

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

PAOLO MENGOZZI

apresentadas em 2 de Junho de 2010¹

I — Introdução

capital de mais de duas sociedades do tipo indicado.

1. O presente processo tem por objecto uma acção intentada – ao abrigo do artigo 226.º CE – pela Comissão das Comunidades Europeias contra a República Francesa.

II — A legislação nacional controvertida

2. A instituição demandante pede ao Tribunal que declare que a República Francesa, ao limitar por lei até ao máximo de um quarto a quota de capital e, portanto, os direitos de voto atribuíveis a quem não possua a qualificação de biólogo, no âmbito de uma sociedade civil por quotas constituída por profissionais liberais (a seguir «Selarl»), criada para efeitos da exploração em comum de um ou mais laboratórios de análises de biologia médica, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 43.º do Tratado CE.

4. A Lei n.º 90-1258, de 31 de Dezembro de 1990², que constitui o quadro normativo geral para o exercício, sob forma societária, das profissões liberais submetidas a um estatuto legal, regulamentar ou cujo título é objecto de protecção, determina, no seu artigo 5.º, que a maioria do capital social e dos direitos de voto deve estar na posse de profissionais que exercem a sua actividade na sociedade.

3. De igual modo, e referindo-se ao mesmo artigo do Tratado CE, a Comissão imputa à República Francesa a ilegalidade da proibição imposta pela lei nacional às pessoas singulares ou colectivas possuidoras da necessária qualificação profissional de participarem no

5. A restante parte, salvaguardadas algumas hipóteses específicas – previstas no segundo parágrafo da referida disposição e que não dizem respeito ao presente caso – deve estar na posse de pessoas singulares ou colectivas que

1 — Língua original: italiano.

2 — JORF n.º 4, de 15 de Janeiro de 1991, p. 216.

exercçam a ou as profissões que constituem o objecto da sociedade.

6. Por fim, e ainda de acordo com a mesma norma, o número de sociedades constituídas para o exercício de uma mesma profissão em que uma mesma pessoa singular ou colectiva, entre as indicadas, pode possuir participações pode ser limitado através de decreto aprovado após parecer do Conseil d'État.

7. No que respeita, mais especificamente, às sociedades constituídas para o exercício em comum da profissão liberal de director e director-adjunto de laboratórios de análises de biologia médica, o Decreto n.º 92-545, de 17 de Junho de 1992³, no artigo 11.º, primeiro parágrafo, prevê que qualquer pessoa sem qualificação profissional específica pode possuir até um quarto do capital social de uma sociedade deste tipo.

8. O segundo parágrafo dessa disposição específica ainda que, quando a sociedade civil de profissionais liberais seja constituída sob a forma de sociedade em comandita por acções, a parte do capital social na posse de pessoas que não possuem qualificação profissional específica pode ser superior aos 25 % indicados sem, no entanto, poder exceder 50 %.

9. Por fim, de acordo com o artigo 10.º do referido decreto, a mesma pessoa singular ou colectiva, entre as referidas nos n.ºs 1 e 5 do segundo parágrafo do artigo 5.º da Lei n.º 90-1258, de 31 de Dezembro de 1990, não pode possuir participações em mais do que duas sociedades do tipo indicado.

10. Como esclarecido na audiência de 25 de Março de 2010, trata-se de uma proibição que diz essencialmente respeito aos biólogos e não às pessoas que não possuam essa qualificação profissional, as quais, ao invés, salvo o limite geral de 25 % do capital relativamente a cada sociedade, não sofrem os efeitos da referida disposição.

11. Por efeito do Despacho Ministerial n.º 2010-49, de 13 de Janeiro de 2010, aprovado pela República Francesa e também comunicado à Comissão, como adiante se verá, a legislação nacional sofreu algumas alterações, particularmente no que respeita às disposições contidas no Código da Saúde Pública, várias vezes referidas nos articulados das partes durante a fase escrita do presente processo.

12. Trata-se, contudo, de alterações que não serão consideradas, com base no princípio constantemente afirmado pelo Tribunal, e não contestado pelas partes, segundo o qual a existência de um incumprimento deve ser apreciada em função da situação do Estado-Membro no termo do prazo fixado no parecer

3 — Na versão resultante das alterações introduzidas pelo artigo 60.º da Lei n.º 2008-776 de modernização da economia (JORF n.º 181, de 5 de Agosto de 2008, p. 12471).

fundamentado, não podendo as alterações posteriores ser tomadas em consideração⁴.

15. Em seguida, a Comissão, considerando que efectivamente se verificavam as violações objecto da denúncia recebida, notificou a República Francesa do parecer fundamentado de 15 de Dezembro de 2006, convidando o referido Estado a dar-lhe cumprimento no prazo de dois meses.

III — O procedimento pré-contencioso

13. Na sequência de uma denúncia, a Comissão Europeia enviou à República Francesa, em 4 de Abril de 2006, uma primeira notificação para cumprir na qual assinalava a existência de um problema de compatibilidade entre a legislação indicada, relativamente a sociedades constituídas com o objectivo de exercer em comum a profissão liberal de director e director-adjunto de laboratórios de análises de biologia médica, e a liberdade de estabelecimento prevista no artigo 43.º do Tratado CE.

14. Não obstante o convite da Comissão para que apresentasse as suas observações — num prazo de dois meses a contar da respectiva recepção — a República Francesa não respondeu à referida notificação para cumprir.

16. Por ofício de 14 de Fevereiro de 2007, a República Francesa tomou posição sobre as duas questões suscitadas pela Comissão, contestando a existência das referidas violações; em particular, sustentava que as restrições introduzidas pela legislação francesa deviam considerar-se justificadas pelos princípios da adequação e da proporcionalidade relativamente ao objectivo prosseguido pela administração do Estado, que consiste na protecção da saúde pública.

17. Contudo, através de ofício posterior, de 11 de Abril de 2008, o Ministro da Saúde defendeu que, na sequência da intenção de reformar completamente — até ao início de 2009 — o sector da biologia médica e do projecto de lei cuja preparação estava consequentemente em curso, a posição da República Francesa mudara; a prevista supressão de todas as restrições à detenção do capital das sociedades constituídas com o objectivo de exercer em comum a actividade de análises de biologia médica, com excepção de algumas incompatibilidades especificamente definidas, deveria permitir responder satisfatoriamente às acusações da Comissão.

4 — V., por último, acórdãos de 30 de Janeiro de 2002, Comissão/Grécia (C-103/00, Colect., p. I-1147, n.º 23); de 6 de Dezembro de 2007, Comissão/Alemanha (C-456/05, Colect., p. I-10517, n.º 15); de 17 de Janeiro de 2008, Comissão/Alemanha (C-152/05, Colect., p. I-39, n.º 15); de 19 de Maio de 2009, Comissão/Itália (C-531/06, Colect., p. I-4103, n.º 98); e de 25 de Março de 2010, Comissão/Espanha (C-392/08, Colect., p. I-2537, n.º 26)..

18. Não tendo recebido mais nenhuma informação, a Comissão, por ofício de 20 de Novembro de 2008, questionou a República Francesa sobre a progressão dos trabalhos; as autoridades francesas, por ofício de 27 de Dezembro de 2008, informaram que a aprovação do projecto de lei em questão não deveria ocorrer antes de Maio de 2009.

19. Consequentemente, em 2 de Março de 2009, a Comissão intentou a presente acção ao abrigo do artigo 226.º CE.

IV — Tramitação do processo no Tribunal de Justiça e pedidos das partes

20. O presente processo caracteriza-se pelo facto de, na fase escrita, a posição defensiva da República Francesa ter sofrido alterações, sobretudo relativamente à assumida na fase pré-contenciosa; tal sucedeu principalmente após a apresentação de conclusões e, posteriormente, após a publicação de alguns acórdãos (dos quais se falará em detalhe mais adiante) relativos a processos pendentes no Tribunal de Justiça e que respondem a questões análogas.

21. Na sua contestação de 22 de Maio de 2009, na qual faz pela primeira vez referência

às conclusões que o advogado-geral Y. Bot apresentou em 16 de Dezembro de 2008 no processo C-531/06, decidido por acórdão de 19 de Maio de 2009, Comissão/Itália, já referido⁵, a demandada pediu que a acção fosse julgada improcedente relativamente ao primeiro aspecto; em contrapartida, não contestou a ilegalidade da proibição imposta pela lei nacional relativamente à participação de uma pessoa dotada da necessária qualificação profissional no capital de mais de duas sociedades.

22. Na sua réplica, de 15 de Julho de 2009, na qual invocou as decisões que o Tribunal de Justiça proferiu nalguns processos sobre as restrições à propriedade do capital das farmácias, a Comissão sublinhou a mudança de posição da República Francesa, relativamente à fase pré-contenciosa, e manteve inalterados os pedidos já apresentados na petição.

23. Na tréplica, de 5 de Outubro de 2009, a demandada precisou (v. n.º 70) que, com a expressão inicialmente utilizada, ao contrário do que poderia parecer, não pretendia afirmar que uma restrição do tipo da em apreço não podia nunca ser justificada.

⁵ — V., também, acórdão de 19 de Maio de 2009, Apothekerkammer des Saarlandes e o. (C-171/07 e C-172/07, Colect., p. I-4171).

24. Em particular, tendo em conta a margem de apreciação que deve ser reconhecida aos Estados-Membros no que respeita ao nível de protecção a assegurar relativamente à saúde pública e ao modo como deve funcionar, deveria, em princípio, considerar-se legítima a opção nacional de garantir uma pluralidade da oferta em matéria de biologia médica, evitando uma concentração financeira, no que respeita ao capital dos laboratórios, em favor de um só biólogo ou de uma só sociedade que explore diversos laboratórios.

25. A medida restritiva actualmente em vigor em França, respondendo a essa legítima finalidade, apenas seria discutível quanto a dois aspectos: a) na medida em que não proíbe a participação dita «em cascata»; b) na medida em que não é completamente proporcional relativamente ao seu objectivo, aplicando-se indiscriminadamente às participações sociais em sociedades situadas em todo o território nacional, sem se examinar se as mesmas se encontram ou não em zonas mais ou menos distantes entre si.

26. Uma vez resolvidos estes dois aspectos, no âmbito do programado projecto de reforma do sector, essa norma deveria ser considerada compatível com o artigo 43.º do Tratado

CE, porquanto adequada e proporcionada à exigência da protecção da saúde pública⁶, que seria assegurada através da garantia de uma pluralidade de oferta em matéria de biologia médica em todo o território nacional.

27. Esta última representaria, de facto, uma garantia relativamente ao risco de concentração financeira dos capitais dos laboratórios, com a consequência de que a eventual saída de um biólogo – ou de uma empresa que lhe seja equiparada – poderia deixar os pacientes privados da possibilidade de beneficiar, em algumas partes do território, do serviço de análises médicas.

28. De qualquer modo, a República Francesa manteve inalterados os pedidos apresentados na contestação, na qual pediu que fosse julgada improcedente a acção da Comissão apenas no que respeita às restrições subjectivas relativas à propriedade do capital social de uma mesma sociedade.

29. Por memorando de 5 de Fevereiro de 2010, em aplicação do artigo 54.º-A do

6 — Enquanto a Comissão, no seu pedido, partia do pressuposto de que esta proibição prosseguia o objectivo distinto de preservar a independência profissional dos biólogos; v. n.º 29 da petição inicial.

Regulamento de Processo do Tribunal, foi pedido à República Francesa que tomasse posição relativamente à afirmação que a Comissão, pela primeira vez, formulara na réplica (v. n.º 36), segundo a qual as autoridades francesas, através de um mecanismo de separação entre direitos financeiros e direitos de voto atinentes às decisões sobre o funcionamento e a organização dos laboratórios, permitiam que determinadas estruturas acedessem a capitais «externos» – detidos por não biólogos – em medida superior a 25%.

V — Análise

A — As restrições subjectivas relativas às participações na mesma sociedade

1. O incumprimento em causa – Quanto à existência de uma restrição à liberdade de estabelecimento

30. Por ofício de 18 de Março de 2010, a República Francesa enviou ao Tribunal a nota que, em 9 de Março de 2010, enviara à Comissão, e pela qual lhe havia dado conhecimento do Despacho Ministerial n.º 2010-49, relativa à biologia médica, a cujo projecto se tinha referido durante a fase pré-contenciosa, como se indicou no n.º 17 *supra*, assim como na tréplica (v. n.º 26, *supra*).

a) Argumentos das partes

32. Assumindo como parâmetro de referência para a alegada infracção o artigo 43.º do Tratado CE, actual artigo 49.º TFUE, a Comissão sustenta que as mencionadas disposições legais aprovadas pela República Francesa produzem o efeito de limitar, sobretudo no que respeita às pessoas colectivas provenientes de outros Estados-Membros, a possibilidade de participar na actividade – como sócio – de um ou mais laboratórios de análises de biologia médica.

31. Na audiência de 25 de Março de 2010, as partes, no termo da discussão, e mesmo em relação à questão que o Tribunal anteriormente lhes colocara por escrito, mantiveram os pedidos que já haviam formulado nos respectivos articulados.

33. Do mesmo modo, ficaria limitada a possibilidade de as pessoas provenientes de outros Estados-Membros, que aí exploram um ou mais laboratórios de análises de biologia médica, criarem um centro de actividade em território francês, caso não cumpram os

requisitos subjectivos definidos na legislação local, em especial no que respeita aos requisitos pessoais que os participantes no capital social devem satisfazer.

34. Em particular, a instituição demandante invoca o princípio — há muito afirmado pelo Tribunal — segundo o qual o artigo 43.º CE se opõe a todas as medidas nacionais que, mesmo que aplicáveis sem discriminação quanto à nacionalidade, são, todavia, susceptíveis de impedir ou de tornar menos apelativo para os cidadãos comunitários o exercício da liberdade de estabelecimento prevista no Tratado.

35. A República Francesa observa a este respeito que o artigo 152.º, n.º 5, do Tratado CE, prevê que a acção da Comunidade no domínio da saúde pública respeitará plenamente as competências dos Estados-Membros em matéria de organização e prestação de serviços de saúde e de cuidados médicos.

36. A demandada admite ainda que, em conformidade com uma jurisprudência assente, no exercício desta competência, os Estados-Membros devem sempre respeitar o direito comunitário, especialmente as disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento⁷.

37. Contudo, entende que, embora, no presente caso, a limitação relativa à posse do capital, que diz respeito a sociedades do tipo indicado *supra*, possa constituir uma restrição à liberdade de estabelecimento, esta restrição deve considerar-se justificada por razões imperiosas de interesse geral, constituídas pelo objectivo de protecção da saúde pública (v. n.º 34 da contestação).

b) Apreciação

38. O princípio segundo o qual o artigo 43.º do Tratado CE se opõe a qualquer medida nacional que, embora aplicável sem discriminação em razão da nacionalidade, seja susceptível de afectar ou de tornar menos atractivo o exercício, pelos cidadãos comunitários, da liberdade de estabelecimento garantida pelo Tratado é um princípio geral, constantemente afirmado pelo Tribunal de Justiça⁸.

39. Portanto, uma limitação subjectiva, relativa à propriedade das quotas de uma sociedade que exerce a actividade de gestão de um ou mais laboratórios de análises de biologia médica, impede ou torna de qualquer modo mais difícil a participação nessa mesma sociedade de pessoas provenientes de outros Estados-Membros; o mesmo efeito negativo

7 — V., quanto a este aspecto, acórdão de 10 de Março de 2009, Hartlauer (C-169/07, Colect., p. I-1721, n.º 29). V., também, no mesmo sentido, acórdãos de 7 de Fevereiro de 1984, Duphar (238/82, Recueil, p. 523, n.º 16); de 16 de Maio de 2006, Watts (C-372/04, Colect., p. I-4325, n.º 92 e 146); e de 11 de Setembro de 2008, Comissão/Alemanha (C-141/07, Colect., p. I-6935, n.º 22 e 23).

8 — Acórdãos de 14 de Outubro de 2004, Comissão/Países Baixos (C-299/02, Colect., p. I-9761, n.º 15); de 21 de Abril de 2005, Comissão/Grécia (C-140/03, Colect., p. I-3177, n.º 27); e Hartlauer, já referido na nota 7 (n.º 33).

se produz relativamente ao eventual estabelecimento em território francês de sociedades que exercem a mesma actividade num Estado-Membro diferente e que não cumprem os requisitos subjectivos específicos previstos nas disposições aí em vigor.

de análises de biologia médica, tal como foram introduzidas pela referida disposição, tinham por objectivo assegurar a qualidade dos cuidados oferecidos aos pacientes e preservar a independência decisória dos directores dos laboratórios de análises.

40. O facto de esse efeito restritivo se produzir independentemente da nacionalidade das pessoas interessadas não elimina a situação de violação da liberdade fundamental de estabelecimento, prevista no artigo 43.º do Tratado CE.

43. Com efeito, ao evitar que as escolhas dos referidos directores sejam guiadas por considerações de carácter económico em vez de sanitário, ficaria protegido o interesse imperativo geral da saúde pública.

41. Com base nestas premissas, torna-se, portanto, necessário examinar se existe, ou não, uma justificação para as restrições que a Comissão considerou ilegítimas.

44. A Comissão sustenta, pelo contrário, que as medidas adoptadas pela República Francesa não são adequadas e proporcionais ao objectivo declarado.

2. Quanto às eventuais justificações para a referida restrição – Avaliação da adequação e proporcionalidade das medidas restritivas adoptadas

45. Esta conclusão era confirmada, dado o inegável paralelismo das situações, numa decisão anterior, respeitante a análogas restrições à posse do capital, existentes na legislação grega, quanto à exploração em forma societária de um estabelecimento de material óptico (v. n.ºs 35 e 36 da petição).

a) Argumentos das partes

42. Segundo a formulação da defesa da República Francesa, as limitações subjectivas relativas à propriedade das quotas de uma sociedade constituída para exercer a actividade

46. Efectivamente, a demandante sublinhou que o Tribunal⁹, nesse caso, considerou que a República Helénica não tinha cumprido as obrigações que lhe incumbem, por força dos artigos 43.º CE e 48.º CE, ao não permitir a

9 — Acórdão Comissão/Grécia (C-140/03, já referido na nota 8).

um oculista explorar mais do que um estabelecimento e ao limitar a um máximo de 50 % do capital a participação social passível de ser adquirida por pessoas singulares ou colectivas diversas do referido oculista.

algumas restrições de tipo interno, visto que diziam respeito a requisitos subjectivos para a exploração de um estabelecimento de material óptico, justificando-as todavia com considerações relativas ao âmbito, este externo, das relações entre o oculista que exerce a actividade e a sua clientela, mesmo quanto à possível responsabilidade em caso de erro.

47. A Comissão invoca as conclusões do advogado-geral Ruiz-Jarabo Colomer apresentadas no processo em questão, em 7 de Dezembro de 2004, referindo-se especialmente à distinção efectuada – quanto às actividades com carácter comercial – entre as relações de tipo interno e as de tipo externo.

48. Em particular, relativamente ao primeiro tipo, «[...] compreende a propriedade – que abarca, por exemplo, o local ou a dependência onde se situa, a carteira de clientes, as mercadorias ou o nome comercial –, as relações laborais com os trabalhadores e [...] a titularidade – que não coincide com a propriedade, com a qual se relaciona através de uma pluralidade de formas jurídicas – e a administração e a gestão. O segundo engloba as relações com os terceiros, em especial com os fornecedores e [...] com os compradores, clientes ou, se se preferir, doentes»¹⁰.

49. No caso em questão, de acordo com a abordagem do advogado-geral, o Estado-Membro em questão tinha introduzido

50. A Comissão realçou, por fim, que o Tribunal, nesse caso, considerou que o objectivo de protecção da saúde pública invocado pela República Helénica poderia ser *«alcançado por meio de medidas menos restritivas da liberdade de estabelecimento tanto de pessoas singulares como de pessoas colectivas, por exemplo, por meio da exigência da presença de ópticos diplomados assalariados ou sócios em cada estabelecimento de óptica, de normas aplicáveis em matéria de responsabilidade civil por actos de terceiros, bem como de normas que exijam um seguro de responsabilidade profissional»*¹¹.

51. Em suma, a simples obrigação da presença de um biólogo para a execução das actividades ditas «externas» de laboratório, em particular dos actos que comportam uma relação com o paciente, seria suficiente para atingir o objectivo indicado; em contrapartida, essa obrigação não encontraria justificação no

10 — Conclusões já referidas (n.º 34).

11 — Acórdão de 21 de Abril de 2005 (C-140/03, já referido, n.º 35; o sublinhado é meu).

quadro das actividades ditas «internas», respeitantes à propriedade do laboratório.

52. A República Francesa, por sua vez, sustenta que, dadas as características gerais específicas da biologia médica e a especificidade – também quanto à formação universitária – da organização dessa actividade em França, se comparada com o que se passa em grande parte dos outros Estados-Membros, dever-se-iam, de preferência, aplicar neste caso os princípios que o Tribunal enunciou relativamente ao sector farmacêutico.

53. A este propósito, refere, na contestação, as conclusões apresentadas em 16 de Dezembro de 2008 no processo C-531/06, Comissão/Itália, já referido, nas quais o advogado-geral Y. Bot afirmou (n.º 106), no que respeita justamente ao âmbito há pouco mencionado, que a distinção entre os aspectos internos e os aspectos externos da actividade tem carácter artificial.

54. É difícil garantir que o gestor não farmacêutico não interfere na relação que o farmacêutico mantém com a sua clientela e esta situação é comparável à dos laboratórios de análises, também integrados no centro do sistema de saúde.

55. Para demonstrar esta afirmação, de que as situações são idênticas, a demandada sublinha que a biologia médica é uma disciplina que ocupa um lugar de primeiro plano no sistema de saúde, estando aliás em constante evolução e compreendendo campos de aplicação extremamente vastos, como a microbiologia, a hematologia, a bioquímica, a imunohematologia; também faz apelo a técnicas extremamente complexas, como a biologia molecular.

56. Acrescenta ainda que, em geral, a actividade de um laboratório de análises inclui uma fase dita pré-análise (na qual o pessoal responsável recebe o paciente e procede às colheitas necessárias, que também podem ter carácter «invasivo»), uma fase de análise em sentido próprio, de carácter puramente técnico, realizada manualmente ou através dos instrumentos apropriados, e uma fase pós-análise (validação dos resultados da análise, também com base nas características pessoais do paciente)¹².

57. Portanto, a particularidade francesa (tendo em conta a organização do mesmo sector noutros Estados da União) consistiria no facto de estas três diferentes fases se apresentarem substancialmente unidas, e isto com base numa escolha bem precisa destinada a

12 — Esta distinção encontra-se expressa no artigo L-6211-2 do Código da Saúde Pública, conforme alterado pelo Despacho Ministerial n.º 2010-49.

atribuir um maior papel de tipo médico ao biólogo.

deve ser exercida no respeito apenas das regras deontológicas e sem qualquer pressão, especialmente de carácter financeiro; isto, como já se referiu, com o fim de assegurar a melhor protecção possível da saúde pública.

58. Este último, no sistema francês, não se dedica portanto apenas à actividade puramente técnica das análises, mas está presente também na fase pré-análise, através de um contacto directo com o paciente e, sobretudo, valida os resultados da análise, sobre os quais informa o paciente, podendo também participar, conjuntamente com o médico responsável pelo tratamento, na escolha terapêutica.

59. Em perfeita coerência com esta perspectiva surge, portanto, a escolha feita pela República Francesa em termos de aquisição de competências pelo biólogo, que recebe uma formação inicial de médico ou de farmacêutico, para depois se especializar em biologia médica, dado que para completar o seu percurso académico são necessários dez anos.

60. Com base nestas considerações, segundo a demandada, a solução adoptada pelo Tribunal no que respeita à actividade de oculista não seria utilizável no caso dos laboratórios de análises médicas.

61. A medida restritiva introduzida quanto à participação no capital social seria portanto justificada — analogamente ao que se passa com as farmácias — pela necessidade de assegurar a plena independência da actividade profissional do director de laboratório, que

62. A tese defendida nas referidas conclusões (v. n.º 121), segundo a qual a actividade de fornecimento de medicamentos se distingue — em razão da amplitude do seu impacto sobre a saúde pública — da venda de material óptico, teria aqui portanto a mesma validade, se compararmos esta última com a actividade de análises de biologia médica.

63. Por último, a proporcionalidade da medida adoptada seria também perceptível no facto de o capital dos laboratórios não estar inteiramente reservado aos biólogos, já que investidores desprovidos dessa qualificação podem sempre adquirir uma participação, ainda que não superior a 25 %.

64. Esta limitação responderia à legítima pretensão de evitar que sócios não profissionais, meros investidores com fins lucrativos, tenham um peso determinante na tomada

das decisões sociais, com consequente perda de independência dos profissionais¹³.

garantias em termos quer de protecção da saúde pública quer de controlo dos custos para o sistema de saúde.

65. Em suma, se, por um lado, a legislação francesa garante uma possibilidade de acesso ao capital social mesmo aos não biólogos, por outro, ao limitar a sua possível quota de participação, assegura a conservação do poder decisório aos sócios profissionais do sector, permitindo-lhes assim preservar a sua independência decisória.

68. Além disso, a Comissão sustentou, pela primeira vez na réplica, que o sector da biologia médica se caracteriza também pela exigência de importantes financiamentos e que, portanto, a medida restritiva relativa ao acesso de capitais «externos» era inadequada a esse objectivo.

66. A demandante, na réplica, ao contestar a argumentação da demandada contida na contestação, realçou que a solução adoptada pelo Tribunal no caso das farmácias, diferente em relação ao precedente que originariamente invocou, encontraria explicação no carácter absolutamente peculiar dos medicamentos, que obriga a distingui-los de qualquer outra mercadoria; as diferenças do sector não permitiriam uma transposição da solução para o presente caso.

69. A República Francesa, na tréplica, contestando os argumentos constantes da réplica, reafirmou que o precedente evocado pela Comissão não era pertinente, pois, tendo em conta a extrema proximidade das situações e a identidade dos riscos para a saúde pública, deveriam ser, de preferência, aplicados os princípios que em matéria farmacêutica foram enunciados nas conclusões e nos acórdãos publicados durante a fase escrita e aí evocados.

67. Em particular, as actividades de biologia médica não são efectuadas senão com base em receita médica, o que oferece maiores

70. A demandada contestou ainda a afirmação de que a total abertura do acesso aos capitais das sociedades que exploram os laboratórios de análises implicaria uma efectiva melhoria da qualidade dos exames e seria uma fonte de poupança para o sistema social.

13 — A República Francesa põe em particular evidência o facto de o limite de 25 % se basear na norma de direito das sociedades — artigo L-223-30 do Código Comercial — segundo a qual é necessária uma maioria qualificada de pelo menos ¾ das partes sociais para as decisões tomadas em assembleia geral extraordinária, em particular para o aumento de capital ou para as fusões.

b) Apreciação

integrar uma das derrogações previstas no artigo 46.º CE, se contribuir para a realização de um nível elevado de protecção da saúde¹⁶.

71. É jurisprudência assente que as medidas nacionais susceptíveis de impedir ou de tornar menos atraente o exercício das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado devem preencher quatro condições: 1) aplicar-se de modo não discriminatório, 2) justificar-se por razões imperiosas de interesse geral, 3) ser adequadas para garantir a realização do objectivo que prosseguem e 4) não ultrapassar o necessário para atingir esse objectivo¹⁴.

74. Não é controverso o carácter não discriminatório da medida restritiva em apreço; em contrapartida, mais delicada é a questão de saber se esta medida é adequada e proporcional ao objectivo prosseguido.

72. Isto posto, as partes concordam que a protecção da saúde pública figura entre as razões imperiosas de interesse geral que, por força do artigo 46.º, n.º 1, CE, podem justificar eventuais restrições à liberdade de estabelecimento¹⁵.

i) O sector abrangido pela medida restritiva e a identificação da jurisprudência de referência pertinente

73. Além disso, em relação à análise das razões susceptíveis de ser invocadas para justificar uma restrição à livre prestação de serviços (mas trata-se, obviamente, de um princípio analogamente aplicável à liberdade de estabelecimento), no domínio dos laboratórios de análises de biologia médica, o Tribunal teve oportunidade de afirmar que o objectivo de fornecer serviços médicos de qualidade pode

75. O primeiro problema a que é necessário dar resposta é o de saber se a questão, nos termos em que é colocada, já encontra solução nos princípios que o Tribunal de Justiça enunciou no acórdão já referido respeitante à República Helénica, que na lei sobre o exercício da profissão de oculista e sobre os estabelecimentos de material óptico tinha adoptado restrições análogas, ou se, pelo contrário, constitui um precedente não totalmente pertinente.

14 — V. acórdãos de 31 Março de 1993, Kraus (C-19/92, Colect., p. I-1663, n.º 32), e de 30 de Novembro de 1995, Gebhard (C-55/94, Colect., p. I-4165, n.º 37).

15 — V. acórdão Hartlauer, já referido na nota 7 (n.º 46).

16 — V., neste sentido, acórdãos Müller-Fauré e Van Riet, já referido (n.º 67), e de 11 de Março de 2004, Comissão/França (C-496/01, Colect., p. I-2351, n.º 66).

76. Ora, é verdade que a situação examinada pelo Tribunal no caso relativo à profissão de oculista apresenta semelhanças notáveis com a situação ora em apreço – como sustenta a Comissão – e que esta circunstância deve levar a que se analisem com particular atenção os argumentos utilizados e as soluções adoptadas naquele caso; não obstante, na minha opinião, existem algumas diferenças fundamentais.

77. O caso ora em apreço caracteriza-se, antes de mais, pela particularidade do sector envolvido – isto é, o das análises de biologia médica – assim como pelas regras pelas quais se rege, como definidas pelo Estado-Membro em questão, que apresenta traços peculiares, do ponto de vista da organização geral do trabalho e da formação dos respectivos profissionais e em que o objectivo prosseguido é a obtenção de um nível qualitativo da prestação particularmente elevado.

78. Aliás, se se considerarem os pressupostos com base nos quais foi apresentada a defesa da República Francesa e, em seguida, se tomar em conta o real objecto do litígio, emergem algumas diferenças substanciais relativamente ao precedente jurisprudencial citado pela Comissão; e isto quer relativamente ao sector tomado em consideração quer quanto às razões que justificam a restrição introduzida.

79. Considero em suma que, como defendido pelo Estado-Membro demandado, pela

primeira vez na sua contestação de 22 de Maio de 2009, se afiguram, neste caso, efectivamente de maior pertinência as referências aos processos no âmbito dos quais o Tribunal de Justiça foi chamado a pronunciar-se sobre o direito, que apenas cabe aos sujeitos que têm a respectiva qualificação profissional, de possuir e explorar farmácias¹⁷.

80. A grande importância do precedente jurisprudencial evidencia-se, antes de mais, na muito maior semelhança existente entre o sector farmacêutico e o das análises de biologia médica – aliás, disciplinado de modo absolutamente peculiar em França – do que a existente entre este último sector e o óptico.

81. Sob outro aspecto, talvez ainda mais importante, a questão da independência decisória, como pressuposto específico de uma melhor qualidade da actividade desenvolvida numa perspectiva de maior protecção da saúde pública, não foi objecto de análise do Tribunal de Justiça no caso que deu lugar ao precedente invocado pela Comissão.

82. As características da profissão de biólogo em França, como descritas *supra*, juntamente com o modo como é concretamente gerido um laboratório de análises de biologia

17 — V. acórdãos, Comissão/Itália, já referido na nota 4, e Apothekerkammer des Saarlandes e o., já referido na nota 5.

médica, tornam este sector comparável ao das farmácias.

efectuadas senão mediante receita médica. O paciente não poderia, portanto, dirigir-se directamente ao laboratório com o objectivo de fazer uma análise, nem o biólogo poderia decidir autonomamente sobre a questão, sem a referida receita.

83. Ambas as actividades comportam, quando não correctamente executadas, um risco bastante elevado para o bem primário da saúde. Assim como o fornecimento a um cliente, por um farmacêutico, de um medicamento errado lhe pode causar graves consequências físicas, a realização de análises de biologia médica efectuada de modo inapropriado, ou mesmo com atraso ou incorrectamente, pode produzir danos do mesmo tipo (pense-se nos possíveis erros de diagnóstico e terapia, por parte do médico, causados por um resultado de análise incorrecto).

86. A isto a demandada acrescenta que, ainda que os resultados das análises sejam entregues quer ao médico que passou a receita quer ao paciente, este último nunca teria a capacidade técnica para delas retirar conclusões quanto ao tratamento a seguir, cuja execução exige sempre a intervenção do médico.

84. Além disso, as modalidades em que as mencionadas actividades são exercidas apresentam semelhanças muito pontuais, também e sobretudo no que respeita ao sistema de assunção dos custos pelo sistema de segurança social; a inadequada realização de análises de biologia médica, tanto no quantitativo como qualitativo, pode gerar custos inúteis para o sistema de segurança social e, portanto, para o Estado, exactamente como sucede com o fornecimento de medicamentos.

87. Na realidade, a própria demandante reconhece que, normalmente, também os medicamentos só podem ser fornecidos e vendidos mediante receita médica, para poderem assim ser assumidos pelo sistema de segurança social.

88. Na audiência ficou efectivamente patente que cerca de 85 % dos medicamentos são vendidos em farmácia mediante apresentação de receita médica, do mesmo modo que a maior parte das análises se realizam, efectivamente, segundo as mesmas modalidades.

85. Segundo a Comissão, pelo contrário, existiriam entre os dois sectores diferenças tais que excluiriam a aplicação dos mesmos princípios jurisprudenciais; invoca, antes de mais, o facto de as análises não poderem ser

89. Assim, segundo a Comissão, no caso da actividade farmacêutica, o Tribunal de

Justiça, nos seus acórdãos, teve implicitamente em conta, para considerar justificada a restrição presente na lei, exactamente o facto de ser sempre possível que alguns medicamentos sejam vendidos sem receita médica; o que torna necessária, com o objectivo de evitar o mencionado risco para a saúde, a presença constante de um farmacêutico, que pode chamar a atenção do utente para eventuais interacções nocivas¹⁸.

90. Trata-se, contudo, de afirmações não determinantes. Por um lado, com efeito, não resulta expressamente dos acórdãos mencionados que o Tribunal tenha tomado em consideração, como elemento de facto determinante para justificar a solução positiva adoptada, a circunstância de, nalguns casos, os medicamentos serem fornecidos sem receita médica.

91. Este elemento é, na verdade, efectivamente invocado nas conclusões do advogado-geral Y. Bot já referidas, que afirma que o dever de aconselhamento que incumbe ao farmacêutico é de grande importância no caso dos medicamentos para os quais não é necessária receita médica, medicamentos cujo número aumenta constantemente com o

objectivo de preservar o equilíbrio das contas públicas¹⁹.

92. Trata-se contudo de um elemento de carácter complementar relativamente ao facto de, no mesmo ponto das mencionadas conclusões, ser expressamente referido que a missão do farmacêutico não se limita à venda de medicamentos.

93. O acto de dispensa de medicamentos, de acordo com o advogado-geral, também implica, por parte do farmacêutico, outras prestações, como – para além da preparação de produtos farmacêuticos ou ainda o fornecimento de informações e de conselhos que garantam a boa utilização dos medicamentos – a verificação das receitas médicas.

94. Por outro lado, o mesmo Tribunal, em ambas as decisões relativas ao sector farmacêutico, precisou que os medicamentos «receitados ou utilizados por razões terapêuticas» podem, apesar de tudo, revelar-se gravemente prejudiciais para a saúde se forem consumidos sem necessidade ou de modo incorrecto²⁰.

95. Em suma, o elemento constituído pela possível existência de uma receita médica,

18 — Risco que, em contrapartida, foi excluído pelo Tribunal, no caso de exploração de farmácias hospitalares por não farmacêuticos, exactamente porque não era possível considerar uma utilização incorrecta ou abusiva dos medicamentos pelos hospitais, que são os prestadores dos cuidados (v. acórdão Apothekerkammer des Saarlandes e o., já referido na nota 5, n.º 48).

19 — V. acórdão Comissão/Itália, já referido na nota 4 (n.º 88).

20 — V. acórdãos Apothekerkammer des Saarlandes e o., já referido na nota 5 (n.º 60), e Comissão/Itália, já referido na nota 4 (n.º 90).

expressamente mencionado pelo Tribunal, não foi considerado, de facto, capaz de excluir a peculiaridade dos medicamentos, na vertente dos riscos para a saúde resultantes de um consumo desnecessário ou errado.

96. E na verdade, também no caso das análises de biologia médica objecto de receita o biólogo desempenha um papel de extrema importância, e isto não porque se pretenda desvalorizar o papel e o profissionalismo do médico que as receitou, como sustentado pela Comissão na audiência, quase o submetendo a uma espécie de controlo subsequente, mas simplesmente para garantir a correcta interpretação, em termos de análise de biologia médica, e execução do pedido (sobretudo em caso de análises de carácter particularmente complexo).

97. Certo é que, como explicitamente admitido em audiência pela República Francesa, antes das alterações expressamente introduzidas na matéria, pelo Despacho Ministerial n.º 2010-49²¹, o analista só poderia realizar os exames segundo as indicações contidas na receita, não sendo possível afastar-se dos pedidos do médico.

21 — Veja-se com efeito, sobre este ponto, o novo texto do artigo L. 6211-8 do Código de Saúde Pública, que menciona explicitamente a possibilidade de o biólogo realizar exames diferentes dos prescritos, ou de não realizar a totalidade dos exames indicados pelo médico, mas sempre após aprovação vinculativa da alteração por parte deste, excepto nos casos de urgência.

98. Contudo, como expressamente afirmado pela demandada também na audiência, por um lado não se pode excluir que um paciente se possa dirigir a um laboratório sem receita médica para aí efectuar — eventualmente por sua própria conta — algumas análises de biologia médica²².

99. Além disso, por outro lado, não parece ser de excluir a possibilidade de, no âmbito de um diálogo, na prática corrente bastante comum, entre o médico que passou a receita e o biólogo — que a Comissão, na sua resposta na audiência, no essencial não contestou—, este último efectuar alguns exames de carácter não substitutivo, mas simplesmente complementar relativamente à previsão inicial.

100. Por fim, e ainda sem de modo algum querer minimizar o papel do médico responsável pelo tratamento, o risco para a saúde pública, como correctamente realça a demandada, não reside tanto nas conclusões que o paciente pode tirar dos resultados errados de uma análise de biologia médica, mas antes nas consequências que estes últimos, exactamente porque não correctamente validados, poderão determinar relativamente às escolhas terapêuticas que o médico, com base nos mesmos, poderá eventualmente efectuar.

22 — V. a referência específica contida na tréplica da demandada, no n.º 28, às campanhas para rastreio da hepatite C. O princípio encontra-se, expressamente consagrado no artigo L. 6211-10 do Código da Saúde Pública, conforme alterado pelo Despacho Ministerial n.º 2010-49.

101. É portanto inegável que, independentemente do papel do médico responsável pelo tratamento, o biólogo desempenha um papel certamente de primeiro plano, no que respeita ao nível de profissionalismo exigido, em todas as diversas fases que precedem, acompanham e sucedem a actividade de análise de biologia médica.

102. Em conclusão, sob este aspecto, especificamente ligado aos riscos para a saúde resultantes do exercício de uma determinada actividade profissional por pessoas desprovidas de uma qualificação específica, tem de se concluir pela absoluta similitude entre a actividade do farmacêutico e a do analista de biologia médica, que é, pelo contrário, completamente diferente da do oculista.

103. Neste último caso, com efeito, ainda que se possam imaginar possíveis consequências negativas de uma prestação errada, mesmo em termos físicos para o utente, é evidente que nos encontramos num nível de gravidade completamente diferente, que torna as situações dificilmente equiparáveis, ao contrário do que sustenta a Comissão.

104. Esta sustentou ainda, pela primeira vez na réplica, que o sector dos laboratórios de análises se distinguia do sector farmacêutico pela necessidade de consideráveis investimentos financeiros; a rápida evolução das

tecnologias e a necessidade de as aplicar a um número de doenças crescente exigiria somas de capital particularmente elevadas.

105. Em contrapartida, esta situação ocorreria nas farmácias, onde não há necessidade de qualquer instalação de tipo técnico, pois os medicamentos, na sua quase totalidade, são preparados noutros locais.

106. A demandante²³ realça portanto que a não abertura ou a limitação do acesso ao capital dos investidores desprovidos da qualificação de biólogo constitui um travão ao desenvolvimento dos laboratórios de biologia médica por biólogos desprovidos dos recursos económicos necessários.

107. Não existia, além disso, prova de que essa limitação é um factor de qualidade, enquanto, pelo contrário, os resultados das inspecções mostram que os erros mais graves se verificam nos laboratórios unipessoais em que todo o capital está na posse do biólogo que aí exerce a actividade.

23 — Referindo-se ao conteúdo do relatório sobre o projecto de reforma da biologia médica apresentado por M. Balle-reau e entregue a R. Bachelot Narquin, Ministra da Saúde, em 23 de Setembro de 2008, bem como ao Relatório n.º 2006 045 sobre «*Biologia médica liberal em França: balanço e perspectivas*», apresentado pelas Dr.^{as} Françoise Lalande, Isabelle Yeni e Christine Lacombe, membros da Inspeção-Geral dos Assuntos Sociais (IGAS), de Abril de 2006 (v. réplica, notas 3 e 5).

108. Em suma, as restrições respeitantes ao capital social, concebidas como uma forma de protecção, teriam ao invés determinado uma diminuição da qualidade dos serviços.

baseadas em qualquer elemento realmente concreto, de que a demandante não apresentou prova²⁵.

109. Designadamente, não foi possível realizar os reagrupamentos necessários para se alcançar uma dimensão capaz de assegurar a referida qualidade ou, de todo o modo, para realizar economias de escala, com a consequente diminuição dos custos das análises e, portanto, do encargo para o sistema de segurança social.

112. Acerca, também, do encargo para o sistema de segurança social, é evidente que este depende da medida em que, independentemente do custo de cada exame para o laboratório, o Estado decide remunerar cada prestação de análise médica; não ficou demonstrada qualquer relação entre o valor da dita remuneração e a estrutura de propriedade dos laboratórios, de modo que, mais uma vez, as afirmações da demandante não estão demonstradas.

110. Na realidade, como correctamente realçou a República Francesa na tréplica, estas afirmações não são de facto corroboradas pela documentação indicada pela Comissão; pelo contrário, o Relatório sobre o projecto de reforma do sector de Setembro de 2008 (como invocado pela própria Comissão na réplica), relativamente à qualidade média dos laboratórios de biologia médica em França, afirma que a mesma é satisfatória, ou seja, «*de boa a excelente*»²⁴.

113. Pelo contrário, a procura de uma sempre mais elevada rentabilidade do capital investido levaria, provavelmente, as pessoas que participam nas sociedades de análises por razões de mero investimento financeiro a procurarem aumentar o número dos exames a realizar, ou pelo menos o daqueles que permitem garantir uma maior remuneração²⁶,

111. Também as afirmações relativas aos efeitos positivos resultantes de uma total abertura aos capitais externos, ou aos possíveis reagrupamentos e às eventuais economias de escala, se fundam em meras suposições, não

25 — Pelo contrário, como refere a demandada, o progressivo aumento total das despesas de análises de biologia médica poder-se-ia explicar, num contexto global de aumento da despesa de saúde, com o envelhecimento da população e a melhoria da prevenção, que implica um maior número de exames.

26 — V., quanto a este aspecto, o documento da demandada anexo à tréplica, do qual resulta que um dos objectivos a atingir pelos delegados de propaganda médica contratados pelos grandes grupos que exploram os laboratórios de análises é exactamente o aumento do número de prestações prescritas, relativamente ao período anterior ao contacto.

24 — O sublinhado é meu.

provocando assim o efeito, oposto ao defendido pela Comissão, de um aumento dos custos para o Estado.

farmacêutico de serem proprietários de farmácias e explorá-las²⁷.

114. Em conclusão, uma vez admitida a similitude, sob a vertente dos riscos para a saúde pública, entre o sector farmacêutico e o das análises de biologia médica e excluindo que a questão da presumível necessidade de maiores investimentos para os laboratórios diferencie realmente este último, nada mais resta senão analisar a justificação para a descrita restrição à liberdade de estabelecimento, à luz dos princípios relevantes enunciados pelo Tribunal nos casos anteriormente examinados.

ii) A consequente aplicação dos princípios pertinentes

115. No primeiro dos dois processos paralelos decididos por acórdão de 19 de Maio de 2009, respeitantes a restrições relativas ao desempenho da actividade de farmacêutico, o Tribunal, respondendo à questão colocada através de um reenvio prejudicial, afirmou que os artigos 43.º CE e 48.º CE não se opõem a uma legislação nacional, como a em causa no processo principal, que impeça as pessoas que não têm a qualidade de

116. No segundo, com base nos mesmos argumentos, o Tribunal julgou improcedente a acção que a Comissão intentou ao abrigo do artigo 226.º CE contra a República Italiana, fundada numa suposta violação das mesmas disposições do Tratado, resultante de ter mantido em vigor uma legislação segundo a qual o direito de explorar uma farmácia de oficina privada estava reservado às pessoas singulares diplomadas em farmácia ou às sociedades compostas exclusivamente por sócios farmacêuticos²⁸.

117. A interpretação feita em tal sede pelo Tribunal de Justiça parte mesmo do pressuposto da absoluta especificidade dos medicamentos, uma vez que os seus efeitos terapêuticos os distinguem substancialmente das outras mercadorias²⁹; podem, no entanto, ser extremamente nocivos para a saúde, se consumidos sem necessidade ou incorrectamente, sem que o paciente disso possa ter consciência no momento da sua administração³⁰.

118. Além disso, o consumo excessivo ou a incorrecta utilização de medicamentos

27 — V. acórdão Apothekerkammer des Saarlandes e o., já referido na nota 5 (n.º 63).

28 — V. acórdão Comissão/Itália, já referido na nota 4 (n.º 109).

29 — V., neste sentido, acórdão de 21 de Março de 1991, Delattre (C-369/88, Colect., p. I-1487, n.º 54).

30 — V. acórdãos Comissão/Itália, já referido na nota 4 (n.ºs 55 e 56), e Apothekerkammer des Saarlandes e o., já referido na nota 5 (n.ºs 31 e 32).

origina um desperdício de recursos financeiros, que é tanto mais grave quanto é certo que o sector farmacêutico gera custos consideráveis e deve responder a necessidades crescentes e que os recursos financeiros que podem ser consagrados aos cuidados de saúde não são, independentemente do modo de financiamento utilizado, ilimitados³¹.

119. Portanto, tendo em conta a faculdade reconhecida aos Estados-Membros de decidir do nível de protecção da saúde pública, estes podem exigir que os medicamentos sejam distribuídos por farmacêuticos que gozem de uma verdadeira independência profissional; podem também tomar medidas capazes de eliminar ou reduzir o risco de essa independência ser prejudicada.

120. Em particular, mesmo não sendo possível negar que o farmacêutico de profissão prossegue, como outras pessoas, o objectivo da angariação de lucros, o Tribunal de Justiça considerou que explora a farmácia não com um objectivo puramente económico, mas também numa óptica profissional. O seu interesse privado, relacionado com a realização de lucros, encontra-se, assim, temperado pela

sua formação, pela sua experiência profissional e pela responsabilidade que lhe incumbe, pois uma eventual violação das normas legais ou deontológicas fragilizaria não apenas o valor do seu investimento mas ainda a sua própria existência profissional.

121. Diversamente dos farmacêuticos, os não farmacêuticos não têm, por definição, uma formação, uma experiência e uma responsabilidade equivalentes às dos farmacêuticos. Não oferecem, portanto, as mesmas garantias que estes.

122. Portanto, no âmbito da sua margem de apreciação, um Estado-Membro pode considerar que, diversamente de uma farmácia explorada por um farmacêutico, a exploração de uma farmácia por um não farmacêutico pode representar um risco para a saúde pública, em particular para a segurança e a qualidade da distribuição a retalho dos medicamentos, pois a angariação de lucros no quadro de tal exploração não inclui elementos moderadores³².

123. Todas estas considerações, como já se esclareceu anteriormente, são aplicáveis, com as necessárias adaptações, também ao sector

31 — V. acórdãos Comissão/Itália, já referido na nota 4 (n.º 57), e Apothekerkammer des Saarlandes e o., já referido na nota 5 (n.º 33). Vejam-se também, por analogia, relativamente aos cuidados hospitalares, acórdãos Müller-Fauré e van Riet, já referido na nota 16 (n.º 80), e Watts, já referido na nota 7 (n.º 109).

32 — V. acórdão Comissão/Itália, já referido na nota 4 (n.º 63).

das análises de biologia médica e, portanto, isso justifica a identidade de solução jurídica.

— As razões para uma solução positiva; em particular, a independência decisória do biólogo

124. Dada efectivamente a identidade dos riscos para a saúde pública e, portanto, do interesse tutelado, pode-se admitir, em princípio, que cada Estado-Membro introduza, também no que diz respeito à exploração de laboratórios de análises de biologia médica, análogas restrições ligadas à qualificação subjectiva da pessoa que exerce a referida actividade, como aconteceu em França.

127. A Comissão, como já se mencionou, considera inadequada a tipologia de restrições introduzida pela República Francesa. Em particular, a demandante retoma os argumentos formulados nas conclusões relativas ao citado processo que correu os seus termos no Tribunal de Justiça, relativo à legislação grega referente ao exercício da actividade de oculista³⁴.

125. Obviamente, é necessário avaliar se a tipologia específica de restrições adoptada, quanto à propriedade das partes sociais, limitada em função da qualificação subjectiva da pessoa em questão, se pode considerar adequada e proporcional relativamente ao objectivo de protecção da saúde pública.

128. No caso em questão teria sido suficiente a simples imposição, no âmbito da relação entre o laboratório e clientela externa, da presença de uma pessoa dotada da necessária competência técnica, graças a uma formação profissional adequada, sendo tal aspecto, pelo contrário, irrelevante relativamente à organização de propriedade da sociedade que explora o laboratório de análises de biologia médica.

126. Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que uma legislação nacional só é apta a garantir a realização do objectivo invocado se, efectivamente, responder à intenção de o alcançar de maneira coerente e sistemática³³.

129. Na realidade, como correctamente refere a demandada, já nas conclusões apresentadas em 16 de Dezembro de 2008, o advogado-geral Y. Bot, perante a mesma argumentação da Comissão, afirma que o argumento segundo o qual seria necessário fazer a distinção

33 — V. acórdãos de 6 de Março de 2007, Placanica e o. (C-338/04, C-359/04 e C-360/04, Colect., p. I-1891, n.º 53 e 58); de 17 de Julho de 2008, Corporación Dermoeestética (C-500/06, Colect., p. I-5785, n.º 39 e 40); e Hartlauer, já referido na nota 7 (n.º 55).

34 — V. n.º 45 a 50 das presentes conclusões.

entre os aspectos internos e os externos não é totalmente convincente.

prestar a devida atenção aos instrumentos necessários.

130. De facto, segundo as referidas conclusões, «uma pessoa, simultaneamente proprietária e empregadora, que seja titular de uma farmácia, influencia inevitavelmente [...] a política desta em matéria de dispensa de medicamentos. Consequentemente, a opção do legislador italiano, de associar a competência profissional e a propriedade económica da farmácia, justifica-se à luz do objectivo de protecção da saúde pública»³⁵.

133. Também não há dúvidas de que, como sustenta a Comissão na réplica (n.º 48), um biólogo que se encontrasse empregado num laboratório de análises gerido, a nível decisório, por proprietários não biólogos estaria sempre obrigado a observar as regras deontológicas da profissão.

131. Na realidade, se um biólogo, empregado num laboratório de análises, for obrigado a aplicar as instruções de um empregador desprovido de tal qualificação profissional, existe sem dúvida o risco de este último privilegiar o interesse económico da sociedade em detrimento das exigências do paciente e, portanto, da saúde pública.

134. Trata-se, no entanto, de uma observação meramente formal, porque de certo, no plano substancial, a interacção entre a existência de uma relação de trabalho subordinado, que comporta sempre obrigações em relação ao empregador, e os deveres deontológicos determina, de facto, uma atenuação da garantia de respeito, no desempenho da actividade relativamente ao utente, do objectivo primário prosseguido: a saúde deste.

132. Não se poderia, portanto, excluir que o proprietário não biólogo fosse tentado a renunciar aos exames menos rentáveis do ponto de vista económico, ou mais complicados de efectuar, ou que, sempre por razões puramente económicas, fosse levado a não

135. Além disso, o valor acrescentado extremamente importante constituído pelo facto de o poder decisório ser conferido a uma ou mais pessoas que, devido à formação específica recebida e por estarem sujeitas, também, a regras deontológicas profissionais bem precisas, oferecem uma maior garantia relativamente ao bem primário tutelado também não foi tomado em consideração pelo Tribunal no

35 — V. conclusões apresentadas em 16 de Dezembro de 2008 no processo C-531/06, Comissão/Itália, já referido na nota 4 (n.º 87), mas também, nos mesmos termos, as apresentadas na mesma data no processo Apothekerkammer des Saarlandes e o., já referido na nota 5 (n.º 49).

caso da actividade de oculista, várias vezes invocado pela demandante.

Tratado UE, especialmente no que respeita à liberdade de estabelecimento.

136. Esta circunstância, como já se sublinhou, constitui um elemento extremamente importante para excluir, relativamente a essa decisão, o valor de precedente determinante para efeitos da resolução da questão apresentada ao Tribunal.

139. Sobre este ponto, a Comissão sustenta em primeiro lugar que o facto de o legislador francês não ter imposto a presença constante de um biólogo nas instalações durante o horário de funcionamento do laboratório, contrariamente ao que se passa relativamente às farmácias, constitui um claro elemento de incoerência da legislação em vigor nesse sector.

3. A incoerência da legislação existente e a protecção do mesmo interesse geral através de medidas menos restritivas

a) Argumentos das partes

137. Falta, nesta altura, verificar se, tendo em conta a organização geral do sistema, tanto relativamente à legislação vigente como à sua aplicação prática, a solução escolhida pela República Francesa apresenta ou não elementos de incoerência substancial.

138. Do mesmo modo, deve ser objecto de apreciação a eventual existência da possibilidade de proteger o mesmo interesse através de uma ou mais medidas menos restritivas das liberdades fundamentais previstas no

140. Esta afirmação é contestada pela demandada, que afirma, pelo contrário, que essa presença fora prevista – se não formalmente, pelo menos de facto – em algumas disposições expressas do Código da Saúde Pública³⁶; de resto, também não existia uma obrigação de presença efectiva para os farmacêuticos, como esclarecido pelo Tribunal numa das decisões já citadas relativas ao referido sector.

141. Sob outro aspecto, na opinião da demandante, o mesmo objectivo de preservação da independência decisória dos directores dos laboratórios de análises médicas já era prosseguido através de outras disposições da legislação francesa, até mais adequadas ao fim em vista.

³⁶ — Trata-se dos artigos L. 6211-1 e L. 6221-9 (n.º 41 da contestação da República Francesa).

142. A demandante refere-se aos mecanismos de incompatibilidade subjectiva, ao enquadramento técnico e qualitativo e aos consequentes mecanismos de controlo postos em prática pelos médicos e farmacêuticos inspetores da saúde pública.

princípios afirmados e a sua aplicação prática; como observado na audiência, a República Francesa não assegurou o respeito por um princípio que ela mesma afirma ser fundamental para tutelar a independência dos biólogos.

143. Além disso, pela primeira vez na réplica (n.º 36), a Comissão sustenta que um número significativo de grandes laboratórios, ou redes de laboratórios, se teriam estruturado em França de modo a terem acesso a capitais «externos» — de não biólogos — em medida superior a 25 %.

147. De um outro ponto de vista, um mecanismo de separação do tipo acima indicado seria capaz de cumprir, sob a perspectiva da prova de proporcionalidade, as exigências decorrentes do direito da União, em particular as impostas pela necessidade de garantir o direito de estabelecimento.

144. Isto aconteceria graças à utilização de um mecanismo de separação entre os direitos de voto e os direitos financeiros, destinado a garantir que o voto dos biólogos fosse de qualquer modo maioritário no seio do conselho de administração e nas restantes situações em que fossem tomadas decisões respeitantes ao funcionamento e organização dos laboratórios.

148. A Comissão sublinha, a este respeito, que esta via de reflexão figura no referido projecto de reforma da biologia médica, que põe a hipótese, precisamente, da adopção de um mecanismo de deliberação do tipo agora indicado.

145. Segundo a demandante, uma vez informadas a Ordem dos Farmacêuticos e as autoridades francesas, estas estruturas eram validadas e autorizadas a exercer a actividade de análises médicas, visto serem consideradas compatíveis com a legislação francesa.

149. Em suma, um sistema deste género constituiria — se existente — um elemento de evidente negação e incoerência relativamente às afirmações do Estado-Membro demandado; se ainda não foi posto em vigor, seria de qualquer modo uma medida possível e desejável — sem dúvida menos restritiva — capaz de tornar inadequadas as relativas ao acesso ao capital.

146. A Comissão sublinha portanto que, sob este aspecto, existia em primeiro lugar, mais uma vez, uma incoerência evidente entre os

150. Este aspecto particular não foi contestado na réplica da República Francesa, que se manteve completamente em silêncio a este respeito; só na audiência de 25 de Março de 2010, quando respondeu à questão que lhe foi especificamente colocada por ofício de 10 de Fevereiro de 2010, nos termos do artigo 54.º-A do Regulamento de Processo do Tribunal, forneceu alguns esclarecimentos a esse respeito.

151. Segundo a demandada, como pelo menos 75 % do capital de uma sociedade constituída para explorar em comum a actividade de laboratórios de análises de biologia médica deve estar na posse de biólogos, estes poderiam ser tanto pessoas singulares como pessoas colectivas.

152. Quanto ao capital destas últimas, em geral constituídas sob a forma de sociedade civil de profissionais liberais, aplicar-se-ia o mesmo limite de 75 % tanto no que respeita aos biólogos pessoas singulares como, para o que é aqui de maior interesse, às pessoas colectivas equiparadas a esses profissionais.

153. No caso de estas pessoas colectivas serem provenientes de outros Estados-Membros da União – onde não existam limitações relativamente à participação em sociedades constituídas para explorar em comum a actividade de exploração de laboratórios de análises de biologia médica – poderia também verificar-se que o respectivo capital está na

posse, em medida bem superior aos 25 % – ou até na sua totalidade – de pessoas desprovidas da qualificação de biólogo.

154. A República Francesa referiu em particular a Irlanda e a Espanha, onde, na sua opinião, o capital das pessoas colectivas titulares da qualificação de biólogo, constituídas com o escopo há pouco indicado, por não existirem limites legais, pode, em medida superior a 25 %, estar na posse de não biólogos, por exemplo alguns fundos de investimento.

155. Esta situação teria ocorrido, em suma, em pelo menos dois casos citados pela Comissão na sua réplica, em especial nos laboratórios explorados pelas sociedades Biomnis (mais de 50 % do capital social na posse de um biólogo pessoa colectiva irlandesa, participada na totalidade, ou no mínimo em 80 %, por um fundo de investimento) e Unilabs (sociedade suíça participada por não biólogos, que explora algumas sociedades proprietárias de laboratórios em Espanha que, por sua vez, exploram laboratórios em França).

156. A verdade é que, segundo a República Francesa, deste modo poderia verificar-se um risco de contorno da lei, mas era uma consequência inevitável da obrigação de respeito pelos compromissos assumidos para com a União, já que se trata de sociedades provenientes de outros Estados-Membros.

157. Encontrar-nos-íamos perante uma espécie de discriminação «a contrario», fenómeno que surgiu em época bastante recente, que a Comissão não poderia certamente imputar à demandada, visto que esta se limitou a reconhecer a uma sociedade que explora um laboratório na Irlanda ou em Espanha o direito de exercer a mesma actividade em França.

158. Nos outros dois casos que a Comissão referiu na réplica, ou seja, os dos laboratórios Cerba e Labco, foi pelo contrário plenamente respeitado o limite de 25 % para não biólogos, como aliás o demonstra, relativamente ao último dos casos indicados, o próprio artigo de jornal junto pela Comissão.

159. Em relação à possível medida alternativa de separação entre a participação financeira e os direitos de voto, a demandada destacou na audiência que foi completamente fora de tempo que a Comissão, na réplica, apresentou o argumento, deixando ao Tribunal a tarefa de verificar se não se tratava de um novo pedido, ou de um novo fundamento, a considerar extemporâneo.

160. A este respeito a República Francesa, ainda em resposta à pergunta anteriormente colocada por escrito, sustentou que a referida medida – tendo em conta a margem de manobra que lhe deveria ser sempre reconhecida

em matéria de saúde pública – não era de qualquer modo suficiente relativamente ao objectivo fixado.

161. Não se deveria, de facto, subestimar a pressão que os terceiros possuidores da maioria do capital poderiam exercer sobre os biólogos que desenvolvem a sua actividade nos laboratórios, cuja independência ficaria em risco, não obstante lhes ser atribuída a maioria dos direitos de voto.

162. Por fim, este mecanismo de separação existia efectivamente em França apenas e exclusivamente para certos tipos de sociedade – de resto não para as sociedades por quotas – e apenas respeitava às relações entre biólogos que exercem a sua actividade nos laboratórios e biólogos «externos» aos mesmos; situação essa, portanto, completamente distinta, e de todo não pertinente relativamente à regra do limite de 25 %, que, inversamente, apenas diz respeito aos não biólogos.

163. Na audiência, a Comissão negou que aquilo que afirmara na réplica, relativamente aos mecanismos de separação entre direitos financeiros e direitos de voto, constituísse uma crítica ou um fundamento novos, afirmando que antes se tratava da constatação da existência de uma realidade sobre a qual a

demandada tinha mantido o silêncio durante toda a fase pré-contenciosa e também no decurso da fase escrita perante o Tribunal.

164. A este respeito, sublinhou o facto de que o princípio do respeito do limite de 25 % do capital, considerado pela demandada como o elemento fundamental para garantir a liberdade decisória dos biólogos e, portanto, a saúde pública, não era, de facto, respeitado nas situações a que se referira.

165. Em seguida, relativamente às outras medidas menos restritivas indicadas pela Comissão (ou seja, a incompatibilidade subjectiva e o enquadramento técnico e qualitativo, para além dos consequentes mecanismos de controlo postos em prática pelos médicos e farmacêuticos inspectores da saúde pública), a demandada acabou por alegar que, tendo em conta o nível de protecção da saúde pública pretendido, nunca seriam suficientes atenta a finalidade de assegurar a independência decisória do biólogo.

b) Apreciação

166. A Comissão, em defesa das suas afirmações relativas à incoerência da organização global do sistema francês, sublinha que a legislação em vigor em França não prevê formalmente – nem mesmo nos artigos

L. 6211-1 e L. 6221-9 referidos pela demandada – a obrigação da presença constante do biólogo no laboratório durante o horário de funcionamento do mesmo, permitindo que a actividade seja desenvolvida apenas pelo pessoal técnico.

167. Tendo em consideração que o texto actual das referidas disposições é diferente daquele que esteve na base das argumentações das partes, é necessário esclarecer que, segundo a formulação de então, as referidas normas estabeleciam alguns princípios sem dúvida coerentes com o objectivo prosseguido de protecção da saúde pública.

168. Em particular, o artigo L. 6211-1 estabelece (ou melhor, estabelecia então) o princípio segundo o qual as análises só podem ser efectuadas em laboratórios de análises de biologia médica, sob a responsabilidade dos seus directores e directores-adjuntos; quanto ao artigo L. 6221-9, o mesmo prevê (ou melhor, previa) que estes devem exercer as suas funções pessoal e efectivamente.

169. Ora, se é verdade que a lei não prevê uma obrigação de presença constante do director-biólogo no laboratório, é extremamente claro que a legislação nacional impõe que o mesmo deve – de facto – assegurar um controlo

efectivo de toda a actividade de laboratório, pela qual assume a directa responsabilidade, sem de modo algum se poder libertar dos referidos deveres profissionais através de eventuais mecanismos de delegação.

170. Posto isto, não se afigura que estas disposições estejam em conflito – quer dizer, não sejam coerentes – com o objectivo de máxima protecção da saúde pública que o Estado-Membro demandado se fixou.

171. Para além disso, mostra-se errado, como justamente sustenta a demandada, o pressuposto do raciocínio comparativo de que parte a primeira, com a finalidade de negar a coerência da regulamentação do sector: a existência de uma obrigação absoluta de efectiva presença do farmacêutico nos locais onde se exerce a respectiva actividade.

172. E de facto, o artigo L. 5125-21 do Código da Saúde Pública limita-se a prever que uma farmácia não pode estar aberta sem que o seu titular se tenha feito substituir, enquanto, segundo o artigo R 4235-13, o exercício pessoal a que está obrigado o farmacêutico

consiste em ser ele próprio a executar os actos da profissão, ou, em geral, supervisionar atentamente a sua execução³⁷.

173. Trata-se de deveres em tudo semelhantes aos previstos para os directores dos laboratórios de análises de biologia médica, pelo que se conclui que a incoerência a que a Comissão se refere não existe, sendo que as observações que apresentou sobre esta questão não colhem.

174. Em seguida, quanto à possibilidade de aplicar possíveis medidas menos restritivas, é oportuno referir que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, compete aos Estados-Membros, dentro dos limites impostos pelo Tratado, decidir o nível a que pretendem assegurar a protecção da saúde pública e o modo como esse nível deve ser alcançado³⁸.

175. Posto isto, visto que esse nível pode variar de um Estado-Membro para outro, em sede de apreciação do respeito do princípio da proporcionalidade deve-se reconhecer aos Estados-Membros uma margem de

37 — V. acórdão Apothekerkammer des Saarlandes e o., já referido na nota 5 (n.º 60), citado pela República Francesa, no qual o Tribunal de Justiça considerou coerente a legislação alemã em causa, na qual se previa a possibilidade de um farmacêutico explorar até três sucursais de uma mesma farmácia, sob a sua responsabilidade e determinando-lhe assim a política comercial.

38 — V. acórdãos de 11 de Dezembro de 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, Colect., p. I-14887, n.º 103); de 13 de Julho de 2004, Comissão/França (C-262/02, Colect., p. I-6569, n.º 24); de 5 de Junho de 2007, Rosengren e o. (C-170/04, Colect., p. I-4071, n.º 39); de 8 de Novembro de 2007, Ludwigs-Apotheke (C-143/06, Colect., p. I-9623, n.º 27); e de 11 de Setembro de 2008, Comissão/Alemanha (C-141/07, Colect., p. I-6935, n.º 46).

apreciação³⁹ e, por consequência, o facto de um Estado-Membro impor regras menos estritas do que as impostas por outro não significa que estas sejam desproporcionadas⁴⁰.

que um interesse diferente – do qual não se exige a prova visto estar objectivamente associado às próprias características pessoais do potencial participante no capital social – possa orientar de forma anómala a actividade da sociedade.

176. Ora, a demandante, em apoio das suas afirmações quanto à suposta existência de medidas sectoriais já adequadas ao objectivo declaradamente prosseguido pelo Estado-Membro demandado, faz, antes de mais, referência ao artigo 12.º do Decreto n.º 92-545 que consagra a proibição de determinadas categorias específicas de pessoas singulares ou colectivas possuírem participações no capital das sociedades em questão.

179. Em contrapartida, não são suficientes quando o que está em causa é assegurar uma gestão da sociedade pelos participantes no capital que sejam biólogos realmente independente, e isto sempre e em qualquer caso, mesmo que não exista um conflito de interesses já formalmente assim considerado pela lei existente.

177. Trata-se de uma proibição decorrente do facto de essas pessoas, por razões variadas, serem portadoras de interesses que, de algum modo, podem influenciar negativamente o livre exercício da actividade de laboratório⁴¹.

180. Por conseguinte, tendo em conta o grau de protecção particularmente elevado que, no âmbito das suas competências específicas, a República Francesa pretende assegurar para a saúde pública, deve-se considerar que o sistema das incompatibilidades formais previsto no artigo 12.º do Decreto n.º 92-545 não é suficiente para se atingir esse objectivo.

178. Assim, estas proibições podem considerar-se idóneas relativamente a situações em que o que está em causa é evitar apenas

181. Quanto aos aspectos do enquadramento técnico e qualitativo e dos consequentes mecanismos de controlo postos em prática pelos médicos e farmacêuticos inspectores da saúde pública, a demandante pretende referir-se aos artigos L. 6213-1 a L. 6213-5 do Código da Saúde Pública francês (na redacção efectivamente em vigor à data da apresentação dos

39 — V., neste sentido, acórdão de 2 de Dezembro de 2004, Comissão/Países Baixos (C-41/02, Colect., p. I-11375, n.ºs 46 e 51), e Comissão/Alemanha, já referido na nota anterior (n.º 46).

40 — V. acórdãos de 13 de Julho de 2004, Comissão/França, C-262/02, já referido na nota 38 (n.º 37); de 15 de Julho de 2004, Schreiber (C-443/02, Colect., p. I-7275, n.º 48); e Comissão/Alemanha, já referido na nota 38 (n.º 51).

41 — A título de exemplo, vale a pena notar que é proibida a participação no capital social: a) das pessoas que exercem uma profissão de saúde diferente; b) dos fornecedores, distribuidores, fabricantes de materiais ou de reagentes necessários para as análises médicas.

articulados, posteriormente modificado na sequência do Despacho Ministerial n.º 2010-49 relativa à biologia médica)⁴².

prioritário: a protecção do bem da saúde pública através da garantia da independência decisória do profissional que exerce a actividade de laboratório.

182. Também neste caso, não há dúvidas de que se trata de mecanismos destinados a assegurar que a actividade de análises de biologia médica é exercida por sujeitos possuidores de uma adequada formação e capacidade técnica e de uma experiência qualitativamente apropriada.

185. Em conclusão, as medidas menos restritivas a que a Comissão se referiu desde o início não se afiguram capazes de tornar superflua a intervenção francesa descrita, em termos de limitação à participação social, quando se tenha em conta o objectivo específico prosseguido.

183. De resto, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a exigência de protecção da saúde pública imposta pelo artigo 46.º CE permite manter a qualidade dos serviços médicos não apenas garantindo a qualificação dos dirigentes e do pessoal dos laboratórios de análises de biologia médica, mas também controlando, através de inspecções periódicas, se o desenrolar das análises está permanentemente em conformidade com as regras determinadas pelo legislador francês, pelas autoridades francesas, em especial com a autorização exigida⁴³.

186. Falta, nesta altura, examinar apenas o aspecto seguinte, suscitado pela demandante pela primeira vez na réplica, relativo à existência de situações em que o referido limite de 25% do capital para os não biólogos seria eludido em França, pelo menos em determinadas situações, também através de mecanismos de separação entre a medida da participação financeira e os direitos de voto.

184. Trata-se, contudo, mais uma vez, de sistemas que, sozinhos, não são capazes de assegurar a consecução do resultado considerado

187. A República Francesa nunca alegou formalmente, nem na tréplica nem na audiência, a eventual inadmissibilidade da questão; limitou-se a deixar ao Tribunal a tarefa de a classificar juridicamente e de, em seguida, apreciar a possibilidade de a examinar.

42 — Notificada à Comissão por ofício de 9 de Março de 2010, como foi já precisado anteriormente.

43 — V. acórdão de 11 de Março de 2004, Comissão/França, já referido na nota 16 (n.º 67). No caso em questão, porém, o Tribunal considerou que a condição imposta aos laboratórios de análises de biologia médica, para poderem obter a necessária autorização administrativa para exercerem a respectiva actividade em território francês, de possuir aí uma sede de actividade, excedia o necessário para atingir o objectivo de protecção da saúde pública.

188. Observo que é evidente que, neste caso, não se trata de uma alteração dos pedidos inicialmente formulados, cujos termos não

sofrem qualquer alteração relativamente aos pedidos originários da demandante.

sobre este aspecto, antes da audiência, e apenas nesta sede teve lugar uma efectiva discussão sobre os mencionados argumentos suscitados pela Comissão na sua réplica.

189. Considero que também não se pode falar de um novo fundamento, pois a questão da proporcionalidade da medida adoptada pela República Francesa foi suscitada logo no início pela Comissão, ainda que sem se referir especificamente ao aspecto aqui em questão.

193. Em seguida, quanto ao mérito das afirmações da Comissão, considero que, à luz dos esclarecimentos prestados na audiência pela República Francesa, a legislação aí em vigor, como se revela ser aplicada às hipóteses a que faz referência a demandante – que não contestou as alegações em contrário – não revela qualquer incoerência.

190. Trata-se antes de um novo argumento, fundado, como sustentou a Comissão, numa simples constatação, que se coloca no mesmo âmbito da discussão que teve lugar na fase escrita em torno do tema geral da proporcionalidade e da coerência da legislação francesa, que não modifica o objecto do litígio.

191. Parece-me, ainda, extremamente importante sublinhar que esta conclusão é reforçada pelo facto de, no presente caso, não ter existido qualquer violação do princípio do contraditório, pois teria sido perfeitamente possível à demandada, na réplica, exercer plenamente o seu direito de defesa quanto a este aspecto.

194. Não há dúvidas de que, uma vez aceite que a actividade de biólogo pode ser exercida também sob forma societária, sem limitações quanto à respectiva forma (de pessoas, de capital, etc.), se torna efectivamente possível que o capital destas, quando constituídas em países membros onde não existam limites do tipo imposto em França, pertença, mesmo eventualmente na sua totalidade, a não biólogos, meros investidores financeiros.

192. Ora, a demandada manteve-se em completo silêncio sobre o assunto, de tal modo que foi necessário colocar à República Francesa, por escrito, uma pergunta específica

195. Foi, de facto, o que se passou em pelo menos dois dos casos citados pela Comissão como exemplo de incoerência (nos outros, ao invés, a situação factual é diferente e não se

afigura problemática na perspectiva objecto do presente processo), precisamente os casos *Biomnis* e *Unilabs*.

de resto, a Comissão não suscitou nenhuma objecção após os esclarecimentos que a demandada prestou quanto a este aspecto.

196. Contudo, vendo bem, trata-se de situações nas quais um comportamento diferente do Estado-Membro demandado poderia substanciar uma discriminação e, também, uma violação das liberdades fundamentais previstas no Tratado, especialmente as de estabelecimento e de prestação de serviços.

197. Em tal situação, o comportamento da República Francesa, que, considerando as sociedades em questão possuidoras da necessária qualificação de biólogo, lhes permitiu a actividade de exploração de laboratórios de análises de biologia médica no seu território nacional, independentemente da propriedade do respectivo capital, não pode ser considerado um elemento de incoerência.

198. A demandada esclareceu na audiência que questão diferente é a da referida separação entre participações e direitos de voto, que ocorre em alguns casos limitados e não para as sociedades por quotas, relativamente à questão diversa que é a das relações entre biólogos que trabalham nos laboratórios de análises e biólogos ditos «externos».

199. Neste caso concreto, portanto, a regra do limite de 25%, respeitante aos não biólogos, não era de modo algum posta em causa;

200. Chegados a este ponto, resta apenas examinar a questão relativa à possibilidade invocada pela Comissão, ainda que como hipótese, de aplicar à sociedade de exploração de laboratórios de análises um mecanismo de separação do tipo indicado⁴⁴; deste modo, segundo a demandante, ficaria em geral preservada a liberdade decisória dos biólogos, sendo de certo posta menos em causa a liberdade de estabelecimento.

201. A República Francesa respondeu a esta argumentação na audiência, afirmando que uma solução deste tipo nunca poderia ser considerada adequada, porquanto não se deveria subestimar a pressão financeira exercida pelos donos do capital social, embora a maioria dos votos caiba eventualmente aos biólogos.

202. A demandada, ao responder à questão colocada sobre este ponto, precisou também

44 — Além disso, a própria República Francesa confirmou em audiência que o mecanismo de separação entre participação financeira e direitos sociais não é estranho na legislação nacional, que já o aplicou, ainda que relativamente às relações entre biólogos que exercem a sua actividade na sociedade e biólogos meros investidores.

que esta afirmação não entra em conflito com a hipótese diferente – prevista apenas e exclusivamente para as sociedades em comandita por acções – em que os não biólogos podem possuir até 49% do capital social (v. artigo 11.º, segundo parágrafo, do Decreto n.º 92-545).

um mecanismo de separação do tipo em análise, relativamente ao objectivo geral de tutela da independência dos biólogos que exploram os laboratórios de análises, corresponde à verdade.

203. Neste caso, a diferença explicar-se-ia, de facto, devido às diferentes modalidades de funcionamento deste tipo de sociedade e, sobretudo, à existência de duas categorias diferentes de sócios (comanditados e comanditários, estes últimos possuidores necessariamente da qualificação de biólogo e exercendo a sua actividade nos laboratórios) e de regras de funcionamento muito rigorosas, que teriam aliás determinado a adopção limitada desta forma de organização societária⁴⁵.

206. Pode considerar-se que, quanto a este aspecto, constitui princípio assente de jurisprudência aquele segundo o qual o ónus da prova relativamente à proporcionalidade e à coerência de eventuais restrições às liberdades fundamentais recai sobre o Estado-Membro.

204. São os comanditários, necessariamente titulares da qualificação profissional exigida, os detentores de um poder geral de decisão, a exercer frequentemente por unanimidade.

207. A República Francesa considerou cumprido o referido ónus ao justificar as mencionadas limitações relativamente ao acesso de terceiros não biólogos às sociedades civis de profissionais liberais acima referidas com o objectivo de preservar a independência decisória dos biólogos, participantes no capital em medida necessariamente maioritária.

205. Portanto, visto que este último caso considerado não se apresenta como elemento de incoerência relativamente à organização geral do sector, e se explica à luz da particularidade da referida forma societária, importa antes verificar se, e em que medida, a afirmação da demandada quanto à insuficiência de

208. Considerada legítima tal finalidade, nos termos *supra* indicados, recaía uma vez mais sobre a demandada o ónus de demonstrar que a medida menos restritiva considerada pela Comissão – idónea, segundo a mesma, para garantir de igual modo essa independência decisória – não responderia, efectivamente, ao objectivo fixado de forma adequada.

45 — Os casos em que os laboratórios de análises são explorados sob essa forma não excedem, de acordo com as afirmações não contestadas pela demandada, 4% do total, percentagem aliás ainda em decréscimo.

209. Posto isto, a República Francesa, na audiência, não indicou de maneira detalhada os motivos pelos quais o mecanismo de separação era ineficaz, limitando-se a afirmar que a titularidade de uma maior participação financeira mais elevada por não biólogos lhes daria, de qualquer forma, a possibilidade de exercer pressão sobre os biólogos, que formalmente são titulares do poder decisório.

210. Por outro lado, sobre esta última afirmação não houve também uma tomada de posição precisa por parte da Comissão, a qual na audiência nada observou, em sede de resposta, sobre a questão.

211. Ora, a este propósito, observo, antes de mais, que o facto de ter admitido a possibilidade de uma sociedade que explora um laboratório de análises de biologia médica ser constituída sob a forma sociedade de capitais⁴⁶ e de nela poderem também participar pessoas desprovidas dessa qualificação profissional específica implica que a existência de uma participação financeira de pessoas «externas» à categoria profissional em questão não foi considerada pela República Francesa uma circunstância que, por si só, seria idónea

a impedir uma adequada protecção da independência do biólogo gestor da actividade e, portanto, da saúde pública.

212. Esta presença «externa», de acordo com a formulação da demandada, torna-se um factor impeditivo da consecução do objectivo de interesse geral fixado apenas quando essa participação, superando o limite de 25 %, permite influir nas decisões mais importantes relativas à gestão dos laboratórios de análises.

213. Em suma, seguindo a linha de raciocínio que foi a da República Francesa até à audiência, o capital «externo» não é, por si só e em absoluto, um factor de risco, apenas se tornando um factor desse tipo quando permite influenciar sensivelmente as escolhas de gestão da sociedade.

214. Além disso, que esta é a ideia do legislador do Estado-Membro em questão demonstra-o o facto de, quando a independência decisória do participante biólogo é garantida de outra forma, como no caso das sociedades de análises de biologia médica constituídas sob a forma de comandita por acções, se considerar admissível uma maior participação «externa» no capital, que pode atingir os 49 %.

215. Isto justifica-se precisamente porque, como já se sublinhou, o poder de gestão,

⁴⁶ — Diversamente do que sucedeu em Itália e na Alemanha, em que o exercício em forma de sociedade da profissão de farmacêutico é autorizado — nos termos da legislação submetida à apreciação do Tribunal nos casos que deram lugar às mencionadas decisões relativas ao sector — apenas sob a forma de sociedades unipessoais (e, relativamente à Itália, também sob a forma de sociedade cooperativa de responsabilidade limitada) entre pessoas possuidoras das qualificações necessárias.

graças às regras especiais que disciplinam essa forma societária, é sempre conferido aos sócios comanditários, que têm de necessariamente ser biólogos.

216. Portanto, a escolha feita pela República Francesa com a finalidade de conciliar a abertura do capital a sócios meros investidores com a tutela da independência dos sócios biólogos constitui inquestionavelmente, em si mesma, um factor importante que deve ser apreciado positivamente, para fins de um juízo global da proporcionalidade da medida adoptada.

217. Trata-se de um regime que, embora não pondo em perigo o valor da independência decisória da componente societária profissional, permite sempre uma participação financeiras externa e a participação de pessoas que pretendam beneficiar do mero rendimento constituído pelo lucro de gestão, com base nas regras comuns de mercado e sem qualquer discriminação.

218. Falta apreciar se, como conjectura a Comissão, a existência de uma quota de capitais «externos» superior a 25 %, mas de qualquer forma não idónea para privar os sócios possuidores da qualificação de biólogo do real poder decisório na sociedade – como de facto acontece nas sociedades em comandita por acções – não seria igualmente adequada, em relação à limitação introduzida, para efeitos da realização do objectivo declarado de

preservar a independência da componente profissional da sociedade.

219. Ora, nesta perspectiva, tem de se reconhecer que, não obstante o facto de dos direitos de voto ficarem aquém do mencionado limite de 25 %, permitir uma maior participação financeira externa implica, como sustenta a República Francesa, um maior risco para a independência dos sócios biólogos.

220. Não deve, de facto, ser subestimado o aspecto de as decisões inerentes ao investimento ou ao desinvestimento financeiro dos sócios de minoria poderem influir, ainda que indirectamente, nas decisões dos órgãos sociais, mesmo que estes sejam a expressão da maioria, excepto salvo se essas escolhas financeiras se referirem a uma participação irrelevante ou, de qualquer modo, de pequeno valor.

221. Em suma, a afirmação da demandada segundo a qual o simples facto de o capital ser detido em medida superior a 25 % poderia determinar, por si só, uma pressão financeira, e isto independentemente dos direitos de voto conexos, pode ser subscrita.

222. A própria demandante, como se viu, não apresentou objecções de fundo, na audiência, sobre esta afirmação específica, não fornecendo qualquer elemento concreto susceptível de a contrariar.

223. Portanto, é minha opinião que, considerando a margem de apreciação que, como já se sublinhou, deve ser sempre reconhecida aos Estados-Membros em matéria de protecção da saúde pública, se pode afirmar que o referido mecanismo de separação entre participação financeira e direitos sociais pode, efectivamente, não se revelar tão eficaz para efeitos da realização do objectivo prosseguido.

224. A escolha feita pela República Francesa, que implicou uma abertura – ainda que limitada – a capitais externos, pode portanto considerar-se, por si só, proporcionada ao referido objectivo, relativamente ao qual, no respeito pela margem de apreciação do Estado-Membro quanto aos instrumentos escolhidos e em paridade de eficácia, é, não tendo a Comissão apresentado elementos substanciais que o contrariem, a medida menos restritiva que se pode adoptar.

225. Esta conclusão pode, aliás, ser confirmada se a apreciação de proporcionalidade for efectuada tendo presente o conjunto de medidas aprovadas no sector das análises de biologia médica, tendo em especial atenção as diferentes modalidades de entrada de capital externo relativamente às várias formas de sociedade.

226. A medida mais limitativa relativa aos laboratórios de análises constituídos sob a forma de sociedade civil por quotas de

profissionais liberais, especificamente objecto da acção da Comissão, encontra-se de facto acompanhada, no próprio texto legislativo que a prevê, da previsão de uma mais ampla possibilidade de investimento de capitais «externos» (até 49%) nos laboratórios explorados por sociedades constituídas sob a forma de comandita por acções, que admitem essa mais ampla possibilidade de investimento externo porque se caracterizam por regras de funcionamento muito mais rigorosas.

227. As considerações anteriores permitem sem dúvida formular um juízo positivo sobre a coerência e a proporcionalidade da medida adoptada pela República Francesa e criticada pela Comissão através da primeira das suas acusações incluídas na petição inicial que, portanto, considero não dever ser julgada procedente quanto a este aspecto.

228. Sugiro, portanto, ao Tribunal de Justiça que negue provimento à acção na parte em que a Comissão pede que seja declarado que a República Francesa, ao limitar por lei até ao máximo de um quarto a quota de capital e, portanto, os direitos de voto atribuíveis a quem não possua a qualificação de biólogo, no âmbito de uma sociedade civil por quotas constituída por profissionais liberais Searl, criada para efeitos da exploração em comum de um ou mais laboratórios de análises de biologia médica, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 43.º do Tratado CE.

B — *As restrições relativas à aquisição de participações sociais em sociedades diferentes*

audiência de 25 de Março de 2010, a República Francesa declarou não contestar a acção, no que se refere ao aspecto em apreço.

1. Argumentos das partes

229. A Comissão também considera ilegal, relativamente à liberdade de estabelecimento, a proibição – para as pessoas singulares ou colectivas – de possuir participações em mais de duas sociedades constituídas para a exploração em comum de um ou vários laboratórios de análises de biologia médica.

232. Nessa sede, respondendo a uma pergunta sobre este ponto especificamente colocada pelo Tribunal, a Comissão afirmou, em termos gerais, que a proibição em questão dizia respeito, em primeiro lugar, aos biólogos, mas também aos não biólogos, referindo-se em seguida para a interpretação dada pela República Francesa, que precisou, então, que a limitação em causa diz apenas respeito aos biólogos.

2. Apreciação

230. Como resulta do n.º 64 da respectiva contestação, o Governo francês, contrariamente ao sucedido na fase pré-contenciosa, não contestou este ponto – e isto desde o início da fase escrita do processo – admitindo que essa restrição se justifica pela exigência de protecção da saúde pública.

233. Preliminarmente, é necessário esclarecer que, enquanto a acusação inicial da demandante parece fazer referência a uma proibição de carácter geral, tendo em conta a redacção do citado artigo 10.º do Decreto n.º 92-545 assim como os esclarecimentos prestados pela República Francesa na audiência de 25 de Março de 2010, parece evidente que a proibição objecto da acção respeita apenas às pessoas possuidoras da qualificação de biólogo.

231. Não obstante a sua posterior mudança de posição na tréplica, da qual já se deu conta anteriormente, a demandada mesmo assim não pediu a improcedência da acção da Comissão, quanto a este aspecto. Também na

234. Em suma, segundo a República Francesa, para as pessoas desprovidas da qualificação de biólogo – que não figuram, portanto,

entre as mencionadas nos n.ºs 1 e 5 do segundo parágrafo do artigo 5.º da Lei n.º 90-1258 como referida no artigo 11.º do Decreto n.º 92-545 — não existia qualquer limite quanto ao número de sociedades em que podem possuir participações, sem prejuízo, obviamente, do limite máximo da quota de capital adquirível por cada uma, igual a 25 % como já se esclareceu.

235. Posto isto, tendo em conta os argumentos das partes, tal como foram desenvolvidos no decurso do processo, só se pode concluir pela procedência da acção da Comissão, ainda que nos termos melhor especificados anteriormente, relativamente à qual a demandada pediu, de facto, a improcedência limitada à primeira acusação formulada.

236. Sugere-se, portanto, ao Tribunal de Justiça que declare que a República Francesa, ao proibir que as pessoas singulares ou colectivas, entre as mencionadas nos n.ºs 1 e 5 do segundo parágrafo do artigo 5.º da Lei n.º 90-1258 possuam participações em mais de duas sociedades constituídas para explorar em comum um ou vários laboratórios de análises de biologia médica, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 43.º do Tratado CE.

VI — Quanto às despesas

237. Por força do artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Contudo, nos termos do artigo 69.º, n.º 3, primeiro parágrafo, do Regulamento de Processo, se cada parte obtiver vencimento parcial, ou em circunstâncias excepcionais, o Tribunal pode determinar que as despesas sejam repartidas entre as partes, ou que cada uma das partes suporte as suas próprias despesas.

238. Neste caso, a Comissão pediu a condenação da República Francesa nas despesas, sendo que esta pediu que cada uma das partes fosse condenada a suportar as suas próprias despesas.

239. Posto isto, tendo ambas as partes sido reciprocamente vencidas, sugiro ao Tribunal que condene cada uma das partes a suportar as suas próprias despesas.

VII — Conclusões

240. À luz de todas as considerações anteriores, sugiro ao Tribunal que:

- declare que a República Francesa, ao proibir que as pessoas singulares ou colectivas, entre as mencionadas nos n.ºs 1 e 5 do segundo parágrafo do artigo 5.º da Lei n.º 90-1258, de 31 de Dezembro de 1990, que constitui o quadro normativo geral para o exercício, sob forma societária, das profissões liberais submetidas a um estatuto legal, regulamentar ou cujo título é objecto de protecção, possuam participações em mais de duas sociedades constituídas para explorar em comum um ou vários laboratórios de análises de biologia médica, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 43.º do Tratado CE;
- declare a acção improcedente quanto ao restante;
- condene a Comissão das Comunidades Europeias e a República Francesa a suportar, cada uma, as suas próprias despesas.