ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção)

21 de Dezembro de 2011 *

No processo C-271/09,

que tem por objecto uma acção por incumprimento nos termos do artigo 226.º CE, entrada em 16 de Julho de 2009,

Comissão Europeia, representada por E. Montaguti e K. Herrmann, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

demandante,

contra

República da Polónia, representada por M. Dowgielewicz, M. Szpunar, M. Jarosz e P. Kucharski, na qualidade de agentes,

demandada,

* Língua do processo: polaco.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção),

composto por: K. Lenaerts, presidente de secção, R. Silva de Lapuerta, E. Juhász, T. von Danwitz e D. Šváby (relator), juízes,

advogado-geral: N. Jääskinen,
secretário: K. Malaček, administrador,

vistos os autos e após a audiência de 16 de Dezembro de 2010,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 14 de Abril de 2011,

profere o presente

Acórdão

1 Com a sua petição, a Comissão das Comunidades Europeias pede que o Tribunal de Justiça declare que, ao manter em vigor os artigos 143.º, 136.º, n.º 3, e 136.ºa, n.º 2, da Lei da organização e do funcionamento dos fundos de pensão (Ustawa o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych), de 28 de Agosto de 1997, conforme alterada (Dz. U de 2004, n.º 159, posição 1667, a seguir «lei dos fundos de pensão»), que

restringem os investimentos dos fundos de pensão abertos (a seguir «FPA») polacos no estrangeiro, a República da Polónia não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 56.º CE.

Quadro jurídico

Regulamentação da União

A Directiva 88/361/CEE

2 A parte introdutória do anexo I da Directiva 88/361/CEE do Conselho, de 24 de Junho de 1988, para a execução do artigo 67.º do Tratado [artigo revogado pelo Tratado de Amesterdão] (JO L 178, p. 5), intitulada «Nomenclatura dos Movimentos de Capitais referidos no Artigo 1.º da Directiva», refere:

«[...]

Os movimentos de capitais enumerados na presente nomenclatura entendem-se como abrangendo:

[...]

— as operações efectuadas por qualquer pessoa singular ou colectiva [tal como definidas nas regulamentações nacionais] incluindo as operações que incidem sobre os activos ou as responsabilidades dos Estados-Membros e das outras administrações e organismos públicos, sob reserva do disposto no n.º 3 do artigo 68.º do Tratado,

[...]»

A Directiva 2003/41/CE

3 O artigo 18.º, n.os 5 e 6, da Directiva 2003/41/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de Junho de 2003, relativa às actividades e à supervisão das instituições de realização de planos de pensões profissionais (JO L 235, p. 10), dispõe:

«5. Nos termos dos n.os 1 a 4, os Estados-Membros podem, em relação às instituições situadas no seu território, prever regras mais pormenorizadas, incluindo regras quantitativas, desde que sejam prudencialmente justificadas, para reflectir a gama completa de planos de pensões geridos pelas referidas instituições.

Em especial, os Estados-Membros podem aplicar disposições relativas aos investimentos semelhantes às previstas na Directiva 2002/83/CE do Conselho.

No entanto, os Estados-Membros não podem impedir as instituições de:

[…]

b) Investir até 30 % dos activos representativos das suas provisões técnicas em activos denominados em moedas não congruentes;

[...]

6. O n.º 5 não exclui o direito de os Estados-Membros exigirem às instituições situadas no seu território a aplicação de regras de investimento mais rigorosas também numa base individual, desde que estas se justifiquem prudencialmente, nomeadamente em função das responsabilidades assumidas pela instituição.»

Legislação nacional

4 Sem prejuízo das adaptações ligadas aos regimes transitórios aplicáveis às pessoas nascidas antes de 1 de Janeiro de 1949 e às nascidas entre 1 de Janeiro de 1949 e 31 de Dezembro de 1968, o regime das pensões de reforma, entrado em vigor na Polónia, em 1 de Janeiro de 1999, de acordo com a Lei do regime da segurança social (Ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych), de 13 de Outubro de 1998, conforme alterada (Dz. U de 2007, n.º 11, posição 74), assenta em três pilares:

— O primeiro pilar, obrigatório, baseia-se no princípio da repartição. As pensões são geridas e pagas pela Zakład Ubezpieczeń Społecznych (Instituição de Segurança Social, a seguir «ZUS»), entidade pública que dispõe dos recursos financeiros do Fundusz Ubezpieczeń Społecznych (Fundo da Segurança Social).

— O segundo pilar, igualmente obrigatório, baseia-se no princípio da capitalização. É constituído pelos FPA, que são actualmente catorze.

— O terceiro pilar, facultativo, é constituído por mecanismos de poupança voluntária complementares. Rege-se pela Lei das contas de reforma individuais (Ustawa o indywidualnych kontach emerytalnych), de 20 de Abril de 2004 (Dz. U n.º 116, posição 1205).

5 De acordo com o artigo 3.º, n.º 1, ponto 2, da Lei do regime da segurança social, de 13 de Outubro de 1998, conforme alterada, os FPA são definidos nos termos das disposições da lei dos fundos de pensão.

6 Nos termos do artigo 2.º da lei dos fundos de pensão, um FPA tem por objecto acumular e investir recursos financeiros, tendo em vista entregá-los aos seus aderentes, depois de estes atingirem a idade da reforma.

7 De acordo com o artigo 3.º dessa lei, um FPA é uma pessoa colectiva constituída sob a forma de fundação e dotada de activos distintos dos da sociedade que o criou, que o gere e que o representa a título exclusivo nas suas relações com terceiros, a Powszechne Towarzystwa Emerytalne (a seguir «PTE»). Nos termos do artigo 27.º dessa lei, essa sociedade gestora exerce as suas actividades exclusivamente assumindo a forma de sociedade por acções e, de acordo com o artigo 29.º da mesma lei, a título oneroso. Uma PTE só pode ser gestora de um FPA.

8 Os FPA, cujos quotizantes têm liberdade de escolha, são sustentados pela transferência, pela ZUS, de um terço das quotizações de reforma pagas por conta destes no âmbito do primeiro pilar do regime das pensões de reforma.

9 Nos termos do artigo 180.º da lei dos fundos de pensão, o Tesouro Público garante a cobertura dos défices dos FPA, no caso de, conforme previsto no artigo 175.º, n.º 1, dessa lei, o rendimento do fundo, num período de 36 meses, ser inferior ao rendimento mínimo exigido, a saber, um rendimento de 50 % inferior ao rendimento médio ponderado de todos os FPA nesse período, ou de 4 pontos percentuais dessa média, em função do valor mais baixo, quando nem o FPA em causa nem o Fundo de Garantia, ao qual os FPA pagam uma contribuição nos termos do capítulo 19 dessa lei, dispuserem de recursos para o efeito.

10 Os artigos 134.º a 137.º da lei dos fundos de pensão definem o modo de financiamento da actividade dos FPA. De acordo com essas disposições, estes remuneram-se cobrando uma percentagem das quotizações pagas, antes da sua conversão em pontos-unidade e no limite de 3,5 % das mesmas, e ainda facturando despesas pela gestão do fundo pela PTE, sendo o montante dessas despesas determinado em função do valor dos activos e não podendo exceder os limites fixados no artigo 136.ºa, n.º 2, dessa lei.

11 Para efeitos da determinação do valor dos activos que serve de base à fixação do montante dessas despesas, o artigo 136.º, n.º 3, dessa lei dispõe:

«Na determinação do valor dos activos líquidos geridos pelo fundo, referido nos n.ºs 2 e 2a, não se toma em consideração o valor dos investimentos referidos no artigo 141.º, n.º 1, alínea 8), nem dos investimentos em participações emitidas por organismos de investimento colectivo com sede no estrangeiro, referidos no artigo 143.º, n.º 1.»

12 O artigo 136.ºa da mesma lei refere:

«1. Os custos ligados à conservação dos elementos do activo, à realização e à regularização das transacções de aquisição ou de alienação dos activos do fundo, que correspondem às taxas a pagar às câmaras de compensação, a cuja intermediação o fundo é obrigado a recorrer por força de disposições especiais e que fazem parte da remuneração do depositário, são cobrados sobre os activos do fundo, segundo a tabela das comissões e das despesas actualmente em vigor da câmara de compensação em questão.

2. Os custos referidos no n.º 1, que equivalham às taxas a pagar às câmaras de compensação estrangeiras, são cobrados sobre os activos do fundo em montantes não superiores aos montantes devidos às câmaras de compensação nacionais referidas no n.º 1.»

13 Os artigos 139.º a 156.º da lei dos fundos de pensão são dedicados às actividades de investimento dos FPA.

14 O artigo 139.º dessa lei determina que os FPA devem investir os seus activos em conformidade com as disposições da referida lei, procurando optimizar tanto a segurança como a remuneração do investimento.

15 O artigo 141.º, n.º 1, da mesma lei tem a seguinte redacção:

«1. Os activos do fundo só podem ser investidos [...] nas categorias de instrumentos seguintes:

1) obrigações, títulos de crédito e outros títulos emitidos pelo Tesouro Público ou pelo Banco Nacional da Polónia, bem como os empréstimos e créditos a essas entidades;

2) obrigações e outros títulos de crédito, com base em prestações pecuniárias, garantidos pelo Tesouro Público ou pelo Banco Nacional da Polónia ou endossados a esses organismos, bem como os depósitos, créditos e empréstimos garantidos por esses organismos ou a eles endossados;

3) depósitos bancários e títulos emitidos por bancos, em divisa polaca;

3 a) depósitos bancários e títulos emitidos por bancos de um Estado-Membro da [Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE)] ou de outro Estado com o qual a República da Polónia tenha celebrado um acordo de promoção e protecção recíprocas dos investimentos, na medida em que essas divisas apenas possam ser adquiridas com o objectivo de satisfazer os créditos correntes do fundo;

4) acções de sociedades cotadas em Bolsa regulamentada, bem como os direitos de preferência, opções sobre acções e obrigações passíveis de troca por acções de sociedades cotadas em Bolsa regulamentada;

5) acções de sociedades cotadas num mercado fora de cotação regulamentado ou desmaterializadas em conformidade com as disposições da Lei de 29 de Julho de 2005 relativa à entrada em circulação de instrumentos financeiros, acções de sociedades não negociáveis em mercado regulamentado, bem como os direitos de preferência, opções sobre acções e obrigações passíveis de troca por acções de sociedades cotadas no mercado fora de cotação regulamentado ou desmaterializadas, mas não cotados em relação ao mercado regulado;

6) participações em fundos de investimento nacionais;

7) certificados de investimento emitidos por fundos de investimento fechados;

8) participações cedidas por fundos de investimento abertos ou fundos de investimento abertos especializados;

9) obrigações e outros títulos de crédito emitidos por órgãos de poder local e regional, por agrupamentos de órgãos de poder local e regional ou pela cidade de Varsóvia, desmaterializados em conformidade com as disposições da lei referida em 5);

10) instrumentos diferentes de obrigações e outros títulos de crédito desmaterializados, emitidos por órgãos de poder local e regional, por agrupamentos de órgãos de poder local e regional ou pela cidade de Varsóvia;

10 a) obrigações participativas referidas pela Lei de 29 de Junho de 1995 relativa às obrigações (Dz. U. de 2001, n.º 120, posição 1300; Dz. U. de 2002, n.º 216, posição 1824; e Dz. U. de 2003, n.º 217, posição 2124);

11) obrigações desmaterializadas em conformidade com as disposições da lei referida em 5), emitidas por entidades diferentes de órgãos de poder local e regional, por agrupamentos de órgãos de poder local e regional ou pela cidade de Varsóvia, que sejam garantidas até ao seu valor nominal, acrescido de eventuais juros;

12) instrumentos diferentes de obrigações desmaterializadas e outros títulos de crédito, emitidos por entidades diferentes de órgãos de poder local e regional, por agrupamentos de órgãos de poder local e regional ou pela cidade de Varsóvia, que sejam garantidos até ao seu valor nominal, acrescido de eventuais juros;

13) obrigações e outros títulos de crédito emitidos por sociedades públicas, diferentes dos títulos referidos em 11) e 12);

13a) obrigações e outros títulos de crédito desmaterializados em conformidade com a lei referida em 5), diferentes dos referidos em 9) e 11);

13b) cartas de penhor;

13c) certificados de depósito, na acepção da Lei de 29 de Julho de 2005 relativa à entrada em circulação de instrumentos financeiros, negociáveis num mercado regulamentado na Polónia.

[...]»

16 O artigo 143.º da lei dos fundos de pensão define as categorias de instrumentos estrangeiros em que os FPA podem investir os seus activos. Tem a seguinte redacção:

«1. Com base numa autorização geral concedida através de despacho do Ministro encarregue das instituições financeiras e nas condições enunciadas nessa autorização, os activos de um [FPA] podem ser investidos no estrangeiro em títulos emitidos por sociedades cotadas nas principais Bolsas de Valores de Estados-Membros da OCDE ou de outros Estados, indicados na autorização, e também em bilhetes do tesouro ou títulos emitidos pelos bancos centrais desses Estados e em participações emitidas por organismos de investimento colectivo com sede nesses Estados, se esses organismos propuserem essas participações ao público em geral e as retomarem a pedido do investidor.

2. O valor total dos investimentos efectuados

1) por um [FPA] em instrumentos das categorias referidas no n.º 1 não pode exceder 5 % do valor dos activos do fundo.

[...]»

17 Esta última disposição é completada pelo artigo 1.º do Decreto do Ministro das Finanças que aprova a autorização geral de investimentos dos fundos de pensão fora das fronteiras nacionais (Rozporządzenie Ministra Finansów w sprawie ogólnego zezwolenia na lokowanie aktywów funduszy emerytalnych poza granicami kraju), de 23 de Dezembro de 2003, conforme alterado (Dz. U n.º 229, posição 2286, a seguir «decreto do Ministro das Finanças»), que refere, nomeadamente, no seu n.º 3, que os investimentos em activos estrangeiros devem ser acompanhados de uma avaliação da qualidade do investimento, feita por uma agência de notação especializada, reconhecida num mercado de capitais internacional, que avalie o risco de investimento relativo aos valores mobiliários em causa e à capacidade de o emissor desses valores honrar atempadamente as obrigações assumidas.

Procedimento pré-contencioso

18 Em 23 de Outubro de 2007, a Comissão enviou à República da Polónia uma notificação para cumprir sobre um incumprimento do artigo 56.º CE. Nessa notificação, a Comissão referiu que o artigo 143.º da lei dos fundos de pensão, conjugado com os seus artigos 141.º, 136.º, n.º 3, e 136.ºa, n.º 2, restringiam os investimentos dos FPA no estrangeiro, assim violando a liberdade fundamental de circulação de capitais enunciada no artigo 56.º CE.

19 Por carta de 20 de Dezembro de 2007, a República da Polónia respondeu às acusações da Comissão, alegando a inaplicabilidade do artigo 56.º CE aos FPA.

20 Em 23 de Setembro de 2008, a Comissão enviou a este Estado-Membro um parecer fundamentado, em que rejeitou a argumentação das autoridades polacas relativa à inaplicabilidade do artigo 56.º CE à actividade de investimento dos FPA e manteve a acusação de incumprimento do artigo 56.º CE, devido à restrição ao investimento imposta pelo artigo 143.º da lei dos fundos de pensão, conjugado com os seus artigos 141.º, 136.º, n.º 3, e 136.ºa, n.º 2.

21 Em 24 de Novembro de 2008, na sua resposta ao parecer fundamentado, a República da Polónia invocou, além da inaplicabilidade do artigo 56.º CE à actividade de investimento dos FPA, a necessidade de proteger o interesse público, garantindo a estabilidade financeira do sistema de segurança social, para justificar as restrições impostas aos investimentos desses fundos.

22 Em face da posição defendida pela República da Polónia, a Comissão decidiu intentar a presente acção.

Quanto à acção

Quanto à admissibilidade

23 Na tréplica, a República da Polónia pede que o Tribunal de Justiça conheça oficiosamente da admissibilidade da presente acção.

24 Em primeiro lugar, discorda da Comissão quanto à apreciação dos aspectos de facto do processo e dos elementos considerados constitutivos do alegado incumprimento do princípio da livre circulação dos capitais. Ao não determinar correcta e integralmente os princípios e o regime jurídico aplicáveis aos FPA e a respectiva natureza, a Comissão, por um lado, não definiu com precisão o objecto do litígio no procedimento pré-contencioso e, por outro, violou o artigo 38.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça. Em segundo lugar, a República da Polónia alega que, na réplica, a Comissão invocou as disposições do artigo 1.º, n.º 3, do decreto do Ministro das Finanças, o que equivale a invocar, nesta fase avançada da acção de incumprimento, um fundamento novo, que deve ser julgado inadmissível.

25 A este respeito, importa lembrar que o Tribunal de Justiça pode apreciar oficiosamente se estão preenchidos os pressupostos previstos no artigo 226.º CE para a propositura de uma acção por incumprimento (acórdãos de 15 de Janeiro de 2002, Comissão/Itália, C-439/99, Colect., p. I-305, n.º 8; de 4 de Maio de 2006, Comissão/Reino Unido, C-98/04, Colect., p. I-4003, n.º 16; e de 14 de Janeiro de 2010, Comissão/República Checa, C-343/08, Colect., p. I-275, n.º 25).

26 Neste contexto, há que considerar, em primeiro lugar, que o desacordo entre a Comissão e a República da Polónia, quanto à apreciação dos elementos de facto e jurídicos do alegado incumprimento, não pode levar a concluir por uma insuficiência da definição do objecto da presente lide. Pelo contrário, visto que um desacordo como esse perdura depois do prazo fixado pela Comissão no parecer fundamentado, constitui a própria justificação da propositura de uma acção nos termos do artigo 226.º CE no Tribunal de Justiça.

27 Por outro lado, há que observar que, tal como exigem o artigo 21.º do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia e o artigo 38.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento de Processo, a Comissão, nas conclusões da petição inicial, indicou claramente que imputava à República da Polónia a desconformidade dos artigos 143.º, 136.º, n.º 3,

e 136.ºa, n.º 2, da lei dos fundos de pensão com o artigo 56.º CE, assim definindo em termos suficientemente precisos o objecto do litígio.

28 Em segundo lugar, quanto à invocação do artigo 1.º, n.º 3, do decreto do Ministro das Finanças, resulta dos autos que esse decreto constitui um diploma de execução do artigo 143.º da lei dos fundos de pensão objecto da presente lide. Assim, o facto de a Comissão ter explicitado na réplica uma alegação que já tinha apresentado de um modo mais geral na petição não modificou o objecto do incumprimento alegado, nem teve, portanto, efeito nenhum no âmbito do litígio (v., neste sentido, acórdão de 11 de Novembro de 2010, Comissão/Portugal, C-543/08, Colect., p. I-11241, n.ºs 20, 21 e 23 e jurisprudência aí referida).

29 Em face do exposto, há que julgar admissível a presente acção.

Quanto ao alegado incumprimento

Considerações preliminares

30 Na audiência, a Comissão, convidada pelo Tribunal de Justiça a precisar o alcance do alegado incumprimento, indicou que o limitava à restrição aos movimentos de capitais entre os Estados-Membros.

Quanto à aplicabilidade do artigo 56.º CE

— Argumentos das partes

31 A Comissão alega que o artigo 56.º CE é aplicável às actividades de investimento dos FPA, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à nomenclatura anexa à Directiva 88/361.

32 Refere igualmente que, no âmbito da organização do seu sistema de segurança social, os Estados-Membros têm de respeitar o direito da União, o que implica, no caso, que, na escolha dos investimentos dos seus activos, os FPA possam gozar da livre circulação de capitais. A esse respeito, o artigo 137.º, n.º 4, CE não pode ser validamente invocado, na medida em que apenas diz respeito às novas disposições adoptadas ao abrigo desse artigo e em nada exclui a obrigação de os Estados-Membros respeitarem as liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado CE.

33 Segundo a Comissão, a actividade em causa não pode ser excluída do âmbito do artigo 56.º CE, pelo facto de os FPA deverem ser equiparáveis a entidades de direito público que se substituem ao Estado e que, por conseguinte, não exercem uma actividade económica. Entende que, tendo em conta as suas características, se deve considerar que os FPA funcionam segundo o princípio da capitalização e assentam em princípios sem relação com o sistema de repartição, tal como surge no âmbito do primeiro pilar gerido pela ZUS. Assim, os FPA devem ser qualificados de empresas que exercem uma actividade económica.

34 Por outro lado, a Comissão exclui a possibilidade de o artigo 295.º CE subtrair a lei polaca ao âmbito do artigo 56.º CE pelo facto de o verdadeiro proprietário dos recursos

gerados pelas quotizações ser o Estado. Com efeito, essas quotizações provêm integralmente da quota paga pelo trabalhador por conta de outrem, dando-lhe o direito, caso preencha as condições previstas na lei, ao pagamento do capital acumulado.

35 A República da Polónia, baseando-se no artigo 137.º, n.º 4, CE, na natureza não económica da actividade em causa e no artigo 295.º CE, alega que a regulamentação dos FPA não entra no âmbito de aplicação do direito da União e que, portanto, o artigo 56.º CE não é aplicável a essa actividade.

36 Antes de mais, quanto ao artigo 137.º, n.º 4, CE, a República da Polónia alega que só ela tem competência para definir os princípios de funcionamento do sistema polaco de segurança social obrigatório, incluindo no que respeita à política de investimento dos FPA no estrangeiro e às despesas ligadas a esses investimentos, que têm por objectivo garantir o equilíbrio financeiro do seu sistema de seguro de reforma.

37 Seguidamente, quanto ao carácter não económico da actividade dos FPA, esse Estado-Membro alega que as liberdades enunciadas no Tratado, em particular no artigo 56.º CE, não se aplicam a domínios que, como, no caso, a segurança social, se integram por natureza nas prerrogativas do Estado e não têm directamente uma dimensão comercial. Ora, o estatuto de entidades de direito público sem fim lucrativo dos FPA e a sua participação no sistema de reforma de base obrigatório deveriam levar a reconhecer-lhes um carácter exclusivamente social.

38 Por último, quanto ao artigo 295.º CE, a República da Polónia entende que esse artigo permite que um Estado-Membro escolha livremente as modalidades de exercício das prerrogativas ligadas à propriedade dos recursos públicos de que dispõe para cumprir

as missões que lhe estão atribuídas. Ora, segundo esse Estado-Membro, os montantes em causa constituem recursos de natureza pública, o que é confirmado pelos tribunais polacos.

— Apreciação do Tribunal de Justiça

39 Uma vez que é pacífico que as operações de investimentos abertas aos FPA constituem «movimentos de capitais» na acepção do artigo 56.º CE, há que analisar os argumentos da República da Polónia no sentido de demonstrar que, não obstante, esses investimentos não entram no âmbito de aplicação dessa disposição.

40 Em primeiro lugar, quanto ao argumento de que o artigo 56.º CE não é aplicável às actividades de investimento dos activos dos FPA pelo facto de estes não terem natureza económica, há que lembrar que o Tribunal de Justiça já decidiu no sentido de que os fundos de pensão profissional que funcionam segundo o princípio da capitalização, não obstante a sua finalidade social e o carácter obrigatório da inscrição no segundo pilar do sistema de reforma em que se integram, exercem une actividade económica (v. acórdão de 21 de Setembro de 1999, Albany, C-67/96, Colect., p. I-5751, n.os 81 a 87). De acordo com os artigos 2.º, 3.º, 27.º e 29.º da lei dos fundos de pensão, o regime em causa baseia-se no princípio da capitalização e os activos dos FPA são geridos e investidos por PTE que actuam a título oneroso, sob a forma de sociedade por acções. Os elementos, alegados pela República da Polónia, relativos ao controlo prudencial exercido pelas autoridades públicas sobre os FPA e as PTE e relativos à garantia da cobertura dos eventuais défices dos FPA pelo Estado, não são susceptíveis de pôr em causa o carácter económico dessas actividades.

41 No que respeita ao carácter público ou privado dos recursos afectos aos FPA e geridos pelas PTE, mesmo admitindo, como alega a República da Polónia, a natureza pública desses recursos, a despeito de a sua fonte residir nas quotizações de reforma cobradas aos empregadores dos trabalhadores em causa, de qualquer forma isso não basta, só por si, para excluir a aplicabilidade do artigo 56.º CE às operações que lhes digam respeito, como resulta do anexo I da Directiva 88/361, nos termos do qual o conceito de «movimentos de capitais» se refere, nomeadamente, «[à]s operações que incidem sobre os activos ou as responsabilidades dos Estados-Membros e das outras administrações e organismos públicos».

42 Assim, nem o alegado carácter não económico das actividades de investimento dos FPA nem o alegado carácter público dos fundos que os sustentam podem obstar à aplicação do artigo 56.º CE.

43 Em segundo lugar, quanto ao argumento da República da Polónia de que, no caso, a aplicação do artigo 56.º CE está excluída com base no artigo 137.º, n.º 4, CE, que proíbe que se ponha em causa a reconhecida faculdade de os Estados-Membros definirem os princípios fundamentais dos seus sistemas de segurança social e que se afecte substancialmente o equilíbrio financeiro desses regimes, refira-se que essas proibições se aplicam às «disposições adoptadas ao abrigo [desse] artigo» (v., neste sentido, acórdão Comissão/República Checa, já referido, n.ºs 66 e 67). Ora, não é esse o caso do artigo 56.º CE.

44 Em terceiro lugar, quanto às alegações baseadas no artigo 295.º CE, segundo o qual «[o] [...] Tratado em nada prejudica o regime da propriedade nos Estados-Membros», há que lembrar que, segundo jurisprudência assente, esse artigo não tem o efeito de subtrair os regimes de propriedade existentes nos Estados-Membros às regras fundamentais do Tratado (v. acórdão de 8 de Julho de 2010, Comissão/Portugal, C-171/08, Colect., p. I-6817, n.º 64 e jurisprudência aí referida). Assim, se os montantes detidos pelos FPA e investidos pelas PTE vierem a ser qualificados de recursos públicos, o

artigo 295.º CE não pode isentar a República da Polónia do respeito das regras da livre circulação de capitais (v., por analogia, acórdão de 4 de Junho de 2002, Comissão/ /Portugal, C-367/98, Colect., p. I-4731, n.º 48), tal como não pode, de resto, justificar um entrave a essas regras (v., neste sentido, acórdão de 8 de Julho de 2010, Comissão/ /Portugal, já referido, n.º 64 e jurisprudência aí referida).

45 Assim, há que concluir que as disposições em causa da lei dos fundos de pensão entram no âmbito de aplicação do artigo 56.º CE.

Quanto às restrições à livre circulação de capitais e à sua justificação

— Argumentos das partes

46 A Comissão alega que as disposições em causa na presente acção constituem restrições aos movimentos de capitais entre os Estados-Membros, na acepção do artigo 56.º CE, na medida em que podem dissuadir e dissuadem os investimentos dos FPA fora do território da República da Polónia e com destino a outros Estados-Membros, o que esta não impugna e também resulta do fraco nível de investimento dos FPA nos investimentos estrangeiros (1,1 %).

47 Sem pôr em causa a necessidade de garantir a segurança dos fundos acumulados nas contas de reforma dos FPA, a Comissão considera que essas restrições não encontram justificação no artigo 58.º, n.º 1, alínea b), CE, nem na necessidade imperiosa de interesse geral constituída pela preservação do equilíbrio financeiro dos FPA e pela protecção dos interesses dos seus aderentes, devido ao seu carácter discriminatório e, de qualquer forma, desproporcionado.

48 A Comissão exclui igualmente que o artigo 86.º, n.º 2, CE permita derrogar, no caso, o princípio da livre circulação de capitais. A esse respeito, não deixando de admitir a possibilidade de esse artigo constituir uma justificação a um entrave à livre circulação de capitais e de os FPA serem qualificados de serviços de interesse económico geral, essa instituição refere, em primeiro lugar, que o artigo 86.º, n.º 2, CE exige que a gestão desses serviços seja confiada a entidades com a qualidade de empresas, qualidade que a República da Polónia exclui para os FPA. Em segundo lugar, a Comissão considera que os FPA não estão encarregues pelo Estado da prestação desses serviços. Em terceiro lugar e de qualquer forma, refere que a aplicação das regras da livre circulação de capitais não obsta à execução das missões conferidas aos FPA e que as restrições em causa não podem ser consideradas necessárias e proporcionadas para garantir o desempenho dessas missões. Em quarto lugar, considera que essas restrições afectam o desenvolvimento das trocas em medida contrária aos interesses da União, limitando consideravelmente a concorrência, ao desencorajar e dissuadir os FPA de actuarem mais eficazmente.

49 A República da Polónia alega que as restrições em causa são justificadas, em primeiro lugar, ao abrigo do artigo 58.º, n.º 1, alínea b), CE e, em segundo lugar, por uma razão imperiosa de interesse geral, relativa, no essencial, à necessidade de garantir a estabilidade e a segurança dos recursos transferidos para os FPA. Em terceiro lugar, para justificar as restrições em causa, esse Estado-Membro invoca o artigo 86.º, n.º 2, CE.

— Apreciação do Tribunal de Justiça

50 Antes de mais, há que analisar se as disposições nacionais em causa levam a uma restrição da livre circulação dos capitais entre os Estados-Membros, proibida, em princípio, pelo artigo 56.º, n.º 1, CE.

51 Está assente que o artigo 143.º da lei dos fundos de pensão, por um lado, limita os investimentos dos FPA efectuados no estrangeiro a 5 % do valor dos activos do FPA em causa e, por outro, fixa uma lista dos investimentos que podem ser realizados no estrangeiro mais reduzida do que a dos investimentos que podem ser realizados no território polaco nos termos do artigo 141.º, n.º 1, dessa lei. Assim, esse artigo 143.º impõe aos FPA limitações tanto quantitativas como qualitativas aos investimentos efectuados fora do território nacional, em particular nos outros Estados-Membros.

52 Essa disposição produz igualmente efeitos restritivos para as sociedades estabelecidas noutros Estados-Membros na medida em que lhes opõe um obstáculo à obtenção de capitais na Polónia, uma vez que a aquisição, nomeadamente, de acções ou participações de organismos de investimento colectivo é limitada (v., por analogia, acórdão de 15 de Julho de 2004, Weidert e Paulus, C-242/03, Colect., p. I-7379, n.º 14).

53 Do mesmo modo, resulta do artigo 136.º, n.º 3, da lei dos fundos de pensão que o valor dos investimentos realizados por um FPA em participações emitidas por organismos de investimento colectivo com sede no estrangeiro, referidas no seu artigo 143.º, n.º 1, não deve ser tido em conta na determinação do valor dos activos líquidos geridos pelo fundo em causa, valor esse que serve de base à determinação das despesas de gestão do fundo cobradas pelas PTE a título de remuneração. Consequentemente, uma disposição como o artigo 136.º, n.º 3, dessa lei tem um efeito dissuasor do investimento dos activos dos FPA em participações emitidas por organismos de investimento

colectivo com sede noutros Estados-Membros, uma vez que não lhes permite cobrar uma remuneração pela gestão desses activos. Além disso, conjugado com o artigo 143.º dessa mesma lei, esse artigo 136.º, n.º 3, reforça o obstáculo à obtenção de capitais provenientes da Polónia por esses organismos.

54 Por último, o artigo 136.ºa, n.º 2, da lei dos fundos de pensão refere que os custos equivalentes aos encargos devidos a câmaras de compensação estrangeiras só podem ser cobertos até ao limite dos custos correspondentes devidos às câmaras de compensação nacionais. Esse elemento é também susceptível de dissuadir o investimento dos activos dos FPA noutros Estados-Membros, uma vez que se os custos como os que estão em causa, efectuados no estrangeiro, se revelarem superiores aos efectuados na Polónia, não podem ser integralmente cobertos, ao contrário dos custos semelhantes gerados pelas câmaras de compensação nacionais.

55 Seguidamente, quanto à justificação das restrições à livre circulação dos capitais em causa, o Tribunal de Justiça tem repetidamente decidido no sentido de que a livre circulação de capitais só pode ser limitada por uma regulamentação nacional se esta se justificar por uma das razões referidas no artigo 58.º CE ou por razões imperiosas de interesse geral na acepção da jurisprudência do Tribunal de Justiça (v., neste sentido, acórdão de 14 de Fevereiro de 2008, Comissão/Espanha, C-274/06, n.º 35 e jurisprudência aí referida). De resto, nos termos do artigo 86.º, n.º 2, CE, «[a]s empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral [...] ficam submetidas ao disposto nos Tratados [...], 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 [e na condição de o] desenvolvimento das trocas comerciais não [...] ser afectado de maneira que contrarie os interesses da União».

56 Em primeiro lugar, quanto ao argumento de que as restrições em causa são justificadas com base no artigo 58.º, n.º 1, alínea b), CE, segundo o qual «[o] disposto no artigo 56.º não prejudica o direito de os Estados-Membros [...] [t]omarem todas as medidas indispensáveis para impedir infracções às suas leis e regulamentos, nomeadamente em

matéria [...] de supervisão prudencial das instituições financeiras», basta observar que, embora seja certo que as disposições nacionais em causa instituem o conteúdo substantivo das regras prudenciais aplicáveis aos FPA, de nenhum modo têm por objectivo impedir infracções às leis e regulamentos, nomeadamente em matéria de supervisão prudencial das instituições financeiras. Essas disposições não estão, pois, abrangidas pela excepção prevista nesse artigo.

57 Em segundo lugar, quanto à alegada justificação baseada em razões imperiosas de interesse geral, há que reconhecer que o interesse de garantir a estabilidade e a segurança dos activos administrados por um fundo de pensão, nomeadamente através da adopção de regras prudenciais, constitui uma razão imperiosa de interesse geral, susceptível de justificar restrições à livre circulação de capitais.

58 Contudo, essas restrições devem ser adequadas ao objectivo prosseguido e não ir além do necessário para o atingir (acórdão de 11 de Outubro de 2007, ELISA, C-451/05, Colect., p. I-8251, n.º 82 e jurisprudência aí referida).

59 Antes de mais, no que respeita às restrições resultantes do artigo 143.º da lei dos fundos de pensão, a Comissão alega que as exigências previstas na lei nacional em causa são desproporcionadas face ao objectivo prosseguido, uma vez que a diversificação dos investimentos quer no plano geográfico quer por tipo de investimento garante a sua segurança. Por outro lado, refere que a lei polaca em causa permite efectuar investimentos no estrangeiro, unicamente em Estados-Membros da União e da OCDE ou em Estados que tenham celebrado acordos de promoção e protecção recíprocas dos investimentos com a República da Polónia e que o risco ligado à flutuação das taxas de câmbio das divisas estrangeiras a curto prazo não justifica medidas tão restritivas. Por último, segundo a Comissão, se o Estado-Membro demandado vier a tomar medidas severas, devem ser idênticas para os investimentos em instrumentos financeiros tanto nacionais como estrangeiros.

60 A República da Polónia refuta a argumentação de que a diversificação geográfica dos investimentos constitui ainda um instrumento essencial de redução dos riscos, devido à mundialização dos mercados financeiros. Insiste nos riscos cambiais ligados à grande flutuação do zloty polaco e na necessidade de seguir um critério particularmente prudente no período inicial de funcionamento do novo sistema de segurança social polaco. Refere ainda que, para a Autoridade de Supervisão dos Mercados, é mais fácil aplicar restrições quantitativas do que controlar uma política de investimento baseada na «regra do investidor prudente».

61 A esse respeito, há que analisar se a República da Polónia demonstrou que os limites quantitativos e qualitativos impostos pelo artigo 143.º da lei dos fundos de pensão são adequados ao objectivo de garantir a estabilidade e a segurança dos activos administrados por um fundo de pensão e não vão além do necessário para o atingir.

62 Quanto ao risco cambial, é certo que as grandes flutuações da taxa de câmbio das moedas estrangeiras podem ter um impacto considerável no rendimento dos investimentos efectuados em moeda estrangeira. Contudo, resulta do artigo 18.º, n.º 5, alínea b), da Directiva 2003/41 que os Estados-Membros não podem impedir as instituições de planos de pensões profissionais de investir até 30 % dos activos representativos das suas provisões técnicas em activos denominados em moedas estrangeiras e que, nos termos do n.º 6 desse artigo, só numa base individual podem os Estados-Membros exigir às instituições situadas no seu território a aplicação de regras de investimento mais rigorosas do que as previstas no n.º 5 desse artigo.

63 Mesmo que essas disposições não fossem aplicáveis *ratione materiae* aos investimentos dos FPA, a verdade é que a regra de 30 % foi instituída pelo legislador da União para situações semelhantes.

64 Nestas condições, a República da Polónia, para justificar o limite quantitativo de 5 % que é largamente inferior aos 30 % que o legislador da União considerou adequados, deveria ter apresentado elementos específicos que explicassem as razões que levavam a impor o limite quantitativo decretado.

65 Na medida em que a República da Polónia invoca, a esse respeito, as dificuldades dos FPA em avaliar os riscos ligados aos investimentos no estrangeiro, refira-se que isso não pode justificar as restrições quantitativas relativas aos investimentos nos títulos emitidos nos Estados-Membros. Com efeito, como defende a Comissão, as legislações dos Estados-Membros em matéria de publicidade das informações sobre os produtos financeiros e de protecção dos investidores e dos consumidores foram, em grande medida, harmonizadas à escala da União, facilitando a criação de um mercado comum de capitais europeus.

66 Do mesmo modo, essas medidas quantitativas não podem ser justificadas pelo facto de constituírem um meio mais simples de aplicar pelas autoridades de fiscalização nacionais, mesmo no âmbito de um regime de segurança social emergente.

67 Pelas mesmas razões referidas no n.º 65 do presente acórdão, essas restrições qualitativas não podem ser justificadas no que respeita aos investimentos nos títulos emitidos nos Estados-Membros.

68 Seguidamente, no que respeita às restrições resultantes dos artigos 136.º, n.º 3, e 136.ºa, n.º 2, da lei dos fundos de pensão, não se pode deixar de observar que a República da Polónia não apresentou nenhum elemento que permita demonstrar que o objectivo prosseguido por essas disposições não poderia ser realizado sem a sua existência e que não o poderia ser por medidas menos restritivas da liberdade de investimento dos FPA nos outros Estados-Membros.

69 Com efeito, nem o facto de não ter sido tido em conta o valor dos investimentos realizados em participações emitidas por organismos de investimento colectivo com sede no estrangeiro, para efeitos de determinação dos activos líquidos do fundo que servissem de base às despesas de gestão cobradas pelas PTE, nem a limitação da imputação dos custos de transacção ligados às câmaras de compensação estrangeiras ao valor dos custos correspondentes ligados às câmaras de compensação nacionais podem ser justificados pela necessidade, alegada pela República da Polónia, de proteger os FPA do risco de suportarem custos suplementares ou excessivos, uma vez que esses custos devem sempre ser tidos em consideração pelo investidor, na escolha dos seus investimentos, independentemente do lugar destes.

70 Em terceiro lugar, quanto aos argumentos baseados no artigo 86.º, n.º 2, CE, há que lembrar que, segundo jurisprudência assente, cabe ao Estado-Membro que invoca esse artigo demonstrar que estão preenchidas todas as condições de aplicação dessa disposição (acórdão de 29 de Abril de 2010, Comissão/Alemanha, C-160/08, Colect., p. I-3713, n.º 126 e jurisprudência aí referida).

71 Ora, embora seja certo que se pode considerar que os FPA são susceptíveis de assumir uma missão de interesse económico geral (v., por analogia, acórdão Albany, já referido, n.ºs 105 a 111), há contudo que salientar que a República da Polónia não fez prova bastante de estarem preenchidas as condições de aplicação do referido artigo. Nomeadamente, não demonstrou em que medida a aplicação das regras do Tratado, no caso a livre circulação de capitais entre os Estados-Membros, prejudicaria a realização, de direito ou de facto, dos objectivos prosseguidos pelos FPA.

72 Daí resulta que improcede a argumentação da República da Polónia baseada no artigo 86.º, n.º 2, CE.

73 Assim, há que declarar que, ao manter em vigor os artigos 143.º, 136.º, n.º 3, e 136.ºa, n.º 2, da lei dos fundos de pensão, na medida em que restringem os investimentos dos FPA polacos nos outros Estados-Membros, a República da Polónia não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 56.º CE.

Quanto às despesas

74 Nos termos do artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas, se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a Comissão pedido a condenação da República da Polónia e tendo esta sido vencida, há que a condenar nas despesas.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Terceira Secção) decide:

1) Ao manter em vigor os artigos 143.º, 136.º, n.º 3, e 136.ºa, n.º 2, da Lei da organização e do funcionamento dos fundos de pensão (Ustawa o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych), de 28 de Agosto de 1997, conforme alterada, na medida em que restringem os investimentos dos fundos de pensão abertos polacos nos outros Estados-Membros, a República da Polónia não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 56.º CE.

2) A República da Polónia é condenada nas despesas.

Assinaturas