro de acolhimento de um trabalhador que seja menos favorável do que a do seu Estado-Membro de origem constituiria um entrave à livre circulação desse trabalhador. Tal interpretação teria repercussões profundas nas legislações sociais dos Estados-Membros.

52. Por conseguinte, entendo que disposições como as da UrlG não podem constituir um entrave à entrada dos trabalhadores nacionais de outros Estados-Membros no mercado de trabalho austríaco.

2. Quanto à inexistência de um entrave «à saída»

53. Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que todas as disposições do Tratado FUE relativas à livre circulação de pessoas visam facilitar aos cidadãos da União o exercício de atividades profissionais de qualquer natureza no território da União e se opõem às medidas que possam desfavorecer esses cidadãos quando desejem exercer uma atividade económica no território de outro Estado-Membro. Neste contexto, os cidadãos dos Estados-Membros dispõem, em especial, do direito, que lhes é diretamente conferido pelo Tratado FUE, de saírem do seu país de origem a fim de se deslocarem para o território de outro Estado-Membro e de nele permanecerem para aí exercerem uma atividade económica [44].

54. Por conseguinte, disposições nacionais que *impeçam ou dissuadam* um cidadão de um Estado-Membro de sair do seu país de origem para exercer o seu direito à livre circulação constituem entraves a essa liberdade [45].

55. No presente caso, é incontestável qual as normas da UrlG não têm por efeito *impedir* os trabalhadores austríacos de prosseguir uma atividade assalariada noutros Estados-Membros. Trata-se, portanto, no máximo, de determinar se essas normas são suscetíveis de os *dissuadir* de o fazer.

42 Acórdão de 18 de julho de 2017, Erzberger (C-566/15, EU:C:2017:562, n.ºs 34 e 35).

43 V., neste sentido, Conclusões do advogado-geral N. Fennelly no processo Graf (C-190/98, EU:C:1999:423, n.º 32): «Em situações normais, o trabalhador migrante deve aceitar o mercado de trabalho nacional tal como o encontra». V., igualmente, as Conclusões que apresentei no processo (C-566/15, EU:C:2017:347, n.ºs 74 a 78).

44 Acórdãos de 15 de dezembro de 1995, Bosman (C-415/93, EU:C:1995:463, n.ºs 94 e 95), e de 1 de abril de 2008, Gouvernement de la Communauté française e gouvernement wallon (C-212/06, EU:C:2008:178, n.º 44).

45 Acórdãos de 15 de dezembro de 1995, Bosman (C-415/93, EU:C:1995:463, n.º 96); de 16 de março de 2010, Olympique Lyonnais (C-325/08, EU:C:2010:143, n.º 34); e de 5 de dezembro de 2013, SALK (C-514/12, EU:C:2013:799, n.º 30).

56. Na medida em que as normas da UrlG subordinam a concessão de uma sexta semana de férias anuais remuneradas à permanência ao serviço de uma mesma entidade patronal durante um certo número de anos, incitam fatalmente os trabalhadores a não deixarem a sua entidade patronal atual. Não considero, no entanto, que essas normas sejam de natureza a dissuadir os trabalhadores austríacos de exercer a sua liberdade de circulação.

57. A este respeito, o facto de um trabalhador mudar de entidade patronal não implica a perda de um *direito adquirido* [46]. Ao trocar a sua entidade patronal por outra, incluindo noutro Estado-Membro, um trabalhador mais não faz do que *romper a continuidade da antiguidade exigida* para obter essa sexta semana e, assim, *diminuir as suas hipóteses de obter essa vantagem*.

58. Mesmo admitindo que um trabalhador prefira continuar na sua entidade patronal atual para adquirir a antiguidade necessária, nos termos da UrlG, para beneficiar de uma sexta semana de férias adicional [47], em vez de ir exercer uma atividade assalariada numa entidade patronal de outro Estado-Membro, onde a legislação em matéria de férias é menos generosa, isso não constituiria uma restrição contrária ao artigo 45.º TFUE, pelas razões evocadas no n.º 51 das presentes conclusões: esta disposição só pode garantir a um trabalhador que a deslocação para um Estado-Membro diferente do seu Estado de origem é neutra em matéria social. Não há entrave à livre circulação dos trabalhadores sempre que uma pessoa opta por continuar a trabalhar num determinado Estado-Membro, a fim de aí auferir de um benefício social, em vez de ir exercer a sua atividade num Estado-Membro onde a legislação lhe é menos favorável. A lógica inversa teria, aqui igualmente, repercussões profundas nas legislações sociais dos Estados-Membros.

59. A comissão de trabalhadores e a Comissão alegam, todavia, que as normas da UrlG são suscetíveis de dissuadir *os trabalhadores austríacos que ponderam deixar de trabalhar para a sua entidade patronal atual para ir trabalhar para uma entidade patronal de outro Estado-Membro, e que pretendem voltar em seguida a trabalhar para a sua entidade patronal inicial*, de exercer a sua liberdade de circulação. A este propósito, importa recordar que, nos termos do § 3, n.º 1, da UrlG, os períodos de atividade cumpridos por um trabalhador na mesma entidade patronal só são integralmente contabilizados *se não tiverem sido interrompidos por períodos superiores a 3 meses*. Assim, caso um trabalhador se demita da sua entidade patronal, vá prestar os seus serviços a outra entidade patronal — estrangeira ou nacional — e reintegre em seguida o seu emprego inicial, os períodos de atividade cumpridos antes da sua demissão só seriam considerados, à semelhança dos cumpridos na segunda entidade patronal, até ao limite dos cinco anos previstos no § 3, n.º 3, da UrlG.

46 O presente processo distingue-se assim da jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de segurança social, em especial dos acórdãos de 21 de janeiro de 2016, Comissão/Chipre (C-515/14, EU:C:2016:30), e de 13 de julho de 2016, Pöpperl (C-187/15, EU:C:2016:550). Nos processos que deram origem a esses acórdãos, um funcionário que se demitisse da função pública nacional e fosse trabalhar para outra entidade patronal, inclusive de outro Estado-Membro, perdia um benefício para o qual pagara quotizações e que podia, portanto, ser considerado adquirido. Não é o que se passa no presente caso. Além disso, enquanto os direitos em matéria de segurança social são potencialmente *exportáveis*, o mesmo não acontece no que respeita ao direito a férias anuais remuneradas.

47 É provável que a importância que um trabalhador atribui a esta consideração, pesando os prós e os contras de uma demissão ou de uma partida para o estrangeiro, seja, de um modo geral, particularmente diminuta. É verdade que isso dependerá da idade do trabalhador em causa e dos anos de atividade já passados ao serviço da sua entidade patronal atual, consoante esse trabalhador esteja mais ou menos próximo dos 25 anos de antiguidade exigidos pelo § 2, n.º 1, da UrlG. Todavia, o risco de perder essa vantagem parece, de qualquer modo, ser um dado bem derrisório comparativamente com as dúvidas existenciais que poderá sentir um trabalhador que pondere abandonar o seu Estado-Membro de origem para tentar a sua sorte além-fronteiras.

60. Não obstante, como observa acertadamente o órgão jurisdicional de reenvio, tal argumentação baseia-se num conjunto de circunstâncias demasiado aleatórias e indiretas para que a UrlG constitua um entrave à livre circulação dos trabalhadores, contrário ao artigo 45.º TFUE [48].

61. A este respeito, é verdade que no seu Acórdão Köbler [49], o Tribunal de Justiça considerou que uma regulamentação nacional que não prevê, para efeitos da concessão de um subsídio de antiguidade na função pública, a contabilização dos períodos de atividade efetuados noutro Estado-Membro é suscetível de dissuadir os trabalhadores do Estado-Membro em questão de exercerem a sua liberdade de circulação, dado que, *quando retornassem à função pública do referido Estado*, a sua experiência profissional pertinente adquirida noutro Estado-Membro não seria valorizada. O Tribunal de Justiça adotou uma interpretação similar no Acórdão SALK, em que estavam em causa trabalhadores empregados pelos serviços públicos do Land de Salzburgo *que desejavam reintegrar esses serviços após terem exercido a sua liberdade de circulação*.

62. Todavia, não estou certo, mais uma vez, de que a lógica dessa jurisprudência relativa à função pública seja transponível para o presente processo. A este propósito, o Governo austríaco defende que a reintegração de um trabalhador do setor público no seu serviço de origem, após um período de destacamento numa administração de outro Estado-Membro ou de licença para adquirir experiência profissional noutra entidade patronal, pública ou privada, é uma prática corrente. Em contrapartida, é muito menos comum que um trabalhador do setor privado que mudou de entidade patronal reintegre a sua empresa inicial para aí prosseguir a sua carreira. Uma tal reintegração seria, para um trabalhador hesitante entre permanecer ao serviço da sua entidade patronal ou demitir-se, um acontecimento *aleatório e indireto*. Com efeito, essa hipotética reintegração dependeria da reunião de um certo número de condições independentes da vontade do trabalhador em causa, como a disponibilidade de um emprego quando do seu regresso e da opção da entidade patronal de o readmitir em vez de contratar outro. Esta argumentação é, do meu ponto de vista, absolutamente razoável.

63. Além disso, a jurisprudência existente do Tribunal de Justiça dizia respeito, recordo-o, à contabilização da antiguidade *para efeitos do cálculo da remuneração* dos trabalhadores na função pública. Nessa matéria, os efeitos da antiguidade fazem-se sentir imediatamente ou a curto prazo. Em contrapartida, no presente caso, mesmo admitindo que um trabalhador consiga voltar ao serviço da sua entidade patronal inicial após ter exercido a sua liberdade de circulação, a obtenção do direito à sexta semana de férias seria em todo o caso um *acontecimento mediato, a ocorrer num futuro em geral longínquo*, atendendo aos 25 anos de antiguidade exigidos para o efeito. Seria, portanto, necessário que o trabalhador em causa ficasse na sua entidade patronal o tempo necessário, o que dependerá, aqui também, de circunstâncias relativamente *aleatórias*, referentes tanto à vida pessoal do referido trabalhador — que poderia, por diferentes razões, decidir partir de novo — como à sua entidade patronal — que poderia romper a relação de trabalho por diversos motivos.

64. Atento o que precede, considero que as regras previstas na UrlG não constituem um entrave «à saída» dos trabalhadores austríacos para o mercado de trabalho de outros Estados-Membros.

48 V., neste sentido, Acórdão de 27 de janeiro de 2000, Graf (C-190/98, EU:C:2000:49, n.º 25). V. igualmente, por analogia, Acórdãos de 4 de outubro de 1991, Society for the Protection of Unborn Children Ireland (C-159/90, EU:C:1991:378, n.º 24); de 15 de junho de 2010, Comissão/Espanha (C-211/08, EU:C:2010:340, n.º 72); e de 12 de julho de 2012, SC Volksbank România (C-602/10, EU:C:2012:443, n.º 81). A questão do caráter demasiado aleatório e indireto de um acontecimento futuro para que a regulamentação nacional constitua um entrave à livre circulação dos trabalhadores não pode ser confundida com a da importância desse entrave, a propósito da qual o Tribunal de Justiça declarou que mesmo um entrave menor é proibido pelo artigo 45.º TFUE [v., neste sentido, Acórdãos de 13 de dezembro de 1989, Corsica Ferries (France) (C-49/89, EU:C:1989:649, n.º 8), e de 1 de abril de 2008, Gouvernement de la Communauté française e gouvernement wallon (C-212/06, EU:C:2008:178, n.º 52)]. Com efeito, a primeira questão respeita à influência — verosímil ou, pelo contrário, puramente hipotética e, portanto, inexistente — que essa regulamentação pode ter na escolha de um trabalhador exercer a sua liberdade de circulação, enquanto a segunda é relativa às consequências que essa regulamentação acarreta para os trabalhadores que exercerem essa liberdade.

49 Acórdão de 30 de setembro de 2003 (C-224/01, EU:C:2003:513, n.º 74).

D. A título subsidiário, quanto à existência de uma justificação objetiva

65. Numa preocupação de exaustividade e para o caso de o Tribunal de Justiça considerar que o § 2, n.º 1, e o § 3, n.os 1 a 3, da UrlG implicam uma desigualdade de tratamento indireta em razão da nacionalidade ou que essas disposições constituem um entrave à livre circulação dos trabalhadores, exporei, nos números seguintes, as razões pelas quais essas disposições me parecem, de qualquer modo, justificadas.

66. A este respeito, recordo que, em conformidade com jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, uma desigualdade de tratamento indiretamente em razão da nacionalidade não constitui uma discriminação proibida desde que seja objetivamente justificada e proporcionada ao objetivo prosseguido. Uma medida nacional que entrava a livre circulação dos trabalhadores também é compatível com o direito da União se satisfizer os mesmos requisitos.

67. No que respeita, no presente caso, à existência de uma justificação objetiva, o Governo austríaco defende que as disposições controvertidas da UrlG visam recompensar a fidelidade dos trabalhadores à sua entidade patronal.

68. O Tribunal de Justiça nunca admitiu formalmente que um objetivo de fidelização justifica uma desigualdade de tratamento indiretamente baseada na nacionalidade ou um entrave à livre circulação dos trabalhadores. Limitou-se a declarar, por diversas vezes, mas sempre com uma certa contenção, que «não [é] possível excluir» [50] que a fidelização possa constituir tal justificação, rejeitando que esse objetivo seja invocado no caso concreto [51].

69. Em minha opinião, um objetivo de fidelização pode efetivamente justificar uma desigualdade de tratamento em razão da nacionalidade ou um entrave contrários ao artigo 45.º TFUE. Com efeito, os objetivos legítimos de política social e de emprego prosseguidos pelos Estados-Membros devem, na minha opinião, ser considerados justificações admissíveis na matéria. Ora, na fase atual do direito da União, esses mesmos Estados-Membros dispõem de um *amplo poder de apreciação*, designadamente na *escolha dos objetivos que pretendem prosseguir no âmbito dessa política* [52]. Por conseguinte, não descortino nenhum obstáculo a que a fidelização seja considerada um objetivo legítimo desse tipo. Tal como a EurothermenResort Bad Schallerbach alega, a perenidade da sua relação de trabalho oferece uma certa segurança ao trabalhador. A Comissão também defendeu, não sem razão, que a fidelização dos trabalhadores é boa para a entidade patronal, que pode mais facilmente planear a sua atividade, dado estar segura da estabilidade dos seus efetivos.

70. No que respeita, em seguida, ao critério de proporcionalidade, importa recordar que o mesmo obriga a que a regulamentação em causa seja adequada a garantir a realização do objetivo em causa e não vá além do necessário para alcançar esse objetivo [53].

71. Ora, considero, por um lado, que as normas da UrlG são adequadas para alcançar o objetivo de fidelização aduzido. A este propósito, observo que, nos processos relativos à antiguidade dos trabalhadores na função pública que o Tribunal de Justiça teve de apreciar, as regulamentações controvertidas valorizavam e recompensavam a experiência profissional adquirida não numa única,

50 Acórdãos de 30 de setembro de 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, n.º 83), e de 5 de dezembro de 2013, SALK (C-514/12, EU:C:2013:799, n.º 38). V., igualmente, Despacho de 10 de março de 2005, Marhold (C-178/04, não publicado, EU:C:2005:164, n.º 34).

51 Acórdãos de 15 de janeiro de 1998, Schöning-Kougebetopoulou (C-15/96, EU:C:1998:3, n.os 26 e 27); de 30 de novembro de 2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-195/98, EU:C:2000:655, n.º 49); de 30 de setembro de 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, n.os 83 e 84); e de 5 de dezembro de 2013, SALK (C-514/12, EU:C:2013:799, n.º 38).

52 V., relativamente ao artigo 45.º TFUE, Acórdão de 13 de dezembro de 2012, Caves Krier Frères (C-379/11, EU:C:2012:798, n.º 51). V., igualmente, relativamente a outros domínios do direito da União, Acórdãos de 22 de novembro de 2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709, n.º 63); de 11 de janeiro de 2007, ITC (C-208/05, EU:C:2007:16, n.º 39); e de 16 de outubro de 2007, Palacios de la Villa (C-411/05, EU:C:2007:604, n.º 68).

53 V., designadamente, Acórdão de 5 de dezembro de 2013, SALK (C-514/12, EU:C:2013:799, n.º 36 e jurisprudência aí indicada).

mas numa pluralidade de entidades patronais [54]. Face a esse facto, o Tribunal de Justiça considerou que essas regulamentações *não eram adequadas* à consecução desse objetivo [55]. Tratava-se, em suma, de «falsos» prémios de fidelidade. Em contrapartida, como se indicou ao longo destas conclusões, as normas da UrlG apenas recompensam, no essencial, a antiguidade adquirida *numa única e mesma entidade patronal*. A sexta semana de férias anuais remuneradas prevista no § 2, n.º 1, da UrlG constitui portanto um «verdadeiro» prémio de fidelidade [56].

72. A comissão de trabalhadores defende, no entanto, que as normas da UrlG não permitem alcançar esse objetivo de fidelização, uma vez que os trabalhadores com a antiguidade necessária para beneficiar da sexta semana de férias anuais remuneradas prevista no § 2, n.º 1, da UrlG são, de facto, pouco numerosos. Por outro lado, as normas da UrlG não protegem os trabalhadores contra um eventual despedimento antes da obtenção dessa antiguidade. Além disso, era possível considerar melhores medidas de fidelização.

73. Não obstante, o amplo poder de apreciação de que beneficiam os Estados-Membros, de acordo com a jurisprudência evocada no n.º 69 das presentes conclusões, abrange também a *definição das medidas suscetíveis de realizar os objetivos de política social e de emprego pretendidos*. Assim, no âmbito da análise do caráter adequado de uma legislação como a UrlG, o Tribunal de Justiça não tem que verificar se esta *é o melhor meio de assegurar a fidelidade dos trabalhadores*. Basta que seja *apta a contribuir para essa fidelidade*. Ora, em meu entender, é isso o que se passa.

74. Por outro lado, quanto à necessidade das normas da UrlG face ao objetivo de fidelização prosseguido, parece-me que a ampla margem de apreciação reconhecida aos Estados-Membros também aqui tem um papel a desempenhar. Em especial, não cabe ao Tribunal de Justiça determinar o que constitui uma antiguidade meritória, sob pena de se substituir ao legislador nacional. Do mesmo modo, também aqui, o simples facto de existirem outros métodos para recompensar a fidelidade, sem dúvida aplicados noutros Estados-Membros, não basta para que se considere que as normas da UrlG são desproporcionadas [57].

75. Penso que também importa ter em mente, para efeitos da apreciação da necessidade das normas da UrlG, que estas concedem um *benefício* aos trabalhadores que excede aquilo a que a Diretiva 2003/88 obriga. Os que não beneficiam da sexta semana de férias anuais remuneradas prevista no § 2, n.º 1, da UrlG podem sempre gozar mais uma semana de férias do que o nível mínimo de quatro semanas garantido por essa diretiva.

76. Por outro lado, contrariamente ao que sustenta a Comissão, as disposições controvertidas não impedem de forma alguma uma entidade patronal de recompensar a fidelidade dos seus trabalhadores de outro modo. A EurothermenResort Bad Schallerbach referiu, sem que sobre isto fosse contestada, que no ordenamento jurídico austríaco existem muitas outras medidas destinadas para esse efeito.

54 Com efeito, o Tribunal de Justiça considera que os diferentes estabelecimentos públicos e administrações de um Estado-Membro constituem empregadores distintos. V. nota 32 das presentes conclusões e jurisprudência aí referida.

55 Acórdãos de 30 de setembro de 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, n.º 84), e de 5 de dezembro de 2013, SALK (C-514/12, EU:C:2013:799, n.º 38). Em determinados processos mais antigos, o Tribunal de Justiça chegou mesmo a declarar que as medidas em causa não *visavam realmente alcançar o objetivo de fidelização invocado* [v. Acórdãos de 15 de janeiro de 1998, Schöning-Kougebetopoulou (C-15/96, EU:C:1998:3, n.º 26), e de 30 de novembro de 2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-195/98, EU:C:2000:655, n.º 49)].

56 É, portanto, absolutamente lógico que, no sistema da UrlG, os períodos de atividade cumpridos em anteriores entidades patronais só sejam contabilizados de forma marginal, já que esses períodos não são comparáveis aos passados com a atual entidade patronal na perspetiva do objetivo de fidelização prosseguido. No absoluto, os períodos de atividade em anteriores entidades patronais não deveriam ser contabilizados de todo. Porém, em meu entender, a contabilização desses períodos até ao limite de cinco anos, conforme prevista no § 3, n.ºs 2 e 3, da UrlG, apenas visa atenuar o rigor da regra dos 25 anos de antiguidade e contribui, assim, para a proporcionalidade desta regra.

57 V., por analogia em matéria de livre circulação de serviços, Acórdão de 10 de maio de 1995, Alpine Investments (C-384/93, EU:C:1995:126, n.º 51), e Conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs no processo Alpine Investments (C-384/93, EU:C:1995:15, n.º 88).

Além disso, essa sociedade e o Governo austríaco sustentaram que os parceiros sociais e as entidades patronais individualmente, ao nível da sua empresa, podem ir além das disposições da UrlG, subordinando, por exemplo, a concessão de uma sexta semana de férias anuais remuneradas a uma menor antiguidade, o que a própria Comissão admitiu na audiência.

77. Por último, a referida medida não produz o efeito de compartimentação do mercado de emprego nacional descrito no Acórdão Köbler [58]. A este propósito, recordo que, nesse acórdão, o Tribunal de Justiça considerou que, ao recompensar a experiência profissional adquirida unicamente nas universidades públicas austríacas, o subsídio de antiguidade em causa podia assim ter consequências sobre a escolha feita por estes professores entre um emprego numa universidade austríaca e um emprego na universidade de outro Estado-Membro, provocando assim uma compartimentação do mercado nacional do emprego contrária ao próprio princípio da livre circulação dos trabalhadores — o que contribuía para o caráter injustificável dessa regulamentação [59]. Em contrapartida, no caso em apreço, como um trabalhador rompe com a continuidade da sua antiguidade, para efeitos da concessão de uma sexta semana de férias anuais remuneradas, quer passe a integrar uma entidade patronal nacional quer uma entidade patronal de outro Estado-Membro, as normas da UrlG não têm por efeito orientá-lo na sua escolha entre um emprego numa empresa austríaca ou um emprego numa empresa de outro Estado-Membro [60].

78. Atento tudo o que precede, sou de opinião que disposições como o § 2, n.º 1, e o § 3, n.º 1, da UrlG são justificadas e proporcionadas.

V. Conclusão

79. Tendo em atenção o conjunto das considerações que precedem, proponho ao Tribunal de Justiça que responda da seguinte forma à questão colocada pelo Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal, Áustria):

O artigo 45.º, n.ºs 1 e 2, TFUE e o artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento (UE) n.º 492/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2011, relativo à livre circulação dos trabalhadores na União, devem ser interpretados no sentido de que se não opõem a uma legislação nacional, como a em causa no processo principal, por força da qual um trabalhador que totalize 25 anos de serviço, mas que não os tenha cumprido na mesma entidade patronal, tem apenas direito a cinco semanas de férias por ano, ao passo que um trabalhador que tenha cumprido 25 anos de serviço junto da mesma entidade patronal austríaca tem direito a seis semanas de férias por ano.

58 Acórdão de 30 de setembro de 2003, C-224/01, EU:C:2003:513.

59 Acórdão de 30 de setembro de 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, n.ºs 85 e 86).

60 É verdade que a fidelização será sempre, em certa medida, contrária à lógica das liberdades de circulação garantidas pelo Tratado FUE. Um prémio de fidelidade recompensa o imobilismo quando essas liberdades favorecem o movimento. Isto não é, no entanto, incompatível com o direito da União. Este direito não se opõe às relações estáveis e perenes, sejam elas profissionais ou pessoais.