

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL F. G. JACOBS

apresentadas em 15 de Junho de 1995 *

1. Nos presentes processos, o Hoge Raad der Nederlanden pretende uma decisão sobre duas séries de questões. Na primeira série, levanta-se o problema de saber se, em sede de recurso, o Tribunal é obrigado a apreciar determinadas questões de direito comunitário que não foram levantadas nas instâncias inferiores, mesmo que isso seja contrário às regras processuais nacionais. Embora as questões se levantem no contexto particular das regras de concorrência do Tratado, colocam problemas de carácter geral relativos à interacção entre o direito comunitário e os sistemas jurídicos dos Estados-Membros. A segunda série de questões consiste em saber se um regime profissional de pensões que impõe a inscrição obrigatória é compatível com as regras de concorrência do Tratado.

2. O contexto jurídico nacional é o mesmo em ambos os casos. O artigo 2.º, n.º 1, da lei neerlandesa de 29 de Junho de 1972 relativa à inscrição obrigatória num regime profissional de pensões (a seguir «lei sobre pensões») confere poderes ao ministro competente para, a pedido de um ou mais organismos profissionais representativos dos membros de uma profissão, e na sequência de um

processo de consultas, tornar obrigatória, para uma ou mais categorias específicas de membros dessa profissão, a inscrição num regime profissional de pensões criado pelos membros da profissão. Nos termos do artigo 2.º, n.º 2, esse regime pode prever a) a criação de um fundo especial de pensões, ou b) a obrigação de os membros da profissão celebrarem um contrato de seguro, com um fundo especial ou com uma seguradora aprovada, à sua escolha, ou c) uma combinação de ambos os elementos para diferentes partes do regime. O artigo 2.º, n.º 3, impõe aos organismos que solicitam a instituição de um regime obrigatório a criação de uma pessoa colectiva responsável pela gestão do regime como fundo profissional de pensões, ou pelo controlo do cumprimento pelos membros da organização das obrigações do seguro. O artigo 2.º, n.º 4, dispõe que, se um regime for tornado obrigatório, qualquer pessoa que exerça a profissão em causa, quer a título independente quer como trabalhador por conta de outrem, é obrigada a cumprir as disposições do regime. O incumprimento desta obrigação constitui infracção punível com multa nos termos do artigo 27.º Além disso, o artigo 31.º confere ao fundo de pensões ou ao organismo de controlo poder para executar os avisos de cobrança das quotizações não pagas.

3. O objectivo dos regimes colectivos, de acordo com as declarações constantes dos

* Língua original: inglês.

trabalhos preparatórios da lei sobre as pensões reproduzidos nos despachos de reenvio, é tornar possível «a adaptação dos rendimentos posteriores ao período de actividade ao crescente nível geral dos rendimentos», bem como «permitir que os profissionais mais jovens contribuam, através de um regime de prémios técnicos intermédios ou suas variantes, para os maiores encargos com as prestações a favor dos profissionais mais idosos» e «prever a concessão de direitos a pensão para os anos anteriores à entrada em vigor do regime». Este objectivo só poderá ser alcançado através de um regime comum «se, em princípio, participarem todas as pessoas pertencentes ao referido ramo profissional».

4. Em 1978, os fisioterapeutas instituíram um regime profissional que incluía um fundo especial, ou seja, o Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten (a seguir «Fundo»). O artigo 4.º, n.º 1, dos estatutos do Fundo dispõe que são membros todos os fisioterapeutas e professores de ginástica terapêutica que reúnam as condições para inscrição que constam do regulamento de pensões. O artigo 4.º, n.º 2, dispõe que os membros estão sujeitos ao disposto nos estatutos, no regulamento de pensões e noutras normas adoptadas nos termos dos estatutos.

5. O artigo 2.º, n.º 1, do regulamento de pensões define os inscritos no regime como «qualquer fisioterapeuta que trabalhe nessa qualidade nos Países Baixos e não tenha ainda atingido a idade da reforma». Exclui

em seguida determinadas categorias de fisioterapeutas, designadamente, no artigo 2.º, n.º 1, alínea a), aqueles que «trabalhem exclusivamente por contra de outrem, sendo-lhes, por essa razão, aplicável o regime constante da Algemene Burgerlijke Pensioenwet (lei geral de pensões) ou outro regime de pensões que seja, pelo menos, equivalente ao deste regime, desde que os interessados — no respeito das disposições de carácter administrativo estabelecidas nesta matéria pelo artigo 25.º, n.º 3 — dêem a conhecer por escrito ao Fundo a sua vontade nesse sentido».

6. Em 31 de Março de 1978, o secretário de Estado dos Assuntos Sociais proferiu um despacho, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, da lei sobre as pensões tornando obrigatória a inscrição. O despacho continha uma excepção correspondente à do artigo 2.º, n.º 1, do regulamento de pensões.

7. O Fundo adoptou os seguintes critérios para efeitos de aplicação do artigo 2.º, n.º 1, alínea a), do regulamento:

«1. Deve exclusivamente tratar-se de trabalho por conta de outrem, razão pela qual seja aplicável outro regime de pensões pelo menos equivalente.

2. O referido regime de pensões deve ser válido para:

a) ...

b) ... todos os membros da profissão que trabalhem ao serviço da sociedade.»

8. Com efeitos, a partir de 1 de Janeiro de 1988 e 1 de Abril de 1989, respectivamente, van Veen e van Schijndel (a seguir «recorrentes») celebraram os seus próprios contratos de seguro com a Delta Lloyd. O Fundo recusou-se a isentá-los da inscrição obrigatória por esses contratos não serem conformes ao requisito de que devem aplicar-se a todos os fisioterapeutas ao serviço da entidade patronal (a seguir «requisito da generalidade»). Os recursos dos recorrentes contra as decisões do Fundo foram apreciados, em primeira instância, pelo Kantonrechter (que decidiu contra van Veen e a favor de van Schijndel) e em recurso pelo Rechtbank de Breda, que decidiu contra ambos os recorrentes. Estes interpuseram então recurso para o Hoge Raad, o qual tem apenas competência para anular decisões quanto à matéria de direito («cassação»).

9. Nos tribunais inferiores, os recorrentes requereram a isenção da inscrição obrigatória invocando a ausência de base jurídica no direito neerlandês para o requisito da generalidade. No recurso, o Hoge Raad acolheu o ponto de vista do Rechtbank de que o requisito da generalidade é compatível com a lei neerlandesa. Contudo, os recorrentes avançaram no Hoge Raad um novo fundamento que não tinham invocado nem perante o Kantonrechter nem no Rechtbank, designadamente, que a lei sobre as pensões ou, pelo menos, a sua aplicação ao regime de pensões criado pelos fisioterapeutas é incompatível com os artigos 3.º, alínea f), 5.º, 85.º a 86.º e 90.º do Tratado CE. Os recorrentes afirmam que estas disposições do Tratado são de tal natureza que o Rechtbank se deveria ter pronunciado a seu favor com base nelas, mesmo não as tendo os recorrentes invocado na primeira instância.

10. Este novo fundamento levanta uma importante questão processual para o Hoge Raad. Nos termos da lei neerlandesa, os novos fundamentos só podem ser invocados num recurso de cassação se disserem respeito a questões de direito, isto é, se não implicarem qualquer análise da matéria de facto. O Hoge Raad entende que o novo fundamento dos recorrentes não preenche esta condição, dado que se baseia em factos e circunstâncias que não foram dados como assentes pelo Rechtbank. Também não se pode dizer que esse argumento constituía a base dos pedidos dos recorrentes e não foi analisado pelo Rechtbank.

11. No critério do Hoge Raad, os recorrentes também não podem invocar o artigo 48.º do código de processo civil neerlandês, que dispõe que o juiz deve suprir oficiosamente os fundamentos de direito que não hajam sido invocados pelas partes. Segundo o Hoge Raad, o princípio dispositivo nos tribunais cíveis nos processos relativos a direitos e obrigações cíveis de que as partes livremente dispõem implica que, ao suprir os fundamentos de direito, o juiz não pode sair dos limites do litígio como este foi circunscrito pelas partes nem procurar fundamento em factos e circunstâncias diferentes dos invocados pela parte cujos fundamentos devem ser supridos. No presente processo, o Rechtbank teria saído dos limites do litígio se tivesse analisado oficiosamente as questões de direito comunitário. Perante o Kantonrechter, os recorrentes impugnaram não a sua obrigação de inscrição no regime, mas sim a recusa de os isentar da inscrição nos termos do artigo 2.º, n.º 1, alínea a), do regulamento de pensões. O Hoge Raad conclui que os recorrentes aceitaram, por isso, a natureza vinculativa da lei sobre pensões de 29 de Junho de 1972 e do regime.

12. Nestas circunstâncias, o Hoge Raad solicita uma decisão a título prejudicial sobre as seguintes questões:

«A)

1) Deve o tribunal nacional, num processo civil que tem por objecto a livre dispo-

sição de direitos e obrigações que pertencem às partes, aplicar a alínea f) do artigo 3.º e os artigos 5.º, 85.º e 86.º e/ou 90.º do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia quando o litigante interessado na sua aplicação os não invocou?

2) Caso se deva responder pela afirmativa à primeira questão, é esta resposta válida mesmo no caso de o tribunal, procedendo desse modo, infringir o princípio dispositivo a cujo respeito está obrigado, pois que desse modo a) actuará fora dos limites do litígio como foi circunscrito pelas partes e/ou b) deverá procurar fundamento noutros factos e circunstâncias, diferentes daqueles em que fundou o seu pedido a parte interessada na referida aplicação?

3) Caso também se deva responder pela afirmativa à segunda questão, é possível invocar pela primeira vez perante o tribunal nacional de cassação as disposições do Tratado referidas na primeira questão se a) segundo o direito processual nacional, em cassação, apenas é possível apresentar novas alegações caso versem exclusivamente sobre questões de direito, isto é, caso não exijam uma análise dos factos e possam ser acolhidas em todas as circunstâncias, e se b) os fundamentos do recurso exigem, designadamente, uma análise dos factos?

- B)
- 4) No contexto do alcance da lei sobre pensões, acima exposto, deve ser qualificado como empresa, nos termos dos artigos 85.º, 86.º ou 90.º do Tratado, um fundo profissional de pensões ao qual, por força ou em conformidade com a lei sobre pensões, estão obrigados a aderir os membros de uma profissão ou uma ou várias categorias determinadas desses membros, com as consequências jurídicas que a lei dá a essa obrigação, como referidas brevemente acima?
- 5) Em caso de resposta afirmativa, constitui a obrigação de aderir ao regime de pensões dos fisioterapeutas, referida na parte B do ponto 3.1, uma medida tomada por um Estado-Membro que anula o efeito útil das regras de concorrência aplicáveis às empresas ou esse é o caso apenas em determinadas circunstâncias e, assim sendo, em quais?
- 6) Caso esta última questão deva ser respondida pela negativa, podem outras circunstâncias fazer com que a referida obrigação seja incompatível com o disposto no artigo 90.º do Tratado e, assim sendo, quais?»
13. O Hoge Raad refere que as questões constantes da parte B só se colocam se, em consequência das respostas do Tribunal de Justiça às questões constantes da parte A, tiver de analisar os fundamentos de direito comunitário invocados pelos recorrentes.
- As questões processuais**
14. O primeiro conjunto de questões (referidas na parte A) pode ser descrito como questões «processuais», sendo este termo empregue em sentido muito lato, que abrange as regras relativas à organização das vias processuais e à competência dos tribunais. No centro dos presentes processos encontram-se questões relativas ao impacto do direito comunitário sobre as regras processuais neste sentido lato, como estão organizadas nos sistemas jurídicos dos Estados-Membros.
15. A estrutura das três questões processuais baseia-se na premissa de que o recurso de cassação está, em princípio, limitado à impugnação de um erro de direito cometido pelo tribunal cuja decisão é objecto de recurso. Dado que, nos presentes processos, a questão de direito não foi levantada pelas partes nos tribunais inferiores, coloca-se a questão de saber se estes tribunais podiam ou deviam eles próprios tê-la suscitado, uma vez que, se não for esse o caso, não podem ter cometido um erro de direito. Consequentemente, a primeira questão do Hoge Raad é a de saber se um tribunal cível nacional deve

aplicar oficiosamente determinadas regras do Tratado, em especial as regras de concorrência, quando as partes as não tenham invocado. A segunda questão só se coloca se à primeira for, em princípio, dada resposta afirmativa. Pretende saber se é esse o caso mesmo que, ao assim proceder, o tribunal tenha de abandonar o papel passivo que lhe impõem as normas processuais nacionais, analisando fundamentos que excedem os limites do litígio circunscrito pelas partes e que exigem a produção de mais provas em apoio desses fundamentos. Na hipótese afirmativa, a terceira questão pretende saber se as partes podem invocar pela primeira vez as normas do Tratado em questão num tribunal de cassação, mesmo na hipótese de este tribunal ser obrigado a pôr de parte as normas processuais que obstam à invocação de novos fundamentos que exigem uma análise da matéria de facto. Em nossa opinião, a primeira e a segunda questões, encaradas conjuntamente, devem ter resposta negativa. Consequentemente, a terceira questão não merecerá resposta.

16. Estes processos levantam questões semelhantes às do processo Peterbroeck¹, no qual a cour d'appel de Bruxelas pediu ao Tribunal de Justiça que se pronunciasse sobre a questão de saber se um tribunal nacional deve afastar uma norma processual nacional que o impede de analisar uma questão de direito comunitário suscitada por uma das partes após o termo do prazo para o efeito. Apresentámos as nossas conclusões nesse processo em 4 de Maio de 1994. A fase oral nesse processo foi seguidamente reaberta e teve lugar uma nova audiência conjunta com

a audiência referente aos presentes processos, em 4 de Abril de 1995.

17. Nas conclusões que apresentámos em 4 de Maio de 1994 no processo Peterbroeck, fomos de opinião que o direito comunitário não é contrário à norma nacional em questão. Baseámos este ponto de vista no facto de que «desde há muito tempo que a jurisprudência do Tribunal de Justiça estabeleceu que, na falta de regulamentação comunitária, cabe à ordem jurídica de cada Estado-Membro designar os órgãos jurisdicionais competentes e estabelecer as regras processuais das acções judiciais destinadas a assegurar a protecção dos direitos decorrentes de disposições comunitárias com efeito directo, na condição de essas regras preencherem duas exigências: não serem menos favoráveis que as condições que regem acções semelhantes de natureza interna e não tornarem impossível na prática² ou excessivamente difícil³ o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária»⁴. Dado que nenhum dos pedidos abrangidos por determinadas excepções previstas nas normas belgas era comparável ao pedido de Peterbroeck e dado que o prazo fixado pelas normas em questão podia ser considerado razoável, concluímos que as normas belgas satisfaziam as exigências impostas pelo Tribunal.

2 — V., por exemplo, acórdãos de 16 de Dezembro de 1976, Rewe (33/76, Colect., p. 813, n.º 5); de 9 de Novembro de 1983, San Giorgio (199/82, Recueil, p. 3595, n.º 12), e de 25 de Julho de 1991, Emmott (C-208/90, Colect., p. I-4269, n.º 16). V. também acórdão de 1 de Abril de 1993, Lageder e o. (C-31/91 a C-44/91, Colect., p. I-1761, n.º 27 a 29).

3 — V. acórdão San Giorgio, já referido na nota 2, n.º 14; acórdão de 19 de Novembro de 1991, Francovich e o. (C-6/90 e C-9/90, Colect., p. I-5357, n.º 43).

4 — N.º 17.

1 — Processo C-312/93, conclusões apresentadas em 4 de Maio de 1994 (processo em curso).

18. Estas exigências destinam-se a estabelecer um equilíbrio entre a necessidade de respeitar a autonomia processual dos sistemas jurídicos dos Estados-Membros, e a de garantir protecção eficaz nos tribunais nacionais aos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária. São compatíveis com as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça noutros processos, nos quais o Tribunal deu prioridade à necessidade de garantir a eficácia do direito comunitário e a adequada protecção judicial dos particulares, designadamente nos processos *Simmenthal* e *Factortame*.

19. No acórdão *Simmenthal* ⁵, o Tribunal de Justiça declarou que o juiz nacional responsável, no âmbito da sua competência, pela aplicação de disposições de direito comunitário, tem obrigação de assegurar o pleno efeito de tais normas, sem que tenha de esperar a eliminação da referida norma por via legislativa ou pelo tribunal constitucional italiano. A importância crucial desta decisão para a integridade da ordem jurídica comunitária é evidente. No âmbito do sistema instituído pelo Tratado, o direito comunitário depende dos tribunais nacionais para sua aplicação. Cada tribunal nacional deve ter condições para dar aplicação a quaisquer normas comunitárias relevantes na área do direito da sua competência. Se somente o tribunal constitucional tivesse competência para afastar as normas nacionais contrárias ao direito comunitário, isso constituiria, sem qualquer dúvida, um impedimento significativo à aplicação do direito comunitário e à protecção dos direitos conferidos pela ordem

jurídica comunitária por parte dos tribunais italianos. A necessidade de submeter ao tribunal constitucional todos os processos em que esteja em causa a compatibilidade de uma norma nacional com o direito comunitário, envolvendo uma longa, complicada e onerosa tramitação, desencorajaria os particulares a fazerem valer os direitos que lhes confere a ordem jurídica comunitária ⁶; e, por outro lado, mesmo que os particulares não fossem desencorajados, o direito comunitário não seria aplicado na pendência desses processos ⁷.

20. No processo *Factortame* ⁸ existia também uma necessidade imperiosa de que o Tribunal de Justiça obviasse à insuficiência de protecção judicial pelo direito interno dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária. Os recorrentes, através de um pedido de fiscalização da legalidade, contestaram a compatibilidade de determinadas disposições de uma lei nacional do Reino Unido com o direito comunitário. A Divisional Court da Queen's Bench Division solicitou ao Tribunal de Justiça que se pronunciasse sobre a questão. Ao mesmo tempo, os recorrentes solicitaram a adopção de medidas provisórias sob a forma da suspensão da aplicação das disposições litigiosas. A decisão da Divisional Court que concedeu essas medidas foi anulada pela Court of Appeal, por os tribunais do Reino Unido não terem competência para, através de medidas provisórias, suspenderem a aplicação de leis nacionais e

6 — V. as conclusões apresentadas pelo advogado-geral Reischl no processo *Simmenthal*, já referido, nota 5, p. 653.

7 — *Idem*, p. 656.

8 — Acórdão de 19 de Junho de 1990 (C-213/89, Colect., p. I-2433).

5 — Acórdão de 9 de Março de 1978 (106/77, Recueil, p. 629).

para, em processos de fiscalização da legalidade, ordenarem medidas provisórias contra a Coroa. Convidado pela House of Lords a pronunciar-se sobre a questão, o Tribunal de Justiça declarou que, se o tribunal nacional a quem for submetido um litígio que se prende com o direito comunitário considerar que o único obstáculo que se opõe a que ele conceda medidas provisórias é uma norma do direito interno, deve afastar a aplicação dessa norma.

21. Embora, como era inevitável, esta decisão originasse um debate político, ela não foi revolucionária em termos jurídicos, nem mesmo surpreendente, como demonstrou a reacção dos próprios juizes ingleses ⁹. A protecção judicial dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária seria manifestamente insuficiente, e mesmo ilusória, se, até que fosse proferida a decisão final na sequência de uma decisão do Tribunal de Justiça, a Divisional Court não pudesse ordenar medidas provisórias para impedir que a parte requerente de tais medidas sofresse um prejuízo irreparável. É também de notar que os tribunais ingleses passaram, em consequência, a exercer o poder de ordenar medidas provisórias contra a Coroa em processos do mesmo tipo, mesmo quando não estejam em causa direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária ¹⁰.

22. Assim, é de notar que, tanto no processo *Simmenthal* como no processo *Factorame*, a intervenção do Tribunal de Justiça foi necessária para permitir que os tribunais nacionais, a quem tinham sido devidamente submetidos pedidos baseados no direito comunitário, desempenhassem de modo eficaz a função que lhes é conferida no âmbito do sistema instituído pelo Tratado.

23. O presente processo distingue-se claramente dos processos *Simmenthal* e *Factorame* e, em nossa opinião, não há razão para entender os princípios referidos naqueles processos de modo a conceder protecção às pessoas que não submeteram os seus pedidos do modo prescrito nos termos de sistemas jurídicos que lhes dão possibilidades bastantes para o fazer. Concordamos, por isso, com a posição adoptada por todos os Estados-Membros que apresentaram observações escritas, designadamente, a França, a Alemanha, os Países Baixos e o Reino Unido (todos representados na audiência) e com a posição adoptada na audiência pela Irlanda e (no processo *Peterbroeck*) pela Bélgica. A Espanha e a Grécia, contudo, tomaram posição diferente na audiência. O Governo espanhol defendeu que o tribunal nacional é obrigado a analisar, se necessário oficiosamente, as questões de direito comunitário, apesar das eventuais regras processuais nacionais em contrário. Baseou esta conclusão: a) no primado do direito comunitário, b) no princípio da eficácia do direito comunitário e c) na necessidade de garantir a sua aplicação uniforme. O Governo grego avançou argumentos semelhantes. Analisaremos estes argumentos sucessivamente.

⁹ — V. a opinião de Lord Bridge of Harwich no processo *Regina/Secretary of State for Transport ex parte Factorame Limited and Others*, AC, 1991, 613, 658; *CMLR*, 1990, 375.

¹⁰ — V. decisão da House of Lords no processo *M/Home Office*, AC, 1994, 1, 377.

O primado do direito comunitário

24. Em nossa opinião, não decorre do primado do direito comunitário que o tribunal nacional tenha de, em todas as circunstâncias, afastar as regras processuais que impedem que uma questão de direito comunitário seja suscitada em determinada fase do processo. O que o primado do direito comunitário impõe, em primeiro lugar, é a regra geral segundo a qual, quando um tribunal nacional esteja perante um conflito entre uma norma material de direito nacional e uma norma material de direito comunitário, deve prevalecer esta última. Percebe-se facilmente que, na ausência desta regra geral, o direito comunitário seria letra morta.

25. Porém, no que respeita às regras processuais, o primado do direito comunitário não impõe que elas sejam sistematicamente afastadas em todas as circunstâncias, de modo a permitir que o direito comunitário entre na lide em qualquer fase do processo. Como demonstra a jurisprudência do Tribunal de Justiça, basta que as regras processuais nacionais dêem aos particulares a possibilidade efectiva de fazerem valer os seus direitos.

26. É certo que o interesse público na correcta aplicação do direito comunitário deve ser tido em conta, tal como os interesses das partes. Porém, a abordagem seguida de modo constante pelo Tribunal de Justiça desde há

muitos anos implica que o que é suficiente a este respeito para satisfazer o interesse público corresponde exactamente aos princípios bem estabelecidos já referidos, ou seja, o princípio de que os tribunais nacionais devem assegurar o respeito dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária quando sejam invocados em processos nacionais nos termos das regras processuais nacionais, e o princípio de que as regras nacionais só devem ser afastadas se tornarem impossível ou excessivamente difícil o exercício desses direitos. Além disso, é de salientar, a título subsidiário, que o interesse da Comunidade pode também ser protegido pela Comissão, quer assegurando o respeito das regras de concorrência, invocadas nos presentes processos, quer, de um modo mais geral, assegurando o respeito pelos Estados-Membros das obrigações que lhes incumbem por força do direito comunitário, recorrendo se necessário ao artigo 169.º do Tratado.

27. Além disso, se se adoptasse o ponto de vista de que as regras processuais nacionais devem sempre ceder perante o direito comunitário, isso iria subverter, como adiante se verá, os princípios estabelecidos que estão subjacentes aos sistemas jurídicos dos Estados-Membros. Isso iria além do que é necessário para uma efectiva protecção jurisdicional. Poderia ser visto como uma violação do princípio da proporcionalidade e, em sentido amplo, do princípio da subsidiariedade, que reflecte precisamente o equilíbrio que o Tribunal de Justiça procura atingir neste domínio desde há muitos anos. Daria também origem a anomalias generalizadas,

uma vez que teria por efeito dar maior protecção a direitos que, pelo facto de serem conferidos pela ordem jurídica comunitária, não são intrinsecamente mais importantes do que os reconhecidos pelas ordens jurídicas nacionais. Por exemplo, dificilmente se poderá afirmar que o direito de van Schijndel e van Veen a, segundo o direito comunitário, escolherem os seus próprios regimes de seguro é mais importante e merece maior protecção do que o direito de um queixoso a obter uma indemnização por ofensas corporais.

28. Reconhecer isto não é subestimar a importância da aplicação eficaz do direito comunitário pelos tribunais nacionais ou o dever que os mesmos têm, nos termos do artigo 5.º do Tratado, de dar pleno efeito às suas disposições e garantir o respeito dos direitos que este confere aos particulares. Na verdade, conforme sugerimos nas conclusões apresentadas no processo BP Supergaz/Grécia¹¹, os tribunais nacionais devem interpretar em sentido lato a exigência de que os pedidos baseados no direito comunitário devem ser colocados em pé de igualdade com os pedidos baseados no direito nacional. Além disso, o Tribunal de Justiça intervirá para garantir que o direito comunitário será eficazmente aplicado quando normas nacionais específicas impedem o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária (v., além dos acórdãos

Simmenthal e Factortame, os acórdãos Johnston¹², Emmott¹³ e Marshall II¹⁴).

29. Todavia, o sistema instituído pelos Tratados baseia-se na premissa de que as vias de direito nacionais aplicadas por intermédio dos órgãos jurisdicionais nacionais e nos termos das normas processuais nacionais são normalmente capazes de dar resposta às necessidades de eficácia e de adequada protecção judicial. Assim, por exemplo, no processo Rewe¹⁵, o Tribunal de Justiça declarou:

«... se o Tratado criou um certo número de acções directas que podem ser exercidas, sendo caso disso, por particulares perante o Tribunal de Justiça, ele não entendeu criar nas jurisdições nacionais, com vista à manutenção do direito comunitário, outras vias de direito que não as estabelecidas pelo direito nacional. Pelo contrário, o sistema de protecção jurídica posto em funcionamento pelo Tratado, tal como está expresso em particular pelo artigo 177.º, implica que qualquer tipo de acção prevista pelo direito nacional deve poder ser utilizado para assegurar o respeito das regras comunitárias de efeito directo nas mesmas condições de admissibilidade e de processo que seriam aplicáveis caso se tratasse de assegurar o respeito pelo direito nacional».

12 — Acórdão de 15 de Maio de 1986 (222/84, Colect., p. 1651).

13 — Já referido na nota 2.

14 — Acórdão de 2 de Agosto de 1993 (C-271/91, Colect., p. I-4367).

15 — Acórdão de 7 de Julho de 1981 (158/80, Recueil, p. 1805).

11 — Acórdão de 6 de Julho de 1995, conclusões apresentadas em 9 de Março de 1995 (C-62/93, Colect., p. I-1883).

30. A premissa subjacente é a de que Estados que se fundam na supremacia do direito organizarão os seus sistemas jurídicos de modo a assegurar uma correcta aplicação do direito e uma adequada protecção jurídica aos seus cidadãos. Consequentemente, só excepcionalmente será necessário que o Tribunal de Justiça intervenha para assegurar a plena eficácia do direito comunitário.

A eficácia do direito comunitário

31. Isto leva-nos ao segundo argumento adiantado pelo Governo espanhol, que se baseia na necessidade de garantir a eficácia do direito comunitário. Desde logo, deve notar-se que a correcta aplicação do direito não significa necessariamente que não existam quaisquer limites na sua aplicação. O interesse da plena aplicação deve ser equacionado com outras considerações, como a segurança jurídica, a boa administração e a correcta tramitação dos processos nos tribunais. Os sistemas jurídicos impõem normalmente diversas restrições que, na falta de um grau razoável de diligência por parte do requerente, implicam o indeferimento completo ou parcial do pedido. Essas restrições incluem os prazos fixados para instauração de processos administrativos e judiciais e para cumprimento de actos no decurso desses processos, limites impostos aos pedidos retroactivos, normas que restringem a apresentação de novos pedidos e limitações quanto aos fundamentos invocados em recurso e quanto às questões que os tribunais podem suscitar officiosamente.

32. Num processo no próprio Tribunal de Justiça pode acontecer que uma parte menos previdente verifique que a sua acção ou o seu recurso foi apresentado fora do prazo, ou que está impedida de apresentar determinados pedidos ou invocar certos fundamentos que poderiam ser relevantes. Independentemente dos prazos constantes dos Tratados e dos Estatutos para propositura das diversas espécies de processos, existem limitações importantes ao alargamento do objecto das acções e à apresentação de novos fundamentos em fases ulteriores do processo. O objecto dos recursos directos é, em princípio, determinado pela petição apresentada ao Tribunal de Justiça ou, no caso das acções propostas nos termos do artigo 169.º pela Comissão, pelo parecer fundamentado desta. Além disso, a petição deve conter a exposição sumária dos fundamentos invocados: v. artigo 38.º, n.º 1, do Regulamento de Processo. O artigo 42.º, n.º 2, do mesmo regulamento dispõe que «é proibido deduzir novos fundamentos no decurso da instância, a menos que tenham origem em elementos de direito e de facto que se tenham revelado durante o processo». Só em condições muito limitadas o Tribunal de Justiça suscitará officiosamente uma questão.

33. A medida em que o tribunal nacional pode suscitar uma questão de direito não invocada pelas partes pode depender da natureza do direito processual que rege o processo. Na verdade, pode ser tentador afirmar que existe uma distinção de base entre dois tipos fundamentalmente diferentes de direito processual nos Estados-Membros: uma distinção entre, *grosso modo*, os sistemas continentais, por um lado, e os sistemas

inglês, irlandês e escocês, por outro. A este propósito, nos sistemas continentais, presume-se que o Tribunal conhece a lei («*jura novit curia*» ou «*curia novit legem*»); deve aplicar as regras de direito adequadas aos factos tal como lhes são apresentados pelas partes («*da mihi factum, dabo tibi jus*») e, se necessário, efectuar para esse efeito a sua própria investigação jurídica. Nos sistemas inglês, irlandês e escocês, pelo contrário, o juiz tem um papel menos activo, ou mesmo um papel passivo: o direito processual baseia-se de modo geral na premissa de que o juiz não tem um conhecimento independente do direito, de que depende dos argumentos avançados pelos advogados das partes e de que a sua função é essencialmente decidir com base exclusivamente nos respectivos argumentos. Segundo um autor, «a característica talvez mais espectacular do direito processual inglês é a de que a regra '*curia novit legem*' não faz nem nunca fez parte do direito inglês»¹⁶.

podem, ou mesmo devem, suscitar officiosamente um questão de direito que não foi invocada pelas partes enquanto nos sistemas de *comon law* o não farão. A realidade é diferente. Embora, nos sistemas continentais, o tribunal possa suscitar um nova questão de direito, não deve sair dos limites do litígio tal como foram definidos pelos pedidos das partes, que continuam «senhoras do litígio» (*dominus litis*). O tribunal também não pode, de modo geral, levantar uma nova questão que envolva matéria de facto nova. Essa é precisamente a situação no direito processual civil neerlandês, como o Hoge Raad esclarece nos despachos de reenvio¹⁷, afigurando-se que a situação é a mesma em numerosos outros sistemas. Além disso, em muitos sistemas, se o juiz levantar uma nova questão, convidará, ou deverá convidar, as partes a apresentarem argumentos sobre a mesma, como faria um tribunal inglês. Por seu lado, um tribunal inglês de modo nenhum está impedido de suscitar uma questão de direito que as partes não tenham invocado. Na verdade, um estudo comparativo e detalhado sobre a abordagem destas questões por um tribunal inglês e, por exemplo, um tribunal francês mostra que as diferenças não são importantes¹⁸.

34. Uma análise mais aprofundada demonstra com frequência que esses contrastes entre diferentes tipos de sistemas jurídicos são exagerados, e a questão de que agora se trata não é excepção a essa regra. Mesmo no caso dos processos cíveis, em que falar-se de contraste é menos impreciso — pode ter pouca aplicação nos processos penais, ou nos tribunais administrativos, onde se aplicam princípios diferentes —, a diferença entre as duas abordagens é dificilmente sustentável. O contraste, como foi acima expresso, leva a pensar que, nos sistemas continentais, os tribunais

35. Além disso, um tribunal inglês, como qualquer outro tribunal, certamente suscitará officiosamente uma questão que seja de inte-

16 — Mann: «Fusion of the Legal Professions?», *Law Quarterly Review*, 1977, pp. 367 e 369.

17 — V. n.º 11 *supra*.

18 — V. Jolowicz: «Da mihi factum dabo tibi jus: a problem of demarcation in English and French law», in *Multum non multa: Festschrift für Kurt Lipstein*, 1980, p. 79.

resse público. Desde há séculos que o direito inglês, por esse motivo, se tem recusado a executar contratos ilegais; conforme foi decidido num processo recente:

«Se, à primeira vista, um contrato for manifestamente ilegal, o tribunal recusar-se-á a executá-lo, seja ou não essa questão controvertida, tenha a mesma sido suscitada ou não por qualquer das partes, e ainda que surja pela primeira vez em recurso. A razão desta regra é a de que as Queen's Courts não podem ser utilizadas para dar execução a contratos ilegais, quaisquer que sejam as intenções das partes...»¹⁹.

36. Contudo, mesmo no sistema inglês, a medida em que o tribunal intervém e suscita officiosamente questões varia de acordo com o contexto: depende, por exemplo, do tipo de processo (cível, penal, administrativo), da instância (primeira instância, recurso relativo à matéria de facto e de direito, ou recurso restrito à matéria de direito), do tipo do órgão jurisdicional (court ou tribunal).

37. A análise comparativa da situação dos tribunais dos Estados-Membros mostra que podem existir outras diferenças entre os respectivos sistemas jurídicos. Por exemplo, não

existe certamente acordo sobre o que constitui um assunto de ordem pública (*moyen d'ordre public*). Impor a todos os tribunais nacionais a obrigação de aplicar officiosamente o direito comunitário, mesmo não sendo impossível pô-la em prática em qualquer sistema, causaria um grau de perturbação susceptível de variar de um sistema para outro, mas que seria provavelmente significativo em todos. Seria também difícil decidir se esse tratamento do direito comunitário se imporá para o direito comunitário no seu conjunto ou apenas para determinadas partes do mesmo, e nesse caso, para quais.

38. Consequentemente, tanto por razões de princípio como de ordem prática, a conclusão deve ser a de que um tribunal nacional só deve aplicar officiosamente uma disposição de direito comunitário nas situações em que teria de aplicar officiosamente uma disposição correspondente do direito interno. Admitimos que isso pode implicar desigualdades na aplicação do direito comunitário mas, conforme vimos, essas desigualdades são consequência da variedade dos próprios sistemas jurídicos nacionais.

39. Esta conclusão é reforçada pela análise dos meios processuais de recurso e, em especial, a cassação. As tramitações processuais de recurso impõem em geral limites ao direito do requerente ou do requerido de suscitarem novas questões que alarguem o objecto do processo. Na ausência desses

19 — Processo Bank of India/Trans Continental Commodity Merchants Ltd & J. N. Patel, Lloyd's Reports, 1982, 1, 427, per Bingham J, 429.

limites, a própria natureza do recurso seria desvirtuada, transformando-se num novo processo.

40. Estas considerações aplicam-se, em especial, aos processos de cassação nos Estados-Membros, dado que, nestes processos, a competência do tribunal superior se limita, em geral, a analisar se houve erro de direito na decisão do tribunal inferior, pelo que nem as partes nem o tribunal têm a possibilidade de suscitar novas questões de direito.

41. A possibilidade de invocar novos fundamentos não debatidos nos tribunais inferiores está, com frequência, estritamente limitada. Enquanto, por exemplo, o Bundesgerichtshof alemão e a Cour de cassation francesa têm, comparativamente, uma certa liberdade para suscitarem oficiosamente fundamentos, na Bélgica, em Espanha, na Itália e nos Países Baixos, os tribunais de cassação têm, em princípio, de se limitar aos fundamentos invocados pelas partes. Salvo exceções limitadas, a Cour de cassation da Bélgica nem sequer tem o direito de suscitar fundamentos de ordem pública.

42. Além disso, o próprio Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça impõe restrições: no recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância, nenhuma das partes

pode modificar «o objecto do litígio»²⁰. Admitamos que, uma vez mais, possa existir uma excepção, podendo o Tribunal de Justiça suscitar uma questão de «ordem pública», mesmo quando o Tribunal de Primeira Instância o não tenha feito²¹. Mas parece claro que essa excepção deve ser definida em termos restritos para que o sistema de recurso funcione correctamente.

43. Passando agora às normas neerlandesas em questão nos presentes processos, não somos de opinião que tornem excessivamente difícil ao requerente o exercício dos direitos que lhe são conferidos pela ordem jurídica comunitária. Estas normas visam simplesmente garantir que o processo decorra de modo regular e eficaz, impedindo o recorrente de alargar posteriormente o objecto do litígio, tal como foi definido na petição apresentada ao juiz que apreciou o mérito da causa e de suscitar na fase de recurso de cassação novas questões que excedam o objecto do litígio e que, para serem tidas em conta, implicariam uma nova análise da matéria de facto. É de notar que, salvo estas restrições, as normas neerlandesas não são particularmente exigentes para com as partes. Na verdade, o artigo 42.º do Código neerlandês impõe ao juiz do mérito de suprir, se necessário oficiosamente, os argumentos de direito.

44. Dado que se afigura que as normas neerlandesas proporcionam adequada protecção

20 — Artigos 113.º, n.º 2, e 116.º, n.º 2.

21 — Lenaerts: «The Development of the Judicial Process in the European Community after the Establishment of the Court of First Instance», in *Collected Courses of the Academy of European Law*, volume 1, tomo 1, 1990, pp. 53 a 113, p. 109.

aos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária, basta que os tribunais nacionais, ao aplicarem essas normas, confirmem aos fundamentos baseados no direito comunitário igual tratamento ao que é dado a fundamentos semelhantes baseados no direito interno.

de que os meios processuais e as regras de tramitação nacionais proporcionem adequada protecção jurídica ²².

A aplicação uniforme do direito comunitário

45. A terceira objecção levantada pelo Governo espanhol foi a de que uma abordagem deste tipo levaria a uma falta de uniformidade na aplicação do direito comunitário; nos Estados-Membros onde as regras processuais são menos estritas, o direito comunitário poderá ser aplicado, não obstante a falta de diligência das partes. Contudo, um certo grau de disparidade na aplicação do direito comunitário é inevitável na ausência de regras harmonizadas em matéria de meios processuais, tramitação e prazos. Para usar um exemplo óbvio, se um requerente imprevidente não respeitar o prazo para apresentação de uma reclamação administrativa ao para a propositura de uma acção, o seu direito arrisca-se a prescrever; esses prazos variam de um Estado para outro e podem também depender da forma particular do meio processual em questão. Não pode seriamente sustentar-se que, por razões de uniformidade, o direito comunitário imporia que sejam afastados todos os prazos para apresentação de pedidos baseados na ordem jurídica comunitária. Na ausência de disposições de harmonização, a única exigência é a

Outros argumentos

46. Comentaremos, por último, vários outros argumentos que foram avançados no decurso do processo. Em primeiro lugar, como referimos no ponto 44 das conclusões que apresentámos em 4 de Maio de 1994 no processo Peterbroek, não é possível invocar o artigo 177.º do Tratado em apoio da tese de que um tribunal nacional deve sempre poder suscitar oficiosamente uma questão de direito comunitário que não tenha sido referida pelas partes. O artigo 177.º estabelece apenas o mecanismo por meio do qual um tribunal nacional, a quem tenha sido devidamente submetida uma questão de direito comunitário, pode obter do Tribunal de Justiça uma decisão sobre essa questão. Embora o artigo 177.º se oponha à aplicação de normas processuais que impeçam um tribunal nacional de solicitar uma decisão a título prejudicial nessas circunstâncias, não aborda a questão prévia das condições em que deve ser suscitada essa questão perante o tribunal nacional.

47. Em segundo lugar, é de notar que a primeira questão do Hoge Raad parte da

²² — V. acórdão de 12 de Junho de 1980, *Express Dairy Foods* (130/79, Recueil p. 1887, n.º 12).

premissa de que o processo que lhe foi submetido é um «processo civil que tem por objecto a livre disposição de direitos e obrigações que pertencem às partes». Os recorrentes afirmam que esta frase se refere indirectamente à definição neerlandesa das disposições de ordem pública, designadamente àquelas cuja aplicação ou não aplicação não está na disponibilidade das partes. Contestam aquela premissa, alegando que as normas comunitárias, por serem superiores ao direito interno, devem ser consideradas normas de ordem pública que os tribunais são obrigados de suscitar oficiosamente. Não poderão ser aplicadas segundo o critério das partes.

48. Pelas razões já expostas, não pensamos que decorra do princípio do primado que deva ser dado um estatuto especial a todas as normas comunitárias perante as normas processuais nacionais. O interesse público da Comunidade em preservar a integridade da ordem jurídica comunitária e em assegurar a adequada protecção dos direitos por ela conferidos aos particulares pode ser concretizado adequadamente através dos princípios já desenvolvidos pelo Tribunal de Justiça.

49. Contudo, não excluimos que possam existir circunstâncias nas quais um tribunal nacional seja obrigado a ter em conta uma norma comunitária não invocada pelas partes, mesmo que isto implique sair do litígio tal como se acha definido pelos pedidos das partes. Um tribunal nacional pode ser obrigado a não aplicar um acordo manifestamente ilegal face ao artigo 85.º do Tratado.

Isto pode acontecer se, por exemplo, uma parte num acordo de fixação de preços manifestamente contrário ao artigo 85.º do Tratado pedir uma indemnização pelo incumprimento do contrato e a parte requerida não invocar o artigo 85.º Nesse caso, não há dúvida de que o tribunal nacional pode e deve invocar essa disposição. Porém, dado que, sem risco de nos enganarmos, se pode presumir que nenhum tribunal executaria um acordo manifestamente ilegal face ao direito nacional, mesmo que a ilegalidade não tenha sido invocada pelas partes, este resultado não exige mais do que a aplicação do princípio da não discriminação. Além disso, no caso de ilegalidade face aos artigos 85.º e 86.º do Tratado, existe uma salvaguarda adicional do interesse comunitário, na medida em que a Comissão pode sempre intervir.

50. Nenhuma questão deste tipo se coloca nos presentes processos. Se nenhuma das partes nos presentes litígios decidisse invocar o direito comunitário, não existiria interesse público peremptório da Comunidade que exigisse que o tribunal nacional suscitasse complexas questões de direito comunitário da concorrência, independentemente do pretendido pelas partes. Nos presentes processos, o único interesse comunitário é o da adequada protecção judicial, interesse esse que, em nossa opinião, se mostra satisfeito.

51. Por último, é evidente que os presentes processos se distinguem do processo Duijns-

tee²³. Nesse processo, respondendo a uma questão submetida pelo Hoge Raad, o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 19.º da Convenção de Bruxelas²⁴ impõe que um tribunal nacional de cassação se declare officiosamente incompetente sempre que verifique que um tribunal de outro Estado contratante tem competência exclusiva por força do artigo 16.º da convenção, mesmo que as normas processuais nacionais limitem a sua análise aos fundamentos invocados pelas partes. Porém, como o Tribunal de Justiça declarou²⁵, a convenção, ao determinar a competência dos tribunais dos Estados contratantes em matéria cível, prevalece sobre as disposições nacionais com ela incompatíveis. O artigo 19.º da convenção impõe aos tribunais nacionais a obrigação específica de suscitar officiosamente, em determinadas circunstâncias, a questão da respectiva competência. Uma norma nacional que impeça o tribunal de assim proceder é, por isso, contrária aos termos expressos da convenção.

52. Consequentemente, em nossa opinião, deve responder-se às primeira e segunda questões do órgão jurisdicional nacional no sentido de que, em processos como os instaurados nos tribunais nacionais no caso em apreço, o direito comunitário nem impõe nem confere poderes a um tribunal nacional para afastar as regras processuais nacionais, aplicáveis indistintamente a pedidos baseados no direito nacional e no direito comunitário, que o impeçam de aplicar disposições comu-

nitárias não invocadas pelas partes, quando isso obrigue o tribunal nacional a sair dos limites do litígio ou a suscitar questões de facto não alegadas pelas partes. Dado que a terceira questão só foi colocada para a hipótese de resposta afirmativa à segunda, não há que lhe dar resposta.

As questões de mérito

53. Com as quarta, quinta e sexta questões, o Hoge Raad pretende saber se o regime dos fisioterapeutas e, em especial, a obrigação de inscrição, são compatíveis com as regras de concorrência do Tratado. Dado que estas questões não foram suscitadas perante o Kantonrechter, este não deu como provada matéria de facto a este respeito. No despacho de reenvio, o Hoge Raad refere-se simplesmente aos objectivos da lei sobre pensões e às consequências de um regime ser obrigatório (v. pontos 2 e 3, *supra*).

54. O Tribunal de Justiça tem reiteradamente declarado que²⁶:

«... a necessidade de se chegar a uma interpretação de direito comunitário que seja útil

23 — Acórdão de 25 de Novembro de 1983 (288/82, Recueil, p. 3663).

24 — «O juiz de um Estado contratante, perante o qual tiver sido proposta, a título principal, uma acção relativamente à qual tenha competência exclusiva um tribunal de outro Estado contratante por força do artigo 16.º, declarar-se-á officiosamente incompetente.»

25 — V. especialmente o n.º 14 do acórdão.

26 — Despacho de 9 de Agosto de 1994, La Pyramide (C-378/93, Colect., p. I-3999, n.º 14). V. também acórdão de 26 de Janeiro de 1993, Telemarsicabruzzo e o. (C-320/90, C-321/90 e C-322/90 Colect., p. I-393).

ao órgão jurisdicional nacional exige que este defina o quadro factual e legal em que se inscrevem as questões que coloca ou que, pelo menos, explique as hipóteses factuais em que assentam essas questões».

Isto é particularmente válido num domínio como o do direito da concorrência, que se caracteriza por situações de facto e de direito complexas²⁷. Foi precisamente por não terem sido debatidas nos tribunais nacionais as questões da concorrência que o Hoge Raad não pôde descrever na sua totalidade no despacho de reenvio o quadro legal e factual deste aspecto do processo.

55. Se, contrariamente à opinião que expressámos, o Hoge Raad tivesse que analisar as questões de concorrência, o Tribunal de Justiça deveria, em nossa opinião, pronunciar-se apenas após ter sido amplamente clarificado o contexto factual e legal do litígio. Nas presentes conclusões, limitar-nos-emos a dar uma opinião provisória sobre a quarta questão do órgão jurisdicional nacional, à luz das informações relativas ao Fundo que constam das observações escritas. Com esta questão, o Hoge Raad pretende saber se um regime profissional de pensões criado nos termos da lei sobre pensões, que torna obrigatória a inscrição para todos os membros

de uma profissão ou para uma ou várias categorias dentre eles, constitui um empresa na acepção dos artigos 85.º, 86.º ou 90.º do Tratado CE. Parece-nos que esta questão deverá merecer resposta negativa.

56. Os recorrentes invocam o acórdão Höfner e Elser²⁸ em apoio de uma concepção alargada do conceito de empresa que englobe o Fundo. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça considerou que um organismo público que exerce actividades de colocação deve ser considerado uma empresa na acepção dos artigos 85.º e 86.º do Tratado. O Tribunal de Justiça declarou o seguinte²⁹:

«Deve esclarecer-se, a este respeito, que no âmbito do direito da concorrência o conceito da empresa abrange qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e modo de funcionamento. A actividade de mediação de emprego é uma actividade económica.

O facto de as actividades de colocação serem normalmente confiadas a serviços públicos não prejudica a natureza económica dessas actividades. As actividades de colocação nem sempre foram e não são necessariamente exercidas por entidades públicas. Esta afirmação é válida, em especial, para as activida-

27 — Acórdão Telemarsicabruzzo e o., já referido na nota 26, n.º 7.

28 — Acórdão de 23 de Abril de 1991 (C-41/90, Colect., p. I-1979).

29 — N.ºs 21 e 22.

des de colocação de quadros e de dirigentes de empresas.»

57. A situação é, porém, mais complexa quando se trata de regimes de segurança social. Os regimes de pensões assumem formas variadas, que, num leque, vão desde regimes nacionais de segurança social aos regimes privados individuais geridos por seguradoras privadas. Embora mesmo entre estes regimes exista uma possibilidade de concorrência (como demonstra o facto de, no Reino Unido, as convenções privadas sobre pensões poderem parcialmente substituir o sistema nacional de segurança social), afigura-se evidente que as regras comunitárias de concorrência não foram destinadas a ser aplicadas a regimes nacionais de segurança social. A dificuldade reside na classificação das categorias intermédias de regimes, como aquela a que pertence o regime objecto do presente processo. Nas iniciativas que tomou no domínio das pensões, a Comissão reconheceu a existência de uma gama alargada de regimes e reconheceu também a necessidade de respeitar as opções feitas pelos Estados-Membros em matéria de pensões no que toca à prossecução dos seus três objectivos, ou seja, a gestão transfronteira dos fundos de pensões, a supressão das restrições ao investimento dos activos destes fundos e a inscrição transfronteira nos regimes³⁰. É de salientar, em especial, que a proposta alterada de 26 de Maio de 1993 da Comissão³¹, embora formule um certo número de propostas em matéria de gestão transfronteira e de supressão das restrições

ao investimento, reconhece no seu preâmbulo que é necessário elaborar trabalhos adicionais em matéria de inscrição transfronteira nos fundos de pensões, tendo em conta as diferenças existentes entre os tipos de instituições e sem que seja posto em questão o funcionamento das instituições com participação obrigatória³².

58. O Tribunal de Justiça já teve ocasião, nos processos Poucet e Pistre³³, de analisar o alcance das regras do Tratado sobre a concorrência relativamente a determinados regimes que se enquadram na categoria intermédia. No seu acórdão, o Tribunal declarou que o conceito de empresa, na acepção dos artigos 85.º e 86.º do Tratado, não abrange os organismos encarregados da gestão do regime de seguro de doença e maternidade dos trabalhadores não assalariados das profissões não agrícolas e do regime de seguro de velhice para as profissões artesanais. O Tribunal de Justiça considerou que estes regimes desempenham uma função de carácter exclusivamente social, são desprovidos de qualquer fim lucrativo e baseiam-se no princípio da solidariedade. Pretendem assegurar cobertura ao conjunto das pessoas por eles abrangidas, independentemente da sua condição económica e do seu estado de saúde no momento da inscrição.

59. No caso do regime de seguro de doença e maternidade, o princípio da solidariedade

30 — V. documento de trabalho de 23 de Outubro de 1990 da Comissão sobre a realização do mercado interno no domínio das pensões de reforma privadas, junto às observações apresentadas no processo C-244/94. V. também a proposta de 21 de Outubro de 1991 de directiva do Conselho relativa à liberdade de gestão e de investimento dos fundos das instituições de realização de planos de pensões (91/C 312/04, JO C 312, p. 3), com a redacção que lhe foi dada em 26 de Maio de 1993 (93/C 171/11, JO C 171, p. 13).

31 — Já referida na nota 30.

32 — V. último considerando.

33 — Acórdão de 17 de Fevereiro de 1993 (C-159/91 e C-160/91, Colect., p. I-637).

concretizava-se através de uma redistribuição de rendimentos, na medida em que os segurados contribuía na proporção do respectivo rendimento profissional (estando isentos da obrigação de contribuir os titulares de um pensão de invalidez e os segurados reformados), mas recebiam prestações idênticas. No caso do regime de seguro de velhice, o princípio da solidariedade exprime-se pela circunstância de as pensões dos trabalhadores reformados serem financiadas pelas contribuições pagas pelos trabalhadores em actividade, bem como pela concessão de direitos a pensão não proporcionais às contribuições pagas. Existia também um grau de solidariedade entre os diferentes regimes. Os regimes assentavam necessariamente na obrigação de inscrição, indispensável ao seu equilíbrio financeiro.

60. A gestão dos regimes estava submetida ao controlo das autoridades públicas. Os fundos não exerciam qualquer influência sobre o montante das contribuições e das prestações.

61. O Tribunal de Justiça concluiu que a gestão dos regimes desempenhava uma função de carácter exclusivamente social e não constituía uma actividade económica. Consequentemente, os fundos não se enquadravam na definição de «empresa» dada no acórdão Höfner e Elser³⁴.

62. Afigura-se-nos que, embora o Fundo de pensões aqui em questão se distinga em determinados aspectos dos que estavam em causa nos processos Poucet e Pistre, apresenta as características essenciais que levaram o Tribunal de Justiça a concluir da forma que concluiu naqueles processos. O Fundo desempenha incontestavelmente uma função de carácter exclusivamente social. Foi criado pelos fisioterapeutas e a obrigação de inscrição foi instituída a seu pedido por um despacho ministerial proferido nos termos da lei sobre pensões. Como já referimos, os objectivos desta lei consistem em assegurar a adaptação dos rendimentos posteriores ao período de actividade ao crescente nível geral dos rendimentos, em permitir que os profissionais mais jovens contribuam para os maiores encargos com as prestações a favor dos profissionais mais idosos e em prever a concessão de direitos a pensão para os anos anteriores à entrada em vigor dos regimes. O Fundo não tem fim lucrativo. O seu conselho de administração, cujos membros não recebem remuneração, mas apenas o reembolso de despesas (artigo 7.º dos estatutos do Fundo), é constituído exclusivamente por inscritos no Fundo (artigo 5.º dos estatutos).

63. Além disso, decorre das observações escritas apresentadas pelo Fundo que o regime por ele gerido comporta um substancial grau de solidariedade entre os inscritos, que vai além do que se pode normalmente esperar de contratos privados. Em princípio, é cobrada uma contribuição de montante único e paga uma pensão de montante único. Isso sucede independentemente da idade em que um inscrito tenha começado a exercer a profissão e independentemente do seu estado de saúde no momento da inscrição; além disso, os direitos à pensão são concedidos retroactivamente aos inscritos que já exer-

34 — Já referido na nota 28.

ciam a profissão no momento da entrada em vigor do regime. Acessoriamente, é ainda de notar que, no caso de incapacidade para o trabalho, a cobertura do seguro se mantém sem pagamento de contribuições.

social encarregada pelos membros da profissão da gestão dos respectivos direitos a pensão.

64. À luz do que antecede, afigura-se-nos que o Fundo se assemelha mais a uma instituição de segurança social do que a uma seguradora privada e que o próprio regime está mais próximo de um regime de segurança social do que do dos contratos privados de pensões, incluindo os organizados numa base colectiva. Os membros do regime contribuem para um fundo comum, em lugar de receberem um serviço comercial. Consequentemente, em nosso entender, o Fundo, nas suas relações com os inscritos, não actua enquanto empresa, mas enquanto instituição

65. Isto é assim, não obstante o facto de o regime dispor de reservas, de modo que as pensões são financiadas por estas, e não pelas contribuições correntes. O Fundo alegou, de modo convincente, que a criação de reservas substanciais era necessária para que um regime cujo financiamento não é assegurado pelo orçamento do Estado mantenha o valor real das pensões em períodos de forte inflação. O facto de os fundos de pensões serem investidores de grande importância nos mercados de capitais explica certamente as iniciativas da Comissão em matéria de gestão e de investimento transfronteiras dos fundos de pensões, mas não é factor decisivo para a questão de saber se, nas suas relações com os inscritos, um fundo age como empresa para os efeitos do direito da concorrência.

Conclusão

66. Pelos motivos que antecedem, somos de opinião que o Tribunal de Justiça deverá responder às primeira e segunda questões submetidas pelo Hoge Raad pela forma que se segue. As restantes questões não necessitam de resposta.

«Em processos como os instaurados nos tribunais nacionais no caso em apreço, o direito comunitário nem impõe nem confere poderes a um tribunal nacional para afastar as regras processuais nacionais aplicáveis indistintamente a pedidos baseados no direito nacional e no direito comunitário, que o impeçam de aplicar disposições comunitárias não invocadas pelas partes, quando isso obrigue o tribunal nacional a sair dos limites do litígio ou a suscitar questões de facto não alegadas pelas partes.»