ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

21 de Setembro de 1999 *

No processo C-219/97,

que tem por objecto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 177.° do Tratado CE (actual artigo 234.° CE), pelo Hoge Raad der Nederlanden (Países Baixos), destinado a obter, no litígio pendente neste órgão jurisdicional entre

Maatschappij Drijvende Bokken BV

e

Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven,

uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação dos artigos 85.°, 86.° e 90.° do Tratado CE (actuais artigos 81.° CE, 82.° CE e 86.° CE),

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA,

composto por: G. C. Rodríguez Iglesias, presidente, J.-P. Puissochet, G. Hirsch e P. Jann, presidentes de secção, J. C. Moitinho de Almeida (relator), C. Gulmann,

* Língua do processo: neerlandês.

J. L. Murray, D. A. O. Edward, H. Ragnemalm, L. Sevón e M. Wathelet, juízes,

advogado-geral: F. G. Jacobs,
secretário: D. Louterman-Hubeau, administradora principal,

vistas as observações escritas apresentadas:

— em representação da Maatschappij Drijvende Bokken BV, por T. R. Ottervanger, advogado no foro de Roterdão,

— em representação do Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven, por E. Lutjens, advogado no foro de Amesterdão, e O. Meulenbelt, advogado no foro de Utreque,

— em representação do Governo neerlandês, por A. Bos, consultor jurídico no Ministério dos Negócios Estrangeiros, na qualidade de agente,

— em representação do Governo alemão, por E. Röder, Ministerialrat no Ministério Federal da Economia, e C.-D. Quassowski, Regierungsdirektor no mesmo ministério, na qualidade de agentes,

— em representação do Governo francês, por K. Rispal-Bellanger, subdirectora do Direito Internacional Económico e do Direito Comunitário na Direcção dos Assuntos Jurídicos do Ministério dos Negócios Estrangeiros, e C. Chavance, secretário dos Negócios Estrangeiros na mesma direcção, na qualidade de agentes,

— em representação do Governo sueco, por L. Nordling, rättschef no Departamento do Comércio Externo do Ministério dos Negócios Estrangeiros, na qualidade de agente,

— em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por B. J. Drijber e W. Wils, membros do Serviço Jurídico, na qualidade de agentes,

visto o relatório para audiência,

ouvidas as alegações da Maatschappij Drijvende Bokken BV, representada por T. R. Ottervanger, do Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven, representado por E. Lutjens e O. Meulenbelt, do Governo neerlandês, representado por M. A. Fierstra, chefe do Serviço do Direito Europeu no Ministério dos Negócios Estrangeiros, na qualidade de agente, do Governo francês, representado por C. Chavance, do Governo sueco, representado por A. Kruse, departementsråd no Secretariado Jurídico (UE) do Ministério dos Negócios Estrangeiros, na qualidade de agente, e da Comissão, representada por W. Wils, na audiência de 17 de Novembro de 1998,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 28 de Janeiro de 1999,

profere o presente

Acórdão

1 Por acórdão de 6 de Junho de 1997, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 12 de Junho seguinte, o Hoge Raad der Nederlanden submeteu ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 177.° do Tratado CE (actual artigo 234.° CE), seis questões prejudiciais relativas à interpretação dos artigos 85.°, 86.° e 90.° do Tratado CE (actuais artigos 81.° CE, 82.° CE e 86.° CE).

2 Estas questões foram suscitadas num litígio que opõe a Maatschappij Drijvende Bokken BV (a seguir «Drijvende Bokken») ao Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven (Fundo de Pensões das Empresas de Transporte e Portuárias, a seguir «Fundo»), quanto à recusa da Drijvende Bokken de pagar ao Fundo as contribuições respeitantes aos anos de 1991 a 1993, invocando o facto de a inscrição obrigatória no Fundo, por força da qual tais contribuições lhe são reclamadas, ser contrária aos artigos 85.°, 86.° e 90.° do Tratado.

A legislação nacional

3 O sistema de pensões neerlandês assenta em três pilares.

4 O primeiro é constituído por uma pensão de base legal, concedida pelo Estado nos termos da Algemene Ouderdomswet (lei geral neerlandesa sobre a protecção na velhice, a seguir «AOW») e da Algemene Nabestaandenwet (lei que institui um regime geral para as pensões de sobrevivência). Este regime legal obrigatório confere à generalidade da população o direito a uma pensão de montante reduzido, independente do salário efectivamente recebido anteriormente e calculado por referência ao salário mínimo legal.

5 O segundo pilar compreende as pensões complementares, concedidas em conexão com uma actividade profissional, por conta de outrem ou por conta própria, que completam, na maioria dos casos, a pensão de base. Estas pensões complementares são geralmente geridas no âmbito de regimes colectivos que se aplicam a um sector da economia, a uma profissão ou aos trabalhadores de uma empresa, por fundos de pensões nos quais a inscrição se tornou obrigatória, nomeadamente, como no processo principal, nos termos da Wet van 17 maart 1949 houdende vaststelling van en regeling betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds (Lei de 17 de Março de 1949 que estabelece as regras relativas à inscrição obrigatória num fundo de pensões sectorial, a seguir «BPW»).

6 O terceiro pilar é constituído pelos contratos individuais de seguro de pensão ou seguro de vida que podem contratar-se facultativamente.

7 A Wet op de loonbelasting (lei relativa à tributação dos salários), prevê que os prémios destinados à constituição duma pensão só são dedutíveis quando essa pensão não exceda um nível «razoável». Os prémios não são dedutíveis quando a pensão constituída ultrapasse esse nível. Para uma carreira de 40 anos, esse nível eleva-se a 70% do vencimento individual em fim de carreira. Esta regulamentação fiscal implica que a norma actual nos Países Baixos em matéria de constituição de pensões corresponde a uma pensão, incluindo a pensão ao abrigo da AOW, igual a 70% do último salário.

8 O artigo 1.°, n.° 1, da BPW, na redacção que resultou da Lei de 11 de Fevereiro de 1988, dispõe:

«1. Para efeitos da presente lei e das disposições que nela se fundamentam, deve entender-se por:

...

b. fundo de pensões sectorial: um fundo que opera num sector de actividade, no qual os fundos são reunidos seja apenas em benefício das pessoas que exercem uma actividade por conta de outrem no sector em questão seja também em benefício de pessoas que exercem uma actividade no referido sector, noutra qualidade.

...

f. nosso ministro: o ministro dos Assuntos Sociais e do Emprego.»

9 O artigo 3.° da BPW, após alteração, prevê:

«1. O nosso ministro pode, a pedido de uma organização profissional sectorial que considere suficientemente representativa da estrutura da vida económica de um sector de actividade, após concertação com o chefe do departamento da administração geral interessado em cuja competência se incluam os assuntos do sector de actividade em questão, e após consulta do Sociaal-Economische Raad [Conselho Económico e Social] e da Verzekeringskamer [Câmara dos Seguros], tornar obrigatória a inscrição num fundo de pensões sectorial para todos os trabalhadores ou para certas categorias de trabalhadores desse sector de actividade.

2. No caso referido no número anterior, todas as pessoas que relevem das categorias abrangidas pelas disposições do número anterior, e bem assim, se se tratar de trabalhadores por conta de outrem, as suas entidades patronais, são obrigadas a respeitar as disposições previstas a seu respeito pelos estatutos e regulamentos do fundo de pensões sectorial ou nos termos destes. O respeito destas disposições pode ser objecto de acções judiciais, no que respeita, nomeadamente, ao pagamento de contribuições.»

10 O artigo 5.°, n.° 2, da BPW, após alteração, enumera várias condições para que o ministro dos Assuntos Sociais e do Emprego possa aprovar um pedido de inscrição obrigatória como o referido no artigo 3.°, n.° 1. Assim, em conformidade com o artigo 5.°, n.° 2, pontos III e IV, da BPW, após alteração, os estatutos e os regulamentos do fundo de pensões sectorial devem garantir de forma suficiente os interesses dos inscritos, e os representantes das associações patronais e das associações de trabalhadores do sector em questão devem ter assento em número igual no comité de gestão do fundo.

11 O artigo 5.°, n.° 2, ponto II, alínea l), da BPW, após alteração, prevê também que os estatutos e os regulamentos do fundo de pensões sectorial devem conter disposições respeitantes aos casos em que e as condições por força das quais os trabalhadores abrangidos pelo sector em questão não são obrigados a inscrever-se no referido fundo ou podem ser dispensados de certas obrigações em relação a ele.

12 O artigo 5.°, n.° 3, da BPW, após alteração, precisa:

«O nosso ministro dos Assuntos Sociais e do Emprego, ouvida a Câmara dos Seguros e o Conselho Económico e Social, emitirá instruções relativas às questões referidas no n.° 2, ponto II, alínea l). Para efeitos de elaboração destas instruções, deve partir-se do princípio de que os trabalhadores abrangidos que já estavam inscritos num fundo de pensões de uma empresa ou que tinham constituído seguros numa companhia de seguros de vida, pelo menos seis meses antes da introdução do pedido referido no artigo 3.°, n.° 1, não são obrigados a estar inscritos neste fundo de pensões sectorial ou estão dispensados, inteiramente ou numa medida razoável, da obrigação de contribuir para ele, desde que possam demonstrar que, no decurso do período relativamente ao qual não são obrigados a inscrever-se ou estão dispensados da obrigação de pagar contribuições, na totalidade ou relativamente a uma parte razoável delas, adquirem direitos a pensão que são pelo menos equivalentes aos que adquiririam no caso de inscrição no fundo de pensões sectorial e durante todo o tempo em que possam fazer esta demonstração. O nosso ministro pode também emitir instruções relativas a outras partes do n.° 2.»

13 Pela Beschikking van 29 december 1952 betreffende de vaststelling van de richtlijnen voor de vrijstelling van deelneming in een bedrijfspensioenfonds wegens een bijzondere pensioenvoorziening (decisão de 29 de Dezembro de 1952 que adopta instruções relativas à dispensa de inscrição num fundo de pensões sectorial, em razão da inscrição num regime especial de pensões, na sua versão alterada pela decisão de 15 de Agosto de 1988, a seguir «instruções relativas à dispensa de inscrição»), o ministro dos Assuntos Sociais e do Emprego emitiu as instruções referidas no artigo 5.°, n.° 3, da BPW, após alteração.

14 O artigo 1.° das instruções relativas à dispensa de inscrição, após as alterações, prevê:

«Pode ser concedida pelo fundo dispensa da obrigação de inscrição num fundo de pensões sectorial ou da obrigação de pagar contribuições para o mesmo, a pedido de qualquer pessoa interessada, desde que o trabalhador no sector em questão beneficie de um regime especial de pensões, que responda às condições seguintes:

a. Este regime deve depender de um fundo de pensões de empresa, de outro fundo de pensões sectorial ou de uma companhia de seguros titular de uma certificação prevista pelo artigo 10.° da Wet toezicht verzekeringsbedrijf (lei relativa ao controlo das companhias de seguros, Stb. 1986, 638), ou basear-se na Algemene burgerlijke pensioenwet (lei geral relativa às pensões civis da função pública, Stb. 1986, 540), na Spoorwegenpensioenwet (lei relativa às pensões dos empregados dos caminhos-de-ferro neerlandeses e dos seus familiares, Stb. 1986, 541) ou na Algemene Militaire pensioenwet (lei geral relativa às pensões militares, Stb. 1979, 305);

b. Os direitos que este regime pode proporcionar devem, no seu conjunto, ser pelo menos equivalentes aos que decorrem do fundo de pensões sectorial;

c. Os direitos do trabalhador em questão e o respeito das suas obrigações devem estar suficientemente garantidos;

d. Se a dispensa implicar a retirada do fundo, deve ser proposta uma compensação julgada razoável pela Câmara dos Seguros, relativa ao eventual prejuízo sofrido pelo fundo, do ponto de vista da técnica dos seguros, como consequência da retirada.»

15 O artigo 5.° das referidas instruções, após alterações, acrescenta:

«1. Deve ser concedida dispensa quando estão reunidas as condições referidas no artigo 1.°, alíneas *a, b,* e *c,* quando o regime especial de pensões se aplicava pelo menos seis meses antes da apresentação do pedido mediante o qual a inscrição no fundo de pensões sectorial foi tornada obrigatória e se tenha demonstrado que, no decurso do período relativo ao qual o trabalhador do sector interessado não é obrigado a inscrever-se ou está dispensado da obrigação de pagar contribuições, na totalidade ou relativamente a uma parte razoável destas, o mesmo adquire direitos a pensão que são pelo menos equivalentes aos que adquiriria se estivesse inscrito no fundo de pensões sectorial.

2. Se, no momento referido no n.° 1, o regime especial de pensões não responder à condição referida no artigo 1.°, alínea *b,* deve ser concedido um prazo suficiente para permitir uma adaptação a essa condição, antes que seja tomada uma decisão sobre o pedido.

3. A dispensa nos termos do presente artigo deve entrar em vigor no momento em que a inscrição no fundo de pensões sectorial se tornou obrigatória.»

16 O artigo 9.° das referidas instruções, após alterações, precisa:

«1. As decisões referidas no artigo 8.° podem ser objecto de reclamações apresentadas na Câmara dos Seguros no prazo de 30 dias após o interessado ter recebido a decisão. O fundo de pensões sectorial deve levar ao conhecimento do interessado, por escrito, a frase precedente, simultaneamente com a decisão.

2. A Câmara dos Seguros leva ao conhecimento do fundo de pensões sectorial bem como das pessoas que apresentaram as referidas reclamações a sua decisão quanto às mesmas.»

17 A apreciação formulada pela Câmara dos Seguros constitui uma tentativa de conciliação. Não se trata de uma decisão que tenha força vinculativa no quadro de um litígio. A apreciação da Câmara dos Seguros não pode ser objecto de reclamação nem de recurso.

18 Além das disposições da BPW, os fundos de pensões sectoriais nos quais a inscrição foi tornada obrigatória estão sujeitos à aplicação da Wet van 15 mei 1962 houdende regelen betreffende pensioen- en spaarvoorzieningen (Lei de 15 de Maio de 1962 relativa aos fundos de pensões e aos fundos de poupança, modificada várias vezes em seguida, a seguir «PSW»).

19 A PSW tem por finalidade garantir, em toda a medida do possível, que os compromissos em matéria de pensões, assumidos em relação aos trabalhadores, sejam efectivamente cumpridos.

20 Para este efeito, o artigo 2.°, n.° 1, da PSW obriga as entidades patronais a escolherem um de três regimes destinados a separar os fundos recolhidos para efeitos de pensão do resto dos activos da empresa. A entidade patronal pode aderir a um fundo de pensões sectorial, constituir um fundo de pensões de empresa ou subscrever apólices de seguro de grupo ou individuais junto de uma companhia de seguros.

21 O artigo 1.°, n.° 6, da PSW precisa que a mesma se aplica também aos fundos de pensões sectoriais relativamente aos quais foi tornada obrigatória a inscrição nos termos da BPW.

22 A PSW prevê também uma série de condições a que devem obedecer os estatutos e os regulamentos de um fundo de pensões sectorial. O artigo 4.° da PSW dispõe, assim, que a constituição de um fundo dessa natureza deve ser notificada ao ministro dos Assuntos Sociais e do Emprego bem como à Câmara dos Seguros. O artigo 6.°, n.° 1, da PSW confirma que os representantes das organizações de entidades patronais e os representantes das organizações de trabalhadores do sector interessado tomam assento de forma paritária no seio do comité de gestão de um fundo de pensões sectorial.

23 Além disso, a PSW define, nos seus artigos 9.° e 10.°, as modalidades de gestão dos fundos recolhidos. A regra geral nesta matéria é enunciada no artigo 9.°, que impõe aos fundos de pensões a obrigação de transferirem o risco relativo aos compromissos ligados às pensões ou de ressegurar esse risco. Por derrogação a esta última regra, o artigo 10.° permite aos fundos de pensões gerirem ou investirem eles próprios, correndo os seus próprios riscos, os capitais recolhidos. Para ser autorizado a proceder assim, o fundo de pensões deve apresentar às autoridades responsáveis um plano de gestão que exponha com precisão a forma como se propõe fazer face ao risco actuarial e ao risco financeiro. O plano deve ser aprovado pela Câmara dos Seguros. Além disso, a vigilância exercida sobre os fundos de pensões é permanente. As contas actuariais de resultados do regime devem ser regularmente submetidas para aprovação à Câmara dos Seguros.

24 Finalmente, os artigos 13.° a 16.° da PSW enunciam as regras relativas ao investimento dos montantes recolhidos. Nos termos do artigo 13.°, os activos do regime aumentados das previsões de receitas devem ser suficientes para cobrir os compromissos em matéria de pensões. O artigo 14.° precisa que os investimentos devem ser efectuados com toda a prudência.

O litígio no processo principal

25 O Fundo foi criado nos termos da BPW. Por decreto de 9 de Setembro de 1959, do ministro dos Assuntos Sociais e do Emprego (a seguir «decreto que torna a inscrição obrigatória»), a inscrição no Fundo foi tornada obrigatória para os

trabalhadores do sexo masculino, a partir dos 18 anos de idade, que trabalhem habitualmente numa empresa portuária da zona portuária de Roterdão e arredores. Por decreto de 17 de Dezembro de 1991, o âmbito de aplicação do decreto que torna a inscrição obrigatória foi alargado aos trabalhadores empregados de forma habitual numa empresa portuária ou assimilada.

26 O regime de pensões proposto pelo Fundo baseia-se na norma actual nos Países Baixos, ou seja, que qualquer trabalhador que tenha pago contribuições durante a duração máxima de inscrição no referido regime obtém uma pensão, incluindo a pensão atribuída nos termos da AOW, igual a 70% do seu último salário.

27 A Drijvende Bokken tem por actividade a locação de gruas flutuantes, que são operadas pelo seu próprio pessoal. Estas gruas, frequentemente alugadas com rebocadores, são utilizadas nomeadamente na indústria *offshore* e na indústria química, para trabalhos de construção e de reparação.

28 Considerando que não estava abrangida pelo decreto que torna a inscrição obrigatória, a Drijvende Bokken inscreveu-se noutro fundo de pensões. Na sequência do alargamento do âmbito de aplicação da inscrição obrigatória ocorrida em 1991, o Fundo notificou a Drijvende Bokken, em 20 de Outubro de 1993, para lhe pagar a título principal o montante de 132 000 HFL por contribuições devidas relativamente aos anos de 1991 a 1993. A Drijvende Bokken deduziu oposição a esta injunção no Kantongerecht te Rotterdam.

29 Por decisão de 2 de Maio de 1994, o Kantongerecht declarou procedente a oposição, considerando que os assalariados da Drijvende Bokken não eram empregados numa empresa portuária, na acepção do decreto que tornou a inscrição obrigatória. O Fundo recorreu desta decisão para o Arrondissemensts-rechtbank te Rotterdam.

30 Por acórdão de 25 de Janeiro de 1996, este órgão jurisdicional reformou a decisão do Kantongerecht, considerando que os assalariados da Drijvende Bokken trabalhavam principalmente numa empresa portuária ou assimilada, de forma que eram abrangidos pelo decreto que tornava a inscrição obrigatória. O Arrondissemenstsrechtbank julgou também improcedente o fundamento, invocado a título subsidiário pela Drijvende Bokken, segundo o qual a inscrição obrigatória no Fundo era incompatível com os artigos 3.°, alínea g), do Tratado CE [que passou, após alteração, a artigo 3.°, n.° 1, alínea g), CE], 5.° do Tratado CE (actual artigo 10.° CE), 85.°, 86.° e 90.° do Tratado, considerando que o Fundo não podia ser considerado como uma empresa, na acepção dos artigos 85.° e 86.° do Tratado, tendo antes a natureza de uma instituição de segurança social.

31 A Drijvende Bokken interpôs recurso de cassação para o Hoge Raad, sustentando que o Arrondissemenstsrechtbank tinha erradamente considerado a participação obrigatória no Fundo como compatível com o direito comunitário.

32 O Hoge Raad concluiu que essa argumentação implicava necessariamente várias questões relativas à interpretação dos artigos 85.°, 86.° e 90.° do Tratado. Referiu-se, nomeadamente, ao acórdão de 21 de Setembro de 1988, Van Eycke (267/86, Colect., p. 4769, n.° 16). Em contrapartida, o Hoge Raad considerou que, neste caso, não havia restrições à liberdade de prestação de serviços e ao direito de estabelecimento.

33 No acórdão de reenvio, o Hoge Raad recordou vários elementos importantes não contestados. O Fundo não prossegue um fim lucrativo ou comercial. Gere um regime de pensões para todos os trabalhadores assalariados no sector em questão, que apresenta importantes elementos de solidariedade. O Fundo não tem em conta os riscos individuais dos trabalhadores assalariados na fixação das contribuições. Estas são estabelecidas para todos os trabalhadores assalariados com base nas mesmas premissas, eventualmente fixando uma média. O Fundo está sujeito à obrigação de aceitar os participantes e estes não são sujeitos a qualquer exame médico prévio. Finalmente, há exonerações de pagamentos de contribuições em caso de incapacidade para o trabalho, de forma que, mesmo durante a incapacidade para o trabalho, a pensão continua a constituir-se.

34 Nestas condições, o Hoge Raad der Nederlanden decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Deve um fundo profissional de pensões, como o PVH, no qual, por força e em conformidade com a WBPF, existe uma obrigação de participação para todos ou para um ou mais grupos definidos de parceiros sociais, ser considerado uma empresa na acepção dos artigos 85.°, 86.° e 90.° do Tratado CE?

2) Quando um certo número de organizações, que segundo o ministro são consideradas suficientemente representativas da actividade económica organizada na acepção do artigo 3.°, n.° 1, da WBPF, solicitam ao ministro, com fundamento nessa disposição, que torne obrigatória a participação num determinado fundo de pensões na acepção desta lei, o comportamento colectivo dessas organizações deve então ser considerado um acordo entre empresas, uma decisão de associação de empresas ou uma prática concertada na acepção do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado CE que — na acepção desta disposição do Tratado — (1.°) é susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros e (2.°) tem ou pode ter por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum?

3) A referida obrigatoriedade deve ser considerada uma medida que pode anular o efeito útil das regras de concorrência aplicáveis às empresas, ou uma medida pela qual um Estado-Membro impõe ou favorece a adopção de acordos incompatíveis com o artigo 85.°, ou reforça os seus efeitos, ou tal verifica-se apenas em determinadas circunstâncias e, assim sendo, em quais?

4) Se for dada uma resposta negativa à última questão, podem então outras circunstâncias dar origem a que a obrigatoriedade seja incompatível com o disposto no artigo 90.° do Tratado CE e, em caso afirmativo, quais?

5) Pode a obrigatoriedade ser considerada a concessão a um fundo profissional de pensões de um direito exclusivo na acepção do artigo 90.°, n.° 1, do Tratado CE, sendo assim dada a tal fundo de pensões uma posição dominante, que pode ser explorada abusivamente pelo simples exercício do direito exclusivo concedido, designadamente porque devido à obrigatoriedade o comércio entre os Estados-Membros é susceptível de ser afectado e porque em violação do disposto no artigo 86.°, segundo parágrafo, alínea b), a prestação de serviços é limitada em detrimento das empresas *casu quo* dos trabalhadores obrigados a participar? Ou essa obrigatoriedade pode criar uma situação em que um fundo de pensões seja levado a uma tal prática abusiva, ou seja colocado numa situação em que não se poderia colocar sem para tal violar o artigo 86.°, quando, em consequência dessa obrigatoriedade não é, de qualquer modo, garantida a existência de um sistema de concorrência não falseada?

6) Se a obrigatoriedade é incompatível com o direito comunitário tal implica que a mesma não é válida?»

Quanto à segunda questão

35 Pela segunda questão, que convém apreciar em primeiro lugar, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta essencialmente se a decisão tomada pelas organizações representativas das entidades patronais e dos trabalhadores dum sector determinado, no quadro de uma convenção colectiva, de instaurar nesse sector um único fundo de pensões encarregado da gestão dum regime complementar de pensões e de pedir às autoridades públicas que tornem obrigatória a inscrição neste fundo para todos os trabalhadores do referido sector, é contrária ao artigo 85.° do Tratado.

36 A Drijvende Bokken alega que o pedido dos parceiros sociais no sentido de ser tornada obrigatória a inscrição num fundo de pensões sectorial constitui um acordo entre as empresas que operam no sector em questão, contrário ao artigo 85.°, n.° 1, do Tratado.

37 Um acordo dessa natureza restringe a concorrência de dois pontos de vista. Por um lado, ao confiar a execução de um regime obrigatório a um único gestor, priva as empresas activas no sector em questão da possibilidade de se inscreverem num regime de pensões alternativo gerido por outras companhias de seguros. Por outro lado, esse acordo exclui estas companhias de seguros de uma parte substancial do mercado do seguro de pensões.

38 As consequências de tal acordo para a concorrência são «sensíveis», na medida em que o mesmo respeita à totalidade do sector neerlandês do trabalho portuário. Estas consequências são reforçadas pelo efeito cumulativo ligado ao facto de a inscrição em regimes de pensões ter sido tornada obrigatória em vários sectores da economia e para todas as empresas destes sectores.

39 Finalmente, tal acordo afecta o comércio entre os Estados-Membros, na medida em que respeita a empresas que têm uma actividade transfronteiriça e na medida em que priva as companhias de seguros estabelecidas noutros Estados-Membros da possibilidade de oferecerem, nos Países Baixos, um regime completo de pensões através de uma prestação de serviços transfronteiriça ou de filiais ou sucursais.

40 Deve recordar-se desde já que o artigo 85.°, n.° 1, do Tratado proíbe todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. A importância desta regra levou os autores do Tratado a prever expressamente, no n.° 2 do artigo 85.° do Tratado, que são nulos os acordos ou decisões proibidos por essa disposição.

41 Importa recordar em seguida que, nos termos do artigo 3.°, alíneas g) e i), do Tratado CE [que passou, após alteração, a artigo 3.°, n.° 1, alíneas g) e j), CE], a acção da Comunidade comporta não apenas um «regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno» mas também «uma política social». O artigo 2.° do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 2.° CE) declara que a Comunidade tem como missão, nomeadamente, «promover o desenvolvimento harmonioso e equilibrado das actividades económicas» e «um elevado nível de emprego e de protecção social».

42 A este propósito, o artigo 118.° do Tratado CE (os artigos 117.° a 120.° do Tratado CE foram substituídos pelos artigos 136.° CE a 143.° CE) dispõe que cabe à Comissão promover uma colaboração estreita entre os Estados-Membros no domínio social, designadamente nas matérias relativas ao direito sindical e às negociações colectivas entre entidades patronais e trabalhadores.

43 O artigo 118.°-B do Tratado CE (os artigos 117.° a 120.° do Tratado CE foram substituídos pelos artigos 136.° CE a 143.° CE) acrescenta que a Comissão se esforça por desenvolver o diálogo entre parceiros sociais a nível europeu, que pode conduzir, se estes últimos o entenderem desejável, a relações contratuais.

44 Além disso, o artigo 1.° do Acordo relativo à política social (JO 1992, C 191, p. 91, a seguir «acordo relativo à política social») enuncia que a Comunidade e os Estados-Membros terão por objectivos, nomeadamente, a melhoria das condições de vida e de trabalho, uma protecção social adequada, o diálogo entre parceiros sociais, o desenvolvimento dos recursos humanos tendo em vista um nível de emprego elevado e duradouro e a luta contra as exclusões.

45 Nos termos do artigo 4.°, n.^{os} 1 e 2, do acordo relativo à política social, o diálogo entre parceiros sociais ao nível comunitário pode conduzir, se estes o entenderem desejável, a relações contratuais, incluindo acordos, cuja aplicação ocorre de acordo com os procedimentos e práticas próprios dos parceiros sociais e dos

Estados-Membros ou a pedido do conjunto das partes signatárias, com base numa decisão adoptada pelo Conselho sob proposta da Comissão.

46 É verdade que alguns efeitos restritivos da concorrência são inerentes aos acordos colectivos concluídos entre organizações representativas das entidades patronais e dos trabalhadores. Todavia, os objectivos de política social prosseguidos por esses acordos ficariam seriamente comprometidos se os parceiros sociais estivessem sujeitos ao artigo 85.°, n.° 1, do Tratado na busca em comum de medidas destinadas a melhorar as condições de emprego e de trabalho.

47 Resulta, assim, de uma interpretação útil e coerente das disposições do Tratado, no seu conjunto, que acordos concluídos no âmbito de negociações colectivas entre parceiros sociais com vista a atingir esses objectivos devem ser considerados, em razão da sua natureza e do seu objecto, como não abrangidos pelo artigo 85.°, n.° 1, do Tratado.

48 Deve, por isso, apreciar-se se a natureza e o objecto do acordo em questão no processo principal justificam que o mesmo seja subtraído ao âmbito de aplicação do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado.

49 No caso vertente, deve reconhecer-se, por um lado, que, a exemplo da categoria dos acordos acima referidos, gerados pelo diálogo social, o acordo em questão no processo principal foi concluído sob a forma de uma convenção colectiva e constitui o resultado de uma negociação colectiva entre as organizações representativas das entidades patronais e dos trabalhadores.

50 Por outro lado, no que toca ao seu objecto, o acordo em questão no processo principal aplica, num sector determinado, um regime complementar de pensões gerido por um fundo de pensões, no qual a inscrição pode ser tornada obrigatória. Esse regime visa, no seu conjunto, garantir um certo nível de pensão

a todos os trabalhadores deste sector e contribui, por isso, de forma indirecta, para a melhoria de uma das condições de trabalho dos trabalhadores, a saber, a sua remuneração.

51 Deve, pois, concluir-se que o acordo em questão no processo principal não é abrangido, em virtude da sua natureza e do seu objecto, pelo artigo 85.°, n.° 1, do Tratado.

52 Nestas condições, deve responder-se à segunda questão que a decisão tomada pelas organizações representativas das entidades patronais e dos trabalhadores de um sector determinado, no quadro duma convenção colectiva, de instaurar nesse sector um único fundo de pensões encarregado da gestão dum regime complementar de pensões e de pedir às autoridades públicas que tornem obrigatória a inscrição neste fundo para todos os trabalhadores do referido sector, não é abrangida pela aplicação do artigo 85.° do Tratado.

Quanto à terceira questão

53 Pela terceira questão, que deve ser analisada em segundo lugar, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta essencialmente se os artigos 3.°, alínea g), 5.° e 85.° do Tratado se opõem a que as autoridades públicas tornem obrigatória, a pedido das organizações representativas das entidades patronais e dos trabalhadores de um sector determinado, a inscrição num fundo de pensões sectorial.

54 A Drijvende Bokken considera que, ao criar um quadro legal e ao anuir ao pedido dos parceiros sociais para tornar obrigatória a inscrição num fundo de pensões sectorial, as autoridades públicas favoreceram ou reforçaram a aplicação e o funcionamento de acordos entre as empresas que operam nos sectores interessados, contrários ao artigo 85.°, n.° 1, do Tratado, de forma que violaram os artigos 3.°, alínea g), 5.° e 85.° do Tratado.

55 Tal como o Tribunal de Justiça já decidiu, designadamente, no acórdão Van Eycke (já referido, n.° 16), o artigo 85.° do Tratado, em si mesmo, apenas diz respeito ao comportamento das empresas e não visa as medidas legislativas ou regulamentares que emanam dos Estados-Membros. Resulta, todavia, de jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que o artigo 85.° do Tratado, entendido em conjugação com o artigo 5.°, impõe aos Estados-Membros a obrigação de não tomarem ou não manterem em vigor medidas, de natureza legislativa ou regulamentar, susceptíveis de eliminar o efeito útil das regras da concorrência aplicáveis às empresas. É esse o caso, nos termos dessa jurisprudência, quando um Estado-Membro imponha ou favoreça a conclusão de acordos contrários ao artigo 85.° do Tratado ou reforce os efeitos de tais acordos, ou retire à sua própria regulamentação o seu carácter estatal delegando em operadores privados a responsabilidade de tomarem decisões de intervenção em matéria económica (v., também, acórdãos de 17 de Novembro de 1993, Meng, C-2/91, Colect., p. I-5751, n.° 14, Reiff, C-185/91, Colect., p. I-5801, n.° 14, e Ohra Schadeverzekeringen, C-245/91, Colect., p. I-5851, n.° 10; e de 18 de Junho de 1998, Comissão/Itália, C-35/96, Colect., p. I-3851, n.os 53 e 54, e Corsica Ferries France, C-266/96, Colect., p. I-3949, n.os 35, 36 e 49).

56 A este propósito, convém observar que o pedido feito às autoridades públicas pelos organismos representativos das entidades patronais e dos trabalhadores no sentido de tornar obrigatória a inscrição num fundo de pensões sectorial que eles instituíram se insere no regime previsto em vários direitos nacionais que visa o exercício do poder regulamentar no domínio social. Na medida em que o acordo em questão no processo principal não é abrangido pela disciplina do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado, tal como resulta da resposta dada à segunda questão, os Estados-Membros são livres de o tornar obrigatório a pessoas que não estão vinculadas por este.

57 Diga-se de passagem que o artigo 4.°, n.° 2, do acordo relativo à política social consagra expressamente, a nível comunitário, a possibilidade de os parceiros sociais pedirem conjuntamente ao Conselho a aplicação de acordos sociais.

58 A decisão das autoridades públicas de tornarem obrigatória a inscrição num tal fundo não pode, por isso, ser considerada como impondo ou favorecendo a conclusão de acordos contrários ao artigo 85.° do Tratado ou reforçando os efeitos de tais acordos.

59 Resulta das considerações precedentes que a decisão das autoridades públicas de tornarem obrigatória a inscrição num fundo de pensões sectorial não é abrangida pelas categorias de medidas regulamentares que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, ofendem o efeito útil dos artigos 3.°, alínea g), 5.° e 85.° do Tratado.

60 Deve, por isso, responder-se à terceira questão que os artigos 3.°, alínea g), 5.° e 85.° do Tratado não se opõem a que as autoridades públicas tornem obrigatória, a pedido das organizações representativas das entidades patronais e dos trabalhadores de um sector determinado, a inscrição num fundo de pensões sectorial.

Quanto à primeira questão

61 Pela primeira questão, que convém analisar em terceiro lugar, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta essencialmente se um fundo de pensões encarregado da gestão dum regime complementar de pensões, instituído por uma convenção colectiva celebrada entre as organizações representativas das entidades patronais e dos trabalhadores dum sector determinado e no qual foi tornada obrigatória a inscrição pelas autoridades públicas, para todos os trabalhadores deste sector, é uma empresa para efeitos dos artigos 85.° e seguintes do Tratado.

62 Segundo o Fundo e os Governos intervenientes, um fundo desta natureza não constitui uma empresa na acepção dos artigos 85.° e seguintes do Tratado. A este propósito, recordam as diversas características do fundo de pensões sectorial e do regime complementar de pensões que o mesmo gere.

63 Em primeiro lugar, a inscrição obrigatória de todos os trabalhadores dum sector determinado num regime complementar de pensões tem uma função social essencial no sistema de pensões aplicável nos Países Baixos, em razão do montante extremamente reduzido da pensão legal, calculado com base no salário mínimo legal. Uma vez que um regime complementar de pensões foi estabelecido

por convenção colectiva num determinado quadro pela lei e que a inscrição neste regime foi tornada obrigatória pelas autoridades públicas, o mesmo constitui um elemento do sistema neerlandês de protecção social e o fundo de pensões sectorial encarregado da sua gestão deve ser considerado como concorrendo para a gestão do serviço público da segurança social.

64 Em segundo lugar, o fundo de pensões sectorial não tem fins lucrativos. É gerido conjuntamente pelos parceiros sociais representados de forma paritária no seio do comité de gestão. O fundo de pensões sectorial recebe uma contribuição média fixada pelo comité em função do equilíbrio ao nível colectivo entre o montante dos prémios, a importância das prestações e a extensão dos riscos. Além disso, as contribuições não podem ser inferiores a um certo nível, a fim de constituir reservas adequadas, e não podem exceder, a fim de preservar a ausência de fins lucrativos, um limite superior cujo respeito é assegurado pelos parceiros sociais e pela Câmara dos Seguros. Mesmo que as contribuições recebidas sejam aplicadas segundo o sistema de capitalização, esses investimentos são efectuados sob o controlo da Câmara dos Seguros e em conformidade com as disposições da PSW e do estatuto do fundo de pensões sectorial.

65 Em terceiro lugar, o fundo de pensões sectorial funciona com base no princípio da solidariedade. Esta solidariedade manifesta-se pela obrigação de aceitar todos os trabalhadores, sem exame médico prévio, pela continuação da constituição da pensão, com dispensa de pagamento de contribuições em caso de incapacidade para o trabalho, pela tomada a cargo pelo fundo das contribuições atrasadas devidas pela entidade patronal, em caso de falência desta última, bem como pela indexação do montante das pensões, a fim de manter o seu valor. O princípio da solidariedade resulta também da ausência de equivalência a nível individual entre a contribuição paga, que é uma contribuição média e independente dos riscos, e os direitos a pensão, para cuja determinação é tomado em conta um salário médio. Essa solidariedade torna indispensável a inscrição obrigatória no regime complementar de pensões. Na falta dessa obrigatoriedade, o afastamento dos «bons» riscos teria um efeito em espiral negativo que poria em risco o equilíbrio financeiro do regime.

66 Tendo em conta o que precede, o Fundo e os Governos intervenientes consideram que o fundo de pensões sectorial constitui um organismo encarregado da gestão

de um regime de segurança social, a exemplo dos organismos de que se tratava no acórdão de 17 de Fevereiro de 1993, Poucet e Pistre (C-159/91 e C-160/91, Colect., p. I-637), e contrariamente ao organismo em questão no acórdão de 16 de Novembro de 1995, Fédération française des sociétés d'assurance e o. (C-244/94, Colect., p. I-4013), que tinha sido considerado como uma empresa na acepção dos artigos 85.° e seguintes do Tratado.

67 Deve recordar-se que, no âmbito do direito da concorrência, o Tribunal de Justiça decidiu que o conceito de empresa abrange qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e modo de financiamento (v., nomeadamente, acórdãos de 23 de Abril de 1991, Höfner e Elser, C-41/90, Colect., p. I-1979, n.° 21; Poucet e Pistre, já referido, n.° 17; e Fédération française des sociétés d'assurance e o., já referido, n.° 14).

68 Além disso, no acórdão Poucet e Pistre, já referido, o Tribunal de Justiça excluiu deste conceito os organismos encarregados da gestão de determinados regimes de segurança social obrigatórios, baseados no princípio da solidariedade. No regime de seguro de doença e de maternidade do sistema que lhe foi presente, as prestações eram, efectivamente, idênticas para todos os beneficiários, mas as contribuições eram proporcionais aos rendimentos; no regime de seguro de velhice, o financiamento das pensões de reforma era assegurado pelos trabalhadores em actividade; além disso, os direitos a pensão, fixados na lei, não eram proporcionais às contribuições pagas no regime de seguro de velhice; por último, os regimes excedentários participavam no financiamento dos regimes que tinham dificuldades financeiras estruturais. Esta solidariedade implicava necessariamente que os diversos regimes fossem geridos por um organismo único e que a inscrição nos mesmos fosse obrigatória.

69 Em contrapartida, no acórdão Fédération française des sociétés d'assurance e o., já referido, o Tribunal declarou que um organismo sem fins lucrativos, que gere um regime de seguro de velhice destinado a completar um regime de base obrigatório, instituído pela lei a título facultativo e funcionando segundo o princípio da capitalização, constitui uma empresa na acepção dos artigos 85.° e seguintes do Tratado. A inscrição facultativa, a aplicação do princípio da capitalização e o facto de as prestações dependerem unicamente do montante das contribuições pagas pelos beneficiários bem como dos resultados financeiros dos

investimentos efectuados pelo organismo gestor implicavam que esse organismo exercia uma actividade económica em concorrência com as companhias de seguros de vida. Nem a prossecução de uma finalidade de carácter social, nem a ausência de fins lucrativos, nem as exigências de solidariedade, nem as outras regras relativas, designadamente, às restrições que sofre o organismo gestor na realização dos investimentos retiravam à actividade exercida por esse organismo a natureza de actividade económica.

70 É à luz destas considerações que deve ser apreciada a questão de saber se o conceito de empresa, na acepção dos artigos 85.° e seguintes do Tratado, se refere a um organismo como o fundo de pensões sectorial, que está em causa no processo principal.

71 A este propósito, convém observar que o fundo de pensões sectorial determina ele próprio o montante das contribuições e das prestações e que o fundo funciona segundo o princípio da capitalização.

72 Por isso, contrariamente às prestações fornecidas pelos organismos encarregados da gestão dos regimes obrigatórios de segurança social, a que se refere o acórdão Poucet e Pistre, já referido, o montante das prestações fornecidas pelo fundo depende dos resultados financeiros das aplicações que efectua e relativamente às quais está sujeito, a exemplo de uma companhia de seguros, ao controlo da Câmara dos Seguros.

73 Além disso, tal como resulta do artigo 5.° BPW e dos artigos 1.° e 5.° das instruções relativas à dispensa de inscrição, um fundo de pensões sectorial tem a obrigação de conceder uma dispensa a uma empresa quando esta já assegurava aos seus trabalhadores, pelo menos seis meses antes da apresentação do pedido mediante o qual a inscrição no fundo foi tornada obrigatória, um regime de pensões que lhes conferia direitos pelo menos equivalentes aos que adquiririam no caso de inscrição no fundo. Além disso, nos termos do artigo 1.° das instruções já referidas, este fundo tem também a faculdade de conceder uma dispensa a uma empresa quando esta assegura aos seus trabalhadores um regime de pensões que lhes confere direitos pelo menos equivalentes aos que decorrem do fundo, desde que, em caso de retirada do fundo, seja proposta uma compensação

julgada razoável pela Câmara dos Seguros para o eventual prejuízo sofrido pelo fundo, do ponto de vista da técnica dos seguros, como consequência dessa retirada.

74 Daí resulta que um fundo de pensões sectorial, como o que está em causa no processo principal, exerce uma actividade económica em concorrência com as companhias de seguros.

75 Nestas condições, a ausência de fins lucrativos bem como os elementos de solidariedade avançados pelo Fundo e pelos Governos intervenientes não são suficientes para retirar ao fundo de pensões sectorial a sua qualidade de empresa na acepção das regras da concorrência do Tratado.

76 É certo que a prossecução de uma finalidade social, os elementos de solidariedade já referidos bem como as restrições ou controlos relativos aos investimentos realizados pelo fundo de pensões sectorial podem tornar o serviço fornecido por este fundo menos competitivo que o serviço comparável fornecido pelas companhias de seguros. Embora esses obstáculos não impeçam que se considere a actividade exercida pelo fundo como uma actividade económica, podem justificar o direito exclusivo desse organismo de gerir um regime complementar de pensões.

77 Deve, pois, responder-se à terceira questão que um fundo de pensões encarregado da gestão dum regime complementar de pensões, instituído por uma convenção colectiva celebrada entre as organizações representativas das entidades patronais e dos trabalhadores dum sector determinado e no qual a inscrição foi tornada obrigatória pelas autoridades públicas, para todos os trabalhadores deste sector, é uma empresa na acepção dos artigos 85.° e seguintes do Tratado.

Quanto à quinta questão

78 Através da quinta questão, que convém analisar em quarto lugar, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se os artigos 86.° e 90.° do Tratado se opõem a que as autoridades públicas confiram a um fundo de pensões o direito exclusivo de gerir, num sector determinado, um regime complementar de pensões.

79 O Governo neerlandês alega que o decreto que torna a inscrição obrigatória tem por único efeito obrigar os trabalhadores do sector em questão a inscreverem-se no Fundo. Este decreto não confere ao Fundo o direito exclusivo no domínio das pensões complementares. O Fundo também não dispõe de uma posição dominante na acepção do artigo 86.° do Tratado.

80 Convém observar antes de mais que a decisão das autoridades públicas de tornar obrigatória, como no caso dos autos, a inscrição num fundo de pensões sectorial implica necessariamente a concessão a este fundo do direito exclusivo de recolher e gerir as contribuições pagas com vista à constituição dos direitos a pensão. Esse fundo deve, por isso, ser considerado como uma empresa investida pelas autoridades públicas de direitos exclusivos, na acepção do artigo 90.°, n.° 1, do Tratado.

81 Deve recordar-se em seguida que é jurisprudência constante que uma empresa que beneficie de um monopólio legal sobre uma parte substancial do mercado comum pode ser considerada como ocupando uma posição dominante na acepção do artigo 86.° do Tratado (v. acórdãos de 10 de Dezembro de 1991, Merci convenzionali porto di Genova, C-179/90, Colect., p. I-5889, n.° 14; e de 13 de Dezembro de 1991, GB-Inno-BM, C-18/88, Colect., p. I-5941, n.° 17).

82 Um fundo de pensões sectorial, como o que está em causa no processo principal, que dispõe do direito exclusivo de gerir um regime complementar de pensões num

sector industrial de um Estado-Membro e, por essa via, numa parte substancial do mercado comum, pode, por conseguinte, ser considerado como ocupando uma posição dominante na acepção do artigo 86.° do Tratado.

83 Deve, contudo, acrescentar-se que o simples facto de se criar uma posição dominante através da concessão de direitos exclusivos, na acepção do artigo 90.°, n.° 1, do Tratado, não é, por si só, incompatível com o artigo 86.° do Tratado. Um Estado-Membro só viola as proibições estabelecidas nestas duas disposições quando a empresa em causa seja levada, pelo simples exercício dos direitos exclusivos que lhe foram atribuídos, a explorar a sua posição dominante de modo abusivo ou quando esses direitos possam criar uma situação em que essa empresa seja levada a cometer esses abusos (acórdãos Höfner e Elser, já referido, n.° 29; de 18 de Junho de 1991, ERT, C-260/89, Colect., p. I-2925, n.° 37; Merci convenzionali porto di Genova, já referido, n.os 16 e 17; de 5 de Outubro de 1994, Centre d'insémination de la Crespelle, C-323/93, Colect., p. I-5077, n.° 18; e de 12 de Fevereiro de 1998, Raso e o., C-163/96, Colect., p. I-533, n.° 27).

84 A Drijvende Bokken alega, a este propósito, que o sistema de inscrição obrigatória num regime complementar de pensões gerido pelo Fundo é contrário às disposições conjugadas dos artigos 86.° e 90.° do Tratado. As prestações de pensões oferecidas pelo Fundo não correspondem ou já não correspondem às necessidades das empresas. Estas prestações são muito baixas, não têm relação com os salários e, por conseguinte, estão sistematicamente inadequadas. As entidades patronais devem, por isso, prever outras disposições em matéria de pensões. Ora, o sistema de inscrição obrigatória privaria estas entidades patronais da possibilidade de subscreverem junto de uma companhia de seguros uma cobertura global em matéria de pensões. A subscrição de vários regimes de pensões junto de várias companhias de seguros acresceria os encargos administrativos e diminuiria a eficácia.

85 Deve recordar-se que, no acórdão Höfner e Elser (já referido, n.° 34), o Tribunal de Justiça decidiu que um Estado-Membro que tenha conferido a um serviço público de emprego o direito exclusivo ao exercício da actividade de colocação de mão-de-obra viola o artigo 90.°, n.° 1, do Tratado, no caso de daí resultar uma situação em que o referido serviço é necessariamente levado a transgredir o artigo 86.° do Tratado, nomeadamente porque o mesmo não está manifestamente em condições de satisfazer a procura existente no mercado para este género de actividades.

86 No caso vertente, importa observar que o regime complementar de pensões proposto pelo Fundo se baseia na norma actual nos Países Baixos, a saber, que todo o trabalhador que tenha pago contribuições durante o período máximo de inscrição no referido regime obtém uma pensão, incluindo a que é concedida ao abrigo da AOW, que é igual a 70% do seu último salário.

87 É verdade que certas empresas do sector podiam querer assegurar aos seus trabalhadores um regime de pensões que vá além do proposto pelo Fundo. A impossibilidade destas empresas de confiarem a gestão de tal regime de pensões a uma única seguradora e a restrição da concorrência que daí resulta decorrem, todavia, directamente do direito exclusivo conferido ao fundo de pensões sectorial.

88 Deve, pois, apreciar-se se, tal como sustenta o Fundo, o Governo neerlandês e a Comissão, o direito exclusivo do fundo de pensões sectorial de gerir pensões complementares num sector determinado e a restrição da concorrência que daí resulta se podem justificar nos termos do artigo 90.°, n.° 2, do Tratado, enquanto medida necessária ao cumprimento de uma missão social particular de interesse geral de que este fundo está encarregado.

89 A Drijvende Bokken alega que a inscrição obrigatória no fundo de pensões sectorial não é necessária para assegurar um nível adequado de pensão para os trabalhadores. Esse objectivo podia ser atingido pela fixação de exigências mínimas a que as pensões deveriam obedecer, seja pelos parceiros sociais, sob instigação das autoridades públicas, seja directamente pelas autoridades públicas. As convenções colectivas de trabalho prevêem regularmente a obrigação de as entidades patronais assegurarem um regime mínimo de pensões, deixando-lhes ao mesmo tempo a liberdade de instituírem um fundo de pensões próprio de cada empresa, de se inscreverem num fundo de pensões sectorial ou de se dirigirem a uma companhia de seguros.

90 Segundo a Drijvende Bokken, o pagamento de um «prémio médio» também não justifica a inscrição obrigatória. Por um lado, nem a BPW nem o decreto que torna a inscrição obrigatória exigem um sistema baseado num prémio dessa natureza. Por outro lado, diversos fundos de pensões sectoriais em que a inscrição não é obrigatória funcionam perfeitamente com base num sistema de «prémio médio».

91 Quanto à aceitação de todos os trabalhadores do mesmo sector de actividade, sem exame médico prévio, a fim de os «maus» riscos não poderem ser recusados, a Drijvende Bokken observa que, na prática, os contratos de seguro de pensões concluídos com seguradoras prevêem a obrigação de a entidade patronal declarar todos os seus trabalhadores bem como a da seguradora de aceitar, sem exame médico prévio, qualquer trabalhador declarado.

92 Importa recordar antes de mais que, nos termos do artigo 90.°, n.° 2, do Tratado, as empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral estão sujeitas às regras da concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada.

93 Ao permitir, sob certas condições, desvios às regras gerais do Tratado, o n.° 2 do artigo 90.° do Tratado visa conciliar os interesses dos Estados-Membros em utilizar certas empresas, nomeadamente do sector público, como instrumentos de política económica ou social, com o interesse da Comunidade em que sejam respeitadas as regras da concorrência e preservada a unidade do mercado comum (acórdãos de 19 de Março de 1991, França/Comissão, C-202/88, Colect., p. I-1223, n.° 12; e de 23 de Outubro de 1997, Comissão/Países Baixos, C-157/94, Colect., p. I-5699, n.° 39).

94 Tendo em conta o interesse dos Estados-Membros definido nestes termos, não pode ser-lhes proibido ter em consideração, quando definem os serviços de interesse económico geral que confiam a determinadas empresas, objectivos próprios da sua política nacional, nem que tentem realizá-los através de

obrigações e imposições a cargo dessas mesmas empresas (acórdão Comissão/ /Países Baixos, já referido, n.° 40).

95 Ora, o regime complementar de pensões em causa no processo principal preenche uma função social essencial no sistema de pensões nos Países Baixos, em virtude do montante reduzido da pensão legal, calculado com base no salário mínimo legal.

96 Além disso, a importância da função social reconhecida às pensões complementares foi recentemente reconhecida pela adopção, pelo legislador comunitário, da Directiva 98/49/CE do Conselho, de 29 de Junho de 1998, relativa à salvaguarda dos direitos a pensão complementar dos trabalhadores assalariados e independentes que se deslocam no interior da Comunidade (JO L 209, p. 46).

97 Convém recordar seguidamente que, para que as condições de aplicação do artigo 90.°, n.° 2, do Tratado se encontrem reunidas, não é necessário que o equilíbrio financeiro ou a viabilidade económica da empresa encarregada da gestão de um serviço de interesse económico geral sejam ameaçados. Basta que, sem os direitos contestados, se obste ao cumprimento das missões particulares confiadas à empresa, tal como estas são definidas pelas obrigações e imposições que sobre ela impendem (acórdão Comissão/Países Baixos, já referido, n.° 52), ou que a manutenção de tais direitos seja necessária para permitir ao seu titular cumprir as missões de interesse económico geral que lhe foram confiadas, em condições economicamente aceitáveis (acórdãos de 19 de Maio de 1993, Corbeau, C-320/91, Colect., p. I-2533, n.os 14 a 16, e Comissão/Países Baixos, já referido, n.° 53).

98 Ora, em caso de supressão do direito exclusivo do fundo de gerir o regime complementar de pensões para todos os trabalhadores de um sector determinado, as empresas que empregam pessoal jovem e de boa saúde, que exerça actividades que não são perigosas, procurariam condições de seguro mais vantajosas junto de seguradoras privadas. O abandono progressivo dos «bons» riscos deixaria ao fundo de pensões sectorial a gestão de uma parte crescente de «maus» riscos, provocando assim uma alta do custo das pensões dos trabalhadores, nomeada-

mente dos das pequenas e médias empresas que dispõem de pessoal já idoso que exerce actividades perigosas, às quais o fundo já não poderia propor pensões a um custo aceitável.

99 Seria tanto mais este o caso quanto, como acontece no processo principal, o regime complementar de pensões gerido exclusivamente pelo Fundo se caracteriza por um elevado grau de solidariedade, em razão, nomeadamente, da independência das contribuições em relação ao risco, da obrigação de aceitar todos os trabalhadores sem exame médico prévio, da continuação da constituição da pensão com dispensa do pagamento de contribuições em caso de incapacidade para o trabalho, da tomada a cargo pelo Fundo das contribuições atrasadas devidas pela entidade patronal em caso de falência desta última bem como da indexação dos montantes das pensões a fim de manter o seu valor.

100 Com efeito, estas contrariedades que tornam o serviço fornecido pelo Fundo menos competitivo do que um serviço comparável fornecido pelas companhias de seguros contribuem para justificar o direito exclusivo deste Fundo de gerir um regime de pensões complementar.

101 Resulta do exposto que a supressão do direito exclusivo conferido ao Fundo poderia conduzir à impossibilidade de este Fundo cumprir as missões de interesse económico geral que lhe foram atribuídas em condições economicamente aceitáveis e pôr em risco o seu equilíbrio financeiro.

102 Referindo-se ao acórdão GB-Inno-BM, já referido, a Drijvende Bokken considera, todavia, que o facto de o Fundo ter a dupla qualidade de gestor do regime de pensões e de autoridade titular do poder de conceder as dispensas, poderia dar lugar ao exercício injusto do poder de dispensa.

103 Deve notar-se que, no acórdão GB-Inno-BM (já referido, n.° 28), o Tribunal de Justiça declarou que os artigos 3.°, alínea g), do Tratado, 86.° e 90.° do Tratado se opõem a que um Estado-Membro confira à empresa que explora a rede pública de telecomunicações o poder de estabelecer normas relativas aos aparelhos telefónicos e verificar o seu cumprimento pelos operadores económicos, quando ela seja concorrente destes operadores no mercado desses aparelhos.

104 No n.° 25 deste último acórdão, o Tribunal de Justiça considerou, com efeito, que a acumulação, no âmbito de uma tal sociedade, dos poderes, por um lado, de autorizar ou recusar a ligação dos aparelhos telefónicos à rede e, por outro lado, de estabelecer as normas técnicas que deviam ser preenchidas por estes equipamentos e verificar se os aparelhos não produzidos por ela estavam em conformidade com as especificações que ela tinha adoptado equivalia a conferir-lhe o poder de determinar, à sua discrição, os aparelhos terminais que eram susceptíveis de ser ligados à rede pública e a conceder-lhe assim uma vantagem evidente sobre os seus concorrentes.

105 Ora, a situação dos processos em causa no presente processo apresenta diferenças em relação à que foi objecto do acórdão GB-Inno-BM, já referido.

106 Com efeito, convém observar, antes de mais, que, por força do artigo 5.°, n.° 1, das instruções relativas à dispensa de inscrição, um fundo de pensões sectorial tem a obrigação de conceder dispensa a uma empresa quando esta já assegurava aos seus trabalhadores, pelo menos seis meses antes da apresentação do pedido com base no qual a inscrição no fundo foi tornada obrigatória, um regime de pensões que lhes conferia direitos pelo menos equivalentes aos que adquiririam em caso de inscrição no fundo.

107 Uma vez que a disposição já referida vincula o fundo de pensões sectorial quanto ao exercício do seu poder de dispensa, a mesma não pode ser considerada como susceptível de conduzir o fundo a abusar deste poder. O fundo limita-se, com efeito, neste caso, a verificar que as condições decididas pelo ministro competente estão reunidas (v., neste sentido, o acórdão de 27 de Outubro de 1993, Lagauche e o., C-46/90 e C-93/91, Colect., p. I-5267, n.° 49).

108 Convém em seguida observar que, nos termos do artigo 1.° das instruções relativas à dispensa de inscrição, um fundo de pensões sectorial tem a faculdade de conceder uma dispensa a uma empresa quando esta assegura aos seus trabalhadores um regime de pensões que lhes confere direitos pelo menos equivalentes aos que decorrem do fundo, desde que, no caso de afastamento do fundo, seja proposta uma compensação julgada razoável pela Câmara dos Seguros, relativa ao eventual prejuízo sofrido pelo fundo, do ponto de vista da técnica dos seguros, como consequência desse afastamento.

109 A disposição referida permite, assim, ao fundo de pensões sectorial dispensar da obrigação de inscrição uma empresa que assegure aos seus trabalhadores um regime de pensões equivalente ao que ele gere, se tal dispensa não puser em perigo o seu equilíbrio financeiro. O exercício deste poder de dispensa comporta uma avaliação complexa dos dados relativos aos regimes de pensão em presença e ao equilíbrio financeiro do fundo, a qual implica necessariamente uma ampla margem de apreciação.

110 Tendo em conta a complexidade desta avaliação bem como os riscos que a concessão de dispensas comporta para o equilíbrio financeiro do fundo de pensões sectorial e, portanto, para o cumprimento da missão social que lhe foi atribuída, um Estado-Membro pode considerar que o poder de dispensa não deve ser atribuído a uma entidade distinta.

111 Convém, todavia, observar que os órgãos jurisdicionais nacionais, a quem seja submetido, como no caso presente, uma impugnação relativa a uma obrigação de pagar contribuições, devem exercer um controlo sobre a decisão do fundo que recusa uma dispensa de inscrição, que lhes permita pelo menos verificar que este fundo não fez um uso arbitrário da sua faculdade de conceder uma dispensa e que o princípio da não discriminação bem como as outras condições ligadas à legalidade desta decisão foram respeitados.

112 Finalmente, quanto ao argumento da Drijvende Bokken segundo o qual um nível adequado de pensão para os trabalhadores podia ser assegurado pela fixação de

exigências mínimas a que as pensões oferecidas pelas companhias de seguros deveriam obedecer, deve sublinhar-se que, dada a função social dos regimes complementares de pensões e a margem de apreciação de que dispõem os Estados-Membros, segundo jurisprudência constante, para organizar os seus sistemas de segurança social (acórdãos de 7 de Fevereiro de 1984, Duphar e o., 238/82, Recueil, p. 523, n.° 16; Poucet e Pistre, já referido, n.° 6; e de 17 de Junho de 1997, Sodemare e o., C-70/95, Colect., p. I-3395, n.° 27), compete a cada Estado-Membro apreciar se, tendo em conta as particularidades do seu sistema nacional de pensões, a fixação de exigências mínimas lhe permitiria ainda assegurar o nível de pensões que visa garantir num sector ao tornar obrigatória a inscrição num fundo de pensões.

113 Deve, pois, responder-se à quinta questão que os artigos 86.° e 90.° do Tratado não se opõem a que as autoridades públicas confiram a um fundo de pensões o direito exclusivo de gerir, num sector determinado, um regime complementar de pensões.

Quanto às quarta e sexta questões

114 Tendo em conta a resposta dada à quinta questão, não há que responder às quarta e sexta questões.

Quanto às despesas

115 As despesas efectuadas pelos Governos neerlandês, alemão, francês e sueco, e pela Comissão, que apresentaram observações ao Tribunal, não são reembolsáveis. Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional nacional, compete a este decidir quanto às despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA,

pronunciando-se sobre as questões submetidas pelo Hoge Raad der Nederlanden, por acórdão de 6 de Junho de 1997, declara:

1) A decisão tomada pelas organizações representativas das entidades patronais e dos trabalhadores de um sector determinado, no quadro duma convenção colectiva, de instaurar nesse sector um único fundo de pensões encarregado da gestão dum regime complementar de pensões e de pedir às autoridades públicas que tornem obrigatória a inscrição neste fundo para todos os trabalhadores do referido sector, não é abrangida pela aplicação do artigo 85.° do Tratado CE (actual artigo 81.° CE).

2) Os artigos 3.°, alínea g), do Tratado CE [que passou, após alteração, a artigo 3.°, n.° 1, alínea g), CE], 5.° do Tratado CE (actual artigo 10.° CE) e 85.° do Tratado não se opõem a que as autoridades públicas tornem obrigatória, a pedido das organizações representativas das entidades patronais e dos trabalhadores de um sector determinado, a inscrição num fundo de pensões sectorial.

3) Um fundo de pensões encarregado da gestão dum regime complementar de pensões, instituído por uma convenção colectiva celebrada entre as organizações representativas das entidades patronais e dos trabalhadores dum sector determinado e no qual a inscrição foi tornada obrigatória pelas autoridades públicas, para todos os trabalhadores deste sector, é uma empresa na acepção dos artigos 85.° e seguintes do Tratado.

4) **Os artigos 86.° e 90.° do Tratado CE (actuais artigos 82.° CE e 96.° CE) não se opõem a que as autoridades públicas confiram a um fundo de pensões o direito exclusivo de gerir, num sector determinado, um regime complementar de pensões.**

Rodríguez Iglesias Puissochet Hirsch

Jann Moitinho de Almeida Gulmann

Murray Edward Ragnemalm

Sevón Wathelet

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 21 de Setembro de 1999.

O secretário O presidente

R. Grass G. C. Rodríguez Iglesias