

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
WALTER VAN GERVEN

apresentadas em 7 de Junho de 1994 *

*Senhor Presidente,
Senhores Juizes,*

Contexto do processo C-57/93, Vroege

1. O Tribunal de Justiça foi convidado nos presentes processos, que se situam na era «post-Barber», a especificar as consequências do acórdão Barber¹ relativamente aos trabalhadores femininos inscritos num regime complementar de pensões que trabalham a tempo parcial. É também a primeira vez que se coloca a questão de interpretação do «protocolo *ad* artigo 119.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia», anexo ao Tratado CE pelo Tratado da União Europeia (a seguir «protocolo Barber»). O texto desse protocolo é o seguinte:

«Para efeitos de aplicação do artigo 119.º, as prestações ao abrigo de um regime profissional de segurança social não serão consideradas remuneração se e na medida em que puderem corresponder a períodos de trabalho anteriores a 17 de Maio de 1990, excepto no que se refere aos trabalhadores ou às pessoas a seu cargo que tenham, antes dessa data, intentado uma acção judicial ou apresentado uma reclamação equivalente nos termos da legislação nacional aplicável.»

2. A. Vroege trabalha desde 1 de Maio de 1975 a tempo parcial, 25,9 horas por semana, no NCIV Instituut voor Volkshuisvesting BV (a seguir «NCIV»). O seu contrato de trabalho é regido pelas disposições da convenção colectiva de trabalho do NCIV. Essa convenção colectiva dispõe nomeadamente que, nos termos das disposições do regime de pensão que lhe foi declarado aplicável, o trabalhador tem direito a uma pensão de invalidez, a uma pensão de reforma e a uma pensão para viúva e órfãos. Antes de 1 de Janeiro de 1991, o regulamento da pensão previa que apenas podiam ser inscritos no regime os trabalhadores masculinos e os trabalhadores femininos solteiros, com contrato de trabalho de duração indeterminada e trabalhando durante, pelo menos, 80% do horário de trabalho completo. Tendo sempre trabalhado menos de 80% do horário completo, A. Vroege não pôde obter direito à pensão antes de 1 de Janeiro de 1991 com fundamento no antigo regulamento da pensão.

3. Em 1 de Janeiro de 1991, entrou em vigor um novo regulamento da pensão, que prevê que se podem inscrever os trabalhadores de ambos os sexos que tenham pelo menos 25 anos e que prestem pelo menos 25% do tempo normal de trabalho em vigor no

* Língua original: neerlandês.

1 — Acórdão de 17 de Maio de 1990 (C-262/88, Colect., p. I-1889).

empregador. Uma disposição transitória prevê que os trabalhadores femininos que não estavam inscritos antes de 1 de Janeiro de 1991 têm a possibilidade, a partir dessa data, de adquirir anos suplementares de inscrição, na condição de terem atingido a idade de 50 anos em 31 de Dezembro de 1990, sendo o número de anos que podem ser adquiridos limitado ao número de anos decorridos entre a data em que a pessoa inscrita atingiu a idade de 50 anos e 1 de Janeiro de 1991. Esta disposição transitória não é aplicável a A. Vroege que não tinha atingido 50 anos em 31 de Dezembro de 1990. Assim, só pôde começar a adquirir direitos à pensão a partir de 1 de Janeiro de 1991.

mentos sobre o direito comunitário, o Kantongerecht te Utrecht submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) É abrangido pelo direito à (igualdade) de remuneração consagrado no artigo 119.º do Tratado CEE o direito à sua aplicação num regime profissional de pensões?

4. A. Vroege sustentou no Kantongerecht te Utrecht que essa disposição transitória envolve uma discriminação incompatível com o artigo 119.º do Tratado CE. Em sua opinião, o princípio da igualdade de remuneração consagrado no artigo 119.º confere-lhe o direito a uma inscrição retroactiva a partir de 8 de Abril de 1976, data do acórdão Defrenne II².

2) Em caso de resposta afirmativa à questão anterior, é também aplicável a limitação no tempo que o Tribunal impôs no acórdão Barber a uma regulamentação em matéria de pensões como a considerada naquele processo ('contracted out schemes'), ao direito à inscrição no regime profissional de pensões como o examinado no presente processo?

5. Considerando que a solução do litígio necessita de um certo número de esclareci-

3) Deve a aplicação, se for caso disso, do princípio da igualdade de remuneração estabelecido no artigo 119.º do Tratado CEE ser sujeita a uma limitação no

2 — Acórdão de 8 de Abril de 1976 (43/75, Recueil, p. 455).

tempo relativamente aos direitos à inscrição num regime profissional de pensões que constituem o objecto do presente processo? Em caso afirmativo até que data?

Dezembro de 1971 tornou obrigatória a inscrição nesse regime profissional de pensões a todo o sector do comércio a retalho, nos termos do artigo 3.º da *Bedrijfspensioenwet*³. Até 1 de Janeiro de 1991, G. Fisscher não podia ser inscrita no regime de pensões do seu empregador, pelo facto de o respectivo regulamento excluir as mulheres casadas.

- 4) O protocolo relativo ao artigo 119.º do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia, anexo ao Tratado de Maastricht ('protocolo Barber'), e (a proposta de lei de alteração da) a disposição transitória III da proposta de lei 20890 de execução da quarta directiva, têm consequências para efeitos da tramitação do presente processo, cuja petição foi recebida na secretaria deste *Kantongerecht* em 11 de Novembro de 1991, tendo em conta o momento em que se apresentou o pedido?»

7. Esse regulamento foi modificado com efeitos a contar de 1 de Janeiro de 1991. G. Fisscher foi inscrita no regime de pensões e foi-lhe reconhecido um período de inscrição retroactivo de três anos. Em 16 de Julho de 1992, G. Fisscher accionou a *Voorhuis* e o *Bedrijfspensioenfonds* no *Kantongerecht* te Utrecht. Afirma que o antigo regulamento era incompatível, nomeadamente, com a artigo 119.º do Tratado CEE e pretende ter direito a ser inscrita no regime de pensões da *Voorhuis* com efeito retroactivo ou a obter uma solução equivalente. Considera que adquiriu os seus direitos à pensão a partir de 1 de Janeiro de 1978, data da sua entrada ao serviço, uma vez que, a partir do acórdão *Defrenne II*, o artigo 119.º tem ao mesmo tempo efeito directo e horizontal.

Contexto do processo C-128/93, Fisscher

6. De 1 de Janeiro de 1978 a 10 de Abril de 1992, G. C. Fisscher esteve ao serviço da *Voorhuis Hengelo BV* (a seguir «*Voorhuis*») nos termos de um contrato que prevê uma duração semanal de trabalho de 30 horas. As condições de trabalho aplicáveis na *Voorhuis* prevêem a inscrição no regime de pensões do *Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Detailhandel* (a seguir «*Bedrijfspensioenfonds*»). Como resulta do despacho de reenvio, um decreto do secretário de Estado de 9 de

8. O *Kantongerecht* te Utrecht considera que o direito comunitário contém imprecisiões

3 — Lei de 17 de Março de 1949 relativa à inscrição obrigatória num regime profissional de pensões, *Staatsblad*, J 121.

sões a este respeito e submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

pensões, como se se tratasse do empregador ⁴?

«1) O direito à (igualdade de) remuneração, previsto no artigo 119.º do Tratado CEE, abrange também o direito à inscrição num sistema de pensões, tal como o que está em causa no presente processo, que é obrigatório?

2) Em caso de resposta afirmativa à questão anterior, a limitação dos efeitos temporais estabelecida pelo Tribunal de Justiça no processo Barber relativamente a uma prestação decorrente de um seguro de pensão como o que foi objecto daquele processo ('contracted out schemes') é igualmente aplicável quanto ao direito de inscrição num sistema de pensões como o do presente processo, do qual a demandante foi excluída devido à sua condição de mulher casada?

3) Nos casos em que o sistema de pensões promovido por uma empresa foi imposto obrigatoriamente por lei, a entidade que executa e gere o sistema (o fundo de pensões) é obrigada a aplicar o princípio da igualdade de remunerações consagrado no artigo 119.º do Tratado CEE, de modo que o trabalhador que seja prejudicado pelo incumprimento desta norma possa invocar os seus direitos directamente perante o fundo de

4) Pressupondo que, por força do artigo 119.º do Tratado CEE, a demandante tem direito de inscrição no fundo de pensões a partir de uma data anterior a 1 de Janeiro de 1991, tal significa, além disso, que não está obrigada a pagar os prémios que devia ter pago se tivesse podido inscrever-se anteriormente no fundo de pensões?

5) É relevante o facto de a demandante não ter anteriormente agido a fim de fazer valer os direitos que pretende agora ver reconhecidos?

6) Para resolução do presente litígio, apresentado neste Kantongerecht através de petição datada de 16 de Julho de 1992, têm qualquer incidência o protocolo, anexo ao Tratado de Maastricht, relativo

⁴ — O Kantongerecht refere a propósito desta questão que não é competente para conhecer uma acção baseada na responsabilidade extracontratual porque o valor da acção ultrapassa os limites da sua competência. A única coisa que é importante quanto ao mérito é a questão de saber se a demandante tem o direito de accionar o Bedrijfspensioenfonds com base no seu contrato de trabalho.

ao artigo 119.º do Tratado CEE ('protocolo Barber') e (o projecto de lei de alteração) da disposição transitória III do projecto de lei 20890, de adaptação do ordenamento jurídico interno à quarta directiva?»

«o regime de pensões de empresa referido no litígio principal não constitui um regime de segurança social directamente regulado pela lei e, por isso, subtraído ao âmbito de aplicação do artigo 119.º, mas, pelo contrário, que as prestações concedidas aos empregados nos termos do regime em causa constituem uma regalia paga pela entidade patronal ao trabalhador em razão do emprego deste último, nos termos do segundo parágrafo do artigo 119.º»⁶.

O direito à inscrição nos regimes profissionais de pensões em causa releva do artigo 119.º do Tratado CE?

9. A primeira questão é idêntica nos dois processos: o direito à inscrição nos regimes profissionais de pensões em causa releva do âmbito de aplicação do artigo 119.º do Tratado CE? Sem prejuízo de um aspecto específico do processo Fisscher sobre o qual me debruçarei seguidamente (nos pontos 11 e 12), a resposta parece ser evidente se se tiver em conta o texto do acórdão que o Tribunal de Justiça proferiu no processo Bilka⁵. Esse processo era relativo a um regime profissional de pensões que tinha sido instituído por uma sociedade alemã que explora uma cadeia de grandes armazéns. Embora tivesse sido criado nos termos das disposições legais alemãs em vigor, esse regime profissional de pensões teve a sua origem num acordo celebrado entre o empregador e o conselho de empresa e tinha sido integrado no contrato de trabalho. Com base nesses elementos, o Tribunal de Justiça decidiu que:

10. Nesse mesmo acórdão, o Tribunal de Justiça respondeu à questão de saber se o facto do empregador em causa excluir os trabalhadores a tempo parcial do seu regime profissional de pensões era compatível com o artigo 119.º Resulta da resposta dada pelo Tribunal de Justiça que relevam do âmbito de aplicação do artigo 119.º não apenas o direito às prestações concedidas pelo regime profissional de pensões em causa mas também o direito à inscrição nesse regime:

«O artigo 119.º do Tratado é violado por uma sociedade de grandes armazéns que exclui os empregados a tempo parcial do regime de pensões de empresa quando esta medida abrange um número muito mais elevado de mulheres do que de homens, salvo se

⁵ — Acórdão de 13 de Maio de 1986 (170/84, Colect., p. 1607).

⁶ — Acórdão Bilka, n.º 22, confirmado pelo acórdão Barber, n.º 27.

a empresa provar que tal medida se explica por factores objectivamente justificados e estranhos a qualquer discriminação em razão do sexo»⁷.

11. No processo Vroege — em que a pensão de empresa faz parte das condições de trabalho regulamentadas pela convenção colectiva —, nenhuma das partes intervenientes põe em dúvida que o regime de pensões em causa deve ser considerado uma remuneração na acepção do artigo 119.º do Tratado CE. Em contrapartida, o processo Fisscher tem um elemento que lhe é peculiar, isto é, põe em causa um regime profissional de pensões que, como o Kantongerecht referiu na sua primeira questão, «é obrigatório». Aliás, foi devido a esse elemento que o Governo alemão, em especial, considerou nas suas observações escritas que o artigo 119.º não é aplicável no caso em apreço⁸. Contudo, o seu representante declarou na audiência que tendo em consideração o acórdão que o Tribunal de Justiça proferiu em 6 de Outubro de 1993 no processo Ten Oever,⁹ o Governo alemão também considerava que o artigo 119.º era aplicável ao vertente caso.

Com efeito, na medida em que era ainda possível existir uma pequena dúvida a este propósito, o acórdão Ten Oever dissipou-a. O regime profissional de pensões que está em causa no processo Fisscher tem efectivamente numerosas analogias com a pensão de

sobrevivência que estava em causa no processo Ten Oever. Em ambos os processos: i) está em causa um regime profissional de pensões ao qual a globalidade do sector profissional em causa deve obrigatoriamente ser inscrita nos termos da lei neerlandesa relativa às pensões de empresa; ii) o regime de pensões foi definido no âmbito de uma concertação colectiva do sector profissional em causa e não directamente fixado pela lei; iii) o regime de pensões é exclusivamente financiado pelos empregadores e/ou os trabalhadores sem a menor contribuição dos poderes públicos, e iv) não é aplicável a categorias gerais de trabalhadores mas apenas aos trabalhadores empregados em determinadas empresas, isto é, empresas de comércio a retalho. Assim, não há qualquer razão que conduza no processo Fisscher a uma conclusão diferente daquela a que o Tribunal de Justiça chegou no acórdão Ten Oever:

«Na ocorrência, resulta dos autos que as disposições do regime de pensões em causa não foram fixadas directamente pela lei, sendo o resultado de uma concertação entre parceiros sociais, tendo-se os poderes públicos limitado, a pedido das organizações patronais e sindicais consideradas representativas, a declarar um regime obrigatório para a globalidade do sector profissional.

Além disso, é indiscutível que este regime de pensões é exclusivamente financiado pelos

7 — Acórdão Bilka, n.º 31 e n.º 1 da parte decisória.

8 — Voorhuis e o Bedrijfspensioenfonds também expressaram dúvidas a esse propósito, mas por último conformaram-se com a decisão do Tribunal de Justiça.

9 — C-109/91, Colect. 1993, p. I-4879.

trabalhadores e empregadores do sector em causa, com a exclusão de qualquer intervenção financeira pública.

Daqui resulta que a pensão de sobrevivência controvertida releva do âmbito de aplicação do artigo 119.º do Tratado»¹⁰.

12. Embora o Kantongerecht não pergunte se há efectivamente também uma *violação* do artigo 119.º nos presentes processos, desejo acrescentar o seguinte para ser perfeitamente claro. Nos dois vertentes processos, e até que fosse modificado em 1 de Janeiro de 1991, o regulamento de pensões não permitia aos trabalhadores femininos casados inscreverem-se no regime. Até à mesma data, o regulamento de pensões NCIV que estava em causa no processo Vroege excluía, além disso, todos os trabalhadores que trabalhassem menos de 80% do horário normal de trabalho.

No que diz respeito à exclusão das mulheres casadas, dificilmente se pode negar que se trata de uma discriminação *directa* em razão do sexo, frequentemente declarada ilícita pelo Tribunal de Justiça nos processos relati-

vos à igualdade de tratamento¹¹. A exclusão cujo regime está em causa no processo Vroege que incide sobre os trabalhadores que trabalham menos de 80% do horário de trabalho normal, em contrapartida, só pode ser considerada uma discriminação *indirecta* ilícita se forem preenchidas as condições que estão enunciadas no acórdão Bilka e que citei acima, isto é, unicamente quando a medida incide sobre um número muito mais elevado de mulheres do que homens e quando não é explicada por qualquer factor objectivamente justificado. Em especial, é devido a essa última condição que não se pode — contrariamente ao que a Comissão pretendeu fazer nas suas observações escritas — concluir automaticamente pela violação do artigo 119.º do Tratado CEE. Nos termos do acórdão Bilka, pelo contrário, é ao juiz nacional que compete

«determinar se — e em que medida — os fundamentos apresentados por uma entidade

10 — Acórdão Ten Oever, n.º 10-12. V. igualmente as conclusões que apresentei em 28 de Abril de 1993 nos processos C-109/91, C-110/91, C-152/91 e C-200/91, Ten Oever e o., Colect., pp. I-4926 e I-4927, n.º 50.

11 — V., nomeadamente, acórdãos de 24 de Junho de 1986, Drake (150/85, Colect., p. 1995, n.º 34 e n.º 2 da parte decisória) (exclusão das mulheres casadas do benefício de uma prestação de segurança social na acepção da Directiva 79/7/CEE à qual os homens casados encontrando-se nas mesmas circunstâncias tinham direito); de 13 de Março de 1991, Cotter e McDermott (C-377/89, Colect., p. I-1155, n.º 22 e n.º 1 da parte decisória) (direito automático dos homens casados a um acréscimo das prestações de segurança social, ao passo que as mulheres casadas deviam preencher condições complementares), e de 11 de Julho de 1991, Verholen (C-87/90, C-88/90 e C-89/90, Colect., p. I-3757, n.º 30 e n.º 4 da parte decisória) (ilicitude, nos termos da Directiva 79/7, da manutenção de uma regulamentação nacional que excluía as mulheres casadas do direito a uma pensão de velhice). Em sentido contrário, o Tribunal de Justiça também decidiu que era incompatível com o princípio da igualdade de tratamento uma regulamentação que concedia benefícios às mulheres casadas (no caso concreto, equiparava-as às pessoas isentas das cotizações de segurança social), ao passo que recusava esses mesmos benefícios aos homens casados encontrando-se nas mesmas circunstâncias: v. acórdão de 21 de Novembro de 1990, Integrity (C-373/89, Colect., p. I-4243, n.º 15 e parte decisória).

patronal para explicar a adopção de uma prática salarial que se aplica independentemente do sexo do trabalhador, mas que atinge efectivamente mais mulheres do que homens, podem ser considerados como razões económicas objectivamente justificadas. Se o órgão jurisdicional nacional verificar que os meios escolhidos pela Bilka correspondem a uma verdadeira necessidade de empresa, são adequados para alcançar o objectivo prosseguido por esta e necessários para esse fim, a circunstância de as medidas em questão atingirem um número muito mais elevado de trabalhadores femininos do que trabalhadores masculinos não basta para se concluir que implicam uma violação do artigo 119.º»¹².

A restrição no tempo dos efeitos do acórdão Barber é válida também relativamente ao direito à inscrição num regime profissional de pensões?

13. A segunda questão também é idêntica nos dois processos: trata-se da questão de saber se a limitação no tempo à qual o Tribunal sujeitou os efeitos do acórdão Barber é também válida para o direito à inscrição num regime profissional de pensões. Devido à sua conexão, tratarei estas questões ao mesmo tempo que a terceira questão que foi colocada no processo Vroege que é a questão de

saber se, no que diz respeito aos direitos à inscrição num regime profissional de pensões, existe uma razão para restringir no tempo a aplicabilidade do artigo 119.º do Tratado CE.

As opiniões defendidas no Tribunal de Justiça divergem muito quanto a este aspecto. A. Vroege, G. Fisscher e a Comissão sustentam que a limitação no tempo dos efeitos do acórdão Barber não tem qualquer relação com a problemática agora em causa e que o acórdão Bilka é pura e simplesmente aplicável, o que tem por consequência que, os efeitos desse acórdão não sendo de modo algum limitados no tempo, o regulamento de pensões em causa está numa situação de incompatibilidade com o artigo 119.º do Tratado CE a partir de 8 de Abril de 1976, data do acórdão Defrenne II, até 1 de Janeiro de 1991, data em que foi alterado. A Comissão alega, nomeadamente, que a limitação temporal dada aos efeitos do acórdão Barber tem um carácter excepcional que só pode ser justificado por exigências da segurança jurídica e respeito da boa fé. Uma vez que não há qualquer dúvida, a partir do acórdão Bilka, que não admitir determinados trabalhadores nos regimes profissionais de pensões constitui uma violação do artigo 119.º e que a legislação comunitária nunca autorizou essa exclusão, os empregadores e as caixas de reforma já não se podem equivoocar quanto ao alcance exacto do princípio da igualdade de remuneração. A. Vroege e G. Fisscher acrescentam a isto que existe uma diferença fundamental entre o processo Barber e os seus: no processo Barber, tratava-se de uma discriminação resultante da fixação de uma idade de reforma diferente para os

12 — Acórdão Bilka, n.º 36.

trabalhadores masculinos e para os trabalhadores femininos, ao passo que nos presentes processos trata-se de uma discriminação baseada na condição jurídica de mulher casada e no exercício de um trabalho a tempo parcial. O carácter inabitual de uma limitação do tempo dos efeitos de um acórdão implica necessariamente, na opinião delas, que essa limitação só é válida para situações factuais idênticas.

14. A. Voorhuis, o *Bedrijfspensioenfonds* bem como os Governos belga e do Reino Unido consideram, em contrapartida, que a limitação no tempo dos efeitos do acórdão Barber deve também intervir nos presentes processos. Os seus argumentos resumem-se no seguinte modo. Em primeiro lugar, a legislação comunitária desenvolveu-se paralelamente à jurisprudência do Tribunal de Justiça e, até ao acórdão Barber, deixava pressupor que o artigo 119.º não era aplicável aos regimes profissionais de pensões. Esta situação criava pelo menos uma situação incerta. Em segundo lugar, na falta de uma limitação no tempo dos efeitos do acórdão Barber, empregadores e caixas de reforma encontravam-se confrontados com encargos financeiros praticamente insuportáveis, uma vez que seriam então obrigados a admitir no regime profissional de pensões, com efeitos retroactivos de vários anos (podendo mesmo remontar até ao acórdão Defrenne II), pessoas que tinham sido excluídas até então desse benefício. Em terceiro lugar, o Governo belga sustenta que o acórdão Barber, com os termos nitidamente mais gerais que o Tribunal de Justiça aí utilizou, tem um alcance mais amplo que o acórdão Bilka, de modo que a limitação no tempo dos efeitos

do acórdão Barber deve também aplicar-se nos vertentes processos. As demandadas no processo principal acrescentam que era necessário admitir que as conclusões do acórdão Bilka são válidas em relação a todos os regimes profissionais de pensões, e que o raciocínio que o Tribunal de Justiça utilizou no acórdão Barber para justificar a limitação no tempo dos seus efeitos, isto é, os argumentos relativos à confiança legítima e à boa fé, não é exacto. Por último, as demandadas no processo principal observam ainda que o facto de G. Fisscher só ter apresentado um pedido de inscrição no regime profissional de pensões em 27 de Abril de 1992, quer dizer, muitos anos depois dos acórdãos Defrenne II e Bilka, é significativo da falta de clareza que reinava nesse domínio.

O Governo alemão considera que nem o acórdão Barber nem os acórdãos Ten Oever, Moroni e Neath nem ainda o acórdão Colroll que o Tribunal de Justiça deve ainda pronunciar prejudicam uma eventual limitação no tempo que o Tribunal de Justiça pode decidir nos presentes casos. Em sua opinião, a questão de saber se o princípio da confiança legítima justifica uma limitação no tempo dos efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça deve ser apreciado caso a caso. Os despachos de reenvio não fornecem qualquer indicação sobre os custos que as empresas deveriam suportar se se permitisse aos assalariados a tempo parcial aceder retroactivamente aos regimes de pensão, o Governo alemão julga impossível apreciar nos presentes processos se estão preenchidos os critérios que o Tribunal de Justiça definiu para

que os efeitos dos acórdãos que profere possam ser limitados no tempo.

discriminatório, o Tribunal de Justiça declarou o seguinte:

15. Sem prejuízo das observações que se impõem, subscrevo a opinião defendida por A. Vroege, G. Fisscher e a Comissão. Para isso baseio-me no acórdão Moroni que o Tribunal de Justiça proferiu em 14 de Dezembro de 1993¹³ e no qual, em primeiro lugar, declarou claramente que o acórdão Barber, *incluindo* a restrição temporal que engloba, se aplica também aos regimes profissionais de pensões complementares, quer dizer, aos regimes de pensões privados diferentes dos regimes «contracted out» (convencionalmente excluídos) que estavam em causa no processo Barber. Depois de ter considerado, em primeiro lugar, que os critérios que tinha aplicado no acórdão Barber para determinar se os regimes contratualmente excluídos relevavam do âmbito de aplicação do artigo 119.º eram os mesmos que tinha aplicado na jurisprudência anterior (isto é, nos acórdãos Defrenne I¹⁴ e Bilka) para distinguir os regimes profissionais dos regimes legais de segurança social¹⁵ e depois de ter considerado, em segundo lugar, que a existência de idades para a reforma diferentes consoante o sexo que tinha sido sujeita à sua apreciação no processo Barber não é, de modo algum, uma característica específica dos regimes profissionais de pensões mas que este problema se coloca também noutros tipos de regimes profissionais em que existe o mesmo efeito

«Daqui resulta que os princípios enunciados no acórdão Barber não podem ser vistos como tendo um alcance limitado aos regimes profissionais complementares contratuais mas sim como dizendo igualmente respeito aos regimes complementares do tipo do que está em causa no processo principal»¹⁶.

No mesmo acórdão Moroni, o Tribunal de Justiça recordou em seguida o que tinha declarado no processo Bilka:

«No acórdão de 13 de Maio de 1986, Bilka-Kaufhaus (170/84, Colect., p.1607), que dizia precisamente respeito a um regime profissional alemão, o Tribunal de Justiça verificou que, embora adoptado em conformidade com as disposições previstas pela legislação nacional, o referido regime resulta de uma concertação entre o empregador e os representantes dos seus trabalhadores, é complementar do regime legal de segurança social e não beneficia de qualquer intervenção financeira pública. Um regime com tais características é, assim, abrangido pelo disposto no artigo 119.º do Tratado»¹⁷.

13 — C-110/91, Colect., p. I-6591.

14 — Acórdão de 25 de Maio de 1971 (80/70, Recueil, p. 445, n.ºs 7 e 8).

15 — Acórdão Moroni, n.ºs 13-15.

16 — Acórdão Moroni, n.º 17.

17 — Acórdão Moroni, n.º 15.

Em contrapartida, o Tribunal de Justiça acrescenta que no processo Barber,

acórdão aplica-se a todos os regimes profissionais de pensões, independentemente de se tratar de pensões complementares ou de pensões de substituição.

«tratava, pela primeira vez, a questão relativa à apreciação da desigualdade de tratamento resultante da fixação de idades de reforma diferentes consoante o sexo, face ao disposto no artigo 119.º»¹⁸.

16. No que diz respeito à relação que existe entre o acórdão Bilka e o acórdão Barber, eis agora o que se pode deduzir do acórdão Moroni. Por um lado, o acórdão Bilka tinha já dado uma resposta afirmativa à questão de saber se um regime profissional de pensões — de tipo complementar (no caso em apreço) ou de tipo convencionalmente excluído (como se demonstrou posteriormente) — releva, em determinadas condições, do disposto do artigo 119.º do Tratado, resposta afirmativa baseada em critérios, conhecidos desde o acórdão Defrenne I, que permitem delimitar a noção de «remuneração» em relação às medidas de segurança social¹⁹. Por outro lado, *foi necessário esperar* pelo acórdão Barber para que fosse tratada a questão da compatibilidade com o artigo 119.º da fixação de idades de reforma diferentes consoante o sexo nos regimes profissionais de pensões e, quanto a este aspecto, a limitação no tempo dos efeitos desse

É por esta razão que se impõe fazer a seguinte distinção. No acórdão Bilka, o Tribunal de Justiça declarou que, na medida em que preenchiam os critérios enunciados no acórdão Defrenne I, as *prestações* pagas nos termos de um regime profissional de pensões devem ser consideradas uma remuneração na acepção do artigo 119.º do Tratado CE e que *excluir* os trabalhadores a tempo parcial desse regime profissional de pensões pode, em determinadas condições, ser incompatível com essa disposição (v. os pontos 9 e 10, *supra*). O alcance do acórdão Bilka no entanto pára aqui. Dado que, tanto quanto ao primeiro ponto (isto é, que as prestações são uma remuneração) quer quanto ao segundo ponto (isto é, que a exclusão pode, em determinadas circunstâncias, constituir uma discriminação ilícita), o acórdão Bilka só desenvolveu a jurisprudência existente, o Tribunal de Justiça não julgou necessário incluir uma restrição dos seus efeitos no tempo. Em contrapartida, no acórdão Barber, o Tribunal de Justiça pronunciou-se pela primeira vez quanto à questão de saber se fixar uma *idade de reforma* diferente consoante o sexo nos dois regimes profissionais de pensões constitui uma discriminação ilícita. Quando respondeu afirmativamente a essa questão, pareceu-lhe necessário limitar os efeitos do seu acórdão no tempo porque i) a legislação comunitária autorizava derrogações relativamente à *idade da reforma*, derrogações que os Estados-membros e as partes interessadas podiam razoavelmente invocar em apoio da

18 — Acórdão Moroni, n.º 16.

19 — Nos n.ºs 16-18 do acórdão Bilka, o Tribunal de Justiça retomou os mesmos critérios do acórdão Defrenne I como ponto de partida para analisar a questão de saber se o regime profissional de pensões em causa era abrangido pelo disposto no artigo 119.º do Tratado. Aliás, o Tribunal de Justiça aplicou os mesmos critérios no processo Barber: v. os n.ºs 22-28 do acórdão que proferiu nesse processo.

sua interpretação restritiva²⁰ e porque ii) dotar o acórdão de efeitos retroactivos corria o risco de perturbar o equilíbrio financeiro de muitos regimes profissionais de pensões²¹, devido às suas características próprias e aos seus efeitos especiais²².

17. Resulta dos elementos precedentes que a limitação no tempo dos efeitos do acórdão Barber não se aplica no que diz respeito ao direito à *inscrição* num regime profissional de pensões do tipo complementar ou de substituição que, como é o caso dos vertentes processos, preenche os critérios enunciados no acórdão Defrenne I e no acórdão Bilka. Os argumentos aduzidos pela Voorhuis, pelo Bedrijfspensionfonds bem como pelos Governo belga e do Reino Unido nada podem mudar a essa consequência.

Em primeiro lugar, não estou convencido que o direito comunitário seja ambíguo relativamente à problemática que está no centro dos vertentes processos, isto é, a exclusão dos trabalhadores casados do sexo feminino

e/ou dos trabalhadores a tempo parcial do benefício de um regime profissional de pensões. No respeitante à legislação comunitária, nem a Directiva 79/7/CEE nem a Directiva 86/378/CEE contêm o menor elemento susceptível de sugerir que as mulheres casadas e os trabalhadores a tempo parcial podem ser excluídos de determinados regimes de pensões. Bem pelo contrário, porque como as duas directivas proíbem expressamente «qualquer discriminação em razão do sexo, quer directa, quer indirectamente por referência, nomeadamente, ao estado civil ou familiar», especialmente no que diz respeito às «condições de acesso aos regimes»²³, era claro desde o início que excluir as mulheres casadas do benefício de regimes de pensões ou excluir os trabalhadores a tempo parcial através de uma discriminação indirecta desprovida de qualquer justificação objectiva ultrapassava as derrogações autorizadas e era, deste modo, ilícito.

Também, em minha opinião, não se pode acusar a jurisprudência do Tribunal de Justiça de falta de clareza a propósito da questão que estamos a examinar. Tanto assim que do acórdão Worringham e Humphreys que o Tribunal de Justiça proferiu em 11 de Março de 1981²⁴, pode-se já deduzir que os regimes profissionais de pensões podem, em determinadas condições, ser abrangidos pelo disposto no artigo 119.º Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça declarou que uma cotização para o regime de reforma paga pelo empregador em nome dos empregados através de um

20 — V. o n.º 42 do acórdão Barber no qual o Tribunal de Justiça se refere ao artigo 7.º, n.º 1, da Directiva 79/7/CEE do Conselho, de 19 de Dezembro de 1978, relativa à realização progressiva do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social (JO 1979, L 6, p. 24; EE 05 F2 p. 174), bem como o artigo 9.º, início e alínea a), da Directiva 86/378/CEE do Conselho, de 24 de Julho de 1986, relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres aos regimes profissionais de segurança social (JO L 225, p. 40).

21 — Acórdão Barber, n.º 44.

22 — Sobre as características e esses efeitos financeiros, v. os acórdãos Ten Oever, já referido na nota 9, n.º 17 e 18; Moroni, já referido na nota 13, n.º 29 e 30; e de 22 de Dezembro de 1993, Neath (C-152/91, Colect., p. I-6935, n.º 14 e 15).

23 — Artigo 4.º, n.º 1, da Directiva 79/7 e artigo 5.º, n.º 1 da Directiva 86/378.

24 — 69/80, Recueil, p. 767.

montante complementar do salário bruto constitui uma «remuneração» na acepção do artigo 119.º do Tratado²⁵. De resto, também já não se podia duvidar, desde o acórdão Bilka, que os critérios definidos no acórdão Defrenne I são aplicáveis aos regimes profissionais de pensões de origem contratual (e nomeadamente aos regimes complementares).

No acórdão que proferiu em 31 de Março de 1981 no processo Jenkins²⁶, o Tribunal de Justiça tinha já referido claramente que as diferenças de remuneração entre os trabalhadores a tempo inteiro e os trabalhadores a tempo parcial colocavam problemas relativamente ao artigo 119.º do Tratado CE. Embora o Tribunal de Justiça tenha declarado nesse acórdão que pagar um salário horário inferior pelo trabalho a tempo parcial não constitui uma discriminação proibida pelo artigo 119.º, acrescentou o seguinte:

«Em contrapartida, se se afigurar que uma percentagem consideravelmente menor de trabalhadores femininos do que de trabalhadores masculinos efectua o número mínimo de horas de trabalho por semana que é exigido para poder ter direito ao salário horário pelo montante máximo, a desigualdade de remuneração é contrária ao artigo 119.º do Tratado quando, tendo em conta as dificuldades que têm os trabalhadores femininos para estarem em situação de efectuar esse

número mínimo de horas por semana, a prática salarial da empresa em questão não pode explicar-se por factores que excluam uma discriminação em razão do sexo»²⁷.

O Tribunal de Justiça desenvolveu esse critério no acórdão Bilka (v. os pontos 10 e 12, *supra*) para aplicá-lo seguidamente numa jurisprudência constante²⁸.

Assim, é necessário concluir que no respeitante à *problemática em causa no caso em apreço*, isto é, a inscrição num regime profissional de pensões, o direito comunitário não contém qualquer ambiguidade e que não há, deste modo, qualquer razão de repetir a respeito desta problemática uma limitação no tempo comparável à que o Tribunal de Justiça fez acompanhar os efeitos do acórdão Barber relativamente às diferenças na idade de admissão ao benefício da reforma²⁹. Sendo assim, não entendo por isso que a limitação no tempo dos efeitos do acórdão

27 — Acórdão Jenkins, n.º 13.

28 — V. acórdão Bilka, n.ºs 24-31 e 36. Para as aplicações posteriores desse critério a casos de remuneração desigual dos trabalhadores a tempo parcial, v. acórdãos de 13 de Julho de 1989, Rinner-Kühn (171/88, Colect., p. 2743, n.ºs 12-16); de 27 de Junho de 1990, Kowalska (C-33/89, Colect., p. I-2591, n.ºs 13-16); de 7 de Fevereiro de 1991, Nimz (C-184/89, Colect., p. I-297, n.ºs 12-15), e de 4 de Junho de 1992, Bötzel (C-360/90, Colect., p. I-3589, n.ºs 18 e 21-27)

29 — Comparar com o n.º 33 do acórdão Worringham e Humphreys, referido na nota 24, em que o Tribunal de Justiça recusou limitar os efeitos do seu acórdão no tempo, designadamente devido «(às) informações de que dispõem doravante os meios interessados quanto ao alcance dos artigos 119.º do Tratado, à luz nomeadamente da jurisprudência do Tribunal de Justiça proferida entretanto a este respeito».

25 — Acórdão Worringham, n.º 17 e n.º 1 da parte decisória.

26 — 96/80, Recueil 1981, p. 911.

Barber não seja eventualmente susceptível de se aplicar a outras situações (voltarei a este assunto nos pontos 24 e 25, *infra*).

18. Por outro lado, o segundo argumento aduzido pela Voorhuis, o Bedrijfspensioenfonds e os Governos belga e do Reino Unido, também não pode ser acolhido. Tratam-se de encargos financeiros qualificados de intransponíveis, que resultariam para os empregadores e as caixas de reforma se o direito de inscrição no regime em causa tivesse de ser reconhecido sem limitação no tempo (de resto, as alegações demonstraram que as partes não estão de acordo quanto ao montante desses encargos). Este argumento só seria convincente na hipótese de o Tribunal de Justiça responder afirmativamente à quarta questão apresentada pelo Kantongerecht no processo Fisscher, o que proporei *não* fazer (no ponto 31, *infra*). Aliás, esse argumento só poderia ser válido em presença da confiança legítima (*quod non*, como o demonstrei acima).

O significado do protocolo Barber para a problemática em causa

19. Em resposta à quarta questão que apresentou no processo Vroege e à sexta questão que apresentou no processo Fisscher, o Kantongerecht pretende que se precise se o protocolo Barber e o «projecto de lei relativo à

alteração do) artigo transitório III do projecto de lei 20890 destinado a implementar a quarta directiva» são relevantes para a apreciação que há que fazer nos presentes processos.

Quanto ao projecto de lei mencionado pelo juiz, não há necessidade de longos desenvolvimentos: é jurisprudência constante que não compete ao Tribunal de Justiça interpretar o direito nacional e apreciar os seus efeitos no âmbito do processo do artigo 177.º³⁰.

20. O mesmo não se passa quanto ao protocolo Barber (de que citei o texto no ponto 1, *supra*). Embora seja um facto que esse protocolo só faz parte integrante do Tratado CE³¹ a partir da entrada em vigor do Tratado da União Europeia em 1 de Novembro de 1993, e não estava, assim, ainda em vigor no momento dos factos do processo principal, isso não significa que o Tribunal de Justiça não possa ter em consideração esse protocolo no caso em apreço³². Com efeito, embora

30 — V. acórdão de 3 de Fevereiro de 1977, Benedetti (52/76, Recueil, p. 163, n.º 25).

31 — V. artigo 239.º do Tratado CE.

32 — Esta abordagem situa-se na linha da jurisprudência segundo a qual o Tribunal de Justiça não é competente para se pronunciar, no âmbito do processo do artigo 177.º do Tratado CE, sobre os actos que ainda não foram adoptados pelas instituições comunitárias: v., nomeadamente, acórdãos de 22 de Novembro de 1978, Matheus (93/78, Recueil, p. 2203, n.º 8), e de 16 de Julho de 1992, Lourenço Dias (C-343/90, Colect., p. I-4673, n.º 18).

resulte da jurisprudência do Tribunal de Justiça que, contrariamente às normas processuais, as novas normas de direito substantivo não se aplicam a litígios pendentes no momento da sua entrada em vigor³³, e isto de acordo com os princípios da segurança jurídica e da confiança legítima³⁴, todavia, a situação é diferente «na medida em que resultar claramente dos seus termos, finalidades ou economia que esse efeito deve... ser atribuído (a essas normas de direito substantivo)»³⁵. Tal é o caso, em minha opinião, de uma *norma declarativa* tal como a que figura no protocolo Barber³⁶ que tem por objectivo *interpretar* o conteúdo do artigo 119.º e a jurisprudência do Tribunal de Justiça, ou seja, o acórdão Barber (v. ponto 23, *infra*).

21. Examinemos, em primeiro lugar, as diferentes opiniões que foram defendidas perante o Tribunal de Justiça quanto ao significado do protocolo Barber relativamente aos presentes processos. A. Vroege e G. Fisscher, bem como o Governo alemão e a Comissão,

consideram essencialmente que apesar dos termos muito gerais em que está formulado, o protocolo Barber deve ser entendido em conjugação com o acórdão Barber e o objecto de litígio que dividia as partes nesse processo, ou seja, a questão da licitude de uma idade de *reforma diferente* consoante o sexo. Por esta razão o protocolo não pode ter por consequência que a limitação no tempo dos efeitos do artigo 119.º do Tratado CEE seja válida *para todos os tipos* de discriminação no domínio das pensões de empresa e, em especial, relativamente às discriminações no acesso dos trabalhadores a tempo parcial a esses regimes de pensão. Apesar disso, a Comissão acrescenta que à semelhança do limite no tempo dos efeitos do acórdão Barber, o protocolo é também válido relativamente aos casos em que a legislação comunitária induz os Estados-membros ou as outras partes interessadas em erro quanto ao alcance exacto do princípio da igualdade de remuneração dos homens e das mulheres.

33 — Acórdão de 12 de Novembro de 1981, Salumi II (212/80 a 217/80, Recueil, p. 2735, n.º 9), acórdão ainda recentemente confirmado pelo acórdão de 6 de Julho de 1993, CT Control (Roterão) e JCT Benelux (C-121/91 e C-122/91, Colect., p. I-3873, n.º 22).

34 — Acórdão Salumi II, n.º 10, no qual, a propósito dos princípios referidos enquanto fundamento do princípio da não retroactividade das normas jurídicas comunitárias, o Tribunal de Justiça refere-se aos dois acórdãos de 25 de Janeiro de 1979, Racke (98/78, Recueil, p. 69), e Decker (99/78, Recueil, p. 101). Comparar com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça em matéria de pauta aduaneira comum, jurisprudência segundo a qual a última alteração de uma norma comunitária não pode ter relevância, com efeitos retroactivos, sobre a interpretação da norma que estava anteriormente em vigor: acórdãos de 18 de Março de 1986, Ethicon (58/85, Colect., p. 1131, n.º 13), e de 22 de Dezembro de 1993, Lloyd Textil (C-304/92, Colect., p. I-7007, n.º 17).

35 — Acórdão Salumi II, n.º 9 (passagem entre parênteses acrescentada por mim); acórdão de 10 de Fevereiro de 1982, Bout (21/81, Recueil, p. 361, n.º 13), acórdão recentemente confirmado pelo acórdão de 15 de Julho de 1993, GruSa Fleisch (C-34/92, Colect., p. I-4147, n.º 22).

36 — V., as conclusões já referidas na nota 10, que apresentei nos processos Ten Oever, Moroni, Neath e Coloroll, Colect. 1993, pp. I-4910 e I-4911, ponto 23.

Segundo a Voorhuis, o Bedrijfspensioen-fonds e o Governo do Reino Unido, em contrapartida, a formulação lata do protocolo Barber indica sem qualquer dúvida que esse protocolo é válido em relação a *todos* os regimes profissionais de pensões e relativamente a *todas* as discriminações em razão do sexo que possam existir nesse domínio, incluindo as condições de acesso a esses regimes.

22. A minha opinião coincide em larga medida com a da Comissão. É claro de qualquer modo — como resulta com clareza da

data do protocolo Barber e das analogias entre a sua formulação e a formulação do acórdão Barber³⁷ — que é a aplicação que o Tribunal de Justiça tinha feito do artigo 119.º do Tratado CE nesse acórdão a propósito do problema de idades de reforma diferentes consoante o sexo e, mais particularmente, o facto de que a parte decisória do acórdão³⁸ permitia diferentes interpretações quanto aos efeitos desse acórdão no tempo que estiveram na origem da redacção desse protocolo. Nos Estados-membros em que os regimes profissionais de pensões têm uma longa tradição, isso deu origem a um certo número de questões prejudiciais relativamente ao alcance exacto dessa parte decisória. Em resposta a estas questões, o Tribunal de Justiça proferiu em 6 de Outubro de 1993 — precisamente antes da entrada em vigor do Tratado da União Europeia — o acórdão Ten Oever³⁹ no qual o Tribunal de Justiça fez a «precisão» seguinte:⁴⁰

«Por força do acórdão de 17 de Maio de 1990, C-262/88, Barber, o efeito directo do artigo 119.º do Tratado só pode ser invocado, a fim de exigir a igualdade de tratamento em matéria de pensões profissionais, em relação às prestações devidas ao abrigo de períodos de emprego posteriores a 17 de Maio de 1990, sem prejuízo da excepção prevista em favor dos trabalhadores ou dos seus sucessores que tenham, antes dessa data, intentado uma acção judicial ou apresentado,

nos termos do direito nacional aplicável, uma reclamação equivalente»⁴¹.

23. Assim, o protocolo Barber tem por finalidade e por objecto *precisar* os efeitos no tempo do acórdão Barber e não modificá-lo. Tendo em consideração o carácter declarativo do protocolo, o Tribunal de Justiça deve aplicá-lo às situações jurídicas surgidas antes da entrada em vigor do Tratado da União Europeia⁴².

Embora o alcance do protocolo deva, em princípio (como a restrição no tempo dos efeitos do acórdão Barber), ser limitado à problemática que estava no centro do acórdão Barber, isto é, a compatibilidade com o artigo 119.º do Tratado CEE da fixação de idades da reforma diferentes consoante o sexo, mesmo assim considero que deve, apesar disso, poder ser entendido de modo um pouco mais vasto.

24. Fundamento esta última afirmação no acórdão Ten Oever. Nesse processo, estavam

37 — Nomeadamente no que diz respeito à excepção feita pelo protocolo relativamente aos «trabalhadores ou às pessoas a seu cargo que tenham, antes dessa data, intentado uma acção judicial ou apresentado uma reclamação equivalente nos termos da legislação nacional aplicável», excepção que é repetida textualmente no n.º 5 da parte decisória do acórdão Barber.

38 — Acórdão Barber, n.º 5 da parte decisória.

39 — V. a referência na nota 9.

40 — Acórdão Ten Oever, n.º 19; v. igualmente acórdãos Moroni, n.º 31, e Neath, n.º 16.

41 — Acórdão Ten Oever, já referido na nota 9, n.º 2 da parte decisória; este acórdão foi depois confirmado pelos acórdãos Moroni, já referido na nota 13, n.º 3 da parte decisória, e Neath, já referido na nota 21, n.º 1 da parte decisória.

42 — Comparar o carácter declarativo dos acórdãos interpretativos proferidos pelo Tribunal de Justiça nos processos prejudiciais com base no artigo 177.º do Tratado CE: v. as referências citadas no ponto 13 das conclusões que apresentei em 28 de Abril de 1993 no processo Ten Oever, já referido na nota 9, *Collect.*, p. I-4903.

também em causa questões prejudiciais apresentadas ao Tribunal de Justiça pelo Kanton-gerecht te Utrecht a propósito, dessa vez, da aplicabilidade do artigo 119.º do Tratado CE a uma pensão de sobrevivência prevista em benefício de trabalhadores viúvos por um regime profissional de pensões. O Tribunal de Justiça respondeu afirmativamente à primeira questão (v. o ponto 11) e respondeu à segunda questão no sentido que recordei acima (no ponto 22). Contrariamente aquilo que tinha proposto nas minhas conclusões ⁴³ devido à excepção expressamente prevista pela Directiva 86/378 relativamente às pensões de sobrevivência, ⁴⁴ o Tribunal de Justiça definiu, para a aplicabilidade do artigo 119.º às pensões dos viúvos em causa, uma limitação no tempo a partir da data do acórdão Barber ⁴⁵ e não, como o tinha proposto, a partir da data do acórdão Ten Oever.

tiça está disposto a considerar que a limitação no tempo do acórdão Barber *se aplica igualmente* nos outros casos em que a Directiva 86/378 previu excepções à aplicação do princípio da igualdade de tratamento porque também nesses casos, como o Tribunal declarou no acórdão Barber,

«os Estados-membros e os sectores interessados podiam razoavelmente considerar que o artigo 119.º não se aplicava... e que as excepções ao princípio da igualdade entre trabalhadores masculinos e femininos continuavam a ser admitidas na matéria» ⁴⁷.

A única explicação que posso ver na escolha desse prazo ⁴⁶ é a de que o Tribunal de Jus-

43 — V. Colect. 1993, p. I-4927, ponto 51.

44 — O artigo 9.º, alínea b), da Directiva 86/378 permite aos Estados-membros adiar a aplicação obrigatória do princípio da igualdade de tratamento no que diz respeito às referidas pensões até que uma directiva imponha esse princípio nos regimes legais de segurança social.

45 — A escolha dessa data teve por resultado que, contrariamente ao que eu tinha proposto, Ten Oever que tinha proposto a sua acção nacional em 8 de Outubro de 1990, não podia invocar a aplicabilidade do artigo 119.º do Tratado CE relativamente ao período anterior ao acórdão Barber.

46 — Sem prejuízo, bem entendido, da possibilidade de o Tribunal de Justiça ter compreendido a segunda questão do Kanton-gerecht pura e simplesmente como uma questão sobre o alcance preciso da limitação no tempo dos efeitos do acórdão Barber, independentemente da problemática que estava no centro da causa principal. Essa explicação não pode ser totalmente excluída se se tiverem em consideração os termos utilizados pelo Tribunal de Justiça no n.º 15 do acórdão Ten Oever.

25. Resulta do que precede, em minha opinião, que o limite no tempo que o Tribunal de Justiça definiu no acórdão Barber, que é também o que figura no protocolo Barber, deve ser entendido no sentido de que *também é* válido para a problemática das diferenças em razão do sexo relativamente à idade de admissão ao benefício da reforma *como* para os casos a propósito dos quais os sectores interessados puderam razoavelmente pressupor até à data do acórdão Barber,

47 — Acórdão Barber, n.º 43.

tendo em consideração as excepções previstas pela Directiva 86/378, que as derrogações ou princípio da igualdade de tratamento continuavam a ser permitidas ⁴⁸. Pelo contrário, essa posição não fere em nada a validade do «acervo comunitário» que contém o acórdão Bilka ⁴⁹ e, portanto, também não modifica a inaplicabilidade da restrição no tempo dos efeitos do acórdão Barber, inaplicabilidade que não pode ser reivindicada para os processos agora em apreço dado que, como o referi (no ponto 17), a Directiva 86/378 não prevê *nenhuma* derrogação no respeitante à exclusão dos trabalhadores a tempo parcial e das mulheres casadas de certos regimes de pensões.

O organismo que gere um regime profissional de pensões é obrigado a aplicar o artigo 119.º do Tratado CE?

26. Em resposta à terceira questão que apresentou no processo Fisscher, o Kantongerecht te Utrecht deseja que se precise se

enquanto organismo que executa e gere o regime profissional de pensões, o Bedrijfspensioenfonds é obrigado a aplicar o princípio da igualdade de tratamento consagrado no artigo 119.º do Tratado CE e se o trabalhador que for prejudicado pelo incumprimento dessa norma pode accionar directamente o Bedrijfspensioenfonds como se se tratasse do empregador.

A. Fisscher, o Governo do Reino Unido e a Comissão pensam que é necessário responder afirmativamente a esta questão porque o artigo 119.º perderia uma grande parte do seu sentido se só pudesse ser invocado contra o empregador. Quanto a este aspecto, a Voorhuis e o Bedrijfspensioenfonds remetem para a decisão do Tribunal de Justiça, mas consideram, apesar disso, sem apoiar mais a sua opinião, que uma resposta afirmativa seria dificilmente compatível com o texto do artigo 119.º e daria origem a uma alteração profunda do direito processual neerlandês.

48 — V., no entanto, no sentido de um alcance mais geral do limite no tempo dos efeitos do acórdão Barber, as conclusões que o advogado-geral F. Jacobs apresentou em 27 de Abril de 1994 no processo C-7/93, Beune, Colect., p. I-4471, I-4474, n.º 58.

49 — No Tratado da União Europeia, as altas partes Contratantes confirmaram várias vezes o pleno respeito do «acervo comunitário». V. o artigo B, quinto travessão, do Tratado da União Europeia nos termos do qual a União tem por objectivo, nomeadamente, a manutenção da integralidade do acervo comunitário e o seu desenvolvimento; o artigo C nos termos do qual o quadro institucional da União respeita e desenvolve o acervo comunitário; e sobretudo o artigo M do Tratado da União Europeia — para a interpretação e aplicação do qual o Tribunal é competente por força do artigo L do Tratado da União Europeia — confirma que, sem prejuízo das disposições que alteram os Tratados comunitários e sem prejuízo das disposições finais do Tratado da União Europeia, nenhuma disposição deste Tratado afecta os Tratados que instituem as Comunidades Europeias nem os Tratados e actos subsequentes que os alteraram ou completaram.

27. Uma questão praticamente idêntica foi apresentada ao Tribunal de Justiça no processo Coloroll (em que se tratava da possibilidade de invocar o artigo 119.º contra os «trustees» de um regime profissional de pensões) ⁵⁰. Nas conclusões que apresentei em

50 — Questão ponto 1., 1) no processo C-200/91, Coloroll, acórdão de 28 de Setembro de 1994, Colect., p. I-4389.

28 de Abril de 1993 nesse processo, propus ao Tribunal de Justiça que respondesse afirmativamente a essa questão. Dado que nenhuma das partes que apresentaram observações nesse processo opôs, à concepção que defendi nas minhas conclusões, argumentos aos quais não tenha já respondido, parece-me útil remeter o Tribunal de Justiça para essas conclusões em que encontrará as razões que justificam essa resposta afirmativa ⁵¹.

29. Examinemos em primeiro lugar a quarta questão. Entre as partes interessadas que apresentaram observações, G. Fisscher é a única a invocar que não deve pagar. Em sua opinião, o direito fundamental à igualdade de remuneração implica que as mulheres que se encontram na sua situação devem poder inscrever-se num regime de pensões com efeito retroactivos sem serem confrontadas com obstáculos tais como o pagamento retroactivo de cotizações. O não pagamento das cotizações é uma medida necessária para remediar o atraso que penaliza as mulheres em matéria de pensões.

A existência de um direito retroactivo à inscrição num regime profissional de pensões envolve ou não a obrigação de pagar retroactivamente as cotizações?

28. Se se demonstrar que G. Fisscher tinha o direito de ser inscrita no regime profissional de pensões a partir de uma data anterior a 1 de Janeiro de 1991, isso significa também que não é obrigada a pagar as cotizações que deveria pagar se fosse admitida mais cedo nesse regime? O facto de não ter reagido mais cedo para obter o cumprimento dos direitos que invoca tem importância a este respeito? Este é o objecto das quarta e da quinta questões apresentadas pelo Kantongerecht no âmbito do processo Fisscher.

Segundo a Voorhuis, o Bedrijfspensioenfonds e a Comissão, em contrapartida, impor aos empregadores ou às caixas de pensões pagarem as cotizações dos trabalhadores femininos enquanto os trabalhadores masculinos devem pagar eles próprios as suas cotizações é incompatível com o artigo 119.º porque essa situação ocasionaria novas discriminações. O Governo do Reino Unido considera também que o direito comunitário não exige que os direitos que institui sejam protegidos de modo a ocasionar um enriquecimento sem causa. Na medida em que o artigo 119.º confere direitos a G. Fisscher sem restrições no tempo, o Governo do Reino Unido considera que no que diz respeito aos períodos de emprego relativamente aos quais não pagou cotizações, G. Fisscher tem direito i) a uma pensão completa na condição de pagar um montante igual ao total do valor capitalizado das cotizações que não

51 — Trata-se dos pontos 55 a 57 inclusive das conclusões: Colect. 1993, pp. I-4929. I-4930.

pagou no passado ou ii) a uma pensão diminuída do montante de cotizações que não pagou. Qualquer outra solução daria origem ao enriquecimento sem causa do trabalhador.

30. Também sou defensor dessa segunda opinião. É jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que o direito comunitário não impede o juiz nacional de aplicar o seu direito nacional e de velar no sentido de que a protecção dos direitos garantidos pela ordem jurídica comunitária não dê origem a um enriquecimento sem causa do interessado⁵². Os regimes profissionais de pensões envolvem manifestamente na base um «quid pro quo» que reside na relação indissolúvel entre a obrigação (do trabalhador e/ou do empregador) pagar as cotizações periódicas e o direito ao pagamento efectivo das prestações quando o trabalhador atinja uma determinada idade⁵³. Permitir que o restabelecimento dos direitos de vítimas de uma discriminação consiste em reconhecer-lhes o pleno direito a prestações sem terem de suportar a dívida das cotizações que constituem a contrapartida ocasionária, por outro lado, uma nova discriminação incompatível

52 — O Tribunal de Justiça confirmou esta opinião várias vezes nos processos relativos aos litígios fiscais. V., nomeadamente, acórdãos de 27 de Fevereiro de 1980, Just (68/79, Recueil, p. 501, n.ºs 26 e 27), de 27 de Março de 1980, Denkavit italiana (61/79, Recueil, p. 1205, n.º 26), e de 9 de Novembro de 1983, San Giorgio (199/82, Recueil, p. 3595, n.º 13). No acórdão Cotter e McDermott, que já citei na nota 11, o Tribunal de Justiça declarou a propósito de um litígio que opunha um particular a um Estado-membro que não tinha implementado o artigo 4.º, n.º 1, da Directiva 79/7 ou que não o tinha feito correctamente, que as autoridades nacionais não podem invocar a proibição do enriquecimento sem causa inserida na sua legislação nacional porque invocar essa proibição permitir-lhe-ia fundamentar o seu próprio comportamento ilegal para pôr em causa o pleno efeito do artigo 4.º, n.º 1, da directiva (n.ºs 21 e 26 do acórdão). Considero que à semelhança do acórdão Emmott (de que falarei no ponto 31), esse acórdão apenas diz respeito a situações «verticais».

53 — V. acórdãos Ten Oever, n.º 17, Moroni, n.º 29, e Neath, n.º 14.

com o princípio da igualdade de remuneração dos homens e das mulheres.

O direito comunitário não confere de modo nenhum a um trabalhador que foi vítima de uma discriminação ilícita (v. ponto 12, *supra*), o direito de obter prestações que não são compensadas pelo pagamento de cotizações. É ao juiz nacional que compete restabelecer os direitos desse trabalhador de modo apropriado deixando-se guiar a este respeito pelo princípio constante que o Tribunal de Justiça afirmou na sua jurisprudência relativa às discriminações em razão do sexo, ou seja que:

«os membros do grupo desfavorecido por essa discriminação devem ser tratados do mesmo modo e segundo o mesmo regime que os outros trabalhadores, *proporcionalmente ao seu tempo de trabalho*, regime este que, na falta de uma transposição correcta do artigo 119.º do Tratado CEE para o direito nacional, é o único sistema de referência válido»⁵⁴.

31. O alcance da quinta questão que o Kantongerecht apresentou no âmbito do processo Fisscher não me parece ser muito claro.

54 — Acórdão de 27 de Junho de 1990, Kowalska (C-33/89, Colect., p. I-2591, n.º 20 e n.º 2 da parte decisória), sublinhado meu.

Como G. Fisscher observou, pode significar duas coisas. Pode, em primeiro lugar, dizer respeito à oponibilidade *dos prazos de recurso* que o direito nacional estipula aos particulares que pretendem invocar direitos decorrentes do artigo 119.º do Tratado CE relativamente ao seu empregador e/ou regime profissional de pensões no qual está inscrito. Compartilho a opinião da Comissão no sentido de que o acórdão Emmott⁵⁵ invocado por G. Fisscher não tem qualquer valor de precedente utilizável no caso vertente. A jurisprudência do Tribunal de Justiça segundo a qual os prazos de recurso impostos pelo direito nacional são inoponíveis aos particulares que invoquem disposições do direito comunitário dotadas de efeito directo visam especificamente as situações «verticais», quer dizer, as situações em que o Estado-membro não cumpriu as suas obrigações comunitárias. Sendo esta jurisprudência baseada no princípio «venire contra factum proprium» ou «nemo auditur»,⁵⁶ co, mo justamente a Comissão o observou, no estágio actual da jurisprudência, não me parece nada apropriada a situações «horizontais» tais como as do caso em apreço. Estas situações são apenas sujeitas às condições «clássicas» que o Tribunal de Justiça definiu relativamente às normas processuais nacionais na ausência de uma regulamentação comunitária.

ria, isto é, que essas normas nacionais não podem ser menos favoráveis relativamente a recursos baseados no direito comunitário que as normas relativas aos recursos similares de natureza interna e que não podem tornar impossível, na prática, o exercício do direito comunitário⁵⁷.

A segunda maneira de compreender a quinta questão do Kantongerecht, é a de que ele pretendia que se precisasse se, tendo em conta a data em que recorreu a juízo (isto é, 16 de Julho de 1992, quando estava ao serviço da Voorhuis desde 1 de Janeiro de 1978), G. Fisscher pode ser considerada «desprovida» dos seus direitos. Se esse for efectivamente o alcance dessa questão, o Tribunal de Justiça deveria, em minha opinião, remeter para o direito nacional: a *prescrição de direitos* («rechtsverwerking») é, efectivamente, uma doutrina que se desenvolveu em determinados Estados-membros relativamente a certos litígios de direito privado ou de direito administrativo⁵⁸ e sobre a qual, sem prejuízo das condições que recordei acima, o direito comunitário é irrelevante.

55 — Acórdão de 25 de Julho de 1991, Emmott (C-208/90, Colect., p. I-4269). No n.º 24 desse acórdão, o Tribunal de Justiça declarou que «o direito comunitário obsta a que as autoridades competentes de um Estado-membro invoquem normas processuais nacionais relativas aos prazos no âmbito de um pedido de um particular perante os órgãos jurisdicionais nacionais no sentido de obter a protecção dos direitos que lhe são directamente conferidos pelo artigo 4.º, n.º 1, da Directiva 79/7, enquanto esse Estado não tiver transposto correctamente as disposições dessa directiva para a ordem jurídica interna». O Tribunal de Justiça precisou (ou antes, parece, restringiu) o alcance dessa jurisprudência no acórdão que proferiu em 27 de Outubro de 1993, Steenhorst-Neerings (C-338/91, Colect., p. I-5475). V., a este propósito Pijnacker Hordijk, E. H. «Emmott, en hoe verder?» *Nederlands Juristenblad*, 1994, p. 499.

56 — No respeitante aos fundamentos pelos quais um Estado-membro não pode opor aos particulares o incumprimento das obrigações que lhe incumbem por força do Tratado (no caso concreto a transposição de uma directiva), v. acórdão de 26 de Fevereiro de 1986, Marshall I (152/84, Colect., p. 723, n.º 47).

57 — V., no respeitante a essas condições, acórdãos de 16 de Dezembro de 1976, Rewe (33/76, Recueil, p. 1989, n.º 5 e 6), e Comet (45/76, Recueil, p. 2043, n.º 13 e 16, bem como os acórdãos citados na nota 52, Just, n.º 25; Denkavit italiana, n.º 25, San Giorgio, n.º 12; o acórdão Emmott citado na nota 55, n.º 16; para uma confirmação mais recente, v. acórdão de 1 de Abril de 1993, Lageder e o. (C-31/91 a C-44/91, Colect., p. I-1761, n.º 28).

58 — V. por exemplo, no respeitante ao direito neerlandês em causa no processo principal, Schoordijk, H. C. F.: *Rechtsverwerking*, Deventer, Kluwer, 1991, e Valk, W. L.: *Rechtsverwerking in drievoud*, Deventer, Kluwer, 1993.

Conclusão

32. Proponho ao Tribunal de Justiça que responda do seguinte modo às questões que lhe foram apresentadas pelo Kantongerecht te Utrecht:

Em ambos os processos:

- «1) O princípio da igualdade de remuneração consagrado no artigo 119.º do Tratado CE inclui também o direito de inscrição num regime profissional de pensões, como o regime em causa nos dois processos.

- 2) A limitação no tempo que o Tribunal de Justiça aplicou aos efeitos do acórdão que proferiu em 17 de Maio de 1990 no processo C-262/88, Barber, não se aplica ao direito de inscrição num regime profissional de pensões. O 'protocolo *ad* artigo 119.º do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia' não tem qualquer incidência nesta questão.»

No processo C-128/93, Fischer:

- «1) O trabalhador pode invocar o artigo 119.º do Tratado CE contra o organismo que põe em execução e gere o regime profissional de pensões.

- 2) O direito comunitário não se opõe a que o juiz nacional, fazendo aplicação do seu direito nacional, vele por que o restabelecimento dos direitos que são conferidos aos trabalhadores pelo artigo 119.º do Tratado CE não conduza a um enriquecimento sem causa do trabalhador em questão; em contrapartida, opõe-se a que esse restabelecimento provoque uma nova discriminação incompatível com o princípio da igualdade de remuneração entre homens e mulheres.

- 3) O direito comunitário não tem qualquer incidência na aplicação das normas nacionais que regulam os prazos do recurso ou as normas relativas à prescrição de direitos ('rechtsverwerking') nos litígios entre particulares, na medida em que essas normas não sejam menos favoráveis para os recursos baseados no direito comunitário do que as que dizem respeito a recursos similares de natureza interna e na medida em que não tornem impossível na prática o exercício de direitos comunitários.»