

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

F. G. JACOBS

apresentadas em 23 de Março de 2000 *

Índice

I — Introdução	I-6457
II — Enquadramento nacional	I-6458
1. Lei sobre a inscrição obrigatória num regime profissional de pensões	I-6459
2. O estatuto e o regulamento de pensões do Fundo de Pensões dos Médicos Especialistas	I-6463
3. O regime de pensões dos médicos especialistas	I-6465
III — A tramitação dos processos principais	I-6467
IV — Admissibilidade	I-6469
V — Alcance das questões prejudiciais	I-6469
VI — A segunda questão: os artigos 5.º e 85.º	I-6470
1. O direito da concorrência e as profissões liberais	I-6471
2. Aplicabilidade <i>ratione materiae</i> do artigo 85.º, n.º 1	I-6476
3. Decisão de associação de empresas	I-6479
a) Os médicos especialistas são empresas?	I-6479
b) Os médicos especialistas agem na qualidade de empresas ou na qualidade de consumidores, quando instituem um regime profissional de pensões?	I-6481
c) A LSV actua na qualidade de associação de empresas?	I-6482
4. Restrição da concorrência	I-6484
a) Elemento material: harmonização dos custos e benefícios das pensões complementares no interior da profissão	I-6484
b) Elemento institucional: criação de uma pessoa colectiva destinada a velar pelo respeito do regime e a geri-lo	I-6486
c) Elemento político: pedido apresentado ao ministro	I-6488
5. Relação entre os artigos 5.º e 85.º, n.º 1	I-6488
VII — A primeira questão: qualificação do Fundo como empresa	I-6490
VIII — A terceira questão: os artigos 90.º, n.º 1, e 86.º do Tratado	I-6492
1. Aplicabilidade dos artigos 90.º, n.º 1, e 86.º	I-6493

* Língua original: inglês.

2. Violação dos artigos 90.º, n.º 1, e 86.º	I-6494
a) As normas que atribuem ao Fundo um direito exclusivo de seguro	I-6494
b) As normas em matéria de dispensa de inscrição obrigatória	I-6495
IX — Conclusão	I-6496

I — Introdução

1. Nos presentes processos, o Kantongerecht te Nijmegen pede ao Tribunal de Justiça que responda a um conjunto de questões que dizem respeito à compatibilidade do sistema neerlandês de inscrição obrigatória nos regimes profissionais de pensões com as regras de concorrência do Tratado CE. Estas questões foram suscitadas no âmbito de acções intentadas por vários médicos especialistas que se opõem às injunções emitidas pelo Fundo Profissional dos Médicos Especialistas neerlandês para obter o pagamento das contribuições para o respectivo regime de pensão complementar.

2. A questão de direito comunitário suscitada consiste essencialmente em determinar se as normas do direito neerlandês relativas à inscrição obrigatória nos regimes profissionais de pensões complementares são contrárias aos artigos 5.º e 85.º do Tratado CE (actuais artigos 10.º e 81.º CE) ou aos artigos 90.º, n.º 1, e 86.º do Tratado CE (actuais artigos 86.º, n.º 1, e 82.º CE). Quanto aos artigos 5.º e 85.º do Tratado CE importa saber, a título preliminar, se, e, em caso afirmativo, em que condições, a instauração de um regime profissional de pensões obrigatório pode infringir o artigo 85.º, n.º 1. No que se refere aos arti-

gos 90.º, n.º 1, e 86.º, a questão preliminar consiste em saber se um organismo como o Fundo em causa deve ser considerado uma empresa para efeitos das regras de concorrência do Tratado.

3. As questões apresentadas ao Tribunal de Justiça e o seu contexto legal e processual são, no essencial, idênticas às três últimas questões submetidas ao Tribunal pelo Hoge Raad der Nederlanden no processo Van Schijndel e Van Veen¹. Todavia, nesse processo, tendo em conta as respostas dadas às outras questões, o Tribunal de Justiça não teve que abordar as questões de fundo de direito da concorrência.

4. Os presentes processos suscitam igualmente questões análogas às que foram recentemente analisadas nos processos Albany, Brentjens e Drijvende Bokken² e o Tribunal de Justiça decidiu suspender os presentes processos até se pronunciar sobre aqueles. Para não me repetir, remeterei, sempre que necessário, para as conclusões e os três acórdãos nesses processos. Todavia,

1 — Acórdão de 14 de Dezembro de 1995, Van Schijndel e Van Veen (C-430/93 e C-431/93, Colect., p. I-4705).

2 — V. as conclusões que apresentei em 28 de Janeiro de 1999, bem como os acórdãos de 21 de Setembro de 1999, Albany International/Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie (C-67/96, Colect., p. I-5751), Brentjens' Handelsovername/Bedrijfspensioenfonds voor der Handel in Bouwmaterialen (C-115/97 a C-117/97, Colect., p. I-6025), e Drijvende Bokken/pensioenfonds voor de Vervoer-en Havenbedrijven (C-219/97, Colect., p.-6121).

quando surjam analogias, importa ter presente que aqueles processos diziam respeito a fundos sectoriais de pensões, instituídos ao abrigo de acordos colectivos celebrados entre o patronato e os sindicatos, que asseguravam pensões complementares aos trabalhadores assalariados de um determinado sector da indústria, ao passo que, no caso em apreço, se trata de um fundo de pensões instituído pelos membros de uma profissão liberal que assegura pensões aos membros dessa profissão.

— Em segundo lugar, na maioria dos casos, à pensão de base acrescem pensões complementares, atribuídas no contexto de uma actividade profissional assalariada ou independente. Estas pensões do segundo pilar são normalmente geridas no âmbito de sistemas colectivos que abrangem um sector industrial, um grupo profissional ou o conjunto dos trabalhadores de uma empresa.

II — Enquadramento nacional

5. Recorde-se que o sistema neerlandês de pensões assenta em três pilares:

— Em primeiro lugar, existe uma pensão de base obrigatória, concedida pelo Estado em conformidade com a *Algemene Ouderdomswet* (lei que institui um regime geral de pensões de velhice, a seguir «AOW») e com a *Algemene Nabestaandenwet* (lei relativa ao regime geral das pensões de sobrevivência). Este primeiro pilar destina-se a garantir a toda a população uma prestação de montante fixo, correspondente a determinada percentagem do salário mínimo. Verifica-se uma redução da prestação em função do número de anos em que o beneficiário não esteve inscrito. A inscrição é obrigatória.

— Finalmente, os dois primeiros elementos destes rendimentos decorrentes de pensões podem ser completados graças à celebração, voluntariamente, de contratos individuais de seguro de reforma ou vida (terceiro pilar).

6. Os presentes processos referem-se a um fundo de pensões do segundo pilar, que garante pensões complementares de reforma aos membros de uma profissão liberal, concretamente a de médico especialista. Em diversos aspectos, o fundo em questão é semelhante à *Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten* (Fundo de Pensões dos Fisioterapeutas), que foi objecto do processo *Van Schijndel*.

7. Os fundos deste tipo regem-se em primeiro lugar pela *Wet betreffende verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling* (lei relativa à inscrição obrigatória num regime profissional de pensões, a seguir

«BprW»), de 29 de Junho de 1972³. Em certa medida, esta lei tomou como modelo a *Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds* (lei sobre a inscrição obrigatória num fundo de pensões sectorial, a seguir «BPW»), de 17 de Março de 1949, que foi objecto dos referidos processos Albany, Brentjens e Bokken. As outras normas aplicáveis no caso em apreço são os estatutos e os regulamentos desses fundos.

deve ser previamente publicado e os terceiros interessados podem dar a conhecer a sua opinião⁴. Antes de decidir, o ministro pode consultar o *Sociaal-Economische Raad* (Conselho Económico e Social) e a *Verzekeringkamer* (Câmara dos Seguros).

10. Nos termos do artigo 2.º, n.º 2, da BprW, um regime profissional de pensões deste tipo pode assumir uma das três formas seguintes:

1. Lei sobre a inscrição obrigatória num regime profissional de pensões

8. Nos termos do artigo 1.º, n.º 1, alínea b), da BprW, um *beroepsgenoot* (profissional) é uma pessoa singular que exerce, em determinado sector profissional, a profissão correspondente a esse sector.

9. O artigo 2.º, n.º 1, da BprW estabelece que o ministro dos Assuntos Sociais e do Emprego pode, a pedido de uma ou várias organizações profissionais que considere suficientemente representativas do ramo profissional em causa, tornar obrigatória a inscrição num regime profissional de pensões (*beroepspensioenregeling*) instituído por membros da profissão para todos ou determinadas categorias de membros da mesma profissão. O pedido enviado ao ministro por uma organização profissional

- a) Criação de um fundo profissional de pensões, que actua como órgão de execução (*uitvoeringsorgaan*) único desse regime;
- b) Obrigação, para os profissionais em causa, de adoptarem o regime profissional de pensões mediante a celebração de contratos de seguro individuais, a concluir, de acordo com a sua escolha, com o fundo profissional de pensões mencionado na alínea a), desde que o regime profissional de pensões o autorize, ou com um segurador, devidamente autorizado;
- c) Regime de pensões em que uma parte assume a forma descrita na alínea a) e a outra parte a descrita na alínea b).

3 — Stb. 400.

4 — Artigo 3.º da BprW.

11. Resulta dos autos que os médicos especialistas e os médicos generalistas optaram pela forma descrita na alínea c), atenta a relativamente grande importância dos respectivos regimes profissionais de pensões. Os outros dez regimes profissionais adoptaram o modelo descrito na alínea a).

regulamentos da respectiva pessoa colectiva⁵. O não cumprimento desta obrigação implica a aplicação de sanções⁶. Os fundos profissionais de pensões podem emitir injunções para cobrança das contribuições não pagas⁷.

12. O artigo 2.º, n.º 3, da BprW, estabelece que a inscrição só pode ser obrigatória se se criar uma pessoa colectiva (rechtspersoon) que actue

14. O ministro responsável tem a faculdade de pôr termo à inscrição obrigatória. Esta termina automaticamente se forem introduzidas modificações na base financeira ou nos estatutos e regulamentos da pessoa colectiva, a menos que o ministro competente declare não ter objecções a essas modificações⁸.

a) enquanto fundo de pensões, que dá execução ao regime de pensões,

b) ou na qualidade de órgão de controlo, que vela para que os profissionais em causa respeitem a obrigação de fazerem o seguro individual, em conformidade com artigo 2.º, n.º 2, alínea b), da BprW,

15. Antes de o ministro poder tornar obrigatória a inscrição, deve estar preenchido um certo número de condições. Por exemplo, os membros da profissão devem ter sido informados da intenção da organização profissional solicitar uma decisão que torne a inscrição obrigatória, o regime deve dispor de uma base financeira cuja solidez seja provada por um relatório actuarial fundamentado e os estatutos e regulamentos do fundo de pensões devem cumprir as imposições enunciadas na BprW e garantir suficientemente os interesses dos inscritos e das outras pessoas interessadas⁹.

c) ou, em parte, enquanto fundo de pensões e, em parte, enquanto órgão de controlo.

13. A inscrição obrigatória acarreta, para aqueles a que se aplica, a obrigação de respeitar as disposições dos estatutos e

5 — Artigo 2.º, n.º 4, da BprW.

6 — Artigo 27.º da BprW.

7 — Artigo 31.º da BprW.

8 — Artigos 2.º, n.ºs 6 e 7, da BprW.

9 — Artigo 5.º da BprW.

16. O artigo 8.º, n.º 1, da BprW especifica vários aspectos relativos aos estatutos e regulamentos da pessoa colectiva, comporta disposições relativas, nomeadamente, à definição da profissão à qual o regime de pensões é aplicável, à gestão da pessoa colectiva, aos direitos e obrigações dos inscritos, bem como à atitude a adoptar no que diz respeito às pessoas que emitam reservas de ordem moral em relação a qualquer forma de seguro.

17. O artigo 8.º, n.º 2, especifica um certo número de aspectos suplementares que devem figurar nos estatutos e regulamentos da pessoa colectiva que intervém na qualidade de fundo de pensões que gere o regime de pensões. Estes aspectos são respeitantes, nomeadamente, à composição das receitas e às aplicações do fundo.

18. O artigo 8.º, n.º 3, habilita o ministro competente a adoptar directivas (richtlijnen) relativas aos aspectos referidos nos dois primeiros números. Assim, o ministro adoptou directivas relativas à atitude a adoptar em relação às pessoas que emitam reservas de ordem moral contra o seguro. Essas pessoas podem ser dispensadas da inscrição num regime profissional de pensões se estiverem em condições de demonstrar que não recorreram a qualquer forma de seguro.

19. Os artigos 9.º e 10.º da BprW determinam as modalidades segundo as quais um

fundo profissional de pensões deve gerir os fundos angariados. Em princípio, os fundos de pensões devem, em princípio, transferir ou ressegurar os riscos ligados às obrigações de pensões celebrando contratos com companhias de seguros (artigo 9.º). A título excepcional, um fundo pode gerir e aplicar ele próprio, a seu próprio risco, os capitais angariados se apresentar às autoridades de controlo um plano de gestão e um relatório actuarial explicando o modo como se propõe gerir o risco financeiro e actuarial e se a Câmara dos Seguros o aprovar (artigo 10.º).

20. O balanço de um fundo que assegure a sua própria gestão deve demonstrar que o seu capital e rendimentos são suficientes para cobrir as obrigações de pensões que assumiu¹⁰. Os fundos profissionais de pensões são obrigados a apresentar, com intervalos regulares, à Câmara dos Seguros relatórios que reflectam completamente a sua situação financeira e demonstrando que cumpre as imposições legais¹¹. A Câmara dos Seguros exerce um controlo permanente sobre os diferentes fundos de pensão complementares dos Países Baixos.

21. O artigo 26.º da BprW especifica que, em casos concretos, o ministro pode conceder uma derrogação a disposições da BprW. Pode, nomeadamente, dispensar da inscrição obrigatória. Esta dispensa pode

10 — Artigo 12.º da BprW.

11 — Artigos 9.º, n.ºs 2 e 3, e 10, n.º 2 a 4, da BprW.

ser concedida por um período limitado de tempo ou sujeita a condições.

22. Segundo o Governo neerlandês, o ministro só pode dispensar da obrigação de inscrição em situações específicas, em que uma aplicação sistemática da BprW conduziria a um prejuízo desproporcionado em relação a interesses individuais, sem que estejam previstas disposições pelo fundo em causa, para evitar essas consequências. Todavia, a faculdade de o ministro conceder uma dispensa não tem por objectivo proporcionar uma via de recurso contra uma decisão do fundo que recusa uma dispensa de inscrição obrigatória.

23. As dispensas ao abrigo do artigo 26.º da BprW não podem ser concedidas por razões de natureza moral ou de interesse público. Antes de decidir, o ministro consulta geralmente a Câmara dos Seguros. Na prática, os pedidos de dispensa ao abrigo do artigo 26.º da BprW foram raros e, até hoje, nenhuma dispensa foi concedida com esse fundamento. A decisão do ministro é passível de recurso, de acordo com os princípios gerais do direito administrativo neerlandês.

24. Resulta do preâmbulo do projecto de lei¹² que o objectivo do 'regime colectivo' contemplado na lei tem por objectivo permitir «a adaptação do rendimento dos

reformados ao aumento do nível geral dos rendimentos», bem como «permitir que os profissionais mais jovens contribuam, através de um sistema de perequação das contribuições ou de variantes deste sistema, para os maiores encargos com as prestações a favor dos profissionais mais idosos» e «prever a concessão de direitos de pensão para os anos anteriores à entrada em vigor do regime». Estes objectivos só podem ser atingidos por intermédio de um regime comum «se, em princípio, participarem todas as pessoas pertencentes ao ramo profissional em causa».

25. No debate parlamentar da BprW¹³, o Governo neerlandês referiu o seguinte:

«... a gestão dos fundos de pensões sectoriais tem por objectivo realizar o melhor regime de pensões possível, do ponto de vista social, para o grupo total dos participantes (jovens e idosos). Os abaixo-assinados, não podem imaginar que isso poderia ser de modo diferente no que diz respeito aos fundos de pensões profissionais. Tal como um fundo de pensões sectorial, um fundo de pensões profissional não é constituído como uma empresa comercial, mas como uma empresa com objectivo social que funcionará o melhor possível para os seus inscritos na sua relação social recíproca. Os aspectos comerciais dificilmente podem ser o princípio a este respeito.

12 — Documentos parlamentares (Kamerstukken) II 1968/1969, 10216, n.º 3, p. 9.

13 — Observações de resposta, Bijlagen Hand. (anexos às actas parlamentares) TK 1969/1970, 10216, n.º 3, p. 2.

Nessa medida, a importância das contribuições dos profissionais não deverá ser determinada pela questão de saber se 'poderiam encontrar melhor e mais barato no mercado', mas em vez disso, determinada pela medida da solidariedade no ramo profissional em causa.»

26. O Governo declarou igualmente o seguinte¹⁴:

«Num projecto de lei-quadro como o que agora está em causa, o interesse dos profissionais enquanto grupo deve poder ser respeitado. Isso implica a obrigação, em princípio, de todos os profissionais do sector em causa, se inscreverem no fundo de pensões. Se, em casos especiais, esse imperativo levar à verificação que essa obrigação não corresponde a um interesse individual de um ou vários profissionais do sector, em princípio há que o aceitar: com efeito, qualquer regra de grupo restringe a liberdade individual.»

2. *O estatuto e o regulamento de pensões do Fundo de Pensões dos Médicos Especialistas*

27. O sector profissional dos médicos especialistas, representado pela Landelijke

Specialisten Vereniging der Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (Associação Nacional dos Especialistas da Sociedade Real Neerlandesa de Promoção da Medicina, a seguir «LSV»), em 1973, criou um regime profissional de pensões (*beroepspensionenregeling*) que é regido por estatutos (*statuten*) e por um regulamento de pensões (*pensioenregeling*).

28. Em conformidade com os referidos estatutos, o «Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten» (Fundação Fundo de Pensões dos Médicos Especialistas, a seguir «Fundo») foi criado como pessoa colectiva, na acepção do artigo 2.º, n.º 3, alínea c), da BprW, sob a forma de fundação (*Stichting*), com o objectivo de intervir, em parte, na qualidade de seguradora por sua própria conta e, em parte, na qualidade de órgão de controlo encarregado de velar para que os membros da profissão se segurem eles próprios a título individual.

29. A inscrição no regime foi tornada obrigatória ao abrigo do artigo 2.º, n.º 1, da BprW, por decreto ministerial de 18 de Junho de 1973¹⁵, na sequência de um pedido da LSV. A partir de 31 de Janeiro de 1997, a Order van Medische Specialisten (Ordem dos Médicos Especialistas, a seguir «OMS») substituiu a LSV como organização profissional representativa. 8 000 dos 15 000 médicos especialistas independentes ou assalariados dos Países Baixos são membros da OMS.

14 — Kamerstukken RII 1969/1970, 10216, n.º 5, p. 3.

15 — *Staatscourant* 1973, n.º 121.

30. O artigo 1.º, n.º 1, do regulamento do Fundo prevê a inscrição no regime de qualquer médico especialista, inscrito no registo dos médicos especialistas reconhecidos em conformidade com as regras internas da Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (Sociedade Real Neerlandesa para a Promoção da Medicina), que resida nos Países Baixos, exerça nesse Estado-Membro a profissão de médico especialista e não tenha ainda atingido 65 anos de idade.

31. O artigo 1.º, n.º 2, do regulamento de pensões permite fundamentalmente a duas categorias de médicos especialistas a possibilidade de pedirem que sejam dispensados da inscrição. Essas categorias são, por um lado, a dos médicos especialistas que prevêm, no decurso de um ano civil, exercer a sua profissão exclusivamente a título assalariado e que, por esse facto, por este facto, ficarão cobertos por outro regime de pensões como, por exemplo, um regime que se rege pela BPW ou um regime adoptado pelo empregador antes de 6 de Maio de 1972, que confira prestações de pensão pelo menos equivalentes às conferidas pelo Fundo e, por outro, os médicos especialistas independentes que recebam rendimentos inferiores a um determinado montante, relativamente baixo.

32. Na suas respostas às questões escritas do Tribunal de Justiça, o Governo neerlandês e o Fundo referiram que este último está vinculado às condições enunciadas nesse artigo. Nessas condições, as dispensas de inscrição não podem, em princípio, ser concedidas por motivos que lhe sejam estranhos.

33. Quanto à relação entre os poderes respectivos do ministro competente, nos termos do artigo 26.º da BpW, e os do Fundo, nos termos do artigo 1.º, n.º 2, do regulamento de pensões, permitindo-lhes conceder dispensas de inscrição obrigatória a profissionais, o Governo neerlandês considera que são os membros da profissão que têm a responsabilidade principal em sede da criação e administração do regime de pensões. O papel das autoridades públicas consiste simplesmente em instituir um quadro regulamentar e garantir o funcionamento do sistema. O poder do ministro em matéria de dispensa tem carácter subsidiário em relação ao poder ou à obrigação do Fundo a esse respeito. O ministro só tem o poder de intervir quando as regras aplicáveis (os estatutos, o regulamento de pensões, as directrizes ministeriais) não habilitam o Fundo a conceder uma dispensa.

34. O artigo 44.º do regulamento do Fundo dispõe que a direcção tem o direito, em certos casos específicos, de conceder derrogações ao regulamento de pensões a favor de certos inscritos, desde que a derrogação concedida não prejudique os direitos de terceiros. Segundo o Fundo, esta cláusula de excepção (*hardheidsclausule*) visa aplicar-se a situações particularmente não equitativas: podia, por exemplo, aplicar-se à situação de um profissional que, durante um período de inscrição, constituiu direitos à pensão mínimos.

35. Segundo o Governo neerlandês, embora o Fundo tenha sido constituído

sob a forma de uma fundação de direito privado, as suas decisões em matéria de inscrição obrigatória e de dispensa são susceptíveis de ser contestadas pelas vias de recurso do contencioso administrativo (*Algemene wet bestuursrecht*).

gação possível até atingirem 27 anos de idade;

3. O regime de pensões dos médicos especialistas

36. O regime de pensões dos médicos especialistas, tal como se encontra descrito no regulamento de pensões do Fundo, caracteriza-se essencialmente pelos elementos seguintes:

- a) uma pensão de velhice paga a partir dos sessenta e cinco anos de idade dos inscritos;
- b) uma pensão de sobrevivência, de viuvez, em princípio de 70% da pensão de velhice constituída durante o período do casamento, que será paga ao cônjuge do inscrito falecido;
- c) uma pensão de órfão de 14% (28% para um órfão de pai e mãe) do montante da pensão de velhice, que será paga aos filhos do inscrito falecido até aos 18 anos de idade, com prorro-

d) um mecanismo de indexação que liga as pensões ao aumento geral do nível dos rendimentos;

e) direitos de pensão retroactivos relativos a períodos anteriores à existência do Fundo;

f) em caso de incapacidade de exercício da profissão, por motivo de invalidez, a tomada a cargo do pagamento das contribuições tendo em vista continuar a constituição da pensão;

g) prestações de sobrevivência complementares (*Risicoregeling*) para as viúvas, os viúvos e os órfãos de filiados falecidos durante a sua inscrição, antes de terem atingido 65 anos de idade. Quanto mais jovem for o falecido inscrito, maior será o montante dessas prestações complementares.

37. Os diversos elementos constitutivos do regime de pensões são objecto de diferentes regimes de seguro.

38. A primeira componente desse regime, denominada *normpensioen* (pensão de referência), compreende fundamentalmente a pensão de velhice, pensão de sobrevivência, de viúva ou de viúvo, bem como a pensão de órfão [elementos a) a c)], *segundo o seu valor nominal*, quer dizer sem adaptação das prestações de pensão ao aumento geral dos rendimentos, em conformidade com o elemento mencionado na alínea d).

39. Pode ser útil dar um exemplo da determinação da *normpensioen* (de acordo com as regras em vigor em 1998). O regime de pensões exige anualmente de um inscrito solteiro a constituição de um direito nominal de pensão de 1 194,58 NLG. Se for casado, deve, além disso, constituir um direito suplementar de 836,47 NLG. Um médico especialista com 35 anos, inscrito em 1998, terá assim constituído em 2028, durante um período de inscrição de 30 anos, um direito nominal de pensão anual — a *normpensioen* — de 35 848,80 NLG.

40. Quanto ao seguro relativo à *normpensioen*, a profissão de médicos especialistas optou pela solução prevista no artigo 2.º, n.º 2, alínea b), da BprW. Os membros da profissão são obrigados a segurar a sua *normpensioen*, celebrando um contrato de seguro individual com o Fundo ou com uma companhia de seguros devidamente autorizada. De cinco em cinco anos, os inscritos podem rever a sua escolha. O Fundo vela por que os membros respeitem as suas obrigações de seguro.

41. Uma companhia de seguros que cubra o seguro da *normpensioen* é obrigada a celebrar um acordo com o Fundo. Sob diversos aspectos, o Fundo age na qualidade de intermediário entre os médicos especialistas e a companhia de seguros. É assim que o Fundo recebe as contribuições para a *normpensioen*; essas contribuições são seguidamente transferidas para a seguradora.

42. O Fundo e a companhia de seguros fixam os respectivos prémios para a *normpensioen*, numa base actuarial. Os prémios devidos variam segundo a idade, o sexo e os rendimentos do inscrito, as despesas administrativas do Fundo ou da seguradora, bem como segundo o rendimento das aplicações efectuadas pelo Fundo ou pela seguradora.

43. A segunda componente do regime de pensões compreende os elementos supra-mencionados, de d) a g). Financeiramente, o elemento mais importante é o mecanismo de indexação d) que permite, graças a um coeficiente de adaptação fixado numa base anual, modular as pensões e os direitos à pensão em função do aumento dos rendimentos. É assim que um direito à pensão de 1 000 NLG «constituído» em 1973 valia em 1998 2 074,60 NLG. No exemplo que referimos anteriormente, o direito à pensão de 35 848,80 NLG corresponderá provavelmente a prestações de pensão bastante mais elevadas.

44. Para a segunda parte do seu regime, a profissão optou pela forma prevista no artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da BprW. É o Fundo que administra estes elementos. Não podem ser confiados a uma companhia de seguros privada.

45. Os elementos mencionados nas alíneas d) a f) são financiados por contribuições calculadas numa base actuarial. As reservas relativas aos direitos à pensão retroactivos [elemento mencionado na alínea e)] já foram financiadas. Actualmente, a contribuição relativa a esse elemento do regime é igual a zero. O elemento mencionado na alínea g) é financiado por uma contribuição anual média de valor fixo.

46. O regime não faz selecção dos riscos através de questionários ou exames médicos.

47. O Fundo é um organismo sem fins lucrativos. Os seus lucros são atribuídos aos beneficiários das pensões e aos inscritos sob a forma de um aumento dos seus direitos à pensão.

48. Segundo o Fundo, nos Países Baixos, os farmacêuticos, médicos generalistas, veterinários, fisioterapeutas, dentistas, enfermeiros, advogados, auditores financeiros independentes, corretores, contabilistas, bem como os pilotos da barra do porto de Roterdão criaram outros fundos de pensões profissionais. Os quatro últimos regimes apenas têm um número reduzido de inscritos. O regime dos advogados tem um

objectivo muito limitado e apenas concede prestações de sobrevivência. Os regimes de pensões dos médicos generalistas e dos médicos especialistas são, de longe, os mais importantes em termos de capital investido.

49. Em 31 de Dezembro de 1997, o Fundo tinha 5 951 inscritos, 1 063 antigos inscritos e 4 220 pessoas que beneficiam de pagamentos de pensões. Esta última categoria compreendia 1 238 viúvas ou viúvos, 185 órfãos e 2 797 pessoas beneficiárias de uma pensão de velhice. No fim de 1997, o capital investido do Fundo era de 6 600 milhões de NLG.

III — A tramitação dos processos principais

50. Os demandantes no processo principal, P. Pavlov (processo C-180/98), D. Van der Schaaf (C-181/98), M. Kooyman (C-182/98), E. Weber (C-183/98) e R. Slappendel (C-184/98), são médicos especialistas que exercem a sua profissão num hospital de Nijmegen.

51. É ponto assente para todas as partes que os demandantes eram obrigados a inscrever-se no Fundo até ao final do ano de 1995.

52. Os demandantes consideraram, contudo, que a partir de 1 de Janeiro de 1996, podiam ser dispensados da inscrição no Fundo por força do artigo 1.º, n.º 2, do regulamento do Fundo de pensões¹⁶. Como as suas relações contratuais com o referido hospital sofreram alterações, sustentam que, a partir dessa data, exercem a sua actividade profissional a título de assalariados e são assim obrigatoriamente sujeitos ao *Bedrijfspensioenfonds voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen* (Fundo Sectorial de Pensões de Saúde e de Bem-Estar Psicológico e Social). Foi por esta razão que os demandantes deixaram de pagar as suas contribuições ao Fundo.

53. O Fundo contesta que os demandantes exerçam a sua profissão sob os vínculos de um contrato de trabalho e enviou-lhes injunções de pagamento relativas aos prémios em atraso.

54. Os demandantes deduziram oposição contra essas execuções no *Kantongerecht*.

55. Por decisão interlocutória de 13 de Fevereiro de 1998, o *Kantongerecht* decidiu que, devido à natureza das suas relações contratuais com o hospital, os demandan-

tes não podiam invocar a dispensa prevista no artigo 1.º, n.º 2, do regulamento do Fundo de pensões.

56. No decurso do processo, os demandantes sustentaram que a inscrição obrigatória era contrária a diferentes disposições do Tratado CE.

57. Por decisão interlocutória de 8 de Maio de 1998, o *Kantongerecht* decidiu submeter ao Tribunal de Justiça as três questões, a seguir enunciadas. No despacho de reenvio, o *Kantongerecht* declara ter tomado como modelo para as questões prejudiciais, as anteriormente apresentadas ao Tribunal de Justiça pelo Hoge Raad no processo *Van Schijndel e Van Veen*.

«1) No contexto do alcance da *Wet betreffende verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling (BprW)*... deve ser qualificado como empresa, nos termos dos artigos 85.º, 86.º ou 90.º do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia, um fundo profissional de pensões ao qual, por força ou em conformidade com a *BprW*, estão obrigados a aderir os membros de uma profissão ou uma ou várias categorias determinadas desses membros, com as consequências jurídicas que a lei dá a essa obrigação...?»

16 — V. n.ºs 31 a 33, *supra*.

- 2) Em caso de resposta afirmativa, constitui a obrigação de aderir ao regime de pensões dos médicos especialistas, referida na parte (B), uma medida tomada por um Estado-Membro que anula o efeito útil das regras de concorrência aplicáveis às empresas ou esse é apenas o caso em determinadas circunstâncias e, assim sendo, em quais?
- 3) Caso esta última questão deva ser respondida pela negativa, podem outras circunstâncias fazer com que a referida obrigatoriedade seja incompatível com o disposto no artigo 90.º do Tratado e, assim sendo, quais?»

tram, contudo, que as informações contidas no pedido prejudicial são suficientes para permitir às partes interessadas tomar posição sobre as questões submetidas ao Tribunal de Justiça. Além disso, os documentos anexos ao pedido prejudicial pelo órgão jurisdicional de reenvio, as observações escritas e as respostas às questões colocadas pelo Tribunal de Justiça permitiram que houvesse mais informações disponíveis. Todas essas informações foram incluídas no relatório para audiência. Os Governos interessados tinham, assim, a oportunidade de desenvolverem as suas observações na audiência.

60. Resulta destes elementos, bem como dos n.ºs 38 a 44 do acórdão Albany, que as questões prejudiciais apresentadas ao Tribunal de Justiça são admissíveis.

IV — Admissibilidade

58. Para o Governo helénico, as questões são inadmissíveis. Na sua opinião, o facto de o órgão jurisdicional de reenvio definir de forma insuficiente o contexto factual e regulamentar em que as questões se inserem, torna na prática impossível, para os governos interessados, a apresentação de observações escritas relativamente às matérias tratadas no pedido prejudicial.

59. As observações apresentadas pelos Governos francês e neerlandês, pela Comissão, e, além disso, pelo Governo grego (caso o Tribunal de Justiça considere que o pedido prejudicial é admissível) demons-

V — Alcance das questões prejudiciais

61. De acordo com a análise efectuada pelo Tribunal de Justiça a propósito de questões quase idênticas que lhe foram submetidas no processo Albany, há três aspectos que importa examinar.

62. Em primeiro lugar, os artigos 5.º e 85.º do Tratado opõem-se a uma decisão das autoridades públicas que, a pedido das organizações representativas dos membros de determinada profissão, torna obrigató-

ria a adesão a um fundo profissional de pensões? (Questão 1).

63. Em segundo lugar, um fundo profissional de pensões, como o aqui em causa, deve, nos termos dos artigos 85.º e seguintes do Tratado, ser qualificado de empresa? (Questão 2).

64. Em terceiro lugar, os artigos 86.º e 90.º do Tratado opõem-se a que um Estado-Membro crie um sistema de inscrição obrigatória em regimes profissionais de pensões, como os instituídos nos Países Baixos, e a que, no quadro desse sistema, estabeleça a obrigatoriedade da inscrição num fundo profissional de pensões específico? (Questão 3).

65. Tal como no processo Albany, a terceira questão suscitada pelo órgão prejudicial de reenvio pode também ser entendida no sentido de colocar o problema da compatibilidade do sistema neerlandês com as disposições conjugadas do artigo 90.º e dos artigos 52.º e segs., bem como 59.º e segs. do Tratado CE (que passaram, após alteração, a artigos 43.º e segs. CE e 49.º e segs. CE).

66. Nada indica, contudo, que as partes e o órgão jurisdicional de reenvio tenham discutido a aplicabilidade das regras de liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços ou que exista, no caso em

apreço, um elemento de estraneidade. Além disso, a questão inspira-se na última questão apresentada ao Tribunal de Justiça nos processos Van Schijndel e Van Veen¹⁷. Nestes últimos processos, o Hoge Raad tinha explicitamente recusado submeter ao Tribunal de Justiça uma questão relativa às liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado. Por isso, importa interpretar esta questão no sentido de que respeita apenas aos artigos 90.º e 86.º do Tratado.

VI — A segunda questão: os artigos 5.º e 85.º

67. Verifica-se que, em 1973, a LSV, que era então a organização profissional representativa dos médicos especialistas neerlandeses, instituiu o *beroepspensioenregeling* (regime profissional de pensões), descrito anteriormente. Segundo o Fundo, todos os membros da LSV eram, nessa altura, médicos especialistas independentes. A LSV solicitou em seguida ao ministro responsável que tornasse obrigatória a inscrição no regime. O ministro acolheu esse pedido e adoptou um decreto que tornou obrigatória, para todos os médicos especialistas estabelecidos nos Países Baixos, a inscrição no referido regime.

68. O Kantongerecht tem dúvidas quanto à compatibilidade dessa decreto com os artigos 5.º e 85.º do Tratado. A fundamentação que lhes subjaz pode ser descrita da

¹⁷ — Acórdãos já referidos na nota 1.

seguinte forma¹⁸. Os médicos especialistas são empresas na acepção das regras de concorrência. A instituição, pela LSV, do regime profissional de pensões deve ser qualificada de decisão de associação de empresas na acepção do artigo 85.º, n.º 1. Esta decisão restringe a concorrência entre médicos especialistas, bem como a concorrência no mercado de seguros de pensões e, além disso, afecta o comércio entre Estados-Membros. Viola, assim, o artigo 85.º, n.º 1. Ao tornarem obrigatória a inscrição nesse regime de pensões, os Países Baixos favorecem a adopção de uma decisão contrária ao artigo 85.º, n.º 1 e/ou reforçam os seus efeitos. Nos termos da jurisprudência do Tribunal de Justiça, o decreto é, portanto, contrário aos artigos 5.º e 85.º

70. Os demandantes no processo principal não apresentaram observações ao Tribunal de Justiça. Nas suas observações, os Governos helénico e francês não abordaram esta questão.

71. O processo suscita, designadamente, a questão da relação entre as regras de concorrência do Tratado e as profissões liberais. Como se trata do primeiro processo respeitante a uma profissão liberal típica, ou seja, os médicos¹⁹, e o assunto se pode tornar mais importante no futuro²⁰, pode ser útil apresentar algumas observações preliminares antes de iniciar a análise dos artigos 5.º e 85.º

69. O Fundo, o Governo neerlandês e a Comissão negam que exista infracção aos artigos 5.º e 85.º do Tratado. Nesse sentido, apresentam diversos argumentos. Afirmam que o artigo 85.º, n.º 1 não é aplicável *ratione materiae*, que não há acordo entre empresas ou decisão de associação de empresas, que a concorrência não é restringida de forma sensível e o comércio entre os Estados-Membros não é afectado, que, além disso, o artigo 5.º não poderá aplicar-se visto que o artigo 90.º, n.º 1 constitui uma *lex specialis* e que, de qualquer modo, o sistema neerlandês justifica-se por razões de interesse público.

1. O direito da concorrência e as profissões liberais

72. Sempre que, na presente secção, referir «profissões liberais», estamos a evocar os médicos, advogados, arquitectos e as profissões liberais semelhantes²¹.

18 — V., igualmente, os argumentos de Albany, de Drijvende Bokken e de Brentjens que se encontram resumidamente expostos nas conclusões que apresentei no processo Albany, referido na nota 2, n.ºs 73 a 76.

19 — O Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre a fixação das tarifas profissionais dos despachantes alfandegários italianos no acórdão de 18 de Junho de 1998, Comissão/Itália (C-35/96, Colect., p. I-3851).

20 — Actualmente, existem vários processos no Tribunal de Justiça ou no Tribunal de Primeira Instância sobre a fixação dos honorários dos advogados (C-35/99, Arduino) e dos arquitectos (C-221/99, Conte/Rossi), sobre a proibição de associação entre advogados e revisores de contas (C-309/99, Wouters e o/Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten) e sobre disposições do Código de Conduta do Instituto dos mandatários reconhecidos junto do Instituto Europeu de Patentes (T-144/99, EPI/Comissão).

21 — Quanto aos problemas de uma definição precisa, v. n.º 83, *infra*.

73. Na perspectiva do direito da concorrência, os mercados dos serviços das profissões liberais apresentam as características seguintes²².

74. Em primeiro lugar, as profissões liberais detêm frequentemente um monopólio legal na prestação dos seus serviços (por exemplo, a prestação de serviços de cuidados de saúde em relação aos médicos, as alegações nos tribunais em relação aos advogados, a venda de medicamentos em relação às farmácias).

75. Em segundo lugar, muitas dessas profissões participam no controlo do acesso à profissão. Mesmo quando a decisão final em matéria de acesso à profissão cabe ao Estado, os membros da profissão, por exemplo, fixam a duração do estágio, controlam os programas de estudos ou organizam os exames e exercem a função de júri. Acontece mesmo, por vezes, as próprias profissões serem autorizadas a determinar o número de novos membros que podem aceder anualmente à profissão.

76. Em terceiro lugar, existem frequentes restrições em matéria de publicidade. As regras relevantes na matéria são normalmente redigidas pela profissão e aplicadas pelos organismos profissionais ou pelos tribunais. Essas regras vão desde a proibição total de qualquer forma de publicidade a proibições mais limitadas, como no que

toca aos preços ou à qualidade do serviço oferecido.

77. Em quarto lugar, algumas profissões liberais tentaram fixar tarifas obrigatórias em matéria de honorários e custos. Este tipo de disposições reguladoras vai desde a fixação de honorários mínimos pela própria profissão, até à fixação de honorários máximos pelo Estado, após consulta prévia da profissão em causa.

78. Finalmente, em muitas profissões, a possibilidade de exercer a actividade em causa no quadro de determinadas estruturas comerciais é limitada. Aos membros de uma profissão pode, por exemplo, ser recusada a possibilidade de constituírem sociedades de responsabilidade limitada ou de serem membros de associações ou assalariados pessoas que integrem outras profissões (como os advogados e os revisores de contas).

79. Os oponentes a este tipo de regras defendem que elas constituem restrições à concorrência e que, sendo este tipo de restrições proibido nos outros mercados de bens e serviços, não há razões para as admitir no que diz respeito às profissões liberais.

80. Os seus partidários sustentam que os mercados dos serviços profissionais não podem ser comparados aos mercados «normais», que, na realidade, existe uma forte

22 — V. «Politique de la concurrence et professions libérales», Paris, OCDE, 1985.

concorrência no interior de cada uma dessas profissões, que as restrições respeitantes ao acesso a essas profissões e algumas práticas são necessárias para garantir um elevado nível de qualidade e que é simplista alegar que os membros das profissões liberais são ou deviam ser movidos unicamente por considerações de lucro.

81. Estes pontos de vista opostos levaram, em muitos sistemas nacionais de direito da concorrência, a numerosos litígios e a debates académicos e políticos²³. O mesmo viria a suceder em direito comunitário da concorrência²⁴.

82. Os presentes processos são atípicos deste ponto de vista, uma vez que dizem respeito a uma decisão tomada por uma organização profissional a propósito de pensões complementares e não a uma das cinco categorias de regras acima descritas. Todavia, o acórdão do Tribunal de Justiça nos presentes processos deverá contribuir para a definição do quadro em que os comportamentos e as regras profissionais serão futuramente examinadas. Por isso, é

necessário ter presente três dificuldades recorrentes.

83. Em primeiro lugar, é errado considerar-se as profissões liberais como uma categoria homogênea de operadores económicos. Cada profissão fornece serviços complexos. A natureza desses serviços varia não apenas consoante as diferentes profissões (por exemplo, os arquitectos e os médicos), mas também no interior de uma determinada profissão (por exemplo, os cirurgiões e os psiquiatras). Numa perspectiva internacional, profissões aparentemente idênticas podem, em diferentes Estados, serem objecto de diferentes tipos de formação e prestarem serviços de natureza diferente (arquitectos, notários). Essas diferenças são ilustradas pelas dificuldades em encontrar uma definição comum dessas profissões²⁵.

84. Em segundo lugar, de um ponto de vista económico, os mercados dos serviços profissionais diferem em dois aspectos importantes dos mercados normais de bens e serviços.

85. Existem, em primeiro lugar, os chamados efeitos externos. Estes consistem em benefícios ou perdas (normalmente para a sociedade no seu conjunto), que não têm

23 — V. «Competition Policy and the Professions», já referida na nota 22, pp. 20 a 31; para uma visão mais recente da situação na Alemanha, no Reino Unido e na França, v. Michael König, «*Ständesrechtliche Wettverbsbeschränkungen im gemeinsamen Markt*», Baden-Baden, 1997.

24 — V., por exemplo, C.D. Ehlermann, «Conurrence et professions libérales: antagonismes ou compatibilité?», *Revue du marché commun et de l'Union européenne* 1993, p. 23; L. Idot, «Quelques réflexions sur l'application du droit communautaire de la concurrence aux ordres professionnels», *Journal des Tribunaux, Droit européen*, 1997, p. 73; A. Riesenkampff e S. Lehr, «Membership of Professional Associations and Article 85 of the EC Treaty», *World Competition* 1996, p. 57; e H. Nyssens, «Concurrence et ordres professionnels: les trompettes de Jéricho sonnent-elles?», *Revue de droit commercial belge*, 1999, p. 475.

25 — O Bundesverfassungsgericht (Alemanha) sustentou que era pura e simplesmente impossível definir legalmente as profissões liberais («freie Berufe» na Alemanha); BVerfGE 10, 354 (364); para uma tentativa de definição das características essenciais das profissões liberais, v. «Politique de la concurrence et professions libérales», já referida na nota 22, pp. 9 a 13.

repercussão nos preços²⁶. Se se traduzirem em benefícios, podem resultar, por exemplo, de descobertas científicas; efeitos económicos negativos podem resultar de um contrato mal redigido. É evidente que uma elevada qualidade de serviços gera regularmente efeitos externos positivos e o contrário será o resultado de serviços de qualidade inferior. Por outro lado, a procura de serviços profissionais é muitas vezes uma procura derivada, o que significa que o resultado final que produzem (um parecer de advogado, um projecto de arquitecto) constitui um bem intermédio numa cadeia de produção mais longa. A qualidade desses serviços desempenha, por isso, um papel crucial, constituindo um dos dados decisivos em numerosos sectores da economia nacional. A conclusão a retirar é a de que os membros das profissões liberais não apenas servem os seus clientes, mas também beneficiam o público em geral, o que implica que a sociedade tenha um interesse suplementar na manutenção de um elevado nível de qualidade desses serviços.

86. Em seguida, existe um importante problema designado de assimetria da informação. Essa assimetria surge entre o vendedor e o comprador quando o próprio comprador não pode apreciar plenamente a qualidade do produto que recebe²⁷. Este problema é especialmente agudo no caso das profissões liberais, atenta a natureza altamente técnica dos seus serviços. O consumidor não está em condições para

apreciar a qualidade desses serviços antes de os adquirir, examinando-os (como poderia fazer ao, por exemplo, comprar queijo), mas apenas após os consumir. Mais, acontece por vezes nunca chegar a saber plenamente se o profissional (por exemplo, médico, arquitecto, advogado) prestou um serviço de elevada qualidade. Isto significa que, para os profissionais, que são eles próprios a determinar o grau de atenção que concedem a determinado cliente, é grande a tentação de deliberadamente optarem por uma menor qualidade de serviço, para poupar tempo ou dinheiro, ou fazer com que os clientes recorram de novo aos seus serviços não sendo necessário. É no âmbito das profissões liberais que se encontram os meios habituais de vencer ou diminuir os efeitos negativos de uma informação assimétrica ou, por outras palavras, de prevenir uma atitude precipitada. Os exames de acesso à profissão destinam-se a garantir um nível inicial elevado das capacidades profissionais. Regras em matéria de responsabilidade profissional, as repercussões de uma boa ou má reputação, bem como os regimes de certificação constituem incentivos para explorar plenamente essas qualidades profissionais. Alguns vêm na publicidade um meio de vencer ou diminuir essa assimetria da informação, ao passo que outros sustentam que a publicidade apenas fará exacerbar os problemas. Em qualquer caso, pode concluir-se que é necessário um certo nível de regulamentação desses mercados para contrariar os efeitos dessa assimetria.

87. A terceira dificuldade recorrente é de natureza jurídica. Decorre da relação entre a regulamentação adoptada pelo Estado e a auto-regulamentação profissional. Em muitos sistemas jurídicos, o Estado delega

26 — V. D.W. Carlton, J.M. Peloff, «Modern Industrial Organization», segunda edição, New York 1994, p. 115.

27 — V. «Modern Industrial Organization», já referida na nota 26, p. 558.

poderes regulamentares em organismos profissionais. Esses organismos podem até reger-se pelo direito público. Os fundamentos que invocam no âmbito de litígios em matéria de concorrência comportam muitas vezes argumentos relativos à sua relação com o Estado. Afirmarão, por exemplo, que o legislador previu ou encorajou o comportamento em causa, ou mesmo que obrigou o organismo em questão a adoptar esse comportamento (excepção de ordem pública). Deve também recordar-se que, em muitos sistemas de direito da concorrência, as medidas estaduais não são abrangidas pelo direito da concorrência. Nos litígios que envolvem profissões liberais é, portanto, muitas vezes necessário determinar à partida quem é responsável por um determinado comportamento ou regra (o Estado ou a profissão).

88. As conclusões que aqui importa retirar²⁸ e, de uma forma geral, em relação ao direito comunitário da concorrência são, em minha opinião, as seguintes.

89. Tendo em conta a heterogeneidade das profissões liberais e as características próprias dos mercados em que operam, não é possível aplicar uma fórmula geral; será necessário apreciar, caso a caso, se uma determinada restrição de comportamento conduz de facto, no mercado em causa, a

uma restrição da concorrência na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado²⁹.

90. Além disso, importa examinar se o artigo 85.º, n.º 3 (se for aplicável) pode ser interpretado de forma a ter em conta preocupações relativas à qualidade dos serviços profissionais e à sua importância para a sociedade no seu conjunto³⁰.

91. Em seguida, será necessário aplicar com cuidado as regras relativas às responsabilidades respectivas dos Estados-Membros e dos organismos profissionais. Importa, assim, abordar aspectos decisivos, como a questão de saber se e em que condições uma profissão pode suscitar uma excepção de ordem pública e a questão dos argumentos a que um Estado-Membro pode recorrer para justificar a sua própria intervenção regulamentar no jogo da concorrência dentro das profissões liberais.

92. Concluirei a presente secção com o comentário seguinte. Sustentei que as características específicas dos mercados dos serviços profissionais exigem alguma regulamentação. Os oponentes da auto-regulamentação pela própria profissão insistem para que seja o Estado ou, pelo

28 — V., quanto à relevância das primeira e terceira conclusões que se seguem, os n.ºs 137 e 162, *infra*.

29 — V., igualmente, n.ºs 251 e 252 das conclusões que apresentei no processo Albany.

30 — V. n.º 193, bem como a nota 90 das conclusões que apresentei no processo Albany.

menos, organismos reguladores controlados pelo Estado a regulamentarem as profissões liberais, tendo em conta os riscos de abuso inerentes aos poderes reguladores. Contudo, de um ponto de vista económico, surge de novo um problema de informação. A natureza complexa desses serviços e a sua evolução permanente em razão da alteração frequente dos conhecimentos e desenvolvimentos tecnológicos, tornam difícil, para os parlamentos nacionais e governos, a adopção das regras circunstanciadas e actualizadas necessárias. A auto-regulamentação por membros experientes das profissões liberais é muitas vezes preferível, uma vez que permite reagir com a flexibilidade necessária. O maior desafio para todo o sistema de direito da concorrência consiste, portanto, em prevenir o uso abusivo dos poderes de regulamentação sem suprimir a autonomia de regulamentação das profissões liberais.

93. É neste contexto e à luz das observações apresentadas pelas partes que analisarei agora o artigo 85.º, n.ºs 1 e 5, do Tratado.

2. *Aplicabilidade ratione materiae do artigo 85.º, n.º 1*

94. Segundo o Fundo e o Governo neerlandês, a decisão através da qual os médicos especialistas instituíram um regime profissional de pensões e solicitaram ao ministro competente que declarasse obrigatória a

inscrição nesse regime não integra o âmbito de aplicação material do artigo 85.º, n.º 1. Consideram que a solução adoptada pelo Tribunal de Justiça no acórdão Albany³¹ a propósito dos acordos colectivos concluídos entre o patronato e os sindicatos e relativos a fundos sectoriais de pensões pode ser transposta para o caso em apreço. No n.º 64 desse acórdão, o Tribunal de Justiça considera que o acordo em causa no processo principal, pela sua natureza e pelo seu objecto, não fica sob a alçada do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado. A Comissão propõe uma solução análoga no caso de o Tribunal de Justiça não admitir a fundamentação que defende a título principal, segundo a qual, os médicos especialistas, quando se inscrevem num regime de pensões complementar, devem ser considerados consumidores e não empresas³².

95. O Fundo, bem como o Governo neerlandês, negam, em primeiro lugar, que exista uma diferença significativa entre as disposições de direito neerlandês relativas aos regimes sectoriais de pensões e as relativas aos regimes profissionais de pensões. A Directiva 98/49/CE do Conselho, de 29 de Junho de 1998, relativa à salvaguarda dos direitos a pensão complementar dos trabalhadores assalariados e independentes que se deslocam no interior da Comunidade³³, não distingue as pensões dos trabalhadores assalariados das pensões dos independentes. Em segundo lugar, vários elementos da fundamentação do Tribunal de Justiça no acórdão Albany poderiam, segundo eles, ser transpostos para o caso em apreço; os artigos 3.º,

31 — Já referido na nota 2.

32 — V. n.ºs 114 a 121, *infra*.

33 — JO L 209, p. 46.

alínea i), e 2.º do Tratado³⁴ têm a mesma relevância, as decisões ora em causa foram igualmente tomadas após uma negociação colectiva³⁵ e o objectivo social da decisão é idêntico ao mencionado no acórdão Albany³⁶.

96. Antes de mais, considero que o acórdão Albany, tal como se encontra formulado, está claramente limitado ao caso específico de acordos colectivos entre parceiros sociais em matéria de condições de trabalho e de emprego.

97. Esta conclusão pode já ser deduzida dos n.ºs 53 a 60 do acórdão, que podem ser resumidos da forma seguinte: o Tratado tal como o acordo relativo à política social encorajam as negociações colectivas entre os parceiros sociais, o que permite pensar que esse tipo de concertação entre actores da vida económica é, em princípio, lícito³⁷. Por outro lado, também é manifesto que acordos concluídos no quadro de negociações colectivas entre parceiros sociais, relativos às condições de remuneração e de trabalho, comportam necessariamente alguns efeitos restritivos da concorrência³⁸. Se o Tratado incentiva as negociações colectivas, as consequências que dele decorrem, ou seja, alguns efeitos restritivos da concorrência, não podem ser proibidas pelo artigo 85.º, n.º 1³⁹.

34 — N.º 54 do acórdão.

35 — N.º 59 do acórdão.

36 — N.º 60 do acórdão.

37 — N.ºs 54 a 58 do acórdão.

38 — N.º 59 do acórdão.

39 — N.º 60 do acórdão.

98. Esta linha de fundamentação baseia-se, portanto, em duas características próprias às negociações colectivas entre parceiros sociais, ou seja, o facto de o direito comunitário as encorajar e alguns efeitos restritivos da concorrência que lhes são inerentes. Em consequência, nos n.ºs 60 a 64 do acórdão, o Tribunal de Justiça considerou que, para não ser abrangido pelo direito da concorrência, o acordo em causa deve não só prosseguir um objectivo de carácter social, mas também possuir uma *natureza* específica, ou seja, a de um acordo colectivo concluído no quadro de negociações colectivas entre parceiros sociais.

99. Em seguida, considero que esta isenção especial, reservada aos acordos colectivos concluídos entre parceiros sociais, não poderá ser estendida, por analogia, a outros tipos de acordos ou decisões. Deve recordar-se que o artigo 85.º, n.º 1, abrange explicitamente todas as formas de práticas concertadas. Por outro lado, nos presentes processos, não estão presentes os dois elementos decisivos referidos no acórdão Albany. Os actos das profissões liberais ou as regras que adoptam não comportam necessariamente restrições à concorrência e nenhuma disposição do Tratado incentiva explicitamente a concertação entre profissionais independentes. Assim, no caso vertente, não se verifica esse conflito entre duas categorias de regras do Tratado que, no acórdão Albany, obrigava a uma 'interpretação útil e coerente das disposições do Tratado'.

100. Na realidade, o Fundo e o Governo neerlandês convidam o Tribunal de Justiça

a criar uma excepção ao direito da concorrência com base apenas no objectivo social de um acordo. As suas observações escritas confirmam-no: em primeiro lugar, a decisão da LSV prossegue um objectivo de carácter social, na medida em que tem em vista conceder pensões complementares não apenas aos membros da profissão, mas também aos seus cônjuges e filhos; além disso, as pensões complementares têm uma grande importância social, como o confirma a adopção da directiva relativa à salvaguarda dos direitos a pensão complementar dos trabalhadores assalariados e independentes que se deslocam no interior da Comunidade, já referida, pelo legislador comunitário⁴⁰; finalmente, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que o direito comunitário não prejudica a competência dos Estados-Membros para adaptar os seus sistemas de segurança social⁴¹.

dos entre parceiros sociais, reconhecida no acórdão Albany, não é incompatível com essa jurisprudência, visto que essa isenção decorre não apenas do objecto desses acordos, mas principalmente do quadro em que são conluídos⁴⁴. Por outro lado, o facto de a Comunidade prosseguir uma determinada política, como sucede no domínio das pensões complementares, não subtrai essa área económica à aplicação das regras da concorrência⁴⁵. Assim, o Tribunal de Justiça tem aplicado constantemente as regras de concorrência ao domínio social. O melhor exemplo são os acórdãos Albany, Brentjens e Drijvende Bokken, em que o Tribunal de Justiça qualificou os fundos sectoriais de pensões examinados de empresas, na acepção do artigo 86.º, e examinou a compatibilidade das disposições em causa com os artigos 90.º e 86.º do Tratado.

101. Quanto aos dois primeiros argumentos, já defendi que o direito comunitário da concorrência não contém qualquer excepção generalizada relativa ao domínio social⁴². Contrariamente a numerosos sistemas nacionais de direito da concorrência, as regras comunitárias aplicam-se potencialmente a todos os sectores da economia. Essa é a razão pela qual, em conformidade com uma jurisprudência constante, os sectores não abrangidos pelo âmbito das regras de concorrência devem ser expressamente mencionados no Tratado⁴³. A isenção do direito da concorrência de que beneficiam os acordos colectivos concluí-

102. Quanto ao terceiro argumento, a competência dos Estados-Membros para legislarem num determinado domínio não pode prejudicar a obrigação desses Estados-Membros⁴⁶ (e *a fortiori* dos operadores privados) de respeitarem as proibições que figuram no Tratado.

103. Concluo que o artigo 85.º, n.º 1, se aplica *ratione materiae*.

40 — Já referida na nota 33.

41 — Acórdão de 7 de Fevereiro de 1984, Duphar e o. (238/82, Recueil, p. 523, n.º 16).

42 — V. n.ºs 123 a 130 das conclusões que apresentei no processo Albany, já referido na nota 2.

43 — V., por exemplo, acórdão de 30 de Abril de 1986, Asjes e o. (209/84, 210/84, 211/84, 212/84, 213/84, Colect., p. 1425, n.º 40).

44 — Para mais pormenores, v. n.ºs 183 a 185 das conclusões que apresentei no processo Albany.

45 — V., para mais pormenores, n.º 126 das conclusões que apresentei no processo Albany.

46 — Acórdão de 28 de Abril de 1998, Decker (C-120/95, Colect., p. I-1831).

3. *Decisão de associação de empresas*

104. O Fundo, o Governo neerlandês e a Comissão sustentam que a decisão da LSV de instituir o regime profissional de pensões controvertido e de solicitar ao ministro responsável que torne a inscrição obrigatória não pode ser considerada uma 'decisão de associação de empresas' na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado. Colocam-se três questões.

a) Os médicos especialistas são empresas?

105. Importa, em primeiro lugar, saber se os médicos especialistas devem ser qualificados de empresas, na acepção do artigo 85.º, n.º 1, quando prestam cuidados médicos contra remuneração.

106. É significativo que nenhuma das partes tenha afirmado que os médicos especialistas independentes não integram o âmbito de aplicação *ratione personae* das regras de concorrência. O Fundo defendeu, contudo, que os médicos especialistas assalariados não podiam ser qualificados de empresas.

107. Na sua definição geral, 'o conceito de empresa abrange qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e modo de funcionamento'⁴⁷. Uma vez que, por força da aceitação funcional do conceito, o estatuto jurídico é irrelevante, as pessoas singulares também podem ser consideradas empresas⁴⁸. A ideia subjacente a esta concepção é a de que não é possível tirar proveito da forma jurídica sob a qual se exerce uma actividade económica. Uma actividade económica consiste em oferecer bens e serviços num determinado mercado⁴⁹. A actividade em causa deve poder ser exercida, pelo menos em princípio, com um fim lucrativo⁵⁰.

108. Ao aplicar estes princípios às profissões liberais, o Tribunal de Justiça, no acórdão Comissão/Itália, considerou que os despachantes alfandegários eram empresas⁵¹.

109. O Governo italiano defendeu que, ao exercer uma profissão liberal, à semelhança

47 — V. acórdão de 23 de Abril de 1991, Höfner e Elser (C-41/90, Colect., p. I-1979, n.º 21).

48 — V. acórdão Comissão/Itália, já referido na nota 19, n.ºs 36 a 38 (cuja análise desenvolverei nos n.ºs 108 a 110, *infra*); as conclusões do advogado-geral Lenz no processo do Tribunal Hydrotherm (acórdão de 12 de Julho de 1984, 170/83, Recueil, p. 2999), no ponto b, 1), das conclusões; v., igualmente, a Decisão 76/743/CEE da Comissão, de 26 de Julho de 1976, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CEE (IV/28.996 — Reuter/BASF) (JO L 254, p. 40) (inventor), e a Decisão 78/516/CEE da Comissão, de 26 de Maio de 1978, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CEE (IV/29.559 — RA1/Unitel) (JO L 157, p. 39) (cantor de ópera).

49 — Acórdão de 16 de Junho de 1987, Comissão/Itália (118/85, Colect., p. 2599, n.º 7).

50 — V., nomeadamente, as conclusões que o advogado-geral Tesouro apresentou no processo SAT Fluggesellschaft (acórdão de 19 de Janeiro de 1994, C-364/92, Colect., p. I-43, n.º 9).

51 — Acórdão de 18 de Junho de 1998, já referido na nota 19.

de um advogado, um geómetra, ou um intérprete, o despachante alfandegário não podia ser considerado uma empresa, porque os serviços que presta são de natureza intelectual e porque o exercício da sua profissão necessita de uma licença e implica o respeito de determinadas condições.

110. O Tribunal de Justiça considerou que a actividade dos despachantes alfandegários tem natureza económica, pois prestam, contra remuneração, serviços consistentes no cumprimento de formalidades aduaneiras, bem como outros serviços complementares, como serviços nos domínios monetário, comercial e fiscal, e assumem os riscos financeiros inerentes ao exercício dessa actividade. O facto de a actividade do despachante alfandegário ser uma actividade intelectual, necessitar de uma licença e poder ser prosseguida sem a conjugação de elementos materiais, incorpóreos e humanos não é susceptível de a excluir do âmbito do artigo 85.º do Tratado.

111. Esta fundamentação pode ser directamente transposta para os presentes processos. Enquanto operadores económicos independentes, os médicos especialistas não assalariados prestam serviços no mercado dos serviços médicos especializados. Exigem e obtêm dos seus pacientes uma remuneração pelos seus serviços. Assumem os riscos inerentes ao exercício dessa actividade. A natureza complexa e técnica dos seus serviços e a circunstância de o exercício da sua profissão ser regulamentado não

são susceptíveis de influenciar a qualificação que importa atribuir-lhes para efeitos da aplicação das regras de concorrência.

112. É mais difícil determinar a qualificação a atribuir aos médicos especialistas assalariados. Em princípio, os assalariados que prestam o seu trabalho contra remuneração não são abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 85.º, n.º 1⁵². Todavia, esses profissionais assalariados não são ‘trabalhadores’ típicos. Por vezes, o seu ‘salário’ está directamente ligado às perdas e lucros do seu empregador e não exercem realmente a sua actividade ‘sob a direcção’ do seu empregador. Pertencem, assim, a uma das áreas-limite evocadas nas conclusões que apresentei no processo Albany⁵³. No contexto dos presentes processos, não é, contudo, necessário tomar posição definitiva sobre esta questão uma vez que, quando a decisão controvertida foi adoptada, todos os membros da LSV eram médicos especialistas independentes.

113. Conclui-se que os médicos especialistas independentes, como o são os membros da LSV, devem ser qualificados de empresas na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado.

52 — V. as conclusões que apresentei no processo Albany, já referido na nota 2, n.ºs 209 a 217, e v. ainda o acórdão de 16 de Setembro de 1999, Bécu e o. (C-22/98, Colect., p. I-5665, n.ºs 24 a 26).

53 — N.º 217 das conclusões.

b) Os médicos especialistas agem na qualidade de empresas ou na qualidade de consumidores, quando instituem um regime profissional de pensões?

estão a executar actos ligados às suas actividades profissionais. É a respeito destes que as regras de concorrência se devem aplicar.

114. A Comissão admite que os médicos especialistas independentes exercem uma actividade económica quando prestam serviços médicos contra remuneração. Sustenta, contudo, que, no caso em apreço, não agiram como empresas, mas como consumidores finais. A Comissão equipara a sua decisão conjunta de constituir um regime complementar de pensões a uma decisão de investimento nos mercados financeiros ou à compra de uma casa de férias. As actividades de consumo final eram estranhas ao âmbito das regras de concorrência.

116. A questão suscitada pelos presentes processos é, portanto, a de saber qual a qualificação a dar às contribuições pagas pelos profissionais para um regime de pensões do segundo pilar no contexto neerlandês.

115. Quando as pessoas singulares são consideradas empresas, é útil, em meu entender, distinguir entre as actividades ligadas à sua esfera de actividade económica e as que relevam da sua esfera pessoal. Contrariamente às pessoas colectivas, que não têm 'vida privada', as pessoas singulares podem agir na qualidade de empresas ou na qualidade de consumidores finais. Quando agem nesta última qualidade, as pessoas singulares escapam à aplicação das regras de concorrência, uma vez que os artigos 85.º e seguintes do Tratado só se aplicam às 'empresas'. Daí resulta que, quando os profissionais acordam entre si organizar férias nas Bahamas ou comprar bilhetes para a ópera, não ficam sob a alçada do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado. Em contrapartida, quando os médicos compram um equipamento médico ou quando os advogados alugam escritórios,

117. A argumentação da Comissão é a seguinte. Quando um empregador paga contribuições de pensão em relação aos seus assalariados (é certo que essas contribuições devem ser qualificadas de salários), esse pagamento integra-se na actividade económica principal do empregador⁵⁴. No caso de profissionais que exercem a sua actividade de forma independente, o empregador e o empregado são a mesma pessoa e, assim, não existe salário. É por isso que a constituição de uma pensão complementar, destinada ao próprio profissional, não é uma actividade comparável, por exemplo, à aquisição de um novo equipamento médico, mas uma actividade de consumo pessoal.

118. Este raciocínio não me convence inteiramente. Na minha opinião, deve distinguir-se entre os rendimentos profissionais que permanecem na esfera de uma 'empresa' profissional e aí são reinvestidos

⁵⁴ — V., igualmente, n.º 229 das conclusões que apresentei no processo Albany.

e aqueles que são definitivamente subtraídos a essa esfera para serem investidos na esfera pessoal.

119. Quando um profissional utiliza uma parte dos seus rendimentos para, numa base voluntária, realizar um seguro de vida do terceiro pilar, o rendimento assim utilizado foi subtraído à esfera profissional para ser reinvestido na esfera pessoal. Esta análise é corroborada pela circunstância de que esse mesmo investimento podia ser feito com rendimentos provenientes, por exemplo, de uma vinha pertencente à família do profissional. Esse investimento é, portanto, comparável à compra de um quadro valioso ou de uma casa de férias.

120. Em contrapartida, as contribuições destinadas a pensões incluídas no primeiro e no segundo pilares estão ligadas à esfera da actividade profissional. Não é por acaso que os regimes em causa são qualificados de regimes *professionais* de pensões (*beroepspensionenregeling*): a inscrição nesses regimes começa e acaba com o exercício da profissão; todos os membros de uma profissão estão inscritos no mesmo regime do segundo pilar, enquanto as pessoas estranhas à profissão não o podem fazer; as pensões a constituir e, em consequência, os prémios a pagar variam consoante os rendimentos profissionais do membro inscrito. Em última análise, os regimes profissionais de pensões oferecem um mecanismo destinado a repartir os rendimentos *professionais* (e não pessoais). As contribuições para esses regimes devem, assim, ser analisadas como constituindo

rendimentos que permanecem no interior da esfera profissional.

121. Por conseguinte, concluo que quando os médicos especialistas celebram acordos relativos às pensões profissionais actuam na qualidade de empresas na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado.

c) A LSV actua na qualidade de associação de empresas?

122. Segundo o Governo neerlandês, uma associação profissional como a LSV não pode ser qualificada de empresa pois não exerce actividade económica.

123. Todavia, o problema suscitado no caso em apreço não consiste em saber se, quando age por sua própria conta, a associação infringe as regras de concorrência, mas sim se os médicos especialistas infringem as referidas regras quando agem através da sua associação⁵⁵. Assim, a questão colocada não é a de saber se a organização profissional agiu na qualidade de empresa, mas se cada um dos membros da referida associação agiu nessa qualidade.

55 — Sobre esta distinção, v. n.ºs 218 a 227 das conclusões que apresentei no processo Albany.

124. O Fundo sustenta, antes do mais, que não se trata de associação de empresas visto que um determinado número de membros da profissão exerce a sua actividade enquanto assalariado. Em seguida, na opinião do Fundo, era discriminatório qualificar a LSV de associação de empresas, uma vez que outras organizações profissionais, como a *Nederlandse Orde van Advocaten* (Ordem dos Advogados neerlandesa), se regem pelo direito público e têm poderes regulamentares. Finalmente, a principal missão das organizações representativas dos médicos especialistas consiste na defesa dos rendimentos dos seus membros no quadro de negociações com as autoridades neerlandesas sobre as remunerações e os honorários ligados aos seus serviços. Esta missão inclui as pensões complementares, que fazem parte dos rendimentos dos reformados. Na opinião do Fundo, é 'evidente' que a defesa dos interesses dos médicos especialistas não releva do artigo 85.º do Tratado.

125. Quanto ao primeiro desses argumentos, não é de modo algum necessário determinar se uma organização profissional que inclui membros independentes e membros assalariados é uma associação de empresas, visto que, no momento relevante para o litígio, a LSV apenas tinha membros independentes.

126. O segundo argumento apresentado pelo Fundo é erróneo (na sua formulação), pois parte do princípio de que os organismos profissionais que se regem pelo direito público e estão habilitados a exercer poderes regulamentares não estão abrangidos pelas regras de concorrência. Esta afirma-

ção é contrariada por uma jurisprudência solidamente estabelecida. O quadro jurídico em que é tomada uma decisão de associação, bem como a qualificação jurídica dada a esse quadro pela ordem jurídica nacional são irrelevantes para efeitos da aplicabilidade do artigo 85.º do Tratado⁵⁶.

127. O terceiro argumento apresentado pelo Fundo é igualmente desprovido de fundamento. É certo que o Tribunal de Justiça reconheceu que as decisões de um comité ou de um organismo dotado de poderes regulamentares, num determinado sector, podem não ser abrangidas pelo artigo 85.º, n.º 1. Mas isso é apenas válido quando a maioria dos membros sejam representantes do poder público e quando o comité ou o organismo em questão devam respeitar, na adopção das suas propostas, um certo número de critérios de interesse público⁵⁷. Nos presentes processos, como no relativo aos despachantes alfandegários⁵⁸, nenhum elemento permite pensar que as autoridades públicas tinham a possibilidade de influenciar o processo de decisão no seio da LSV, e o próprio Fundo afirmou que a LSV apenas agiu tendo em vista interesses económicos da profissão.

128. Conclui-se que a decisão da LSV em apreço deve ser qualificada de decisão de associação de empresas.

56 — Acórdãos de 30 de Janeiro de 1985, *BNIC/Clair* (123/83, Recueil, p. 391, n.º 17) e *Comissão/Itália*, já referido na nota 19, n.º 40).

57 — Acórdão de 5 de Outubro de 1995, *Centro Servizi Spediporto (C-96/94, Colect., p. I-2883, n.ºs 22 a 25)*.

58 — Acórdão *Comissão/Itália*, já referido na nota 19, n.ºs 39 a 44.

4. *Restrição da concorrência*

129. No caso vertente, a questão que se coloca é a seguinte: a decisão pela qual a LSV instituiu o regime profissional de pensões acima descrito e solicitou ao ministro que tornasse obrigatória a inscrição nesse regime tem por objecto ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado?

130. Na audiência, o Fundo sustentou que, pelas razões que expus nas conclusões que apresentei no processo Albany⁵⁹, não existe restrição da concorrência. Nem o Governo neerlandês, nem a Comissão apresentaram observações a este respeito.

131. Em meu entender, a fundamentação que expus nas conclusões que apresentei no processo Albany pode efectivamente, em larga medida, ser transposta para o caso em apreço.

132. A decisão da LSV pode ser decomposta em três elementos que, por razões de comodidade, designarei, respectivamente, de elemento material, elemento institucional e elemento político.

133. Na análise, a que irei proceder, da questão de saber se esses elementos têm por efeito restringir a concorrência, será útil recordar que, antes da intervenção do ministro, a inscrição no regime de pensões era absolutamente voluntária.

a) Elemento material: harmonização dos custos e benefícios das pensões complementares no interior da profissão

134. O primeiro elemento da decisão da LSV que importa analisar abrange os acordos materiais em matéria de pensões descritos anteriormente⁶⁰. Esses acordos prevêm que os inscritos no regime devem pagar contribuições de determinado montante, que variam consoante a idade, sexo e rendimentos. Em contrapartida, o inscrito adquire direitos à pensão correspondente. Quanto à segunda parte do regime, que é gerida apenas pelo Fundo⁶¹, os custos e benefícios definitivos do regime são necessariamente idênticos para todos os inscritos. Contudo, não estão harmonizados em relação à *normpensioen*⁶². Quanto a esta, os custos e benefícios dependem do segurador escolhido pelo inscrito (o Fundo ou um segurador comercial).

60 — V. n.ºs 36 a 45, *infra*.

61 — V. n.ºs 43 a 45, *infra*.

62 — V. n.ºs 38 a 42, *infra*.

59 — N.ºs 245 a 294 das conclusões, referidas na nota 2.

135. Assim, a decisão em causa harmoniza parcialmente (no que se refere à segunda parte da pensão) os custos de uma pensão complementar, abrangida pelo segundo pilar, em relação aos médicos especialistas.

136. À primeira vista, esta harmonização restringe a concorrência no que diz respeito ao factor custo no mercado de serviços dos médicos especialistas. Os membros da profissão não fazem concorrência entre si para obter um seguro mais barato em relação a essa parte do rendimento de pensão.

137. Todavia, defendi anteriormente que os mercados de serviços profissionais diferem dos mercados normais⁶³. Além, disso, a decisão complexa sobre que nos debruçamos não pode, evidentemente, ser analisada de acordo com os mesmos princípios de um acordo de fixação horizontal dos preços. Desse ponto de vista, nas conclusões que apresentei no processo Albany, afirmei que a latitude da aplicabilidade das regras comunitárias da concorrência (por comparação com alguns sistemas nacionais) implicava, para se determinar se há restrição da concorrência, a necessidade de se atender às características económicas específicas de determinado sector ou categoria de acordos⁶⁴. Essa é a razão pela qual, nos processos relativos a sectores económicos específicos ou a categorias de acordos específicos, o Tribunal de Justiça foi além da simples identificação das restrições

devidas ao comportamento de operadores individuais e procedeu a uma apreciação do conjunto dos efeitos do acordo em causa a nível da concorrência⁶⁵. Por conseguinte, nos presentes processos é necessário proceder a uma análise realista (que inclua os argumentos de carácter económico) dos efeitos restritivos da decisão em apreço.

138. Uma análise deste tipo implica que as restrições teóricas da concorrência que acabam de ser descritas não têm, na realidade, efeitos significativos a nível do mercado dos serviços dos médicos especialistas e que não se trata de uma restrição 'sensível' na acepção da jurisprudência do Tribunal de Justiça⁶⁶.

139. Com efeito, em primeiro lugar, só um factor de custo é objecto de uma harmonização. A concorrência é obviamente menos afectada quando todos os profissionais são obrigados, por exemplo, a pagar as mesmas tarifas telefónicas do que quando exigem honorários idênticos.

140. Em segundo lugar, por comparação com outros factores, os custos do regime de pensões são na realidade pouco importantes. Com efeito, deve recordar-se que as

63 — V. n.ºs 82 a 86 e 89, *infra*.

64 — V. n.ºs 250 a 252 das conclusões que apresentei no processo Albany.

65 — Para as referências, v. notas 115 e 116 das conclusões que apresentei no processo Albany.

66 — V. acórdão de 9 de Julho de 1969, *Völk* (5/69, *Collect.* 1969-1970, p. 95); para uma fundamentação análoga à adoptada no caso em apreço, v. Decisão 86/507/CEE da Comissão, de 30 de Setembro de 1986, relativa a um procedimento de aplicação do artigo 85.º do Tratado CEE (IV/31.362 — *Irish Bank's Standing Committee*) (JO L 295, p. 28, n.º 16).

contribuições de pensão devidas não representam o custo do seguro. Para avaliar o seu verdadeiro montante importa ter em conta os direitos à pensão obtidos em troca das contribuições. Tratando-se de um regime sem fins lucrativos, como o que está em causa no regime dos médicos especialistas, os custos reais provêm unicamente das despesas de administração do fundo e dos investimentos não rentáveis das contribuições.

141. Em terceiro lugar, o factor de custo em causa pouco tem a ver com o mercado dos serviços⁶⁷. A remuneração final dos serviços dos médicos especialistas dependerá de muitos factores de custo mais importantes e mais directos. A concorrência será mais afectada se, por exemplo, todos os médicos de uma determinada especialidade adquirissem a mesma máquina cara.

142. Por último, os médicos especialistas prestam (como fazem todos os membros de profissões liberais) serviços personalizados que não são homogéneos. Qualquer serviço prestado por um médico possui qualidades diferentes e características diferentes. Além disso, os médicos especialistas podem influenciar consideravelmente a qualidade dos seus serviços (por exemplo, dispendendo mais tempo num determinado caso). Assim, ainda que os custos ligados a esses serviços fossem rígidos, a concorrência, do ponto de vista da qualidade, seria normalmente forte.

143. Concluo, portanto, que o elemento material da decisão não restringe sensivelmente a concorrência.

b) Elemento institucional: criação de uma pessoa colectiva destinada a velar pelo respeito do regime e a geri-lo

144. A LSV decidiu, em segundo lugar, criar uma pessoa colectiva (o Fundo) destinada a agir como seguradora por sua própria conta e como órgão de controlo, garantindo que os médicos especialistas inscritos façam o seguro em relação à *normpensioen*. As actividades de seguro abrangem o seguro da *normpensioen* e o seguro nos termos da segunda parte do regime. Quanto à primeira, os participantes podem escolher entre o Fundo e um segurador privado; quanto à segunda, o Fundo é o único segurador.

145. A criação do Fundo deve ser analisada como uma forma institucionalizada de cooperação horizontal voluntária entre os médicos especialistas independentes⁶⁸.

146. Como qualquer cooperação entre empresas em matéria de contabilidade ou de consultoria fiscal, a criação de um fundo comum permite aos médicos especialistas

67 — Sobre a importância deste argumento, v., por exemplo, comunicação da Comissão relativa ao tratamento das empresas comuns com carácter de cooperação à luz do artigo 85.º do Tratado CEE [JO 1993, C 43, p. 2, ponto III., 2, alínea d)].

68 — V. n.ºs 258 e 259 das conclusões que apresentei no processo Albany.

em questão repartir os riscos segurados e realizar economias de escala na gestão das contribuições e dos pagamentos de pensão, do mesmo modo que nas modalidades de depósito dos activos.

é uma restrição conexa justificada, destinada a garantir a fidelidade dos inscritos e uma certa estabilidade a nível da inscrição no Fundo e nos seguradores⁷¹.

147. Por outro lado, a cooperação na gestão de pensões cobre um domínio que não diz directamente respeito aos serviços prestados pelos médicos especialistas. Inscreve-se num domínio tão distante do mercado desses serviços quanto o da contabilidade comum.

148. Nestes termos, os efeitos favoráveis desta cooperação institucionalizada no domínio da gestão a nível da concorrência são bastante mais importantes do que os seus eventuais efeitos (teóricos) anticoncorrenciais. Tal como a criação de uma cooperativa agrícola, a criação do fundo melhora a eficácia. Neste aspecto, não é visada pelo disposto no artigo 85.º, n.º 1⁶⁹.

149. A restrição relativa aos membros que deixam o regime é consequência do decreto do ministro que torna a inscrição obrigatória, que adiante analisarei. A regra que só permite aos inscritos mudar de segurador da *normpensioen* de cinco em cinco anos⁷⁰

150. Relativamente aos efeitos da exclusão das companhias de seguros do domínio da pensão profissional voluntária, o princípio da liberdade contratual permite aos médicos especialistas confiar a gestão das suas pensões a um regime controlado pelos representantes da profissão, em vez de celebrarem contratos de seguro (de grupo) com as companhias de seguros comerciais⁷². De qualquer modo, as companhias de seguros têm a possibilidade de concorrer com o Fundo no seguro da *normpensioen*. Os problemas com que as companhias de seguros deparam prendem-se com o facto de todos os médicos especialistas estarem inscritos no regime, o que significa que mesmo os profissionais que desejem fazer um seguro individual junto de uma companhia de seguros privada não o podem fazer. Mas trata-se, neste caso, de um efeito do decreto do ministro, que analisarei a seguir.

151. Devo concluir que os acordos institucionais, como aqueles que aqui estão em causa, não restringem a concorrência.

69 — V., para mais pormenores, n.ºs 262 a 270 das conclusões que apresentei no processo Albany.

70 — V. n.º 40, *infra*.

71 — V. acórdão de 12 de Dezembro de 1995, Oude Luttikhuis e o. (C-399/93, Colect., p. I-4515, n.ºs 13 e 14), bem como n.ºs 271 a 275 das conclusões que apresentei no processo Albany.

72 — V., para mais pormenores, n.ºs 276 a 286 das conclusões que apresentei no processo Albany.

c) Elemento político: pedido apresentado ao ministro

5. *Relação entre os artigos 5.º e 85.º, n.º 1*

152. Em terceiro lugar, a LSV decidiu pedir ao ministro competente que tornasse obrigatória a inscrição no regime de todos os médicos especialistas estabelecidos nos Países Baixos.

156. A questão que aqui se coloca é a de saber se, ao tornar obrigatória, a pedido da LSV, a inscrição no regime de pensões de todos os médicos especialistas estabelecidos nos Países Baixos, as autoridades neerlandesas violaram os artigos 5.º e 85.º, n.º 1, do Tratado.

153. No caso vertente, aplica-se a fundamentação que expus nas conclusões que apresentei no processo Albany⁷³. Daí que, por si só, o pedido submetido ao ministro não restringe a concorrência.

157. O artigo 5.º, segundo parágrafo, do Tratado, que estabelece que os Estados-Membros abster-se-ão de tomar quaisquer medidas susceptíveis de pôr em perigo a realização dos objectivos do Tratado, impõe aos Estados-Membros que não adoptem ou mantenham em vigor medidas, de natureza legislativa ou regulamentar, susceptíveis de eliminar o efeito útil das regras de concorrência aplicáveis às empresas. Assim, é proibido a um Estado-Membro impor ou favorecer a celebração de acordos, decisões ou práticas concertadas contrários ao artigo 85.º ou reforçar os seus efeitos.

154. Por conseguinte, nenhum dos três elementos inerentes à decisão da LSV restringe sensivelmente a concorrência. Assim, não é necessário examinar os efeitos dessa decisão sobre o comércio entre Estados-Membros.

158. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça⁷⁴, uma medida estatal desse tipo só é ilegal se apresentar um nexo com um comportamento anticoncorrencial das empresas.

155. Nestes termos, concluo que a decisão da LSV de criar o regime profissional de pensões e de solicitar ao ministro competente que aprove um decreto que torne obrigatória a inscrição no regime não viola o artigo 85.º, n.º 1, do Tratado.

73 — N.ºs 287 a 294.

74 — V., por exemplo, o dispositivo do acórdão de 17 de Novembro de 1993, Meng (C-2/91, Colect., p. 5751).

159. No caso em apreço, a decisão do ministro, que torna obrigatória a inscrição no Fundo, obriga os médicos especialistas que não desejem tornar-se membros da LSV ou concluir acordos complementares em matéria de pensões, a inscreverem-se no regime profissional de pensões em causa. O decreto em questão reforça os efeitos da decisão da LSV que cria o regime⁷⁵.

160. Ora, segundo a actual jurisprudência do Tribunal de Justiça⁷⁶, o decreto não é contrário aos artigos 5.º e 85.º do Tratado, na medida em que, por si só, a decisão da LSV não restringe sensivelmente a concorrência e, em consequência, é compatível com o artigo 85.º, n.º 1.

161. Devo confessar que não considero essa jurisprudência, que estabelece uma ligação directa entre a legalidade de um acto privado e de uma medida tomada por um Estado-Membro, muito satisfatória em relação a situações como as que se apresentam no caso em apreço; a decisão da LSV não cai sob a alçada do artigo 85.º, n.º 1, em virtude de os seus efeitos restritivos serem a consequência de uma intervenção estatal posterior; por sua vez, essa intervenção do Estado não cai sob a alçada do artigo 5.º em virtude de, por si só, a decisão da LSV não ser suficientemente restritiva da concorrência. Assim, nem a concertação entre médicos especialistas, nem a medida em causa adoptada pelo Estado podem ser contestadas ao abrigo do direito comunitário da concorrência, embora o ministro não tenha podido res-

tringir a concorrência sem ter havido uma concertação prévia entre os operadores económicos.

162. Defendi anteriormente que, em qualquer sistema de direito da concorrência, as regras que definem as responsabilidades respectivas do Estado e dos organismos profissionais são de uma importância crucial se esse sistema tiver por objectivo estabelecer um justo equilíbrio entre a prevenção de práticas anticoncorrenciais e a preservação da autonomia reguladora das profissões em causa⁷⁷.

163. Em casos como o presente, era portanto mais satisfatório admitir *prima facie* uma infracção que possa ser justificada por razões de interesse público. Na minha opinião, as medidas adoptadas pelos Estados-Membros respeitam o artigo 5.º, segundo parágrafo, quando, embora reforçando os efeitos restritivos de uma concertação entre empresas, são tomadas com um objectivo de interesse público legítimo e claramente definido, e quando os Estados-Membros controlam activamente essa concertação. Em certos casos, o artigo 90.º, n.º 2, pode igualmente ser aplicável. No caso em apreço, é quase certo que o decreto que torna a inscrição obrigatória se justificava por razões de natureza social.

164. Deveria optar-se por uma solução análoga se o Tribunal de Justiça decidisse

75 — Acórdão de 3 de Dezembro de 1987, BNIC/Aubert (136/86, Colect., p. 4789, n.ºs 22 a 24).

76 — Acórdão de 18 de Junho de 1998, Corsica Ferries France (C-266/96, Colect., p. 1-3949, n.º 51).

77 — V. n.ºs 87 e 91, *supra*.

que a decisão da LSV restringia sensivelmente a concorrência, afectava o comércio entre os Estados-Membros e, assim, infringia o artigo 85.º, n.º 1. Nos termos da actual jurisprudência do Tribunal de Justiça, parece que o decreto ministerial analisado devia ser automaticamente declarado contrário aos artigos 5.º e 85.º⁷⁸. Todavia, ainda que, considerada isoladamente, a concertação entre operadores privados (por exemplo, no domínio social ou no domínio do ambiente) restrinja a concorrência na acepção do artigo 85.º, n.º 1, o Estado pode ter razões legítimas para reforçar e oficializar os efeitos dessa concertação por razões de interesse público.

165. Nestes termos, concluo que, no caso em apreço, quer se baseie ou não na actual jurisprudência do Tribunal de Justiça e quer a decisão da LSV restrinja ou não sensivelmente a concorrência, não devia, em meu entender, considerar-se existir violação dos artigos 5.º e 85.º

VII — A primeira questão: qualificação do Fundo como empresa

166. Coloca-se a questão de saber se um fundo profissional de pensões, como o Fundo em causa, é uma 'empresa' na acepção das regras de concorrência do Tratado. Para o efeito, importa determinar se as actividades do Fundo são de natureza económica.

167. Na audiência, o Fundo e a Comissão sustentaram que o Fundo é uma empresa. O Governo neerlandês manifestou dúvidas quanto à possibilidade de transpor para o caso em apreço a fundamentação adoptada no acórdão Albany. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça considerou que os fundos sectoriais de pensões neerlandeses são empresas. Os Governos francês e helénico defendem que as actividades do Fundo não são de natureza económica.

168. O Fundo desempenha três funções diferentes no quadro do regime de pensões dos médicos especialistas.

169. Em primeiro lugar, quanto à *normpensioen*, é um prestador potencial de serviços de seguro de pensões para os inscritos no regime que optaram por segurar a sua *normpensioen* junto do Fundo⁷⁹.

170. Em seguida, ainda no que se refere à *normpensioen*, controla o cumprimento das condições de inscrição dos membros que optaram por fazer o seguro dessa parte do regime junto de uma companhia de seguros⁸⁰.

78 — V. acórdão de 18 de Junho de 1998, Comissão/Itália, já referido na nota 9, n.ºs 52 a 60.

79 — V. n.ºs 38 e 42, *supra*.

80 — V. n.º 40, *supra*.

171. Por último, quanto à segunda parte do regime profissional de pensões (indexação, direitos retroactivos à pensão, regime de invalidez, prestações complementares para os sobreviventes), o Fundo age na qualidade de segurador com um direito exclusivo⁸¹.

172. No quadro da primeira dessas funções, o Fundo desempenha manifestamente uma actividade económica, em concorrência com as companhias de seguros e, desse ponto de vista, actua na qualidade de empresa.

173. Quanto à actividade de controlo dos contratos de seguro celebrados pelos profissionais participantes com as companhias de seguros privadas, o Fundo desempenha, em meu entender, uma missão que releva do exercício da autoridade pública; essa missão é comparável à vigilância contra a poluição que era confiada, no porto de Génova, a uma entidade de direito privado (acórdão Cali) e às actividades da Euro-control (acórdão SAT)⁸². Não existia, possivelmente, nenhuma entidade capaz de, por sua própria iniciativa, cumprir essa missão a título lucrativo.

81 — V. n.ºs 43 a 45, *supra*.

82 — V. n.ºs 311 a 314 das conclusões que apresentei no processo Albany, já referido na nota 2.

174. É mais difícil qualificar o papel desempenhado pelo Fundo no âmbito da segunda parte do regime profissional de pensões.

175. As características seguintes são irrelevantes: o Fundo não prossegue fins lucrativos⁸³, prossegue um objectivo social⁸⁴ e os investimentos que o Fundo pode efectuar estão sujeitos a restrições e a controlos⁸⁵. Tal como o Tribunal de Justiça declarou no acórdão Albany, esses obstáculos podem justificar o direito exclusivo do Fundo de gerir um regime complementar de pensões. Todavia, não impedem que se considere que a actividade exercida pelo Fundo é uma actividade económica⁸⁶.

176. Em contrapartida, os elementos de solidariedade inerentes a um regime profissional de pensões podem ser relevantes⁸⁷, e isto porque um regime profissional de pensões pode conter tantos elementos relevantes de solidariedade que nenhum segurador pode oferecer esse tipo de seguro no mercado.

83 — Acórdão de 29 de Outubro de 1980, Van Landewyck/Comissão (209/78 a 215/78 e 218/78, Recueil, p. 3125, n.º 21); v., igualmente, o n.º 85 do acórdão Albany, bem como o n.º 336 das conclusões que apresentei nesse processo.

84 — Acórdão de 30 de Abril de 1974, Sacchi (155/73, Colect., p. 223, n.ºs 13 e 14); v., igualmente, o n.º 86 do acórdão Albany bem como o n.º 336 das conclusões que apresentei nesse processo.

85 — V. o n.º 86 do acórdão Albany bem como o n.º 335 das conclusões que apresentei nesse processo.

86 — V. o n.º 85 do acórdão Albany bem como o n.º 330 das conclusões que apresentei nesse processo.

87 — Implícito no n.º 85 do acórdão Albany e explícito no n.º 343 das conclusões que apresentei nesse processo.

177. No caso em apreço, a segunda parte do regime contém vários elementos importantes de solidariedade profissional: um mecanismo de indexação, direitos à pensão retroactivos, um regime de invalidez e prestações complementares para os sobreviventes. Além disso, não há selecção dos riscos efectuada através de exames médicos.

Fundo e os riscos ligados aos seus investimentos criam o risco de comportamentos que as regras de concorrência visam impedir. Por isso, mais uma vez, a mesma análise se impõe; embora as exigências de solidariedade acima enumeradas possam parcialmente justificar os direitos exclusivos do Fundo, na perspectiva do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado, não são suficientes para impedir que essas actividades sejam consideradas actividades económicas.

178. Por último, contudo, os seguintes elementos levam à conclusão de que o Fundo deve ser considerado uma empresa: os elementos de risco que contém (incluindo o mecanismo de indexação) são financiados de acordo com o princípio da capitalização; o Fundo determina as contribuições e as prestações de forma autónoma, de acordo com princípios actuariais. Daí resulta que o montante das prestações fornecidas depende dos seus custos administrativos, bem como dos resultados financeiros dos seus investimentos; não parece existir uma garantia do Estado contra os riscos resultantes de maus investimentos. Finalmente, o Fundo está sujeito ao controlo da Câmara dos Seguros, que também controla as companhias de seguros⁸⁸.

180. Nestes termos, concluo que o Fundo, ao garantir a *normpensioen* e a segunda parte do regime, age na qualidade de empresa na acepção das regras de concorrência do Tratado.

VIII — A terceira questão: os artigos 90.º, n.º 1, e 86.º do Tratado

179. O princípio da capitalização e o controlo exercido pela Câmara dos Seguros são elementos indicadores, para uma companhia de seguros normal, de que, pelo menos potencialmente, pode exercer essa actividade de seguros. A autonomia do

181. A última questão é a de saber se um Estado-Membro viola os artigos 90.º, n.º 1, e 86.º do Tratado ao instituir um sistema de inscrição obrigatória em regimes profissionais de pensões, como o estabelecido pelos Países Baixos, e quando, no âmbito desse sistema, torna obrigatória a inscrição num regime profissional de pensões específico.

88 — V. os n.ºs 81 e 82 do acórdão Albany bem como os n.ºs 338 a 342 das conclusões que apresentei nesse processo.

1. *Aplicabilidade dos artigos 90.º, n.º 1, e 86.º*

inscrição ao abrigo dos artigos 1.º, n.º 2, e 44.º do regulamento de Pensões⁸⁹.

182. Em primeiro lugar, coloca-se a questão de saber se o Fundo é uma empresa que goza de direitos exclusivos na aceção do artigo 90.º, n.º 1.

187. Em segundo lugar, coloca-se a questão de saber se o Fundo tem uma posição dominante numa parte substancial do mercado comum.

183. Relativamente ao seguro da *normpensioen*, o Fundo é uma empresa, mas não goza de direitos exclusivos. Os inscritos têm a liberdade de celebrar contratos de seguro com as companhias de seguros comerciais.

188. Na audiência, o Fundo sustentou que o mercado relevante é o mercado do seguro de pensões complementar. Daí resulta que o Fundo apenas tem um direito exclusivo no que diz respeito a um pequeno segmento desse mercado, ou seja, as pensões dos médicos especialistas.

184. Na sua missão de controlo do seguro da *normpensioen*, o Fundo não age na qualidade de empresa. Deste ponto de vista, o artigo 90.º, n.º 1, não se aplica.

189. Todavia, como observou a Comissão, quando a inscrição num regime profissional de pensões é obrigatória, outras formas de seguro ou outros seguradores não podem constituir alternativas válidas a esse regime. Os médicos especialistas não têm a possibilidade de se inscrever noutro segurador. Uma empresa como o Fundo, detentora de um monopólio legal de prestação de certos serviços em matéria de seguros (no caso concreto, a segunda parte do regime de pensões) numa parte substancial do mercado comum (no caso concreto os Países Baixos) deve, a esse título, considera-se como estando numa situação de posição dominante, na aceção do artigo 86.º do Tratado⁹⁰.

185. Quanto ao seguro nos termos da segunda parte do regime, o Fundo intervém na qualidade de empresa e goza, como único segurador autorizado, de um direito exclusivo. Deste ponto de vista, aplica-se o artigo 90.º, n.º 1.

186. Além disso, era possível sustentar que, como empresa interessada, o Fundo goza de dois outros direitos exclusivos, designadamente, o direito de conceder dispensas de

89 — V. n.ºs 31 a 35, *supra*.

90 — Para mais pormenores e referências, v. os n.ºs 91 e 92 do acórdão Albany bem como os n.ºs 378 a 383 das conclusões que apresentei nesse processo.

2. *Violação dos artigos 90.º, n.º 1, e 86.º*

190. O simples facto de se criar uma posição dominante através da concessão de direitos exclusivos, na acepção do artigo 90.º, n.º 1, do Tratado, não é, por si só, incompatível com o artigo 86.º do Tratado. Um Estado-Membro só viola as proibições constantes dessas duas disposições quando a empresa em causa seja levada, pelo simples exercício dos direitos exclusivos que lhe foram atribuídos, a explorar a sua posição dominante de modo abusivo ou quando esses direitos possam criar uma situação em que essa empresa seja levada a cometer esses abusos⁹¹.

191. Na análise a que vou proceder, farei a distinção entre dois tipos de normas

a) As normas que atribuem ao Fundo um direito exclusivo de seguro

192. No acórdão Albany, as empresas em causa queixavam-se dos direitos exclusivos fundos sectoriais de pensões porque, na sua opinião, os fundos em causa não estavam em condições de satisfazer a procura existente no mercado para este género de actividades.

193. O acórdão⁹² não revela claramente se o Tribunal de Justiça admite esse argumento e, portanto, se, *prima facie*, as disposições em questão violam os artigos 90.º, n.º 1, e 86.º No final, o Tribunal de Justiça considerou que essas disposições se justificavam nos termos do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado⁹³.

194. Nos presentes processos, nenhuma das partes defendeu que nos Países Baixos os fundos profissionais prestavam serviços que não satisfaziam. Contrariamente aos argumentos apresentados no processo Albany, os demandantes no processo principal não pretendiam celebrar contratos de seguro com uma seguradora comercial, mas com outro fundo de pensões sectorial. Parecem, assim, não se opor à inscrição obrigatória enquanto tal. Este aspecto pode talvez ser confirmado pelo facto de não terem considerado necessário apresentar observações ao Tribunal de Justiça.

195. Além disso, nenhuma disposição do quadro legal acima descrito sugere que os fundos abusavam sistematicamente da sua posição dominante. Com efeito, parece que existiam várias defesas contra os abusos. As partes interessadas podem apresentar o seu parecer sobre um pedido de uma profissão no sentido de tornar obrigatória a inscrição num determinado regime. O Conselho Económico e Social e a Câmara dos Seguros são consultados antes da inscrição ser tornada obrigatória. As alterações posteriores do regime devem ser aprovadas pelo ministro. Os regulamentos e os estatutos do

91 — V. n.º 93 do acórdão Albany.

92 — N.ºs 95 a 97.

93 — N.ºs 98 a 111.

Fundo devem preencher certos requisitos. As aplicações do Fundo estão sujeitas a certas condições e a sua contabilidade é permanentemente controlada ⁹⁴.

196. Finalmente, os efeitos restritivos do regime escolhido pelos médicos especialistas são relativamente limitados, uma vez que o Fundo apenas goza de um direito exclusivo no quadro da segunda parte do regime.

197. Nas conclusões que apresentei no processo Albany, propus deixar ao órgão jurisdicional nacional a resolução da questão de saber se, *prima facie*, havia violação dos artigos 90.º, n.º 1, e 86.º, porque havia várias questões de facto que não tinham sido clarificadas. No caso em apreço, contudo, tendo em conta os elementos que acabei de referir, estou inclinado a afirmar que não existe violação das referidas disposições.

198. Se não for esse o caso, justificar-se-ia uma eventual violação dessas disposições nos termos do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado ⁹⁵.

b) As normas em matéria de dispensa de inscrição obrigatória

199. Segundo o acórdão do Tribunal de Justiça no processo Albany, um Estado-Membro pode considerar que o poder em matéria de dispensa apenas deve ser atribuído ao Fundo. O conflito de interesses inerente à dupla qualidade do Fundo, que é o gestor do regime de pensões e a autoridade titular do poder de conceder dispensas, justificava-se ou atenuava-se pela especialização do Fundo, pela liberdade de escolha dos Estados-Membros na organização dessa questão de acordo com as suas prioridades e pela possibilidade de controlo jurisdicional ⁹⁶.

200. Se essa jurisprudência se mantiver, essa fundamentação pode ser directamente transposta para o caso em apreço e, mais especificamente, no que toca às duas possibilidades de dispensa previstas nos artigos 1.º, n.º 2, e 44.º do regulamento de pensões do Fundo ⁹⁷. Importa, igualmente, recordar que, no caso em apreço, os médicos especialistas têm, pelo menos teoricamente, uma possibilidade suplementar de pedir uma dispensa ministerial, nos termos do artigo 26.º da BprW ⁹⁸.

201. Nestes termos, concluo que um Estado-Membro, quando institui um sistema de inscrição obrigatória em regimes

94 — V. n.ºs 9 a 20, *supra*.

95 — V. os n.ºs 98 a 111 do acórdão Albany.

96 — V. n.ºs 112 a 121 do acórdão Albany. Para uma análise diferente, v. n.ºs 441 a 468 das conclusões que apresentei nesse processo.

97 — V. n.ºs 31 a 35, *supra*.

98 — V. n.ºs 21 a 23, *supra*.

profissionais de pensões, como o que foi instituído nos Países Baixos, e quando, no quadro desse sistema, torna obrigatória a inscrição num regime profissional de pensões específico, não viola os artigos 90.º, n.º 1, e 86.º do Tratado.

IX — Conclusão

202. Considero, portanto, que as questões apresentadas pelo Kantongerecht te Nijmegen devem ser respondidas do seguinte modo:

- «1) Um Estado-Membro não viola os artigos 5.º e 85.º do Tratado CE (actuais artigos 10.º e 81.º CE) quando, a pedido de uma organização profissional representativa dos membros de uma determinada profissão, torna obrigatória a inscrição num regime profissional de pensões para todos os membros da referida profissão.
- 2) No que se refere ao seguro da *normpensioen* e da segunda parte da pensão dos médicos especialistas, um fundo profissional de pensões, como o Fundo de Pensões dos Médicos Especialistas neerlandês, actua na qualidade de empresa na aceção das regras de concorrência do Tratado.
- 3) Um Estado-Membro não viola os artigos 90.º, n.º 1, e 86.º do Tratado CE (que passaram, após alteração, a artigos 86.º, n.º 1, e 82.º CE) quando institui um sistema de inscrição obrigatória em regimes profissionais de pensões, como o existente nos Países Baixos, e quando, no quadro desse sistema, torna obrigatória a inscrição num regime, como o regime neerlandês de pensões dos médicos especialistas.»