

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

apresentadas em 6 de Novembro de 2008<sup>1</sup>

**I — Introdução**

1. Nem tudo o que luz é oiro. William Shakespeare usa este ditado em *O Mercador de Veneza*<sup>2</sup> quando o príncipe de Marrocos escolhe o cofre de prata para conquistar o coração de Pórcia. Em matéria de *golden shares*, este adágio já deveria ter penetrado fundo na vontade dos Estados-Membros, empenhados em fazer de rei Midas, convertendo em sucedâneo do precioso metal as participações no capital das empresas que operam em sectores estratégicos ou que prestam serviços públicos.

2. No entanto, neste desenfreado labor de alquimistas, os Governos esquecem com frequência o efeito corrector do direito comunitário, que deixa sem valor os privilégios exorbitantes, cuidadosamente blindados, de que querem dotar-se, situando-se acima do comum dos accionistas. São movidos sem dúvida pelas melhores intenções, escudadas na ideia do interesse geral, mas essa vontade

não legitima nenhum afastamento da disciplina que impõem as normas do Tratado CE.

3. A presente acção da Comissão contra a República Italiana inscreve-se na linha dos processos que têm por objectivo as denominadas «acções privilegiadas»), que, desde o acórdão Comissão/Alemanha<sup>3</sup>, há que entender como toda a estrutura jurídica individualmente aplicável às empresas, que conserva ou contribui para perpetuar a influência da autoridade pública sobre essas empresas<sup>4</sup>. Em substância, a instituição comunitária pede ao Tribunal de Justiça que declare a incompatibilidade com a livre circulação de capitais e com o direito de estabelecimento dos critérios, contidos num decreto, para o exercício de faculdades extraordinárias reconhecidas por lei em favor de certas autoridades públicas.

1 — Língua original: espanhol.

2 — William Shakespeare, *O Mercador de Veneza*, Acto II, Cena VII, p. 50.

3 — Acórdão de 23 de Outubro de 2007 (C-112/05, Colect., p. I-8995), e as minhas conclusões, apresentadas em 13 de Fevereiro de 2007.

4 — Van Bakkum, J./Kloosterman, J./Winter, J., «Golden Shares and European Company Law: the Implications of *Volkswagen*», in *European Company Law*, volume 5/1, Fevereiro de 2008, p. 8.

## II — Quadro legal

movimentos de capitais entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros.»

### A — O direito comunitário

4. A validade das legislações nacionais que a Comissão questiona no âmbito das acções de ouro é geralmente examinada pelo Tribunal de Justiça à luz de duas das liberdades fundamentais do Tratado CE: o direito de estabelecimento e a livre circulação de capitais. Quanto à primeira, é pertinente o artigo 43.º, primeiro parágrafo, CE, que reza assim:

«No âmbito das disposições seguintes, são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro. Esta proibição abrange igualmente as restrições à constituição de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um Estado-Membro estabelecidos no território de outro Estado-Membro.»

5. Por outro lado, o Tratado dedica à livre circulação de capitais o artigo 56.º, n.º 1:

«1. No âmbito das disposições do presente capítulo, são proibidas todas as restrições aos

6. Há que trazer à colação, pela importância que reveste a sua apreciação, o artigo 295.º CE:

«O presente Tratado em nada prejudica o regime da propriedade nos Estados-Membros.»

7. No âmbito do direito derivado, salienta-se a Directiva 88/361/CEE<sup>5</sup>, que incorpora no seu anexo I uma nomenclatura para classificar os movimentos de capitais a que se refere o artigo 1.º Inclui, em especial, a «[p]articipação em empresas novas ou existentes com vista a criar ou manter laços económicos duradouros» (investimentos directos)<sup>6</sup> e a «[a]quisição, por não-residentes, de títulos nacionais negociados na bolsa» (investimentos de carteira)<sup>7</sup>.

5 — Directiva 88/361/CEE do Conselho, de 24 de Junho de 1988, para a execução do artigo 67.º do Tratado (*JO L 178*, p. 5).

6 — Ponto L2 do anexo referido.

7 — Ponto III.A.1 do referido anexo.

B — *O direito italiano*

cidos de acordo com o Ministro das Actividades Produtivas[.]»

8. Com o seu artigo 4.º, n.ºs 227 a 231, a Lei orçamental italiana para 2004 (a seguir «Lei do Orçamento») <sup>8</sup> alterou o Decreto-Lei n.º 332, de 31 de Maio de 1994 <sup>9</sup>, convertido em lei, com determinadas alterações, pela Lei n.º 474, de 30 de Julho do mesmo ano, que estabelece disposições com vista à aceleração dos processos de venda das participações do Estado e dos organismos públicos em sociedades por acções <sup>10</sup>.

9. O artigo 4.º, n.º 227, regula os direitos especiais concedidos ao Estado italiano sobre algumas sociedades; sobretudo, o n.º 1 do n.º 227 dá nova redacção ao artigo 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 332, que dispõe:

«De entre as sociedades directa ou indirectamente controladas pelo Estado que operem nos sectores da defesa, dos transportes, das telecomunicações, das fontes de energia e noutros serviços públicos, um decreto do Presidente do Conselho de Ministros [...] determinará as empresas em cujos estatutos, previamente a qualquer acto que implique a perda do controlo, deve ser introduzida uma cláusula, por deliberação da assembleia extraordinária pela qual seja atribuído a Ministro da Economia e Finanças um ou vários dos direitos especiais seguintes, que serão exer-

10. As prerrogativas exorbitantes do Estado italiano são descritas detalhadamente em seguida nas alíneas a), b), c) e d) do artigo 2.º; estas resumem-se assim:

- a) oposição à aquisição por investidores de participações importantes nas referidas sociedades, que representem, pelo menos, 5% dos direitos de voto ou uma percentagem inferior que o Ministro da Economia e Finanças fixe por decreto;
- b) oposição aos pactos ou acordos entre accionistas que representem, pelo menos, 5% dos direitos de voto ou uma percentagem inferior que o Ministro da Economia e Finanças fixe por decreto;
- c) veto das decisões de dissolução da sociedade, de trespasse da empresa, de fusão, de cisão, de transferência da sede da sociedade para o estrangeiro, de alteração do objecto social ou dos estatutos da sociedade que suprimam ou modifiquem os direitos especiais; e

8 — Lei n.º 350/2003, de 24 de Dezembro de 2003 (GURI n.º 299, de 27 de Dezembro de 2003).

9 — GURI n.º 126, de 1 de Junho de 1994.

10 — GURI n.º 177, de 30 de Julho de 1994.

- d) nomeação de um administrador sem direito de voto. públicas no quadro dos direitos especiais nos termos seguintes:

11. Em 10 de Junho de 2004, o Presidente do Conselho de Ministros italiano adoptou o decreto<sup>11</sup> previsto no artigo 4.º, n.º 230, da Lei do Orçamento; o artigo 1.º, n.º 1, desse decreto dispõe:

«Os direitos especiais do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 332 de 1994 serão exercidos em exclusivo quando se verificarem motivos relevantes e imperativos de interesse geral relativos, em especial, à ordem pública, à segurança pública, à saúde pública e à defesa, de modo adequado e na medida proporcionada à protecção desses interesses, inclusivamente mediante a eventual previsão dos prazos oportunos, sem prejuízo do respeito dos princípios do ordenamento interno e do direito comunitário e, em primeiro lugar, do princípio da não discriminação.»

12. O n.º 2 do artigo 1.º do decreto estabelece os critérios para a actuação das autoridades

«Sem prejuízo da finalidade indicada no n.º 1, os direitos especiais a que se refere o artigo 2.º, n.º 1, alíneas a), b) e c) do Decreto-Lei n.º 332 de 1994 serão exercidos quando se verificarem as seguintes circunstâncias:

- a) perigo real e grave de corte no aprovisionamento nacional mínimo em produtos petrolíferos e energéticos, bem como no fornecimento de serviços conexos e derivados e, em geral, no aprovisionamento de matérias-primas, de bens essenciais para a colectividade ou do nível mínimo de serviços de telecomunicações e de transporte;
- b) perigo real e grave para a continuidade do exercício das obrigações para com a colectividade num serviço público, bem como para o exercício das missões de interesse geral confiadas à sociedade;

- c) risco real e grave para a segurança das instalações e redes dos serviços públicos essenciais;

11 — GURI n.º 139, de 16 de Junho de 2004.

d) risco real e grave para a defesa nacional, a segurança militar, a ordem pública e a segurança pública;

e) urgências sanitárias.»

15. Nas respostas apresentadas, as autoridades italianas indicaram, em Junho de 2003, que o referido decreto constituía uma aplicação do acórdão do Tribunal de Justiça no processo C-58/99<sup>12</sup> e, em Novembro, que em finais desse mesmo ano adoptariam uma regulamentação conforme com o direito comunitário.

16. Após a aprovação das alterações anunciadas, o Governo italiano deu conhecimento à Comissão, em Janeiro de 2004, do texto da Lei do Orçamento para esse ano, que continha um mandato para que o Presidente do Conselho de Ministros ditasse, no prazo de noventa dias a contar da entrada em vigor da lei, um decreto contendo os critérios para o exercício dos direitos especiais.

### III — Fase pré-contenciosa

13. Não tendo o Governo italiano impugnado na contestação nem na réplica nenhum dos pontos do quadro factual exposto pela Comissão, há que aceitar a exposição dos factos do litígio tal como consta da petição, embora depurada dos elementos prescindíveis para a decisão do litígio.

17. Em 30 de Junho de 2004, a Comissão recebeu a comunicação desta norma de aplicação, o decreto impugnado.

14. Por notificação de Fevereiro de 2003, a Comissão alertou o Governo italiano para a questão da compatibilidade com o direito comunitário do artigo 66.º da Lei do Orçamento n.º 488, de 23 de Dezembro de 1999, bem como do Decreto do Presidente do Conselho de Ministros de 11 de Fevereiro de 2000, relativo à privatização das empresas públicas.

18. Em 22 de Dezembro de 2004, a instituição comunitária referida enviou uma notificação complementar às autoridades italianas, por considerar que as disposições alteradas e os novos critérios sobre o exercício dos direitos especiais não sanavam a violação das normas do Tratado CE sobre a livre circulação de capitais e sobre a liberdade de estabelecimento.

12 — Acórdão de 23 de Maio de 2000, Comissão/Itália (C-58/99, Colect., p. I-3811).

19. Em 24 de Maio de 2005, o Governo italiano respondeu que o Decreto-Lei n.º 332 e o Decreto de 10 de Junho de 2004 configuravam um sistema de «acções privilegiadas» no âmbito da gestão das sociedades com participação estatal, que se adequava aos imperativos do direito comunitário.

20. Essa argumentação não satisfaz a Comissão, que enviou um parecer fundamentado ao Governo interessado em 18 de Outubro de 2005. Em 20 de Dezembro de 2005, as autoridades italianas manifestaram o seu desacordo do referido parecer, pelo que a Comissão decidiu submeter o litígio à apreciação do Tribunal de Justiça.

#### **IV — Tramitação processual no Tribunal de Justiça e argumentos das partes**

21. A petição inicial da Comissão deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 13 de Julho de 2007 e a contestação do Governo italiano em 5 de Outubro do mesmo ano.

22. A réplica foi entregue em 16 de Novembro de 2007 e, em 7 de Fevereiro de 2008, a tréplica.

23. A Comissão pede ao Tribunal de Justiça que declare que a República Italiana não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 43.º e 56.º do Tratado CE, ao promulgar o artigo 1.º, n.º 2, do Decreto de 10 de Junho de 2004, que fixa critérios para o exercício dos direitos especiais a que se refere o artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 332, convertido em lei com alterações pela Lei n.º 474, de 30 de Julho de 1999, com as alterações decorrentes do artigo 4.º, n.º 227, alíneas a), b) e c), da Lei do Orçamento. A Comissão pede igualmente que o Governo italiano seja condenado nas despesas.

24. O Governo italiano pede que a acção seja julgada improcedente e que a Comissão seja condenada nas despesas.

25. Na audiência realizada em 2 de Outubro de 2008, os representantes do Governo italiano e da Comissão apresentaram observações orais.

## V — Análise do incumprimento

especiais e, inclusivamente, da oportunidade da sua utilização<sup>15</sup>.

### A — Observações preliminares

#### 1. Quanto ao objecto do litígio

26. Nos seus articulados<sup>13</sup>, o Governo italiano alude à inadmissibilidade, embora não da acção na sua totalidade, mas da maioria das alegações em que se apoia a imputação de incumprimento. Em sua opinião, na realidade, as críticas vertidas na petição e na réplica dirigem-se não tanto contra o decreto impugnado mas contra os direitos especiais consagrados no Decreto-Lei n.º 332; contudo, uma vez que o parecer fundamentado não atacava tais prerrogativas, a Comissão ao imputar-lhe um incumprimento por regular esses direitos especiais, amplia de forma oculta o objecto da acção.

27. A demandante, por sua vez, confirma na réplica<sup>14</sup> que apenas põe em causa a proporcionalidade do artigo 1.º, n.º 2, do decreto controvertido, em especial os critérios para o exercício das faculdades exorbitantes do Estado italiano; censura a falta da necessária concretização que permita aos investidores apreciar as circunstâncias exactas em que a administração pode fazer uso dessas faculdades extraordinárias. Reconhece, não obstante, a necessidade de se efectuar a análise da proporcionalidade sob o ponto de vista da legitimidade para exercer os direitos

28. Segundo jurisprudência reiterada, o objecto de uma acção intentada nos termos do artigo 226.º CE é delimitado pelo procedimento pré-contencioso previsto nesta disposição. Por conseguinte, o parecer fundamentado da Comissão e a acção devem fundar-se nos mesmos fundamentos e argumentos, pelo que não se pode examinar uma acusação que não tenha sido formulada no parecer fundamentado<sup>16</sup>. Desta jurisprudência deduz-se que a finalidade de tal sobreposição entre a fase pré-contenciosa e a acção no Tribunal de Justiça radica em dar ao Estado-Membro interessado a ocasião, quer de cumprir as suas obrigações decorrentes do direito comunitário, quer de explicar adequadamente as alegações que, em sua defesa, considere pertinentes perante as acusações da Comissão.

29. Não deve ser acolhida a alegação de inadmissibilidade do Governo italiano, porque um estudo comparativo do ofício de notificação<sup>17</sup>, do parecer fundamentado<sup>18</sup> e da petição revela não só que a Comissão visa unicamente a apreciação do decreto impugnado, mas também que no último desses

15 — No ponto 5 da réplica.

16 — Por exemplo, acórdãos de 11 de Maio de 1989, Comissão/Alemanha (76/86, Colect., p. 1021, n.º 8); de 20 de Março de 1997, Comissão/Alemanha (C-96/95, Colect., p. I-1653, n.º 22); de 11 de Junho de 1998, Comissão/Luxemburgo (C-206/96, Colect., p. I-3401, n.º 13); e de 24 de Junho de 2004, Comissão/Países Baixos (C-350/02, Colect., p. I-6213, n.º 19 e 20).

17 — Carta da Comissão à Representação Permanente da República de Itália, de 6 de Fevereiro de 2003.

18 — Carta da Comissão a essa Representação de 18 de Outubro de 2005.

13 — Concretamente nos pontos 4 e 14 *a contrario sensu* da contestação, bem como 2, 4 e 43 *in fine* da réplica.

14 — Ponto 3 e seguintes deste articulado.

documentos o objecto do litígio se limitou ao decreto, ao passo que os documentos anteriores à acção contêm alguns critérios para rebater a validade dos direitos especiais em si mesmos<sup>19</sup>.

30. Em qualquer caso, mesmo no caso de se tratar de uma restrição da discussão, basta assinalar que o Tribunal de Justiça, no quadro das acções por incumprimento, aceitou essa possibilidade, distinguindo-a da ampliação<sup>20</sup>.

31. Acresce que a argumentação do Governo italiano peca por ser sofisticada, pois dá a entender que a Comissão, ao censurar o decreto recorrido, atende na realidade à natureza dos direitos especiais, uma vez que não é lícito decidir sobre o exercício dos direitos sem os submeter à apreciação do tribunal. Ao equiparar a enunciação dos direitos especiais ao seu exercício, confunde a norma que os reconhece [o artigo 2.º, n.º 1, alíneas a), b), c) e d), do Decreto-Lei n.º 332] com a que regula o seu exercício [o artigo 1.º, n.º 2, do Decreto referido].

32. Em suma, o âmbito do litígio entre a Comissão e o Governo italiano centra-se na proporcionalidade das referidas disposições do decreto mencionado, mantendo-se válidas

todas as alegações da Comissão nos seus articulados.

33. Existem dúvidas sobre a solidez dos direitos especiais previstos pelo Decreto-Lei n.º 332, à luz das disposições sobre a livre circulação do Tratado, contudo, as especificidades da acção por incumprimento impedem que o Tribunal de Justiça entre na análise oficiosa desta compatibilidade, uma vez que estaria a pronunciar-se *ultra petita*.

34. Por conseguinte, as circunstâncias desta acção devem ser consideradas, pelo menos, estranhas: pede-se ao Tribunal de Justiça que se pronuncie sobre a proporcionalidade do exercício de direitos especiais sem lhe ser solicitada uma opinião prévia acerca da conciliação destas prerrogativas com as liberdades fundamentais do Tratado CE. Como não se pode excluir que seja intentada outra acção a respeito desta questão, convido a Comissão a impregnar o seu zelo inquisidor de uma certa dose de coerência que redunde também em economia processual, garantindo uma melhor utilização dos recursos públicos.

2. Pertinência do artigo 295.º CE

19 — Na página 7, penúltimo parágrafo, da petição e na página 6, último parágrafo, do parecer fundamentado.

20 — Acórdão de 16 de Setembro de 1997, Comissão/Itália (C-279/94, Colect., p. I-4743, n.º 25).

35. Embora o Governo italiano não tenha invocado em sua defesa o respeito que merece o artigo 295.º CE, amplamente estudado nas

minhas duas conclusões apenas nos processos em que foram proferidos os acórdãos Comissão/Portugal, Comissão/França e Comissão/Bélgica<sup>21</sup>, por um lado, bem como Comissão/Espanha e Comissão/Reino Unido<sup>22</sup>, por outro, o cariz dos direitos especiais em questão convida a que nos detenhamos na tese sustentada nestas conclusões.

36. Reitero, pois, a opinião de que a expressão «regime da propriedade» do artigo 295.º CE não remete para o ordenamento civil das relações patrimoniais, mas para o conjunto ideal de normas de todo o tipo, incluindo de direito público, susceptíveis de outorgar a titularidade de uma empresa, isto é, de autorizar a quem a possui a exercer uma influência decisiva na definição e na execução de todos ou de alguns dos seus objectivos. Do mesmo modo, a necessária interpretação finalista deste artigo dispensa uma distinção entre empresas públicas e privadas, para efeitos do Tratado, que assente na mera composição da respectiva massa de accionistas, distinção que antes depende da possibilidade de o Estado impor determinados objectivos de política económica, diferentes da mera procura do máximo rendimento, que caracteriza a actividade privada.

21 — Acórdãos de 23 de Maio de 2000, Comissão/Itália (C-58/99, Colect., p. I-3811); de 4 de Junho de 2002, Comissão/Portugal (C-367/98, Colect., p. I-4731); Comissão/França (C-483/99, Colect., p. I-4781); e Comissão/Bélgica (C-503/99, Colect., p. I-4809), cujas conclusões foram lidas em 3 de Julho de 2001.

22 — Acórdãos de 13 de Maio de 2003, Comissão/Espanha (C-463/00, Colect., p. I-4581) e Comissão/Reino Unido (C-98/01, Colect., p. I-4641); as conclusões foram apresentadas em 6 de Fevereiro de 2003.

37. Recordo que o Tratado respeita o regime da propriedade dos ordenamentos jurídicos nacionais, consagrado no artigo 295.º, estendendo-o a qualquer medida que, através da intervenção no sector público, entendido no sentido económico, permite ao Estado contribuir para a configuração da actividade produtiva do país, sobretudo em processos de privatização de empresas que operavam em sectores considerados «estratégicos», que se foram liberalizando paulatinamente<sup>23</sup>. Penso, em concreto, no controlo dos poderes públicos em certas actividades de interesse vital para a nação, que visa a implantação de estratégias de política económica.

38. Neste contexto, mantém-se inteiramente válida a crítica feita nas minhas conclusões nos processos C-463/00 e C-98/01 ao facto de os acórdãos terem deixado de lado, sem qualquer fundamento, a aplicação e o alcance do artigo 295.º CE, dado que os acórdãos proferidos posteriormente também não o interpretaram; o Tribunal de Justiça limitou-se a indicar que não se podem ignorar as preocupações que, consoante as circunstâncias, podem justificar que os Estados-Membros conservem uma determinada influência nas empresas inicialmente públicas e posteriormente privatizadas, quando estas empresas actuam nos domínios dos serviços de interesse geral ou estratégicos<sup>24</sup>.

23 — V. igualmente as minhas conclusões no processo em que foi proferido o acórdão Comissão/Alemanha, já referidas na nota n.º 3, n.ºs 47 e seguintes.

24 — Por exemplo, nos acórdãos, Comissão/Espanha, já referido, n.º 66; e de 6 de Dezembro de 2007, Federconsumatori e o. (C-463/04 e C-464/04, Colect., p. I-4933, n.º 41).

39. O Tribunal de Justiça acrescentou que estas preocupações não permitem, porém, aos Estados-Membros invocar os seus regimes de propriedade, tal como referidos no artigo 295.º CE, para justificar entraves às liberdades do direito europeu, que resultem de privilégios que acompanham a sua posição de accionista numa empresa privatizada, uma vez que o referido artigo não tem por efeito subtrair os regimes de propriedade existentes nos Estados-Membros ao sistema das regras fundamentais do Tratado<sup>25</sup>.

40. As minhas conclusões apenas, já referidas, contêm uma afirmação muito semelhante, indicando que a cláusula de neutralidade do artigo 295.º não acarreta, de modo algum, a isenção das normas imperativas do Tratado, que 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, insisto, não anula a aplicação das normas fundamentais do Tratado, mas implica que as medidas referidas não devam ser consideradas, por si só, incompatíveis com o Tratado porque estão abrangidas pela «presunção de validade» que lhes é outorgada pela legitimidade do artigo 295.º CE<sup>26</sup>.

41. É verdade que, segundo a tese que defendo, as prerrogativas especiais dos

poderes públicos discutidas na presente acção por incumprimento constituem regulamentações de intervenção pública na actividade de determinadas empresas, para impor objetivos de política económica, e devem ser equiparadas a formas de titularidade das empresas, cuja configuração compete aos Estados-Membros nos termos do artigo 295.º CE; da sua existência, em si mesma, não resulta uma violação das liberdades fundamentais do Tratado, que pode, contudo, decorrer do seu exercício concreto.

42. Ora, por um lado, no presente litígio, a Comissão apenas critica a falta de proporcionalidade, à luz do Tratado CE, de certos aspectos do decreto impugnado relativos ao *exercício* dos direitos especiais conferidos ao Estado italiano pelo Decreto-Lei n.º 332; por outro lado, o princípio da proporcionalidade, entendido sucintamente como a premissa que adequa a intervenção reguladora do Estado ao objectivo prosseguido<sup>27</sup>, pertence aos princípios gerais do ordenamento comunitário, de acordo com o qual deve ser apreciada a legalidade dessas faculdades extraordinárias dos Estados-Membros. Assim, em conclusões anteriores propugnei que os Governos que defendam regulamentações sobre «golden shares» têm que demonstrar que a presença estatal nas empresas liberalizadas se adequa à finalidade pretendida<sup>28</sup> e, agora, em coerência com o meu raciocínio exposto nas páginas anteriores, entendo que nada se opõe a que tal regulamentação seja submetida a uma análise à luz do referido princípio da proporcionalidade.

25 — Acórdãos, já referidos, Comissão/Espanha, n.º 67; Comissão/França, n.º 44; e Comissão/Bélgica, n.º 44.

26 — Conclusões nos processos Comissão/Portugal, Comissão/França e Comissão/Bélgica, já referidas, n.º 67, bem como conclusões nos processos Comissão/Espanha e Comissão/Reino Unido, já referidas, n.º 37.

27 — Schwarze, J., *European Administrative Law*, Ed. Sweet & Maxwell, 1.ª ed. revista, Londres, 2006, p. 679.

28 — Comissão/Espanha e Comissão/Reino Unido, já referidos, n.º 37.

3. Artigo 43.º CE *versus* artigo 56.º CE

43. A demandante pretende que se declare que a República Italiana infringiu a liberdade de estabelecimento e a livre circulação de capitais.

44. A este respeito, não alterei o meu critério de que o âmbito natural e idóneo para a análise das várias restrições encobertas sob o epíteto de «acções privilegiadas», é o da liberdade de estabelecimento, pois o Estado-Membro em causa normalmente aspira a controlar, utilizando faculdades de intervenção na estrutura accionista, a formação da vontade social das entidades privatizadas (influindo na composição accionista ou em actos concretos de administração), meta escassamente consentânea com a livre circulação de capitais<sup>29</sup>.

45. No entanto, tais faculdades podem afectar o direito de livre estabelecimento, tornando-o menos interessante, tanto directamente, na medida em que incidem no acesso ao capital social, como indirectamente, na medida em que reduzem os seus aspectos atractivos, ao

restringir a capacidade de disposição ou de gestão dos órgãos sociais<sup>30</sup>. Ao contrário do que o Tribunal declarou<sup>31</sup>, insisto em que o obstáculo resultante à livre circulação de capitais tem natureza subsidiária e não necessária. Já assinei que esta asserção está correcta no que respeita às medidas que afectam a composição da estrutura accionista, e ainda mais quanto às medidas que limitam a aprovação de deliberações sociais (mudança do objecto social da empresa, alienação de activos), como as impugnadas no caso em apreço, tornando-se hipotético ou muito ténue o vínculo à livre circulação de capitais<sup>32</sup>.

46. A distinção adquire uma relevância prática de primeira ordem tendo em conta que a liberdade de circulação de capitais vigora não apenas entre os Estados-Membros, mas também entre estes e os países terceiros<sup>33</sup>. Daí que, uma medida como o veto de uma decisão de dissolução de uma empresa num sector estratégico seja oponível aos accionistas de países terceiros, mesmo que tenha sido declarada incompatível com o artigo 43.º CE.

29 — Conclusões no processo em que foram proferidos os acórdãos Comissão/Espanha e Comissão/Reino Unido, já referidos, n.º 36; do mesmo modo, as minhas conclusões no processo Comissão/Alemanha, já referido na nota n.º 3, n.ºs 58 e 59.

30 — Velasco San Pedro, L. A. e Sánchez Felipe, J. M., «La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El Estado de la cuestión después de la SE», in Revista de derecho de sociedades, número 19, ano 2002-2, p. 31.

31 — Acórdãos Comissão/Portugal e Comissão/França, já referidos, n.º 56. V. igualmente acórdão Comissão/Paises Baixos, n.º 43.

32 — Conclusões do processo em que foram proferidos os acórdãos Comissão/Espanha e Comissão/Reino Unido, já referidos, n.º 36.

33 — Por exemplo, o recente acórdão de 17 de Julho de 2008, Comissão/Espanha (C-207/07, n.º 31).

47. Por outro lado, apesar do carácter acessório do movimento de dinheiro proveniente de países terceiros imprescindível para adquirir a quantidade de títulos que permitem controlar a gestão do negócio, considerar esse poder extraordinário contrário ao artigo 56.º CE deixa o caminho livre para esses mesmos accionistas de países terceiros procederem à dissolução, em detrimento dos interesses do Estado-Membro na continuidade da prestação do serviço público que a empresa realizava.

48. Não nego que haja certas medidas susceptíveis de apreciação à luz dos parâmetros das duas liberdades fundamentais em questão; apenas quero chamar a atenção para o facto de haver outro tipo de direitos especiais, cuja conexão intrínseca com a administração das empresas enfraquece de tal modo a sua ligação à livre circulação de capitais que determinar a sua nulidade conduziria a uma concepção excessivamente ampla do artigo 56.º CE.

49. Defendo, portanto, uma maior concisão do âmbito de aplicação respectivo das duas liberdades fundamentais, que colide com a actual *vis atractiva* da livre circulação de capitais induzida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça. Deixo aqui esboçada esta observação, sem prejuízo de um desenvolvimento posterior, no âmbito da análise pormenorizada do decreto de 10 de Junho de 2004. Adianto desde já que a razão da separação da análise do incumprimento nas alíneas a) e b) do ponto 2 da alínea B) nas presentes conclusões é ditada pela liberdade

fundamental a cuja luz deve ser analisado o decreto controvertido.

50. Para terminar, há que salientar que decorre dos autos que foi precisamente o receio dos investimentos com vista ao estabelecimento que levou o Estado italiano a adoptar a regulamentação que a Comissão critica. O móbil subjacente, porém não único, é evitar que as empresas dos sectores estratégicos caíam nas mãos de grupos financeiros não comunitários de solvência duvidosa, que talvez prossigam objectivos inconciliáveis com a política dos Estados-Membros.

## B — Quanto à proporcionalidade do decreto impugnado

### 1. Apresentação

51. A Comissão baseia a sua acção no facto de o decreto impugnado não definir suficientemente os critérios de exercício das facultades extraordinárias e de, por conseguinte o investidor desconhecer o contexto em que o Governo pensa utilizá-las. Neste quadro alega que, por estar redigido em termos muito genéricos, o Estado apenas intervirá quando um investidor tentar obter um pacote importante de acções das empresas nos sectores de actividade económica afectados (defesa,

transportes, telecomunicações, energia e outros serviços públicos)<sup>34</sup>, o que pressupõe que a decisão seja subjectiva, inspirada exclusivamente nas qualidades do investidor.

52. A Comissão acrescenta que as expressões «perigo real e grave» ou «urgência sanitária» não têm a objectividade e a especificidade adequadas para descrever as conjunturas em que se exercem esses poderes extraordinários, deixando uma ampla margem de discricionariedade às autoridades italianas e travando ou desincentivando os investidores, em especial, os que pretendiam instalar-se em Itália com intenção de exercer influência na gestão da empresa.

53. Além disso, prossegue a instituição comunitária, o juiz nacional encarregado de dirimir um eventual litígio resultante de um caso concreto de exercício dos direitos especiais também não encontraria elementos para sustentar o controlo da discricionariedade da autoridade administrativa.

54. Por último, a Comissão observa a falta denexo causal entre a imprescindível garantia do abastecimento em produtos energéticos, a prestação de serviços públicos e o controlo dos accionistas das empresas, sobretudo no que se refere aos sectores não harmonizados. Nos ramos de actividade com um certo grau

34 — Segundo a Comissão, que não foi contrariada neste argumento pelo Governo italiano, a cláusula relativa ao exercício dos direitos especiais foi acrescentada aos estatutos das sociedades ENI Spa (energia e petroquímica), Telecom Italia (telecomunicações), Enel Spa (electricidade) e Finmeccanica Spa (defesa).

de aproximação das legislações nacionais, a Comissão invoca as Directivas 2003/54/CE<sup>35</sup>, 2003/55/CE<sup>36</sup> e 2002/21/CE<sup>37</sup> (a seguir «Directiva electricidade», «Directiva gás» e «Directiva telecomunicações»), indicando que contêm medidas para proteger o fornecimento sem interrupções à escala nacional nessas áreas da economia.

55. Além das alegações atinentes ao objecto do litígio, já referidas, o Governo italiano insiste em inserir a discussão no quadro da liberdade de estabelecimento e não no âmbito da livre circulação de capitais, uma vez que os actos submetidos a apreciação estão destinados a intervir de modo determinante na gestão das empresas.

56. O Governo italiano rebate, do mesmo modo, a pertinência das directivas sobre os mercados da electricidade e do gás, visto que o

35 — Directiva 2003/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2003, que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade e que revoga a Directiva 96/92/CE — Declarações relativas às actividades de desmantelamento e gestão dos resíduos (*JO L 176, p. 37*).

36 — Directiva 2003/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2003, que estabelece regras comuns para o mercado interno de gás natural e que revoga a Directiva 98/30/CE (*JO L 176, p. 57*).

37 — Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva-quadro), (*JO L 108, p. 33*), que a Comissão cita junto com a Directiva 2002/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva serviço universal) (*JO L 108, p. 51*).

decreto impugnado não introduziu nenhuma medida estrutural.

mencionado decreto, importa ponderar a sua justificação em relação a essas liberdades.

57. Invoca também o princípio da subsidiariedade para sustentar que a legislação nacional se encontra em melhor posição para fazer face a situações gravemente prejudiciais para os interesses nacionais, quer nos serviços públicos quer nos assuntos da defesa.

60. Neste sentido, a disposição italiana ora em causa oferece uma gama de registos para evitar a distorção que o exercício dos direitos especiais possa provocar no mercado interno, na medida em que alude expressamente à manutenção do fornecimento energético e à prestação de serviços públicos, à segurança das instalações em que se baseia, à defesa nacional e à ordem pública, bem como à urgência sanitária<sup>38</sup>.

## 2. Apreciação

### a) Prolegómenos

58. Antes de iniciar a análise dos fundamentos de incumprimento, há que esboçar os parâmetros para a levar a cabo.

61. Em segundo lugar, quando se trata de apreciar a compatibilidade com o Tratado de regulamentações nacionais que interferem com as liberdades fundamentais, o princípio da proporcionalidade assume a promoção da integração dos mercados e o Tribunal de Justiça utiliza-o de modo mais restrito do que quando o aplica em relação a normas emanadas das instituições comunitárias<sup>39</sup>.

59. Assim, em primeiro lugar, uma vez que a Comissão não incluiu na sua acção os direitos especiais do artigo 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 332, repito que os mesmos devem ser considerados conformes à liberdade de estabelecimento e à livre circulação de capitais garantidas pelo Tratado CE. Além disso, dado que se critica unicamente a falta de proporcionalidade dos objectivos regulados no

62. Além disso, no que se refere à minha metodologia, insisto em que as modalidades do exercício dos direitos especiais do decreto impugnado em função, por um lado, das alíneas a) e b) do artigo 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 332 e, por outro, da alínea c) da mesma

38 — Alíneas a), b), c), d) e e) do artigo 2.º, n.º 1, do decreto impugnado.

39 — Tridimas, T., *The General Principles of EU Law*, 2.ª ed., Ed. Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 193; Galetta, D.-U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milão, 1998, p. 103 e seguintes.

disposição, se devem ao facto de que a validade das duas primeiras alíneas deve ser confrontada com o artigo 56.º CE, ao passo que a legalidade da terceira alínea deve ser apreciada à luz do artigo 43.º CE.

b) A proporcionalidade do decreto impugnado no que se refere aos direitos previstos no artigo 2.º, n.º 1, alíneas a) e b), do Decreto-Lei n.º 332

63. Estas duas alíneas da disposição referida prevêm o privilégio do Ministro da Economia, em concertação com o Ministro das Actividades Produtivas, de se opor à aquisição pelos investidores de participações importantes nas sociedades dos sectores referidos anteriormente, que representem, pelo menos, 5% dos direitos de voto [alínea a)], bem como de se opor aos pactos ou acordos entre accionistas que representem, pelo menos, 5% dos direitos de voto [alínea b)]<sup>40</sup>.

64. Até agora, a jurisprudência, na falta de uma definição do conceito de «movimentos de capitais» no Tratado CE, reconheceu o valor indicativo da nomenclatura anexa à Directiva 88/361/CE<sup>41</sup>, segundo a qual se

40 — Em ambos os casos, o Ministro da Economia pode reduzir por decreto essa percentagem.

41 — Directiva 88/361/CEE do Conselho, de 24 de Junho de 1988, para a execução do artigo 67.º do Tratado, já referida.

incluem neste conceito os investimentos directos, a aquisição de participações numa empresa por meio da detenção de acções que confirmam a possibilidade de intervir efectivamente na sua gestão e no seu controlo, e os investimentos indirectos, como a aquisição de títulos no mercado de capitais com a intenção de aplicar dinheiro, mas sem intenção de influenciar a gestão e o controlo da empresa (denominados igualmente investimentos «de carteira»)<sup>42</sup>.

65. O Tribunal de Justiça estudou estas duas categorias de negócios e qualificou como «restrições» na acepção do artigo 56.º, n.º 1, CE, as medidas nacionais que impeçam ou dificultem a aquisição de acções nas empresas em causa ou dissuadam os investidores de outros Estados-Membros de investir no capital dessas empresas<sup>43</sup>.

66. Embora já tenha indicado que os direitos especiais conferidos aos ministros referidos não estão em causa no presente processo, as explicações anteriores confirmam que quer a oposição à compra de pacotes de acções que representem, pelo menos, 5% do capital de uma empresa, quer o facto de se impedir que os titulares dessas acções possam celebrar acordos com outros titulares devem ser

42 — Acórdão de 16 de Março de 1999, Trummer e Mayer (C-222/97, Colect., p. I-1661, n.º 21); e acórdãos, já referidos, Comissão/França, n.ºs 36 e 37, e Comissão/Reino Unido, n.ºs 39 e 40.

43 — Acórdãos Comissão/França, n.º 41; de 2 de Junho de 2005, Comissão/Itália (C-174/04, Colect., p. I-4933 ), anotado, n.ºs 30 e 31; e de 19 de Janeiro de 2006, Bouanich (C-265/04, Colect., p. I-923, n.ºs 34 e 35).

apreciados, no que respeita à sua conformidade com o direito comunitário, à luz do artigo 56.º CE, uma vez que são evidentes as interferências que as referidas medidas provocariam, ainda que com carácter meramente dissuasivo, na compra de acções.

67. A posse desse volume de títulos não é suficiente por si mesma para assegurar o controlo da empresa, apesar de a dispersão dos accionistas nas grandes sociedades anónimas facilitar que os grupos de investidores com percentagens de acções relativamente pequenas participem na administração da empresa.

68. Centrando a análise na proporcionalidade do decreto italiano, não parece difícil arriscar a conclusão de que ele nem sequer resistiria ao exame da adequação<sup>44</sup>, porque como alega a Comissão, não se vislumbra nenhum nexó lógico entre os direitos de oposição das alíneas a) e b) do artigo 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 332 e as condições para o seu exercício nos termos do referido decreto.

69. Assim, não se compreende de que modo a aquisição de acções ou um acordo entre accionistas possam implicar um perigo real e grave de interrupção do fornecimento de

produtos energéticos ou de perturbação, também de forma grave e certa, da continuidade dos serviços públicos; também não se entende que pressuponham uma ameaça real e grave para a segurança das instalações e das redes de serviços públicos essenciais ou para a defesa nacional ou a segurança pública e, ainda em menor grau, que pressuponham uma urgência sanitária, por muito doentes que estejam os investidores adquirentes ou as partes do acordo entre accionistas.

70. O Governo italiano não apresentou nenhuma prova nem avançou nenhum indício capaz de rebater as dúvidas da Comissão, que parecem fundadas. Esta apreciação negativa é agravada pelo facto de os ministros competentes, sem qualquer justificação, estarem autorizados a reduzir o montante de 5%, na medida em que abaixo desse limiar percentual se acentua a sensação de completa arbitrariedade a que se sujeita o exercício desses poderes de veto<sup>45</sup>.

71. Por conseguinte, perde importância a análise da alegação relativa à aplicabilidade das Directivas electricidade, gás e telecomunicações, uma vez que não se sanaria desta forma o vício inicial da incongruência entre os direitos e a regulação do seu exercício no decreto impugnado; além disso, há que

44 — Parto da ideia comumente aceite de que a proporcionalidade engloba dois exames: o da adequação da norma em análise às finalidades visadas e o da necessidade dessa norma, que no direito comunitário se designa normalmente como «a medida menos restritiva»; nesta linha, Sarmiento Ramírez-Escudero, D., *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 641 e seguintes.

45 — É surpreendente ter de fazer esta observação, quando no direito italiano o princípio da proporcionalidade está geralmente associado ao da racionalidade, segundo Fromont, M., *Droit administratif des États européens*, Thémis droit puf, Paris, 2006, p. 294.

duvidar da pertinência destes textos legais, dado que se limitam a aspectos reguladores da concorrência nos mercados e apenas contêm normas mínimas comuns para o cumprimento dos requisitos de serviço público <sup>46</sup>.

72. Quanto à tese do Governo italiano que pretende salvar a validade do decreto controvertido o princípio da subsidiariedade, como garantia da intervenção dos Estados-Membros para a defesa dos seus interesses vitais, merece a pena observar que a sua execução, empregando os termos do próprio Tratado CE, respeitará as suas disposições gerais e os seus objectivos, nomeadamente no que se refere à manutenção integral do acervo comunitário <sup>47</sup>.

73. Além disso, o Tribunal de Justiça declarou que, embora os Estados-Membros continuem a ser livres de determinar, em conformidade com as suas necessidades nacionais, as exigências de ordem pública e de segurança pública, no contexto comunitário, estas exigências devem ser entendidas estritamente, de modo a que o seu alcance não possa ser determinado unilateralmente por cada um dos Estados-Membros, sem controlo das instituições da Comunidade <sup>48</sup>.

46 — Artigos 3.º, n.º 2, conjugado com o vigésimo sétimo considerando da Directiva gás, e 3.º, conjugado com o vigésimo sexto considerando da Directiva electricidade; além disso, a Directiva 2002/22/CE regula o serviço universal e as obrigações conexas, o que apenas constitui um sector do serviço público. V. igualmente Piefscalla, M., *Golden Aktien aus EG-rechtlicher Sicht — Eine Untersuchung staatlicher und privater Sonderrechte in Wirtschaftsgesellschaften unter besonderer Berücksichtigung der Kapitalverkehrsfreiheit*, Ed. Dr. Kovac, Hamburgo, 2006, p. 202.

47 — Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, introduzido em anexo ao Tratado CE pelo Tratado de Amesterdão, ponto 2.

48 — Acórdão de 28 de Outubro de 1975, Rutili (36/75, Colect., p. 415, n.º 26 e 27).

74. Do mesmo modo, o Tribunal de Justiça acrescentou que um regime de autorização prévia para os investimentos estrangeiros directos <sup>49</sup> ou outros regimes de veto *a posteriori* <sup>50</sup> que se limitam a definir de modo global as operações financeiras a que são aplicáveis por afectarem a ordem pública ou a segurança pública, não permitem que os interessados conheçam as circunstâncias específicas em que é necessário um consentimento *ex ante* ou em que se procede à oposição; o próprio Tribunal de Justiça censurou a imprecisão dos direitos e obrigações dos particulares que decorrem do artigo 56.º CE, por ser contrária ao princípio da segurança jurídica.

75. Em suma, uma aplicação em termos de tal forma vagos do princípio da subsidiariedade colide com a segurança jurídica que o Tribunal de Justiça impõe para evitar o rigor dos compromissos assumidos pelos Estados-Membros no Tratado.

76. À luz das explicações expostas, proponho ao Tribunal de Justiça que declare que a República Italiana, ao promulgar disposições como as do artigo 1.º, n.º 2, do Decreto do Presidente do Conselho de Ministros de 10 de Junho de 2004, conjugado com as alíneas a) e b) do artigo 4.º, n.º 227, da Lei do Orçamento, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 56.º do Tratado CE.

49 — Acórdão de 14 de Março de 2000, Église de scientologie e Scientology International (C-54/99, Colect., p. I-1335, n.º 19 a 23).

50 — Processos, já referidos, C-483/99, Comissão/França, n.º 50 e 52, e C-463/00, Comissão/Espanha, n.º 74.

c) Quanto à proporcionalidade do decreto impugnado relativamente aos direitos da alínea c) do n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 332

77. Recordo que a disposição controvertida sujeita ao veto dos Ministros da Economia e das Actividades Produtivas as decisões de dissolução, de trespasse, de fusão, de cisão, de transferência da sede da sociedade para o estrangeiro, de alteração do objecto social ou dos estatutos da sociedade, que suprimam ou alterem os direitos especiais nas empresas públicas em questão.

78. No n.º 49 das presentes conclusões limitei-me a delimitar mais claramente as situações respeitantes à livre circulação de capitais e as que entram no âmbito da liberdade de estabelecimento, negando, pois, a sua equiparação automática quando da sua análise à luz das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado CE.

79. Neste contexto, estou convencido de que as medidas a que se refere a alínea c) n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 332 se enquadram no âmbito da liberdade de estabelecimento. Com efeito, a própria jurisprudência do Tribunal de Justiça indica que, para saber se uma regulamentação nacional entra no âmbito de uma ou de outra liberdade de circulação há que atender ao objecto dessa regulamentação<sup>51</sup>, acrescentando que se incluem na liberdade de estabelecimento as disposições nacionais aplicáveis à detenção por um nacional de um Estado-Membro de uma participação no capital de uma sociedade com sede noutro Estado-Membro que lhe confira uma influência certa sobre as decisões dessa sociedade e lhe permita determinar as respectivas actividades<sup>52</sup>.

80. Ora, quem incentiva ou promove tais decisões tem de ter um número suficiente de acções para obter o acordo da assembleia geral de accionistas em seu favor, porque só nessa posição se alcançaria a maioria indispensável para influenciar tão fortemente a vida da empresa; de facto, algumas decisões poderiam pôr em perigo a própria subsistência da

51 — Acórdãos de 12 de Setembro de 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, Colect., p. I-7995, n.º 31 a 33); de 3 de Outubro de 2006, Fidium Finanz (C-452/04, Colect., p. I-9521, n.º 34 e 44 a 49); de 12 de Dezembro de 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, Colect., p. I-11673, n.º 37 e 38); e de 17 de Julho de 2008, Comissão/Espanha, já referido, n.º 35.

52 — Acórdãos de 13 de Abril de 2000, Baars (C-251/98, Colect., p. I-2787, n.º 22); de 21 de Novembro de 2002, X e Y (C-436/00, Colect., p. I-10829, n.º 37); e de 12 de Setembro de 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, já referido, n.º 31.

empresa, razão pela qual os legisladores nacionais tomaram a precaução de exigir uma maioria qualificada do capital representado na assembleia geral de accionistas para a sua adopção<sup>53</sup>.

81. Em qualquer caso, o movimento de capitais transfronteiriço que originou a aquisição da carteira de títulos ocorreu anteriormente, sem qualquer perturbação, tornando assim numa hipótese meramente académica a ligação à livre circulação de capitais. Além disso, embora não se exclua um certo carácter dissuasório da regulamentação (levando a que um investidor estrangeiro deixe de se interessar por qualquer empresa que contenha nos seus estatutos uma cláusula como a que está em causa), grande parte das medidas de que se trata foram harmonizadas na Comunidade no quadro da liberdade de estabelecimento, designadamente por força do artigo 44.º, n.º 2, alínea g), CE<sup>54</sup>. Nada mais lógico, tendo em conta a conexão das decisões

referidas na alínea c) do n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 332 com essa liberdade fundamental do Tratado.

82. De qualquer modo, não vale a pena aprofundar a qualificação das medidas, porque não é a sua validade que está em causa, mas sim a dos critérios do seu exercício nos termos do decreto impugnado. Não obstante, quero reiterar a minha convicção de que há que enquadrar este tipo de actos dos órgãos sociais no âmbito da liberdade de estabelecimento do artigo 43.º CE e não no âmbito da circulação de capitais, que não me parece relevante, nem sequer quando se verifique um pretensão efeito dissuasivo em relação aos fundos estrangeiros, por ser ténue a sua relação.

83. Retomando a análise da proporcionalidade do decreto referido, creio que, à excepção da alteração dos estatutos que suprima ou altere os direitos especiais nas empresas públicas, o veto dos restantes actos parece-me adequado para alcançar a finalidade visada, uma vez que, por exemplo, a dissolução da empresa e a sua mudança de objecto social são susceptíveis de interromper a continuidade do aprovisionamento energético e/ou a prestação de outros serviços públicos, contra o interesse legítimo e vital do Estado-Membro, comprometido com o nível de bem-estar do seus cidadãos.

84. No entanto, tenho sérias dúvidas sobre a sua necessidade, dado que há soluções menos gravosas para o funcionamento do mercado

53 — Artigo 59.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 2157/2001 do Conselho, de 8 de Outubro de 2001, relativo ao estatuto da sociedade europeia (SE) (JO L 294, p. 1); artigo 39.º, n.º 1, da terceira modificação à proposta de quinta directiva do Conselho baseada no artigo 54.º do Tratado CEE, relativa à estrutura das sociedades anónimas e aos poderes e obrigações dos seus órgãos [COM(1991) 372 final]; v. como exemplo dos direitos nacionais, igualmente, os artigos 153.º e 239.º da Lei francesa n.º 66-537, de 24 de Julho de 1966, sobre as sociedades comerciais; os artigos 179.º (II), 182.º (I), 193.º (I) e 262.º (I), n.º 2, entre outros, da Lei das sociedades anónimas alemã (Aktiengesetz), de 6 de Setembro de 1965 (BGBI. I, p. 1089); os artigos 2364.º e 2368.º a 2369.º-A do Código Civil italiano, bem como os artigos 144.º, n.º 1, e 260.º, n.º 1, primeiro parágrafo, do texto compilado da Lei espanhola das sociedades anónimas aprovado pelo Real Decreto legislativo 1564/1989, de 22 de Dezembro de 1989.

54 — São fundamentalmente as seguintes normas, cuja denominação exacta se omite para não alongar demasiado esta nota de pé de página, limitando-me a indicar o respectivo número e a referência de publicação no Jornal Oficial: Directiva 68/151/CEE (JO L 65, p. 8); a Directiva 77/91/CEE (JO L 26, p. 1); a Directiva 78/855/CEE (JO L 295, p. 36); a Directiva 78/660/CEE (JO L 222, p. 11); a Directiva 82/891/CEE (JO L 378, p. 47); a Directiva 83/349/CEE (JO L 193, p. 1); a Directiva 84/253/CEE (JO L 126, p. 20); a Directiva 89/666/CEE (JO L 395 p. 36); a Directiva 89/667/CEE (JO L 395, p. 40); a Directiva 2004/25/CE (JO L 142, p. 12); a Directiva 2005/56/CE (JO L 310, p. 1); a Directiva 2007/36/CE (JO L 184, p. 17); e a Directiva 2007/63/CE (JO L 300, p. 47).

comum, que conferem maior previsibilidade aos actos dos investidores estrangeiros: penso, designadamente, que o Estado italiano pode conservar uma minoria de bloqueio nas sociedades nas quais considere conveniente manter a sua presença.

85. Adiantei o critério uniforme no direito europeu das sociedades, que sujeita a eficácia de decisões como as previstas na alínea c) do n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 332 a exigências não apenas de maioria reforçada ou qualificada na assembleia — geralmente extraordinária — de accionistas, mas também de *quorum*.

86. Neste contexto, e desde que não haja abusos, guardar uma carteira de títulos suficiente para travar quaisquer tentativas de submeter as sociedades que prestam serviços públicos a um acordo social com o alcance dos que estão aqui em causa tem a vantagem indubitável de conformar os interesses gerais visados pela regulamentação administrativa correspondente com o modelo do direito nacional das sociedades, sem infringir o direito comunitário. Em praticamente todos os casos, além disso, tal solução não significa nenhum custo acrescido para o Estado, uma vez que não se trata de adquirir um montante concreto de capital, mas de que, devido às singularidades dessas empresas, que até há pouco tempo estavam sob controlo absoluto do Governo, as autoridades públicas dispõem unicamente do montante adequado para continuar a determinar o destino dessas empresas.

87. De resto, como é legítimo que o Estado se sinta obrigado a controlar a continuidade e a estabilidade do fornecimento e da prestação de serviços públicos, nada o impede de conferir às entidades reguladoras do mercado energético, do mercado das telecomunicações e de outros sectores os poderes para zelar, por exemplo, por que a dissolução de uma sociedade no sector da electricidade, que implicaria o desaparecimento de um fornecedor de tão importantes bens e serviços, não afecte os cidadãos.

88. Em resumo, o decreto impugnado não é proporcionado no que se refere aos direitos cujo exercício visa regular, nem à luz do direito comunitário. Por conseguinte, proponho que o Tribunal de Justiça declare que a República Italiana, tendo promulgado disposições como a do artigo 1.º, n.º 2, conjugado com a alínea c) do artigo 4.º, n.º 227, da sua Lei do Orçamento, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 43.º CE.

#### d) Epílogo

89. A acção intentada pela Comissão contra a República Italiana diz respeito, em especial, à aquisição de participações de certa relevância por investidores de países não comunitários em empresas que operam nos sectores considerados estratégicos ou de serviço público, que provoca em determinadas ocasiões o receio dos Governos europeus.

Este aspecto emerge na contestação do Governo italiano, quando adverte que os critérios (do decreto impugnado) apenas podem concretizar-se em função das características do adquirente de acções<sup>55</sup>.

90. Alegou-se, inclusivamente, que a ideia central da legislação em matéria de «golden shares» gira em torno das condições em que as entidades não europeias podem desfrutar dos privilégios decorrentes da propriedade da empresa nos sectores mais sensíveis, afastando-se soluções como a reciprocidade e optando-se pelos pactos que introduzam acções de ouro (acções privilegiadas) nos estatutos, com o beneplácito da maioria dos accionistas<sup>56</sup>.

91. Neste quadro, a tese que defendo parece-me respeitar as preocupações que o Estados-Membros sentem em relação aos grupos investidores de países terceiros. Se o Decreto nacional sobre o exercício dos direitos especiais das alíneas a) e b) do artigo 4.º, n.º 227, da Lei do Orçamento, for qualificado como

desproporcionado e, portanto, contrário ao artigo 56.º CE, a República Italiana não pode opor a disposição impugnada aos nacionais dos Estados-Membros nem aos de países terceiros, devido à aplicação da livre circulação de capitais fora da Comunidade, como se expôs.

92. Em contrapartida, os Governos conservam uma certa margem de manobra para travar os investidores não comunitários com pretensões discutíveis, limitando os seus actos enumerados na alínea c) do artigo 4.º, n.º 227, da Lei do Orçamento; com efeito, na medida em que se enquadrou estes poderes no artigo 43.º CE, a incompatibilidade com a liberdade de estabelecimento do veto dessas decisões estruturais para a vida da empresa não impede que os Estados-Membros o pratiquem contra os grandes accionistas de países terceiros, que não dispõem da liberdade fundamental do direito de estabelecimento.

## VI — Despesas

93. O artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça dispõe que a parte vencida é ser condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a República Italiana sido vencida e tendo a Comissão pedido a sua condenação no pagamento das despesas, há que condenar a República Italiana nas despesas do presente processo.

55 — N.ºs 26 e seguintes da contestação da acção por incumprimento.

56 — Goldschmidt, P. N., «Editorial — Golden Shares», in *Cahiers de droit européen*, 2007, n.º 3/4, p. 297. Em contrapartida, Weiss, M., «Staatlicher Schutz vor Investitionen nach dem Urteil zum VW-Gesetz», in *EWZ*, 2008, n.º 1/2, p. 20, pronuncia-se a favor da reciprocidade.

## VII — Conclusão

94. À luz das reflexões precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça declare que:

- 1) A República Italiana não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 56.º, n.º 1, CE, no que se refere às alíneas a) e b) do artigo 4.º, n.º 227, da Lei do Orçamento italiana, e não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 43.º CE, no que se refere à alínea c) da mesma disposição, tendo promulgado disposições como a do artigo 1.º, n.º 2, do Decreto de 10 de Junho de 2004, que fixa determinados critérios para o exercício dos direitos especiais a que se refere o artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 332, convertido em lei com alterações pela Lei n.º 474, de 30 de Julho de 1994, na versão alterada pela Lei do Orçamento referida.
  
- 2) A República Italiana é condenada no pagamento das despesas do presente processo.