CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL MARCO DARMON

apresentadas em 5 de Julho de 1988 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. O estatuto dos funcionários comunitários prevê a possibilidade de estes procederem à transferência para o regime de pensões comunitário dos direitos adquiridos ao abrigo de um regime nacional antes da entrada na função pública europeia. A respeito de dois processos distintos, a Cour de cassation luxemburguesa submeteu-vos várias questões prejudiciais que vêm, de novo, demonstrar certas dificuldades na execução efectiva desta transferência.

2. Mencionaremos em primeiro lugar o processo Retter que se refere a uma situação cronologicamente anterior à do processo Fingruth.

3. Retter foi nomeado definitivamente funcionário da CECA, em 5 de Fevereiro de 1962, após ter exercido funções assalariadas numa sociedade e cumprido 61 meses de inscrição na Caisse de pensions des employés privés (a seguir «CPEP»). A discussão respeita à compatibilidade com o direito comunitário de um regime de resgate das quotizações, como o que estava em vigor no Luxemburgo em 1964, ou seja, no momento em que F. Retter tinha solicitado e obtido tal resgate.

4. Em relação aos funcionários da CECA, era o «regulamento que fixa o estatuto dos funcionários e o regime aplicável aos outros agentes da Comunidade», adoptado pela comissão dos presidentes da CECA, que previa, no n.° 2, primeiro parágrafo, do artigo 11.°, o direito à transferência nos seguintes termos: «O funcionário que entre ao serviço da Comunidade, após ter cessado as suas funções numa administração, ou organização nacional ou internacional, ou empresa, tem a faculdade, no momento em que adquire a titularidade, de pagar à Comunidade: — quer o equivalente actuarial do direito à pensão de aposentação que tiver adquirido na administração, organização nacional, internacional ou empresa que servia, — quer o montante fixo de resgate que lhe for devido pela caixa de pensões da mesma administração, organização ou empresa à data de cessação de funções.» A entrada em vigor deste regulamento foi fixada, pelo seu artigo 2.°, em 1 de Janeiro de 1962. É necessário mencionar que, no essencial, este texto retomava com adaptações de redacção, as disposições do regulamentos (CEE) n.° 31, (CEEA) n.° 11 dos Conselhos, de 18 de Dezembro de 1961 que fixa o Estatuto dos Funcionários e o Regime Aplicável aos Outros Agentes da Comunidade Económica Europeia e da Comunidade Europeia da Energia Atómica [1], igualmente entrado em vigor em 1 de Janeiro de 1962. Observe-se, no entanto, que, contrariamente a este regulamento, adoptado nos termos dos artigos 189.° do Tratado CEE e 161.° do Tratado CEEA, o regulamento da Comissão dos presidentes da CECA não foi aparentemente publicado no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias,* e não parece que tenha sido objecto de qualquer outra forma de publicação.

* Tradução do francês.

1 — JO 45 de 14.6.1962, p. 1385.

5. É pedido ao Tribunal, no âmbito deste processo, que se pronuncie quanto ao alcance da aplicabilidade directa da disposição do estatuto dos funcionários CECA, de 1962, face a uma lei luxemburguesa em vigor aquando da adopção do referido estatuto. Ora, no decurso da instância, tanto da fase escrita como oral, perante este Tribunal, todos se empenharam em raciocinar como se a disposição estatutária em causa tivesse as características jurídicas de um regulamento comunitário quando, talvez, ele não tenha todas essas características.

6. Tal situação parece-nos justificar, da vossa parte, a reabertura das discussões a fim de se precisarem os efeitos jurídicos do estatuto dos agentes da CECA de 1962 e, mais exactamente, da sua disposição relativa à transferência dos direitos à pensão, nomeadamente em relação a uma ausência de publicação.

7. Nestas condições, consideramos não dever prosseguir hoje as nossas conclussões sobre o processo Retter.

8. O processo Fingruth situa-se num quadro jurídico que não é exactamente idêntico ao do anterior. Com efeito, diz respeito a um litígio relativo a um pedido de transferência formulado, em Novembro de 1981, por uma funcionária do Parlamento Europeu nomeada definitivamente em Abril de 1981. Este pedido era feito ao abrigo, em direito comunitário, do estatuto dos funcionários das Comunidades Europeias adoptado por via do Regulamento (CEE, Euratom, CECA) n.° 259/68 do Conselho, de 29 de Fevereiro de 1968 [2], e mais precisamente do n.° 2, primeiro parágrafo do artigo 11.° do anexo VIII o qual dispõe:

«O funcionário que entre ao serviço de uma das Comunidades, após ter cessado funções numa administração ou organização nacional ou internacional, ou empresa, tem a faculdade, no momento em que adquirir a titularidade de pagar à Comunidade que serve:

— quer o equivalente actuarial do direito a pensão de aposentação que tiver adquirido na administração, organização nacional, internacional ou empresa que servia,

— quer o montante fixo de resgate que lhe for devido pela caixa de pensões da mesma administração, organização ou empresa à data de cessação de funções».

Do ponto de vista do direito luxemburguês, E. Fingruth pedia a aplicação das disposições da lei de 14 de Março de 1979 que determinam as modalidades, em direito interno, da faculdade de transferência prevista na disposição estatutária já referida. Esta lei previa, nomeadamente, por alteração do artigo 18.° da lei de 16 de Dezembro de 1963, que as quotizações pagas para o regime de pensão luxemburguês são transferidas, a pedido do interessado, para o regime de pensões comunitário, tendo em conta juros compostos de 4 % ao ano a contar de 31 de Dezembro de cada ano de inscrição, devendo o pedido ser apresentado, sob pena de preclusão, no prazo de um ano a contar da nomeação definitiva. O regime de resgate definido por esta lei diz respeito, como foi especificado nas discussões, à totalidade das quotizações, ou seja à parte «segurado» e à parte «entidade patronal».

9. A situação de Eva Fingruth, que apresentou à administração do Parlamento um pe-

2 — JO L 56 de 4.3.1968.

dido de transferência dos direitos a pensão menos de um ano após a sua nomeação definitiva como funcionária comunitária, ou seja dentro do prazo de preclusão previsto na lei de 1979, mas pedido esse que só foi comunicado pelo Parlamento à CPEP mais de um ano após esta nomeação definitiva, levou a Cour de cassation a colocar-vos uma questão destinada a especificar a medida da compatibilidade de um prazo de preclusão com o direito à transferência consagrado pelo estatuto.

10. Visto que cabia ao legislador nacional determinar as modalidades da transferência prevista pelo estatuto, partilhamos da análise da Comissão e do Reino Unido de acordo com a qual estas modalidades podem comportar a fixação de um prazo para solicitar a transferência à autoridade nacional competente, sob pena de preclusão. Os imperativos de boa gestão administrativa dos organismos nacionais que gerem os direitos a pensão adquiridos por particulares antes da sua entrada na função pública comunitária parecem-nos, *a priori*, justificar a necessidade que o legislador nacional pode ter de obrigar o funcionário comunitário a definir-se num certo prazo.

11. Todavia, tratando-se de um prazo imposto por uma lei nacional para o exercício efectivo de uma faculdade consagrada pelo direito comunitário, a sua compatibilidade com este direito pressupõe o respeito de determinados limites.

12. Por analogia com o acórdão *Ferwerda* de 5 de Março de 1980 onde, reconhecendo-se que cabe

«à ordem jurídica interna de cada Estado-membro designar os órgãos jurisdicionais competentes e regular as modalidades processuais dos recursos judiciais destinados a garantir a salvaguarda dos direitos que os particulares tiram do efeito directo do direito comunitário».

é especificado que

«em nenhum caso essas modalidades podem ser estabelecidas de modo a tornar praticamente impossível o exercício dos direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais têm a obrigação de proteger» [3],

consideramos que as modalidades do exercício de um direito consagrado por um regulamento comunitário, directamente aplicável, não podem ser postas em prática pelo legislador nacional de modo a torná-lo praticamente impossível, ou mesmo difícil. Mais precisamente, tal como foi sublinhado pelo Reino Unido nas suas observações escritas, o prazo fixado para o exercício do direito à transferência deve ser suficientemente longo para dar ao funcionário a possibilidade de formar a sua opinião e tomar uma decisão com perfeito conhecimento de causa.

13. Sob este ângulo, um prazo como o de um ano a contar da nomeação definitiva na função pública comunitária, previsto na lei luxemburguesa de 1979, em concertação, além disso, com a Comissão não parece fixado de modo a tornar impossível, nem mesmo difícil, o exercício do direito à transferência, sobretudo se se tiver em conta que esta nomeação definitiva é a maior parte das vezes precedida de um ano de estágio.

3 — 265/78, Recueil 1980, p. 617, n.° 10.

14. A compatibilidade, de um prazo de preclusão razoavelmente fixado, com o n.° 2, primeiro parágrafo, do artigo 11.° do anexo VIII do estatuto deve, no entanto, incluir uma ressalva de acordo com a qual a preclusão não pode ser invocada em certos casos de decurso do prazo?

15. A Comissão formulou algumas sugestões a este respeito. São estreitamente inspiradas nas circunstâncias do ocorrido a E. Fingruth, que comunicou em tempo útil a sua vontade de pedir a transferência, mas que viu a administração do Parlamento atrasar-se no seguimento do pedido.

16. A Comissão mencionou especialmente a colaboração constante entre instituições comunitárias e nacionais na matéria da transferência dos direitos à pensão e considerou que esta cooperação, baseada no artigo 5.° do Tratado, e mais especificamente no artigo 19.° do Protocolo sobre os Privilégios e Imunidades, devia dar origem a que a preclusão não possa ser oposta a um funcionário que deu a conhecer formalmente à sua administração comunitária o seu pedido no prazo de um ano.

17. Aceitamos esta argumentação apenas de forma muito limitada. Se, como o pensamos, ela visa o primeiro parágrafo do artigo 5.° do Tratado, convém recordar que, de acordo com a vossa jurisprudência, a obrigação expressa por esta disposição não basta para produzir efeitos jurídicos em relação aos estados. Segundo a expressão do professor Vlad Constantinesco serve para o «reforço de obrigações comunitárias preexistentes» e deve, para tal, ser fundamentada por uma obrigação especial [4]. Parece-nos difícil analisar como tal obrigação, tendo em conta a matéria em causa, o artigo 19.° do referido protocolo que dispõe que, «para efeitos da aplicação do presente protocolo as instituições das Comunidades cooperarão com as autoridades responsáveis dos Estados-membros interessados». Esta disposição parece-nos demasiado genérica para servir de fundamento, mesmo conjugada com o artigo 5.°, a uma excepção a uma preclusão resultante do termo do prazo fixado pelo direito nacional, quando esse termo resulte da lentidão de uma administração comunitária em comunicar um pedido.

18. A Comissão, desenvolvendo o seu ponto de vista sobre a colaboração estreita entre a administrações nacionais e instituições comunitárias para a transferência dos direitos a pensão, especificou que tal tinha como fundamento a prática que consiste em utilizar a administração comunitária como «representante constituído do funcionário», e daí deduziu que a vontade claramente expressa pelo funcionário no prazo de um ano a contar da sua nomeação definitiva em relação à sua administração se deve considerar ter sido expressa validamente.

19. Tal argumento parece-nos enfermar de uma certa confusão quanto à noção de mandatário. Pressupondo que a administração comunitária possa ser vista como mandatário constituído do seu funcionário, encontra-se sujeita ao mesmo prazo que ele para enviar o pedido de transferência. Na realidade, para evitar a preclusão, era necessário que se pudesse analisar a administração comunitária como mandatário constituído não do funcionário mas da administração social. Assim, a recepção de um pedido pela administração comunitária no prazo de uma ano podia considerar-se que

4 — «L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire«, contribuição para «Du droit international au droit de l'intégration». *Liber amicorum, Pierre Pescatore,* Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987, p. 110.

satisfazia a condição prevista pela lei luxemburguesa de 1979. No entanto, como já foi visto, as disposições mencionadas do Tratado e do Protocolo sobre os Privilégios e Imunidades dificilmente podem apoiar juridicamente essa situação de «mandatário constituído», e nenhuma outra disposição comunitária parece poder fornecer o fundamento para tal efeito.

20. Deve, além disso, acrescentar-se que na audiência o representante da Comissão indicou, em resposta a uma questão, que não chegava ao ponto de considerar a instituição comunitária mandatário constituído da instituição nacional.

21. Na realidade, tal concepção do «mandatário obrigatório» inovaria consideravelmente, no que diz respeito às relações entre instituições comunitárias e nacionais, e não pode certamente ser consagrada, sem texto formal, através de uma interpretação jurisprudencial estreitamente inspirada por uma situação individual.

22. Não recorrendo à inoponibilidade da preclusão em relação a um pedido porque o mesmo transita por uma instituição comunitária, poder-se-ia recorrer à mesma em caso de ultrapassagem de prazo porque este é totalmente independente da vontade de um funcionário? A questão colocada é, de facto, a de uma possível tomada em consideração do caso de força maior.

23. É indiscutível que, para a efectivação do direito à transferência, e mais especificamente para o estabelecimento dos pedidos de funcionários para esta transferência, as instituições comunitárias colocaram-se na situação de intermediário obrigatório. O memorando da Comissão e os seus anexos demonstram que a administração comunitária tinha preparado um verdadeiro processo de preparação dos pedidos: informação dos funcionários quanto ao direito à transferência permitido pela legislação luxemburguesa, centralização dos pedidos de informações dos funcionários relativos aos montantes susceptíveis de transferência e envio destes pedidos às caixas luxemburguesas, recepção das respostas e transmissão aos funcionários interessados, centralização dos pedidos de transferência propriamente ditos e envio destes às caixas luxemburguesas, sendo além disso impostos, pela administração, prazos aos funcionários para se decidirem.

24. Nestas condições, podemos interrogar sobre se, relativamente a um funcionário que tenha entregue, no prazo de um ano fixado pela lei luxemburguesa, um pedido de transferência válido à sua administração, o não envio do pedido atempadamente não reveste as características de força maior? Com efeito, salvo no caso em que o funcionário apenas entrega o seu pedido à administração comunitária *in extremis*, não pode normalmente prever que esta administração não transmitirá o pedido dentro do prazo legal, e o encaminhamento do mesmo escapa-lhe totalmente. Dito de outro modo, o facto de o pedido, expresso atempadamente pelo funcionário, não ser transmitido pela sua administração no prazo legal parece resultar, em relação a ele, de uma causa imprevisível, que lhe é alheia, e relativamente à qual não dispõe de qualquer meio de intervenção, tendo em conta a tramitação introduzida pela administração comunitária. Tal situação, de que o caso de Eve Fingruth constitui um exemplo flagrante, deverá levar a que a vossa resposta seja acompanhada de uma reserva?

25. O vosso acórdão de 22 de Janeiro de 1986, Denkavit/FORMA [5], pode ajudar a formar uma opinião sobre este ponto.

26. Decidindo sobre a validade do artigo 15.° do Regulamento n.° 1380/75 da Comissão, de 29 de Maio de 1975, relativo às regras de execução dos montantes compensatórios monetários, que dispunha que «o processo do pagamento do montante compensatório monetário deve ser apresentado, salvo caso de força maior, nos seis meses seguintes ao dia do cumprimento das formalidades aduaneiras, sob pena de preclusão» foi indicado que

«a preclusão por virtude da apresentação do processo com atraso é, regra geral, a consequência normal da expiração de qualquer prazo peremptório e não uma sanção» [6]

salientando, no entanto, que o artigo 15.° prevê que

«circunstâncias excepcionais, que constituam um caso de força maior possam justificar um atraso».

Igualmente foi concluído que,

«nestas condições, nada permite afirmar que a preclusão cominada... é desproporcionada em relação com o objectivo que o legislador comunitário quis atingir» [7].

27. Este acórdão parece particularmente interessante na medida em que põe em destaque a ideia de que, para apreciar se um prazo de preclusão não é desfavorável, convém verificar se são tidas em conta circunstâncias excepcionais constituindo um caso de força maior, que permitam escapar à preclusão. Tal solução, prevista a propósito de uma regulamentação puramente comunitária, parece-nos poder ser transposta para uma situação em que o regulamento comunitário consagre um direito e a legislação nacional determine as modalidades do seu exercício. Mais precisamente, parece-nos possível interpretar o n.° 2, primeiro parágrafo, do artigo 11.° do anexo VIII do estatuto como deixando ao legislador nacional a possibilidade de prever um prazo de preclusão para o exercício do direito à transferência na condição de esse prazo ser definido de modo razoável, ou seja, que a sua duração permita uma opção esclarecida e que circunstâncias excepcionais constituindo um caso de força maior, seria conveniente, em nossa opinião, fazer referência à fórmula do acórdão de 9 de Fevereiro de 1984, Busseni:

«... A noção de força maior visa essencialmente... circunstâncias exógenas que tornem impossível a realização do facto em causa. Mesmo não pressupondo uma impossibilidade absoluta exige todavia que se trate de dificuldades anormais, alheias à vontade das pessoas e surgindo como inevitáveis mesmo que sejam feitas todas as diligências necessárias» [8].

28. Deve salientar-se que, no acórdão Denkavit/FORMA já referido, se considerou que a perda de um documento devida à negligência das autoridades aduaneiras não

5 — 266/84, Colect. 1986, p. 4.9
6 — Ibidem, n.° 21.
7 — Ibidem, n.° 22.

8 — 284/82, Recueil 1984, p. 557, n.° 11.

constituía um caso de força maior que justificasse o alargamento do prazo de preclusão fixado pelo regulamento comunitário em causa. Mas esta solução explica-se pelo facto de que esse próprio texto previa o procedimento a seguir pelo operador em caso de não devolução do documento.

29. Na matéria que aqui nos ocupa, cabe ao juiz nacional definir se uma situação determinada apresenta as características de um caso de força maior na acepção do acórdão Busseni.

30. Não foi sem hesitações que chegámos à solução aqui sugerida: fazendo face aos efeitos de uma omissão lamentável da administração comunitária, ela não lhe faz assumir as consequências, pelo menos em relação ao agente em questão. Mas pareceu-nos que a vossa jurisprudência conduzia logicamente a especificar os limites em que o legislador nacional pode definir um prazo para o exercício de um direito consagrado por um regulamento comunitário e a incluir, nestes limites, a tomada em consideração de elementos constitutivos, relativamente aos funcionários em causa, de um caso de força maior.

31. Em consequência, propomos:

— que seja ordenada a reabertura da discussão no processo Retter e,

— quanto ao processo Fingruth, que seja declarado que:

«O n.° 2, primeiro parágrafo, do artigo 11.° do anexo VIII do estatuto dos funcionários das Comunidades Europeias não se opõe a que uma legislação nacional fixe um prazo de preclusão para o exercício da faculdade nele prevista, desde que o prazo seja determinado de modo a não tornar este exercício impossível ou mesmo difícil e que a preclusão não possa ser oponível quando um incumprimento do prazo resulte, em relação a um funcionário, de dificuldades anormais, alheias à sua vontade e que ele não podia evitar.»