

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL  
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

apresentadas em 3 de Julho de 2001 <sup>1</sup>

## Introdução

1. Estas três acções por incumprimento dos Tratados instauradas pela Comissão baseiam-se no mesmo quadro jurídico: a compatibilidade com a legislação comunitária de regimes nacionais que reservam ao executivo determinadas prerrogativas de intervenção na estrutura accionista e na gestão de empresas privatizadas pertencentes ao âmbito da economia estratégica. Estas faculdades especiais, que se revestem de formas diversas (expedientes de autorização administrativa, acções privilegiadas, nomeação de membros dos órgãos sociais) e apresentam conteúdos diferentes (poder de oposição a entradas no capital, direitos de intervenção na gestão dos activos), são vulgarmente conhecidas por «acções de ouro» («*golden shares*»).

Apesar das diferenças existentes entre as legislações nacionais controvertidas, a questão da sua harmonização com o direito comunitário é sempre colocada em termos semelhantes. Tendo em vista a clareza de exposição e uma administração económica da justiça, passo a tratar das três acções em conjunto.

Por último, chama-se a atenção para que se encontram pendentes outras acções por incumprimento, por idênticas razões, contra, respectivamente, Espanha <sup>2</sup> e o Reino Unido <sup>3</sup>. As mesmas não foram apenas aos presentes autos por se encontrarem numa fase menos avançada da sua tramitação, mas não há dúvida de que a decisão ora tomada condicionará de forma significativa a resolução que oportunamente lhes será dada.

## Legislação nacional pertinente

*Processo Comissão/Portugal (C-367/98)*

2. A Comissão acusa a República Portuguesa de ter adoptado uma legislação que,

2 — Processo C-463/00. Tem por objecto as disposições da Lei n.º 5/1995, do Regime jurídico das alienações públicas em determinadas empresas, e os decretos de aplicação correspondentes, que criam faculdades especiais relativamente à Repsol SA, Telefónica de España SA, Tabacalera SA e Endesa.

3 — Processo C-98/01. Dirige-se contra as prerrogativas das autoridades britânicas no seio da BAA PLC, antiga gestora pública dos aeroportos daquele país.

1 — Língua original: espanhol.

por um lado, restringe o acesso de estrangeiros, incluindo os comunitários, ao capital de empresas em vias de reprivatização e, por outro, sujeita todas as posteriores transacções desse capital a uma autorização ministerial. Os dois aspectos da legislação constituem, segundo a demandante, outras tantas violações dos princípios que consagram a liberdade de estabelecimento e a liberdade de circulação de capitais.

3. A Lei n.º 11/90, de 5 de Abril de 1990, lei-quadro relativa às privatizações<sup>4</sup>, autoriza, no seu artigo 13.º, n.º 3, que cada decreto de privatização limite a quantidade de acções que sociedades estrangeiras ou de capital maioritariamente estrangeiro podem adquirir ou subscrever, bem como fixe a quota máxima de participação estrangeira no capital social e nos órgãos de controlo da entidade privatizada. As infracções são punidas com a venda coerciva das acções que excedam aqueles limites, a perda do direito de voto que as mesmas conferem ou a nulidade das aquisições ou subscrições.

4. Em virtude desta disposição, os decretos-lei pelos quais foi levada a cabo a privatização de determinadas empresas, essencialmente bancos e companhias de seguros, limitaram a participação do capital estrangeiro, segundo os casos, entre 5%<sup>5</sup> e 40%<sup>6</sup>.

4 — *Diário da República*, I série-A, n.º 80, de 5 de Abril de 1990, p. 1664.

5 — Decretos-Lei n.º 140/91 e n.º 147/92 — Companhia de Seguros Bonança; Decreto-Lei n.º 165/91 — Banco Espírito Santo e Comercial de Lisboa; e Decreto-Lei n.º 321-A/90 — Banco Português do Atlântico.

6 — Decreto-Lei n.º 353/91 — Petrogal.

5. O Decreto-Lei n.º 65/94, de 28 de Fevereiro de 1994<sup>7</sup>, fixa em 25% o limite da participação de entidades estrangeiras no capital de empresas cujo processo de privatização estivesse concluído, salvo se o diploma de privatização tivesse previsto um limite superior.

6. O Decreto-Lei n.º 380/93, de 15 de Novembro de 1993<sup>8</sup>, estabelece no artigo 1.º:

«1. A aquisição, entre vivos, a título oneroso ou gratuito, por uma só entidade, singular ou colectiva, de acções representativas de mais de 10% do capital com direito a voto ou a aquisição de acções que, adicionadas às já detidas, ultrapassem aquele limite, em sociedades que venham a ser objecto de reprivatização, ficam sujeitas a autorização prévia do Ministro das Finanças.

2. Sem prejuízo do que venha a ser estabelecido para cada operação de privatização, o disposto no número anterior só se aplica aos actos de aquisição subsequentes às operações de privatização.»

7 — *Diário da República*, I série-A, n.º 49, de 28 de Fevereiro de 1994, p. 933.

8 — *Diário da República*, I série-A, n.º 267, de 15 de Novembro de 1993, p. 6362 (2).

*Processo Comissão/França (C-483/99)*

7. O Decreto n.º 93-1298, de 13 de Dezembro de 1993, que cria uma acção específica a favor do Estado na empresa nacional Elf-Aquitaine<sup>9</sup>, estabelece, no seu artigo 2.º, que qualquer operação pela qual uma pessoa singular ou colectiva, actuando em nome individual ou em conjunto com outras, reduza, com a sua participação directa ou indirecta, num décimo, num quinto ou num terço o capital social ou os direitos de voto da sociedade, deverá obter a aprovação prévia do Ministro da Economia (n.º 1).

8. Além disso, os Ministros da Economia e da Indústria nomeiam, cada um deles, um membro do conselho de administração da sociedade, sem direito a voto, em representação do Estado (n.º 2).

9. Por último, a acção específica habilita o Estado a opor-se a qualquer acordo de alienação ou penhor dos principais activos da empresa, nas condições fixadas no Decreto n.º 93-1296.

10. O Decreto n.º 93-1296, de 13 de Dezembro de 1993, relativo, entre outras matérias, a determinados direitos ligados às acções específicas<sup>10</sup>, estipula que o decreto que habilita o titular de uma acção específica a opor-se a operações de «alienação ou penhor de activos susceptíveis de causar prejuízo aos interesses nacionais» deverá enumerar, em lista anexa, os activos de que se trata (artigo 1.º).

11. A intenção de alienar ou dar em penhor os referidos activos deve ser transmitida ao Ministro da Economia, juntamente com todos os elementos necessários à instrução do processo. Considera-se que a operação foi autorizada se o ministro não se lhe opuser no prazo de um mês, prorrogável em 15 dias, contado desde a data da recepção da documentação completa. Antes de decorrido este prazo, o ministro pode renunciar ao seu direito de oposição (artigo 2.º).

O não cumprimento destas obrigações acarreta a nulidade de pleno direito das operações realizadas (artigo 3.º).

*Processo Comissão/Bélgica (C-503/99)*

12. Um Real Decreto de 10 de Junho de 1994<sup>11</sup> estabelece a favor do Estado uma acção específica na Société nationale de Transport par Canalisations (SNTC), à

<sup>9</sup> — *Journal officiel de la République française* de 14 de Dezembro de 1993, p. 17354.

<sup>10</sup> — *Journal officiel de la République française* de 14 de Dezembro de 1993, p. 17354.

<sup>11</sup> — *Moniteur belge* de 28 de Junho de 1994, p. 17336.

qual estão ligadas determinadas faculdades especiais cujo exercício cabe ao Ministro da Energia (artigo 1.º).

13. O ministro pode opor-se a qualquer transacção relativa ao capital da SNTC «susceptível de causar prejuízo aos interesses nacionais no âmbito da energia» (artigo 2.º, n.º 1). Por transacção deve entender-se qualquer operação mediante a qual uma pessoa singular ou colectiva adquira, directa ou indirectamente, pelo menos 5% do capital ou dos direitos de voto da SNTC, ou aumente a sua participação num ou noutros nessa mesma proporção, daí resultando uma participação final igual ou superior a 10% (artigo 2.º, n.º 2)<sup>12</sup>.

14. A acção específica dá ao ministro a faculdade de se opor a qualquer cessão, penhor ou mudança de destino das canalizações propriedade da SNTC que constituam grandes infra-estruturas de transporte interno de produtos energéticos ou possam servir como tal. Qualquer operação com essas características deve ser previamente notificada ao ministro, que dispõe de vinte e um dias para exercer o seu direito de oposição (artigo 3.º).

15. Além disso, a acção específica permite ao ministro nomear dois representantes do

Governo federal no conselho de administração da SNTC, com direito a participar mas sem direito a voto. Estes representantes podem interpor recurso para o ministro, no prazo de 4 dias desde a data da sua conclusão ou desde a data em que tiveram conhecimento da sua conclusão, dos acordos do conselho de administração que considerem contrários às linhas directrizes do Governo em política energética, incluindo os objectivos de abastecimento de energia. Este recurso tem carácter suspensivo e decai se não for julgado improcedente no prazo de oito dias.

16. Nos termos de um Real Decreto de 16 de Junho de 1994<sup>13</sup>, é aplicável um regime semelhante à sociedade Distrigaz.

### Tramitação processual

17. Os procedimentos pré-contenciosos seguidos nos três casos não apresentam, em meu entender, elementos de interesse que mereçam especial atenção.

18. São intervenientes o Reino Unido, em apoio da França e da Bélgica, e Espanha, em apoio da França.

12 — Esta faculdade foi revogada pela Lei de 29 de Abril de 1999, isto é, uma vez decorrido o prazo de dois meses estabelecido nos pareceres fundamentados de 18 de Janeiro de 1999, que fixa a lide. O mesmo decorre do Real Decreto de 5 de Dezembro de 2000 (*Moniteur belge* de 20 de Dezembro, p. 42347), que estabelece os critérios para o exercício dos direitos especiais ligados às acções específicas criadas a favor do Estado na SNTC e na Distrigaz.

13 — *Moniteur belge* de 28 de Junho de 1994, p. 17352.

19. Na audiência, convidei os participantes a pronunciarem-se, em particular, acerca da incidência nos litígios do princípio da neutralidade no que respeita à titularidade das empresas.

### Análise das acções

#### *Considerações preliminares*

20. A título preliminar, convém identificar claramente os tipos de legislação cuja compatibilidade com o ordenamento comunitário pode ser posta em causa nos três processos. A primeira classificação corresponde à legislação aplicável apenas aos não nacionais por oposição à que é aplicável indistintamente a nacionais e estrangeiros. Nesta última categoria, cabe distinguir as restrições que têm como objecto a aquisição ou o aumento de participação no capital social de uma empresa privatizada («restrições ao acesso») daquelas que, ao outorgar aos poderes públicos faculdades de supervisão dos acordos adoptados pelos órgãos sociais, se repercutem na própria gestão da empresa («restrições à gestão»).

21. Do mesmo modo, há que estabelecer o fundamento jurídico dos alegados incumprimentos, à luz do qual as acções deverão

ser apreciadas. As três acções baseiam-se nos artigos 43.º CE e 56.º CE, isto é, nos princípios derivados das liberdades fundamentais de estabelecimento e de circulação de capitais. Além disso, na petição da acção contra Portugal, a Comissão refere-se ao actual artigo 294.º CE, assim como aos artigos 221.º e 231.º do Acto de Adesão de Espanha e Portugal. Não creio que seja útil analisar estas três disposições, na medida em que não acrescentam nenhum elemento essencial ao conteúdo das anteriores. Por outro lado, nem a Comissão nem Portugal extraíram qualquer consequência especial destas três normas, além da aplicação a Portugal do regime comum dos Tratados.

As três acções devem, por conseguinte, ser examinadas à luz das liberdades fundamentais de estabelecimento e de circulação de capitais, embora pense que apenas a primeira corresponde a um exame a título principal.

#### *Restrições aplicáveis apenas aos comunitários não nacionais*

22. Este tipo de restrições figura exclusivamente no processo C-367/98, Comissão/Portugal.

23. Com efeito, o artigo 13.º, n.º 3, da Lei n.º 11/90, lei-quadro relativa às privatizações, autoriza que o poder regulamentar limite, por meio do correspondente decreto de privatização, a quantidade de acções susceptíveis de ser adquiridas por sociedades estrangeiras ou de capital maioritariamente estrangeiro, bem como fixe a quota máxima de participação estrangeira no capital social e nos órgãos de controlo da entidade privatizada. Esta faculdade consta de diversos textos de aplicação<sup>14</sup>.

24. Além disso, o Decreto-Lei n.º 65/94 fixa em 25% o limite da participação de entidades estrangeiras no capital de empresas cujo processo de privatização esteja concluído, salvo se tiver sido previsto um limite superior.

25. A Comissão considera que as limitações impostas às empresas comunitárias não portuguesas, por força da Lei-Quadro n.º 11/90, dos diversos decretos-lei de aplicação e do Decreto-lei n.º 65/94, no que respeita ao acesso ao capital das empresas privatizadas, estabelecem uma discriminação entre portugueses e nacionais de outros Estados-Membros que é incompatível com o disposto nos artigos 52.º do Tratado (que passou, após alteração, a artigo 43.º CE) e 73.º-B do Tratado (actual artigo 56.º CE).

26. Em primeiro lugar, o Governo português chama a atenção para a importância

fundamental, sob o ponto de vista histórico, político e económico, da Lei n.º 11/90. Graças à sua aprovação, foi possível levar a bom termo a privatização de empresas nacionalizadas por ocasião do 25 de Abril de 1974. O seu único objecto eram entidades que haviam deixado de possuir titularidade privada para apresentar carácter público. O legislador de 1990 considerou ser da mais elementar justiça que se devolvesse aos portugueses os bens que haviam sido nacionalizados em seu prejuízo, o que devia permitir a reorganização de grupos económicos nacionais.

27. Em segundo lugar, Portugal alega que, apesar do teor do artigo 13.º, n.º 3, da Lei n.º 11/90, as autoridades portuguesas se comprometeram «politicamente» perante a Comissão a não incluir as sociedades comunitárias na noção de «entidades estrangeiras». Este compromisso foi reforçado pelo disposto no artigo 8.º da Constituição Portuguesa, nos termos do qual o direito comunitário produz efeitos de pleno direito na ordem jurídica portuguesa, o que impediria qualquer interpretação de disposições internas contrárias aos seus princípios fundamentais.

28. Dos termos, muito latos, do artigo 13.º, n.º 3, da Lei n.º 11/90 deve concluir-se que a restrição autorizada incide quer sobre as aquisições de participação simples, por parte de sociedades estrangeiras, no capital social das entidades privatizadas, quer sobre aquelas que compreendem interven-

14 — V. n.º 4 *supra*.

ção na gestão mediante aquisição de uma parte dos direitos políticos. Tal restrição deverá ser analisada à luz dos artigos 43.º CE e 56.º CE. A restrição aplica-se também a entidades portuguesas cujo capital seja maioritariamente estrangeiro, situação esta que, na medida em que não puder ser reconduzida às hipóteses das disposições citadas, deverá ser apreciada uniformemente nos termos do artigo 294.º CE (igualdade de tratamento no que diz respeito à participação financeira no capital das sociedades) ou, em última instância, do artigo 12.º CE e da proibição geral de discriminação em razão da nacionalidade que esta disposição estabelece.

29. Ora bem, os argumentos da demandada não são suficientes para justificar, ao abrigo destes preceitos, uma legislação que se destina a ser aplicada a estrangeiros comunitários. Além disso, da própria explicação histórica fornecida pelo Governo português se deduz claramente que a legislação não exclui das limitações que impõe os nacionais de outros Estados-Membros. É igualmente significativo, como salienta a Comissão, que o Governo português tenha proposto na Assembleia da República, sem êxito, a alteração da Lei n.º 11/90 no sentido de depurá-la dos aspectos susceptíveis de ser considerados discriminatórios para os investidores da União Europeia<sup>15</sup>. Por último, um incumprimento de Estado não deixa de sê-lo por a norma comunitária

violada produzir efeitos directos e prevalentes na ordem jurídica do Estado em causa. De outro modo, a mera invocação do primado do direito comunitário serviria para pôr em causa qualquer acção por incumprimento, privando-a da sua substância e do seu efeito útil.

30. Por consequência, deve declarar-se que a faculdade contida no artigo 13.º, n.º 3, da Lei n.º 11/90 e as demais disposições que lhe dão execução, bem como o disposto no Decreto-Lei n.º 65/94, de 28 de Fevereiro de 1994, são contrários aos princípios enunciados nos artigos 12.º CE, 43.º CE e 56.º CE.

#### *Restrições aplicáveis indistintamente*

31. A Comissão acusa os três Estados-Membros demandados de manter regimes que, não obstante a sua aplicação indistinta a nacionais e estrangeiros comunitários, constituem, em sua opinião, restrições à livre circulação de capitais e à liberdade de estabelecimento.

32. Concretamente, acusa Portugal de manter em vigor o Decreto-Lei n.º 380/93, que sujeita a autorização do Ministro das Finanças qualquer aquisição de acções que ultrapasse um determinado limite, em sociedades objecto de privatização.

15 — Trata-se do Decreto-Lei n.º 24/96, de 20 de Março de 1996, que a Assembleia se negou a ratificar por resolução de 9 de Maio de 1996.

33. A França é acusada de possuir uma legislação de efeitos semelhantes, no que respeita à sociedade Elf-Aquitaine (Decreto n.º 93-1298), assim como diversas faculdades de intervenção na gestão da empresa, mediante a nomeação de membros do conselho de administração e as prerrogativas de oposição a toda a alienação ou penhor dos principais activos da empresa «susceptíveis de causar prejuízo aos interesses nacionais» (Decreto n.º 93-1296).

34. Por último, a Bélgica é acusada do facto de, nos termos dos Reais Decretos de 10 e 16 de Junho de 1994, o Ministro da Energia poder opor-se a qualquer transacção relativa a activos da SNTC e da Distrigaz «susceptível de causar prejuízo aos interesses nacionais no âmbito da energia». O ministro pode proibir qualquer cessação, penhor ou alteração do destino das grandes infra-estruturas de transporte interno de produtos energéticos de que são titulares as referidas empresas. Além disso, estabelece um procedimento de oposição a qualquer acordo dos órgãos sociais que possa ser contrário às linhas directrizes do Governo em política energética, incluindo os objectivos de abastecimento de energia.

35. Referindo-se, entre outras, à jurisprudência assente, a propósito do direito de livre estabelecimento, no acórdão de 30 de

Novembro de 1995, Gebhard<sup>16</sup>, a Comissão recorda que medidas nacionais que, embora não discriminatórias, possam impedir ou tornar menos atractivo o exercício das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado são incompatíveis com o direito comunitário, a menos que se justifiquem por razões imperiosas de interesse geral, sejam adequadas para garantir a realização do objectivo que prosseguem e não vão além do necessário para alcançar o referido objectivo.

36. A demandante acrescenta que a autorização para a aquisição de determinadas quotas do capital das empresas em causa deve estar sujeita a critérios objectivos, estáveis e públicos, a fim de reduzir ao mínimo o poder discricionário das autoridades nacionais.

Segundo a Comissão, as diversas medidas em causa não satisfazem estes requisitos. Em particular, o seu carácter discricionário impede qualquer apreciação de proporcionalidade.

37. Os Estados-Membros demandados alegam, por sua vez, que as legislações respectivas respeitam os princípios de direito comunitário. Sustentam que as mesmas têm carácter meramente provisório (Portugal) ou que reúnem as condições de pertinência e proporcionalidade para justificar, ao abrigo da salvaguarda do interesse geral,

16 — C-55/94, Colect., p. I-4165, n.º 37.



uma excepção ao regime comum (França e Bélgica).

38. Se se aceitar a linha de raciocínio sugerida pela demandante, e mesmo admitindo que as legislações nacionais prosseguem objectivos de interesse superior, não é fácil escapar à consequência jurídica que se impõe: a falta de precisão dos pressupostos de aplicação e a inexistência de critérios instrumentais não permitem levar a cabo o juízo de adequação e de proporcionalidade exigido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça.

39. Em minha opinião, porém, a instauração destas três acções, no que respeita às alegadas restrições de aplicação indistinta, padece de um erro de abordagem essencial: a Comissão contornou as consequências jurídicas do disposto no artigo 295.º CE.

40. O artigo 295.º CE (ex-artigo 222.º do Tratado CE) prescreve, com uma clareza lapidar, que o Tratado CE «em nada prejudica o regime da propriedade nos Estados-Membros».

41. Na Comunicação da Comissão relativa a certos aspectos jurídicos dos investimen-

tos intracomunitários<sup>17</sup>, a única referência ao artigo 295.º CE encontra-se na primeira nota de pé de página. Ao fazer alusão aos programas de privatização empreendidos por diversos Estados-Membros, aquela sente-se obrigada a precisar que «a passagem de uma empresa do sector público para o sector privado é uma escolha de política económica que, enquanto tal, é da exclusiva competência dos Estados-Membros, em virtude do princípio de neutralidade do Tratado em relação ao regime de propriedade consagrado no artigo 222.º»

Fiel a este postulado interpretativo, a Comissão expõe, na petição da acção contra França, que o artigo 295.º CE não é pertinente para efeito dos autos uma vez que nas acções de incumprimento não se questiona a posse, por parte do Estado, de uma participação de controlo na sociedade privatizada, mas sim determinadas prerrogativas relativas à «repartição da propriedade [dessa sociedade] entre pessoas privadas»<sup>18</sup>.

42. Para a Comissão, a expressão «regime da propriedade» só parece abarcar duas posições antónimas: a titularidade pública e a privada. Além disso, a referida propriedade apenas deve ser exercida mediante a posse de uma participação suficiente no

17 — JO 1997, C 220, p. 15.

18 — Além disso, na acção contra a Bélgica, a Comissão insiste em que a disposição carece de pertinência, «uma vez que, em qualquer dos casos, a legislação estatal sobre privatização, total ou parcial, de sociedades, deve ser adoptada no respeito do direito comunitário».

capital da sociedade considerada. Esta interpretação reducionista do artigo 295.º CE não corresponde — como demonstrarei — nem ao sentido que o mesmo tem no Tratado nem à função que este lhe atribui.

43. A primeira indicação da importância fundamental que, na economia do Tratado CE, deve ser atribuída ao artigo 295.º encontra-se na sua posição sistemática. Inserido na parte VI, consagrada às disposições gerais e finais, a sua eficácia estende-se transversalmente ao conjunto dos preceitos do Tratado<sup>19</sup>.

44. Também o carácter peremptório e incondicional do seu teor dá idêia da respectiva transcendência: a expressão «em nada» não acompanha qualquer outra disposição do Tratado, sendo raros os preceitos que estão livres de qualquer limitação (introduzidas, em geral, por sintagmas conjuntivos como «sem prejuízo de» ou «no âmbito de»).

45. Por fim, caso único, o artigo 295.º CE retira a sua autoridade directamente da Declaração Schuman, de 9 de Maio de 1950, da qual foi decalcado<sup>20</sup>, o que contribui para reforçar as suas especificidade e importância simbólica.

19 — Em aritmética, dir-se-ia que está colocado «à frente do parênteses».

20 — Segundo o texto da Declaração: «A instituição da Alta Autoridade em nada prejudica o regime da propriedade das empresas».

46. Não obstante, a natureza fundamental desta disposição só pode ser apreciada uma vez analisada a função que lhe é atribuída pelo Tratado.

47. Pela própria amplitude com que está redigida, uma interpretação meramente literal não é capaz de fornecer elementos determinantes, que vão além dessa mesma amplitude. Quero com isto dizer que a imprecisão, do ponto de vista jurídico, da expressão «regime da propriedade» pode resultar não de todo estéril: constitui, talvez, a mais clara advertência de que não se trata de uma noção jurídica, mas sim económica<sup>21</sup>.

48. Tão-pouco a interpretação sistemática é reveladora<sup>22</sup>.

49. Por conseguinte, deve recorrer-se à exegese histórica e teleológica para evitar que a própria generalidade dos termos

21 — Que, inclusive de uma perspectiva jurídica, deve abarcar mais do que o sistema de repartição dos bens entre proprietários públicos e privados, para compreender o conjunto de faculdades, de direito público ou privado, de interferir na propriedade, autorizado por uma legislação. V., neste sentido, Thiesing, J., *Kommentar zum EWG-Vertrag*, artigo 222.º, segunda anotação.

22 — Permite, no máximo, excluir do âmbito de aplicação do artigo 295.º CE a noção de «propriedade industrial e comercial» contida, como excepção ao princípio da livre circulação de mercadorias, no artigo 30.º CE. Com efeito, de outra forma, esta última excepção revelar-se-ia supérflua visto ficar integrada na reserva geral do artigo 295.º CE. V., neste sentido, o brilhante estudo de Burghardt, G., *Die Eigentumsordnungen in den Mitgliedstaaten und der EWG-Vertrag*, Hamburgo, 1969, pp. 21 a 23. Curiosamente, é nos âmbitos da propriedade intelectual e industrial que o artigo 295.º CE tem sido mais frequentemente invocado.

utilizados conduza à negação de qualquer efeito útil da disposição<sup>23</sup>. Com efeito, se «no prejuizar», «ne pas préjuger», «lasciare impregudicato» ou «not prejudice» incluir, como parece, qualquer medida *com incidência* no regime da propriedade<sup>24</sup>, entendida no sentido mais amplo, seriam afectadas numerosas regras materiais (de um tratado de integração económica).

50. A interpretação histórica conduz-me, em primeiro lugar, à proposta lançada pelo Ministro dos Negócios Estrangeiros francês, Robert Schuman, em 9 de Maio de 1950. Este texto fundador continha já — como indiquei — a ressalva do artigo 295.º CE. Atendendo à sua natureza programática, é impensável que a referência ao «regime da propriedade» se revestisse de qualquer carácter técnico-jurídico. Além disso, a alusão dirigia-se ao «regime da propriedade *das empresas*». O artigo 83.º do Tratado CECA<sup>25</sup> adopta esta formulação ao dispor que «a instituição da Comunidade em nada prejudica o regime de propriedade das empresas sujeitas às disposições do presente Tratado». Embora a precisão relativa à sujeição às disposições do Tratado se revele inútil, por supérflua, a expressão «regime de propriedade das empresas» permite adivinhar que

a verdadeira preocupação do preceito reside, não na configuração da posse em cada um dos Estados-Membros, mas sim na titularidade das entidades que operam no comércio.

51. Esta impressão é confirmada pelos trabalhos preparatórios<sup>26</sup>. Assim, a primeira versão daquilo que haveria de converter-se no artigo 295.º CE foi apresentada pelo Conselho Editorial em 5 de Dezembro de 1956. Corresponhia ao número 9, situando-se entre os princípios gerais, e dispunha: «Le présent Traité ne préjuge en rien le régime de propriété des moyens de production existant dans la Communauté» («O presente Tratado não prejudica de modo algum o regime da propriedade dos meios de produção existente na Comunidade»).

A segunda versão, preparada pelo Grupo Mercado Comum, surgiu em 18 de Janeiro de 1957. Coincidia com a contida no artigo 83.º CA, salvo o facto de se encontrar entre as disposições relativas aos monopólios. Três dias mais tarde, o Grupo decidiu colocá-la entre as normas relativas à concorrência, ao mesmo tempo que suprimia a supérflua referência à sujeição ao Tratado.

A versão definitiva, que seria incorporada na parte VI do Tratado, foi adoptada pelo

23 — V., com a mesma opinião, *Burghardt, G., op. cit.*, pp. 29 e 30, para quem o artigo 295.º está redigido de forma tão ampla que perde qualquer eficácia limitativa e descritiva, tornando-se inaplicável.

24 — Como confirma o uso da fórmula, mais expressiva, «unberührt lassen», na versão alemã.

25 — Compreendido também entre as «disposições gerais e finais» daquele texto.

26 — Tal como é relatado em Neri, S. e Sperl, H., *Traité instituant la CEE, Travaux Préparatoires*, Luxemburgo, 1960, p. 410, com referência às actas dos Ministros dos Negócios Estrangeiros (MAE 641/56, 177/57, 243/57 e 786/57).

Comité dos chefes de delegação, em 6 de Março de 1957, e consistiu na supressão do complemento «das empresas».

52. Da análise da gestação do preceito, bem como da sua comparação com a disposição gêmea do Tratado CECA, deduz-se, com toda a evidência, que o seu objectivo é declarar a neutralidade do Tratado no que toca à titularidade das empresas, entendidas no sentido económico, isto é, como meios de produção.

53. Para determinar o tipo preciso de questões relativas à propriedade das empresas abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo é necessário recorrer à interpretação teleológica do mesmo. Com os Tratados que instituíram as Comunidades Europeias pretendeu-se alcançar — segundo o dispositivo delineado por Schuman — uma integração sectorial e, por conseguinte, parcial. A definição e a execução da política económica ficavam nas mãos dos Estados, sendo-lhes apenas impostas restrições — algumas, porém, muito importantes — relativamente aos instrumentos de prossecução dos seus objectivos político-económicos, como as normas sobre a livre concorrência e os auxílios de Estado. Os restantes instrumentos de intervenção não eram afectados pelos Tratados e, entre eles, como medida mais importante, contava-se a capacidade de intervir na vida económica através da titularidade de empresas.

54. Daqui decorre, em primeiro lugar — e uma vez mais — que a expressão «regime da propriedade» do artigo 295.º CE não remete para o ordenamento civil das relações patrimoniais — aspecto, aliás, completamente alheio aos fins dos Tratados — mas para o conjunto ideal de normas de todo o tipo, quer de origem jurídico-privada, quer de direito público, capazes de outorgar a titularidade económica de uma empresa, isto é, que permitem a quem possui esta titularidade exercer uma influência decisiva na definição e na execução de todos ou de alguns dos objectivos económicos dessa mesma empresa.

55. Deduz-se, paralelamente, da interpretação finalista que a distinção entre empresas públicas e privadas, para efeitos do Tratado, não pode assentar na mera composição da respectiva massa de accionistas, dependendo antes da possibilidade de o Estado impor determinados objectivos de política económica, distintos da obtenção do máximo rendimento, que caracteriza a actividade privada<sup>27</sup>.

56. Em definitivo, o respeito, por parte do Tratado, do regime da propriedade dos Estados-Membros, consagrado no artigo 295.º CE, deve estender-se a qualquer medida que, através da intervenção no sector público, entendido no sentido económico, permite ao Estado contribuir para a configuração da actividade económica da nação.

<sup>27</sup> — Como é reconhecido no acórdão de 6 de Julho de 1982, França, Itália e Reino Unido/Comissão (188/80 a 190/80, Recueil, p. 2545, n.º 21).

57. Convém agora observar de perto as diversas legislações, cuja incompatibilidade com o Tratado é invocada pela Comissão, por constituírem obstáculos, em princípio de aplicação não discriminatória, às liberdades de estabelecimento e circulação de capitais.

58. Em qualquer dos casos, trata-se de prerrogativas excepcionais relativamente às que são detidas pelos poderes públicos.

59. Para o efeito, parece-me importante deixar assentes duas conclusões.

60. Em primeiro lugar, é pacífico entre as partes que as empresas sujeitas a uma tutela especial foram objecto de recente privatização. Isto é, o Estado abdicou da sua participação estratégica no respectivo capital social, a mesma participação que permitia às autoridades públicas intervir na definição dos objectivos económicos da empresa mediante a sua influência decisiva na formação da vontade dos órgãos sociais. A Comissão, porém, não atribui o menor relevo a esta circunstância. Para esta, existem apenas a) empresas públicas, definidas como as que são maioritariamente

participadas pelos poderes públicos e cuja actuação está subtraída, pelo menos em parte, às normas do Tratado, nos termos do artigo 295.º CE<sup>28</sup> e b) as restantes, todas elas empresas privadas, entre as quais se contam as que estão ora em causa. A Comissão adere aqui a uma interpretação meramente jurídico-privada da noção de titularidade de uma empresa.

61. A segunda conclusão é que, para efeitos das acções, as modalidades concretas adoptadas pelas referidas prerrogativas parecem ser irrelevantes. Para a Comissão é, por conseguinte, indiferente que os poderes sejam exercidos em virtude de uma faculdade de vigilância administrativa clássica ou mediante a definição de uma «acção específica» no capital social da empresa em causa, definição esta que poderá estar reconhecida nos respectivos estatutos<sup>29</sup>. A demandante não apreciou, nem sequer sumariamente, se o expediente que consiste em criar uma acção específica, na medida em que se assemelha à figura dos accionistas privilegiados, existente em várias legislações dos Estados-Membros, poderia recair na definição de «regime da propriedade». Com a sua omissão, a Comissão adopta, desta vez, uma visão finalista, de tipo económico, daquilo que constitui os

28 — No sentido de que, relativamente a elas, não podem ser instauradas acções por incumprimento semelhantes às dos autos, apesar de representarem um obstáculo a liberdades fundamentais de importância, pelo menos, comparável.

29 — Como é o caso do processo C-98/01, Comissão/Reino Unido, que tem por objecto, precisamente, a «acção de ouro» incluída nos estatutos da sociedade BAA PLC. Na petição, a Comissão seguiu um raciocínio em tudo idêntico ao utilizado nos presentes autos.

*poderes especiais*. A opção é acertada, embora não coerente com a linha de argumentação que resulta da primeira conclusão.

62. O conteúdo das várias medidas em causa é também diverso: autorização de aquisição de participações sociais superiores a um determinado limite, oposição a qualquer alienação, penhor ou alteração do destino dos principais activos da empresa, nomeação dos membros do conselho de administração, oposição a acordos contrários às linhas directrizes do Governo.

O denominador comum a estas medidas é o facto de estas constituírem meios de intervenção dos poderes públicos na actividade de determinadas empresas de interesse estratégico para a economia nacional, com a finalidade de lhes impor objectivos de política económica. Isto é, precisamente matéria reservada à soberania dos Estados-Membros segundo a interpretação do artigo 295.º CE que acabo de expor.

63. Esta aproximação finalista da questão dos autos permite preservar o efeito útil do artigo 295.º CE e, além disso, superar as consequências absurdas da interpretação de mero direito privado proposta pela Comissão. Não se entende que sentido pode ter,

no seio do Tratado CE, uma disposição cujo objectivo único é declarar o óbvio, a saber, que o Tratado não intervém na configuração jurídico-patrimonial dos Estados-Membros. Nem tão-pouco intervém nas relações paterno-filiais, nem no regime das sucessões, nem nas causas de nulidade matrimonial, nem sequer no direito das obrigações, sem que seja necessário uma disposição para recordá-lo: o Tratado não tem por vocação integrar o direito privado dos Estados-Membros.

64. A lógica da posição da Comissão levaria a tratar de forma desigual duas situações que, não obstante, produzem efeitos idênticos do ponto de vista das liberdades fundamentais do Tratado: por um lado, a de uma empresa total ou maioritariamente participada por uma autoridade pública; por outro, a de uma empresa privada submetida a um regime geral de vigilância administrativa sobre as suas decisões. A comparação é ainda mais eloquente se for feita entre uma empresa pública, na definição da Comissão, terreno vedado aos postulados comunitários, e uma empresa privada, aberta a estes mesmos postulados, embora sujeita ao controlo administrativo de parte das suas actuações.

65. O artigo 295.º do Tratado, se algum significado possui — e tudo indica que sim — não tem como objecto a propriedade entendida como a pertença pessoal mais plena das coisas, se não — insisto — como titularidade económica, nos seus

diferentes graus e manifestações. É titular, ou um dos titulares, da coisa aquele que pode exercer uma influência directa e decisiva no seu destino ou em aspectos fundamentais da sua actividade. Que esta influência seja devida à posse de títulos, a uma concessão administrativa, a disposições dos estatutos sociais, ou a qualquer outro meio admitido em direito, privado ou público, é irrelevante para efeitos do Tratado<sup>30</sup>.

66. Por último, não quero deixar de reproduzir uma máxima de sentido comum invocada pelo Governo espanhol: «quem pode o mais, pode o menos». Dificilmente se concebe que o Tratado tenha pretendido permitir que os Estados mantenham a inteira participação em qualquer empresa, com a máxima restrição das liberdades de estabelecimento e de circulação de capitais que a mesma pressupõe e, ao mesmo tempo, se oponha a um regime liberalizado sujeito a condições administrativas consideradas não discriminatórias e, contudo, mais conformes com uma lógica de integração.

Dito de outro modo: se a subtracção de actividades económicas à iniciativa privada, mediante a sua atribuição a organis-

mos de titularidade pública (pressupostos puros da nacionalização ou socialização)<sup>31</sup>, é criadora de um regime especial de propriedade, por oposição ao regime de propriedade comum, não há razão para que um regime de propriedade privada sujeito a faculdades especiais não mereça a mesma qualificação nem um tratamento menos favorável.

67. Fica por resolver a questão relativa às consequências jurídicas da aplicação às medidas em causa da cláusula de neutralidade do artigo 295.º CE. Esta aplicação não acarreta, de modo algum, a isenção das normas imperativas do Tratado. Todas estas produzem os seus efeitos de acordo com os respectivos termos, em particular, a proibição de discriminação em razão da nacionalidade. O artigo 295.º CE não as subtrai à aplicação das normas fundamentais do Tratado. Implica sim que as mesmas não devam ser consideradas, por si só, incompatíveis com o Tratado; estão abrangidas, se se quiser, pela presunção de validade que lhes é outorgada pela legitimidade do artigo 295.º CE. Para este efeito, é particularmente esclarecedor o facto de a ressalva do artigo 295.º CE estar formulada como uma proibição de «prejudicar»<sup>32</sup>. Se o Tratado «em nada prejudica», quer dizer, no mínimo, que uma medida

30 — Seria interessante conhecer a posição da Comissão sobre a seguinte situação hipotética: um Estado-Membro que queira liberalizar determinado sector, em vez de proceder a uma privatização clássica, outorga um usufruto a longo prazo e sujeito a condições que lhe conferem faculdades semelhantes às dos presentes autos. Parece artificial deduzir consequências diferentes pelo mero facto de o Estado reter, nesse caso, a nula propriedade da empresa.

31 — Opções sem dúvida abrangidas pelo artigo 295.º CE. V. Ferrari-Bravo, L., «Les articles 90 et 37 dans leurs relations avec un régime de concurrence non falsifiée — Les incidences des règles de concurrence et de l'article 222 sur les possibilités de nouvelles nationalisations ou socialisations de secteurs économiques», *L'entreprise publique et la concurrence*, Bruges, 1969, pp. 412 e 413.

32 — Assim resulta das principais versões linguísticas, à excepção da alemã.

nacional que afecte o regime de adopções de decisões do sector público deve ser considerada compatível com o Tratado, *salvo prova em contrário*. E prejudicar é, precisamente, pressupor que uma medida, em si mesma não discriminatória, está a ser utilizada de um modo discriminatório não justificado.

68. Feita esta ressalva, é evidente que se o exercício concreto das faculdades que os três Estados-Membros demandados se reservaram nos casos dos presentes autos fosse contrário ao Tratado poderia dar lugar a outras tantas infracções passíveis de ser levadas a juízo no Tribunal de Justiça. Isto vale, em particular, para qualquer desigualdade arbitrária de tratamento baseada na nacionalidade e para o desrespeito do quadro comunitário de defesa da livre concorrência, no seio do qual o artigo 85.º CE, assim como os artigos 81.º e 82.º CE, se revestirão, muito provavelmente, de capital importância.

69. Cabe traçar o exacto perfil das categorias de actuações de um Estado que devem poder ficar abrangidas pela ressalva do artigo 295.º CE, entendida nestes termos, bem como uma eventual limitação da sua legitimidade no tempo. Embora se trate, desta vez, de um exercício hipotético, visto que nada permite supor que as faculdades dos autos tenham por objecto restrições intoleráveis das liberdades fundamentais dos Tratados, creio não ser inútil tentar extrair algum elemento esclarecedor a esse respeito.

70. No que toca ao âmbito mais lato de aplicação, deduz-se do princípio da neutralidade na titularidade das empresas que não é aceitável qualquer tipo de medidas que tenham incidência na organização e na gestão dessas empresas, salvo aquelas que o Estado poderia ter adoptado se houvesse mantido a empresa no regime de propriedade pública. Trata-se apenas, com efeito, de garantir que a privatização não tem consequências prejudiciais para a instalação funcional («*instrumentaler Einsatz*»)<sup>33</sup> das empresas chamadas a prosseguir, directa ou indirectamente, objectivos de política económica. Entre as medidas que podem justificar-se desta forma constam, desde logo, as que permitem a intervenção do Estado na selecção do ou dos sócios maioritários da empresa privatizada. É inegável que a identidade dos accionistas maioritários se reveste de primordial importância na definição das opções estratégicas da empresa.

Nesta ordem de coisas, merece especial compreensão a preocupação dos Estados em não permitir que uma empresa privatizada regresse ao âmbito de decisão pública mediante a aquisição maioritária do seu capital por parte de uma empresa pública de outro Estado-Membro. À parte o anormal desequilíbrio representado por uma operação dessa natureza, sobretudo se a «empresa predatória» gozar de um mono-

33 — Na linguagem de Zijlstra, J., *Wirtschaftspolitik und Wettbewerbsproblematik in der EWG und ihren Mitgliedstaaten*, n.º 2, 1966, p. 129.



pólio legal no seu território nacional, caberia perguntar se não existe um risco sério de reduzir o âmbito do livre jogo da concorrência, frustrando, deste modo, os objectivos da privatização.

71. No que respeita ao aspecto temporal, sou de opinião que a qualidade do mercado interno, tal como definido pelo artigo 4.º CE, n.º 1, deve conduzir à redução da eficácia — já de si muito relativa — da ressalva do artigo 295.º CE<sup>34</sup>. A adopção de legislação sectorial deverá constituir o primeiro instrumento para a limitar temporalmente. Além disso, mesmo na falta de intervenção legislativa, o Tribunal de Justiça poderá apreciar o carácter extemporâneo de uma restrição por remissão para o carácter «objectivamente justificado» que, de acordo com a sua jurisprudência constante, as medidas de intervenção concretas deverão revestir<sup>35</sup>.

72. Em qualquer dos casos, estou consciente de que a interpretação que proponho contém uma certa carga daquilo que se chama «judicial restraint». Este *restraint* parece-me, contudo, ser desejado pelo Tratado, como expliquei, e exigido pela

realidade económica dos diversos sectores de actividade sujeitos a processos de privatização. Na falta de legislação específica, o Tribunal de Justiça afigura-se-me pouco equipado para levar a cabo complexas apreciações de política económica: nem dispõe dos meios necessários para o feito nem é essa a sua missão. Por conseguinte, é urgente que o legislador comunitário conclua a tarefa deixada expressamente inacabada em 1957<sup>36</sup>.

#### *Análise da jurisprudência pertinente*

73. O acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Maio de 2000, Comissão/Itália<sup>37</sup> teve já por objecto a compatibilidade com os artigos 43.º CE e 56.º CE de determinados «poderes especiais» mantidos pelo Governo demandado nas sociedades privatizadas ENI SpA e Telecom Italia SpA. Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, da versão consolidada do Decreto-Lei n.º 332, de 31 de Maio de 1994<sup>38</sup>, serão determinadas, por decreto do presidente do Conselho de Ministros, as sociedades que operam no sector da defesa, dos transportes, das telecomunicações, dos recursos energéticos e dos restantes serviços públicos, controladas directa ou indirectamente pelo Estado, em cujos estatutos deverá ser introduzida, por decisão da assembleia extraordinária, antes da adopção de qualquer acto que

34 — O artigo 4.º, n.º 1, CE, introduzido pelo Tratado sobre a União Europeia, sujeita o artigo 295.º CE aos imperativos do mercado único e aos princípios da livre concorrência. V., neste sentido, Edward, D. A. O., *Article 90 EC-Treaty and the Deregulation, Liberalisation and Privatisation of Public Enterprises and Public Monopolies*, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Vorträge und Berichte, n.º 60, 1996, p. 4.

35 — V., com a mesma opinião, Turrini, R., *Privatisations et droit communautaire*, Revue de droit des affaires internationales, n.º 5, 1993, pp. 830 e 831.

36 — V. também, neste sentido, Edward, D. A. O., *op. cit.*, pp. 20 e 21.

37 — C-58/99, Colect., p. I-3811.

38 — GURI n.º 126, de 1 de Junho de 1994. Ratificado, com alterações, pela Lei n.º 474, de 30 de Julho de 1994, que prevê disposições para a aceleração dos processos de venda das participações do Estado e dos organismos públicos em sociedades por acções (GURI n.º 177, de 30 de Julho de 1994).

envolva a perda de controlo, uma disposição atribuindo ao Ministro da Economia e do Tesouro um ou vários dos «poderes especiais» enumerados nesse número, como o poder de aprovação expressa, o de nomeação de um ou vários administradores e de um revisor de contas, bem como o direito de veto de certas decisões. Assim aconteceu relativamente às duas empresas atrás mencionadas.

74. Naquela altura, a Itália não contestou a incompatibilidade invocada, concentrando a sua defesa no anúncio de alterações legislativas que teriam em conta as críticas formuladas pela Comissão no seu parecer fundamentado.

75. O Tribunal de Justiça recordou que apenas poderia tomar em consideração as disposições legais ou regulamentares adoptadas até ao termo do prazo fixado no parecer fundamentado e declarou a existência de incumprimento.

76. Este acórdão é perturbador na medida em que parece aceitar que as partes possam dispor livremente da acção por incumprimento do Tratado. Não obstante, é óbvio que o recurso do artigo 226.º CE afecta, além das partes do processo, o interesse público comunitário, uma vez que, tratando-se de interpretação do direito, o acordo da parte demandada não conduz automaticamente à condenação.

77. Por estes motivos, proponho que o Tribunal de Justiça não atribua qualquer relevância a este precedente jurisprudencial.

78. Por outro lado, o Tribunal de Justiça não teve apenas ocasião de se pronunciar acerca do propósito e do âmbito autênticos do artigo 295.º CE. Mais, atrevo-me a afirmar que os processos em que, de facto, este preceito foi invocado não se prestavam, na sua maioria, a uma aplicação idónea. Longe do princípio da neutralidade relativamente à iniciativa do Estado na actividade económica, estes precedentes tiveram como objecto questões ligadas a transacções de carácter imobiliário<sup>39</sup> ou à regulamentação das patentes e dos direitos de autor<sup>40</sup>. A invocação do artigo 295.º CE neste tipo de contencioso, embora admissível, deve ser considerada estranha relativamente ao fim que o mesmo propriamente prossegue, pelo que não é de admirar que o Tribunal de Justiça não tenha querido extrair qualquer elemento de interpretação útil desta disposição.

79. Em geral, o Tribunal de Justiça limitou-se a afirmar brevemente que a aplicação do artigo 295.º CE não subtrai à aplicação das normas fundamentais do Tratado.

39 — Acórdãos de 6 de Novembro de 1984, Fearon (182/83, Recueil p. 3677), e de 1 de Junho de 1999, Konle (C-302/97, Colect., p. I-3099).

40 — Acórdãos de 18 de Fevereiro de 1992, Comissão/Itália (C-235/89, Colect., p. I-777), e Comissão/Reino Unido (C-30/90, Colect., p. I-829); de 20 de Outubro de 1993, Phil Collins e o. (C-92/92 e C-326/92, Colect., p. I-5145); e de 13 de Julho de 1995, Espanha/Conselho (C-350/92, Colect., p. I-1985).

80. Assim aconteceu, desde logo, nos processos *Fearon e Konle*, já referidos. No primeiro, discutia-se a compatibilidade com o Tratado de uma legislação irlandesa sobre expropriação. A Comissão interveio para sustentar que os regimes de expropriação estavam abrangidos pela ressalva do então artigo 222.º O Tribunal de Justiça considerou que este artigo não permitia escapar ao princípio fundamental de não discriminação, que inspira o capítulo do Tratado consagrado à liberdade de estabelecimento<sup>41</sup>.

economia do Tratado, o artigo 295.º CE só pode produzir verdadeiramente efeitos relativamente às questões sobre a actividade dirigente dos poderes públicos nas empresas em que exercem uma certa titularidade. Em segundo lugar, contrariamente ao teor estritamente neutral da legislação nacional impugnada, o Tribunal de Justiça deixou-se guiar por diversas considerações que o levaram a apreciar um risco sério de discriminação inerente ao regime de autorização prévia<sup>42</sup>. A concorrência dessas circunstâncias objectivas em que se baseou o Tribunal de Justiça distingue aquele caso dos presentes, nos quais a Comissão não apresentou qualquer elemento capaz de conduzir ao mesmo juízo de apreciação.

81. O segundo precedente mencionado pode dar a impressão de entrar em conflito com alguns aspectos da interpretação do artigo 295.º que proponho. No processo *Konle*, trata-se de apreciar, à luz das liberdades do Tratado, o regime austríaco que consiste em sujeitar a aquisição de terrenos para construção no Tirol a uma autorização administrativa prévia. O Tribunal de Justiça declarou que uma legislação dessa natureza era contrária à liberdade de circulação de capitais, apesar de o regime ser, em teoria, indistintamente aplicável a nacionais e estrangeiros.

82. Fundamentação semelhante pode ser encontrada, no essencial, nos processos C-235/89, *Comissão/Itália* e C-30/90, *Comissão/Reino Unido*, já referidos, que tinham por objecto a compatibilidade com o princípio da livre circulação de mercadorias de determinadas modalidades nacionais de outorga de licenças de patentes. Estes casos diferem, por outro lado, dos presentes autos não apenas porque, no seu quadro, é invocado o artigo 295.º CE de forma inapropriada, como já demonstrei, mas também porque as legislações em causa tinham por objectivo declarado favorecer a produção nacional. Por conseguinte, eram abertamente discriminatórias.

A semelhança com os processos dos presentes autos é mais aparente do que real. Em primeiro lugar, como já foi referido, na

41 — N.º 7.

42 — N.ºs 41 e 49.

83. Noutros acórdãos, sublinha-se com toda a razão que o artigo 295.º não isenta as empresas, de titularidade pública ou privada, das normas relativas à concorrência.

Comissão não havia, de modo algum, menosprezado o regime da propriedade pública e se tinha limitado a tratar de forma idêntica o proprietário público e o proprietário privado de uma empresa<sup>47</sup>.

84. Deste modo, no processo 41/83, Itália/Comissão<sup>43</sup>, a demandante alegava que o então artigo 222.º do Tratado CE autorizava a criação de monopólios de Estado, pelo que não era de aplicar o disposto no artigo 86.º do Tratado CE (actualmente artigo 81.º CE). O Tribunal de Justiça considerou que as actividades objecto dos autos não estavam cobertas por monopólio legal nenhum e que, portanto, nada se opunha à correcta aplicação do artigo 86.º do Tratado CE<sup>44</sup>.

86. Por último, no processo C-163/99, Portugal/Comissão<sup>48</sup>, mediante o qual a República Portuguesa impugnava uma decisão de proibição das práticas de fixação das taxas de aterragem adoptadas por uma empresa encarregada da gestão de aeroportos, o Tribunal de Justiça entendeu que a aplicação do artigo 86.º do Tratado CE aos autos não violava o princípio da neutralidade relativamente ao regime de propriedade nos Estados-Membros<sup>49</sup>.

85. No processo C-305/89, que voltava a opor a Itália à Comissão<sup>45</sup>, dessa vez em matéria de auxílios de Estado mediante entradas de capital no sector automóvel, a recorrente sustentava que qualificar de auxílios as suas entradas em virtude de os fundos provirem de dotações públicas presupunha um incumprimento do antigo artigo 222.º do Tratado CE<sup>46</sup>. O Tribunal de Justiça considerou, pelo contrário, que a

87. De carácter especial se reveste o acórdão de 18 de Dezembro de 1997, Annibaldi<sup>50</sup>, num processo em que era pedido ao Tribunal de Justiça que se pronunciasse acerca das consequências, em direito comunitário, das restrições ao uso da propriedade derivadas da criação de um parque natural e arqueológico. O Tribunal de Justiça considerou que a questão se revestia de carácter exclusivamente interno. Não obstante, como argumento subsidiário,

43 — Acórdão de 20 de Março de 1985, Recueil, p. 873.

44 — *Ibidem*, n.ºs 21 e 22.

45 — Acórdão de 21 de Março de 1991, Colect., p. 1603.

46 — *Ibidem*, n.º 17.

47 — *Ibidem*, n.º 24.

48 — Acórdão de 29 de Março de 2001, Colect., p. I-2613.

49 — *Ibidem*, n.º 59.

50 — C-309/96, Colect., p. I-7493.

entendeu que «dada, por um lado, a ausência de regulamentação comunitária específica em matéria de expropriações e, por outro, uma vez que as medidas relativas à organização comum dos mercados agrícolas não têm por efeito afectar os regimes da propriedade agrícola, resulta da redacção do artigo 222.º do Tratado que a lei regional respeita a uma área que é da competência dos Estados-Membros»<sup>51</sup>.

88. Desta passagem pela jurisprudência interessa-me, sobretudo, realçar o facto de o Tribunal de Justiça nunca se ter pronunciado expressamente acerca do alcance do artigo 295.º CE no seu âmbito próprio de eficácia, a saber, o da capacidade dos poderes públicos de impor opções de política económica mediante o uso de facultades de intervenção nas empresas.

89. Dois insígnis advogados-gerais debruçaram-se sobre a noção de neutralidade dos Tratados relativamente ao intervencionismo económico do Estado.

Nas conclusões dos processos apensos 188/80 a 190/80<sup>52</sup>, o advogado-geral G. Reischl, ao analisar o alcance do artigo 90.º, n.º 3, do Tratado CE (actual artigo 86.º CE), entendeu que o então artigo 222.º restringia os poderes de que a

Comissão dispõe, nos termos daquela disposição, de intervir na estrutura interna das empresas públicas, pelo que «a margem de acção da actividade económica dos poderes públicos não pode ser reduzida para além dos limites previstos no Tratado»<sup>53</sup>.

Num contexto semelhante e seguindo esta linha de interpretação, o advogado-geral G. Tesaro, nas conclusões relativas ao processo C-202/88, França/Comissão<sup>54</sup>, sustentou que, da relação directa e transparente entre o artigo 90.º e o artigo 222.º do Tratado CE, «resulta com clareza a existência, pelo menos, de uma presunção de legalidade a favor da empresa pública ou beneficiária de direitos exclusivos como tais»<sup>55</sup>.

90. Destas considerações gostaria de sublinhar que as modalidades de configuração das empresas depositárias de direitos exclusivos, como o esforço de adequação dos monopólios nacionais de carácter comercial ex-artigo 31.º, n.º 1, CE, quer dizer, as diversas fórmulas de organização das empresas submetidas a determinada tutela pública não são, consideradas em abstracto, contrárias ao Tratado. A sua conformidade com os princípios fundamentais

51 — *Ibidem*, n.º 23.

52 — Já referidos na nota 27, *supra*.

53 — N.º 3, Recueil, p. 2589.

54 — Acórdão de 19 de Março de 1991, Colect., p. I-1223, especialmente p. I-1239.

55 — N.º 29, Colect., p. I-1248.

da ordem jurídica comunitária deve ser apreciada *em concreto*, através de uma verificação pontual da essência e do modo de exercício, da finalidade e das implicações da criação ou da manutenção da situação jurídica em causa<sup>56</sup>.

relativa às restrições de aplicação indistinta, assim como as outras duas acções, sejam julgadas improcedentes.

### Despesas

91. Em resumo, considero que as prerrogativas especiais dos poderes públicos objecto dos presentes processos por incumprimento constituem modalidades de intervenção pública na actividade de determinadas empresas, com a finalidade de impor objectivos de política económica, e equiparam-se a formas de titularidade das empresas cuja configuração compete aos Estados-Membros, nos termos do artigo 295.º CE. A existência das referidas modalidades não é, em si mesma, contrária às liberdades fundamentais do Tratado, embora o seu exercício concreto possa sê-lo.

93. Caso a acção do processo C-367/98 seja julgada parcialmente improcedente, como proponho, cada uma das partes deverá suportar as suas próprias despesas, nos termos do artigo 69.º, n.º 3, do Regulamento de Processo.

94. Nos processos C-483/99 e C-503/99, a demandante deverá ser condenada nas despesas, nos termos do artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo.

92. Por conseguinte, proponho que a acção contra a República Portuguesa, na parte

95. Os intervenientes suportarão as suas próprias despesas, nos termos do artigo 69.º, n.º 4, do Regulamento de Processo.

<sup>56</sup> — *Ibidem*, n.º 28, *in fine*.

## Conclusão

96. Atendendo ao conjunto das considerações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça:

no processo C-367/98,

— declare que, ao promulgar e manter em vigor as disposições do artigo 13.º, n.º 3, da Lei n.º 11/90, de 5 de Abril de 1990, lei-quadro relativa às privatizações, bem como os decretos-lei que lhe dão execução, a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 43.º CE e 56.º CE;

— na parte restante, julgue a acção improcedente;

— condene cada parte a pagar as suas próprias despesas;

e, nos processos C-483/99 e C-503/99,

— julgue as acções improcedentes;

— condene a Comissão nas despesas.