

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção)

11 de Novembro de 2010*

No processo C-543/08,

que tem por objecto uma acção por incumprimento nos termos do artigo 226.º CE, entrada em 4 de Dezembro de 2008,

Comissão Europeia, representada por G. Braun, P. Guerra e Andrade e M. Teles Romão, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

demandante,

contra

República Portuguesa, representada por L. Inez Fernandes, assistido por C. Botelho Moniz e P. Gouveia e Melo, advogados,

demandada,

* Língua do processo: português.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção),

composto por: A. Tizzano, presidente de secção, A. Borg Barthet, M. Ilešič, M. Safjan e M. Berger (relator), juízes,

advogado-geral: P. Cruz Villalón,
secretário: M. Ferreira, administradora principal,

vistos os autos e após a audiência de 22 de Abril de 2010,

vista a decisão tomada, ouvido o advogado-geral, de julgar a causa sem apresentação de conclusões,

profere o presente

Acórdão

- 1 Com a sua petição, a Comissão das Comunidades Europeias pede ao Tribunal de Justiça que declare que, mantendo direitos especiais a favor do Estado português na EDP – Energias de Portugal (a seguir «EDP»), atribuídos em conexão com acções privilegiadas («golden shares») detidas por este Estado, a República Portuguesa não dá cumprimento às obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 56.º CE e 43.º CE.

Quadro jurídico

Legislação nacional

- 2 O artigo 13.º, n.º 2, da Lei n.º 11/90, de 5 de Abril de 1990, denominada Lei Quadro das Privatizações (*Diário da República*, I série-A, n.º 80, de 5 de Abril de 1990, a seguir «LQP»), prevê:

«Nas reprivatizações realizadas através de concurso público, oferta na bolsa de valores ou subscrição pública nenhuma entidade, singular ou colectiva, poderá adquirir ou subscrever mais do que uma determinada percentagem do capital a reprivatizar, a definir também no diploma a que se refere o n.º 1 do artigo 4.º, sob pena, consoante for determinado, de venda coerciva das acções que excedam tal limite, perda de direito de voto conferido por essas acções ou ainda de nulidade.»

- 3 A este respeito, os decretos-leis de desenvolvimento relativos à reprivatização da EDP, designadamente os Decretos-Leis n.º 78-A/97, de 7 de Abril de 1997, que aprova a 1.ª fase do processo de reprivatização do capital social da EDP – Electricidade de Portugal, S. A. (*Diário da República*, I série-A, n.º 81, de 7 de Abril de 1997), n.º 94-C/98, de 17 de Abril de 1998, que aprova a terceira fase do processo de reprivatização do capital social da EDP – Electricidade de Portugal, S. A. (*Diário da República*, I série-A, n.º 90, de 17 de Abril de 1998), e n.º 141/2000, de 15 de Julho de 2000, que aprova a 4.ª fase do processo de reprivatização do capital social da EDP – Electricidade de

Portugal, S. A. (*Diário da República*, I série-A, n.º 162, de 15 de Julho de 2000), prevêem, nos respectivos artigos 9.º, n.º 1:

«Nenhuma entidade, singular ou colectiva, poderá adquirir, no âmbito das operações previstas no presente decreto-lei, acções representativas de mais de 5 % do capital social da EDP, sendo reduzidas a este limite as propostas de aquisição que o excedam.»

4 Nos termos do artigo 384.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais (a seguir «CSC»), o contrato de sociedade pode:

«a) Fazer corresponder um só voto a um certo número de acções, contanto que sejam abrangidas todas as acções emitidas pela sociedade e fique cabendo um voto, pelo menos, a cada 1 000 euros de capital;

b) Estabelecer que não sejam contados votos acima de certo número, quando emitidos por um só accionista, em nome próprio ou também como representante de outro.»

5 O n.º 3 do mesmo artigo 384.º prevê:

«A limitação de votos permitida na alínea b) do número anterior pode ser estabelecida para todas as acções ou apenas para acções de uma ou mais categorias, mas não para accionistas determinados.»

6 O artigo 15.º, n.º 3, da LQP prevê a possibilidade de criar acções privilegiadas, nos termos seguintes:

«Poderá ainda o diploma referido no n.º 1 do artigo 4.º [que aprova os estatutos da empresa a privatizar ou a transformar em sociedade anónima], e também a título excepcional, sempre que razões de interesse nacional o requeiram, prever a existência de acções privilegiadas, destinadas a permanecer na titularidade do Estado, as quais, independentemente do seu número, concederão direito de veto quanto às alterações do pacto social e outras deliberações respeitantes a determinadas matérias, devidamente tipificadas nos mesmos estatutos.»

7 O artigo 13.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 141/2000 prevê, relativamente aos direitos especiais do Estado:

«Enquanto o Estado for accionista da sociedade, independentemente do número de acções de que for titular e quer o seja directamente ou indirectamente, por meio de entes públicos na acepção da alínea c) do n.º 2 do artigo 1.º da Lei n.º 71/88, de

24 de Maio, as deliberações da assembleia geral a seguir referidas só se considerarão aprovadas se merecerem o voto favorável do Estado:

- a) Deliberações de alteração do contrato de sociedade, incluindo de aumento de capital, de fusão, cisão e de dissolução;

- b) Deliberação sobre celebração de contratos de grupo paritário e de subordinação;

- c) Deliberações de supressão ou limitação do direito de preferência dos accionistas em aumentos de capital.»

8 O artigo 15.º, n.º 1, da LQP dispõe:

«A título excepcional, e sempre que razões de interesse nacional o requeiram, o diploma que aprovar os estatutos da empresa a reprivatizar poderá prever, para garantia do interesse público, que as deliberações respeitantes a determinadas matérias fiquem condicionadas a confirmação por um administrador nomeado pelo Estado.»

- 9 O artigo 13.º, n.ºs 2 e 3, do Decreto-Lei n.º 141/2000 prevê, no que respeita aos direitos especiais do Estado:

«2. Enquanto for accionista da sociedade, nos termos do número anterior, o Estado, se votar contra a proposta que fizer vencimento na eleição dos administradores, gozará ainda do direito de designar um administrador, o qual substituirá automaticamente a pessoa menos votada da lista vencedora ou, em caso de igualdade de votos, aquela que figurar em último lugar na mesma lista.

3. O direito conferido ao Estado no número anterior prevalece sobre os direitos similares conferidos aos accionistas minoritários pelo artigo 392.º do [CSC].»

- 10 O artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 218-A/2004, de 25 de Outubro de 2004, que aprova a 5.a fase do processo de reprivatização do capital social da EDP – Electricidade de Portugal, S. A. (*Diário da República*, I série-A, n.º 251, de 25 de Outubro de 2004), e o artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 209-A/2005, de 2 de Dezembro de 2005, que aprova a 6.a fase de reprivatização do capital social da EDP – Energias de Portugal, S. A., sociedade aberta (*Diário da República*, I série-A, n.º 231, de 2 de Dezembro de 2005), mantiveram expressamente em vigor os direitos especiais do Estado português.

Estatutos da EDP

11 O artigo 4.º, n.º 4, dos estatutos da EDP dispõe:

«As acções de categoria B são as acções a reprivatizar e têm como único privilégio a não sujeição dos accionistas que sejam seus titulares, ou que as representem, à limitação de voto prevista nos números 3 e seguintes do artigo 14.º, por referência às mesmas acções.»

12 O artigo 14.º, n.ºs 2 e 3, dos referidos estatutos enunciam:

«2. A cada acção corresponde 1 voto.

3. Não serão considerados os votos inerentes às acções de categoria A, emitidos por um accionista, em nome próprio ou como representante de outro, que excedam 5% da totalidade dos votos correspondentes ao capital social.»

13 O artigo 17.º, n.º 2, dos mesmos estatutos prevê:

«A aprovação do plano estratégico da sociedade e a realização pela sociedade ou sociedades dominadas pela EDP das operações a seguir indicadas serão sujeitas a parecer prévio favorável do conselho geral e de supervisão:

- a) aquisições e alienações de bens, direitos ou participações sociais de valor económico significativo;

- b) contratação de financiamentos de valor significativo;

- c) abertura ou encerramento de estabelecimentos ou partes importantes de estabelecimentos e extensões ou reduções importantes da actividade;

- d) outros negócios ou operações de valor económico ou estratégico significativo;

- e) estabelecimento ou cessação de parcerias estratégicas ou outras formas de cooperação duradoura;

- 16 Em 18 de Outubro de 2006, a Comissão enviou à República Portuguesa um parecer fundamentado no qual a acusava de ter violado as obrigações que lhe incumbiam por força do disposto nos artigos 43.º CE e 56.º CE, pelo facto de o Estado e outros accionistas públicos deterem acções privilegiadas associadas a direitos especiais no capital da EDP, nomeadamente o direito de veto relativamente a determinadas deliberações da assembleia geral dos accionistas desta sociedade e o direito de designar um administrador, nas situações em que o Estado votar contra a proposta que fizer vencimento na eleição dos administradores, e a isenção do Estado do tecto de voto de 5 % previsto relativamente à emissão de votos.
- 17 Considerando que a resposta apresentada em 18 de Dezembro de 2006 pela República Portuguesa era insuficiente, a Comissão, em 29 de Julho de 2007, enviou-lhe um parecer fundamentado, insistindo no conteúdo da referida notificação para cumprir e convidando este Estado-Membro a dar cumprimento àquele parecer no prazo de dois meses a contar da sua recepção.
- 18 As autoridades portuguesas responderam ao referido parecer fundamentado por carta de 30 de Outubro de 2007. Não tendo ficado satisfeita com esta resposta, a Comissão intentou a presente acção.

Quanto à admissibilidade da acção

Argumentos das partes

- ¹⁹ Na sua tréplica, a República Portuguesa alega que a acção é parcialmente inadmissível na medida em que, na sua réplica, a Comissão introduziu um argumento jurídico novo que consiste em sustentar que o administrador a que se refere o artigo 13.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 141/2000 tem o poder de confirmar as deliberações da assembleia geral da EDP, nos termos do artigo 15.º da LQP, o que corresponde a introduzir, nesta fase avançada do processo, um novo fundamento de incumprimento deste Estado-Membro, fundamento que deve ser declarado inadmissível.

Apreciação do Tribunal de Justiça

- ²⁰ A este respeito, há que recordar, desde já, que uma parte não pode, no decurso da instância, alterar o próprio objecto do litígio e que a procedência da acção deve ser examinada tendo presente unicamente os pedidos contidos na petição inicial (v., nomeadamente, acórdãos de 25 de Setembro de 1979, Comissão/França, 232/78, Recueil, p. 2729, n.º 3; de 6 de Abril de 2000, Comissão/França, C-256/98, Colect., p. I-2487, n.º 31; e de 4 de Maio de 2006, Comissão/Reino Unido, C-508/03, Colect., p. I-3969, n.º 61).

- 21 Por outro lado, por força do artigo 21.º do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia e do artigo 38.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento de Processo do mesmo Tribunal, a Comissão, nas petições apresentadas nos termos do artigo 258.º TFUE, está obrigada a indicar os fundamentos precisos sobre os quais o Tribunal de Justiça se deve pronunciar, bem como, de forma pelo menos sumária, os elementos de direito e de facto em que esses fundamentos assentam (v., neste sentido, acórdão de 31 de Março de 1992, Comissão/Dinamarca, C-52/90, Colect., p. I-2187, n.º 17; acórdão Comissão/Reino Unido, já referido, n.º 62; e acórdão de 3 de Junho de 2010, Comissão/Espanha, C-487/08, Colect., p. I-4843, n.º 71).
- 22 Na presente situação, há que constatar que a Comissão, nos pedidos formulados na petição inicial, indicou claramente que censurava a República Portuguesa pelo facto de esta deter, através do Estado português e de outros accionistas públicos, acções privilegiadas associadas a direitos especiais no capital social da EDP, a saber, o direito de veto relativamente a determinadas deliberações da sociedade, o direito de designar um administrador no caso de o Estado ter votado contra a proposta que fizer vencimento na eleição dos administradores e a isenção do tecto de voto de 5 % prevista relativamente à emissão de votos. Ao invocar também as obrigações dos Estados-Membros que resultam dos artigos 43.º CE e 56.º CE, às quais a República Portuguesa não deu cumprimento, a Comissão definiu, por conseguinte, de forma suficientemente precisa o objecto do litígio.
- 23 É verdade que foi apenas na réplica que, pela primeira vez, a Comissão se baseou no artigo 15.º, n.º 1, da LQP e no direito previsto nesta disposição. No entanto, resulta dos autos que, ao contrário do que foi alegado pela República Portuguesa, a Comissão não considerou, na réplica, que o Estado português detinha um novo direito especial, tendo-se referido, a título de argumento suplementar que visava ilustrar a procedência do seu fundamento, a outro direito de que este Estado beneficia. Assim, o facto de a Comissão ter pormenorizado um fundamento que já tinha invocado em termos mais genéricos na petição não altera o objecto do incumprimento alegado e, por conseguinte, não tem nenhuma incidência no litígio (v. acórdãos de 27 de Novembro de

2003, Comissão/Finlândia, C-185/00, Colect., p. I-14189, n.ºs 84 a 87, e de 8 de Julho de 2010, Comissão/Portugal, C-171/08, Colect., p. I-6817, n.º 29).

- ²⁴ Tendo em conta o que precede, há que julgar improcedente a excepção de inadmissibilidade invocada pela República Portuguesa.

Quanto ao mérito

Quanto à existência de restrições

Argumentos das partes

- ²⁵ A Comissão alega, em primeiro lugar, que a criação de acções privilegiadas no capital social da EDP não decorre de uma aplicação normal do direito das sociedades e constitui assim uma medida estatal que é abrangida pelo âmbito de aplicação dos artigos 56.º CE e 43.º, n.º 1, CE.

- ²⁶ A este respeito, a Comissão sustenta que os direitos especiais associados a tais acções devem ser considerados actos praticados no exercício do poder público, e não actos

de natureza privada. Com efeito, o direito de veto e o direito de designar um administrador estão previstos na lei e são directamente aplicáveis. Independentemente do número de acções de que for titular, e quer seja directa ou indirectamente, o Estado português pode exercer os referidos direitos especiais que prevalecem sobre os direitos especiais dos accionistas minoritários. Quanto ao tecto de voto, o seu carácter de medida estatal decorre, segundo a Comissão, do facto de o Estado, por um lado, ter inserido nos estatutos da EDP a disposição que fixou o tecto de voto para cada accionista, atribuindo-se a si próprio uma isenção, e, por outro, ter previsto em seguida, por lei, o direito específico de veto que visa as deliberações que alterem os referidos estatutos.

27 Relativamente às restrições proibidas pelos artigos 56.º CE e 43.º CE, a Comissão considera, no que respeita ao direito de veto, que este restringe e limita o direito dos accionistas de participarem efectivamente na gestão e no controlo da EDP de acordo com o valor das acções que detêm, privando-os do poder de tomar decisões de gestão estratégicas e de decidir das mudanças de propriedade da empresa. Para mais, este direito restringe igualmente a livre circulação de capitais e a liberdade de estabelecimento, na medida em que é susceptível de afectar investimentos efectuados com a intenção de realizar um investimento financeiro, sendo susceptível de dissuadir os investidores de outros Estados-Membros de efectuarem esses investimentos.

28 Em segundo lugar, a Comissão sustenta que o direito de veto inerente às acções privilegiadas do Estado português se configura como um sistema de autorização e, portanto, como um regime que restringe a liberdade de estabelecimento. Não consta da LQP nenhum critério relativo ao exercício do direito de veto, considerando a Comissão que tal sistema deve assentar em critérios objectivos e conhecidos antecipadamente pelas empresas em causa.

29 Quanto ao direito do Estado de designar um administrador, a Comissão considera que tal direito também é uma restrição contrária aos artigos 56.º CE e 43.º CE, porquanto constitui um entrave ao investimento directo, na medida em que este direito específico afasta as regras gerais de direito das sociedades, uma vez que está previsto em benefício exclusivo dos accionistas públicos, através de uma medida legislativa nacional. O argumento da República Portuguesa segundo o qual, de acordo com uma interpretação actualista do CSC, o direito do Estado de designar um administrador não deve, afinal, ser compreendido como tal, devendo antes ser entendido como o direito de designar um membro do conselho geral e de supervisão (a seguir «CGS») e assim um supervisor, é refutado pela Comissão. A este propósito, esta invoca o artigo 17.º, n.º 2, dos estatutos da EDP, segundo o qual as decisões estratégicas importantes e as alterações ao contrato de sociedade estão, de qualquer modo, sujeitas ao parecer prévio do CGS.

30 No que respeita à limitação, a 5 % do capital social da EDP, do número de votos de que os accionistas ordinários dispõem, limitação que não é aplicável às acções privilegiadas detidas pelo Estado português, a Comissão considera que essa regulamentação restringe a possibilidade de participar efectivamente na gestão de uma sociedade ou no seu controlo e é susceptível de dissuadir os investidores de outros Estados-Membros de adquirirem participações na empresa em causa.

31 A República Portuguesa contesta na íntegra o incumprimento que lhe é imputado, alegando, em primeiro lugar, que as disposições nacionais em causa não são abrangidas pelo âmbito de aplicação dos artigos 43.º CE e 56.º CE, na medida em que não têm por objecto nem por efeito constituir um obstáculo directo e substancial à entrada de investidores directos ou de investidores de carteira no capital social da EDP. Com efeito, os direitos especiais de que o Estado português beneficia não condicionam de forma directa e substancial o acesso ao investimento nesta sociedade e não têm, assim, por efeito desincentivar o investimento de carteira nem os investimentos directos realizados por investidores ou empresas, quer sejam nacionais quer estrangeiros.

Aliás, não comunicando à Comissão nenhuma análise sobre os efeitos desses direitos especiais nas decisões dos investidores estabelecidos na União Europeia e nos incentivos que lhes são destinados, esta instituição não apresentou os elementos de prova que lhe incumbem nos termos do artigo 226.º CE.

- 32 Em seguida, as autoridades portuguesas consideram que o alcance do conceito de «medida restritiva» à livre circulação de capitais e ao direito de estabelecimento deve ser precisado, porquanto as medidas nacionais que sejam indistintamente aplicáveis a investidores nacionais e a investidores de outros Estados-Membros apenas constituirão medidas restritivas, nos termos dos artigos 43.º CE e 56.º CE, se condicionarem de forma directa e substancial o acesso de investidores ao mercado. Este Estado-Membro convida, por isso, o Tribunal de Justiça a interpretar o conceito de «restrição» à livre circulação de capitais e ao direito de estabelecimento, à luz do acórdão de 24 de Novembro de 1993, Keck e Mithouard (C-267/91 e C-268/91, Collect., p. I-6097), respeitante às modalidades de venda no contexto da liberdade de circulação de mercadorias.
- 33 No que respeita à natureza de medida estatal do tecto de voto de 5%, disposição que consta dos estatutos da EDP, a República Portuguesa sustenta que este não constitui uma medida estatal, mas um instrumento de direito privado que não é abrangido pelo âmbito de aplicação dos artigos 43.º CE e 56.º CE.
- 34 Por último, a República Portuguesa contesta a análise da Comissão no que respeita ao direito de veto, segundo a qual este direito especial constitui um sistema de autorização prévia que restringe e limita o direito dos accionistas de participarem efectivamente na gestão e no controlo da sociedade de acordo com o valor das acções detidas por estes últimos, ou de tomarem decisões de gestão estratégicas. As disposições nacionais em causa apenas conferem ao Estado português, no estrito cumprimento do interesse público da protecção da segurança do abastecimento energético do país, o direito de veto relativamente a decisões da assembleia geral que alterem de forma fundamental a estrutura da EDP e que, por essa razão, ponham em risco a referida

segurança. Por conseguinte, esse direito não priva os accionistas do poder de tomar decisões de gestão estratégicas.

- 35 Relativamente ao direito do Estado português de nomear um administrador, a República Portuguesa destaca o facto de, no seguimento de uma revisão do CSC em 2006, este direito dever ser entendido como a possibilidade de nomear um membro do CGS, e não um administrador como a Comissão erradamente considera. Na realidade, na medida em que ao Estado apenas foi atribuído um representante e um só voto num órgão colegial de supervisão como o CGS, aquele não beneficia, portanto, de uma influência determinante no órgão de administração da EDP e, por isso não limita a participação efectiva dos outros accionistas na gestão ou no controlo dessa sociedade. De todo o modo, segundo este Estado-Membro, este direito não é susceptível de ter qualquer impacto no interesse das empresas nacionais ou das estabelecidas noutros Estados-Membros em adquirir participações financeiras ou qualificadas no capital social da EDP.
- 36 Respondendo aos argumentos apresentados pela República Portuguesa na contestação, a Comissão alega, referindo-se ao acórdão de 13 de Maio de 2003, Comissão/Espanha (C-463/00, Colect., p. I-4581), que a aplicação da jurisprudência consagrada no acórdão Keck e Mithouard, já referido, não se impõe.
- 37 Além disso, na tréplica, a República Portuguesa considera que as disposições nacionais em causa na presente acção devem ser analisadas exclusivamente à luz do artigo 43.º CE, e não na perspectiva do artigo 56.º CE. Referindo-se ao acórdão de 26 de Março de 2009, Comissão/Itália (C-326/07, Colect., p. I-2291), a República Portuguesa considera que os direitos especiais de que o Estado beneficia só são susceptíveis de dizer respeito aos accionistas que dispõem de uma participação no capital social da EDP que lhes confira uma influência certa na gestão da sociedade. Mesmo

admitindo que as disposições em questão possam produzir efeitos restritivos sobre a livre circulação de capitais, facto que este Estado-Membro contesta, este alega que esses efeitos são hipotéticos e muito ténues e que, de todo o modo, constituem a consequência inevitável de um eventual obstáculo à liberdade de estabelecimento, pelo que não justificam uma análise autónoma das disposições nacionais em causa, à luz do artigo 56.º CE.

- 38 Por outro lado, a República Portuguesa sustenta que a Comissão, ao não proceder a uma análise das referidas disposições nacionais no que respeita aos argumentos apresentados pelo Estado português baseados no artigo 86.º, n.º 2, CE, não cumpriu de forma grave o ónus da prova que lhe incumbe no âmbito dos artigos 226.º CE e 86.º, n.º 2, CE.

Apreciação do Tribunal de Justiça

– Quanto à aplicabilidade dos artigos 56.º CE e 43.º CE

- 39 A Comissão considera que o incumprimento imputado deve ser examinado tanto à luz do artigo 56.º CE, relativo à livre circulação de capitais, como do artigo 43.º CE, relativo à liberdade de estabelecimento. Pelo contrário, a República Portuguesa considera que as disposições nacionais em causa na presente acção devem ser analisadas exclusivamente à luz do artigo 43.º CE, e não na perspectiva do artigo 56.º CE.

- 40 No que respeita à questão de saber se uma legislação nacional é abrangida por uma ou por outra destas liberdades fundamentais, resulta de jurisprudência bem assente que há que tomar em consideração o objecto da legislação em causa (v., nomeadamente, acórdão de 24 de Maio de 2007, *Holböck*, C-157/05, *Colect.*, p. I-4051, n.º 22, e acórdão *Comissão/Itália*, já referido, n.º 33).
- 41 São abrangidas pelo âmbito de aplicação material das disposições constantes do artigo 43.º CE, relativo à liberdade de estabelecimento, as disposições nacionais aplicáveis à detenção, por um nacional de um Estado-Membro, no capital de uma sociedade estabelecida noutro Estado-Membro, de uma participação que lhe permita exercer uma influência efectiva nas decisões dessa sociedade e determinar as respectivas actividades (v., nomeadamente, acórdão de 13 de Abril de 2000, *Baars*, C-251/98, *Colect.*, p. I-2787, n.º 22, e acórdão *Comissão/Itália*, já referido, n.º 34).
- 42 São abrangidas pelo disposto no artigo 56.º CE, relativo à livre circulação de capitais, nomeadamente, os investimentos directos, ou seja, os investimentos de qualquer natureza efectuados por pessoas singulares ou colectivas e que servem para criar ou manter relações duradouras e directas entre o investidor e a sociedade a que se destinam os fundos com vista ao exercício de uma actividade económica. Este objectivo pressupõe que as acções detidas pelo accionista lhe dão a possibilidade de participar efectivamente na gestão dessa sociedade ou no seu controlo (v., nomeadamente, acórdão de 23 de Outubro de 2007, *Comissão/Alemanha*, C-112/05, *Colect.*, p. I-8995, n.º 18 e jurisprudência citada, e acórdão *Comissão/Itália*, já referido, n.º 35).
- 43 Uma legislação nacional que não é aplicável apenas às participações que permitem exercer uma influência efectiva nas decisões de uma sociedade e determinar as respectivas actividades, mas que se aplica independentemente da dimensão da participação detida por um accionista numa sociedade, é susceptível de ser abrangida quer pelo artigo 43.º CE quer pelo artigo 56.º CE (acórdão *Comissão/Itália*, já referido, n.º 36).

- 44 Há que constatar que, na presente acção por incumprimento, não está excluído que as disposições nacionais em causa afectem todos os accionistas e os investidores potenciais e não apenas os accionistas susceptíveis de exercer uma influência efectiva na gestão e no controlo da EDP. Por conseguinte, há que examinar as disposições controvertidas, na perspectiva dos artigos 56.º CE e 43.º CE.

– Quanto ao incumprimento das obrigações previstas no artigo 56.º CE

- 45 A título preliminar, há que recordar que, segundo jurisprudência constante, o artigo 56.º, n.º 1, CE proíbe, em termos gerais, as restrições aos movimentos de capitais entre os Estados-Membros (v., nomeadamente, acórdão de 28 de Setembro de 2006, Comissão/Países Baixos, C-282/04 e C-283/04, Colect., p. I-9141, n.º 18 e jurisprudência citada; e acórdãos, já referidos, Comissão/Alemanha, n.º 17, e Comissão/Portugal, n.º 48).
- 46 Não havendo, no Tratado CE, nenhuma definição do conceito de «movimentos de capitais» na acepção do artigo 56.º, n.º 1, CE, o Tribunal de Justiça reconheceu valor indicativo à nomenclatura dos movimentos de capitais constante do anexo I da Directiva 88/361/CEE do Conselho, de 24 de Junho de 1988, para a execução do artigo [67.º] do Tratado [artigo revogado pelo Tratado de Amesterdão] (JO L 178, p. 5). Assim, o Tribunal de Justiça decidiu que constituem movimentos de capitais na acepção do artigo 56.º, n.º 1, CE, nomeadamente, os investimentos ditos «directos», a saber, os investimentos sob a forma de participação numa empresa através da detenção de acções que confere a possibilidade de participar efectivamente na sua gestão e no seu controlo, assim como os investimentos ditos «de carteira», a saber, os investimentos sob a forma de aquisição de títulos no mercado de capitais com o único objectivo de

realizar uma aplicação financeira sem intenção de influir na gestão e no controlo da empresa (v. acórdãos, já referidos, Comissão/Países Baixos, n.º 19 e jurisprudência citada, Comissão/Alemanha, n.º 18, e Comissão/Portugal, n.º 49).

- 47 No que se refere a estes dois tipos de investimentos, o Tribunal de Justiça esclareceu que devem ser qualificadas como «restrições», na acepção do artigo 56.º, n.º 1, CE, as medidas nacionais que sejam susceptíveis de impedir ou de limitar a aquisição de acções nas empresas em causa ou que sejam susceptíveis de dissuadir os investidores dos outros Estados-Membros de investir no capital destas (v. acórdãos de 4 de Junho de 2002, Comissão/Portugal, C-367/98, Colect., p. I-4731, n.º 45; de 4 de Junho de 2002, Comissão/França, C-483/99, Colect., p. I-4781, n.º 40; de 13 de Maio de 2003, Comissão/Espanha, já referido, n.ºs 61 e 62; de 13 de Maio de 2003, Comissão/Reino Unido, C-98/01, Colect., p. I-4641, n.ºs 47 e 49; de 2 de Junho de 2005, Comissão/Itália, C-174/04, Colect., p. I-4933, n.ºs 30 e 31; e acórdãos, já referidos, Comissão/Países Baixos, n.º 20, Comissão/Alemanha, n.º 19, e de 8 de Julho de 2010, Comissão/Portugal, n.º 50).
- 48 A República Portuguesa contesta, no que respeita ao tecto de voto de 5 %, o carácter de medida nacional do artigo 14.º, n.º 3, dos estatutos da EDP, na acepção da jurisprudência referida no número precedente, invocando a natureza privada destes estatutos. Por conseguinte, segundo as autoridades portuguesas, a disposição em causa não constitui uma medida estatal e não é, assim, abrangida pelo âmbito de aplicação dos artigos 43.º CE e 56.º CE.
- 49 A este respeito, há que referir que, na verdade, confirma que o CSC se limita a admitir a possibilidade de prever uma limitação dos votos para acções de uma categoria no contrato de sociedade da EDP e que foi precisamente ao abrigo das disposições dos estatutos desta sociedade, adoptadas ao abrigo desta legislação, que estas acções foram introduzidas e atribuídas ao Estado português.

- 50 No entanto, não é menos verdade que, como resulta dos autos, a referida disposição dos estatutos da EDP foi adoptada antes de ter terminado a primeira fase de reprivatização da EDP, ou seja, numa altura em que o Estado português detinha a grande maioria do capital social desta. Depois de o referido tecto de voto ter sido fixado e num momento em que este Estado passaria a deter uma parte menor deste capital, o Estado português previu, no artigo 15.º, n.º 3, da LQP, um direito específico de veto em seu favor, que é exercido, nomeadamente, a respeito das deliberações que tenham por objecto a alteração dos estatutos desta sociedade. Deste modo, a cláusula relativa ao tecto de voto, prevista no artigo 14.º, n.º 3, dos referidos estatutos, deixou de poder ser anulada pelos accionistas, sem o consentimento do Estado.
- 51 Nestas condições, há que considerar que foi a própria República Portuguesa que, por um lado, através do seu legislador, autorizou a criação de acções privilegiadas no capital social da EDP e, por outro, na sua qualidade de autoridade pública, decidiu, nos termos do artigo 15.º, n.º 3, da LQP, introduzir acções privilegiadas no referido capital, atribuí-las ao Estado e definir os direitos especiais que estas conferem.
- 52 Além disso, importa igualmente declarar que a criação das referidas acções privilegiadas não decorre de uma aplicação normal do direito das sociedades, na medida em que estas acções, em derrogação do CSC, se destinam a permanecer na propriedade do Estado e, por conseguinte, não são transmissíveis.
- 53 Assim, a isenção do tecto de voto de 5% a favor do Estado português deve ser imputada ao Estado e, por consequência, é abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 56.º, n.º 1, CE.

- 54 No que se refere à natureza restritiva da detenção, por parte do Estado português, de acções privilegiadas associadas a direitos especiais no capital social da EDP, prevista na legislação nacional e, em parte, em conjugação com os estatutos da referida sociedade, importa declarar que tais acções são susceptíveis de dissuadir os operadores de outros Estados-Membros de investir no capital daquela.
- 55 Com efeito, quanto ao direito de veto, resulta do artigo 13.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 141/2000 que a aprovação de um número considerável de deliberações importantes relativas à EDP está sujeita à obtenção do acordo do Estado português. A este respeito, importa precisar que o voto favorável deste último é nomeadamente exigido em todas as deliberações relativas a alterações dos estatutos da EDP, pelo que a influência do Estado português nesta sociedade só pode ser reduzida se o próprio Estado o autorizar.
- 56 Assim, o mencionado direito de veto, na medida em que confere ao referido Estado uma influência na gestão e no controlo da EDP, que não é justificada pela amplitude da participação que detém nesta sociedade, é susceptível de desencorajar os operadores de outros Estados-Membros de efectuarem investimentos directos nesta última, na medida em que não podem participar na gestão e no controlo desta sociedade na proporção do valor das suas participações (v., nomeadamente, acórdãos, já referidos, Comissão/Alemanha, n.ºs 50 a 52, e de 8 de Julho de 2010, Comissão/Portugal, n.º 60).
- 57 De igual modo, o direito de veto em causa pode ter um efeito dissuasivo nos investimentos de carteira na EDP, na medida em que uma eventual recusa do Estado português de aprovar uma decisão importante, apresentada pelos órgãos desta sociedade como sendo do interesse desta, é, com efeito, susceptível de pesar sobre o valor das acções da referida sociedade e, por conseguinte, sobre a atractividade de um

investimento nessas acções (v., neste sentido, acórdãos, já referidos, Comissão/Países Baixos, n.º 27, e de 8 de Julho de 2010, Comissão/Portugal, n.º 61).

- 58 No que respeita à limitação, a 5 %, do exercício dos direitos de voto inerentes às acções ordinárias, de todos os accionistas, com excepção do Estado português, que não está sujeito a esta limitação, há que constatar que os direitos de voto relativos às acções constituem um dos principais instrumentos para o accionista participar activamente na gestão de uma empresa ou no seu controlo. Por conseguinte, qualquer medida destinada a impedir o exercício desses direitos ou a sujeitá-los a condições pode dissuadir os investidores de outros Estados-Membros de adquirirem participações nas empresas em causa e constitui uma restrição à livre circulação de capitais (v. acórdão de 14 de Fevereiro de 2008, Comissão/Espanha, C-274/06, n.º 24). Por outro lado, os tectos de voto constituem um instrumento susceptível de limitar a possibilidade de investidores directos participarem na sociedade para criarem ou manterem laços económicos duradouros e directos com esta, que permitam uma participação efectiva na sua gestão ou no seu controlo, reduzindo o interesse na aquisição de uma participação no capital de uma sociedade (acórdão Comissão/Alemanha, já referido, n.º 54).
- 59 Quanto ao direito de designar um administrador, a República Portuguesa alega, antes de mais, que, nos termos de uma interpretação actualista do CSC, o referido direito, previsto nos artigos 15.º, n.º 1, da LQP e 13.º, n.ºs 2 e 3, do Decreto-Lei n.º 141/2000, deve ser entendido como o direito de designar um membro do CGS e, portanto, um supervisor. A Comissão opõe-se a esta interpretação.
- 60 Os argumentos desenvolvidos pela República Portuguesa não podem ser acolhidos. Ainda que se admita que tal interpretação «actualista» esteja correcta, este Estado-Membro não fez, no entanto, prova desta interpretação, que é contestada pela

Comissão. Com efeito, por um lado, aquela interpretação não encontra nenhum fundamento na letra dos textos indicados no número precedente. Assim, tanto o artigo 15.º, n.º 1, da LQP como o artigo 13.º, n.ºs 2 e 3, do Decreto-Lei n.º 141/2000 prevêem expressamente a designação de um administrador, e não de um supervisor. Por outro lado, o referido Estado-Membro não demonstrou por que motivos a alteração de determinadas normas do CSC que regem o direito das sociedades comerciais português teria necessariamente por consequência que a possibilidade de designar um «administrador», prevista nas referidas disposições, deve ser entendida como a possibilidade de designar um «supervisor», uma vez que estas se referem a reprivatizações, nomeadamente no sector da energia, e são assim abrangidas pelo direito público, sem que a redacção dessas disposições tenha sido expressamente alterada.

61 Além disso, o facto de o CGS não ser um órgão decisório, mas um órgão de supervisão, não é susceptível de pôr em causa a posição e a influência dos actores públicos em causa. Com efeito, embora o direito das sociedades português atribua a este órgão a missão de supervisionar a gestão da sociedade, confere-lhe competências importantes, para efeitos do exercício dessa missão. Além do mais, como a Comissão recordou, é necessária a aprovação do GGS, nos termos do artigo 17.º, n.º 2, dos estatutos da EDP, para um determinado número de operações, entre as quais, para além da aquisição e da alienação de bens, de direitos ou de acções que tenham um valor económico significativo, figuram, nomeadamente, a abertura ou o encerramento de estabelecimentos ou de partes importantes de estabelecimentos, o estabelecimento ou a cessação de parcerias estratégicas ou de outras formas de cooperação duradoura, a cisão, a fusão ou a transformação da sociedade e as alterações dos seus estatutos, incluindo a alteração de sede ou o aumento de capital (v., neste sentido, acórdão Comissão/Plemanha, já referido, n.º 65).

62 Feita esta precisão, há que constatar que o direito de designar um administrador constitui uma restrição à livre circulação de capitais, na medida em que tal direito específico constitui uma derrogação ao direito comum das sociedades, direito esse que beneficia exclusivamente os actores públicos através de uma medida legislativa nacional (v. acórdão Comissão/Alemanha, já referido, n.º 61). Embora essa possibilidade

possa ser atribuída pela lei como direito de uma minoria qualificada, há que constatar que, neste caso, deve ser concedida a todos os accionistas, não devendo ser reservada de forma exclusiva ao Estado.

- 63 Com efeito, ao limitar a possibilidade de outros accionistas, para além do Estado português, participarem na sociedade para criarem ou manterem laços económicos duradouros e directos com esta, que permitam uma participação efectiva na sua gestão ou no seu controlo, o direito de nomear um administrador, previsto nos artigos 15.º, n.º 1, da LQP e 13.º, n.ºs 2 e 3, do Decreto-Lei n.º 141/2000, é susceptível de dissuadir os investidores directos de outros Estados-Membros de investirem no capital desta sociedade.
- 64 Daqui resulta que o direito de veto relativo a determinadas deliberações da assembleia geral da EDP, a isenção do tecto de voto de 5% prevista a favor do Estado português e o direito de designar um administrador, nas situações em que o Estado votar contra a proposta que fizer vencimento na eleição dos administradores, constituem restrições à liberdade de circulação de capitais, na acepção do artigo 56.º, n.º 1, CE.
- 65 Esta conclusão não pode, aliás, ser posta em causa pelos argumentos invocados pela República Portuguesa, relativos à aplicabilidade da alegada lógica subjacente ao acórdão Keck e Mithouard, já referido.
- 66 A este respeito, importa salientar que as medidas nacionais em causa não são análogas às regulamentações relativas às modalidades de venda que o Tribunal de Justiça, no acórdão Keck e Mithouard, já referido, considerou que não eram abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 28.º CE.

67 Com efeito, segundo o referido acórdão, não é susceptível de constituir um entrave ao comércio entre os Estados-Membros a aplicação, a produtos provenientes de outros Estados-Membros, de disposições nacionais que limitam ou proíbem, no território do Estado-Membro de importação, determinadas modalidades de venda, desde que, em primeiro lugar, elas se apliquem a todos os operadores interessados que exerçam a sua actividade no território nacional e, em segundo lugar, afectem da mesma maneira, tanto juridicamente como de facto, a comercialização dos produtos nacionais e dos produtos provenientes de outros Estados-Membros. A razão disto é que essa aplicação não é susceptível de impedir o acesso destes últimos produtos ao mercado do Estado-Membro de importação ou de o dificultar mais do que dificulta o acesso dos produtos nacionais (acórdão de 10 de Maio de 1995, *Alpine Investments*, C-384/93, *Colect.*, p. I-1141, n.º 37).

68 Ora, no presente caso, embora seja verdade que as disposições nacionais em causa são indistintamente aplicáveis tanto aos residentes como aos não residentes, há, no entanto, que constatar que afectam a situação do adquirente de uma participação em si mesma e são, assim, susceptíveis de dissuadir os investidores de outros Estados-Membros de efectuarem esses investimentos e, portanto, de condicionar o acesso ao mercado (v. acórdãos, já referidos, de 13 de Maio de 2003, *Comissão/Espanha*, n.º 61 e jurisprudência citada, e de 8 de Julho de 2010, *Comissão/Portugal*, n.º 67).

69 Por outro lado, a constatação de que as referidas disposições nacionais constituem restrições à livre circulação de capitais não pode ser posta em causa pelo argumento da República Portuguesa que consiste em defender que os direitos especiais controvertidos não tiveram nenhum efeito sobre os investimentos directos ou sobre os investimentos em carteira na EDP, uma vez que as acções desta última são das mais transaccionadas na Bolsa de Lisboa, sendo uma grande parte destas acções detidas por investidores estrangeiros.

70 Há que constatar, como referido nos n.ºs 56 e 58 do presente acórdão, que as disposições nacionais controvertidas, na medida em que criam instrumentos susceptíveis de limitar a possibilidade de os investidores participarem no capital social da EDP para criarem ou manterem laços económicos duradouros e directos com esta, que permitam uma participação efectiva na gestão ou no controlo dessa sociedade, reduzem o interesse na aquisição de uma participação no capital (v., neste sentido, acórdão Comissão/Alemanha, já referido, n.º 54).

71 Esta conclusão não é afectada pela existência, na estrutura accionista da EDP, de um determinado número de investidores directos. Com efeito, esta circunstância não obsta a que, devido às disposições nacionais controvertidas, investidores directos de outros Estados-Membros, actuais ou potenciais, possam ter sido dissuadidos de adquirir uma participação no capital dessa sociedade para participarem nesta com o objectivo de criarem ou manterem laços económicos duradouros e directos com esta, que permitam uma participação efectiva na sua gestão ou no seu controlo, quando esses investidores tinham o direito de beneficiar do princípio da livre circulação de capitais e da protecção que este estabelece em seu proveito (v., neste sentido, acórdão Comissão/Alemanha, já referido, n.º 55).

72 Atendendo ao que precede, há que considerar que a detenção, pelo Estado português, de acções privilegiadas em conexão com direitos especiais que essas acções conferem ao respectivo detentor constitui uma restrição à livre circulação de capitais, na acepção do artigo 56.º, n.º 1, CE.

Quanto à justificação das restrições

Argumentos das partes

- 73 A Comissão considera que restrições como as que são criadas pelas disposições nacionais em causa não podem ser justificadas por nenhum dos objectivos de interesse geral invocados pela República Portuguesa e que, em qualquer caso, não respeitam o princípio da proporcionalidade.
- 74 No que se refere à necessidade de garantir a segurança do abastecimento energético da República Portuguesa, a Comissão sublinha que essa segurança não se enquadra no âmbito da segurança pública, na acepção do Tratado, como alega este Estado-Membro. A este respeito, a Comissão considera que, ao contrário daquilo que é exigido pela jurisprudência, designadamente nos n.ºs 71 e 72 do acórdão de 13 de Maio de 2003, Comissão/Espanha, já referido, o dito Estado não demonstrou a existência de uma «ameaça real e suficientemente grave que afecte um interesse fundamental da sociedade» susceptível de justificar os direitos em causa por motivos de segurança pública e de ordem pública.
- 75 A Comissão considera que a República Portuguesa poderia reagir a qualquer ameaça real à segurança do abastecimento energético, através do seu sistema de regulação que decorre do seu direito administrativo, e não através de direitos especiais atribuídos no capital social da EDP, associados a acções privilegiadas, e, portanto, sem colocar entraves à livre circulação de capitais e ao direito de estabelecimento.

- 76 A Comissão contesta igualmente que as actividades da EDP sejam actividades de serviço público. Considera que o fornecimento de energia eléctrica e de gás são serviços de interesse geral, mas não são um serviço público. Relativamente a tais serviços de interesse geral, o Estado tem uma responsabilidade de garantia, ou seja, esses serviços podem ser prestados por entidades privadas. Relativamente às actividades da EDP, a saber, as de distribuição e de comercialização de último recurso, são abrangidas pela responsabilidade do Estado, cujo instrumento essencial é a garantia do correcto funcionamento do seu sistema de regulação do abastecimento energético, e não a tomada de participações privilegiadas do Estado nas sociedades em causa.
- 77 A Comissão alega ainda que, de qualquer modo, as disposições nacionais em questão contrariam o princípio da proporcionalidade. O exercício dos direitos especiais em causa não está sujeito a nenhum critério objectivo e preciso que oriente a aplicação do regime criado, com excepção do critério de que esses direitos devem ser exercidos apenas quando razões de interesse nacional o imponham. Ora, ainda que se admita que os objectivos invocados pela República Portuguesa são legítimos, tal discricionariedade ultrapassa o que é necessário para os atingir.
- 78 Por último, a Comissão contesta o raciocínio apresentado pela República Portuguesa no que respeita à aplicabilidade do artigo 86.º, n.º 2, CE, alegando que esta desconhece o quadro em que esta disposição se inscreve.
- 79 A República Portuguesa salienta que, mesmo que se considere que os direitos especiais que o Estado detém no capital social da EDP constituem restrições das liberdades invocadas pela Comissão, essas restrições se justificam por razões imperiosas de interesse geral. Com efeito, em primeiro lugar, referindo-se ao acórdão de 10 de Julho de 1984, *Campus Oil e o.* (72/83, Recueil, p. 2727), este Estado-Membro salienta que as medidas nacionais em causa se destinam a garantir a segurança do abastecimento energético do país, que constitui um interesse de segurança pública. Invoca também,

como justificação, o facto de os direitos especiais detidos pelo Estado português se referirem a actividades submetidas a obrigações de serviço público, pelo que são, em qualquer caso, justificados ao abrigo do disposto nos artigos 58.º, n.º 1, alínea b), CE e 46.º, n.º 1, CE.

80 Para mais, a República Portuguesa precisa que, na medida em que o direito da União, no seu estado actual, não prevê regras nem medidas que garantam suficientemente a segurança do abastecimento dos Estados-Membros em energia, conserva o poder e o correspondente dever, que lhe é imposto tanto pelo direito nacional como pelo direito da União, de adoptar as medidas nacionais adequadas para garantir a protecção deste interesse fundamental para a sociedade, no respeito pelas regras do Tratado, como decorre do acórdão *Campus Oil e o.*, já referido.

81 Por outro lado, a República Portuguesa alega que esses direitos especiais constituem instrumentos adequados para proteger a segurança do sector energético em Portugal que respeitam o princípio da proporcionalidade, na medida em que não existem outros meios menos restritivos que lhe permitam opor-se à adopção de deliberações dos órgãos dirigentes de uma sociedade como a EDP, susceptíveis de afectar a regularidade, a segurança e a continuidade do abastecimento energético.

82 Para mais, segundo a República Portuguesa, as disposições nacionais em causa são necessárias para permitir à EDP assegurar as missões de serviço de interesse económico geral de que está incumbida pelo Estado português, nos termos do artigo 86.º, n.º 2, CE. Caso se viesse a admitir que estas disposições são contrárias aos artigos 43.º CE e 56.º CE, a aplicação destes artigos constituiria um obstáculo à missão de serviço de interesse económico geral, na acepção do artigo 86.º, n.º 2, CE, confiada à EDP. De qualquer modo, a manutenção em vigor das referidas disposições nacionais que conferem direitos especiais ao Estado português não afecta as trocas comerciais na União nem o interesse desta. Além disso, cabe à Comissão definir qual o interesse da União

à luz do qual se deve avaliar a potencial incidência nas trocas comerciais, susceptível de resultar da existência dos referidos direitos de que o Estado português beneficia na EDP, pelo que a Comissão não cumpriu o ónus que lhe incumbe nos termos do artigo 226.º CE.

Apreciação do Tribunal de Justiça

- ⁸³ Segundo jurisprudência bem assente, medidas nacionais que restrinjam a livre circulação de capitais podem ser justificadas pelas razões mencionadas no artigo 58.º CE ou por razões imperiosas de interesse geral, desde que sejam adequadas para garantir a realização do objectivo que prosseguem e não ultrapassem o que é necessário para o atingir (v. acórdãos, já referidos, Comissão/Alemanha, n.ºs 72 e 73 e jurisprudência citada, e de 8 de Julho de 2010, Comissão/Portugal, n.º 69).
- ⁸⁴ No que se refere às derrogações autorizadas pelo artigo 58.º CE, não se pode negar que o objectivo, invocado pela República Portuguesa, de garantir a segurança do abastecimento energético deste Estado-Membro, em caso de crise, de guerra ou de terrorismo, pode constituir uma razão de segurança pública (v. acórdãos, já referidos, de 14 de Fevereiro de 2008, Comissão/Espanha, n.º 38, e de 8 de Julho de 2010, Comissão/Portugal, n.º 72) e justificar, eventualmente, um obstáculo à livre circulação de capitais. A importância que os Estados-Membros e a União atribuem à protecção da segurança do abastecimento energético manifesta-se, aliás, nomeadamente, na Directiva 2009/72/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009,

que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade e que revoga a Directiva 2003/54/CE (JO L 211, p. 55).

⁸⁵ Todavia, é pacífico que as exigências de segurança pública devem, nomeadamente enquanto derrogação ao princípio fundamental da livre circulação de capitais, ser interpretadas em sentido estrito, pelo que o seu âmbito não pode ser determinado unilateralmente por cada Estado-Membro, sem fiscalização das instituições da União. Assim, a segurança pública apenas pode ser invocada em caso de ameaça real e suficientemente grave, que afecte um interesse fundamental da sociedade (v., nomeadamente, acórdãos de 14 de Março de 2000, *Église de scientologie*, C-54/99, Colect., p. I-1335, n.º 17, e de 8 de Julho de 2010, Comissão/Portugal, já referido, n.º 73).

⁸⁶ A este respeito, a República Portuguesa alega que tal ameaça, tendo em conta a importância central da energia sob a forma de electricidade e de gás natural para todas as economias e sociedades contemporâneas, não tem de ser imediata. Atendendo ao dever que um Estado-Membro tem de garantir a segurança de um abastecimento regular e contínuo em electricidade e gás natural, é legítimo que esse Estado se dote dos meios necessários para garantir o interesse fundamental da segurança do abastecimento, ainda que não exista nenhuma ameaça iminente. A este respeito, na medida em que o risco de ameaças sérias à segurança do abastecimento energético não pode ser excluído e em que tais ameaças são por definição súbitas e, na maior parte dos casos, imprevisíveis, cabe ao Estado-Membro em causa assegurar que sejam implementados instrumentos adequados que permitam uma reacção rápida e eficaz para garantir a segurança contínua desse abastecimento.

- 87 Esta argumentação não é completamente desprovida de fundamento. No entanto, uma vez que a República Portuguesa se limitou a evocar o motivo relativo à segurança do abastecimento energético, sem precisar as razões exactas pelas quais considera que cada um dos direitos especiais controvertidos ou todos estes permitiriam evitar tal afectação de um interesse fundamental da sociedade, uma justificação com base na segurança pública não pode ser acolhida no presente caso.
- 88 Por outro lado, o argumento da República Portuguesa segundo o qual o direito da União, no seu estado actual, não garante suficientemente a segurança do abastecimento dos Estados-Membros em energia, o que a obriga a adoptar as medidas nacionais adequadas para garantir a protecção deste interesse fundamental para a sociedade, não é pertinente.
- 89 Ainda que se admita que, por força das regras do direito secundário da União, existe uma obrigação de um Estado-Membro garantir o abastecimento energético no seu território nacional, como a República Portuguesa alega, a observância dessa obrigação não pode ser invocada para justificar medidas que, em princípio, são contrárias a uma liberdade fundamental.
- 90 Além disso, no que se refere à proporcionalidade das disposições nacionais em causa, importa salientar, como sustenta correctamente a Comissão, que o exercício dos direitos especiais que a detenção de acções privilegiadas no capital social da EDP confere ao Estado português não está sujeito a nenhuma condição ou circunstância específica e objectiva, ao contrário do que afirma o Estado-Membro demandado.

- 91 Com efeito, apesar de o artigo 15.º, n.º 3, da LQP prever que a criação de acções privilegiadas no capital social da EDP, que conferem direitos especiais ao Estado português, está sujeita à condição, formulada aliás de forma bastante geral e imprecisa, de que razões de interesse nacional o exijam, impõe-se contudo reconhecer que nem esta lei nem os estatutos da EDP estabelecem critérios quanto às circunstâncias específicas em que os referidos direitos especiais podem ser exercidos (v. acórdão de 26 de Março de 2009, Comissão/Itália, já referido, n.º 51). Aplica-se o mesmo entendimento ao n.º 1 do referido artigo 15.º, na parte em que esta disposição determina que a designação de um administrador pelo Estado português está dependente do preenchimento da condição de salvaguarda do interesse geral, também formulada de forma bastante geral e imprecisa.
- 92 Assim, tal incerteza constitui uma violação grave da liberdade de circulação de capitais, na medida em que confere às autoridades nacionais, no que diz respeito ao exercício de tais direitos, uma margem de apreciação tão discricionária que não pode ser considerada proporcionada aos objectivos prosseguidos (v., neste sentido, acórdão de 26 de Março de 2009, Comissão/Itália, já referido, n.º 52).
- 93 Por último, no que respeita à justificação baseada no artigo 86.º, n.º 2, CE, há que referir que esta disposição, conjugada com o n.º 1 do mesmo artigo, permite justificar a concessão, por um Estado-Membro, a uma empresa encarregada da gestão de serviços de interesse económico geral, de direitos especiais ou exclusivos contrários às disposições do Tratado, na medida em que o cumprimento da missão particular que lhe foi confiada só possa ser assegurado através da concessão desses direitos e desde que o desenvolvimento das trocas comerciais não seja afectado em medida contrária ao interesse da União (acórdãos de 17 de Maio de 2001, TNT Traco, C-340/99, Colect., p. I-4109, n.º 52; de 18 de Dezembro de 2007, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia, C-220/06, Colect., p. I-12175, n.º 78; e de 1 de Outubro de 2009, Woningstichting Sint Servatius, C-567/07, Colect., p. I-9021, n.º 44).

- 94 No caso concreto, há contudo que referir que esse não é o objectivo das disposições previstas na legislação nacional em causa no âmbito da presente acção por incumprimento intentada contra a República Portuguesa.
- 95 Com efeito, como a Comissão sustenta com razão, a referida acção não tem por objecto a concessão de direitos especiais ou exclusivos à EDP nem a qualificação das actividades desta como serviços de interesse económico geral, tendo, sim, por objecto a legalidade da concessão, ao Estado português, na sua qualidade de accionista desta sociedade, de direitos especiais em conexão com acções privilegiadas detidas por este último no capital social da EDP.
- 96 Daqui resulta que o artigo 86.º, n.º 2, CE não é aplicável a uma situação como a do presente processo e não pode, assim, ser invocado pela República Portuguesa para justificar as disposições nacionais em causa na medida em que estas constituem restrições à livre circulação de capitais consagrada pelo Tratado.
- 97 Por conseguinte, há que declarar que, ao manter na EDP direitos especiais como os previstos no presente caso pela LQP, pelo Decreto-Lei n.º 141/2000 e pelos estatutos da referida sociedade, a favor do Estado e de outras entidades públicas, atribuídos em conexão com acções privilegiadas detidas por este Estado no capital social da referida sociedade, a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 56.º CE.

Quanto ao incumprimento das obrigações que resultam do artigo 43.º CE

- 98 A Comissão pede igualmente que seja declarado o incumprimento das obrigações que incumbem à República Portuguesa por força do artigo 43.º CE, pelo facto de a atribuição de direitos especiais ao Estado português, em conexão com as acções privilegiadas detidas por este último, ser susceptível de impedir os outros accionistas de exercerem uma influência efectiva nas decisões da EDP e, por conseguinte, de determinarem as actividades desta.
- 99 A este respeito, basta salientar que, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, na medida em que as medidas nacionais em causa comportem restrições à liberdade de estabelecimento, essas restrições são a consequência directa dos obstáculos à livre circulação de capitais acima examinados nos n.ºs 45 a 72 do presente acórdão, de que são indissociáveis. Por conseguinte, tendo-se concluído pela existência de uma violação do artigo 56.º, n.º 1, CE, não é necessário examinar separadamente as referidas medidas à luz das regras do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento (v., nomeadamente, acórdãos, já referidos, de 13 de Maio de 2003, Comissão/Espanha, n.º 86; Comissão/Países Baixos, n.º 43; e de 8 de Julho de 2010, Comissão/Portugal, n.º 80).

Quanto às despesas

- 100 Por força do disposto no artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a Comissão pedido a condenação da República Portuguesa e tendo esta sido vencida, há que condená-la nas despesas.

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

- 1) **Ao manter, na EDP – Energias de Portugal, direitos especiais como os previstos no presente caso na Lei n.º 11/90, de 5 de Abril de 1990, denominada Lei Quadro das Privatizações, no Decreto-Lei n.º 141/2000, de 15 de Julho de 2000, que aprova a 4.ª fase do processo de reprivatização do capital social da EDP – Electricidade de Portugal, S. A., e nos estatutos da referida sociedade, a favor do Estado português e de outras entidades públicas, em conexão com acções privilegiadas («golden shares») detidas por este Estado no capital social da referida sociedade, a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 56.º CE.**

- 2) **A República Portuguesa é condenada nas despesas.**

Assinaturas