CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
apresentadas em 16 de Março de 2000 *

I — Introdução

1. Os especialistas em direito comunitário, e em particular aqueles que estão familiarizados com a jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de política social, sabem que esta não é a primeira vez que um litígio entre a Société anonyme belge d'exploitation de la navegation aérienne (Sabena) dá lugar a um processo prejudicial.

Também não é a primeira vez que a Cour du travail de Bruxelles apresenta uma questão ao Tribunal com base no artigo 177.° do Tratado CE (actual artigo 234.° CE) [1]. No caso em apreciação, este órgão solicita a interpretação de do protocolo sobre o artigo 119.° do Tratado que institui a Comunidade Europeia [2] (a seguir «protocolo»).

2. O Tratado CE, incluindo os seus anexos e protocolos, foi alterado de acordo com o disposto no artigo 6.° do Tratado de Amesterdão a fim de revogar disposições obsoletas e de adaptar o texto de alguns artigos. O artigo 12.° do Tratado de Amesterdão prevê que os artigos do Tratado CE sejam renumerados de acordo com os quadros de equivalência apresentados em anexo.

Como resultado desta renumeração, os artigos 117.° a 120.° do Tratado CE foram substituídos pelos artigos 136.° CE a 143.° CE, tendo o protocolo sobre o artigo 119.° do Tratado CE passado a protocolo sobre o artigo 141.° do Tratado que institui a Comunidade Europeia [3].

II — Os factos do litígio no processo principal

3. A convenção colectiva de trabalho n.° 17, de 19 de Dezembro de 1974, celebrada no quadro do Conseil national du travail [4], institui um regime de prestações

* Língua original: espanhol.

1 — Foi este mesmo órgão jurisdicional que apresentou a questão prejudicial que deu lugar ao acórdão de 8 de Abril de 1976, Defrenne/Sabena (43/75, Colect., p. 193).

2 — Protocolo n.° 2, anexo ao Tratado da União Europeia, assinado em Maastricht em 7 de Fevereiro de 1992, que entrou em vigor em 1 de Novembro de 1993 (JO C 191, p. 68).

3 — Alterou o Tratado da União Europeia, os Tratados que instituem as Comunidades Europeias e alguns actos conexos. Foi assinado em 2 de Outubro de 1997 em Amesterdão e entrou em vigor em 1 de Maio de 1999.

4 — Esta convenção adquiriu força vinculativa por força do decreto real de 16 de Janeiro de 1975.

complementares, em caso de despedimento, a cargo do último empregador, a favor dos trabalhadores de idade igual ou superior a sessenta anos, desde que recebam subsídio de desemprego. O montante da prestação é igual a metade da diferença entre a remuneração ilíquida de referência e o subsídio de desemprego.

4. A convenção colectiva de trabalho de 23 de Maio de 1984, celebrada na subcomissão paritária n.º 315.1, Sabena, e concluída no quadro da convenção n.º 17, dispõe que os trabalhadores com mais de 55 anos de idade e as trabalhadoras com mais de 53 anos de idade, despedidos com o seu consentimento, têm direito a uma prestação complementar, a cargo do seu empregador, caso beneficiem de subsídio de desemprego. Esta prestação complementar é paga aos trabalhadores do sexo masculino até aos 65 anos e aos trabalhadores do sexo feminino até aos 60 anos. Trata-se de um regime que foi instituído para fazer face às situações de subemprego resultantes, nomeadamente, da evolução das técnicas de trabalho específicas do sector da aviação comercial e para fomentar a permanência no emprego dos trabalhadores mais jovens.

5. Em Junho de 1960, M. Defreyn, demandante no processo principal, começou a trabalhar como empregada na Sabena, a companhia aérea demandada. Em Novembro de 1984, pediu para beneficiar do regime das prestações complementares. A empresa comunicou-lhe que aceitava o seu pedido e concedeu-lhe um pré-aviso de dois anos, o qual terminou em 31 de Dezembro de 1986.

A empresa comprometeu-se a pagar a M. Defreyn, de 1 de Janeiro de 1987 a Novembro de 1991, mês em que cumpriria 60 anos, a prestação complementar do subsídio de desemprego, a qual corresponde, normalmente, a 1% da última remuneração bruta mensal por cada ano de serviço. Prevê-se, contudo, uma excepção a favor dos trabalhadores que contem vinte e cinco anos, ou mais, de antiguidade, em virtude da qual o montante do subsídio de desemprego e da prestação complementar, incluída a quotização individual para o regime profissional de pensões, ascende a 82% da remuneração líquida do mês que precede a data em que a pré-reforma deve produzir efeito.

6. M. Defreyn recebeu a prestação complementar ao subsídio de desemprego até Novembro de 1991, data em que cumpriu sessenta anos. Daí em diante, começou a receber a pensão de velhice.

7. No seu acórdão de 17 de Fevereiro de 1993 [5], proferido em sede de acção por incumprimento contra o Reino da Bélgica, o Tribunal de Justiça entendeu que a prestação complementar concedida pelo empregador aos trabalhadores despedidos a partir de uma determinada idade e que beneficiam de subsídio de desemprego, constitui uma remuneração, para efeitos

5 — Comissão/Bélgica (C-173/91, Colect., p. I-673).

do artigo 119.° do Tratado, de modo que os trabalhadores do sexo feminino com mais de 60 anos não podem ser privados desta prestação quando os trabalhadores do sexo masculino têm direito recebê-la até aos 65 anos de idade.

8. Ao tomar conhecimento deste acórdão, M. Defreyn solicitou, em Junho de 1993, a concessão da prestação complementar até cumprir 65 anos, ou seja, até Novembro de 1996.

9. Tendo a empresa indeferido o seu pedido, M. Defreyn demandou-a perante o Tribunal du travail, em Setembro de 1993. Pedia que a Sabena fosse condenada a pagar-lhe, pelo período compreendido entre Dezembro de 1991 e Novembro de 1996, a prestação complementar que, em conjunto com o subsídio de desemprego, lhe assegurava 82% da remuneração líquida do último mês de trabalho, bem como o pagamento dos juros e das custas. O montante da prestação complementar pedido ascendia a 1 624 380 BEF.

10. Em primeira instância, o Tribunal du travail julgou a acção admissível, mas declarou-a improcedente e condenou M. Defreyn no pagamento das custas. Na sua decisão, considerou que a prestação que complementava o subsídio de desemprego estava compreendida no âmbito de aplicação do protocolo que limita no tempo o alcance do artigo 119.° do Tratado a respeito das prestações pagas em virtude de um regime profissional de segurança social. Considerou provado que M. Defreyn baseava as suas pretensões num período de emprego anterior a 17 de Maio de 1990 e que apenas após essa data tinha intentado a acção.

III — As questões prejudiciais

11. A Cour du travail de Bruxelles (Bélgica), órgão competente para decidir o recurso interposto por M. Defreyn, colocou as seguintes questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça, com base no artigo 177.° do Tratado CE:

«1) A prestação complementar de pré-reforma prevista pela convenção colectiva de trabalho n.° 17, tornada obrigatória pelo Decreto Real de 16 de Janeiro de 1975 e prevista na convenção colectiva de trabalho de 23 de Maio de 1984, celebrada na subcomissão paritária n.° 315.1, pode ser considerada uma prestação devida nos termos de um regime profissional de segurança social à qual o protocolo relativo ao artigo 119.° do Tratado que institui a Comunidade Europeia é aplicável?

2) As disposições da convenção colectiva de trabalho n.° 17 e da convenção colectiva de trabalho de 23 de Maio de 1984, celebrada na subcomissão

paritária n.º 315.1, são compatíveis com o artigo 5.º da Directiva 76/207/CEE na medida em que excluem os trabalhadores femininos com mais de 60 anos do benefício das compensações de reforma antecipada, que constituem prestações complementares por despedimento, concedidas a título de complemento do subsídio de desemprego, quando essas prestações são garantidas aos trabalhadores masculinos até aos 65 anos de idade?

3) No caso de a resposta às duas questões anteriores ser afirmativa, a aplicação do protocolo relativo ao artigo 119.º do Tratado impede que se dê provimento à acção de M. Defreyn, na medida em que é baseada na violação do artigo 5.º da Directiva 76/207?»

IV — Disposições comunitárias aplicáveis

12. O artigo 119.º do Tratado estabelece o princípio da igualdade de remuneração entre trabalhadores masculinos e femininos por trabalho igual. O n.º 2 define a noção de remuneração nos seguintes termos:

«Para efeitos do presente artigo, entende-se por 'remuneração' o salário ou vencimento ordinário, de base ou mínimo, e quaisquer outras regalias pagas, directa ou indirectamente, em dinheiro ou em espécie, pela entidade patronal ao trabalhador em razão do emprego deste último».

13. O protocolo visa precisar os efeitos no tempo do artigo 119.º do Tratado nos regimes profissionais de segurança social, e estipula o seguinte:

«Para efeitos de aplicação do artigo 119.º, as prestações ao abrigo de um regime profissional de segurança social não serão consideradas remuneração se e na medida em que puderem corresponder a períodos de trabalho anteriores a 17 de Maio de 1990, excepto no que se refere aos trabalhadores ou às pessoas a seu cargo que tenham, antes dessa data, intentado uma acção judicial ou apresentado uma reclamação equivalente nos termos da legislação nacional aplicável» [6].

6 — O texto do protocolo, após a renumeração dos artigos do Tratado efectuada pelo Tratado de Amesterdão, passou a ser o seguinte: «Para efeitos de aplicação do artigo 141.º, as prestações ao abrigo de um regime profissional de segurança social não serão consideradas remuneração se e na medida em que puderem corresponder a períodos de trabalho anteriores a 17 de Maio de 1990, excepto no que se refere aos trabalhadores ou às pessoas a seu cargo que tenham, antes dessa data, intentado uma acção judicial ou apresentado uma reclamação equivalente nos termos da legislação nacional aplicável».

14. O artigo 5.° da Directiva 76/207/CEE [7], cuja interpretação também interessa o órgão jurisdicional nacional, tem a seguinte redacção:

«1. A aplicação do princípio da igualdade de tratamento no que se refere às condições de trabalho, incluindo as condições de despedimento, implica que sejam asseguradas aos homens e às mulheres as mesmas condições, sem discriminação em razão do sexo.

...»

V — Tramitação processual no Tribunal de Justiça

15. A Sabena, o Governo belga e a Comissão apresentaram, no prazo estabelecido para o efeito no artigo 20.° do Estatuto (CE) do Tribunal de Justiça, observações escritas no presente processo. Os representantes de M. Defreyn, da Sabena, do Governo belga, do Governo do Reino Unido e da Comissão apresentaram as suas alegações na audiência realizada em 24 de Fevereiro de 2000.

16. M. Defreyn sustenta que o protocolo não é aplicável ao seu caso, na medida em que reivindica o pagamento de uma prestação complementar do subsídio de desemprego, que foi qualificada pelo Tribunal de Justiça, no seu acórdão de 17 de Fevereiro de 1993 [8], como remuneração, na acepção do artigo 119.°, e não como prestação de segurança social.

17. Quer a Sabena quer o Governo belga consideram a prestação complementar de pré-reforma requerida por M. Defreyn como uma remuneração, na acepção do artigo 119.°, e que o regime que estabelece o benefício desta prestação é, sem margem para dúvidas, um regime de segurança social organizado numa base profissional e instituído para completar um regime pré-existente de segurança social. Porém, a demandante não tem direito ao seu pagamento até aos 65 anos, uma vez que se trata de uma situação que entra plenamente no âmbito de aplicação do protocolo — o qual limita no tempo a aplicação da noção de remuneração às prestações ao abrigo de um regime profissional de segurança social. Ambos entendem que a aplicação do protocolo não está limitada às prestações pagas a título de pensão de velhice, compreendendo também qualquer prestação concedida por um regime profissional de segurança social e, desde logo, a prestação complementar requerida pela demandante. Por esta razão, propõem que se responda ao juiz nacional que a prestação controvertida é atribuída por um regime profissional de segurança social abrangido pelo protocolo.

A Sabena e o Governo belga sustentam que, se o Tribunal tivesse um entendimento

7 — Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho (JO L 39, p. 40; EE 05 F2 p. 70).

8 — Acórdão Comissão/Bélgica, já referido na nota 5.

diferente, ter-se-ia que concluir que o protocolo não afecta a prestação controvertida, caso em que seria de aplicar a jurisprudência estabelecida no acórdão de 17 de Fevereiro de 1993 [9] e dar razão à demandante. O Governo belga acrescenta que, nesse caso, existiria um risco importante de multiplicação dos processos tendentes a obter o benefício das prestações complementares de pré-reforma, o que, a acontecer, e visto a pré-reforma convencional estar largamente difundida na Bélgica, produziria um desequilíbrio financeiro de grande repercussão na economia do país.

18. O Governo do Reino Unido afirma que a prestação complementar é paga por um regime profissional de segurança social abrangido pelo protocolo. Apoia a sua afirmação em várias razões: em primeiro lugar, o teor literal do protocolo não limita o seu âmbito de aplicação às pensões de velhice; em segundo lugar, a prestação solicitada é concedida ao nível da empresa e destina-se a completar o subsídio de desemprego pago pelo regime geral de segurança social; em terceiro lugar, o facto de o protocolo não estabelecer uma distinção entre as diversas prestações significa que se destina a ser aplicável a todas as prestações concedidas pelos regimes profissionais de segurança social; por último, a prestação solicitada pela demandante pode ser atribuída a períodos de emprego anteriores a 17 de Maio de 1990, dado que o direito se adquire em função do número de anos em que se esteve ao serviço da empresa e que o seu montante é calculado como uma percentagem do último salário auferido pelo trabalhador.

19. A Comissão não tem qualquer dúvida quanto à natureza da prestação. Considera que se trata de uma remuneração, na acepção do artigo 119.° e que, em consequência, esta prestação deve ser concedida aos trabalhadores masculinos e femininos nas mesmas condições, pelo que o regime aplicado a M. Defreyn, por força do qual a prestação complementar é paga até aos 60 anos às mulheres e até aos 65 anos aos homens, é contrário ao referido artigo.

A Comissão entende que o período pelo qual M. Defreyn reclama o pagamento da prestação complementar, que vai de 1 de Dezembro de 1991, data do seu 60.° aniversário, até 30 de Novembro de 1996, data em que cumpriu 65 anos, não pode ser considerado, em sentido estrito, como período de emprego. A Comissão conclui que o protocolo não se aplica neste caso concreto porque as prestações reclamadas cobrem um período posterior a 17 de Maio de 1990 e porque o acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Fevereiro de 1993, já referido, pelo qual o Reino da Bélgica foi condenado por incumprimento, não contém nenhuma limitação dos seus efeitos no tempo.

9 — Referido *supra* na nota 5.

VI — Análise das questões prejudiciais

A — *Observações preliminares e antecedentes*

20. Para dar uma resposta às questões prejudiciais, há que remontar a 13 de Junho de 1986, data do acórdão Bilka [10]. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça entendeu que um regime complementar de pensão, instituído por acordo entre o empresário e o comité de empresa, em representação dos trabalhadores, que tinha como finalidade completar as prestações sociais devidas por força da legislação nacional de aplicação geral mediante outras prestações sociais cujo financiamento era suportado unicamente pela entidade patronal, e que se considerava fazer parte integrante dos contratos de trabalho, não constituía um regime de segurança social directamente regido pela lei e subtraído ao âmbito de aplicação do artigo 119.° Pelo contrário, as prestações atribuídas aos empregados em virtude deste regime constituíam um benefício pago pela entidade patronal ao trabalhador em razão da relação laboral, na acepção do artigo 119.°, n.° 2, com a consequência de que as condições às quais a entidade patronal subordinava a admissão dos seus trabalhadores a um regime com estas características entravam no âmbito de aplicação do artigo 119.° do Tratado [11].

21. Não obstante esta jurisprudência, o Conselho adoptou, meses depois, a Directiva 86/378/CEE [12], destinada a regular a aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres nos regimes profissionais de segurança social. O seu artigo 9.° permitia aos Estados-Membros adiar a aplicação obrigatória do princípio da igualdade de tratamento no que se refere, nomeadamente, à fixação da idade de reforma para a concessão de pensões, quer até à data em que essa igualdade se encontrasse consagrada nos regimes legais, quer o mais tardar até que uma nova directiva impusesse essa igualdade, directiva essa que ainda não foi adoptada [13].

22. Em 17 de Maio de 1990, o Tribunal de Justiça proferiu o acórdão Barber [14] que, como é sabido, segue a linha iniciada em 1976 com o acórdão Defrenne [15], confirmada no acórdão Bilka [16], e que constitui uma referência no desenvolvimento da política social comunitária no que diz respeito, concretamente, à interpretação do princípio da igualdade de remuneração

10 — 170/84, Colect., p. 1607.

11 — *Ibidem*, n.os 20 e 22.

12 — Directiva 86/378/CEE do Conselho, de 24 de Julho de 1986,relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres aos regimes profissionais de segurança social (JO L 225, p. 40).

13 — Em 27 de Outubro de 1987, a Comissão apresentou ao Conselho uma proposta de directiva que completa a aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres nos regimes legais e profissionais de segurança social [COM(87) 494 final, JO C 309, p. 10]. O n.° 1 do seu artigo 9.° previa, sem prejuízo de algumas normas transitórias, que «*se for fixada uma idade para a concessão das pensões de velhice e de reforma, essa idade deve ser idêntica para ambos os sexos*». Porém, esta proposta não chegou a ser adoptada.

14 — C-262/88, Colect., p. I-1889.

15 — Referido *supra* na nota 1.

16 — Referido *supra* na nota 10.

entre homens e mulheres aplicada às pensões de reforma pagas por um regime profissional de segurança social.

23. O acórdão Barber apresenta, para este processo, dois aspectos importantes. O primeiro é o facto de o Tribunal de Justiça ter reiterado a sua jurisprudência segundo a qual uma pensão de reforma paga por um plano de pensões de empresa que, no caso concreto, estava «convencionalmente excluído» do regime geral de segurança social [17], constitui um benefício concedido pela entidade patronal ao trabalhador em razão da relação laboral, pelo que está compreendida no âmbito de aplicação do artigo 119.° do Tratado [18].

24. O segundo aspecto importante deste acórdão é a limitação dos seus efeitos no tempo decidida pelo Tribunal de Justiça. Nas observações apresentadas no processo prejudicial, a Comissão invocou essa possibilidade, enquanto o Governo do Reino Unido sublinhou as importantes consequências económicas decorrentes de uma interpretação do artigo 119.° que incluísse as pensões pagas por um regime de pensões de empresa, uma vez que, nesse Estado, era muito elevado o número de trabalhadores filiados em regimes com estas características, os quais, com frequência, continham excepções ao princípio da igualdade de tratamento, nomeadamente na fixação de idades de reforma distintas para homens e mulheres [19].

25. No acórdão, o Tribunal de Justiça teve em conta que o artigo 7.°, n.° 1, alínea a), da Directiva 79/7/CEE [20], relativa aos regimes legais de segurança social, autorizava os Estados-Membros a adiar a aplicação obrigatória do princípio da igualdade de tratamento no que diz respeito à fixação da idade de reforma para a concessão das pensões de velhice e que, como já antes indiquei, esta excepção veio também a ser acolhida no artigo 9.° da Directiva 86/378, relativa aos regimes profissionais de segurança social. Considerou que, vistas estas disposições, os Estados-Membros e os interessados tinham considerado acertadamente que o artigo 119.° não se aplicava

17 — «Contracted out», por força da «Social Security Pensions Act 1985». Significa que o regime profissional substitui o regime geral de pensões de reforma na parte das quotizações e prestações que está vinculada ao montante do salário auferido por cada trabalhador. Os seus filiados apenas pagam ao regime quotizações reduzidas, correspondentes à pensão básica, idêntica para todos, que o regime geral concede a todos os trabalhadores, independentemente do seu salário.

18 — Acórdão já referido *supra* na nota 14, n.° 28.

19 — Os Estados-Membros demoraram mais de seis anos e meio a adaptar as disposições da Directiva 86/378 a esta jurisprudência. Directiva 96/97/CE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1996, que altera a Directiva 86/378/CE (JO L 46, p. 20).

20 — Directiva do Conselho, de 19 de Dezembro de 1978, relativa à realização progressiva do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social (JO 1979, L 6, p. 24; EE 05 F2, p. 174).

às pensões pagas por regimes convencionalmente excluídos do regime geral e que, nesta matéria, continuavam a ser admitidas excepções ao princípio da igualdade entre trabalhadores masculinos e femininos.

26. Por estas razões, aquele Tribunal declarou, no n.º 45 do acórdão, que o efeito directo do artigo 119.º do Tratado não podia ser invocado para requerer um direito a pensão, com efeitos em data anterior à do acórdão, excepto pelos trabalhadores ou pelas pessoas deles dependentes que tivessem, antes dessa data, intentado uma acção judicial ou apresentado, nos termos do direito nacional aplicável, uma reclamação equivalente.

27. Em consequência deste acórdão, The British Petroleum Company Plc, Barclays Bank Plc e Mars U.K. Limited, entre outros, demandaram o Conselho e a Comissão perante o Tribunal de Justiça [21], solicitando que fosse declarada a responsabilidade extracontratual da Comunidade Económica Europeia pelos prejuízos causados no exercício das suas funções. As empresas alegavam, por um lado, ter sido induzidas em erro pelas duas instituições, principalmente a partir da Directiva 86/378, que havia sido adoptada sem ter em conta a interpretação dada ao artigo 119.º pelo acórdão Bilka, e, por outro, que, em consequência do acórdão Barber, deviam suportar custos suplementares para os seus regimes de pensões [22].

28. De todas as interpretações do n.º 45 [23] do acórdão Barber [24], os Estados-Membros adoptaram a que consta do protocolo, em vigor desde 1 de Novembro de 1993, por força do qual, para efeitos de aplicação do artigo 119.º, as prestações ao abrigo de um regime profissional de segurança social não são consideradas remuneração se e na medida em que possam ser atribuídas aos períodos de trabalho anteriores a 17 de Maio de 1990, com excepção dos trabalhadores ou das pessoas que deles dependam que tenham, antes dessa data, intentado uma acção judicial ou apresentado,

21 — JO 1992, C 24, p. 5.

22 — Processos remetidos, em 27 de Setembro de 1993, ao Tribunal de Primeira Instância.

23 — «Paragraph 45 has exercised the minds of lawyers throughout the Community. Attempts have been made to analyse the precise meaning of pension scheme documents in order to determine how and when entitlement arises [...]». Hudson, D., «Some reflections on the implications of the Barber decision», *European Law Review*, 1992, p. 163 a 171, *maxime* p. 168.

24 — A doutrina divide-se quanto ao número de interpretações possíveis. Traversa, E.; «Interdiction de discrimination entre travailleurs masculins et féminins, arrêt du 17 mai 1990», *Revue Trimestrielle de droit européen*, 1991, p. 426 ss., *maxime* p. 429, propõe três possibilidades de interpretação; Deakin, S., «Equality in Pensions Law — The limits of Barber», *The Cambridge Law Journal*, p. 236 a 239, *maxime* p. 237; Moore, S., «'Justice Doesn't Mean a Free Lunch':The Application of the Principle of Equal Pay to Occupational Pension Schemes», *European Law Review*, 1991, p. 159 ss., *maxime* p. 163; Binon, J.-M., «L'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de securité sociale: La 'valse-hésitation' du droit européen», *Cahiers de droit européen*, 1996, p. 635 a 721, *maxime* p. 664 e 665, e De Vos, M., «La notion de 'rémunération' au sens de l'article 119 do Traité de Rome et son application dans le temps au regard de l'arrêt Barber et de ses arrêts postérieurs de la Cour de justice des Communautés européennes», *Revue de droit social*, 1995, p. 156 a 205, *maxime* p. 184, avançam quatro, e Honeyball, S. e Shaw J.: «Sex, law and the retiring man», *European Law Review*, 1991, p. 47 ss., *maxime* p. 56, encontram até cinco.

nos termos do direito nacional aplicável, uma reclamação equivalente [25].

B — *Resposta à primeira questão prejudicial — Aplicabilidade do protocolo sobre o artigo 119.° do Tratado CE à prestação complementar controvertida*

29. Pela primeira das questões prejudiciais que colocou, a Cour du travail de Bruxelles pretende saber se uma prestação destinada a completar o subsídio de desemprego, paga, por força de uma convenção colectiva, pela entidade patronal aos trabalhadores de certa idade que participem em programas de redução de pessoal, deve ser considerada uma prestação paga em virtude de um regime profissional de segurança social à qual se aplica o protocolo sobre o artigo 119.° do Tratado.

30. A Directiva 79/7 regula os regimes legais que asseguram uma protecção contra os seguintes riscos: doença, invalidez, velhice, acidente de trabalho, doença profissional e desemprego. Aplica-se também às disposições relativas à ajuda social, na medida em que se destinem a completar ou a suprir os regimes referidos.

31. No acórdão Defrenne de 1971, o Tribunal de Justiça já distinguiu os regimes legais de segurança social daqueles a que se aplicava o artigo 119.° do Tratado [26]. Os primeiros dirigem-se, obrigatoriamente, a categorias gerais de trabalhadores; as suas pensões de reforma são directamente reguladas pela lei, com exclusão de qualquer elemento de concertação no seio da empresa ou do ramo profissional em questão e permitem aos trabalhadores beneficiar de um sistema obrigatório para o qual os próprios trabalhadores, as entidades patronais e eventualmente os poderes públicos contribuem numa proporção não tanto em função da relação laboral mas sobretudo de considerações de política social. Nestes regimes, o trabalhador beneficia de prestações legalmente previstas, não em razão da contribuição patronal, mas pelo simples facto de reunir os requisito legais exigidos para a concessão da prestação [27].

25 — As empresas que tinham demandado o Conselho e a Comissão desistiram da instância em 18 de Maio de 1995, por considerarem que o quadro legal existente no momento da propositura da acção havia sofrido uma alteração com a entrada em vigor do protocolo e como consequência das interpretações dadas pelo Tribunal de Justiça numa série de acórdãos. Cancelamento no registo pelo Tribunal de Primeira Instância em 12 de Julho de 1995.

26 — O capítulo III das conclusões apresentadas naquele processo pelo advogado-geral Dutheillet de Lamothe é dedicado à análise da diversidade e da complexidade dos regimes de pensão nos Estados-Membros. Distingue, por um lado, os regimes legais de segurança social, gerais e especiais, que considera excluídos do âmbito de aplicação do artigo 119.° do Tratado e, por outro lado, os regimes de pensão cujas prestações são pagas directamente pela entidade patronal e aqueles a que chama de «complementares», de origem convencional, cujas prestações, que completam as do regime geral, são pagas por organismos profissionais ou interprofissionais, que considera incluídos no âmbito de aplicação do referido artigo.

27 — Acórdão de 25 de Maio de 1971, Defrenne (80/70, Colect., p. 161, n.os 8 e 10).

32. Os regimes aos quais se aplica o artigo 119.° do Tratado caracterizam-se, pelo contrário, por serem integralmente financiados pela entidade patronal ou por esta em conjunto com os trabalhadores, sem participação dos poderes públicos, e por afectar unicamente os trabalhadores que exercem a sua actividade em determinadas empresas ou ramos de actividade. Estão incluídos entre os regimes profissionais de segurança social regidos pela Directiva 86/378, que os define, no seu artigo 2.°, da seguinte maneira: consideram-se regimes profissionais os regimes não regidos pela Directiva 79/7 que tenham por objectivo proporcionar aos trabalhadores, assalariados ou independentes, agrupados no quadro de uma empresa ou de um agrupamento de empresas, de um ramo de actividade económica ou de um sector profissional ou interprofissional, prestações destinadas a completar as prestações dos regimes legais de segurança social ou a substituir estas últimas, quer a filiação nestes regimes seja obrigatória, quer facultativa.

A Directiva 86/378 aplica-se, de acordo com o previsto no seu artigo 4.°, quer aos regimes profissionais que assegurem uma protecção contra os riscos de doença, invalidez, velhice, incluindo o caso de reforma antecipada, acidente de trabalho, doença profissional e desemprego, quer aos regimes profissionais que prevejam outras prestações sociais, em dinheiro ou em espécie, e, nomeadamente, prestações de sobrevivência e prestações familiares, se estas se destinarem a trabalhadores assalariados e constituírem, portanto, benefícios pagos pela entidade patronal ao trabalhador em função do seu trabalho.

33. A prestação controvertida não é paga por um regime de segurança social directamente regido pela lei, nem é de aplicação obrigatória a categorias gerais de trabalhadores. Como já antes referido, o Tribunal de Justiça, no acórdão de 17 de Fevereiro de 1993 [28], rejeitou os argumentos do Governo belga que sustentava que esta prestação devia ser considerada uma prestação de segurança social porque formava um conjunto indissociável do subsídio de desemprego, denominado «pensão antecipada convencional».

34. No presente caso, trata-se, pelo contrário, de uma prestação criada por convenção colectiva a favor dos trabalhadores de uma empresa, destinada a completar as prestações do regime geral, que assegura uma protecção contra o desemprego a trabalhadores que são despedidos com uma certa idade, e cujo pagamento, a cargo da última entidade patronal, é feito em razão da relação laboral, visto o montante ser fixado em função do número de anos de trabalho.

35. Por conseguinte, a referida prestação complementar está compreendida no âmbito de aplicação do artigo 119.° do

28 — Acórdão Comissão/Bélgica, já referido na nota 5.

Tratado e o regime de segurança social que lhe serve de garantia é profissional.

36. Resta determinar se se aplica o protocolo, tendo em conta que o Tribunal de Justiça, no acórdão de 1993, não fez eco do argumento do Governo belga segundo o qual se a prestação complementar criada pela convenção colectiva n.º 17 estivesse compreendida no âmbito de aplicação do artigo 119.º do Tratado haveria que recorrer ao protocolo — que limita no tempo o alcance deste artigo aplicado às prestações por força de um regime profissional de segurança social.

37. No despacho de reenvio, a Cour du travail de Bruxelles expõe as dúvidas que tem sobre a aplicabilidade do protocolo a este processo. Proponho-me dissipar essas dúvidas à medida que as vou expondo.

38. Em primeiro lugar, não parece claro àquele tribunal se a limitação no tempo dos efeitos do artigo 119.º, prevista no protocolo, apenas se aplica aos regimes de pensões que respondem aos critérios estabelecidos pelo Tribunal de Justiça no acórdão Barber e nos seguintes acórdãos, ou se essa limitação é extensiva, de acordo com a formulação utilizada pelo protocolo, a todas as prestações pagas por um regime profissional de segurança social.

39. Sou de opinião que, nesta altura, já não se pode ter dúvidas sobre se o protocolo se aplica exclusivamente aos regimes de pensões ou a todas as prestações pagas por um regime profissional de segurança social. Embora seja certo que no acórdão Barber o Tribunal de Justiça indicou que o artigo 119.º do Tratado não podia ser invocado para reivindicar o direito a uma pensão, com efeitos a partir de uma data anterior à do acórdão, há que ter em conta que o demandante no processo principal pedia precisamente que lhe fosse reconhecido o direito à pensão de reforma, sem discutir o direito a outras prestações. Porém, já no acórdão Ten Oever [29], o seguinte da série, no qual o demandante pedia que lhe fosse reconhecido o direito a receber uma pensão de sobrevivência, o Tribunal de Justiça, pelas mesmas razões que haviam justificado a limitação no tempo dos efeitos do acórdão Barber, precisou que a igualdade de tratamento em matéria de regimes profissionais de pensões apenas podia ser invocada em relação às prestações devidas por períodos de trabalho posteriores a 17 de Maio de 1990 [30].

Este aspecto concreto foi clarificado pelo próprio Tribunal no n.º 49 do acórdão Fisscher [31], no qual afirmou que: «[...] o protocolo tem um nexo evidente com o acórdão Barber, já referido, já que respeita à mesma data de 17 de Maio de 1990. Este acórdão condena uma discriminação entre

29 — Acórdão de 6 de Outubro de 1993 (C-109/91, Colect., p. I-4879).

30 — *Ibidem*, n.º 19.

31 — Acórdão de 28 de Setembro de 1994 (C-128/93, Colect., p. I-4583).

homens e mulheres que resulta de uma condição de idade variável consoante o sexo para obter uma pensão de reforma na sequência de um despedimento por motivos económicos. Foram dadas interpretações divergentes ao acórdão Barber, que limita, a partir da data da sua prolação, quer dizer, a partir de 17 de Maio de 1990, o efeito da interpretação que faz do artigo 119.° do Tratado. Estas divergências foram afastadas pelo acórdão Ten Oever, já referido, que é anterior à data da entrada em vigor do Tratado da União Europeia. Sem deixar de a alargar a todas as prestações fornecidas por um regime profissional de segurança social e de a incorporar no Tratado, o protocolo n.° 2 manteve essencialmente a mesma interpretação do acórdão Barber que a feita no acórdão Ten Oever, mas não abordou nem, por conseguinte, regulou as condições de inscrição nesses regimes profissionais...».

40. Em segundo lugar, o órgão jurisdicional nacional pensa que a maioria dos critérios utilizados por este Tribunal de Justiça nos acórdãos em que interpretou o protocolo, inspirados pelo desejo de salvaguardar o equilíbrio financeiro dos regimes de pensão, não são aplicáveis ao regime estabelecido pela convenção colectiva celebrada no âmbito da subcomissão paritária Sabena, que rege a concessão da prestação complementar controvertida. Estes critérios, enunciados pelo Tribunal de Justiça nos n.ºs 17 e 18 do acórdão Ten Oever [32], são: por um lado, a especificidade da remuneração paga sob forma de pensão, que consiste numa dissociação temporal entre a constituição do direito à pensão, que se realiza progressivamente ao longo da carreira do trabalhador, e o seu pagamento efectivo, que é diferido até uma determinada idade e, por outro lado, as características dos mecanismos financeiros das pensões profissionais, nas quais existe um vínculo entre as quotizações periódicas e os montantes futuros a pagar.

Na sua opinião, pelo contrário, i) a prestação complementar controvertida carece de nexo de causalidade com os períodos de emprego anteriores a 17 de Maio de 1990; ii) o seu montante não está em relação com o das quotizações pagas; iii) não existe nenhuma dissociação temporal entre a constituição do direito à pensão e o pagamento efectivo da prestação, e iv) a prestação complementar não se rege pelos mesmos mecanismos financeiros das pensões profissionais.

41. Não concordo com a tese de que, no caso concreto, não existe nexo de causalidade entre a prestação e os períodos de trabalho anteriores à data do acórdão Barber [i)]. Na verdade, a prestação complementar controvertida foi paga pela Sabena, enquanto antiga entidade patronal de M. Defreyn, que trabalhou para esta empresa entre Junho de 1960 e Dezembro de 1986. Esta prestação era, como tal, paga em razão da relação laboral que havia vinculado as duas partes — relação que terminou antes de 17 de Maio de 1990.

Seja como for, e supondo que o órgão jurisdicional nacional tem razão e que a prestação complementar controvertida não tinha um nexo de causalidade com os

32 — Referido *supra* na nota 29.

períodos de trabalho anteriores a 17 de Maio de 1990, o Tribunal de Justiça declarou, no n.º 60 do acórdão Coloroll Pension Trustees [33], que a limitação no tempo dos efeitos do acórdão Barber só é aplicável a prestações que não estejam articuladas com a duração do período efectivo de emprego, na hipótese de o respectivo facto gerador se ter verificado antes de 17 de Maio de 1990 [34]. Ora, no caso em apreciação, o facto gerador, que foi o despedimento, ocorreu antes dessa data.

42. Tão-pouco posso estar de acordo com a afirmação de que o montante da prestação não está relacionado com o das quotizações pagas [ii)], quando constato que o seu montante se determina em função dos anos de serviço, à razão de 1% do último salário bruto anual, e que, caso o trabalhador conte mais de vinte e cinco anos de serviço, lhe são garantidos 82% desse montante. É precisamente ao longo dos anos em que o trabalhador está no activo que é paga a maioria das quotizações para os regimes de segurança social, tanto legais como profissionais.

43. No que se refere à dissociação temporal entre a constituição do direito à prestação e o seu pagamento efectivo [iii)], que é uma característica típica, ainda que não exclusiva, dos regimes de pensão, creio que não se pode afirmar, como faz o órgão jurisdicional nacional, que ela não existe no caso da prestação complementar controvertida.

É certo que a concessão da referida prestação, que foi criada para incentivar a libertação de postos de trabalho por parte dos trabalhadores de certa idade para que os trabalhadores mais jovens possam conservar o seu, não se obtém como a pensão de reforma, cujo direito se constitui progressivamente ao longo de toda a carreira profissional e à qual acedem, com a idade, todos os trabalhadores [35].

Que existe uma dissociação temporal parece-me, apesar de tudo, evidente, dado que se trata de uma prestação cujo benefício exige que a relação laboral com a empresa já se tenha extinguido, tal como sucede com a pensão de velhice e o subsídio de desemprego. Pelo contrário, esta dissociação não ocorre nas situações de incapacidade para o trabalho motivada por doença, ou de acidente de trabalho, por exemplo, em que o pagamento é efectuado apenas enquanto o trabalhador está no activo, sem solução de continuidade entre a constituição do direito e o pagamento da prestação.

44. É certo que a prestação complementar não se rege pelos mesmos mecanismos financeiros que as pensões profissionais

33 — Acórdão de 28 de Setembro de 1994 (C-200/91, Colect., p. I-4389).

34 — Há todavia que sublinhar que neste acórdão o Tribunal de Justiça se estava a referir, concretamente, a prestações como o pagamento de um capital global em caso de falecimento de um trabalhador durante a relação laboral.

35 — No caso da prestação complementar, é provável que nem todos os trabalhadores com a idade exigida a requeiram, e que nem todos os que a requeiram vejam o seu pedido deferido, uma vez que a empresa pode recusar-se a concedê-la, e que alguns trabalhadores que não a tenham requerido se vejam obrigados a aceitá-la se são despedidos e se a convenção colectiva lhes é aplicável.

[iv)], nas quais existe um vínculo entre as quotizações periódicas e os montantes futuros a pagar. Porém, esta razão não é suficiente para concluir que não se lhe deve aplicar o protocolo. Com efeito, trata-se de uma prestação que, pela idade que os beneficiários devem ter, poderia qualificar-se como pré-reforma, destinada a completar o subsídio de desemprego em caso de despedimento, e cujo período de pagamento está ligado à idade da pensão — que, na Bélgica, era diferente para homens e mulheres. Esta diferença de idade em função do sexo é a que o artigo 9.° da Directiva 86/378 autorizava os Estados-Membros a manter. A empresa demandada devia, assim, fazer parte dos meios interessados que haviam podido razoavelmente considerar que o artigo 119.° não se aplicava a esta prestação e que haviam feito os seus cálculos em consequência, aquando da redução de pessoal. Considero, pois, que, se a empresa se visse agora obrigada a aplicar a igualdade de remuneração relacionada com esta prestação a situações jurídicas que já esgotaram os seus efeitos no passado, o equilíbrio económico do regime instituído por esta convenção colectiva poderia ficar seriamente afectado.

45. Também não concordo com a Comissão quando declara que o protocolo não é aplicável ao pedido de M. Defreyn, que solicita que lhe seja paga a prestação complementar relativa ao período compreendido entre Dezembro de 1991 e Novembro de 1996, período posterior a 17 de Maio de 1990. Basta ler o protocolo para comprovar que são os períodos de emprego que devem ser posteriores à referida data e não os períodos durante os quais se tem direito a receber as prestações.

46. Observo, por último, que M. Defreyn deixou de trabalhar para a Sabena em Dezembro de 1986 e que a empresa lhe pagou a prestação complementar até cumprir 60 anos, em Novembro de 1991. Uma vez que, por aplicação do artigo 9.° da convenção colectiva de trabalho, a quotização para a pensão do regime profissional continua a ser paga como se o trabalhador estivesse no activo, perguntei-me se deveria ser considerado como período de trabalho ou equivalente o período compreendido entre 17 de Maio de 1990 e 30 de Setembro de 1991, durante o qual a demandante adquiriu direitos à prestação em relação aos quais poderia invocar o efeito directo do artigo 119.° para exigir a igualdade de tratamento.

Creio que a resposta deve ser negativa. Com efeito, por força do artigo 4.° da mesma convenção, a prestação complementar continua a ser paga pela empresa ao seu antigo trabalhador até à idade de reforma, mesmo se este deixa de ter direito a receber o subsídio de desemprego por começar de novo a trabalhar noutra empresa. Consequentemente, se, continuando a receber esta prestação, o beneficiário pode trabalhar para outra empresa, o período durante o qual a recebe não pode ser considerado período de trabalho para a Sabena.

47. Devo, portanto, concluir que a prestação complementar controvertida é uma prestação paga em virtude de um regime profissional de segurança social à qual se aplica o protocolo sobre o artigo 119.° do Tratado que institui a Comunidade Europeia.

C — *Segunda e terceira questões prejudiciais — A inaplicabilidade da Directiva 76/207 ao caso em discussão*

48. Nas segunda e terceira questões, pretende a Cour du travail de Bruxelles saber, essencialmente, se o artigo 5.° da Directiva 76/207 se opõe a que a prestação controvertida seja concedida às mulheres até aos 60 anos, enquanto os homens dela beneficiam até aos 65 anos, e se, na hipótese de o protocolo ser aplicável ao caso em apreciação, M. Defreyn poderia intentar uma acção com fundamento no referido artigo.

49. A Directiva 76/207 regula a concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho. De acordo com o seu segundo considerando, esta directiva não abrange as remunerações. O Tribunal de Justiça afirmou, no n.° 24 do acórdão Gillespie [36], que quando uma prestação constitui uma remuneração paga, directa ou indirectamente, pela entidade patronal ao trabalhador por força da relação laboral, entra no âmbito de aplicação do artigo 119.° do Tratado e não pode ser, ao mesmo tempo, abrangida pela Directiva 76/207.

Dado que a prestação controvertida constitui, sem dúvida alguma, uma remuneração na acepção do artigo 119.°, as disposições da Directiva 76/207 não podem ser invocadas para dirimir o presente litígio e, por conseguinte, não há que pronunciar-se sobre estas duas questões prejudiciais.

36 — Acórdão de 13 de Fevereiro de 1996 (C-342/93, Colect., p. I-475).

VII — Conclusão

50. Vistas as considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que responda à Cour du travail de Bruxelles do seguinte modo:

«1) A prestação complementar prevista na convenção colectiva de trabalho n.° 17, que ganhou carácter vinculativo por força do Decreto Real de 16 de Janeiro de 1975, e está prevista na convenção colectiva de trabalho de 23 de Maio de 1984, celebrada no âmbito da sub-comissão paritária n.° 315.1, é uma prestação paga em virtude de um regime profissional de segurança social à qual se aplica o protocolo sobre o artigo 119.° do Tratado que institui a Comunidade Europeia.

2) Dado que a prestação complementar controvertida constitui uma remuneração na acepção do artigo 119.° do Tratado, não há que pronunciar-se sobre a segunda e a terceira questões prejudiciais.»