

Processo C-758/22

Pedido de decisão prejudicial

Data de entrada:

15 de dezembro de 2022

Órgão jurisdicional de reenvio:

Bundesverwaltungsgericht (Supremo Tribunal Administrativo
Federal, Alemanha)

Data da decisão de reenvio:

27 de setembro de 2022

Demandantes e recorrentes:

Bayerische Ärzteversorgung (Fundo de Pensões dos Médicos da
Baviera)

Bayerische Architektenversorgung (Fundo de Pensões dos
Arquitetos da Baviera)

Bayerische Apothekerversorgung (Fundo de Pensões dos
Farmacêuticos da Baviera)

Bayerische Rechtsanwalts- und Steuerberaterversorgung (Fundo de
Pensões dos Advogados e dos Consultores Fiscais da Baviera)

Bayerische Ingenieurversorgung-Bau m.
Psychotherapeutenversorgung (Fundo de Pensões dos Engenheiros
Civis e Psicoterapeutas da Baviera)

Demandado e recorrido:

Deutsche Bundesbank (Banco Central da Alemanha)

Bundesverwaltungsgericht

DESPACHO

[Omissis]

[Omissis]

No processo de contencioso administrativo instaurado por

1. Bayerische Ärzteversorgung,
instituição de direito público,
[omissis] Munique,
 2. Bayerische Architektenversorgung,
 3. Bayerische Apothekerversorgung,
 4. Bayerische Rechtsanwalts- und Steuerberaterversorgung,
 5. Bayerische Ingenieurversorgung-Bau m. Psychotherapeutenversorgung,
instituições de direito público, [omissis] 81925 Munique,
- de 1 a 5:
representados pela Bayerische Versorgungskammer (Câmara de Pensões da Baviera),
[Omissis] Munique,
- demandantes e recorrentes,
- [Omissis]
contra
- Deutsche Bundesbank,
[omissis] Frankfurt am Main,
- demandado e recorrido,

a 8.ª Secção do Bundesverwaltungsgericht
após a audiência de 21 de setembro de 2022

[Omissis]

decidiu em 27 de setembro de 2022:

Suspender a instância.

Ao abrigo do artigo 267.º TFUE, pede-se ao Tribunal de Justiça da União Europeia que se pronuncie a título prejudicial sobre as seguintes questões relativas à interpretação do Regulamento (UE) 2018/231 do Banco Central

Europeu, de 26 de janeiro de 2018, relativo aos requisitos de reporte estatístico aplicáveis aos fundos de pensões (BCE/2018/2) (JO 2018, L 45, p. 3), em conjugação com o Regulamento (UE) n.º 549/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, relativo ao sistema europeu de contas nacionais e regionais na União Europeia (JO 2013, L 174, p. 1, a seguir «SEC»):

1. a) O anexo A, ponto 3.19, primeiro parágrafo, alínea b), do SEC, exige que todos os consumidores tenham a liberdade de comprar ou não os bens oferecidos pelo produtor e façam a sua escolha com base nos preços cobrados?

Em caso de resposta negativa:

b) Nos casos em que, sem ter essa autonomia de decisão, a grande maioria desses consumidores recebe do produtor, em virtude da adesão obrigatória a esse produtor, bens que representam mais de metade da produção do referido produtor e deve pagar contribuições obrigatórias no montante por ele fixado, consideram-se preenchidos os requisitos da disposição segundo a qual uma minoria dos referidos consumidores tinha a opção de aderir voluntariamente ao produtor e fez uso dessa opção a fim de obter os bens pagando as mesmas contribuições que os membros obrigatórios?

2. Verifica-se uma produção mercantil a preços economicamente significativos na aceção do anexo A, pontos 3.17 a 3.19, do SEC, sempre que estiver preenchido o «critério dos 50 %» previsto no anexo A, ponto 3.19, terceiro parágrafo, terceiro e quarto períodos, do SEC, segundo o qual pelo menos metade dos custos devem ser cobertos pelas vendas durante vários anos, ou não deve este critério ser entendido como suficiente (por si só), mas como um requisito necessário que deve acrescer às duas condições previstas no anexo A, ponto 3.19, primeiro parágrafo, segundo período, alíneas a) e b), do SEC?

3. Para determinar se unidades institucionais são produtores mercantis ao abrigo do anexo A, ponto 3.24, do SEC, devem ser tidos em conta, além dos requisitos estabelecidos no anexo A, pontos 3.17, 3.19 e 3.26, também os requisitos adicionais estabelecidos no anexo A, ponto 1.37, segundo parágrafo, do SEC?

4. a) Para que uma unidade institucional seja classificada no subsetor S.129, o anexo A, ponto 2.107, do SEC exige que todos os seus serviços sejam prestados a todos os seus participantes com base num contrato?

Em caso de resposta afirmativa:

b) Considera-se preenchido o requisito de uma base contratual da contribuição neste sentido se, não obstante a adesão obrigatória, as

contribuições obrigatórias e os benefícios obrigatórios da unidade institucional serem regulados soberanamente pelos estatutos, os membros obrigatórios também puderem ter direito a benefícios adicionais através de contribuições voluntárias adicionais?

5. Deve o artigo 1.º, n.º 1, terceiro período, alínea f), do Regulamento (UE) n.º 2018/231, ser interpretado no sentido de que só exclui do conceito de fundo de pensões previsto no primeiro período desta disposição as unidades institucionais que preencham ambos os critérios previstos no anexo A, ponto 2.117, do SEC, ou de que esta exclusão também abrange outras unidades institucionais que devam ser consideradas regimes de pensões da segurança social ao abrigo do anexo A, ponto 17.43, do SEC, sem satisfazer todos os requisitos previstos no anexo A, ponto 2.117, do SEC?

6. a) O conceito de administrações públicas constante do anexo A, ponto 2.117, alínea b), e ponto 17.43, do SEC, refere-se apenas à respetiva unidade primária ou inclui também fundos de pensões juridicamente independentes, organizados com base na adesão obrigatória e financiados através de contribuições com direito a gestão autónoma e contas próprias?

Neste último caso:

b) A fixação das contribuições e das prestações prevista no anexo A, ponto 2.117, alínea b), do SEC, implica a fixação de um montante ou é suficiente que uma lei estabeleça os riscos mínimos a cobrir e o nível mínimo da garantia e que regule os princípios e limites da cobrança de contribuições, deixando a determinação das contribuições e das prestações dentro deste quadro ao fundo de pensões?

c) O conceito de unidade das administrações públicas na aceção do anexo A, ponto 20.39, do SEC, abrange apenas as unidades institucionais que preencham todos os requisitos previstos no anexo A, pontos 20.10 e 20.12, do SEC?

Fundamentação:

I

- 1 As partes estão em litígio quanto à questão de saber se os demandantes estão sujeitos a requisitos de reporte ao abrigo do Regulamento (UE) 2018/231 do Banco Central Europeu, de 26 de janeiro de 2018, relativo aos requisitos de reporte estatístico aplicáveis aos fundos de pensões (BCE/2018/2) (JO 2018, L 45, p. 3, retificação no JO 2019, L132, p. 47).
- 2 Os demandantes foram constituídos como instituições de direito público no Estado Livre da Baviera pela Gesetz über das öffentliche Versorgungswesen (Lei Relativa aos Serviços Públicos da Baviera) (a seguir «VersoG»), na versão publicada em 16 de junho de 2008 (BayGVBl. p. 371), com a última redação que

lhe foi dada pelo artigo 32a, n.º 18, da Lei de 10 de maio de 2022 (BayGVBl. p. 182). Estes concedem prestações de pensão de invalidez, velhice e morte aos seus membros, em conformidade com a referida lei e os respetivos estatutos. Para o efeito, devem reunir as condições para que os respetivos membros beneficiem de uma isenção do seguro obrigatório ao abrigo do regime legal de seguro de pensão (artigo 28.º, n.º 3, da VersoG). Só podem exercer atividades sem fins lucrativos e utilizar os seus recursos, bem como o respetivo ativo, para cumprir a sua missão de serviço público (Artigo 9.º, n.ºs 1 e 3, da VersoG). Devem fazer face às suas despesas administrativas, incluindo a remuneração dos trabalhadores e pensionistas, a partir dos seus próprios recursos (Artigo 9.º, n.º 2, primeiro período, da VersoG).

- 3 Na sua grande maioria, os membros de cada um dos demandantes estão, ao exercerem a sua profissão no Estado Livre da Baviera, legalmente obrigados a ser membros (artigo 30.º, n.º 1, em conjugação com os artigos 33.º e segs., da VersoG). O artigo 30.º, n.º 2, da VersoG, só admite uma isenção da adesão obrigatória em casos excecionais, como o exercício marginal da profissão ou a adesão a outro regime de pensões. Segundo o artigo 30.º, n.º 3, da VersoG, os membros obrigatórios excluídos podem continuar a ser membros voluntários nos termos dos estatutos, para adquirir direitos de pensão através das mesmas contribuições que os membros obrigatórios. Os demandantes regulam a cobrança de contribuições ou imposições para financiar o cumprimento das suas funções, bem como as condições, a natureza, o montante e a extinção dos direitos de pensão através dos estatutos em conformidade com as disposições legais (artigo 10.º, n.ºs 2 e 3 da VersoG). Os estatutos podem autorizar os membros a efetuar pagamentos suplementares voluntários para aumentar os seus direitos de pensão, desde que a soma dos pagamentos suplementares e da contribuição obrigatória não exceda o limite máximo legal das contribuições (artigo 31.º, n.º 4, da VersoG). É incontestável que cada demandante fornece mais de 50 % das suas prestações a título obrigatório aos seus membros obrigatórios.
- 4 Por cartas de 7 de setembro de 2018 e 25 de março de 2019, o demandado informou os demandantes 1 a 4, respetivamente, de que, por força dos artigos 1.º e 2.º do Regulamento (UE) 2018/231, estavam sujeitos aos requisitos de reporte estatístico enquanto fundos de pensões e deviam fornecer ao demandado dados mais detalhados sobre a sua situação financeira numa base trimestral a partir de 30 de setembro de 2019. Por cartas quase idênticas do demandado de 12 de novembro de 2018 e 17 de julho de 2019, foi ordenado ao demandante 5 que apresentasse anualmente dados numa escala menor. Com as suas ações, os demandantes requereram a anulação das notificações que lhes dizem respeito e, subsidiariamente, uma declaração de que não estão sujeitos a requisitos de reporte. [Omissis] [Observações sobre medidas provisórias]
- 5 Por Acórdão de 4 de novembro de 2021, o Verwaltungsgericht (Tribunal Administrativo) julgou as ações improcedentes e considerou que os demandantes constituem fundos de pensões na aceção do artigo 1.º, n.º 1, do Regulamento (UE) 2018/231, estando sujeitos a requisitos de reporte por força do respetivo artigo 2.º,

n.º 1. São produtores mercantis que correspondem a sociedades financeiras e pertencem ao subsector S.129 do SEC. Através da sua atividade principal financiam pensões. Para o efeito, exigiram preços economicamente significativos. O mesmo se aplica às prestações obrigatórias, na medida em que estas devem ser avaliadas economicamente, em conformidade com o artigo 9.º, n.º 2, primeiro período, da VersoG. Na falta de auxílios do Estado, os demandantes são obrigados a regular as contribuições e as prestações de modo a assegurar a sua capacidade de pagamento. Em qualquer caso, a classificação (incluindo) das prestações obrigatórias como produção mercantil resulta do anexo A, ponto 3.19, do SEC, uma vez que os demandantes cobrem pelo menos 50 % dos seus custos com as suas vendas ao longo de vários anos. O anexo A, ponto 1.37, do SEC, não se opõe a isso. Esta disposição só se aplica às unidades do setor público. Os demandantes não se incluem aqui, pois não são controlados pelo Estado. Por conseguinte, também está excluída uma classificação no subsector 1314 (segurança social), relativamente ao qual não se aplicam os requisitos de reporte ao abrigo do artigo 1.º, n.º 1, terceiro período, alínea f), do Regulamento (UE) 2018/231. O anexo A, ponto 20.39, do SEC confirma esta classificação. Segundo este, um regime de contribuições predefinidas gerido por uma unidade das administrações públicas não deve ser considerado um regime de seguro social, se – como os demandantes – funcionar sem uma garantia do Estado sobre o montante das prestações a pagar e este montante depender da rendibilidade dos seus ativos, caso em que é necessariamente incerta a este respeito.

- 6 Nos seus recursos diretos de «Revision», os demandantes alegam que não são produtores mercantis. As suas prestações obrigatórias, que constituem incontestavelmente a maior parte da sua produção, não são vendidas a preços economicamente significativos. A este respeito, os membros obrigatórios não tiveram a liberdade de comprar ou não exigida pelo anexo A, ponto 3.19, primeiro parágrafo, alínea b), do SEC, sobre a aquisição das prestações de pensão com base nas contribuições exigidas. A regra dos 50 % prevista no anexo A, ponto 3.19, terceiro parágrafo, do SEC, não é aplicável, servindo apenas para determinar o valor da produção. Em qualquer caso, os demandantes estão abrangidos pela segurança social, como o regime legal de pensões.
- 7 O demandado defende o acórdão impugnado.

II

- 8 O processo deve ser suspenso e deve ser obtida uma decisão prejudicial do Tribunal de Justiça da União Europeia, ao abrigo do artigo 267, terceiro parágrafo, TFUE. A interpretação do artigo 1.º, n.º 1, do Regulamento (UE) 2018/231 e das disposições do anexo A, do SEC, referidas na parte decisória não é de tal modo evidente que não subsista nenhuma margem para dúvidas razoáveis e que se possa presumir que os órgãos jurisdicionais dos outros Estados-Membros da União Europeia também teriam a mesma certeza (v., no que respeita a este critério, Acórdão da Grande Secção do TJUE de 6 de outubro de 2021 – C-561/19 [ECLI:EU:C:2021:799], Consorzio – n.º 40).

- 9 As questões apresentadas são relevantes para a decisão do recurso de «Revision». O recurso direto de «Revision» é admissível. [Omissis][Observações sobre a admissibilidade do pedido e do recurso direto de «Revision»]
- 10 O mérito dos recursos de «Revision» depende da questão de saber se os demandantes estão sujeitos aos requisitos de reporte estatístico aplicáveis aos fundos de pensões por força do artigo 2.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 1.º, n.º 1, primeiro período, do Regulamento (UE) 2018/231. Em conformidade com o artigo 2.º, n.º 1, do regulamento, a população inquirida efetiva é composta pelos fundos de pensões residentes no território dos Estados-Membros da área do euro. O artigo 1.º, n.º 1, primeiro período, do regulamento, define o conceito de fundo de pensões por remissão para o subsetor S.129 do SEC e exige que se trate de uma sociedade ou quase sociedade financeira cuja função principal é prestar serviços de intermediação financeira que resultam da repartição de riscos sociais e das necessidades das pessoas seguradas (seguro social). Em conformidade com o segundo período desta disposição, os fundos de pensões enquanto regime de seguro social garantem um rendimento na reforma e podem garantir prestações por morte e incapacidade. Contudo, de acordo com o terceiro período, alínea f), da mesma disposição, não se incluem nesta definição os fundos de segurança social, na aceção do ponto 2.117 do SEC.
- 11 Os demandantes são pessoas coletivas com sede na Alemanha. Desempenham a função principal de seguro social, prevista no artigo 1.º, n.º 1, primeiro e segundo períodos, do Regulamento (UE) 2018/231, através de intermediação financeira, concedendo pensões de velhice, de morte e de invalidez de carácter contributivo aos seus membros. Resta esclarecer se devem ser classificadas como sociedades financeiras do subsetor S.129 do SEC ou isentas dos requisitos de reporte enquanto fundos de segurança social.
- 12 1. As sociedades financeiras do setor S.12 do SEC 2010 abrangem as unidades institucionais dotadas de personalidade jurídica que sejam produtores mercantis e cuja atividade principal consista em produzir serviços financeiros. Os demandantes são pessoas coletivas de direito público, pelo que preenchem a primeira condição. São, segundo o anexo A, ponto 3.24, do SEC, produtores mercantis cuja maior parte da sua produção é composta pela produção mercantil na aceção do anexo A, pontos 3.17 e seguintes, do SEC. Apenas pode ser considerada a produção de produtos vendidos a preços economicamente significativos [ponto 3.18, alínea a)]. De acordo com o anexo A, ponto 3.19, primeiro parágrafo, do SEC, os preços economicamente significativos são os preços que têm um efeito substancial nas quantidades de produtos que os produtores estão dispostos a fornecer e nas quantidades de produtos que os compradores desejam comprar. Tais preços resultam da reunião das duas condições seguintes:
- a) O produtor tem um incentivo para ajustar a oferta, com vista a realizar um lucro a longo prazo ou, no mínimo, cobrir os custos de capital e outros custos; e

- b) Os consumidores têm a liberdade de comprar ou não e de fazer a sua escolha com base nos preços cobrados.
- 13 Segundo esta Secção, ambas as condições devem ser preenchidas cumulativamente. Isto decorre da utilização do plural na versão alemã e é confirmado pelas versões francesa («la réunion des deux conditions») e inglesa («both»). A primeira condição é suscetível de estar preenchida devido à obrigação dos demandantes de cobrir as suas despesas administrativas, incluindo as remunerações, através dos seus próprios recursos (v. considerando 2 relativo ao artigo 9.º, n.º 2, primeiro período, da VersoG). A segunda condição só pode estar preenchida se os conceitos de compra e de preços estiverem igualmente abrangidos por uma aquisição de direitos de pensão de acordo com os estatutos e contribuições cobradas pelas administrações públicas, e se, além disso, não for necessário que qualquer consumidor ou pelo menos todos os que recebem prestações do produtor possam ter a liberdade de comprar ou não essas prestações e de fazer a sua escolha com base nos preços cobrados.
- 14 Uma interpretação ampla dos conceitos de compra e de preços é apoiada pelo facto de o SEC não se concentrar na forma jurídica pública ou privada da unidade institucional ou na forma das relações de adesão ou de direitos para efeitos de delimitação dos setores público e privado, mas no facto de a unidade estar sob controlo das administrações públicas (v. anexo A, ponto 1.35, do SEC; Acórdãos do TJUE de 11 de setembro de 2019 – C-612/17 [ECLI:EU:C:2019:705], FIG e FISE – n.ºs 34 e segs., 73, 78, e de 28 de abril de 2022 – C-277/21 [ECLI:EU:C:2022:318], Secrétariat général de l'enseignement catholique – n.ºs 25 e segs.). Todavia, mesmo no caso de uma interpretação ampla, que inclua direitos das administrações públicas e contribuições cobradas pelas mesmas, continua a ser problemático o facto de a liberdade de escolha exigida na condição b) não assistir a todos os consumidores. Uma pessoa que não figure entre os membros obrigatórios dos demandantes nem reúna as condições restritas de uma adesão voluntária está excluída da aquisição das suas prestações de pensão. Em todo o caso, no que respeita aos consumidores aos quais a lei impõe ou possibilita uma adesão, falta a liberdade de escolha exigida para os membros obrigatórios no que respeita às prestações obrigatórias. Uma vez que não preenchem as condições para uma isenção excepcional da adesão obrigatória, não podem subtrair-se à aquisição do direito nem à obrigação de pagar contribuições. Apenas têm a liberdade de pagar contribuições suplementares para adquirir benefícios adicionais. Daqui decorre a primeira questão, alínea a) formulada na parte decisória, sobre a questão de saber se o anexo A, ponto 3.19, primeiro parágrafo, alínea b), do SEC, pressupõe que todos os consumidores tenham a liberdade de comprar ou não os bens oferecidos pelo produtor e façam a sua escolha com base nos preços cobrados.
- 15 A redação da condição b) («os consumidores») poderia sugerir que a exigência da liberdade de escolha e da escolha com base no preço se deve aplicar a todos os consumidores no que respeita a toda a oferta do produtor. Na hipótese de, para efeitos da interpretação sistemática, se dever fazer referência à distinção entre

mercantil e não mercantil estabelecida para a classificação por setor (anexo A, ponto 1.37, do SEC 2010) (v., a este respeito, a terceira questão prejudicial), a condição de venda a quem estiver disposto a pagar o preço, enunciada no segundo parágrafo, n.º 1, poderia igualmente militar a favor dessa interpretação. O mesmo se aplica à condição adicional aí enunciada no número 3 de que existem mercados eficazes sempre que vendedores e compradores têm acesso ao mercado e informações sobre o mesmo. No entanto, a frase seguinte esclarece que um mercado eficaz pode operar mesmo que as condições não sejam perfeitamente cumpridas. A Secção não está em condições de deduzir sem margem para dúvidas do SEC e da jurisprudência até à data a este respeito de que natureza e intensidade devem ser as restrições de acesso ou as obrigações de compra para excluir uma atividade mercantil e preços economicamente significativos. As duas decisões do Tribunal de Justiça citadas no n.º 14 acima e o seu Acórdão de 3 de outubro de 2019 – C-632/18 [ECLI:EU:C:2019:833], *Fonds du Logement de la Région Bruxelles-Capitale* – (n.ºs 36 e segs.) dizem respeito às condições para a classificação de várias unidades no setor das administrações públicas, sem se reportar à questão precedente ou à liberdade de escolha da compra dos consumidores enquanto condição da produção mercantil.

- 16 2. Em caso de resposta negativa à primeira questão, alínea a), importa saber se a condição prevista no anexo A, ponto 3.19, primeiro parágrafo, alínea b), do SEC, já está preenchida porque poucos consumidores podem aderir voluntariamente aos demandantes e ter liberdade de escolha na aquisição de direitos de pensão com as mesmas contribuições que os membros obrigatórios, mesmo que tais consumidores constituam a minoria dos membros e a maior parte da produção dos demandantes recaia sobre as prestações obrigatórias aos membros obrigatórios [primeira questão, alínea b)]. Na opinião do demandado, a decisão de adesão voluntária é a expressão de uma escolha de compra livre baseada no preço e justifica também a classificação das contribuições obrigatórias do mesmo montante como preços economicamente significativos. A Secção duvida da viabilidade desta conclusão pelo facto de as contribuições pagas pelos membros voluntários não resultarem de uma interação entre a oferta e a procura em condições de mercado, conforme exigido pelo anexo A, ponto 3.19, do SEC. Para a maioria dos membros obrigatórios sem possibilidade de isenção, os demandantes prestam os seus serviços como fornecedores monopolistas. Na medida em que, por força do artigo 30.º, n.º 3, da VersoG, só os antigos membros obrigatórios podem aderir voluntariamente, todos os outros consumidores estão impedidos de tomar uma escolha livre sobre a aquisição de prestações dos demandantes. Não estão, portanto, satisfeitas as exigências menos rigorosas de acesso ao mercado do ponto de vista do consumidor. Além disso, o montante das contribuições obrigatórias não depende das contribuições dos membros voluntários. Pelo contrário, a fixação pelas administrações públicas das contribuições obrigatórias determina o montante das contribuições a serem pagas pelos membros voluntários para prestações equivalentes.
- 17 3. O acórdão impugnado baseou, portanto a sua decisão independentemente da consideração de que as contribuições deviam, em todo o caso, ser classificadas de

preços economicamente significativos, de acordo com o critério dos 50 % previsto no anexo A, ponto 3.19, terceiro parágrafo, terceiro e quarto períodos, do SEC. As disposições citadas dispõem o seguinte:

No que respeita à produção de outras unidades institucionais [*que não as empresas não constituídas em sociedade detidas pelas famílias, conforme referido no segundo período*], a capacidade de realizar uma atividade mercantil a preços economicamente significativos será verificada, nomeadamente, através de um critério quantitativo (o critério dos 50 %), utilizando o rácio das vendas em relação aos custos de produção. Para ser um produtor mercantil, a unidade deve cobrir pelo menos 50 % dos seus custos pelas suas vendas num período continuado de vários anos.

- 18 O acórdão impugnado considera que a cobertura de pelo menos metade dos custos pelas vendas é (por si só) condição suficiente da existência de preços economicamente significativos. O mesmo parece resultar da fundamentação das Conclusões do advogado-geral G. Hogan apresentadas em 28 de fevereiro de 2019 no processo C-612/17 [ECLI:EU:C:2019:149], FIG e FISE (n.º 31). Esta pressupõe que só se pelo menos metade dos custos não forem cobertos é que a organização em questão se considera um produtor não mercantil. Segundo esta interpretação, os demandantes seriam classificados de produtores mercantis, conforme determinado na primeira instância, devido ao facto de pelo menos metade dos custos serem cobertos pela cobrança de contribuições, como estabelecido no caso anterior, mesmo que as condições estabelecidas no anexo A, ponto 3.19, primeiro parágrafo, alíneas a) e b), do SEC, discutidas nos pontos 12 e segs., não estivessem a ser cumpridas.
- 19 Contudo, o critério dos 50 % previsto no terceiro parágrafo, terceiro e quarto períodos, desta disposição, poderia também ser considerado uma condição necessária, mas não suficiente (por si só), da produção mercantil. Neste caso, completaria as condições previstas no primeiro parágrafo, alíneas a) e b), mas não poderia suprir a sua falta. Esta conclusão é corroborada pelo facto de o critério de 50% previsto no anexo A, ponto 3.19, terceiro parágrafo, do SEC, ser apenas utilizado para avaliar a possibilidade de produção mercantil e não ser estabelecido como critério que define a produção mercantil, à semelhança das condições previstas no primeiro parágrafo. Sendo confirmado pelas versões francesa e inglesa («La capacité de réaliser une activité marchande»; «The ability to undertake a market activity»). Segundo estas, pelo menos metade da cobertura dos custos (apenas) determina a capacidade de produção mercantil e não a sua existência. O mesmo se aplica à disposição constante do anexo A, ponto 20.29, terceiro parágrafo, do SEC, que é sistematicamente comparável e serve igualmente para distinguir entre mercantil e não mercantil. Se se seguir a interpretação do critério dos 50 % previsto no anexo A, ponto 3.19, terceiro parágrafo, do SEC, como condição necessária, mas não suficiente (por si só), aquele tem a função de um critério de exclusão: Assim, mesmo que os dois critérios de definição constantes do primeiro parágrafo estejam preenchidos, não se verifica uma produção mercantil a preços economicamente significativos se as

vendas cobrirem menos de metade dos custos num período de vários anos. Parece lógico deixar de classificar de produção mercantil uma produção tão manifestamente deficitária, insuscetível de ser financiada em condições de mercado, mesmo a médio prazo. Pelo contrário, pelo menos metade da cobertura dos custos não poderia justificar por si só uma presunção de produção mercantil se as condições previstas no anexo A, ponto 3.19, primeiro parágrafo, alíneas a) ou b), do SEC, não estiverem preenchidas.

- 20 A interpretação a dar ao anexo A, ponto 3.19, terceiro parágrafo, terceiro e quarto períodos, do SEC, não resulta clara da jurisprudência do Tribunal de Justiça até à data. O seu Acórdão de 11 de setembro de 2019 – C-612/17, FIG e FISE – trata as associações aí recorrentes como organizações sem fins lucrativos e, por conseguinte, como produtores não mercantis (v. anexo A, ponto 2.129, alínea f), do SEC), sem se referir ao critério de comparação dos 50 % aplicado às unidades controladas pelas administrações públicas previsto no anexo A, ponto 20.29, do SEC, citado como o «teste mercantil/não mercantil» no n.º 9 do acórdão. É possível que a questão da cobertura de custos não tenha sido relevante para a decisão na altura, uma vez que foi excluída a classificação das associações como sociedades devido à falta de orientação para o lucro ou, pelo menos, de cobertura de custos (v., a este respeito, as regras constantes do anexo A, pontos 20.19 a 20.28, em particular o ponto 20.21, segundo período, e o ponto 20.23, do SEC, referidas no anexo A, ponto 20.29, segundo parágrafo). Neste caso, mesmo no âmbito da aplicação da regra paralela constante do anexo A, ponto 3.19, do SEC – independentemente da cobertura de custos –, seria normal considerar a existência de produção mercantil apenas se estivessem preenchidas ambas as condições previstas no primeiro parágrafo, alíneas a) e b), da disposição.
- 21 4. A questão de saber se o anexo A, ponto 1.37, do SEC, pode ser tomado em consideração para efeitos de interpretação sistemática a fim de dissipar as dúvidas residuais na interpretação do anexo A, ponto 3.19, primeiro e terceiro parágrafos, do SEC, é o objeto da terceira questão prejudicial. Na hipótese de a classificação como produtor mercantil de acordo com o anexo A, ponto 3.24, do SEC, pressupor que, além das condições constantes do ponto 3.19, as condições da atividade mercantil de acordo com o ponto 1.37 também estão preenchidas, os demandantes seriam classificados de produtores não mercantis. Ao contrário do n.º 1 desta disposição, não atuam de modo a maximizar os lucros a longo prazo, nem vendem livremente no mercado os seus serviços a quem esteja disposto a pagar o preço cobrado. Além disso, estão impedidos de fazer ambos ao abrigo da legislação nacional relevante. Como referido no ponto 2, os demandantes devem afetar a totalidade das receitas ao cumprimento das funções, ou seja, nomeadamente, à concessão de prestações de pensão e à cobertura dos respetivos custos. Também não podem conceder as respetivas prestações de pensão a todos os consumidores dispostos a pagar contribuições, mas apenas aos seus membros obrigatórios por força da lei e ao círculo restrito dos seus membros voluntários.
- 22 A Secção tem dúvidas quanto à questão de saber se – conforme sustenta o demandado – o anexo A, ponto 1.37, do SEC, se aplica apenas a unidades do setor

público. Esta disposição visa, segundo o seu primeiro parágrafo, distinguir entre mercantil e não mercantil («e») também distinguir entre setor privado e setor público. No entanto, a aplicação do seu segundo parágrafo, n.º 1, revela-se problemática na medida em que os seus requisitos vão além dos requisitos constantes do anexo A, ponto 3.19, do SEC, aqui aplicáveis de acordo com o anexo A, ponto 3.24, do SEC. Possivelmente, o anexo A, ponto 3.19, do SEC, destina-se a concretizar os critérios formulados no ponto 1.37 para distinguir entre produtores mercantis e não mercantis. O anexo A, ponto 1.37, do SEC, faz referência à ampla grelha de classificação setorial apresentada no quadro 1.1, que distingue entre atividades mercantis e não mercantis para unidades controladas pelo setor público e privado, respetivamente. Os critérios estabelecidos para este fim, com o objetivo do vendedor de maximizar os lucros e o objetivo do comprador de otimizar o preço-benefício, são mais rigorosos do que as duas condições formuladas para a verificação de produção mercantil no anexo A, ponto 3.19, primeiro parágrafo, alíneas a) e b), do SEC, ou seja, um cálculo da oferta que visa pelo menos a cobertura de custos e uma escolha de compra do consumidor livre e com base no preço. Posto isto, o anexo A, ponto 1.37, do SEC, só pode ser aplicado na medida em que os critérios gerais aí estabelecidos não contradigam os critérios especiais previstos no anexo A, ponto 3.19, do SEC, mas se limitem a aplicar as condições ali previstas, como um mínimo de acesso livre ao mercado ou uma situação de concorrência como condição de formação dos preços de mercado. A Secção pede também esclarecimentos a este respeito ao Tribunal de Justiça.

- 23 5. A quarta questão diz respeito ao anexo A, ponto 2.107, segundo período, do SEC, que se refere aos benefícios acordados contratualmente de regimes de fundos de pensões ou de pensões. Isto poderia indicar que não inclui unidades que – como os demandantes – prestam os seus serviços apenas com base em regulamentos de administrações públicas. Por outro lado, a definição que figura do anexo A, ponto 2.105, do SEC, não impõe quaisquer requisitos quanto à base legal das prestações, e o anexo A, ponto 2.107, do SEC, não contém uma definição (adicional), mas exemplos. Ao mencionar contratos, só poderia, portanto, retomar uma configuração típica, mas não conceptualmente necessária, da relação de prestações. O anexo A, ponto 2.109, do SEC, esclarece explicitamente que os regimes de fundos de pensões também podem ser organizados pelas administrações públicas, sem se referir à questão do plano contratual. O anexo A, ponto 20.39, do SEC, também prevê outras características para a classificação de casos-limite. No entanto, tal pode dever-se ao facto de se presumir a definição contratual prevista no anexo A, ponto 2.107, do SEC. A finalidade dos regulamentos e dos considerandos dos regulamentos aplicáveis não permite à Secção esclarecer as dúvidas de interpretação. Caso não seja necessário um contrato, o órgão jurisdicional interroga-se sobre a questão de saber se um contrato de direito público que preveja uma adesão predominantemente obrigatória é suficiente, desde que todos os membros possam aumentar o âmbito das prestações através de contribuições voluntárias, mesmo que apenas uma minoria possa livremente estabelecer e pôr termo à relação de prestações, através da adesão ou rescisão.

- 24 A primeira a quarta questões sobre as condições individuais de produção mercantil e a classificação no subsetor S.129 não são redundantes por estar eventualmente demonstrado que os demandantes beneficiam da isenção em matéria de segurança social de acordo com o artigo 1.º, n.º 1, terceiro período, alínea f), do Regulamento (UE) 2018/231. A questão de saber se é esse o caso depende da quinta e sexta questões de interpretação, que também não podem ser respondidas sem a decisão prejudicial solicitada.
- 25 6. O artigo 1.º, n.º 1, terceiro período, alínea f), do Regulamento (UE) 2018/231, faz referência ao anexo A, ponto 2.117, do SEC, para determinar o subsetor fundos de segurança social. Segundo esta disposição, este subsetor inclui as unidades institucionais centrais, estaduais e locais cuja atividade principal consista em conceder prestações sociais e que respondem aos dois critérios seguintes:
- a) Certos grupos da população são obrigados a participar no regime ou a pagar contribuições em virtude de disposições legais ou regulamentares; e
 - b) Independentemente do papel que desempenham como organismos de tutela ou como empregadores, as administrações públicas são responsáveis pela gestão da instituição no que diz respeito à fixação ou aprovação das contribuições e das prestações.
- 26 O anexo A, ponto 2.110, alínea a), do SEC, esclarece que o subsetor fundos de pensões (S.129) não inclui unidades institucionais que obedecem a estes dois critérios, sendo classificadas no subsetor fundos de segurança social.
- 27 No entanto, nem todas as características de definição constantes do anexo A, ponto 2.117, do SEC, foram incluídas na definição de regimes de pensões da segurança social que consta do anexo A, ponto 17.43, do SEC. Daqui resulta a quinta questão submetida. No caso de a primeira disposição dever ser entendida como uma definição do subsetor fundos de segurança social e a segunda como uma disposição especial que permite diferenciar dentro deste subsetor, o anexo A, ponto 17.43, do SEC, pressupõe o cumprimento de todas as características de definição do anexo A, ponto 2.117, do SEC, e complementa-as com outras características a fim de delimitar os regimes de pensões da segurança social. Nesta hipótese, a sujeição dos demandantes à segurança social poderia ficar excluída se não preenchessem a condição prevista no anexo A, ponto 2.117, alínea b), do SEC (v., a este respeito, ponto 7, n.º 28). A posição contrária considera que a definição constante do anexo A, ponto 17.43, do SEC, é independente e conclusiva. Além disso, compreende o conceito de administrações públicas no sentido de que inclui igualmente pessoas coletivas de direito público que são independentes da unidade primária. Nesse caso, os demandantes seriam classificados de fundos de pensões da segurança social, porque a lei exige que os seus membros obrigatórios participem no respetivo regime de pensão de velhice e porque concedem as respetivas prestações enquanto unidades institucionais de um *Land* – o Estado Livre da Baviera – dotadas da sua própria personalidade jurídica.

- 28 7. A sexta questão, alínea a), que visa determinar se o conceito de administrações públicas constante do anexo A, ponto 2.117, alínea b), e ponto 17.43, do SEC, também inclui essas unidades institucionais ou se refere apenas à respetiva unidade primária não pode ser respondida, sem nenhuma dúvida, num sentido ou no outro. Uma vez que o anexo A, ponto 2.117, alínea b), do SEC, se refere a uma gestão que vai além da função de tutela, só poderia ser feita referência à unidade primária, enquanto administração pública, que é responsável pela tutela das unidades institucionais dotadas do direito de autogestão (autonomia). Se os conceitos fossem utilizados de maneira consistente, o conceito de administrações públicas constante do anexo A, ponto 17.43, do SEC, teria também de ser entendido neste sentido restrito. No entanto, este conceito também poderia incluir outras unidades das administrações públicas ou mesmo instituições administrativas independentes da unidade primária como prestadores do regime legal de seguro de pensões, que devem permitir que os seus membros beneficiem de uma isenção do regime legal de seguro de pensões e assegurar um regime de pensões de velhice autogerido para certos grupos profissionais orientados para os seus níveis de contribuição e prestação, sem serem controlados pelas administrações públicas. Isto pode ser advogado pela regra de delimitação que figura no anexo A, ponto 20.39, do SEC, que assume que o fundo também pode ser gerido por uma «unidade institucional distinta». Por outro lado, o anexo A, ponto 20.12, do SEC, assume que os regimes de segurança social devem incluir toda ou uma grande parte da comunidade no seu conjunto, o que não deveria, regra geral, ser o caso dos fundos de pensões regionais de certas profissões.
- 29 Em função da interpretação do conceito de administrações públicas numa e noutra disposição, coloca-se ainda a sexta questão, alínea b) de saber relativamente ao anexo A, ponto 2.117, alínea b), do SEC, se a fixação das contribuições e prestações pelas administrações públicas exige que a unidade primária determine ambas em termos de montante em cada caso de aplicação. O conceito de fixação indica a necessidade de uma regulação conclusiva. Segundo a posição contrária, defendida pelos demandantes, deve, contudo, ser suficiente que a unidade primária crie o quadro jurídico descrito mais detalhadamente na questão prejudicial, dentro do qual a unidade autónoma pode regular o montante das contribuições e a natureza e o âmbito das prestações.
- 30 Por último, quanto à aplicação da regra de delimitação aplicável aos casos-limite, prevista no anexo A, ponto 20.39, do SEC, coloca-se a questão de saber se o conceito de unidade das administrações públicas abrange apenas as unidades institucionais que satisfaçam todos os requisitos previstos no anexo A, pontos 20.10 e 20.12, do SEC. No caso em apreço, o critério da receção de transferências substanciais do orçamento das unidades das administrações públicas (ponto 20.10) teria de ser negado de acordo com as decisões vinculativas do órgão jurisprudencial sobre a matéria de facto (§ 137, n.º 2, do Verwaltungsgerichtsordnung) (Código do Procedimento Administrativo). A questão de saber se os demandantes são controlados pelas administrações públicas só poderia ser relevante se o ponto 20.12, mas não o ponto 20.10, fosse relevante. Na hipótese de, segundo uma interpretação correta das disposições do SEC, não

serem produtores mercantis nem fundos de segurança social, devem ser classificados como instituições sem fins lucrativos e como tal – independentemente da existência de controlo das administrações públicas – não estão sujeitos aos requisitos de reporte.

[*Omissis*] [Assinaturas]

DOCUMENTO DE TRABALHO