

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
17 de Junho de 1997 <sup>\*</sup>

No processo C-70/95,

que tem por objecto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 177.º do Tratado CE, pelo Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Itália), destinado a obter, no litígio pendente neste órgão jurisdicional entre

**Sodemare SA,**

**Anni Azzurri Holding SpA,**

**Anni Azzurri Rezzato Srl,**

sendo interveniente

**Fédération des maisons de repos privées de Belgique (Femarbel) ASBL,**

e

**Regione Lombardia,**

uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação dos artigos 3.º, alínea g), 5.º, 52.º, 58.º, 59.º, 85.º, 86.º, 90.º e 190.º do Tratado CE,

<sup>\*</sup> Língua do processo: italiano.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA,

composto por: G. C. Rodríguez Iglesias, presidente, G. F. Mancini, J. C. Moitinho de Almeida e L. Sevón, presidentes de secção, C. N. Kakouris, P. J. G. Kapteyn (relator), C. Gulmann, P. Jann, H. Ragnemalm, M. Wathelet e R. Schintgen, juízes,

advogado-geral: N. Fennelly,  
secretário: L. Hewlett, administradora,

vistas as observações escritas apresentadas:

- em representação da Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA e Anni Azzurri Rezzato Srl, por G. Conte, G. Giacomini, advogados no foro de Génova, e G. Tanzella, advogado no foro de Milão;
- em representação da Fédération des maisons de repos privées de Belgique (Femarbel) ASBL, por V. Tavormina, advogado no foro de Milão,
- em representação do Governo italiano, pelo professor U. Leanza, chefe do Serviço do Contencioso Diplomático do Ministério dos Negócios Estrangeiros, na qualidade de agente, assistido por D. Del Gaizo, avvocato dello Stato,
- em representação do Governo neerlandês, por J. G. Lammers, consultor jurídico em exercício, na qualidade de agente,
- em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por E. Traversa, membro do Serviço Jurídico, na qualidade de agente,

visto o relatório para audiência,

ouvidas as alegações da Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA e Anni Azzurri Rezzato Srl, do Governo italiano e da Comissão na audiência de 4 de Dezembro de 1996,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 6 de Fevereiro de 1997,

profere o presente

### Acórdão

- 1 Por despacho de 2 de Março de 1995, entrado na Secretaria do Tribunal de Justiça em 10 de Março seguinte, o Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia submeteu, nos termos do artigo 177.º do Tratado CE, cinco questões prejudiciais relativas à interpretação dos artigos 3.º, alínea g), 5.º, 52.º, 58.º, 59.º, 85.º, 86.º, 90.º e 190.º do Tratado CE.
- 2 Estas questões foram suscitadas no âmbito de um recurso interposto pela sociedade de direito luxemburguês Sodemare SA (a seguir «Sodemare») e por duas sociedades de direito italiano, a Anni Azzurri Holding SpA e Anni Azzurri Rezzato Srl, em que pedem, em primeiro lugar, que o Tribunal considere não aplicável o disposto no artigo 18.º, n.º 3, alínea a), da Legge regionale Lombardia n.º 39, de 11 de Abril de 1980, relativa à organização e funcionamento das unidades sanitárias locais (*Bollettino ufficiale della Regione Lombardia* n.º 15 de 11 de Abril de 1980, 3.º suplemento, a seguir «lei de 1980»), e, por consequência, anule a decisão n.º 2157, de 3 de Dezembro de 1993, da Regione Lombardia, que indeferiu o pedido das recorrentes de admissão ao regime de convenção para reembolso de prestações de segurança social de carácter sanitário e o parecer n.º 41 de 7 de Setembro de 1993, emitido pela unidade sócio-sanitária local. A Fédération des maisons de repos privées de Belgique interveio em apoio das três sociedades.

- 3 O decreto italiano de 8 de Agosto de 1985 (GURI n.º 191 de 14 de Agosto de 1985, p. 5727), diploma de orientação e coordenação das regiões e províncias autónomas em matéria de actividades de carácter sanitário ligadas à assistência social, faz uma distinção entre actividades de mera assistência social directa e actividades de assistência social de carácter sanitário. As primeiras abrangem, designadamente, as hospitalizações em estruturas protegidas extra-hospitalares que substituem na íntegra, mesmo temporariamente, a assistência familiar. Quanto às actividades de assistência social de carácter sanitário, destinam-se directa e predominantemente à protecção da saúde do cidadão através de intervenções em apoio da actividade sanitária preventiva, de cuidados e reeducação física e psíquica.
  
- 4 Nos termos do artigo 6.º do referido decreto, a noção de actividades de assistência social de carácter sanitário pode, nomeadamente, aplicar-se às hospitalizações em estruturas protegidas que têm como actividade principal ou exclusiva a prestação de cuidados a pessoas idosas doentes que não podem ser tratadas no domicílio. Quando a intervenção sanitária não pode ser separada da intervenção de assistência social, as regiões, no âmbito das disponibilidades financeiras do Fondo sanitario nazionale (fundo sanitário nacional), podem celebrar convenções com os organismos públicos ou, na sua falta, com organismos privados.
  
- 5 A Legge regionale Lombardia n.º 1, de 7 de Janeiro de 1986, relativa à reorganização e programação dos serviços de assistência social (*Bollettino ufficiale della Regione Lombardia* n.º 2 de 8 de Janeiro de 1986, 1.º suplemento, a seguir «lei de 1986»), regulamenta o sistema de serviços de assistência social no território da região da Lombardia. Por força desta lei, a realização deste sistema está atribuída às estruturas directamente geridas pelas autarquias e pelos organismos responsáveis dos serviços locais, bem como às estruturas que dependem de outros organismos públicos convencionados na acepção da lei de 1980. Do mesmo modo, os operadores privados que gerem estruturas que reúnam as condições previstas no artigo 18.º, n.º 3, da lei de 1980 participam na realização do sistema de assistência social.
  
- 6 Esta lei rege na Lombardia o regime de convenção com os organismos que gerem as unidades sócio-sanitárias locais (a seguir «USSL») para o fornecimento de

prestações de assistência social que incluam serviços de carácter sanitário. O artigo 18.º, n.º 2, da lei de 1980 prevê que os operadores privados que pretendam participar na programação e organização dos serviços das USSL devem obter da região, a seu pedido, um certificado de aptidão para a celebração de convenções com os organismos que gerem as USSL.

- 7 Nos termos do artigo 18.º, n.º 3, da lei de 1980, a aptidão para a celebração de convenções depende, designadamente, da ausência de fim lucrativo.
- 8 Nos termos do artigo 18.º, n.º 5, da lei de 1980, a posse do certificado de aptidão implica o direito de celebrar convenções com as USSL. O artigo 18.º, n.º 10, dispõe que as convenções regularão as relações financeiras entre o organismo público signatário e o operador privado, prevendo também a forma de reembolso de cada prestação com base em tabelas preestabelecidas, dentro dos limites fixados nos planos regionais de assistência social e que permitem, em qualquer hipótese, o reembolso dos custos reais.
- 9 Por outro lado, o artigo 50.º da lei de 1986 sujeita a gestão de uma residência tanto para pessoas idosas como para pessoas parcial ou totalmente dependentes à obtenção de uma autorização de funcionamento emitida pela província onde está situada a residência.
- 10 Resulta do processo que o plano regional de assistência social em vigor no momento dos factos em litígio no processo principal, tal como foi aprovado pelo Conselho Regional da Lombardia, impõe às residências para pessoas idosas que são admitidas ao regime de convenção normas mais estritas em matéria de pessoal do que as previstas para as residências excluídas do regime. A região financia os custos dos serviços de assistência social de carácter sanitário nas residências convencionadas até determinado montante máximo de reembolso por dia e por pensionista dependente, independentemente do seu eventual estado de necessidade.

- 11 A Sodemare constituiu uma sociedade de capital de direito italiano sob a designação Anni Azzurri Holding SpA. Esta sociedade, que controla inteiramente a Sodemare, detém a totalidade do capital social de diversas sociedades que exploram residências para idosos, entre as quais a sociedade designada Residenze Anni Azurri Rezzato Srl.
- 12 Em 3 de Dezembro de 1992, esta sociedade foi autorizada a gerir uma residência para idosos por decreto do presidente da Provincia di Brescia, em aplicação do artigo 50.º da lei de 1986. Em 29 de Abril de 1993, a mesma sociedade requereu ao Conselho Regional da Lombardia a sua admissão ao regime de convenção com os organismos das USSL, o que lhe permitiria beneficiar dos reembolsos pelas prestações de carácter sanitário que tem obrigatoriamente de fornecer aos pensionistas idosos dependentes.
- 13 Por decisão n.º 2157 de 3 de Dezembro de 1993, a Regione Lombardia, após parecer negativo da USSL, indeferiu o pedido de admissão ao regime de convenção, por não estar preenchida a condição de ausência de fim lucrativo prevista no artigo 18.º, n.º 3, alínea a), da lei de 1980.
- 14 O órgão jurisdicional de reenvio verificou que as recorrentes no processo principal, embora estando em actividade e sendo economicamente sãs, funcionam abaixo das suas reais possibilidades, na medida em que o número de camas ocupadas por pessoas idosas é sensivelmente inferior ao de lugares disponíveis nas suas residências.
- 15 Por outro lado, salientou que a disposição em litígio tem como efeito reservar o fornecimento das prestações de assistência social de carácter sanitário essencialmente às sociedades sem fim lucrativo. O facto de reservar os financiamentos públicos para estas sociedades tem como consequência obrigar os utentes dos serviços de uma sociedade com fim lucrativo a suportar um custo económico de que estariam isentos caso solicitassem a mesma prestação a uma sociedade sem fim lucrativo.

16 Foi nestas condições que o Tribunale amministrativo regionale decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões:

«1) Se, com base no artigo 190.º do Tratado CEE, se deve considerar ilegal em termos de direito comunitário uma norma nacional que, embora regulando matéria que releva “do âmbito de aplicação” dos tratados comunitários, não se encontra minimamente fundamentada, com a conseqüente não aplicação da norma nacional não fundamentada pelo órgão jurisdicional nacional apenas nos casos — como parece ser o em análise — em que a norma nacional cria uma situação de facto ambígua, na medida em que deixa os interessados num estado de incerteza quanto às suas possibilidades de recorrer ao direito comunitário?

[Trata-se de casos em que o Estado-Membro tinha a “obrigação” (que para a Corte costituzionale italiana é uma “obrigação precisa”, v. Corte costituzionale, ac. (4 de Julho), 11 de Julho de 1989, n.º 389: na fundamentação, n.º 4, último parágrafo) de eliminar do próprio ordenamento as disposições incompatíveis com o ordenamento comunitário (sobre essa obrigação de eliminação de normas, v. acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Março de 1988, Comissão/Itália, C-104/86, Colect., p. 1799). Esta obrigação já “por diversas vezes” foi referida pelo Tribunal de Justiça].

2) Se uma norma nacional que reserva (sem qualquer fundamento) para as “sociedades” sem fins lucrativos a prestação ou fornecimento de toda uma categoria de serviços importantes, também do ponto de vista financeiro, está em contração com o artigo 58.º do Tratado CEE, na parte em que prevê a *summa divisio* entre “sociedades que prossigam fins lucrativos” e “sociedades que não prossigam fins lucrativos”?

3) Se os artigos 52.º, 58.º e 59.º do Tratado são incompatíveis com uma legislação nacional que dificulta o exercício de uma actividade empresarial ao impor a uma empresa estabelecida num determinado Estado-Membro e que pretenda estabelecer-se noutro Estado-Membro na acepção do Tratado, a alternativa de exercer a mesma actividade de uma forma não económica — estruturando-se, nesse caso, sob uma das formas jurídicas taxativamente indicadas e que não são

as que permitem o estabelecimento — ou — caso pretenda exercer a actividade de uma forma económica — encarregando-se de prestações que deviam ficar a cargo do serviço de saúde pública?

- 4) Se o artigo 59.º do Tratado é compatível com uma legislação nacional que, através das regras estabelecidas pelo ordenamento interno, envia os utentes dos serviços de assistência — a quem o próprio ordenamento atribui a escolha da pessoa do prestador — exclusivamente para empresas que, apenas em função da sua estrutura jurídica, são reembolsadas pelo Estado dos custos dos cuidados de saúde que todas as empresas autorizadas são obrigadas a prestar ou fornecer, ou seja, por um lado, canaliza o pedido de serviços para determinados prestadores, e, por outro, priva o utente de uma verdadeira liberdade de escolha?
  
- 5) Se os artigos 3.º, alínea f), 5.º, 85.º e 86.º do Tratado, eventualmente conjugados com o artigo 90.º, são compatíveis com a legislação ora em causa que, através do mecanismo previsto pelo ordenamento interno, permite:
  - a) apenas às sociedades estruturadas sob determinada forma jurídica fornecer sem encargos para a empresa prestações que são acessórias dos serviços por si prestados contra-retribuição,
  
  - b) apresentar-se no mercado como uma categoria de empresas que, possuindo características qualitativas e quantitativas análogas, se apresentam aos utentes como uma entidade em larga medida unitária,
  
  - c) canalizar para as empresas a que se refere a alínea anterior o pedido de prestação dos serviços oferecidos no sector da assistência à terceira idade,
  
  - d) obrigar as empresas a fornecer, a seu custo, prestações acessórias dos serviços que prestam contra-retribuição,

- e) o surgimento de acordos que conduzem a impor às empresas que não participam a obrigação de à sua custa fornecerem prestações acessórias do serviço oferecido, repercutindo o custo sobre os utentes,
  
- f) impondo assim a obrigação de transferir para estes últimos o ónus económico dessas prestações, que seriam gratuitas se por acaso se servissem dos serviços das empresas que participam no acordo?»

### Quanto à primeira questão

- 17 Resulta do despacho de reenvio que a primeira questão respeita à obrigação de fundamentar uma regulamentação nacional de alcance geral, como a que está em causa no processo principal, que proíbe que as sociedades com fim lucrativo participem num sistema de assistência social através da celebração de convenções que conferem direito ao reembolso pelas autoridades públicas dos custos de serviços de assistência social de carácter sanitário.
  
- 18 O órgão jurisdicional de reenvio pretende, assim, no essencial, saber se o direito comunitário, designadamente o artigo 190.º do Tratado, coloca condições quanto à fundamentação de uma regulamentação nacional de alcance geral, abrangida no âmbito de aplicação do direito comunitário, quando essa regulamentação deixa os sujeitos de direito interessados num estado de incerteza quanto às possibilidades de invocarem o direito comunitário.

- 19 A este respeito, deve declarar-se que a obrigação de fundamentação consagrada no artigo 190.º do Tratado apenas respeita aos actos das instituições. É certo que o direito comunitário impõe a obrigação de fundamentar as decisões nacionais que afectem o exercício de um direito fundamental conferido pelo Tratado aos particulares (v., designadamente, acórdão de 15 de Outubro de 1987, Heylens e o., 222/86, Colect., p. 4097, n.ºs 14 a 17). Uma obrigação desse tipo, tendo em conta a sua finalidade, respeita apenas às decisões individuais relativas aos particulares e contra as quais os mesmos devem dispor de recurso judicial, mas não aos actos nacionais de alcance geral.
- 20 Deve, por isso, responder-se à primeira questão que o direito comunitário, e designadamente o artigo 190.º do Tratado, não estabelece condições quanto à fundamentação de uma regulamentação nacional de alcance geral abrangida pelo direito comunitário.

### Quanto às segunda, terceira, quarta e quinta questões

- 21 Com estas questões, o órgão jurisdicional de reenvio pretende, no essencial, saber se os artigos 3.º, alínea g), 5.º, 52.º, 58.º, 59.º, 85.º, 86.º e 90.º do Tratado se opõem a que um Estado-Membro permita apenas aos operadores privados que exercem uma actividade sem fim lucrativo participar na realização do seu sistema de assistência social através da celebração de convenções que conferem o direito ao reembolso pelas autoridades públicas dos custos de serviços de assistência social de carácter sanitário.
- 22 Dado que a participação dos operadores privados na realização do sistema de assistência social através das referidas convenções está subordinada à condição de não terem qualquer fim lucrativo, deve analisar-se esta condição (a seguir «condição de ausência de fim lucrativo») face às disposições do Tratado referidas pelo órgão jurisdicional de reenvio.

*Quanto aos artigos 52.º e 58.º do Tratado (segunda e terceira questões)*

- 23 As segunda e terceira questões referem-se à situação de uma sociedade com fim lucrativo, com sede no Luxemburgo, que constituiu uma ou mais sociedades com fim lucrativo em Itália, a fim de aí explorarem residências para idosos.
- 24 Dado que a sociedade luxemburguesa participa, de maneira estável e contínua, na vida económica em Itália, esta situação é abrangida, conseqüentemente, pelas disposições do capítulo relativo ao direito de estabelecimento, ou seja, dos artigos 52.º a 58.º do Tratado, e não pelo capítulo relativo à prestação de serviços (v., neste sentido, acórdãos de 21 de Junho de 1974, *Reyners*, 2/74, *Colect.*, p. 325, n.º 21, e de 30 de Novembro de 1995, *Gebhard*, C-55/94, *Colect.*, p. I-4165, n.º 25).
- 25 Quanto ao artigo 58.º do Tratado visto isoladamente (segunda questão), deve recordar-se que esta disposição tem por efeito, para os fins da aplicação do capítulo relativo ao direito de estabelecimento, equiparar às pessoas singulares nacionais dos Estados-Membros as sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-Membro que tenham a sede estatutária, a sua administração ou o principal estabelecimento no interior da Comunidade, excluindo do benefício deste capítulo as sociedades sem fim lucrativo (v. acórdão de 6 de Novembro de 1984, *Fearon*, 182/83, *Recueil*, p. 3677, n.º 8). Uma vez que esta disposição se limita a definir o âmbito de aplicação pessoal das disposições relativas ao direito de estabelecimento, a mesma não pode, enquanto tal, opor-se a uma legislação nacional como a que está em causa no processo principal.
- 26 Quanto ao artigo 52.º do Tratado, lido em conjugação com o artigo 58.º do Tratado (terceira questão), deve recordar-se que o direito de estabelecimento previsto nestas disposições é reconhecido tanto às pessoas singulares nacionais de um Estado-Membro da Comunidade como às pessoas colectivas na acepção do

artigo 58.º Compreende, sem prejuízo das excepções e condições previstas, o acesso no território de qualquer outro Estado-Membro a todo o tipo de actividades por conta própria e ao seu exercício, bem como a constituição e a gestão de empresas e a criação de agências, de sucursais ou de filiais (v. acórdão Gebhard, já referido, n.º 23).

- 27 A fim de apreciar a compatibilidade da condição da ausência de fim lucrativo com estas disposições do Tratado, deve, antes de mais, recordar-se que, como o Tribunal de Justiça já decidiu nos acórdãos de 7 de Fevereiro de 1984, Duphar e o. (238/82, Recueil, p. 523, n.º 16), e de 17 de Fevereiro de 1993, Poucet e Pistre (C-159/91 e C-160/91, Colect., p. I-637, n.º 6), o direito comunitário não prejudica a competência dos Estados-Membros para organizarem os seus sistemas de segurança social.
- 28 É importante verificar que a condição da ausência de fim lucrativo, referida no artigo 18.º, n.º 3, alínea a), da lei de 1980, se inscreve no quadro do sistema de assistência social, estabelecido pela lei de 1986, que tem, designadamente, por objectivo promover e salvaguardar a saúde das pessoas por meio do auxílio dos serviços de assistência social e sanitária e agir a favor de pessoas dependentes que não tenham família ou cuja família não possa cuidar delas, realizando ou favorecendo a sua inserção em famílias ou em meios comunitários adaptados.
- 29 Resulta do processo principal que este sistema de assistência social, cuja realização é, em princípio, confiada às autoridades públicas, se baseia no princípio da solidariedade, traduzido na circunstância de ser destinado prioritariamente à assistência dos que se encontram em estado de necessidade, devido à insuficiência dos rendimentos familiares, à ausência total ou parcial de autonomia ou ao risco de marginalização e, apenas em seguida, dentro dos limites decorrentes da capacidade das estruturas e dos recursos disponíveis, à assistência a outras pessoas, que, contudo, são obrigadas a suportar, na proporção da sua situação económica, os respectivos custos, segundo tabelas determinadas tendo em conta os rendimentos familiares.
- 30 No âmbito da lei de 1986, os organismos privados que reúnem as condições previstas no artigo 18.º, n.º 3, da lei de 1980, designadamente a condição da ausência

de fim lucrativo, e que são admitidos ao regime de convenção participam na realização do sistema de assistência social, concebido de modo a determinar a qualidade dos serviços a prestar aos destinatários da assistência, bem como o nível de reembolso dos custos de serviços fornecidos por esses organismos.

- 31 No entendimento do Governo italiano, a condição da ausência de fim lucrativo revela-se o meio mais coerente, tendo em conta as finalidades exclusivamente sociais do sistema em causa no processo principal. As opções efectuadas, em termos de organização e de fornecimento de assistência pelos operadores privados sem fim lucrativo, não são influenciadas pela exigência de obter lucros com a prestação de serviços, para que esses operadores prossigam prioritariamente finalidades sociais.
- 32 A este respeito, deve declarar-se que, no estado actual do direito comunitário, um Estado-Membro, no âmbito da sua competência para organizar o seu sistema de segurança social, pode considerar que um sistema de assistência social, como o em causa no processo principal, implica necessariamente, para serem alcançados os seus objectivos, que a admissão de operadores privados nesse sistema, na qualidade de prestadores de serviços de assistência social, dependa da condição de não terem fim lucrativo.
- 33 Por outro lado, a impossibilidade de as sociedades com fim lucrativo participarem automaticamente na realização de um sistema legal de assistência social de um Estado-Membro através da celebração de uma convenção que confere direito ao reembolso pelas autoridades públicas dos custos de serviços de assistência social de carácter sanitário não é susceptível de colocar as sociedades com fim lucrativo de outros Estados-Membros numa situação, de facto ou de direito, desvantajosa em relação às sociedades com fim lucrativo do Estado-Membro de estabelecimento.
- 34 Tendo em conta o que antecede, a condição da ausência de fim lucrativo não pode ser considerada contrária aos artigos 52.º e 58.º do Tratado.

- 35 Deve, assim, responder-se às segunda e terceira questões que os artigos 52.º e 58.º do Tratado não se opõem a que um Estado-Membro permita apenas aos operadores privados sem fim lucrativo a participação no seu sistema de assistência social através da celebração de convenções que conferem direito ao reembolso pelas autoridades públicas dos custos de serviços de assistência social de carácter sanitário.

*Quanto ao artigo 59.º do Tratado (quarta questão)*

- 36 As recorrentes no processo principal alegam que, dado que estão estabelecidas em Itália, prestam a partir deste Estado, nas suas casas de repouso, serviços de natureza essencialmente hoteleira a destinatários estabelecidos em outros Estados-Membros. Devido ao carácter transfronteiriço destas prestações de serviços, têm, por isso, o direito de invocar as disposições do Tratado em matéria de livre prestação de serviços para se oporem à legislação em causa.
- 37 A este respeito, deve recordar-se que o direito à livre prestação de serviços pode ser invocado por uma empresa relativamente ao Estado em que está estabelecida, quando os serviços são prestados a destinatários estabelecidos num outro Estado-Membro (acórdãos de 17 de Maio de 1994, *Corsica Ferries*, C-18/93, Colect., p. I-1783, n.º 30; de 14 de Julho de 1994, *Peralta*, C-379/92, Colect., p. I-3453, n.º 40, e de 10 de Maio de 1995, *Alpine Investments*, C-384/93, Colect., p. I-1141, n.º 30).
- 38 Em contrapartida, estas mesmas disposições não visam a situação do nacional de um Estado-Membro que se desloca para o território de um outro Estado-Membro e aí estabelece a sua residência principal, com o objectivo de beneficiar de prestações de serviços durante um período indeterminado (v. acórdão de 5 de Outubro de 1988, *Steymann*, 196/87, Colect., p. 6159, n.º 17). Efectivamente, estas disposi-

ções não podem aplicar-se às actividades em que todos os elementos se circunscrevem ao território de um único Estado-Membro (acórdãos de 18 de Março de 1980, Debauve e o., 52/79, Recueil, p. 833, n.º 9, e de 23 de Abril de 1991, Höfner e Elser, C-41/90, Colect., p. I-1979, n.º 37).

- 39 No caso concreto, há que verificar que os nacionais de outros Estados-Membros que se deslocam a Itália para permanecerem nas residências das recorrentes no processo principal pretendem beneficiar, a título permanente ou durante um período indeterminado, dos serviços prestados nas referidas residências. Efectivamente, conforme resulta do processo, é neste âmbito que as recorrentes no processo principal se propõem essencialmente acolher os seus pensionistas.
- 40 Deve, por isso, responder-se à quarta questão que o artigo 59.º do Tratado não visa a situação de uma sociedade que, estando estabelecida num Estado-Membro para aí explorar residências para idosos, presta serviços a pensionistas que, para esse efeito, permanecem nas mesmas residências a título permanente ou durante um período indeterminado.

*Quanto aos artigos 3.º, alínea g), 5.º, 85.º, 86.º e 90.º do Tratado (quinta questão)*

- 41 Deve recordar-se que, por si sós, os artigos 85.º e 86.º do Tratado dizem apenas respeito à actuação das empresas e não a medidas legislativas ou regulamentares dos Estados-Membros. Resulta, todavia, de jurisprudência constante que a conjugação dos artigos 85.º e 86.º com o artigo 5.º do Tratado impõe a proibição de os Estados-Membros tomarem ou manterem em vigor medidas, mesmo de natureza legislativa ou regulamentar, susceptíveis de eliminar o efeito útil das regras de concorrência aplicáveis às empresas (v., nomeadamente, acórdãos de 5 de Outubro de 1995, Centro Servizi Spediporto, C-96/94, Colect., p. I-2883, n.º 20, e de 17 de Outubro de 1995, DIP e o., C-140/94, C-141/94 e C-142/94, Colect., p. I-3257, n.º 14).

- 42 O Tribunal de Justiça já decidiu que existe violação dos artigos 5.º e 85.º quando um Estado-Membro impõe ou favorece a celebração de acordos contrários ao artigo 85.º ou reforça os seus efeitos, ou retira à sua própria regulamentação a sua natureza estatal, delegando em operadores económicos privados a responsabilidade de tomar decisões de intervenção de interesse económico (acórdãos Centro Servizi Spediporto, n.º 21, e DIP e o., n.º 15, já referidos).
- 43 Deve considerar-se que nenhum elemento do processo principal permite concluir que a regulamentação em causa tenha imposto ou favorecido a celebração de acordos desse tipo pelas empresas admitidas ao regime de convenção com as USSL ou que tenha reforçado os respectivos efeitos. Por outro lado, nada indica que, no âmbito dessa regulamentação, os poderes públicos tenham delegado as suas competências em operadores económicos privados.
- 44 Quanto aos artigos 3.º, alínea g), 5.º e 86.º do Tratado, só poderiam aplicar-se a uma regulamentação como a em causa no processo principal na hipótese de se provar que essa regulamentação confere a uma empresa uma situação de poderio económico que lhe dá o poder de obstar à manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em causa, ao proporcionar-lhe a possibilidade de comportamentos independentes, em medida apreciável, face aos seus concorrentes, aos seus clientes e, finalmente, aos consumidores (acórdãos Centro Servizi Spediporto, n.º 31, e DIP e o., n.º 24, já referidos).
- 45 O Tribunal de Justiça decidiu que o artigo 86.º do Tratado proíbe as práticas abusivas que resultem da exploração, por uma ou diversas empresas, de uma posição dominante no mercado comum, ou numa parte substancial deste, na medida em que o comércio entre Estados-Membros seja susceptível de ser afectado por essas práticas (acórdão de 27 de Abril de 1994, Almelo e o., C-393/92, Colect., p. I-1477, n.º 40).
- 46 Para concluir no sentido da existência de uma posição dominante colectiva seria necessário que as empresas em causa estivessem suficientemente ligadas entre si para adoptarem a mesma linha de actuação no mercado (acórdão Almelo e o., n.º 42, já referido).

- 47 No caso concreto, nada permite concluir que uma regulamentação nacional, como a em causa no processo principal, que subordina a celebração de convenções com as USSL que conferem direito ao reembolso de custos relativos à prestação de serviços de assistência social de carácter sanitário da condição de o operador privado não ter fim lucrativo confere às empresas individuais admitidas ao regime de convenção, uma posição dominante ou leva à criação de laços suficientemente significativos entre as mesmas que impliquem uma posição dominante colectiva.
- 48 Nestas circunstâncias, também não pode ser aplicado o artigo 86.º, conjugado com o artigo 90.º do Tratado.
- 49 Resulta das considerações que antecedem que os artigos 85.º e 86.º, conjugados com os artigos 3.º, alínea g), 5.º e 90.º do Tratado, não são aplicáveis a uma regulamentação nacional que permite apenas aos operadores privados sem fim lucrativo participarem na realização de um sistema de assistência social através da celebração de convenções que conferem direito ao reembolso pelas autoridades públicas dos custos de serviços de assistência social de carácter sanitário.

### Quanto às despesas

- 50 As despesas efectuadas pelos Governos italiano e neerlandês, bem como pela Comissão das Comunidades Europeias, que apresentaram observações ao Tribunal, não são reembolsáveis. Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional nacional, compete a este decidir quanto às despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA,

pronunciando-se sobre as questões submetidas pelo Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, por despacho de 2 de Março de 1995, declara:

- 1) O direito comunitário, e designadamente o artigo 190.º do Tratado CE, não estabelece condições quanto à fundamentação de uma regulamentação nacional de alcance geral abrangida pelo direito comunitário.
- 2) Os artigos 52.º e 58.º do Tratado CE não se opõem a que um Estado-Membro permita apenas aos operadores privados sem fim lucrativo participarem na realização do seu sistema de assistência social através da celebração de convenções que conferem direito ao reembolso pelas autoridades públicas dos custos de serviços de assistência social de carácter sanitário.
- 3) O artigo 59.º do Tratado CE não visa a situação de uma sociedade que, estando estabelecida num Estado-Membro para aí explorar residências para idosos, presta serviços a pensionistas que, para esse efeito, permanecem nas referidas residências a título permanente ou durante um período indeterminado.
- 4) Os artigos 85.º e 86.º, conjugados com os artigos 3.º, alínea g), 5.º e 90.º do Tratado CE, não são aplicáveis a uma regulamentação nacional que per-

mite apenas aos operadores privados sem fim lucrativo participarem na realização de um sistema de assistência social através da celebração de convenções que conferem direito ao reembolso pelas autoridades públicas dos custos de serviços de assistência social de carácter sanitário.

Rodríguez Iglesias

Mancini

Moitinho de Almeida

Sevón

Kakouris

Kapteyn

Gulmann

Jann

Ragnemalm

Wathelet

Schintgen

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 17 de Junho de 1997.

O secretário

O presidente

R. Grass

G. C. Rodríguez Iglesias