CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL NIAL FENNELLY

apresentadas em 6 de Fevereiro de 1997 *

I — Introdução

1. A questão submetida ao Tribunal de Justiça no presente processo é proveniente da região da Lombardia da Itália. A região financia serviços de segurança social de carácter sanitário prestados por entidades sem fim lucrativo que gerem residências para pessoas idosas. A exclusão de residências desse tipo com gestão comercial, conjugada com a circunstância de as residências sem fim lucrativo serem necessariamente quase em exclusivo italianas, implica que este regime seja contrário, em especial, ao artigo 52.° do Tratado? É esta a principal questão submetida para decisão prejudicial no âmbito de um recurso interposto por uma sociedade de direito luxemburguês e pelas suas filiais italianas.

II — Contexto jurídico e factual

2. A legislação italiana faz uma distinção entre actividades sócio-assistenciais em geral e actividades de assistência social de carácter sanitário. Nos termos de um decreto de 8 de Agosto de 1985, estas têm essencialmente em vista a protecção da saúde dos cidadãos através da prevenção, tratamento e reabilitação física e psicológica [1]. Tal pode incluir a hospitalização em estruturas protegidas para cuidados a idosos que não podem ser tratados em casa. Quando os cuidados de saúde necessários não possam ser dissociados dos serviços gerais de assistência social, as autoridades regionais podem, dentro dos limites das disponibilidades do Fondo sanitario nazionale (a seguir «FSN»), celebrar convenções com instituições públicas e, na sua falta, com instituições privadas, dotadas de pessoal e instalações adequadas à prestação desses cuidados. Os custos são divididos pelo FSN e pelas autoridades da assistência social, em função da proporção dos cuidados de saúde e das outras componentes sócio-assistenciais do serviço prestado [2].

3. O artigo 5.°, n.° 1, da Legge Regionale Lombardia n.° 1, de 7 de Janeiro de 1986, relativa à reorganização e planeamento dos

1 — Artigo 1.° do Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri de 8 de Agosto de 1985, adoptado nos termos da Lei n.° 833 de 23 de Dezembro de 1978 (GURI n.° 191, de 14 de Agosto de 1985, p. 5727, a seguir «decreto»).

2 — Artigo 6.° do decreto. As autarquias locais são as autoridades responsáveis pela segurança social no que respeita ao pagamento dos custos normais de estada nas referidas residências: v. n.° 8 *infra*.

* Língua original: inglês.

serviços de assistência social (a seguir «lei de 1986») [3], garante, em conformidade com o artigo 38.° da Constituição italiana, aos particulares, às associações ou outras entidades a liberdade de desenvolverem actividades de assistência social, dentro dos limites previstos por lei. Nos termos do artigo 50.°, n.os 1, 2 e 5 da lei de 1986, a abertura de uma residência — quer se trate de um lar de repouso ou de uma estrutura protegida — para idosos ou pessoas parcial ou totalmente incapazes está sujeita a autorização da autoridade da província competente. Os critérios da autorização relativos, por exemplo, ao número e habilitações do pessoal, equipamentos disponíveis e ao funcionamento da residência, estão fixados no Piano regionale socio assistenziale (a seguir «PSA») [4]. O PSA fixa também as condições em que pode ser celebrada uma convenção nos termos do artigo 18.°, n.° 3, da Legge Regionale Lombardia n.° 39 de 11 de Abril de 1980, relativa à organização e funcionamento das unidades sanitárias locais (a seguir «lei de 1980») [5]. Em resposta a uma questão colocada pelo Tribunal de Justiça, o Governo italiano referiu que o PSA actualmente em vigor [6] prevê os mesmos requisitos estruturais (relativos à higiene, prevenção de incêndios, aquecimento, número máximo de pensionistas por quarto, etc.) para todas as residências para idosos, mas exige números proporcionalmente mais elevados de enfermeiras, médicos e fisioterapeutas nas estruturas protegidas que se ocupam de pessoas em situação de total incapacidade, do que nas residências de repouso, que recebem pessoas parcialmente incapacitadas. Porém, dentro de cada uma destas categorias de residências, as exigências em matéria de pessoal são igualmente maiores para as que celebrem convenções nos termos da lei de 1980 do que para as excluídas do regime de convenção.

4. O artigo 12.°, n.os 1 e 2, da lei de 1986 prevê que os PSA determinem os critérios de acesso aos serviços de assistência social, estabelecendo o princípio da prioridade para quem se encontre em estado de necessidade e impondo que o custo dos serviços prestados a outras pessoas seja suportado no todo ou em parte pelos próprios ou pela autarquia local respectiva [7]. O artigo 59.° refere-se às condições de acesso ao serviços de assistência social. Artigo 9.° permite que os cidadãos italianos e estrangeiros residentes na Lombardia, e os cidadãos italianos e os estrangeiros que permaneçam apenas temporariamente na Lombardia e em estado de necessidade e precisarem de assistência para cujo efeito não seja possível encaminhá-los para a respectiva região ou Estado de origem beneficiem dos serviços de assistência social.

3 — *Bollettino Ufficiale della Regione Lombardia* n.° 2 de 8 de Janeiro de 1986, 1.° suplemento.

4 — Artigo 50.°, n.° 3, da lei de 1986.

5 — *Bollettino Ufficiale della Regione Lombardia* n.° 15 de 11 de Abril de 1980, 3.° suplemento. Este requisito está previsto no artigo 50.°, n.° 4, da lei de 1986, bem como no artigo 18.°, n.os 1 e 7, da lei de 1980.

6 — PSA para 1988-1990, aprovado pelo Consiglio Regionale della Lombardia pelo Decreto n.° 871 de 23 de Dezembro de 1987, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto n.° V/122 de 12 de Fevereiro de 1991, e pelo Decreto n.° V/1425 de 7 de Março de 1995.

7 — O artigo 12.°, n.° 3, da lei de 1986 define pessoas em estado de necessidade por referência a vários factores — rendimento familiar, incapacidade total ou parcial, risco de marginalização.

5. A lei de 1980 regula a celebração, por entidades públicas e privadas, de convenções para prestação de serviços de assistência social, incluindo os de natureza sanitária [8]. Estas convenções são celebradas com as unidades de assistência social locais (Unità Socio-Sanitarie Locali, a seguir «USSL»).

6. O artigo 18.° da lei de 1980 estabelece os requisitos para a celebração de convenções entre as USSL e as entidades privadas. O artigo 18.°, n.° 2, conjugado com o artigo 18.°, n.° 5, prevê que às associações, fundações e instituições privadas que pretendam participar no planeamento e organização dos serviços das USSL será emitido pela região, a seu pedido, um certificado de aptidão para celebrar convenções com as USSL O artigo 18.°, n.° 3, da lei de 1980 faz depender a obtenção do referido certificado: a) de as entidades em causa não terem finalidade lucrativa [9], e b) do adequado nível de qualidade dos serviços, habilitações do pessoal e capacidade organizativa e operacional, conforme o disposto no PSA [10]. Nos termos do artigo 18.°, n.° 10, as convenções são celebradas por prazo que não excede três anos, mas prorrogável. As convenções regulam as relações financeiras com a autoridade pública contratante, prevendo o pagamento através de reembolso das prestações individuais, com base em tabelas preestabelecidas, dentro dos limites previstos no PSA, que, em qualquer caso, cobrem os custos efectivos. Além disso, o artigo 18.°, n.° 11, dispõe que as convenções devem permitir à autoridade contratante o controlo dos componentes dos custos e da qualidade dos serviços prestados nos termos das convenções.

7. Na região da Lombardia, 425 de um total de 430 residências para idosos celebraram convenções com as várias USSL [11]. Cerca de 95% dos lugares disponíveis são proporcionados por residências convencionadas (14,5% no sector público, o restante em residências convencionadas privadas) [12].

8. A região financia os custos dos serviços de assistência de carácter sanitário (ou seja, os custos com o pessoal acima referido) nas residências convencionadas, até o máximo de 50 000 LIT diárias por cada pensionista em situação de incapacidade de vida autónoma, independentemente da sua situação de necessidade. Por outro lado, enquanto parte de um regime separado de assistência social, caso os residentes idosos sejam considerados

8 — As convenções relativas apenas a cuidados médicos regem-se pela Legge Regionale Lombardia n.° 833 de 3 de Dezembro de 1978.

9 — O PSA actualmente em vigor define entidades sem finalidade lucrativa como sendo as que, de acordo com os respectivos estatutos, não têm objectivos de natureza económica ou não distribuem os seus lucros pelos respectivos accionistas ou membros.

10 — Nos termos do artigo 18.°, n.° 9, da lei de 1980, a convenção estabelecerá a obrigação das entidades contratantes de prestarem os seus serviços aos grupos da população referidos nas convenções e de adequarem os procedimentos de admissão dos particulares destinatários dos serviços aos previstos para as estruturas e serviços públicos semelhantes.

11 — Números referidos pelos recorrentes no processo principal extraídos do *Bolletino Ufficiale della Regione Lombardia* de 12 de Janeiro de 1995, 3.° suplemento extraordinário.

12 — Números referidos pelos recorrentes no processo principal extraídos do Progetto Obiettivo Anziani Regione Lombardia, aprovado pelo Decreto n.° 48808 do Consiglio Regionale, de 1 de Março de 1994.

em estado de necessidade, os custos da sua estada nas residências são reembolsados total ou parcialmente pelas respectiva autarquias locais, dentro dos recursos disponíveis, independentemente da circunstância de as residências em questão terem ou não celebrado convenções com as USSL competentes [13]. As recorrentes no processo principal afirmam que os custos dos cuidados de saúde das residências para idosos incapazes, que são assumidos pela região no caso das residências convencionadas, atingem aproximadamente um terço dos custos totais [14].

9. A Sodemare SA, uma sociedade de direito luxemburguês, é a única proprietária de uma sociedade italiana, a Anni Azzurri Holding SpA, que, por sua vez, é proprietária de várias sociedades que gerem residências para pessoas idosas, incluindo a Residenze Anni Azzuri Rezzato Srl. A sociedade referida em último lugar está autorizada por decreto do presidente da província de Brescia a gerir uma estrutura protegida para pessoas em situação de incapacidade de vida autónoma [15]. Em 29 de Abril de 1993 solicitou ao conselho regional da Lombardia que lhe fosse passado um certificado de aptidão para celebrar uma convenção com a competente USSL Este pedido foi indeferido por despacho do Conselho Regional de 3 de Dezembro de 1993, nos termos do parecer negativo da USSL, pelo facto de a sociedade não ser uma entidade sem finalidade lucrativa, conforme dispõe o artigo 18.°, n.° 3, alínea a), da lei de 1980 [16]. A taxa de ocupação das três residências geridas na Lombardia pela Sodemare pelas suas filiais é de 45% (no caso da Residenze Anni Azzurri Rezzato Srl), 60% e 80%. A taxa de ocupação da sua residência sita na vizinha Regione Piemente, onde existem subsídios para os serviços de assistência social de carácter sanitário, é de 90%, enquanto o nível de ocupação das residências convencionadas na Lombardia era de 97,4% em 1995. Existem também na Lombardia listas de espera para lugares em residências convencionadas. Em resposta a uma questão colocada pelo Tribunal de Justiça, as recorrentes referiram que 2% dos seus residentes não eram italianos, e que, tendencialmente, permaneciam ali por períodos de um a três anos. Cerca de 10% do número, bastante maior, de pedidos de informações recebidos todos os anos é proveniente de residentes em outros Estados-Membros. Na audiência, o advogado das recorrentes referiu que um nacional comunitário não italiano permaneceu, no passado, durante um curto período de convalescência pós-operatória numa das residências das recorrentes, e que estas receberam um certo número de pedidos de informações relativas a estadas de curta duração.

10. As três sociedades acima referidas interpuseram recurso para o Tribunale amminis-

13 — Esta informação foi dada pelo Governo italiano em resposta a uma questão do Tribunal de Justiça.

14 — Este cálculo baseia-se em extrapolações feitas a partir do custo diário médio de estada calculado pelo ISTAT e da despesa nacional anual do FSN em subsídios para cuidados de saúde a residências. A proporção dos custos totais que representam as despesas com cuidados de saúde, calculada nesta base, é, no caso da Lombardia, superior a um terço.

15 — Decreto n.° 728/20/92 de 3 de Dezembro de 1992, adoptado nos termos do artigo 50.° da lei de 1986.

16 — Decisão n.° 2157 do conselho regional da Lombardia; parecer negativo n.° 41 da USSL constante da resolução n.° 1976 de 7 de Setembro de 1993.

trativo regionale per la Lombardia (a seguir «órgão jurisdicional nacional»), pedindo a anulação da decisão e do parecer negativo, bem como a não aplicação do artigo 18.°, n.° 3, alínea a), da lei de 1980. A Fédération des maisons de repos privées de Belgique ASBL (a seguir «Femarbel») interveio em apoio dos pedidos das recorrentes.

11. Por despacho de 2 de Março de 1995, o órgão jurisdicional nacional suspendeu a instância a fim de submeter ao Tribunal de Justiça um pedido prejudicial nos termos do artigo 177.° do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia (a seguir «Tratado»). No despacho de reenvio, o órgão jurisdicional nacional observa que as recorrentes, embora economicamente activas, operam abaixo do seu potencial. A taxa de ocupação das suas residências é baixo. Assim, o seu volume de negócios, na sua maior parte composto pelas retribuições pagas pelos pensionistas, está muito longe do nível óptimo. O órgão jurisdicional nacional salienta ainda que o efeito do artigo 18.° da lei de 1980 foi reservar substancialmente a prestação dos serviços de assistência em questão (os de carácter sanitário) às sociedades sem finalidade lucrativa [17]. Por último, «a reserva do financiamento para as sociedades sem finalidade lucrativa implica que aqueles que procuram a prestação de um serviço junto de uma sociedade com finalidade lucrativa têm de suportar um encargo financeiro a que não estão sujeitos os que procuram serviço idêntico junto de uma sociedade sem finalidade lucrativa».

17 — Este ponto de vista é acentuado na segunda questão, que se refere a toda uma categoria de serviços reservada a sociedades sem finalidade lucrativa.

12. O órgão jurisdicional nacional submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Se, com base no artigo 190.° 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 consequente 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.° 389: na fundamentação, n.° 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 contradição com o artigo 58.° 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.°, 58.° e 59.° 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.° 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.°, alínea f) [18], 5.°, 85.° e 86.° do Tratado, eventualmente conjugados com o artigo 90.°, 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,

18 — O artigo 3.°, alínea f), do Tratado CEE é o actual artigo 3.°, alínea g), do Tratado CE.

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.»

III — Observações apresentadas ao Tribunal

13. Foram apresentadas observações escritas pelas recorrentes no processo principal, pela Femarbel, pelos Governos italiano e neerlandês e pela Comissão. Foram apresentadas observações orais pelas recorrentes, pelo Governo italiano e pela Comissão.

IV — Análise

14. Abordaremos em primeiro lugar a questão da admissibilidade suscitada pelo Governo italiano. Analisaremos em seguida as questões submetidas pelo órgão jurisdicional nacional, pela ordem acima referida. Contudo, pelas razões adiante expostas, as segunda e terceira questões serão analisadas em conjunto.

A — *Quanto à admissibilidade*

15. O Governo italiano afirma que a terceira, a quarta e a quinta questões devem ser julgadas inadmissíveis, dado que o órgão jurisdicional nacional apresentou fundamentação superficial (no caso da terceira e quarta questões) ou não apresentou qualquer fundamentação (no caso da quinta) para o pedido de decisão prejudicial, remetendo, em vez disso, para os pedidos das partes no processo principal, que não estão reproduzidos no despacho de reenvio. Afirma que isso impede que os Estados-Membros interessados apre-

sentem observações [19]. Em nosso entender, este argumento não é aceitável. Os fundamentos pelos quais o órgão jurisdicional nacional submeteu ao Tribunal de Justiça a terceira questão são semelhantes aos subjacentes à segunda, ou seja, pretende saber se a concessão de benefícios a sociedades sem finalidade lucrativa constitui uma restrição à liberdade de estabelecimento das sociedades comerciais. No despacho de reenvio, o órgão jurisdicional nacional esclarece que a quarta questão se refere a potenciais residentes estabelecidos noutro Estado-Membro, cuja escolha de uma residência pode ser canalizada para determinados prestadores de serviços, dado o maior encargo financeiro suportado pelos que optam por sociedades comerciais. Embora o órgão jurisdicional nacional não apresente qualquer fundamentação específica para a quinta questão, a série de condições constantes da própria questão, vista à luz da matéria de facto do processo, torna clara a preocupação do órgão jurisdicional nacional quanto à possível aplicação à situação referida das normas comunitárias sobre a concorrência.

B — *A primeira questão*

16. Resulta do despacho de reenvio que esta questão se refere às medidas legislativas nacionais, em especial, às disposições da lei de 1980 [20]. As recorrentes no processo principal, o Governo italiano e a Comissão alegam que os Estados-Membros apenas são obrigados a fundamentar os actos que afectem o exercício dos direitos conferidos pelas normas comunitárias no caso de decisões de alcance individual. Contudo, afirmam que as disposições da lei de 1980 constituem uma decisão desse tipo, uma vez que, na realidade, se dirigem não à sociedade em geral mas a um número limitado de entidades que gerem residências para idosos. Em apoio desta afirmação invocam a analogia com o artigo 173.°, quarto parágrafo, do Tratado.

17. A obrigação de fundamentar as decisões nacionais que afectam o exercício de direitos conferidos pelas normas comunitárias não resulta de qualquer interpretação extensiva do artigo 190.° do Tratado, mas sim do princípio geral de direito comunitário, decorrente da tradição constitucional dos Estados-Membros, de que, em tal caso, os particulares devem poder interpor recurso judicial [21].

18. É importante fazer a distinção entre medidas legislativas de alcance geral e decisões de execução que afectam os particulares. Em nosso entender, a exigência de fundamentação de qualquer medida legislativa

19 — V. acórdão de 1 de Abril de 1982, Holdijk e o. (141/81, 142/81 e 143/81, Recueil, p. 1299, n.° 6).

20 — Nas presentes conclusões considera-se que as medidas nacionais incluem as adoptadas por autoridades públicas competentes a níveis inferiores ao do próprio Estado, tais como as autoridades regionais, provinciais ou locais.

21 — Acórdão de 15 de Outubro de 1987, Heylens e o. (C-222/86, Colect., p. 4097, n.os 14 e 15). V. também acórdãos de 19 de Março de 1991, Comissão/Bélgica (C-249/88, Colect., p. I-1275, n.° 25; de 7 de Maio de 1991, Vlassopoulou (C-340/89, Colect., p. I-2357, n.° 22), e de 31 de Março de 1993, Kraus, (C-19/92, Colect., p. I-1663, n.° 40).

nacional, mesmo que potencialmente susceptível de afectar o exercício de direitos conferidos pela legislação comunitária, constituiria uma ingerência injustificada e desnecessária na competência dos Estados-Membros. A violação do direito comunitário por medidas legislativas nacionais é determinada de acordo com critérios objectivos. Não se mostra que a efectiva protecção jurisdicional seja prejudicada com este entendimento.

C — *As segunda e terceira questões*

A relevância do artigo 58.° do Tratado

19. A lei de 1980 não constitui uma decisão de aplicação individual. A categoria de entidades que gerem residências para idosos na região da Lombardia é aberta [22]. Na verdade, o presente caso diz respeito, em larga medida, às condições de acesso a essa categoria de potenciais membros já estabelecidos noutros Estados-Membros.

20. Concluímos no sentido de que os Estados-Membros não são obrigados a fundamentar a adopção de actos legislativos de alcance geral, mesmo quando possam afectar o exercício de direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária.

21. Ao decidir o modo de abordagem destas questões é necessário clarificar o significado do artigo 58.° do Tratado, que é invocado isoladamente na segunda questão e também mencionado na terceira. Em nosso entender, o artigo 58.° refere-se apenas ao âmbito de aplicação pessoal do capítulo 2 do título III do Tratado. Tem a função de equiparar as sociedades, empresas e outras pessoas colectivas, à excepção das que não têm finalidade lucrativa (a seguir «sociedades comerciais»), às pessoas singulares nacionais dos Estados-Membros, para efeitos da liberdade de estabelecimento [23]. Assim, as sociedades, empresas e outras pessoas colectivas sem finalidade lucrativa não beneficiam da liberdade de estabelecimento. O artigo 58.° não afecta o âmbito de aplicação material da liberdade de estabelecimento. Tomando como exemplo as circunstâncias do presente caso, normas nacionais que conferem às sociedades sem finalidade lucrativa um tratamento diferente do das pessoas singulares ou das sociedades comerciais não estão excluídas, apenas por força do artigo 58.°, do âmbito de aplicação do capítulo 2 do título III do Tratado, se o seu efeito for o de restringir a liberdade de estabelecimento das sociedades referidas em último lugar. De outra forma, a mera exclusão de uma categoria de pessoas colectivas dos direitos conferidos pelo Tratado

22 — V. artigo 5.°, n.° 1, da lei de 1986, que é baseado no artigo 38.° da Constituição italiana. Sobre a distinção entre categorias fechadas e abertas no contexto do artigo 173.° do Tratado, v., por exemplo, acórdãos de 15 de Julho de 1963, Plaumann/Comissão (25/62, Colect. 1962-1964, p. 279), e de 7 de Dezembro de 1993, Federmineraria e o./Comissão (C-6/92, Colect., p. I-6357).

23 — Acórdão de 6 de Novembro de 1984, Fearon (182/83, Recueil, p. 3677, n.° 8).

afectaria o alcance dos direitos de que beneficiam as outras categorias. Para efeitos do presente processo, o artigo 58.° não confere direitos substantivos diferentes dos garantidos por outras disposições do capítulo 2, em especial pelo artigo 52.° Consequentemente, nesta parte da nossa análise, concentrar-nos-emos exclusivamente na resposta à terceira questão.

A relevância do artigo 59.° do Tratado

22. A terceira questão refere-se aos artigos 52.°, 58.° e 59.° do Tratado. O estabelecimento de uma empresa ou de um trabalhador independente num Estado-Membro é apreciado com base no carácter permanente das suas actividades em relação às de um prestador de serviços que se transfere apenas temporariamente para outro Estado-Membro para aí continuar a sua actividade. O estabelecimento é caracterizado pela participação, de um modo estável e continuado, de uma empresa ou de um trabalhador independente na vida económica de um Estado-Membro diferente do seu Estado de origem [24]. É, assim, claro que a Sodemare e as suas filiais, na medida em que desenvolvem uma actividade económica através da exploração com carácter continuado e estável das suas residências para idosos na Lombardia, devem ser consideradas como tendo aqui exercido o seu direito de estabelecimento e não uma prestação temporária de serviços a partir de outro Estado-Membro, como o Luxemburgo. Por esse motivo, teremos em consideração apenas os artigos 52.° e 58.° do Tratado na resposta a esta questão. A possibilidade de aplicação do artigo 59.° do Tratado às relações da Sodemare com os seus pensionistas e potenciais pensionistas de outros Estados-Membros diferentes da Itália será analisada na quarta questão [25].

Os sistemas de assistência social e o Tratado

23. Antes de prosseguirmos, é necessário analisar se o sistema convencional em vigor na Lombardia, na medida em que faz parte de um sistema de assistência social, escapa à aplicação das referidas disposições do Tratado. Tanto o Governo italiano como o Governo neerlandês invocam o acórdão Poucet e Pistre [26]. O Governo neerlandês, em especial, salienta que o acórdão Duphar e o. [27] confirma o princípio de que o direito comunitário não prejudica a competência dos Estados-Membros para organizarem os respectivos sistemas de assistência social.

24. No acórdão Höfner e Elser [28], o Tribunal decidiu que, no âmbito do direito da concor-

24 — V. acórdão de 30 de Novembro de 1995, Gebhard (C-55/94, Colect., p. I-4165, n.os 25 a 27).

25 — V. n.° 43 *infra*.

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

27 — Acórdão de 7 de Fevereiro de 1984 (238/82, Recueil, p. 523).

28 — Acórdão de 23 de Abril de 1991 (C-41/90, Colect., p. I-1979, n.° 21).

rência, o conceito de empresa abrange qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e modo de funcionamento. No acórdão Poucet e Pistre, já referido, duas entidades sem finalidade lucrativa dependentes do Estado exigiam o pagamento de contribuições obrigatórias para os respectivos sistemas de assistência que geriam. Essas exigências foram contestadas com o fundamento de que esse sistema era contrário ao direito comunitário da concorrência; C. Poucet e D. Pistre invocaram o direito de celebrar contratos de seguro privados semelhantes. Porém, o Tribunal de Justiça reiterou o princípio enunciado no acórdão Duphar e decidiu que as entidades em questão não exerciam uma actividade económica. O sistema de contribuições obrigatórias era indispensável para a realização do princípio da solidariedade e para a função exclusivamente social desempenhada por aqueles regimes. Daqui resultava, no que respeita a um dos sistemas, uma redistribuição de rendimentos e, no que respeita ao outro, o financiamento das pensões aos trabalhadores em situação de reforma através dos trabalhadores em actividade, bem como a solidariedade entre os regimes, com base na qual os excedentes seriam transferidos de um regime para outro quando disso houvesse necessidade. A gestão prática dos regimes, no que respeita aos níveis de contribuições e de prestações, era regida em pormenor por lei [29].

25. Apesar de o acórdão Poucet e Pistre dizer expressamente respeito às normas da concorrência, é evidente que a análise ali desenvolvida tem uma aplicação mais ampla. No acórdão García e o. [30], o Tribunal de Justiça acolheu a opinião do advogado-geral G. Tesauro de que a terceira directiva sobre o seguro não vida [31] não podia regulamentar a matéria da segurança social por ter sido adoptada «... com base em disposições do Tratado destinadas à realização da liberdade de estabelecimento e de livre prestação de serviços (artigos 57.°, n.° 2 e 66.°)», ao passo que «a matéria da segurança social continua a ser regida por disposições diferentes e específicas» [32].

26. O princípio da solidariedade constituiu um elemento essencial em ambos os processos referidos. Ao contrário do acórdão Poucet e Pistre, o Tribunal de Justiça considerou, noutro acórdão, que um organismo sem fins lucrativos, que gere um regime de seguro de velhice destinado a completar um regime de base obrigatório, instituído pela lei a título facultativo para agricultores que trabalham por conta própria, em que os elementos de solidariedade têm um alcance extremamente limitado, exerce uma actividade económica em concorrência com as companhias de seguro de vida [33].

27. Consequentemente, os Estados-Membros têm liberdade para organizar os seus sistemas de segurança social, e

29 — Nos n.os 62 a 64 das suas conclusões relativas ao acórdão de 14 de Dezembro de 1995, Van Schinjel e Van Veern (C-430/93 e C-431/93, Colect., p. I-4705), o advogado-geral F. G. Jacobs aplicou a análise do acórdão Poucet e Pistre a um regime diferente. O Tribunal de Justiça não se pronunciou sobre este ponto.

30 — Acórdão de 26 de Março de 1996 (C-238/94, Colect., p. I-1673, n.° 13).

31 — Directiva 92/49/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao seguro directo não vida e que altera as Directivas 73/239/CEE e 88/357/CEE (terceira directiva «seguro não vida») (JO L 228, p. 1).

32 — N.° 9 das conclusões.

33 — Acórdão de 16 de Novembro de 1995, Fédération française des sociétés d'assurance e o. (C-244/94, Colect., p. I-4013).

«... substituição das instituições de segurança social aos trabalhadores, quanto à tomada a cargo dos custos médicos...», pelo que essas instituições determinam em larga medida as possibilidade de comercialização de produtos farmacêuticos, «... não poderá, *em si mesmo*, considerar-se como constituindo uma restrição à liberdade de importação garantida pelo artigo 30.° do Tratado, *se certas condições se acharem reunidas*» [34].

28. Daqui não decorre, porém, que os sistemas de assistência dos Estados-Membros, organizados com base no princípio da solidariedade, estejam, apesar disso, dispensados da observância das regras do Tratado. Os Estados-Membros não podem fazer discriminação relativamente às importações de medicamentos cujo custo seja reembolsado [35]. Da mesma forma, as normas que especificam as condições a que devem obedecer os laboratórios para obterem o reembolso do custo de análises clínicas [36] ou as condições a satisfazer pelas sociedades que pretendam apresentar propostas de fornecimento de sistemas informáticos às autoridades públicas, incluindo as autoridades de saúde pública, deverão excluir a discriminação com base na nacionalidade [37], tal como as normas sobre o emprego no âmbito desses sistemas [38]. As normas de execução dos sistemas nacionais de assistência social relativas a contribuições ou a prestações não podem fazer discriminação com base na nacionalidade, na medida em que afectem o exercício dos direitos conferidos pela legislação comunitária [39], nem impor restrições à livre circulação [40].

29. Desta jurisprudência muito diversa podem ser extraídas algumas conclusões para efeitos de aplicação do artigo 52.° do Tratado. Em primeiro lugar, a existência de sistemas de assistência social instituídos pelos Estados-Membros com base no princípio da solidariedade não constitui, enquanto tal, uma actividade económica, de modo que qualquer restrição daí decorrente sobre a

34 — Acórdão Duphar e o., já referido, n.os 16 e 20, sublinhado nosso. Por razões semelhantes, o Tribunal de Justiça decidiu que cursos leccionados no âmbito do sistema educativo de um Estado-Membro, instituídos e mantidos no cumprimento dos seus deveres para com os cidadãos nas áreas social, cultural e educativa, e não com finalidade lucrativa, financiados por recursos públicos e não pelos alunos ou pelos seus pais, não podem ser considerados prestações de serviços para efeitos do artigo 59.° do Tratado: acórdãos de 27 de Setembro de 1988, Humbel (263/86, Colect., p. 5365, n.os 17 a 20), e de 7 de Dezembro de 1993, Wirth (C-109/92, Colect., p. I-6447, n.° 15).

35 — Acórdão Duphar e o., já referido na nota 7, n.os 16 e 21, e acórdão de 19 de Março de 1991, Comissão/Bélgica, já referido na nota 21, n.° 31.

36 — Acórdão de 12 de Fevereiro de 1987, Comissão/Bélgica (221/85, Colect., p. 719, n.os 9 a 11).

37 — Acórdão de 5 de Dezembro de 1989, Comissão/Itália (C-3/88, Colect., p. 4035, n.os 2 e 9).

38 — Acórdãos de 3 de Junho de 1986, Comissão/França (307/84, Colect., p. 1725), que diz respeito à situação das enfermeiras no sistema de saúde público, de 2 de Julho de 1996, Comissão/Luxemburgo (C-473/93, Colect., p. I-3207), que diz respeito aos cargos na educação e nos sistemas de saúde públicos.

39 — V. acórdãos de 14 de Janeiro de 1988, Comissão/Itália (63/86, Colect., p. 29), e de 14 de Novembro de 1995, Svensson e Gustavsson (C-484/93, Colect., p. I-3955), que dizem respeito ao acesso à assistência social para habitação, bem como o acórdão de 2 de Fevereiro de 1989, Cowan (186/87, Colect., p. 195), que diz respeito à indemnização pelo Estado às vítimas de crimes. Nos três processos, as autoridades nacionais invocaram, sem êxito, objectivos de ordem social da respectiva legislação, ou o princípio da solidariedade: v. n.os 11, 13 e 16 dos três acórdãos, respectivamente.

40 — O artigo 51.° do Tratado contém uma disposição expressa relativa a esta condição no que respeita à liberdade de circulação dos trabalhadores, que foi também aplicada pelo Tribunal de Justiça relativamente à liberdade de estabelecimento: v. acórdão de 10 de Julho de 1986, Segers (79/85, Colect., p. 2375, n.° 17) e os acórdãos 7 de Julho de 1988, Stanton (143/87, Colect., p. 3877), e Wolf e o. (154 e 155/87, Colect., p. 3897), nos quais o Tribunal (n.° 10 de ambos os acórdãos) afirma que, embora os Estados-Membros, na ausência de regulamentação comunitária sobre esta matéria, mantenham competência legislativa no domínio da segurança social dos trabalhadores por conta própria, estão, apesar disso, obrigados a observar o previsto no artigo 52.° do Tratado no que respeita à eliminação das restrições à liberdade de estabelecimento.

livre circulação de mercadorias, serviços ou pessoas não pode implicar a aplicação das disposições do Tratado. A solidariedade social tem em vista o acto intrinsecamente sem natureza comercial de um grupo social ser involuntariamente subsidiado por outro. As regras estreitamente ligadas ao financiamento destes regimes escaparão mais facilmente ao âmbito de aplicação das disposições do Tratado relativas ao estabelecimento e aos serviços. Assim, a prossecução de objectivos de ordem social com base no princípio da solidariedade pode conduzir os Estados-Membros a impedir total ou parcialmente o acesso dos operadores económicos privados às operações dos regimes de segurança social.

30. Em segundo lugar, as relações de outras entidades, tais como fornecedores de bens e serviços, com os referidos sistemas de assistência social podem, apesar disso, ter natureza económica. O direito comunitário impõe que esses sistemas respeitem as regras do Tratado na medida em que afectem as actividades económicas de modo não essencial à prossecução dos seus objectivos de ordem social. Nos processos referidos no n.º 28 *supra*, as normas concretas em causa podiam estar submetidas às normas do Tratado relativas à livre circulação sem prejudicar a operacionalidade do sistema. Assim, na medida em que os Estados-Membros permitam que operadores económicos privados integram os seus sistemas de assistência social, com eles acordem o fornecimento de determinadas prestações ou subsidiem as actividades de natureza social dos mesmos operadores, devem, em princípio, observar as normas do Tratado relativas, *inter alia*, à liberdade de estabelecimento.

31. Consideramos que ao presente processo se aplicam as normas do Tratado. Os custos suportados pelas residências convencionadas, ao prestarem serviços de assistência de carácter sanitário, são reembolsados através de fundos públicos, com base no princípio da solidariedade entre a população em geral e os membros mais idosos da sociedade. Porém, ao contrário do que sucedia no processo Poucet e Pistre, nem o financiamento deste elemento do sistema de assistência social nem o nível exigido das prestações fornecidas pelas residências convencionadas serão afectados se as regras relativas à idoneidade para celebrar convenções com as USSL estiverem sujeitas às disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento. A autorização para gerir a residência depende da observância de critérios relativos à assistência e aos níveis das instalações e do pessoal, especificados pelas autoridades públicas, independentemente da finalidade lucrativa ou não do seu proprietário. Os requisitos mais elevados exigidos às residências convencionadas não contrariam isto. Para além de terem de ser cumpridos os requisitos básicos previstos nos regulamentos, as residências convencionadas que não pertençam ao sector público *sensu stricto* têm uma gestão independente. Além disso, há que observar que os cuidados de saúde constituem apenas uma parte da actividade das referidas residências. Os aspectos das suas actividades que dizem respeito à estada dos pensionistas estão, conforme foi salientado, sujeitos a um regime de assistência social diferente, baseado nos rendimentos, pelo que os pensionistas das residências convencionadas que não se encontrem em

estado de necessidade têm de suportar o custo integral das respectivas instalações.

A existência de discriminação

32. Analisaremos agora se o facto de reservar aos organismos privados sem finalidade lucrativa a possibilidade de celebrar convenções com as USSL para prestação de serviços de assistência social de carácter sanitário, nos termos do artigo 18.°, n.° 3, da lei de 1980, constitui discriminação com base na nacionalidade, incompatível com a liberdade de estabelecimento. A disposição tem uma redacção neutral, na medida em que se não refere à nacionalidade ou (no caso das sociedades) ao local da sede social [41] dos proprietários das residências convencionadas. Contudo, o princípio da igualdade de tratamento, de que o artigo 52.° representa uma concretização, proíbe não apenas a discriminação ostensiva em função da nacionalidade, mas também as formas dissimuladas de discriminação que, através da aplicação de outros critérios de distinção, conduzem, de facto, ao mesmo resultado [42]. O Tribunal de Justiça salientou por diversas vezes que os artigos 48.°, 52.° e 59.° do Tratado se baseiam nos mesmos princípios no que se refere à proibição da discriminação com base na nacionalidade; recorreremos, por isso, à jurisprudência relativa a cada uma das áreas, a fim de identificar o que se entende por discriminação encoberta ou indirecta [43].

33. O Tribunal de Justiça teve ocasião, no processo O'Flynn [44], de analisar os vários tipos de circunstâncias de facto apreciadas na jurisprudência do Tribunal de Justiça em que se entendeu existir discriminação indirecta dos trabalhadores com base na nacionalidade:

«18. Assim, devem ser consideradas indirectamente discriminatórias as condições do direito nacional que, ainda que indistintamente aplicáveis segundo a nacionalidade, afectem essencialmente [45] ou na sua grande maioria os trabalhadores migrantes [46], bem como as condições indistintamente aplicáveis que possam ser mais facilmente preenchidas pelos trabalhadores nacionais do que pelos trabalhadores migrantes [47] ou ainda que possam actuar particularmente em detrimento dos trabalhadores migrantes [48].

41 — O local da sede de uma sociedade, embora indicando na maior parte dos casos a sua «nacionalidade», pode, em determinadas circunstâncias, ser facilmente equiparado ao local de residência das pessoas singulares, o que pode constituir um fundamento para distinção, por exemplo na área tributária. V. acórdão de 28 de Janeiro de 1986, Comissão/ /França (270/83, Colect., p. 273, n.os 18 e 19).

42 — Acórdãos de 29 de Outubro de 1980, Boussac (22/80, Recueil, p. 3427, n.° 7); de 5 de Dezembro de 1989, Comissão/Itália, já referido na nota 37, n.° 8, e de 12 de Abril de 1994, Halliburton (C-1/93, Colect., p. I-1137, n.° 15).

43 — Acórdãos de 8 de Abril de 1976, Royer (48/75, Colect., p. 221, n.° 23); 20 de Maio de 1992, Ramrath (C-106/91, Colect., p. I-3551, n.° 17), e de 27 de Junho de 1996, Asscher (C-107/94, Colect., p. I-3089, n.° 29).

44 — Acórdão de 23 e Maio de 1996 (C-237/94, Colect., p. I-2617). As notas de rodapé que se seguem são referências à jurisprudência constantes do texto original.

45 — V. acórdãos de 15 de Janeiro de 1986, Pinna (41/84, Colect., p. 1, n.° 24); de 30 de Maio de 1989 Allué e Coonan (33/88, Colect., p. 1591, n.° 12), e de 21 de Novembro de 1991, Le Manoir (C-27/91, Colect., p. I-5531, n.° 11).

46 — V. acórdãos de 17 de Novembro de 1992, Comissão/Reino Unido (C-279/89, Colect., p. I-5785, n.° 42), e de 20 de Outubro de 1993, Spotti (C-272/92, Colect., p. I-5185, n.° 18).

47 — V. acórdãos de 10 de Março de 1993, Comissão/ /Luxemburgo (C-111/91, Colect., p. I-817, n.° 10), e de 4 de Outubro de 1991, Paraschi (C-349/87, Colect., p. I-4501, n.° 23).

48 — V. acórdãos de 8 de Maio de 1990, Biehl (C-175/88, Colect., p. I-1779, n.° 14), e de 28 de Janeiro de 1992, Bachmann (C-204/90, Colect., p. I-249, n.° 9).

19. As coisas só se apresentam diferentemente se estas disposições se justificarem por considerações objectivas, independentes da nacionalidade dos trabalhadores em causa, e se forem proporcionadas ao objectivo legitimamente prosseguido pelo direito nacional [49].

20. Resulta do conjunto desta jurisprudência que, a menos que seja objectivamente justificada e proporcionada ao objectivo prosseguido, uma disposição de direito nacional deve ser considerada indirectamente discriminatória desde que seja susceptível, pela sua própria natureza, de afectar preponderantemente os trabalhadores migrantes, em comparação com os trabalhadores nacionais, e que, em consequência, acarrete o risco de desfavorecer mais particularmente os primeiros.

21. Não é necessário, a este respeito, determinar que a disposição em causa afecta, na prática, uma proporção substancialmente mais importante de trabalhadores migrantes. Basta verificar que esta disposição é susceptível de produzir esse efeito. Deve acrescentar-se que os motivos pelos quais um trabalhador migrante escolhe fazer uso da sua liberdade de circulação no interior da Comunidade não podem ser tomados em consideração para apreciar a natureza discriminatória de uma disposição nacional. Com efeito, a possibilidade de exercer uma liberdade tão fundamental como a liberdade de circulação das pessoas não pode ser limitada por tais considerações, de ordem puramente subjectiva.»

34. No que respeita à liberdade de estabelecimento, o Tribunal de Justiça identificou como potencialmente discriminatória uma legislação que «... cria o risco de funcionar principalmente em detrimento dos nacionais de outros Estados-Membros» [50], e que «... favorece essencialmente as sociedades italianas» [51]. O Tribunal de Justiça considerou que isto se verifica quando uma norma nacional favorece um tipo de sociedade essencialmente nacional, embora nem todas as sociedades nacionais que operam no sector em causa retirem benefícios da medida em questão [52]. Ainda sobre esta matéria, é também isso o que sucede quando as sociedades nacionais favorecidas estão concentradas numa parte do Estado-Membro em questão [53]. Os critérios que foram identificados como potenciais fontes de discriminação indirecta incluem o lugar de residência dos trabalhadores não assalariados, ou a sede principal das sociedades [54], a propriedade de empresas pelo Estado [55] e a posse de habilitações obtidas num determinado Estado-Membro equi-

49 — V., neste sentido, acórdãos Bachmann, já referido na nota 48, n.° 27; Comissão/Luxemburgo, já referido na nota 47, n.° 12, e de 2 de Agosto de 1993, Alluè e o. (C-259/91, C-331/91 e C-332/91, Colect., p. I-4309, n.° 15).

50 — Acórdão Asscher, já referido na nota 43, n.° 38.

51 — Acórdão de 5 de Dezembro de 1989, Comissão/Itália, já referido na nota 37, n.° 9.

52 — Acórdão de 5 de Dezembro de 1989, Comissão/Itália, já referido na nota 37, no qual foram excluídas da celebração de contratos com o Estado as sociedades italianas de processamento de dados nos quais não existia participação do Estado, bem como as sociedades não italianas; v. também acórdão de 25 de Julho de 1991, Comissão/Países Baixos (C-353/89, Colect., p. I-4069, n.° 25).

53 — Acórdão de 3 de Junho de 1992, Comissão/Itália (C-360/89, Colect., p. I-3401, n.os 8 e 9).

54 — Acórdãos Halliburton, já referido na nota 42; de 13 de Julho de 1993, Commerzbank (C-330/91, Colect., p. I-4017); de 11 de Agosto de 1995, Wielockx (C-80/94, Colect., p. I-2493), e Asscher, já referido na nota 43.

55 — Acórdão de 5 de Dezembro de 1989, Comissão/Itália, já referido na nota 37.

valentes às concedidas em outros Estados-Membros [56]. O que interessa para o presente caso não é a distinção entre organismos comerciais e organismos sem finalidade lucrativa enquanto tais, mas antes saber se o tipo de entidade privilegiada é essencialmente nacional em relação aos restantes tipos. Se um Estado-Membro reservar um tratamento particular, para as favorecer ou prejudicar, a uma ou mais formas jurídicas de entre as múltiplas categorias de sociedades, por quotas, por acções, associações de empresas, sociedades de direito público e de direito privado, de responsabilidade limitada ou ilimitada, terá também de apresentar uma justificação objectiva se o resultado da escolha resultar, de facto, num tratamento favorável para os seus nacionais.

35. O órgão jurisdicional nacional observa, no despacho de reenvio, que o efeito do artigo 18.° da lei de 1980 é, essencialmente, o de reservar a prestação dos serviços de saúde em questão às sociedades sem finalidade lucrativa, razão pela qual as residências geridas pelas recorrentes operam bastante abaixo da respectiva capacidade. Este efeito corresponde ao número muito reduzido de residências para idosos não convencionadas. Esta legislação, em nosso entender, favorece, por isso, as entidades nacionais. É certo que existem organizações de beneficência internacionais, e algumas actuam no sector da assistência a idosos, mas «a caridade começa em casa», e a maior parte das iniciativas de caridade neste campo tem lugar a nível nacional, regional ou local. É certamente este o caso na Lombardia, uma vez que todas as residências convencionadas são geridas por entidades sediadas na região. Assim, somos levados a concluir que as sociedades não italianas não estarão dispostas a optar por uma forma jurídica sem finalidade lucrativa, a fim de poderem operar na Lombardia [57]. Tal como no acórdão O'Flynn, não se devem comparar os objectivos das sociedades comerciais com os das sociedades sem finalidade lucrativa [58]. Como vimos, é também irrelevante que as sociedades comerciais italianas não possam celebrar convenções com as USSL da Lombardia, ou que as sociedades sem finalidade lucrativa de outras regiões italianas não sejam mais atraídas a estabelecerem-se na Lombardia do que sociedades com sede noutros Estados-Membros [59].

Diferenças objectivas e justificação

36. «Nos termos de uma jurisprudência constante, uma discriminação consiste na aplicação das regras diferentes a situações comparáveis ou na aplicação da mesma regra a situações diferentes» [60]. Uma diferença de

56 — Acórdão de 28 de Abril de 1977, Thieffry (71/76, Colect., p. 277). Isto resulta implicitamente da fundamentação do acórdão do Tribunal de Justiça, que considerou que o acórdão em questão representava uma restrição à liberdade de estabelecimento, após citar (n.° 13) o título III, alínea b), do programa geral para a supressão das restrições da liberdade de estabelecimento, adoptado pelo Conselho em 18 de Dezembro de 1961, dando cumprimento ao disposto no artigo 54.° do Tratado (JO L 1962, p. 36; EE 06 F1 p. 8), que se refere à discriminação indirecta. O advogado-geral H. Mayras qualifica-a expressamente como «discriminação disfarçada», p. 790 das suas conclusões.

57 — Isto é muito diferente do argumento apresentado pelos recorrentes no processo principal, segundo o qual o facto de as sociedades sem finalidade lucrativa não beneficiarem da liberdade de estabelecimento significa que qualquer sociedade não italiana que pretenda optar por esta forma jurídica pode ser excluída de Itália. Na realidade, afigura-se que a lei italiana não põe obstáculos ao estabelecimento de sociedades estrangeiras sem finalidade lucrativa.

58 — V. n.° 21 do acórdão, já referido na nota 44.

59 — V. os acórdãos de 5 de Dezembro de 1989 e de 3 de Junho de 1992, Comissão/Itália, respectivamente referidos nas notas 37 e 53; estes acórdãos foram analisados no n.° 34 *supra*.

60 — Acórdão Wielockx, já referido na nota 54, n.° 17; acórdão Asscher, já referido na nota 43, n.° 40.

tratamento entre estas duas categorias de contribuintes «... pode ser qualificada de discriminação, na acepção do Tratado, quando não exista qualquer diferença objectiva de situação susceptível de justificar diferenças de tratamento *quanto a este aspecto* entre as duas categorias de contribuintes» [61]. Consequentemente, embora existam diferenças evidentes entre as sociedades comerciais e as sociedades sem finalidade lucrativa, é necessário analisar se existem diferenças objectivas que justifiquem a diferença de tratamento em questão no presente processo [62].

37. No que respeita à prestação de serviços de assistência social de carácter sanitário financiados por fundos públicos, as sociedades comerciais e as sociedades sem finalidade lucrativa podem, em nosso entender, desempenhar a mesma função. Ambas estão sujeitas a autorização para gerir residências para idosos, nos termos do artigo 50.° da lei de 1986 e das disposições específicas dos PSA. Estas disposições definem os critérios dos cuidados de saúde e de equipamento a observar pelas residências, independentemente da sua propriedade. Contrariamente ao que pretende o Governo italiano, é irrelevante que as residências convencionadas tenham de observar padrões mais altos no que respeita aos níveis de pessoal competente para cuidados de saúde. Mesmo que uma sociedade comercial pretenda observar esses requisitos, ser-lhe-á impedida a celebração de uma convenção. O presente processo não diz respeito a diferenças objectivas entre as partes interessadas. Em vez disso, a diferença nos padrões de cuidados de saúde impostos às residências convencionadas e não convencionadas deriva do mesmo regime legal que dá origem à discriminação. Além disso, os custos dos cuidados de saúde das residências convencionadas são totalmente reembolsados, dentro de determinados limites. Não foi referido que exista qualquer relação entre os custos adicionais impostos pelos níveis de pessoal mais elevados e o reembolso. Não existe diferença concreta entre os cuidados que não tem a ver com a saúde (por exemplo, relativos à estada) prestados pelas entidades comerciais e pelas entidades sem finalidade lucrativa, uma vez que lhes é exigido que executem as mesmas tarefas e que observem os mesmos critérios, e que estão sujeitas ao mesmo regime de reembolso relativamente aos pensionistas em estado de necessidade.

38. O Governo italiano pretendeu justificar a diferença de tratamento com base no princípio da solidariedade social através da referência, *inter alia*, ao artigo 38.° da Constituição italiana, e ao poder discricionário

61 — Acórdão Asscher, já referido na nota 43, n.° 42, sublinhado nosso. Do mesmo modo, um benefício fiscal reservado às sociedades com sede num Estado-Membro pode ser discriminatório relativamente às sociedades com sede noutros Estados-Membros, na medida em que estas tenham normalmente domicílio fiscal fora do primeiro Estado-Membro, a não ser que exista uma diferença objectivamente relevante entre as duas categorias: acórdão Commerzbank, já referido na nota 54, n.os 15 e 16.

62 — No acórdão Comissão/Países Baixos, já referido na nota 52, o Tribunal considerou como restrição à livre prestação de serviços uma norma neerlandesa que não permitia que terceiros auferissem lucros da publicidade televisiva transmitida de outros Estados-Membros para os Países Baixos, dado que obrigava os operadores estrangeiros a obedecerem ao modelo neerlandês. O Tribunal salientou que «para garantir o pluralismo que deseja manter, o Governo neerlandês pode muito bem limitar-se a elaborar o estatuto dos seus próprios organismos de modo adequado» (n.° 42). Embora esta afirmação reflita o princípio de que os Estados-Membros têm maior liberdade para disciplinar a actividade das empresas com sede no seu território do que a de sociedades que efectuam prestações a partir do território de outro Estado-Membro, cuja disciplina no interesse geral pode ser garantida pelo Estado-Membro a que pertencem, isso não implica que uma norma nacional que favoreça as sociedades sem finalidade lucrativa não possa constituir restrição à liberdade de estabelecimento.

conferido às regiões para limitarem o acesso ao regime de convenção às entidades que prosseguem prioritariamente objectivos de natureza social. Assim, os fundos públicos são gastos exclusivamente na cobertura dos custos básicos com a prestação de cuidados de saúde aos residentes pensionistas nas residências para idosos, sem que haja desvio de recursos para proporcionar lucros aos seus proprietários. Na audiência, o Governo italiano apontou o tradicional papel social das instituições religiosas de caridade, que são consideradas mais empenhadas na assistência aos necessitados do que as sociedades comerciais. Como se trata de entidades sem finalidade lucrativa, os subsídios por parte da região constituem uma importante fonte de financiamento. Além disso, os cuidados de saúde, neste caso, não podem ser financiados mediante outros lucros provenientes de outros sectores das respectivas actividades.

qualquer elemento de lucro relativo à prestação de cuidados de saúde, e de as colocar em plano de igualdade, sob este aspecto, com as residências sem finalidade lucrativa existentes. Na verdade, esta exigência parece estar já implícita no artigo 18.°, n.os 10 e 11, da lei de 1980. Uma abordagem deste tipo será mais transparente e menos restritiva do exercício dos direitos conferidos pela legislação comunitária do que a pura exclusão do regime de convenção. As residências com gestão comercial podem continuar a prosseguir finalidades lucrativas no que respeita aos aspectos da sua actividade relacionados apenas com a estada, ou aos cuidados de saúde prestados aos pensionistas e suportados por estes. Em quarto lugar, a admissão das sociedades comerciais ao regime de convenção não provocaria a exclusão do sistema das instituições de caridade tradicionais.

A relevância do artigo 90.°, n.° 2, do Tratado

39. Em nosso entender, o Governo italiano não conseguiu demonstrar que a decisão da região da Lombardia de excluir do reembolso de cuidados sanitários as residências com gestão comercial seja justificada. Em primeiro lugar, é importante lembrar que as residências com gestão comercial estão autorizadas a prestar assistência a idosos no que se refere à sua estada, incluindo os cuidados de saúde em questão, e isto, como salienta o Governo italiano, é garantido pela Constituição italiana. Em segundo lugar, os padrões mais altos que se referiu serem exigidos às residências convencionadas seriam também aplicáveis às residências com gestão comercial, caso estas fossem admitidas ao regime de convenção. Em terceiro lugar, nada impede que a região reembolse as residências com gestão comercial de uma forma que exclua

40. É necessário analisar de forma breve a eventual aplicação do artigo 90.°, n.° 2, do Tratado no contexto de uma restrição à liberdade de estabelecimento. Mesmo que se aceitasse que o artigo 90.°, n.° 2, permite derrogações a todas as normas do Tratado [63], e mesmo que as residências convencionadas

63 — V. acórdãos de 19 de Março de 1991, França/Comissão (C-202/88, Colect., p. I-1223, n.° 12); de 10 de Dezembro de 1991, Merci convenzionali porto di Genova (C-179/90, Colect., p. I-5899, n.° 27); de 19 de Maio de 1993, Corbeau (C-320/91, Colect., p. I-2533, n.° 14); comparar com o acórdão de 10 de Julho de 1984, Campus Oil e o. (72/83, Recueil, p. 2727, n.° 19). Esta jurisprudência foi analisada nas conclusões apresentadas pelo advogado-geral G. Cosmas em 26 de Novembro de 1996, nos processos apensos C-157/94 a C-160/94, Comissão/Países Baixos, Itália, França e Espanha, n.os 86 a 90, nas quais concluí que o artigo 90.°, n.° 2, deve ser aplicável no que respeita às normas do Tratado sobre a livre circulação de mercadorias.

devessem ser consideradas empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral, não pensamos que isso iria alterar a análise acima realizada. O artigo 90.°, n.° 2, permite derrogações apenas na medida em que a aplicação do disposto no Tratado constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular confiada às empresas em questão. Já salientámos, no n.° 31, que nem o financiamento dos serviços de assistência social de carácter sanitário prestados nas residências para idosos nem o nível exigido das prestações são prejudicados pela aplicação à região da Lombardia das normas do Tratado sobre a liberdade de estabelecimento. No n.° 37 referimos que não existe qualquer diferença objectiva entre as residências sem finalidade lucrativa e as que têm gestão comercial no que respeita à prestação de serviços impostos por lei que justifique a exclusão do regime de convenção das residências com gestão comercial. Nestas circunstâncias, não se verifica a condição para aplicação do artigo 90.°, n.° 2, do Tratado.

Conclusões relativas às segunda e terceira questões

41. Da análise que antecede concluímos que a reserva para os organismos privados sem finalidade lucrativa do direito à celebração de convenções com as USSL para prestação de serviços de assistência social de carácter sanitário constitui uma discriminação indirecta com base na nacionalidade, sendo, por isso, uma restrição proibida à liberdade de estabelecimento.

D — *A quarta questão*

42. Para responder à quarta questão, é necessário averiguar se as recorrentes no processo principal podem invocar as disposições do Tratado relativas à livre prestação de serviços. Em nosso critério, não é esse o caso.

43. Resulta claramente, *inter alia*, do acórdão Alpine Investments 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 noutro Estado-Membro» [64]. Esse ponto de vista não é incompatível com o que foi afirmado no processo Gebhard, no sentido de que as «... disposições relativas aos serviços apenas são aplicáveis caso as relativas ao direito de estabelecimento o não sejam» [65]. O modo de ver expresso em último lugar, que corresponde ao já referido

64 — Acórdão de 10 de Maio de 1995 (C-384/93, Colect., p. I-1141, n.° 30); v. também acórdãos de 13 de Dezembro de 1989, Corsica Ferries France (C-49/89, Colect., p. I-4441, n.os 10 e 11); de 17 de Maio de 1994, Corsica Ferries Italia (C-18/93, Colect., p. I-1783, p. 30); de 14 de Julho de 1994, Peralta (C-379/92, Colect., p. I-3453, n.° 48), e de 5 de Outubro de 1994, Comissão/França (C-381/93, Colect., p. I-5145, n.° 14).

65 — Já referido na nota 24, n.° 22.

no n.º 22 destas conclusões, indica que uma empresa considerada estabelecida num Estado-Membro diferente daquele a que pertence não pode, simultaneamente, ser considerada prestadora de serviços neste Estado. Pode, porém, a partir deste Estado prestar serviços num terceiro Estado-Membro (ou mesmo no seu Estado de origem), ou a pessoas residentes nesse terceiro Estado ou no seu Estado de origem, sendo então aplicáveis os artigos 59.º e 60.º

44. Apesar disso, não consideramos que a actividade das recorrentes constitua prestação de serviços a pessoas estabelecidas em Estados-Membros que não o da Itália. As recorrentes no processo principal afirmam que 2% dos seus pensionistas são cidadãos não italianos, que ali permanecem por períodos de um a três anos, enquanto 10% dos pedidos de informações recebidos todos os anos provêem de pessoas que residem noutros Estados-Membros. As recorrentes afirmam que prestam serviços equivalentes aos de um hotel, e que as pessoas que residem em outros Estados-Membros têm o direito, conferido pela legislação comunitária, de se dirigirem à Itália para que lhes sejam prestados esses serviços [66]. Não consideramos esta analogia convincente, dado que a duração da estada dos pensionistas nas residências das recorrentes é normalmente bastante mais longa do que no caso de estadas em hotéis.

66 — Acórdão de 31 de Janeiro de 1984, Luisi e Carbone (286/82 e 26/83, Recueil, p. 377, n.º 10).

45. No acórdão Debauve e o. [67], o Tribunal de Justiça declarou que «... as disposições do Tratado relativas à livre prestação de serviços não poderiam aplicar-se às actividades em que todos os elementos pertinentes se fixam num só Estado-Membro» [68]. No acórdão Steymann [69], o Tribunal de Justiça decidiu que «... resulta da própria redacção do artigo 60.º que uma actividade exercida a título permanente ou, em todo o caso, sem limitação previsível de duração não pode caber no âmbito das disposições comunitárias relativas às prestações de serviços. Em contrapartida, tais actividades podem caber no âmbito de aplicação, consoante os casos, dos artigos 48.º a 51.º e 52.º a 58.º do Tratado». Concluiu que «... os artigos 59.º e 60.º do Tratado não visam a situação do nacional de um Estado-Membro que se desloca para um território de um outro Estado-Membro e aí estabelece a sua residência principal, com o objectivo de fornecer ou *beneficiar de prestações* de serviços durante um período indeterminado» [70].

46. Não vemos motivo para nos desviarmos desta jurisprudência. Em primeiro lugar, ela respeita a letra do artigo 59.º do Tratado, que se refere a prestadores de serviços «... estabelecidos num Estado da Comunidade que não seja o do destinatário da prestação». São permitidas excepções a esta exigência literal apenas na medida em que todos os elementos relevantes para a actividade em causa se não

67 — Acórdão de 18 de Março de 1980 (52/79, Recueil, p. 833).

68 — N.º 9 do acórdão; v. também acórdão de 26 de Fevereiro de 1991, Comissão/França (C-154/89, Colect., p. I-659, n.º 9). No n.º 14 das suas conclusões relativas ao acórdão Cowan, já referido na nota 39, o advogado-geral C. O. Lenz afirmou que «A única condição a observar a este respeito é a de que o prestador e o destinatário dos serviços não residam no mesmo lugar».

69 — Acórdão de 5 de Outubro de 1988 (196/87, Colect., p. 6159, n.º 16).

70 — N.º 17, repetido na parte dispositiva, sublinhado nosso.

encontrem no interior de um único Estado-Membro, como no caso de um prestador de serviços que presta serviços limitados no tempo no território de um Estado-Membro diferente daquele em que está estabelecido a um destinatário estabelecido no mesmo Estado do prestador [71]. É assim mantido o elemento de «... transacção remunerada além-fronteiras de "produtos" que não são "mercadorias"» [72].

47. Em segundo lugar, seria incompatível com a natureza subordinada do capítulo do Tratado respeitante à prestação de serviços relativamente aos que dizem respeito à livre circulação dos trabalhadores e à liberdade de estabelecimento, expressa no artigo 60.°, que as pessoas que exerceram a sua liberdade de circulação nos termos das disposições referidas continuassem a ser consideradas destinatários de serviços no Estado-Membro para onde se deslocaram. É certo que os nacionais de um Estado-Membro que se deslocam a título permanente ou por um período de tempo indeterminado para outro Estado-Membro, mas que não exercem uma actividade económica (como é provavelmente o caso dos pensionistas nas residências das recorrentes) não são abrangidos pelo âmbito de aplicação dos artigos 48.° a 51.° ou 52.° a 58.° do Tratado. Contudo, embora o advogado-geral C. O. Lenz refira, nas conclusões que apresentou relativas ao acórdão Comissão/França [73], a necessidade de evitar lacunas, seria estranho que essas pessoas fossem consideradas destinatárias de serviços, enquanto os trabalhadores, assalariados ou não, cuja residência no Estado-Membro em questão fosse também permanente ou por tempo indeterminado o não eram [74]. O direito dos residentes a título permanente de invocarem as disposições do Tratado em matéria de prestações de serviços previstas no Tratado na qualidade de destinatários variaria, no caso contrário, conforme o interessado exercesse ou não uma actividade económica e poderia, assim, variar ao longo do tempo, mesmo no caso de qualquer particular.

48. Assim, é inerente ao conceito de prestação de serviços na acepção do Tratado que o período de residência dos destinatários noutro Estado-Membro seja temporário ou predeterminado, e não permanente ou indeterminado [75]. Por razões de ordem prática,

71 — Acórdão de 26 de Fevereiro de 1991, Comissão/França, já referido na nota 68, n.os 7 e 10.

72 — Esta definição alargada de serviços foi sugerida pelo advogado-geral C. O. Lenz no n.° 13 das conclusões que apresentou relativas ao acórdão Cowan, já referido na nota 39, e no n.° 17 das que apresentou relativas ao acórdão de 26 de Fevereiro de 1991, Comissão/França, já referido na nota 68.

73 — Acórdão de 26 de Fevereiro de 1991, já referido na nota 68, n.° 19 das conclusões.

74 — Uma pessoa que não exerça uma actividade económica pode, apesar disso, residir durante um longo período de tempo num Estado-Membro diferente do Estado-Membro de que é nacional, nos termos das condições estabelecidas na Directiva 90/364/CEE do Conselho de 28 de Junho de 1990, relativa ao direito de residência (JO L 180, p. 26), ou da Directiva 90/365/CEE do Conselho, de 28 de Junho de 1990, relativa ao direito de residência dos trabalhadores assalariados e não assalariados que cessaram a sua actividade profissional (JO L 180, p. 28). O direito de residência dos cidadãos da União Europeia foi instituído pelo artigo 8.°-A do Tratado, introduzido pelo Tratado da União Europeia.

75 — A exigência constante do artigo 4.°, n.° 2, da Directiva 73/148/CEE do Conselho, de 21 de Maio de 1973, relativa à supressão das restrições à deslocação e à permanência dos nacionais dos Estados-Membros na Comunidade, em matéria de estabelecimento e de prestação de serviços (JO L 172, p. 14; EE 06 F1 p. 132), de que os Estados-Membros emitam uma autorização de residência a pessoas que prestem ou sejam destinatárias de serviços por períodos superiores a três meses, demonstra que o período de tempo passado num Estado-Membro por um destinatário de serviços pode não ser irrelevante, mas não prejudica a conclusão alcançada no presente processo segundo a qual a estada deve ser de natureza temporária, ou por período determinado, para ser abrangida pelo âmbito de aplicação das disposições do Tratado relativas à prestação de serviços. V. também o artigo 1.° da Directiva 64/221/CEE do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1964, para a coordenação de medidas especiais relativas aos estrangeiros em matéria de deslocação e estada justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública (JO 1964, 56, p. 850; EE 05 F1 p. 36).

isto só pode ser apreciado, em qualquer caso nas circunstâncias do presente processo, a partir da natureza do «produto» oferecido. No caso concreto, todos os elementos relevantes da actividade das recorrentes se encontram no interior da Itália. O único elemento transnacional é a nacionalidade não italiana de determinados pensionistas e de potenciais pensionistas. Porém, pode presumir-se que uma pessoa que se desloque de um Estado-Membro para outro para se instalar numa residência para idosos o faça, em princípio, com carácter de permanência ou por um período de tempo indeterminado, mesmo que mais tarde mude de opinião e regresse ao Estado-Membro de origem [76]. Esta abordagem é particularmente convincente quando as disposições do Tratado relativas à prestação de serviços são invocadas pelo prestador do alegado serviço, que o oferece à generalidade dos utentes sem demonstrar a existência prévia de um destinatário em especial [77], em vez de um destinatário determinado, que, no seu caso especial, poderá provar a sua intenção de estada meramente temporária. Na audiência, as recorrentes no processo principal referiram o caso de um nacional comunitário não italiano que permaneceu numa das suas residências na Lombardia por um período intencionalmente temporário, para efeitos de convalescença após uma intervenção cirúrgica. Todavia, tudo parece indicar que as recorrentes prestam essencialmente serviços de alojamento residencial a idosos a título permanente ou por tempo indeterminado. Não pensamos que seja adequado alargar o objectivo da presente análise a casos isolados, como o referido, que não foram tidos em conta pelo órgão jurisdicional nacional no despacho de reenvio.

49. Concluímos que as recorrentes no processo principal não podem invocar as disposições do Tratado relativas à livre prestação de serviços.

E — *A quinta questão*

50. Os artigos 85.° e 86.°, conjugados com o artigo 5.° do Tratado, impõem que os Estados-Membros se abstenham de introduzir ou manter em vigor medidas, mesmo de natureza legislativa, que possam tornar ineficazes as normas relativas à concorrência aplicáveis às empresas [78]. Nada consta do despacho de reenvio ou foi alegado em Tribunal que mostre que as sociedades públicas e as sociedades sem finalidade lucrativa que celebraram convenções com as USSL para gestão

76 — Isto está de acordo com a posição adoptada pelo advogado-geral C. O. Lenz nos n.os 28 e 29 das suas conclusões relativas ao acórdão Cowan, já referido na nota 39, em que deu preferência à argumentação *ex ante*, nos termos da qual o estatuto de um destinatário de serviços é determinado no início da viagem, relativamente à abordagem *ex post*, que incidia sobre os serviços efectivamente prestados.

77 — V. acórdão Alpine Investments, já referido na nota 64, n.° 19.

78 — Acórdão de 17 de Outubro de 1995, DIP e o. (C-140/94, C-141/94 e C-142/94, Colect., p. I-3257, n.° 14). No que respeita ao artigo 85.° do Tratado, v. também acórdãos de 21 de Setembro de 1988, Van Eycke (267/86, Colect., p. 4769, n.° 16); de 17 de Novembro de 1993, Reiff (C-185/91, Colect., p. 5801, n.° 14), e de 9 de Junho de 1994, Delta Schiffahrts-und Speditionsgesellschaft (C-153/93, Colect., p. I-2517, n.° 14); no que respeita ao artigo 86.°, v. acórdão de 16 de Novembro de 1977, GB-INNO-BM (13/77, Colect., p. 753, n.° 31).

de residências para idosos na região da Lombardia tenham celebrado acordos contrários à concorrência ou participado em práticas concertadas contrárias ao artigo 85.° do Tratado, ou que permita concluir que a existência de acordos ou práticas desse tipo decorre das normas em questão no presente processo [79]. Assim, não se pode afirmar que a região da Lombardia impôs ou favoreceu a adopção de práticas desse tipo ou reforçou os seus efeitos. Além disso, nada sugere que a região da Lombardia tenha esvaziado as suas próprias regras da sua natureza legislativa através da delegação do poder de decisão público nos operadores económicos privados [80]. No que respeita ao artigo 86.° do Tratado, nunca foi afirmado que qualquer empresa goze de posição dominante sobre uma parte essencial do mercado [81].

51. O Tribunal de Justiça referiu que o simples facto da criação de uma posição dominante através da concessão de direitos especiais ou exclusivos na acepção do artigo 90.°, n.° 1, do Tratado não é, por si só, incompatível com o artigo 86.° do Tratado [82]. Apesar disso, a simples existência de um monopólio pode constituir um abuso de posição dominante se a empresa a que foi concedido o direito exclusivo não estiver manifestamente em posição de satisfazer a procura existente no mercado, em prejuízo de quem procura recorrer ao serviço em questão [83]. Porém, mesmo que a celebração de convenções com as USSL na região da Lombardia tenha de ser equiparada à concessão de direitos especiais, na acepção do artigo 90.°, n.° 1, do Tratado, não foi demonstrada, no presente caso, a existência de um abuso desse tipo. No âmbito de um sistema de segurança social, a utilização da plena capacidade de acolhimento das residências convencionadas, conjugada com a existência de listas de espera em determinadas zonas, pode unicamente indicar os limites inerentes às despesas públicas, em vez da inadequação para satisfazer a procura do mercado (na medida em que esta expressão tenha sentido relativamente à prestação de serviços financiados por fundos públicos). A livre concorrência parece prevalecer na pequena parte de mercado relativa à estada em residências para idosos nas quais os serviços de assistência de carácter sanitário não são financiados por fundos públicos, o que permite satisfazer qualquer eventual procura adicional por meio de fundos privados.

52. Concluímos que as circunstâncias referidas na quinta questão não constituem uma violação dos artigos 3.°, alínea g), 5.°, 85.°, 86.° ou 90.° do Tratado.

79 — Acórdão Reiff, já referido na nota 78, n.° 15; acórdão Delta Schiffahrts-und Speditiongesellschaft, já referido na nota 78, n.° 15.

80 — Acórdão Van Eycke, já referido na nota 78, n.° 16; acórdão Reiff, já referido na nota 78, n.° 14; acórdão Delta Schiffahrts-und Speditionsgesellschaft, já referido na nota 78, n.° 14.

81 — A existência de uma posição dominante colectiva pressupõe, nos termos dos acórdãos de 27 de Abril de 1994, Almelo e o. (C-393/92, Colect., p. I-4777, n.° 42) e DIP e o., já referido na nota 78 (n.° 26), que as empresas do grupo em causa estejam suficientemente ligadas entre si para adoptarem uma acção comum no mercado, o que não foi demonstrado. O Tribunal de Justiça afirmou (n.° 27 do acórdão DIP e o.), que a característica de uma posição dominante colectiva é a ausência de concorrência entre os membros, o que não foi demonstrado no caso das residências convencionadas na região da Lombardia.

82 — Acórdãos de 3 de Outubro de 1985, CBEM (311/84, Recueil, p. 3261, n.° 17), e Höfner e Elser, já referido na nota 28, n.° 29.

83 — Acórdão Höfner e Elser, já referido na nota 28, n.os 30 e 31.

V — Conclusão

53. Tendo em conta o que antecede, sugerimos que o Tribunal de Justiça se pronuncie da seguinte forma:

«1) Os Estados-Membros não têm a obrigação de fundamentar a adopção de actos legislativos de alcance geral, mesmo que estes afectem potencialmente o exercício de direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária.

2) Uma disposição nacional que reserva às entidades privadas sem finalidade lucrativa o direito de celebrar convenções com as autoridades locais da segurança social para prestação de serviços de assistência social de carácter sanitário no domínio da saúde constitui uma discriminação indirecta em razão da nacionalidade e constitui, em consequência, uma restrição à liberdade de estabelecimento, quando seja muito provável que as entidades sem finalidade lucrativa tenham a sua sede no Estado-Membro em questão.

3) As recorrentes no processo principal não podem invocar as disposições do Tratado relativas à livre prestação de serviços.

4) A legislação nacional em questão no processo principal não viola os artigos 3.°, alínea g), 5.°, 85.°, 86.° ou 90.° do Tratado.»