Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MACIEJ SZPUNAR
apresentadas em 15 de julho de 2021 [1]

Processo C-261/20

Thelen Technopark Berlin GmbH
contra
MN

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal de Justiça, Alemanha)]

Reenvio prejudicial — Diretiva 2006/123/CE — Artigo 15.º — Honorários de arquitetos e engenheiros no âmbito de serviços de planificação — Tarifas mínimas e máximas — Acórdão do Tribunal de Justiça que declara o incumprimento das obrigações do Estado-Membro — Disposições contrárias à diretiva — Invocabilidade no âmbito de um litígio entre particulares — Liberdade de estabelecimento — Artigo 49.º TFUE — Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia — Artigo 16.º — Liberdade contratual

I. Introdução

1. Numa ação cível, o demandante exige ao recorrido o pagamento de honorários por um serviço prestado e reclama um montante mais elevado do que o estabelecido pelas partes no contrato. A ação baseia-se numa disposição do direito nacional que prevê que, para determinados serviços, o prestador tem direito a honorários iguais, pelo menos, à tarifa mínima estabelecida no direito nacional. No entanto, esta disposição do direito nacional é contrária à diretiva. Deve a ação ser julgada procedente?

2. É sobre esta questão que o órgão jurisdicional de reenvio foi chamado a pronunciar-se no presente processo. A sua decisão depende da decisão do Tribunal de Justiça quanto a saber se, ao apreciar o mérito de uma ação intentada por um particular contra outro particular, um órgão jurisdicional nacional pode não aplicar uma disposição nacional, na qual se baseia o pedido, que seja contrária a uma diretiva, neste caso à Diretiva 2006/123/CE [2].

[1] Língua original: polaco.

[2] Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno (JO 2006, L 376, p. 36).

II. Quadro jurídico

A. Direito da União

3. Nos termos dos considerandos 5, 6 e 64 da Diretiva 2006/123:

«(5) […] é necessário eliminar os entraves à liberdade de estabelecimento dos prestadores nos Estados-Membros e à livre circulação de serviços entre Estados-Membros e garantir aos destinatários e aos prestadores a segurança jurídica necessária para o exercício efetivo destas duas liberdades fundamentais do Tratado […].

(6) A supressão destes entraves não se pode fazer apenas através da aplicação direta dos artigos 43.º e 49.º do Tratado [(atualmente artigos 49.º e 56.º TFUE)], já que, por um lado, o tratamento numa base casuística através de processos por infração contra os Estados-Membros em causa seria, designadamente na sequência dos alargamentos, extremamente complicado para as instituições nacionais e comunitárias e, por outro, a supressão de muitos dos entraves requer a coordenação prévia das legislações nacionais, nomeadamente para instaurar uma cooperação administrativa. Como reconheceram o Parlamento Europeu e o Conselho, um instrumento legislativo comunitário permite a criação de um verdadeiro mercado interno dos serviços.

[…]

(64) Para criar um verdadeiro mercado interno dos serviços, é necessário suprimir as restrições à liberdade de estabelecimento e à livre circulação de serviços que ainda se encontram previstas pelas legislações de alguns Estados-Membros e que são incompatíveis com os artigos 43.º e 49.º do Tratado [(atualmente artigos 49.º e 56.º TFUE)]. As restrições que devem ser proibidas afetam de modo especial o mercado interno dos serviços e deverão ser desmanteladas de forma sistemática o mais depressa possível.»

4. O artigo 2.º, n.º 1, dessa diretiva, dispõe o seguinte:

«A presente diretiva é aplicável aos serviços fornecidos pelos prestadores estabelecidos num Estado-Membro.»

5. O artigo 15.º da diretiva enuncia:

«1. Os Estados-Membros devem verificar se os respetivos sistemas jurídicos estabelecem algum dos requisitos referidos no n.º 2 e devem assegurar que esses requisitos sejam compatíveis com as condições referidas no n.º 3. Os Estados-Membros devem adaptar as respetivas disposições legislativas, regulamentares ou administrativas de forma a torná-las compatíveis com as referidas condições.

2. Os Estados-Membros devem verificar se os respetivos sistemas jurídicos condicionam o acesso a uma atividade de serviços ou o seu exercício ao cumprimento de algum dos seguintes requisitos não discriminatórios:

[…]

g) tarifas obrigatórias mínimas e/ou máximas que o prestador tem que respeitar;

[…]

3. Os Estados-Membros devem verificar se os requisitos referidos no n.º 2 observam as condições seguintes:

a) Não discriminação: os requisitos não podem ser direta ou indiretamente discriminatórios em razão da nacionalidade ou, tratando-se de sociedades, do local da sede;

b) Necessidade: os requisitos têm que ser justificados por uma razão imperiosa de interesse geral;

c) Proporcionalidade: os requisitos têm que ser adequados para garantir a consecução do objetivo prosseguido, não podendo ir além do necessário para atingir este objetivo e não podendo ser possível obter o mesmo resultado através de outras medidas menos restritivas.

[…]»

5. No relatório de avaliação mútua previsto no n.º 1 do artigo 39.º, os Estados-Membros devem indicar:

a) Os requisitos que tencionam manter e as razões pelas quais consideram que esses requisitos observam as condições referidas no n.º 3;

b) Os requisitos que foram suprimidos ou simplificados.

6. A partir de 28 de dezembro de 2006, os Estados-Membros só podem introduzir quaisquer novos requisitos do tipo referido no n.º 2, se os mesmos estiverem em conformidade com as condições previstas no n.º 3.

[…]».

B. Direito alemão

6. No período relevante para o litígio no processo principal, os honorários de arquitetos e engenheiros era regido pelo Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen (Regulamento sobre os honorários dos arquitetos e engenheiros) na versão de 10 de julho de 2013 [3] (a seguir «HOAI»).

7. O § 1 do HOAI tem a seguinte redação:

«O presente regulamento rege o cálculo das remunerações das prestações de base dos arquitetos e dos engenheiros (mandatários) que tenham sede na Alemanha, sempre que as referidas prestações de base sejam abrangidas pelo presente regulamento e fornecidas a partir do território alemão».

8. Nos termos do § 7 do HOAI:

«1. Os honorários terão por base o acordo escrito, adotado pelas partes contratantes no momento em que o mandato foi outorgado, e enquadram-se nos montantes mínimos e máximos fixados pelo presente regulamento.

[3] BGBl. I, p. 2276.

2. […]

3. Os montantes mínimos fixados no presente regulamento podem ser reduzidos em casos excecionais, mediante acordo escrito.

4. […]

5. Na ausência de um contrato escrito em contrário, celebrado no momento da adjudicação, parte-se do princípio de que foi adotada a tarifa mínima conforme o disposto no n.º 1».

9. O § 7 HOAI foi alterado pelo Erste Verordnung zur Änderung der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (Primeiro Regulamento que altera as regras aplicáveis aos honorários de arquitetos e engenheiros), de 2 de dezembro de 2020 [4].Esta alteração entrou em vigor em 1 de janeiro de 2021. A partir dessa data, o n.º 1 desse § 7 passou a ter a seguinte redação:

«1. Os honorários terão por base o acordo escrito, adotado pelas partes. Na falta de acordo escrito sobre o montante dos honorários dos serviços de base aplicam-se as tarifas de base fixadas segundo o § 6.»

III. Factos, processo principal e questões prejudiciais

10. Em 2 de junho de 2016, MN (demandante), que gere um gabinete de engenharia, e a Thelen Technopark Berlin GmbH (demandada) celebraram um contrato de serviços de engenharia através do qual o aquele se comprometia a prestar a esta serviços inerentes a um projeto de construção em Berlim. As partes acordaram que o demandante receberia honorários fixos no montante de 55 025 EUR pelos serviços executados. Com base nas faturas intercalares emitidas pelo demandante, a demandada pagou-lhe o montante total bruto de 55 395,92 EUR.

11. Em julho de 2017, na sequência da resolução do contrato de serviços de engenharia por carta de 2 de junho de 2017, o demandante faturou as suas prestações efetuadas com base nas tarifas mínimas previstas nas disposições do HOAI. Tendo em conta as transferências já efetuadas e o montante retido a título de garantia, intentou em seguida uma ação contra a demandada com vista ao pagamento do saldo dos honorários devidos, no montante de 102 934,59 EUR brutos, acrescido de juros e das despesas de assistência jurídica pré-contenciosa.

12. A ação foi em grande parte julgada procedente pelos órgãos jurisdicionais de primeira e segunda instâncias. No seu recurso de revista junto do Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal de Justiça, Alemanha), a demandada pediu que se negasse provimento ao recurso.

13. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, o resultado do recurso de revista depende da resposta à questão de saber se as disposições dos artigos 15.º, n.os 1, 2, alínea g), e 3, da Diretiva 2006/113 são aplicáveis a um litígio entre particulares de forma a ser necessário derrogar a aplicação da disposição do HOAI em que se fundamenta a ação. Em caso de resposta positiva, será dado provimento ao recurso de revista. A jurisprudência do Tribunal de Justiça está na origem destas dúvidas.

[4] BGBl. I, p. 2636.

14. No seu Acórdão Comissão/Alemanha [5], proferido em 4 de julho de 2019, o Tribunal de Justiça declarou que a República Federal da Alemanha, ao manter as tarifas obrigatórias para os serviços de planificação de arquitetos e engenheiros estabelecidas no HOAI, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 15.º, n.os 1, 2, alínea g), e 3, da Diretiva 2006/123.

15. Em seguida, por Despacho de 6 de fevereiro de 2020 hapeg dresden [6], o Tribunal de Justiça considerou que o artigo 15.º, n.os 1, 2, alínea g), e 3, da Diretiva 2006/123, deve ser interpretados no sentido de que se opõe a uma legislação nacional segundo a qual é proibido acordar, nos contratos com arquitetos ou engenheiros, honorários inferiores às tarifas mínimas fixadas no HOAI.

16. Nestas condições, o Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal de Justiça, Alemanha) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Resulta do direito da União, em especial do artigo 4.º, n.º 3, TUE, do artigo 288.º, n.º 3, TFUE e do artigo 260.º, n.º 1, TFUE que o artigo 15.º, n.º 1, segundo travessão, e n.º 3, da Diretiva 2006/123 […] tem efeito direto no âmbito de processos judiciais entre particulares, de tal modo que deve ser afastada a aplicação das disposições nacionais contrárias à diretiva, que constam do § 7 [HOAI], segundo o qual as tarifas mínimas aí previstas são obrigatórias — salvo determinados casos excecionais — para serviços de planificação e supervisão prestados por arquitetos e engenheiros, e uma convenção que tem por objeto honorários inferiores às tarifas mínimas nos contratos com arquitetos ou com engenheiros é ineficaz?

2) Em caso de resposta negativa à questão 1:

a) A previsão pela República Federal da Alemanha de tarifas mínimas obrigatórias para serviços de planificação e de supervisão prestados por arquitetos e engenheiros, contida no § 7 HOAI, constitui uma violação à liberdade de estabelecimento por força do artigo 49.º TFUE ou por força de outros princípios gerais do direito da União?

b) Em caso de resposta afirmativa à questão 2 a): resulta da referida violação que, num processo judicial pendente entre particulares, deve ser afastada a aplicação das disposições nacionais sobre tarifas mínimas obrigatórias (no caso vertente, o § 7 HOAI)?»

17. No decurso do processo no Tribunal de Justiça apresentaram observações escritas as partes no processo principal, o Reino dos Países Baixos e a Comissão Europeia. Com exceção a demandada no processo principal, estas partes participaram através dos seus representantes na audiência de 3 de maio de 2021.

IV. Análise

18. O órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, ao Tribunal de Justiça se resulta do direito da União a obrigação de um órgão jurisdicional nacional chamado a conhecer de um litígio entre particulares não aplicar uma disposição do direito nacional da qual o demandante retira as suas pretensões, no caso em apreço, o § 7 HOAI (a seguir «disposição controvertida»), quando esta disposição é contrária à Diretiva 2006/123. Na origem das dúvidas do órgão jurisdicional de

[5] C-377/17, EU:C:2019:562.

[6] C-137/18, não publicado, EU:C:2020:84.

reenvio está o problema clássico do direito da União, que consiste na aplicação pelos órgãos jurisdicionais nacionais, numa relação horizontal, de disposições de uma diretiva não transposta ou incorretamente transposta após o termo do prazo prescrito para a sua transposição.

19. Na minha análise, recordarei brevemente a posição do Tribunal de Justiça sobre o efeito útil das diretivas nas relações entre particulares (Secção A). Em seguida, indicarei os elementos do processo principal que considero importantes no processo (Secção B). Depois, abordarei a proposta da Comissão relativa à possibilidade de efetuar uma interpretação conforme (Secção C). Por último, examinarei os fundamentos para uma eventual renúncia à aplicação de uma disposição de direito nacional contrária à diretiva (Secção D).

A. Eficácia da diretiva nas relações horizontais

20. Decorre do artigo 288.º, terceiro parágrafo, TFUE que uma diretiva, ao contrário de um regulamento, vincula o Estado-Membro destinatário. Assim, não pode, por si só, criar obrigações para os particulares, pelo que não pode, em princípio, ser invocada contra eles [7].

21. Tal é referido como a ausência de efeito horizontal direto da diretiva. Este último conceito é utilizado tanto para descrever a ausência de efeito dos direitos e obrigações dos particulares como para descrever a própria exclusão da aplicabilidade da diretiva num litígio entre particulares.

22. Neste contexto, recordo que há que distinguir a questão do efeito horizontal das diretivas da questão do efeito horizontal direto das disposições do direito primário e dos regulamentos. Neste último caso, falamos de efeito horizontal das disposições quando o seu âmbito de aplicação abrange os comportamentos dos particulares (entidades privadas). Por outras palavras, trata-se de saber se os particulares são os destinatários diretos das obrigações ou proibições decorrentes dessas disposições. Neste contexto, importa sublinhar que, mesmo que os particulares não sejam os destinatários destas disposições, podem invocá-las num litígio com outros particulares. É o que acontece, antes de mais, com a invocação de tais disposições para estabelecer se uma disposição nacional aplicável ao litígio em causa é compatível com o direito da União (a chamada fiscalização da legalidade).

23. Em caso de exclusão do efeito direto horizontal da diretiva, coloca-se outro problema. Com efeito, uma disposição de uma diretiva não pode ser invocada num litígio contra um particular, independentemente de essa invocação ter por objetivo a determinação direta dos direitos ou obrigações decorrentes de uma diretiva ou ser feita com vista à apreciação da compatibilidade das disposições nacionais com o direito da União (a chamada fiscalização da legalidade). Neste sentido, a questão de saber se os particulares são destinatários de disposições específicas de uma dada diretiva reveste um caráter secundário.

24. A exclusão do efeito direto horizontal de uma diretiva não significa, porém, que uma diretiva não possa ser tida em conta num litígio entre particulares, de forma a afetar a situação jurídica de outro particular. Na sua jurisprudência, o Tribunal de Justiça identificou várias situações em que o pode ser. Tendo em conta o objeto do processo e as posições avançadas pelas partes, limitar-me-ei a recordar quatro delas.

7 V., em especial, acórdãos: de 26 de fevereiro de 1986, Marshall (152/84, EU:C:1986:84, n.º 48); de 14 de julho de 1994, Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, n.º 20); de 5 de outubro de 2004, Pfeiffer e o. (C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584, n.º 108); de 7 de agosto de 2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, n.º 42).

25. Em primeiro lugar, o Tribunal de Justiça indicou que os órgãos jurisdicionais nacionais são obrigados a interpretar o direito nacional em conformidade com as diretivas (a chamada interpretação conforme). Considera que são obrigados a interpretar do modo mais lato possível as disposições do direito nacional à luz do texto e da finalidade da diretiva em causa a fim de atingir o resultado por ela prosseguido [8]. A invocação de uma diretiva num órgão jurisdicional para efeitos de uma interpretação conforme é, portanto, suscetível de conduzir a que seja tida em consideração no processo de aplicação da lei.

26. Em segundo lugar, o recurso à diretiva que prevê um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas [9] em caso de adoção de regras técnicas nacionais em violação das obrigações dos Estados-Membros previstas por essa diretiva pode ter por efeito a não aplicação dessas regras técnicas nacionais. Com efeito, o incumprimento de um Estado-Membro acarreta a inaplicabilidade aos particulares das regras técnicas em causa pois constitui um «vício processual essencial» [10].

27. Em terceiro lugar, caso não seja possível efetuar uma interpretação conforme, o órgão jurisdicional nacional chamado a conhecer de um litígio entre particulares é obrigado a afastar a aplicação de uma disposição nacional contrária a uma diretiva, quando tal seja exigido pela necessidade de respeitar um princípio geral do direito da União, incluindo um princípio concretizado na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia [11]. Contudo, a razão de ser da não aplicação das disposições nacionais não é, nesses casos, uma disposição de uma diretiva, mas um princípio geral do direito da União que essa disposição da diretiva concretiza [12].

28. Em quarto lugar, não está excluído que a diretiva possa ser invocada numa situação dita «triangular», isto é, aquela em que as consequências de um litígio relativo a uma diretiva no plano vertical entre um particular e um Estado se repercutem na situação jurídica de um terceiro [13].

8 V., em especial, acórdãos: de 10 de abril de 1984, von Colson e Kamann (14/83, EU:C:1984:153, n.º 26); de 13 de novembro de 1990, Marleasing (C-106/89, EU:C:1990:395, n.º 8);de 5 de outubro de 2004, Pfeiffer e o. (de C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584, n.ºs 113 e 114).

9 Diretiva 83/189/CEE do Conselho, de 28 de março de 1983, relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas (JO 1983, L 109, p. 8); seguidamente, Diretiva 98/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de junho de 1998, relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas (JO 1998, L 204, p. 37); por último, Diretiva (UE) 2015/1535 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de setembro de 2015, relativa a um procedimento de informação no domínio das regulamentações técnicas e das regras relativas aos serviços da sociedade da informação (codificação) (JO 2015, L 241, p. 1). Esta jurisprudência também é aplicável à obrigação a que se refere o artigo 3.º, n.º 4, da Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno («Diretiva sobre o comércio eletrónico») (JO 2000, L 178, p. 1). V., a este respeito, Acórdão de 19 de dezembro de 2019, Airbnb Ireland (C-390/18, EU:C:2019:1112, n.º 100).

10 V. acórdãos: de 30 de abril de 1996, CIA Security International (C-194/94, EU:C:1996:172, n.º 48); de 26 de setembro de 2000, Unilever (C-443/98, EU:C:2000:496, n.ºs 44, 50 e 51).

11 A seguir «Carta».

12 V. jurisprudência referida no n.º 67 das conclusões.

13 V., em especial, acórdãos: de 24 de outubro de 1996, Kraaijeveld e o. (C-72/95, EU:C:1996:404); de 7 de janeiro de 2004, Wells (C-201/02, EU:C:2004:12).

B. Especificidade do processo principal

29. Do ponto de vista do presente processo são relevantes os seguintes elementos de facto do processo principal:

– O litígio no processo principal é um litígio entre particulares (entidades privadas) e a relação jurídica objeto do litígio tem origem num contrato de prestação de serviços. A relação entre as partes é, portanto, de natureza horizontal.

– Todos os elementos do litígio no processo principal ocorrem num único Estado.

– A ação baseia-se numa disposição de direito nacional que tem por efeito que em vez da cláusula contratual que fixa os honorários do prestador pelos serviços num montante inferior à tarifa mínima se aplique a tarifa mínima.

– Esta disposição do direito nacional é contrária ao artigo 15.º, n.os 1, 2, alínea g), e 3, da Diretiva 2006/123 [14].

– Esta contradição foi constatada num acórdão do Tribunal de Justiça proferido no âmbito de um processo regido pelo artigo 258.º TFUE.

– Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, não é possível interpretar a disposição controvertida de modo a assegurar a sua conformidade com o artigo 15.º, n.os 1, 2, alínea g), e 3, da Diretiva 2006/123.

– O contrato entre as partes foi celebrado após o termo do prazo de transposição da diretiva para a ordem jurídica nacional, mas antes do início do processo judicial no processo Comissão/Alemanha [15].

C. Possibilidade de interpretação conforme

30. Resulta da jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que a questão de uma eventual renúncia à aplicação de uma disposição do direito nacional numa relação horizontal, por ser contrária à diretiva, só se coloca quando é impossível fazer uma interpretação conforme [16].

31. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, não é possível interpretar as disposições do direito nacional de modo a assegurar a sua conformidade com a Diretiva 2006/123, uma vez que se trata de uma interpretação *contra legem*. Nas suas observações escritas e na audiência, a Comissão contestou a posição do órgão jurisdicional de reenvio.

32. Embora, no passado, o Tribunal de Justiça tenha sublinhado várias vezes a obrigação de os órgãos jurisdicionais nacionais interpretarem atos como uma diretiva ou uma decisão-quadro em conformidade com o direito da União, tem simultaneamente defendido de forma sistemática que o princípio da interpretação conforme não pode servir de fundamento a uma interpretação *contra*

14 Cf. n.os 14 e 15 das presentes conclusões.

15 Acórdão de 4 de julho de 2019, Comissão/Alemanha (C-377/17, EU:C:2019:562).

16 V., em especial, acórdãos: de 17 de abril de 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, n.os 71 a 75 e n.º 3 do dispositivo); de 6 de novembro de 2018, Bauer e Willmeroth (C-569/16 e C-570/16, EU:C:2018:871, n.º 25 e n.º 2 do dispositivo).

legem do direito nacional [17]. Uma vez que, como o próprio Tribunal de Justiça refere, não é competente para interpretar o direito interno de um Estado-Membro [18], cabe em última análise ao órgão jurisdicional nacional decidir se uma interpretação conforme com dada diretiva seria uma interpretação *contra legem* [19].

33. Neste contexto, por um lado, posso concordar com a Comissão em que os limites, resultantes do reenvio prejudicial, de interpretação do direito alemão, tal como foram expostos pelo órgão jurisdicional de reenvio, parecem excessivamente estreitos. Em especial, à luz da jurisprudência dos órgãos jurisdicionais alemães apresentada no reenvio prejudicial, da qual resulta que a referência ao princípio da boa fé expresso no Código Civil alemão permitiu não ter em conta a disposição controvertida do direito alemão num determinado número de processos semelhantes no passado. Por outro lado, tendo em conta a posição categórica do órgão jurisdicional de reenvio, de que a aplicação dessa jurisprudência não pode ter lugar no caso em apreço, não vejo qualquer fundamento para o Tribunal de Justiça substituir o órgão jurisdicional de reenvio na avaliação dos limites da interpretação conforme permitida no direito alemão.

D. Eventuais fundamentos para o órgão jurisdicional de reenvio afastar a aplicação da disposição controvertida

1. Especificidade da Diretiva 2006/123 enquanto instrumento que concretiza a liberdade fundamental do mercado interno

34. Na minha opinião, a análise do presente processo deve começar com uma análise mais de perto as especificidades da Diretiva 2006/123 enquanto instrumento que concretiza, nomeadamente, a liberdade de estabelecimento que resulta do artigo 49.º TFUE. É certo que esta questão não foi expressamente suscitada pelas partes nas respetivas alegações, mas afigura-se desejável que, no presente processo, o Tribunal de Justiça examine mais de perto a relação entre o artigo 49.º TFUE e a Diretiva 2006/123.

35. No que respeita à primeira parte da segunda questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio, a Comissão excluiu a possibilidade de que do artigo 49.º TFUE se possa deduzir uma obrigação de o órgão jurisdicional nacional não aplicar uma disposição nacional contrária. Em seu entender, opõe-se a que o artigo 49.º TFUE seja tido em conta no caso em apreço o facto de a aplicação da disposição controvertida do direito alemão se encontrar limitada às relações internas. Tal argumento assenta na premissa de que, se existisse, no caso em apreço, qualquer elemento de natureza transfronteiriça e a disposição controvertida do direito alemão fosse aplicável, o recurso ao artigo 49.º TFUE seria possível. Isto também significa que uma situação de facto abrangida pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2006/123 também pode ser apreciada à luz do artigo 49.º TFUE. A este respeito tenho sérias dúvidas que gostaria de partilhar aqui com o Tribunal de Justiça. Na minha opinião, estas dúvidas podem justificar a possibilidade de aplicar diretamente a Diretiva 2006/123 no presente processo.

17 V., em especial, acórdãos: de 15 de abril de 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, n.º 100); de 29 de junho de 2017, Popławski (C-579/15, EU:C:2017:503, n.º 33 e jurisprudência aí referida).

18 V., em especial, acórdãos: de 16 de fevereiro de 2017, Agro Foreign Trade & Agency (C-507/15, EU:C:2017:129, n.º 23).

19 V., em especial, acórdãos: de 29 de junho de 2017, Popławski (C-579/15, EU:C:2017:503, n.º 39); de 17 de abril de 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, n.ºs 73 a 75).

36. Vejamos, portanto, mais de perto as especificidades do Capítulo III da Diretiva 2006/123, que concretiza a liberdade de estabelecimento prevista no artigo 49.º TFUE, relativamente a quase todos os tipos de serviço. A este respeito, a Diretiva 2006/123 difere de outro direito derivado que harmoniza aspetos selecionados, e geralmente limitados, da liberdade de estabelecimento num determinado setor [20]. Isso significa que as regras elaboradas pela jurisprudência anterior que regulam a relação entre as liberdades do Tratado e as medidas de harmonização de aspetos selecionados dessas liberdades não podem ser automaticamente transpostas para a Diretiva 2006/123.

37. Em primeiro lugar, gostaria de recordar duas decisões extremamente importantes do Tribunal de Justiça. Primeiramente, no seu acórdão Rina Services, o Tribunal de Justiça declarou que, quando uma questão é abrangida pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2006/123, não há necessidade de a analisar mais aprofundadamente à luz das disposições do Tratado [21]. Em segundo lugar, no acórdão X e Visser, o Tribunal de Justiça decidiu que as disposições do Capítulo III da Diretiva 2006/123, relativa à liberdade de estabelecimento dos prestadores de serviços, também são aplicáveis a uma situação em que todos os elementos pertinentes estejam confinados a um único Estado-Membro [22].

38. Em segundo lugar, há que chamar a atenção para os elementos que indicam inequivocamente que o legislador da União, ao adotar a Diretiva 2006/123, pretendeu realizar ou concretizar duas liberdades fundamentais do mercado interno, incluindo a liberdade de estabelecimento [23]. A Diretiva 2006/123 não harmoniza aspetos selecionados dos serviços, mas torna o próprio Tratado mais específico. Para este efeito, a diretiva tem em conta de forma extremamente ampla a jurisprudência do Tribunal de Justiça até à data, tornando, nomeadamente, mais específica a proibição de certas restrições e clarificando as exceções. Por sua vez, no que diz diretamente respeito ao artigo 15.º da diretiva, é evidente que tem por finalidade conciliar as competências de regulamentação dos Estados-Membros em matéria de exigências de exercício de uma atividade económica e o exercício efetivo, garantido pelo Tratado, da liberdade de estabelecimento.

39. Duas conclusões decorrem da análise *supra*. Em primeiro lugar, se a regulamentação nacional examinada é abrangida pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2006/123 e é *incompatível* com esta, não é necessário examinar a compatibilidade dessa regulamentação com o Tratado. Esta parece ser uma conclusão evidente e o Tribunal não tem dúvidas quanto a isso [24]. Em segundo lugar, no entanto, sendo esta, quanto a mim, uma consequência natural do Acórdão Rina Services [25], se a regulamentação nacional em apreço entrar no âmbito de aplicação da Diretiva 2006/123 e for *compatível* com esta, então não pode ser contestada com base nas disposições do Tratado relativas à livre prestação de serviços e à liberdade de estabelecimento [26].

20 Por exemplo, a Diretiva 77/249/CEE do Conselho, de 22 de março de 1977, tendente a facilitar o exercício efetivo da livre prestação de serviços pelos advogados (JO 1977, L 78, p. 17; EE 06/01, p. 224).

21 Acórdão de 16 de junho de 2015, Rina Services e o. (C-593/13, EU:C:2015:399, n.º 23 e seguintes).

22 V. Acórdão de 30 de janeiro de 2018, X e Visser (C-360/15 e C-31/16, EU:C:2018:44, n.ºs 99 a 110 e n.º3 do dispositivo).

23 Cf. considerandos 5, 6 e 64 da Diretiva 2006/123. V., também, Acórdão de 16 de junho de 2015, Rina Services e o. (C-593/13, EU:C:2015:399, n.º 40), no qual o Tribunal de Justiça declarou expressamente que a Diretiva 2006/123 é um ato de direito derivado que concretiza uma liberdade fundamental consagrada no Tratado FUE.

24 V. acórdãos: de 23 de fevereiro de 2016, Comissão/Hungria (C-179/14, EU:C:2016:108, n.º 118); de 30 de janeiro de 2018, X e Visser (C-360/15 e C-31/16, EU:C:2018:44, n.º 137).

25 Acórdão de 16 de junho de 2015 (C-593/13, EU:C:2015:399).

26 Pôr em causa tal regulamentação nacional só seria possível se disposições concretas da diretiva «serviços» se revelassem incompatíveis com o Tratado.

40. Na minha opinião, esta lógica põe em dúvida a procedência do argumento da Comissão segundo o qual, se existisse qualquer elemento de natureza transfronteiriça e a disposição controvertida do direito alemão fosse aplicável, seria possível invocar o artigo 49.º TFUE. Isto significa, com efeito, que uma mesma situação de facto pode ser apreciada tanto sob o ângulo da compatibilidade com a Diretiva 2006/123 como com o artigo 49.º TFUE. Entendo que isso seria contrário à intenção do legislador da União que, quando da adoção desta diretiva, visava regulamentar exaustivamente a liberdade de estabelecimento no que respeita às atividades de serviços. Por outras palavras, todos estes tipos e aspetos da liberdade de estabelecimento, abrangidos pelo âmbito de aplicação desta diretiva, já não podem ser apreciados à luz do artigo 49.º TFUE.

41. Do mesmo modo, como resulta do Acórdão X e Visser [27], as disposições do Capítulo III da Diretiva 2006/123 também se aplicam numa situação em que todos os elementos pertinentes estão confinados a um único Estado-Membro. Na minha opinião, este acórdão confirma a intenção do legislador da União, de que a Diretiva 2006/123, no seu âmbito de aplicação, alargue o alcance da liberdade de estabelecimento às relações puramente internas [28].

42. Em minha opinião, adotar o pressuposto de que o Capítulo III da Diretiva 2006/123 concretiza a liberdade de estabelecimento estabelecida no artigo 49.º TFUE, implica que há que abordar de um modo especial a problemática da aplicação horizontal desta diretiva.

43. Estou convencido de que quando os factos em questão são abrangidos pelo âmbito de aplicação do Capítulo III da Diretiva 2006/123 a possibilidade de invocar a liberdade de estabelecimento ao abrigo do artigo 49.º TFUE deve ser excluída para que seja possível contestar uma regulamentação de um Estado-Membro num litígio contra outro particular. Tal não seria somente contrário à ideia da concretização da liberdade de estabelecimento através da adoção da Diretiva 2006/123. Também conduziria a análises complexas quanto ao alcance material da liberdade de estabelecimento. Seria necessário analisar, então, se determinada regulamentação nacional contrária a uma diretiva também é contrária ao artigo 49.º TFUE, na hipótese de a diretiva não ter sido adotada. Não duvido que tal solução prejudicaria o efeito útil (*effet utile*) da Diretiva 2006/123.

44. Hipoteticamente, é possível contar com a tradicional exclusão do efeito horizontal direto e sustentar que, haja ou não um elemento transfronteiriço nesse caso, está excluído invocar as disposições do capítulo III da referida diretiva contra um particular. Tal solução seria, na minha opinião, manifestamente inaceitável mais não seja pelo facto de um ato de direito derivado, como a Diretiva 2006/123, não poder em caso algum limitar o âmbito de aplicação de uma liberdade do Tratado, incluindo no que respeita à sua invocação num litígio contra um particular.

45. Resta-me, portanto, a única e, na minha opinião, correta solução que é reconhecer que o capítulo III da Diretiva 2006/123 não só concretiza a liberdade de estabelecimento do Tratado, mas também alarga os limites da sua aplicação às relações puramente internas. Invocar as disposições do referido capítulo num litígio contra outro particular deve ser admitido, do mesmo modo que é permitido invocar diretamente, em situações semelhantes, a liberdade de estabelecimento do Tratado.

[27] Acórdão de 30 de janeiro de 2018, X e Visser (C-360/15 e C-31/16, EU:C:2018:44, n.º 3 do dispositivo).

[28] É difícil não ver que tal solução apresenta muitas vantagens. Com efeito, para poder aplicar diretamente uma liberdade do Tratado não é necessário, em todas as situações, procurar um elemento transfronteiriço cuja existência é muitas vezes difícil de identificar.

46. A questão de a disposição controvertida do direito nacional ser contrária ao artigo 15.º, n.º 2, alínea g), da Diretiva 2006/123 deve, portanto, ser decidida especificamente pelo órgão jurisdicional nacional, pondo de parte a jurisprudência que exclui o efeito horizontal direto das diretivas.

47. Por conseguinte, considero que, em caso de impossibilidade de uma interpretação conforme com o direito da União, um órgão jurisdicional nacional chamado a pronunciar-se sobre um litígio entre particulares relativo a um pedido baseado numa disposição nacional que fixa tarifas mínimas ou máximas para os prestadores de serviços de forma contrária ao artigo 15.º, n.ºs 1, 2, alínea g), e 3, da Diretiva 2006/123 não deve aplicar essa disposição nacional. Esta obrigação é imposta ao órgão jurisdicional nacional por força do artigo 15.º, n.º 2, alínea g), e 3, da Diretiva 2006/123, enquanto disposições que concretizam a liberdade de estabelecimento decorrente do artigo 49.º TFUE.

2. Aplicação por analogia da jurisprudência sobre as regulamentações técnicas

48. O Governo neerlandês propôs nomeadamente que o Tribunal de Justiça aplicasse, no presente processo, por analogia, a sua jurisprudência relativa às regulamentações técnicas não notificadas.

49. Como o próprio Tribunal de Justiça indicou, a sua jurisprudência relativa às regulamentações técnicas é excecional e não há que alargá-la a outras situações. A especificidade dos processos nos quais o Tribunal de Justiça a adotou [29] ganhou expressão no facto de a diretiva referida, sem criar direitos nem obrigações para os particulares, não determinar o conteúdo material da norma jurídica com base na qual o juiz nacional era chamado a decidir o litígio que lhe foi submetido. Por conseguinte, a jurisprudência relativa à impossibilidade de invocar, num litígio entre particulares, uma diretiva não transposta não era pertinente nesses processos [30].

50. O presente processo não é semelhante aos processos relativos a regulamentações técnicas não notificadas. O artigo 15.º, n.ºs 2, alínea g), e 3, da diretiva não são disposições que prevejam uma obrigação de notificação. Por conseguinte, não há que aplicar por analogia a jurisprudência relativa às regulamentações técnicas não notificadas.

3. Utilização da diretiva como «escudo» e não como «espada»

51. Segundo o Governo neerlandês, resulta da jurisprudência existente do Tribunal de Justiça [31] que uma disposição de uma diretiva não pode ser invocada por um particular para conduzir à imposição de uma obrigação dela decorrente contra outro particular numa situação em que essa obrigação não decorre do direito nacional (não a pode utilizar como «espada»). Em contrapartida, daí não resulta que um particular não possa invocar uma disposição de uma diretiva quando a parte contrária pretende impor-lhe uma obrigação prevista pelo direito nacional que seja contrária à diretiva. O Governo neerlandês considera que, nesta segunda hipótese (em que a diretiva é utilizada como «escudo»), cabe ao órgão jurisdicional nacional não aplicar essa disposição de direito nacional.

29 V., em especial, acórdãos: de 30 de abril de 1996, CIA Security International (C-194/94, EU:C:1996:172, n.º 48); de 26 de setembro de 2000, Unilever (C-443/98, EU:C:2000:496, n.ºs 44, 50 e 51); de 19 de dezembro de 2019, Airbnb Ireland (C-390/18, EU:C:2019:1112, n.º 100).

30 Assim, Acórdão de 7 de agosto de 2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, n.º 53).

31 O Governo neerlandês refere os acórdãos: de 7 de agosto de 2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631) e de 24 de janeiro de 2012, Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33).

52. A Comissão considera necessário fazer esta distinção. Sublinha que se refere na jurisprudência atual do Tribunal de Justiça que uma diretiva não pode, *por si só*, criar obrigações para um particular, pelo que não pode ser invocada, *enquanto tal*, contra um particular. No entanto, no presente processo, resulta do contrato a obrigação de o recorrente *cumprir* a contrapartida no montante acordado. Assim, a defesa do recorrido face a um pedido mais lato do recorrente é feita não com fundamento na diretiva em si, mas na diretiva em conjugação com o contrato. Não se trata, portanto, de uma situação em que de uma diretiva *por si só* ou *enquanto tal* decorrem determinados direitos para particulares.

53. A Comissão tem dúvidas, porém, quanto a saber se o supramencionado tem significado primordial no processo: em primeiro lugar, tendo em conta a constatação categórica do Tribunal de Justiça na sua jurisprudência segundo a qual uma diretiva não pode ser invocada num litígio entre particulares para afastar a aplicação da regulamentação de um Estado-Membro contrária a esta diretiva [32]; em segundo, tendo em conta a especificidade dos contratos privados, que se caracteriza pelo facto de as partes, ao fixarem os seus direitos e obrigações, equilibrarem elas próprias os seus interesses. Ter em conta a diretiva implica necessariamente prejudicar a situação de uma das partes, e saber se resulta daí um direito ou uma obrigação não tem um significado determinante. Com efeito, trata-se, em substância, de duas faces de uma mesma moeda.

54. Concordo com esta última conclusão da Comissão.

55. Em primeiro lugar, a ideia de que a diretiva enquanto tal teria um efeito diferente nas relações horizontais, consoante fosse utilizada como «espada» ou como «escudo», não é, a meu ver, corroborada pelo conteúdo do artigo 288.º, terceiro parágrafo, TFUE. Daí não resulta a possibilidade de revogar ou destituir de qualquer efeito útil as disposições nacionais contrárias à diretiva numa relação horizontal.

56. Como a Comissão corretamente observa, decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça que, essencialmente, é proibido tirar consequências jurídicas de diretivas, sejam direitos ou obrigações, para os particulares em relações horizontais. Com efeito, a questão de saber se resulta da diretiva uma obrigação que uma parte pretende impor à parte contrária ou apenas uma proibição de impor uma obrigação decorrente do direito nacional depende da economia processual em causa e da perspetiva adotada, de modo que esta distinção não se baseia num critério objetivo.

57. Com efeito, se resultar da diretiva que existe a proibição de adotar disposições que fixam, para as partes, honorários mínimos por um determinado serviço, pode, evidentemente, considerar-se que se trata de uma situação em que resulta de uma disposição de direito nacional uma obrigação de pagamento de um montante superior ao fixado pelas partes, contra a qual a diretiva protege como um «escudo». Contudo, também se pode argumentar que decorre indiretamente da diretiva um direito e uma obrigação específica para os particulares: o direito do cliente de ser libertado da obrigação como resultado do pagamento do preço acordado no contrato, e a obrigação do prestador de serviços de reconhecer que o pagamento do preço acordado no contrato tem o efeito de libertar o cliente da obrigação contratual. Assim, ao defender-se contra uma ação, o destinatário do serviço ergue o seu «escudo» com uma mão, ao mesmo tempo que, com a outra, desfere um golpe com a «espada», procurando impor ao prestador de serviços a obrigação de considerar o pagamento de um montante inferior à tarifa mínima como tendo o efeito de extinguir a obrigação.

[32] Acórdão de 7 de agosto de 2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, n.º 44).

58. Imaginemos que o destinatário dos serviços pagou indevidamente honorários superiores aos contratualmente fixados e, em seguida, exige ao prestador de serviços o reembolso dos mesmos. Procuraria assim impor a este último a obrigação de reembolsar a prestação indevidamente paga. O destinatário dos serviços invocaria, com esse objetivo, a diretiva como uma «espada». O mesmo sucederia se as partes tivessem acordado honorários superiores às tarifas máximas aplicáveis e o prestador de serviços após receber o pagamento apenas da tarifa máxima exigisse a diferença entre esse montante e o contratualmente fixado. Essencialmente, visaria impor ao destinatário do serviço a obrigação de pagar o preço contratualmente fixado decorrente da diretiva. Em bom rigor, estas situações não se colocam no presente processo, mas como é lógico a solução deve ser idêntica em todos os casos: se a disposição do direito nacional não deve ser aplicável, então em nenhuma dessas situações o é. A argumentação relativa à imposição da obrigação ao particular não garante esse efeito em todas as situações jurídicas e baseia-se num critério impreciso e fluido.

59. Considerando a proposta do Governo neerlandês de uma perspetiva ligeiramente diferente, é possível concentrarmo-nos na própria possibilidade de invocar a diretiva contra um particular. Se a diretiva funcionasse como um «escudo» isso permitiria eliminar do fundamento da decisão a disposição do direito nacional contrária à diretiva. Nesta aceção, o efeito de «escudo» da diretiva corresponde à chamada invocação da diretiva com vista à exclusão de uma disposição de direito nacional (em francês: *invocabilité d'exclusion*) e é o contrário de invocar a diretiva com vista a substituir uma disposição da diretiva como fundamento da decisão (em francês *invocabilité de substitution*) [33].

60. O critério da distinção consoante a diretiva funcione como «escudo» ou como «espada» (se se admitir que corresponde a uma «exclusão» e «substituição») é talvez mais preciso, mas é possível conceber situações em que essa distinção se revela difícil de fazer.

61. Ora, apesar do incentivo dos advogados-gerais A. Saggio [34], S. Alber [35] e D. Ruiz-Jarabo Colomer [36], o Tribunal de Justiça parece ter rejeitado definitivamente este conceito no Acórdão Pfeiffer [37].

62. Com efeito, neste último processo, uma obrigação contrária à diretiva relativa ao tempo de trabalho resultava não da lei, mas de uma convenção coletiva para a qual remetia o contrato celebrado pelo trabalhador. A diferença entre estes dois processos reside no facto de, num deles, a obrigação contrária à diretiva ser simultânea e expressamente contrária à cláusula constante do contrato das partes em matéria de preços (o presente processo) e, no outro, não existir essa contradição manifesta, uma vez que o contrato não continha ele próprio uma cláusula relativa ao tempo de trabalho, mas remetia para a convenção coletiva da qual essa obrigação resultava (processo que deu origem ao Acórdão Pfeiffer) [38]. Contudo, pode sustentar-se que a inexistência de uma cláusula contratual nesse sentido implicava que a obrigação a este respeito fosse

33 V. conclusões do advogado-geral P. Léger, no processo Linster (C-287/98, EU:C:2000:3, n.º 57 e seguintes) e no artigo aí referido de Y. Galmot, J-C. Bonichot, «La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national», *Revue française de droit administratif*, 4(1), janvier-février 1988, p. 16.

34 V. conclusões do advogado-geral A. Saggio nos processos apensos Océano Grupo Editorial e Salvat Editores (C-240/98 a C-244/98, EU:C:1999:620, n.º 38)

35 V. conclusões do advogado-geral S. Alber no processo Collino e Chiappero (C-343/98, EU:C:2000:23, n.º 30).

36 V. conclusões do advogado-geral D. Ruiz-Jarabo Colomer nos processos apensos Pfeiffer e o. (C-397/01 a C-403/01, EU:C:2003:245, n.º 58).

37 Acórdão de 5 de outubro de 2004 (C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584).

38 Acórdão de 5 de outubro de 2004 (C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584).

determinada por uma disposição da lei. Na minha opinião, o facto de no presente processo a contradição resultar diretamente do conteúdo do acordo não pode ser considerado como impondo uma conclusão diferente quanto ao efeito horizontal direto da diretiva.

63. Resumindo esta parte das considerações: entendo que a disposição do artigo 288.º, terceiro parágrafo, TFUE e a jurisprudência do Tribunal de Justiça não contêm fundamentos para se admitir que os direitos e obrigações dos particulares podem ser em geral formulados de modo vinculativo graças a uma consideração da disposição da diretiva «enquanto tal» num processo de determinação dos fundamentos de uma decisão jurídica que resolve um litígio entre particulares. Nesse contexto, deve presumir-se que, no processo de estabelecimento do fundamento jurídico dessa decisão, é irrelevante a exclusão de uma disposição de direito nacional ou a sua substituição por uma disposição da diretiva, ou o aditamento de uma disposição da diretiva à base da decisão. Em última instância, o conceito de «substituição» ou «exclusão» de uma disposição do direito nacional numa relação horizontal apenas servem para determinar o efeito da eventual consideração da diretiva num processo de aplicação do direito. Contudo, não há fundamentos para se considerar que uma diretiva tem um efeito direto numa relação horizontal se tal se tal visar unicamente afastar a aplicação de uma disposição de direito nacional.

4. Invocação dos princípios gerais do direito da União, incluindo a liberdade contratual

64. Nas suas observações escritas, a Comissão propôs, a título alternativo, não aplicar a disposição controvertida por ser contrária à liberdade contratual garantida pelo artigo 16.º da Carta. Essa liberdade abrange a liberdade das partes de fixarem o preço da prestação. É limitada pela disposição do direito nacional que prevê tarifas mínimas obrigatórias para determinados serviços. Tendo em conta o caráter desproporcionado da limitação introduzida a esta liberdade, a Comissão considera que a disposição controvertida do direito alemão, na medida em que é contrária ao artigo 16.º da Carta, deve ser afastada pelo órgão jurisdicional nacional.

65. Abordarei em primeiro lugar quais os pressupostos que decorrem da jurisprudência até à data quanto à invocabilidade da Carta com vista a afastar a aplicação de uma disposição nacional contrária à diretiva [a)]. Em seguida, analisarei se estes estão reunidos no que respeita à liberdade contratual e ao poder de fixar o preço [b)]. Por último, avaliarei a aplicabilidade desta liberdade ao caso em apreço [c)].

a) Condições para invocar os princípios gerais do direito da União, incluindo os concretizados na Carta

66. Na sua jurisprudência iniciada no Acórdão Mangold [39], o Tribunal de Justiça admitiu a possibilidade de não aplicar, numa relação horizontal, disposições nacionais contrárias a uma diretiva quando os princípios gerais do direito da União o exijam, incluindo os concretizados na Carta [40].

[39] Acórdão de 22 de novembro de 2005 (C-144/04, EU:C:2005:709, n.º 76).

[40] A relação entre os princípios gerais do direito da União e os direitos fundamentais garantidos pela Carta não resulta de forma unívoca da jurisprudência do Tribunal de Justiça. O advogado-geral P. Cruz Villalón, nas suas conclusões no processo Prigge e o. (C-447/09, EU:C:2011:321), considerou que depois da entrada em vigor do Tratado de Lisboa um princípio geral do direito da União, que é o princípio da não discriminação, foi objeto de positivação na «Carta de Lisboa» (n.º 26 das conclusões). Nas minhas conclusões, para simplificar, vou utilizar o conceito de «princípios gerais de direito da União, incluindo os concretizados na Carta».

67. Assim, o Tribunal de Justiça reconheceu que existe fundamento para recusar a aplicação das disposições nacionais contrárias às disposições da Diretiva 2000/78/CE do Conselho [41], na medida em que tal seja necessário para respeitar os princípios gerais do direito da União, como o princípio da não discriminação em razão da idade [42], o princípio da não discriminação em razão da religião ou credo [43] e o direito a uma tutela jurisdicional efetiva [44]. Em processos relativos à Diretiva 2003/88/CE [45] considerou que existe um fundamento para recusar aplicar disposições nacionais que violem o direito do trabalhador a férias anuais pagas, consagrado no artigo 31.º, n.º 2, da Carta [46].

68. Em contrapartida, opôs-se à aplicação dessa abordagem às obrigações decorrentes do artigo 1.º da Terceira Diretiva 90/232/CEE do Conselho [47], pelo facto de não se poder considerar que esta disposição concretiza um princípio geral do direito da União [48]. Fez o mesmo em relação às disposições da Diretiva 2002/14/CE [49], considerando que a proibição prevista no artigo 3.º, n.º 1, não pode ser inferida, enquanto norma jurídica diretamente aplicável, nem do teor do artigo 27.º da Carta nem das explicações relativas ao referido artigo [50].

69. A jurisprudência do Tribunal de Justiça é criticada na doutrina por conducente a uma aplicação demasiado restritiva da Carta nas relações entre particulares [51] e por submetê-la a critérios vagos [52]. Uma utilização mais ampla da Carta nas relações horizontais também foi defendida por advogados-gerais no passado [53]. Apesar disso, o Tribunal de Justiça continua, em princípio, a ser fiel à sua abordagem prudente e casuística [54].

70. O paradoxo de toda esta situação reside no facto de, como as diretivas não são aplicáveis às relações horizontais, a efetividade da Carta, ato de direito primário de natureza equivalente aos Tratados, nas relações horizontais, ter vindo a ser descoberta ao longo dos anos «aos poucos» por ocasião de sucessivos reenvios prejudiciais relativos à possibilidade de não aplicar uma

41 Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional (JO 2000, L 303, p. 16).

42 V., em especial, acórdãos: de 22 de novembro de 2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709, n.º 76); de 19 de janeiro de 2010, Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, n.º 46); de 19 de abril de 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, n.ºs 35 a 37).

43 V., em especial, acórdãos: de 17 de abril de 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, n.ºs 76, 77 e 79); de 11 de setembro de 2018, IR (C-68/17, EU:C:2018:696, n.ºs 69 a 71); de 22 de janeiro de 2019, Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2019:43, n.ºs 76 e 80).

44 V. Acórdão de 17 de abril de 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, n.º 78).

45 Diretiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de novembro de 2003, relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho (JO 2003, L 299, p. 9).

46 V., em especial, acórdãos: de 6 de novembro de 2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften (C-684/16, EU:C:2018:874, n.ºs 74, 80 e 81 e n.º 2 do dispositivo); de 6 de novembro de 2018, Bauer e Willmeroth (C-569/16 e C-570/16, EU:C:2018:871, n.ºs 80, 84 e 91).

47 Terceira Diretiva 90/232/CEE do Conselho, de 14 de maio de 1990, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes ao seguro de responsabilidade civil relativo à circulação de veículos automóveis (JO 1990, L 129, p. 33).

48 V. Acórdão de 7 de agosto de 2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, n.º 48).

49 Diretiva 2002/14/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 2002, que estabelece um quadro geral relativo à informação e à consulta dos trabalhadores na Comunidade Europeia (JO 2002, L 80, p. 29).

50 V. Acórdão de 15 de janeiro de 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, n.º 46).

51 V., por exemplo, D. Leczykiewicz, «*Horizontal application of the Charter of Fundamental Rights*», *European Law Review*, 2013, 38(4), p. 479 a 497.

52 V., por exemplo, E. Frantziou, *The horizontal effect of fundamental rights in the European Union: a constitutional analysis*, Oxford, Oxford University Press, 2019, cuja opinião é «[t]he judgments remain rooted in largely unpredictable, case-by-case assessments, which predominantly concern direct effect, but marginalise the overall significance of horizontality in the field of fundamental rights (as well as the risk of its over-extension)» (p. 114).

53 V., sobretudo, as conclusões do advogado-geral P. Cruz Villalón no processo Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2013:491, n.ºs 34 a 38).

54 Todavia, à luz da jurisprudência recente, é possível perguntar se o advogado-geral Y. Bot manteria hoje a apreciação expressa nas suas conclusões nos processos apensos Bauer e Broßonn (C-569/16 e C-570/16, EU:C:2018:337, n.º 95), na qual qualificou a abordagem à época do Tribunal de Justiça de «demasiado restritiva».

disposição nacional contrária a uma diretiva não transposta ou incorretamente transposta. Neste domínio, a Carta revelou-se de excecional importância prática, tornando-se de facto — para utilizar a linguagem dos alquimistas — a pedra filosofal do direito da União para «transmutar» normas «não nobres» (que não têm o efeito horizontal das disposições de diretivas) em normas «nobres» (que têm esse efeito). Foi nestas ocasiões que se elaboraram as regras de invocação da Carta nas relações entre particulares.

71. À luz do estado atual da jurisprudência do Tribunal de Justiça, a condição essencial para que uma disposição da Carta possa servir de fundamento autónomo a uma solução nos processos principais é a sua «autossuficiência» [55]. A disposição em causa deve ser nomeadamente suficiente para conferir aos particulares um direito que pode ser invocado enquanto tal em litígios com outros particulares. Para que tal seja possível, dela deve decorrer que o direito é imperativo e incondicional. Esta última condição não está preenchida quando, para determinar o conteúdo desse direito, é necessário adotar disposições suplementares, quer no direito da União quer no direito nacional [56].

72. A condição para a aplicação de uma disposição da Carta a fim de produzir o efeito horizontal de uma disposição de uma diretiva está, além disso, subordinada à existência de um nexo entre a disposição específica da Carta e uma disposição da diretiva. No que respeita a determinados direitos, esta relação deve ser a concretização de uma disposição da Carta através de uma disposição de uma diretiva [57].

73. Estas condições estão preenchidas no que ao artigo 16.º da Carta diz respeito, na medida em que garante a liberdade contratual?

74. Antes de responder a esta questão, sublinho que o presente processo não diz respeito, na sua substância, ao efeito horizontal direto de uma disposição da Carta no sentido clássico. Com efeito, a questão aqui não é a de saber se uma disposição da Carta impõe diretamente obrigações a uma das partes no contrato, mas a de saber se uma disposição do direito nacional pode ser afastada num litígio entre particulares devido à sua incompatibilidade com uma disposição da Carta, neste caso, o seu artigo 16.º No entanto, também na situação acima referida essas condições devem ser satisfeitas, pois determinam o efeito direto de uma disposição da Carta, ou seja, a sua aplicabilidade direta num litígio pendente.

55 V., a este respeito, as conclusões do advogado-geral Y. Bot nos processos apensos Bauer e Broßonn (C-569/16 e C-570/16, EU:C:2018:337, n.os 80, 82 e literatura aí referida).

56 K. Lenaerts, The Role of the EU Charter in the Member States, em: *The EU Charter of Fundamental Rights in the Member States*, Oxford, Hart, 2020, p. 32 a 33; S. Prechal, Horizontal direct effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 66 (2020), p. 420.

57 Esta condição não é imperativa. Na jurisprudência mais antiga afigurava-se ter um significado determinante (v., por exemplo, acórdãos: de 19 de janeiro de 2010, Kücükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, n.º 21; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, n.os 22, 27, 35 e 38; de 7 de agosto de 2018, Smith, C-122/17, EU:C:2018:631, n.º 48). Por outro lado, no Acórdão de 6 de novembro de 2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften (C-684/16, EU:C:2018:874, n.os 78 e 79), o Tribunal de Justiça declarou que o direito a períodos de férias anuais remuneradas não exige uma concretização no direito derivado. Decidiu do mesmo modo no Acórdão de 17 de abril de 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, n.º 78) em relação ao direito a uma proteção jurisdicional efetiva.

b) Liberdade contratual

1) Observações preliminares

75. A liberdade contratual [58] constitui um dos princípios essenciais do direito privado, juntamente com princípios como o da perenidade dos contratos ou da boa-fé. Embora as suas origens possam ser rastreadas até à antiguidade, é tradicionalmente aceite que encontrou, pela primeira vez, expressão plena no Código Napoleónico [59].

76. Por vezes, podemos ficar com a impressão de que a liberdade contratual é, utilizando uma expressão inglesa, «the elephant in the room». Na minha opinião, ainda não encontrou a sua posição no sistema do direito da União. Ora, constitui a pedra angular de todo o sistema jurídico, sobretudo no contexto do funcionamento das liberdades fundamentais [60]. Sem ela, é impossível conceber a existência de um mercado interno e uma economia social de mercado altamente competitiva, a que se refere o artigo 3.º, n.º 3, TUE, e conduzir uma política económica de acordo com o princípio da economia de mercado aberto e da livre concorrência, tal como referido no artigo 119. º TFUE. Ao mesmo tempo, continua a estar escondida por detrás de todo um sistema de outros princípios e direitos da União.

77. Talvez o caso em apreço deva ser uma oportunidade de o Tribunal de Justiça analisar mais de perto a liberdade contratual e precisar o seu lugar no sistema do direito da União.

2) Reconhecimento da liberdade contratual no direito e na jurisprudência

78. No estado atual do direito, a liberdade contratual é garantida pelo artigo 16.º da Carta. É certo que não é expressamente mencionada na sua redação, mas resulta das explicações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais [61] que esta constitui uma componente da liberdade de empresa, à qual este artigo é dedicado.

79. Uma disposição da Carta pode garantir diferentes direitos e liberdades e criar princípios diferentes [62], alguns dos quais podem preencher as condições para fundamentar decisões nos órgãos jurisdicionais nacionais, e outros não [63]. O facto de o artigo 16.º dizer respeito, nomeadamente, à liberdade contratual não significa que as modalidades de invocabilidade perante os órgãos jurisdicionais nacionais se apliquem igualmente a outros direitos ou liberdades garantidos pelo artigo 16.º da Carta. Tendo em conta o objeto do presente processo, limitarei a minha análise à liberdade contratual e, em seguida, ao direito específico que daí decorre.

58 No meio académico polaco utiliza-se frequentemente o conceito de «princípio da liberdade contratual». Para evitar a impressão de que estou a julgar antecipadamente a qualificação da liberdade como um «princípio» e não um «direito» na aceção do artigo 52.º da Carta, nestas conclusões utilizarei o conceito de «liberdade contratual».

59 R. Trzaskowski, *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych [Limites da liberdade de configuração do conteúdo e finalidade dos contratos de obrigações]. Art. 353(1).° k.c.*, Cracóvia, Zakamycze, 2005, p. 41, que, porém, refere, seguindo J. Ghestin, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, Paris, 1993, p. 41, que o artigo 1134.º desse código, tradicionalmente tratado como uma emanação desse princípio, de facto nem sequer o menciona.

60 Como recentemente referiu J. Basedow, «[w]hile the freedom of contract was a necessary element in the overall scheme of the internal market from the very beginning, it has only much more recently been acknowledged as a principle of EU law.» (J. Basedow, *EU Private Law. Anatomy of a Growing Legal Order*, Intersentia, Cambridge — Antuérpia — Chicago, 2021, p. 426, Nb 68.).

61 Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais (JO 2007, C 303, p. 17; a seguir «Anotações sobre a carta»).

62 Cf. Anotações sobre a Carta, a respeito do artigo 52.º, n.º 5, da Carta.

63 K. Lenaerts, *op.cit*., p. 33, que indica que no caso do artigo 31.º, n.º 2, da Carta só na sua parte essencial («the essence») é que tem efeito horizontal direto.

80. Resulta expressamente das Explicações sobre a Carta que o seu artigo 16.º apenas codifica a jurisprudência do Tribunal de Justiça na qual este já reconheceu que no direito da União vigora a liberdade contratual [64]. O estatuto da liberdade contratual como um dos princípios do direito da União foi depois confirmado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça proferida posteriormente à adoção da Carta [65]. Pode-se, assim, admitir que é uma liberdade consolidada, garantida pelo direito da União. É aceite que constitui um direito e não um princípio na aceção do artigo 52.º, n.º 5, da Carta [66].

3) Conteúdo da liberdade contratual

81. A liberdade contratual constitui um subtipo da liberdade em geral. Trata-se de uma liberdade da esfera das obrigações de direito privado. Esta liberdade é frequentemente equiparada à autonomia da vontade dos indivíduos, mas o seu âmbito é mais restrito, uma vez que não se aplica a todos os atos jurídicos, mas apenas aos contratos [67].

82. É tradicionalmente aceite que a liberdade contratual consiste pelo menos na liberdade de celebrar um contrato, escolher a contraparte, formular o conteúdo do contrato e, portanto, a relação contratual, bem como escolhera forma do contrato [68]. Ora, o direito à livre determinação do conteúdo da relação jurídica entre as partes compreende o direito de determinar o montante das prestações recíprocas, incluindo, nomeadamente, o preço ou a contrapartida pela prestação da outra parte.

83. Esta conceção de liberdade está espelhada na jurisprudência do Tribunal de Justiça. Indicava expressamente que a imposição de uma obrigação contratual por um Estado-Membro a uma entidade constitui uma ingerência significativa na liberdade de contratar [69], que a liberdade contratual compreende nomeadamente: a livre escolha do parceiro económico [70], a liberdade de se obrigarem uma perante a outra [71], incluindo de determinar o preço de uma prestação [72], e por último o direito de modificarem os contratos que celebraram [73].

64 Aqui as Anotações sobre a Carta referem os acórdãos: de 16 de janeiro 1979, Sukkerfabriken Nykøbing (151/78, EU:C:1979:4, n.º 19); de 5 de outubro de 1999, Espanha/Comissão (C-240/97, EU:C:1999:479, n.º 99).

65 V., em especial, acórdãos: de 22 de janeiro de 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, n.ºs 42 e 43); de 18 de julho de 2013, Alemo-Herron e o. (C-426/11, EU:C:2013:521, n.ºs 32 a 35); de 24 de setembro de 2020, NK (Pensões de empresa de membros da direção) (C-223/19, EU:C:2020:753, n.º 86)

66 Acórdão de 22 de janeiro de 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, n.ºs 43 a 48). V. também P. Oliver, «What purpose does article 16 of the Charter serve?», em: *General Principles of EU law and European Private Law*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2013, § 12.06, p. 295 a 296; H.D. Jarass, Art.16 Unternehmerische Freiheit, *Charta der Grundrechte des Europaischen Union. Kommentar*, 4. Aufl., München, C.H. Beck, 2021, Rn. 2.

67 P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353(1) k.c. Konstrukcja prawna [A liberdade contratual segundo o artigo 353.º, n.º 1, do Código Civil. Construção Jurídica*], Varsóvia, C.H. Beck, 2005, p. 2—3.

68 *Ibidem*, p. 3—4. É coerente com esta definição a redação do artigo 1102.º do Código Civil francês, nos termos do qual «Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.». V. também C. von Bar, E. Clive and Hans Schulte-Nölke (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, München, Sellier, 2009, Book II — I:102: Party Autonomy (1) «Parties are free to make a contract or other juridical act and to determine its contents, subject to any applicable mandatory rules»; e ainda UNIDROIT Principles 2016, o artigo 1.1, intitulado «Freedom of contract», com o conteúdo «The parties are free to enter into a contract and to determine its content».

69 V., em particular, Acórdão de 28 de abril de 2009, Comissão/Itália (C-518/06, EU:C:2009:270, n.ºs 66 a 71).

70 V., em especial, acórdãos: de 22 de janeiro de 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, n.º 43); de 20 de dezembro de 2017, Polkomtel (C-277/16, EU:C:2017:989, n.º 50).

71 V., em especial, Acórdão de 20 de maio de 2010, Harms (C-434/08, EU:C:2010:285, n.º 36).

72 V., em especial, acórdãos: de 22 de janeiro de 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, n.º 43); Acórdão de 20 de dezembro de 2017, Polkomtel (C-277/16, EU:C:2017:989, n.º 50); de 24 de setembro de 2020, NK (Pensões de empresa de membros da direção) (C-223/19, EU:C:2020:753, n.º 86).

73 V., em especial, Acórdão de 5 de outubro de 1999, Espanha/Comissão (C-240/97, EU:C:1999:479, n.º 99).

84. Tendo em conta o que precede, considero que a liberdade contratual é um direito reconhecido tanto nas ordens jurídicas dos Estados-Membros como no direito da União. Dela decorrem, para os particulares, certos direitos correlativos das obrigações de se absterem de ingerir na autonomia da vontade das partes, nomeadamente impondo a celebração ou a rescisão de contratos ou impondo determinado conteúdo.

4) Significado da remissão no artigo 16.º da Carta

85. A natureza categórica desta conclusão pode suscitar dúvidas tendo em conta o conteúdo do artigo 16.º da Carta. Isto porque dele decorre a liberdade de empresa «de acordo com o direito da União e as legislações e práticas nacionais». Ora, no Acórdão Association de médiation sociale [74], o Tribunal de Justiça decidiu que da redação do artigo 27.º da Carta [75], que contém uma remissão semelhante, «resulta […] claramente […] que, para que esse artigo produza plenamente os seus efeitos, deve ser precisado por disposições do direito da União ou do direito nacional» [76]. Por conseguinte, a proibição determinante nesse processo não pode ser deduzida, enquanto norma jurídica diretamente aplicável, nem da redação do artigo 27.º da Carta, nem das anotações sobre esse artigo [77].

86. No entanto, ao contrário dos direitos a que diz respeito o artigo 27.º da Carta, a liberdade contratual, embora não seja expressamente mencionada no texto do artigo 16.º, é mencionada nas Anotações sobre a Carta como estando protegida por essa disposição. Também foi confirmada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça. Por conseguinte, não há fundamento para simplesmente lhe aplicar a jurisprudência que se refere ao artigo 27.º da Carta.

87. Considero igualmente que a remissão para o direito da União e para o direito nacional no artigo 16.º da Carta tem uma natureza diferente da do artigo 27.º da Carta. Neste último caso trata-se de uma remissão para disposições por força das quais o direito em causa é concebido, no primeiro caso trata-se de uma remissão para as disposições que definem as regras de exercício de um direito já existente e garantido pela Carta.

88. Como resulta das Anotações sobre a Carta, o «direito [garantido no artigo 16.º] é exercido, como é óbvio, na observância do direito da União e das legislações nacionais, podendo ser objeto das restrições previstas no n.º 1 do artigo 52.º da Carta.» E como o Tribunal de Justiça sublinhou, a liberdade de empresa não constitui uma prerrogativa absoluta, mas deve ser analisada à luz da sua função na sociedade [78]., Pode estar sujeita a intervenções do poder público, suscetíveis de estabelecer, no interesse geral, limitações ao exercício da atividade económica [79]. O mesmo se aplica à liberdade contratual.

74 Acórdão de 15 de janeiro de 2014 (C-176/12, EU:C:2014:2).

75 O artigo 27.º da Carta dispõe: «Deve ser garantida aos níveis apropriados, aos trabalhadores ou aos seus representantes, a informação e consulta, em tempo útil, nos casos e nas condições previstos pelo direito da União e pelas legislações e práticas nacionais.»

76 Acórdão de 15 de janeiro de 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, n.º 45).

77 Acórdão de 15 de janeiro de 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, n.º 46)

78 V., em especial, acórdãos: de 9 de setembro de 2004, Espanha e Finlândia/Parlamento e Conselho (C-184/02 e C-223/02, EU:C:2004:497, n.ºs 51 e 52); de 6 de setembro de 2012, Deutsches Weintor (C-544/10, EU:C:2012:526, n.º 54); de 22 de janeiro de 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, n.º 45); de 24 de setembro de 2020, NK (Pensões de empresa de membros da direção) (C-223/19, EU:C:2020:753, n.º 88).

79 Acórdão de 22 de janeiro de 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, n.º 46).

89. Neste contexto, partilho do ponto de vista expresso na doutrina segundo o qual a remissão do artigo 16.º da Carta visa apenas sublinhar que, tratando-se de um direito garantido por este artigo, é admissível um grau de interferência do Estado mais elevado do que no caso de outros direitos. Ora, esta remissão não demonstra uma limitação do nível de proteção garantido por este direito, nem que tem o estatuto de princípio, nem que é um direito de «segunda categoria» [80].

90. Isto em nada altera o facto de, na prática, ser raro basearem-se decisões unicamente no artigo 16.º da Carta [81]. Relativamente a outros direitos fundamentais, a liberdade de empresa e, por conseguinte, a liberdade contratual deverão frequentemente ceder a prioridade a outros valores protegidos pelo direito da União [82]. A necessidade de interferência de grande alcance na liberdade contratual é particularmente evidente no que toca aos mercados regulamentados e às transações de consumidores.

5) Autossuficiência do disposto no artigo 16.º da Carta na medida em que dele decorre o direito de as partes fixarem o preço de um serviço

91. Entre os direitos *supra* que constituem o conteúdo da liberdade e foram reconhecidos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, é relevante no processo o direito de as partes no contrato formularem o conteúdo da relação jurídica fixando o preço do serviço. Dedicarei a este direito a parte que se segue das minhas considerações.

92. Considero que o direito das partes de fixarem o preço do serviço que é objeto do contrato é de tal modo evidente, claro e unívoco que não é necessário precisar o seu conteúdo no direito da União ou no direito nacional.

93. Na medida em que garante a liberdade das partes de fixarem o preço do serviço, o artigo 16.º da Carta é, portanto, uma disposição «autossuficiente». Como tal, preenche a principal condição para produzir efeito direto.

6) Restrições admissíveis à liberdade contratual no que respeita ao direito de fixar o preço

94. Resulta das observações feitas no n.º 88 das presentes conclusões que a existência de uma restrição à liberdade contratual é inerente a essa mesma liberdade. Com efeito, o seu conteúdo é determinado de forma negativa pelas restrições às liberdades consagradas no direito da União e nos direitos dos Estados-Membros. A admissibilidade destas restrições deve ser apreciada à luz do artigo 52.º, n.º 1, da Carta.

95. Uma restrição à liberdade pode ter origem no direito nacional ou no direito da União, e eventualmente em ambos [83].

80 Tal como, por exemplo, T. Leonard, J. Salteur, Article 16. Liberté d'entreprise, em: F. Picod, C. Rizcallah, S. Van Drooghenbroeck (éds.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: commentaire article par article. 2e éd.*, Bruxelas, Bruylant, 2020, p. 407, § 15, p. 415, § 24; H.D. Jarass, *op.cit.*, Rn. 20.

81 P. Oliver, *op.cit.*, § 12.08, p. 299. O autor sustenta que essa disposição está reservada a casos extremos («extreme cases»).

82 Por exemplo, a respeito dos direitos de propriedade intelectual, cf. Acórdão de 24 de novembro de 2011, Scarlet Extended (C-70/10, EU:C:2011:771, n.º 50), ou o direito do público à informação, cf. Acórdão de 22 de janeiro de 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, n.º 66).

83 Tendo em conta o princípio do primado, as restrições impostas pelo direito nacional não podem ir contra as restrições decorrentes do direito da União.

7) Modelo de invocação do artigo 16.º da Carta numa relação horizontal

96. A questão que se coloca é a de saber como deve ser invocado o direito das partes de fixarem o preço do serviço num litígio entre particulares. As dúvidas surgem do facto de a invocação do direito em causa não se enquadrar inteiramente num modelo conhecido da jurisprudência existente.

97. A jurisprudência do Tribunal de Justiça, que admite a invocação direta dos princípios gerais do direito da União, incluindo os concretizados pela Carta, dizia respeito aos direitos subjetivos dos particulares dos quais decorriam direitos específicos com os quais as obrigações da outra parte estavam correlacionadas. Está correlacionada com o direito a férias ou à não discriminação a obrigação da outra parte do litígio: seja de conceder férias, ou eventualmente a compensação económica de férias não gozadas, seja conferir direitos atribuídos a outras pessoas que se encontram numa situação semelhante [84].

98. No caso do direito de fixar o preço de um serviço, este raciocínio não pode ser aplicado. Em primeiro lugar, decorre da liberdade contratual que um particular tem o direito de que não haja interferência na autonomia da vontade das partes numa relação jurídica, potencial ou existente. Não se trata de um direito tão quantificável como o direito a férias ou a um emprego. Em segundo lugar, não é um direito que seja conferido a um particular num litígio. Com efeito, a violação da liberdade contratual traduz-se na introdução de restrições ao seu exercício por um organismo externo relativamente a uma relação jurídica existente ou potencial. Tem indubitavelmente origem no Estado, ou se for caso disso, numa qualquer entidade capaz de adotar disposições vinculativas que definam as regras de celebração de contratos em determinada área. Em contrapartida, a liberdade contratual não cria obrigações para outro particular, nem, em especial, para um cocontratante [85].

99. Não é possível equiparar ao direito de pedir o pagamento do preço acordado o direito de determinar o conteúdo da relação jurídica, incluindo o preço. Com efeito, não tem origem na liberdade contratual, mas num contrato específico já celebrado. A não execução ou a incorreta execução do contrato por uma das partes não constitui uma violação da liberdade contratual, mas uma violação do princípio do cumprimento das obrigações [86].

100. Com efeito, como a Comissão salientou com razão na audiência, a liberdade contratual protege as duas partes contra interferências externas e não uma delas contra a outra. O direito fundamental de fixar o preço é um direito comum dessas duas partes, e não de uma delas em relação à outra.

101. Daqui resulta que a violação dos direitos decorrentes da liberdade contratual tem lugar, em primeiro lugar, no plano vertical. Isto não é inabitual na medida em que, em princípio, em todas as situações em que o Tribunal de Justiça reconheceu o efeito direto horizontal da Carta, a violação de um direito fundamental ocorreu, em primeiro lugar, numa relação vertical, porque o Estado

84 Mesmo que o próprio Tribunal de Justiça não o reconheça expressamente, a consequência natural do reconhecimento de um direito, por exemplo, a uma compensação económica por férias não gozadas é a obrigação de a entidade patronal a pagar.

85 H.D. Jarass, *op.cit.*, Rn. 2.

86 V., a este respeito, uma distinção clara entre os princípios decorrentes da UNIDROIT Principles 2016, comentário ao artigo 1.3.º, intitulado «Binding character of contract»: «1. The principle *pacta sunt servanda*. This Article lays down another basic principle of contract law […]».

não assegurou uma proteção adequada dos direitos fundamentais dos particulares. Só num segundo momento surgiu a questão de saber se, na falta de uma disposição que assegura essa proteção, outro particular estava obrigado a adotar um comportamento positivo adequado [87].

102. A violação da liberdade contratual é específica na medida em que, de um ponto de vista formal, é feita em relação às duas partes no contrato. No entanto, pode traduzir-se de diferentes maneiras no interesse jurídico de cada uma delas. Para uma, pode significar um direito adicional, para a outra uma obrigação.

103. Uma vez que o principal modo de interferir na liberdade contratual é o Estado impor-lhe restrições, a defesa contra tal interferência num litígio com uma parte contratual que retira o seu direito dessa limitação só pode ser feita invocando a ilegalidade de uma restrição a essa liberdade. A sua legalidade depende do facto de preencher as condições que devem reunir as restrições de direitos e liberdades enunciados no artigo 52.º, n.º 1, da Carta. A declaração de que uma restrição é ilegal implica uma violação de um direito fundamental garantido pelo artigo 16.º da Carta.

104. Tendo em conta o que precede, verifica-se que um processo como este não diz respeito ao efeito direto horizontal no sentido clássico, ou seja, em que um particular é o destinatário de uma disposição de direito e é, consequentemente, obrigado a agir de uma certa forma. Trata-se da invocação, no litígio, da Carta como modelo de controlo para demonstrar a ilegalidade da disposição que constitui o fundamento da ação [88].

105. Não vejo por que razão o artigo 16.º da Carta não pode constituir um tal modelo de controlo da legalidade. É suficientemente preciso e incondicional no que diz respeito aos aspetos relevantes para a resolução do caso em apreço, ou seja, na medida em que dele decorre a liberdade dos particulares quanto à fixação do preço. Caso seja violado por uma disposição do direito nacional no âmbito da aplicação da Carta, devem ser aplicados os mesmos princípios que se aplicam em caso de conflito entre disposições do direito nacional e disposições dos Tratados, que preveem uma derrogação a uma disposição de direito nacional [89].

106. Esta conclusão não se opõe de modo algum ao artigo 51.º, n.º 1, da Carta. Com efeito, o Tribunal de Justiça já indicou que o facto de certas disposições do direito primário se aplicarem em primeiro lugar aos Estados-Membros não impede que sejam aplicáveis nas relações entre particulares [90].

c) Invocação da liberdade contratual no processo principal

107. O presente processo insere-se no âmbito de aplicação do artigo 16.º da Carta. Isto porque a disposição nacional controvertida estabelece uma restrição à liberdade contratual garantida por este artigo e está abrangida pelo âmbito de aplicação das disposições do direito da União, a saber, os artigos 15.º, n.ºs 1, 2, alínea g), e 3, da Diretiva 2006/123.

87 V., a este respeito, E. Frantziou, *op.cit., p. 39*, que declara: «Indeed, it is not necessary to view vertical and horizontal obligations to protect fundamental rights as emphatically separate issues. Responsibility for violations of fundamental rights operates on a spectrum, which ranges from state obligations to the duties we owe to one another.»

88 A doutrina refere a semelhança entre esta situação e a das situações triangulares, como referi no n.º 28 destas conclusões. D. Leczykiewicz, Horizontal Effect of Fundamental Rights: In Search of Social Justice or Private Autonomy in EU Law, em: *General Principles of EU law and European Private Law*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2013, § 6.06, p. 185.

89 V., em especial, Acórdão de 9 de março de 1978, Simmenthal (106/77, EU:C:1978:49, n.º 25).

90 V. Acórdão de 6 de novembro de 2018, Bauer e Willmeroth (C-569/16 e C-570/16, EU:C:2018:871, n.º 88).

108. A disposição nacional controvertida é contrária às disposições citadas da Diretiva 2006/123, como resulta expressamente do Acórdão Comissão/Alemanha [91] e do Despacho no processo hapeg dresden [92]. Um acórdão proferido ao abrigo do artigo 258.º TFUE é vinculativo para os órgãos jurisdicionais nacionais.

109. As disposições do artigo 15.º, n.ºs 2, alínea g), e 3, da Diretiva 2006/123 estabelecem exigências específicas para os Estados-Membros no que respeita à adoção, no direito nacional, de disposições que prevejam uma regulamentação dos preços para os serviços abrangidos pelo âmbito de aplicação do capítulo III desta diretiva [93].

110. Ao adotar estas disposições, o legislador da União já ponderou os vários direitos fundamentais concorrentes e avaliou a proporcionalidade da solução.

111. No âmbito de aplicação do artigo 15.º, n.ºs 2, alínea g), e 3, da Diretiva 2006/123, as restrições à liberdade contratual que decorrem do direito nacional devem respeitar os limites impostos pelas disposições do direito da União.

112. Tendo em conta o que precede, a conclusão do Tribunal de Justiça no Acórdão Comissão/Alemanha [94] de que uma disposição de direito nacional que estabelece uma limitação do direito de fixar livremente o preço é incompatível com uma disposição do direito da União que determina os limites à adoção de tais disposições do direito da União implica que seja necessário afastar a aplicação da disposição nacional. Em caso de tal contradição, não há dúvida de que a limitação do direito, ao abrigo da legislação nacional, de fixar livremente o preço não preenche as condições estabelecidas no artigo 52.º, n.º 1, da Carta. Sendo este o caso, viola a disposição do artigo 16.º da Carta.

113. Tendo em conta o que precede, o órgão jurisdicional nacional deve, no processo principal, não aplicar a disposição nacional controvertida contrária à Diretiva 2006/123 em razão da necessidade de respeitar um direito fundamental que é o da liberdade contratual das partes de fixarem o preço.

114. Por conseguinte, não obstante a proposta apresentada na parte 1, secção D, da minha análise, considero que, quando não é possível uma interpretação em conformidade com o direito da União, um órgão jurisdicional nacional que aprecia um litígio entre particulares que tem por objeto um pedido que se fundamenta numa disposição nacional que estabelece tarifas mínimas ou máximas em relação aos prestadores de serviços de uma forma contrária ao artigo 15.º, n.ºs 1, 2, alínea g), e 3, da Diretiva 2006/123, não deve aplicar essa disposição do direito nacional. Esta obrigação incumbe ao órgão jurisdicional nacional por força do artigo 16.º da Carta.

91 Acórdão de 4 de julho de 2019 (C-377/17, EU:C:2019:562).

92 Despacho de 6 de fevereiro de 2020 (C-137/18, não publicado, EU:C:2020:84).

93 Chamo a atenção para o facto de o artigo 15.º, n.ºs 2, alínea g), e 3, da Diretiva 2006/123, não conterem uma proibição absoluta de regulamentar preços, mas apenas uma obrigação de velar por que as disposições que preveem tarifas mínimas e máximas para os serviços satisfaçam as condições enunciadas no artigo 15.º, n.º 3, ou seja, o requisito da não discriminação, da necessidade e da proporcionalidade.

94 Acórdão de 4 de julho de 2019 (C-377/17, EU:C:2019:562).

5. Obrigação de executar um acórdão que declara o incumprimento de um Estado-Membro

115. No caso em apreço, coloca-se a questão de saber se um órgão jurisdicional nacional está obrigado a afastar a aplicação da disposição nacional controvertida por ter sido proferido um acórdão ao abrigo do artigo 258.º TFUE que declara a incompatibilidade desta disposição com a diretiva.

116. Segundo a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, a declaração, num acórdão proferido nos termos do artigo 258.º TFUE, de um incumprimento por um Estado-Membro das obrigações do Tratado é declarativa [95]. Este acórdão cria obrigações para as autoridades do Estado que têm de aplicá-lo. Esta obrigação também se impõe aos órgãos jurisdicionais que têm o dever de assegurar o seu respeito no exercício das suas funções [96], incluindo o dever de não aplicar disposições contrárias ao direito da União [97].

117. Esta última obrigação constitui um motivo autónomo para afastar a aplicação de uma disposição nacional contrária a uma diretiva numa relação horizontal?

118. Penso que não.

119. Em primeiro lugar, decorre da jurisprudência do Tribunal que, nos processos regidos pelo artigo 258.º do TFUE, não tem competência para derrogar atos legislativos dos Estados-Membros [98]. Ao mesmo tempo, admitir que uma disposição de direito nacional cuja incompatibilidade com a diretiva resulte de um acórdão proferido nos termos do artigo 258.º TFUE não pode, em razão desse acórdão, ser aplicada pelos órgãos jurisdicionais, conduziria a efeitos equivalentes à sua anulação.

120. Em segundo lugar, como o próprio Tribunal de Justiça sublinhou no Acórdão Waterkeyn e o. [99], quando é proferido um acórdão que declara um incumprimento das obrigações do Tratado por um Estado-Membro, os órgãos jurisdicionais desse Estado são obrigados, por força do (atualmente) artigo 260.º, n.º 1, TFUE, a retirar as devidas consequências desse acórdão. Todavia, há que entender que os direitos específicos dos particulares decorrem não desse acórdão, mas de disposições do direito da União com efeito direto na ordem jurídica nacional.

121. É igualmente coerente com esta argumentação a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à responsabilidade de um Estado-Membro em caso de não transposição ou transposição incorreta de uma diretiva, iniciada com o Acórdão Francovich [100], do qual resulta que o fundamento de uma ação de indemnização em tal situação é constituído pelas disposições do direito da União e não por um acórdão que declara a violação das obrigações do Estado-Membro enquanto tal [101].

95 Acórdão de 16 de dezembro de 1960, Humblet/Bélgica (6/60-IMM, EU:C:1960:48).

96 V., em especial, Acórdão de 14 de dezembro de 1982, Waterkeyn e o. (314/81 a 316/81 e 83/82, EU:C:1982:430, n.º 14).

97 V., em especial, acórdãos: de 13 de julho de 1972, Comissão/Itália (48/71, EU:C:1972:65, n.º 7); de 19 de janeiro de 1993, Comissão/Itália (C-101/91, EU:C:1993:16, n.º 24).

98 Acórdão de 16 de dezembro de 1960, Humblet/Bélgica (6/60-IMM, EU:C:1960:48, p. 1145).

99 Acórdão de 14 de dezembro de 1982 (314/81 a 316/81 e 83/82, EU:C:1982:430, n.º 16).

100 Acórdão de 19 de novembro de 1991 (C-6/90 e C-9/90, EU:C:1991:428)

101 V. n.ºs 40, 41 e 44 deste acórdão.

122. É por isso que considero que um acórdão proferido nos termos do artigo 258.º TFUE, ainda que imponha obrigações específicas aos órgãos jurisdicionais do Estado-Membro, não cria para eles novas competências para além das já atribuídas. Embora, por força do direito da União, em caso de incompatibilidade de uma disposição do direito nacional com uma disposição do direito da União dotada de efeito direto o órgão jurisdicional nacional deva afastar a aplicação dessa disposição do direito nacional, um acórdão proferido ao abrigo do artigo 258.º TFUE mais não faz do que atualizar essa obrigação.

123. O artigo 260.º, n.º 1, TFUE não pode ser interpretado no sentido de que, ao abrigo do artigo 258.º TFUE, conduziria à imposição aos particulares de novas obrigações que, no que toca ao artigo 288.º, terceiro parágrafo TFUE, não podem ser impostas a particulares pela mesma diretiva. Nesta hipótese, o acórdão proferido ao abrigo do artigo 258.º TFUE teria por efeito alterar o efeito vinculativo das disposições de uma diretiva, enquanto fonte do direito da União.

124. Tal como a interpretação vinculativa de uma disposição de uma diretiva numa decisão prejudicial vincula o órgão jurisdicional de reenvio, mas não tem por efeito alterar as regras de aplicação da diretiva nas relações horizontais, em minha opinião, também não há fundamentos para que tal efeito seja produzido por um acórdão proferido ao abrigo do artigo 258.º TFUE.

125. A interpretação do direito da União resulta sem dúvida deste acórdão. É vinculativa para os órgãos jurisdicionais nacionais no âmbito da aplicação do direito. O órgão jurisdicional de reenvio é obrigado a ter em conta esta interpretação. Pouco importa, a este respeito, que esta obrigação coincida com a obrigação de cumprir a decisão proferida no âmbito do processo a que se refere o artigo 258.º TFUE.

126. Pelas razões acima expostas, considero que a prolação de um acórdão ao abrigo do artigo 258.º TFUE não constitui, por si só, fundamento para deixar de aplicar, numa relação horizontal, uma disposição de direito nacional contrária à diretiva a que esse acórdão diz respeito.

V. Conclusões

127. Tendo em conta o exposto, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões submetidas pelo Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal de Justiça, Alemanha) do seguinte modo:

Um órgão jurisdicional nacional, ao apreciar um litígio entre particulares que tem por objeto um pedido que se fundamenta numa disposição nacional que estabelece tarifas mínimas ou máximas para os prestadores de serviços de uma forma contrária ao disposto no artigo 15.º, n.ºs 1, 2, alínea g), e 3, da Diretiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno, deve deixar de aplicar essa disposição nacional. Esta obrigação incumbe ao órgão jurisdicional nacional por força do:

– artigo 15.º, n.ºs 2, alínea g), e 3, da Diretiva 2006/123, enquanto disposições que dão expressão concreta à liberdade de estabelecimento decorrente do artigo 49.º TFUE; e

– artigo 16.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.