CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL CARL OTTO LENZ

apresentadas em 16 de Junho de 1994 *

Índice

A — Introdução ..... I - 4798

B — Discussão ..... I - 4800

Observação preliminar ..... I - 4800

I — Quanto à primeira questão ..... I - 4801

Prestação de serviços na acepção do direito comunitário ..... I - 4801

A influência da «jurisprudência relativa à fraude à lei» sobre a questão da prestação de serviços ..... I - 4803

II — Quanto à segunda questão ..... I - 4807

A proibição das restrições, essência da livre prestação de serviços ..... I - 4807

A aplicação dos critérios, pelo Tribunal de Justiça, à Mediawet neerlandesa . I - 4809

Da «jurisprudência relativa à fraude à lei» do Tribunal de Justiça ..... I - 4811

Consequências para o caso vertente ..... I - 4812

Os artigos 10.° e 14.° da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais ..... I - 4816

C — Conclusão ..... I - 4822

* Língua original: alemão.

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

A — Introdução

1. No presente pedido de decisão prejudicial, o Raad van State der Nederlanden apresenta questões relativas à aplicação das disposições sobre a livre prestação de serviços a determinadas actividades de um organismo de radiodifusão.

2. O processo principal opõe o organismo de radiodifusão TV10, sociedade anónima de direito luxemburguês (a seguir «recorrente»), ao Commissariaat voor de Media dos Países Baixos (a seguir «recorrido»). O objecto do litígio é a recusa do recorrido de autorizar a inserção dos programas emitidos pela TV10 na rede de transmissão por cabo neerlandesa. Na sua decisão de indeferimento, o recorrido declarou que a TV10 não podia ser considerada um organismo de radiodifusão estrangeiro na acepção do artigo 66.°, n.° 1, da Mediawet (lei sobre os meios de comunicação social), dado que a recorrente se estabelecera no Luxemburgo com o propósito manifesto de escapar à legislação neerlandesa aplicável às instalações nacionais de radiodifusão.

3. A disposição pertinente é a seguinte:

«1. O explorador de uma rede de teledistribuição pode:

a) transmitir os programas que são emitidos por um organismo de radiodifusão estrangeiro através de um emissor de radiodifusão e que, na maior parte do tempo, podem ser captados directamente na zona servida pela rede de transmissão por cabo, por meio de uma antena individual normal, em condições de qualidade geralmente satisfatórias;

b) transmitir programas que não sejam os visados na alínea a) e que sejam emitidos por um organismo de radiodifusão estrangeiro ou por um grupo de tais organismos como programas de radiodifusão, em conformidade com a legislação aplicável no país de emissão...».

4. A TV10 interpôs um recurso de anulação da decisão para a Secção Jurisdicional do Raad van State. A recorrente entende que a decisão é criticável por vários motivos. Considera inexacta a apreciação jurídica dos factos declarados provados. Para mais, houve, segundo ela, infracção ao princípio da igual-

dade e aos artigos 10.° e 14.° da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como aos artigos 7.°, 52.° e seguintes e 59.° e seguintes do Tratado CEE [1] de 31 de Agosto de 1992).

5. O órgão jurisdicional de reenvio declarou que a recorrente *não* é um organismo de radiodifusão na acepção dos artigos 14.° a 30.° da Mediawet. Deu por provado que a recorrente se estabeleceu no estrangeiro com a intenção manifesta de se subtrair à legislação aplicável nos Países Baixos em matéria de radiodifusão interna. Considera, no entanto, que a alegação, invocada pela recorrente, de incompatibilidade da decisão impugnada com o direito comunitário merece exame.

6. Neste contexto, o órgão jurisdicional de reenvio, reportando-se ao acórdão proferido no processo Debauve [2], considera que as disposições do Tratado CEE sobre a livre prestação de serviços não são aplicáveis às actividades em que nenhum dos elementos essenciais se manifesta para além das fronteiras de um Estado-membro. Apoiando-se no acórdão proferido no processo Van Binsbergen [3], o órgão jurisdicional de reenvio argumenta que a um Estado-membro não pode ser retirado o direito de adoptar as disposições destinadas a impedir o prestador de um serviço cuja actividade é dirigida na totalidade ou muito preponderantemente para o seu território de invocar a liberdade garantida pelo artigo 59.° para se subtrair às regras profissionais que se lhe aplicariam se estivesse domiciliado no território desse Estado. Segundo o Raad van State, pode pôr-se a questão de saber se o capítulo aplicável a um tal caso não será o que se refere ao direito de estabelecimento, em vez do relativo às prestações de serviços. Tendo presente o acórdão Segers [4], o Raad van State questiona-se sobre o modo como deve ser julgada a actividade exercida a partir de outro Estado-membro por um organismo da radiodifusão legalmente constituído e oficialmente estabelecido nesse Estado-membro.

7. Em consequência, o órgão jurisdicional de reenvio solicita ao Tribunal de Justiça que responda às seguintes questões:

«1) As emissões que um organismo de radiodifusão, a quem tenha sido negado acesso à rede de teledistribuição no Estado-membro A, efectue a partir do Estado-membro B para deliberadamente, conforme se deduz dos factos objectivos, se subtrair à regulamentação do Estado-membro, para o qual são

1 — Desde 1 de Novembro de 1993, Tratado CE, por força do Tratado da União Europeia de 7 de Fevereiro de 1992 (JO 1992, C 224, p. 1).

2 — Acórdão de 18 de Março de 1980, Debauve (52/79, Recueil, p. 833).

3 — Acórdão de 3 de Dezembro de 1974, Van Binsbergen (33/74, Recueil, p. 1299).

4 — Acórdão de 10 de Julho de 1986, Segers (79/85, Colect., p. 2375).

principal mas não exclusivamente destinadas as emissões, constituem serviços dotados de carácter transfronteiriço relevante à luz do direito comunitário?

2) Tendo em conta as disposições conjugadas dos artigos 10.° e 14.° da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, as restrições impostas pelo Estado-membro destinatário às prestações de serviços referidas na primeira questão, pelas quais um organismo de radiodifusão, embora tenha optado por se estabelecer noutro Estado-membro, não é considerado estrangeiro e, por essa razão, aos seus programas é vedado o acesso à rede nacional de teledistribuição enquanto esse organismo não preencher os requisitos de acesso aplicáveis às organizações da radiodifusão nacionais — por, ao estabelecer-se noutro Estado-membro, procurar eludir as imposições do Estado-membro destinatário que visam manter o carácter pluralista e não lucrativo do sistema de radiodifusão nacional —, são compatíveis com o direito comunitário?»

8. Participaram no processo a recorrente, o recorrido, os Governos neerlandês, alemão e francês, bem como a Comissão, tendo o recorrido feito suas, na totalidade, as observações do Governo neerlandês. No âmbito da apreciação jurídica, voltaremos a apreciar as particularidades da causa e as observações das partes.

B — Discussão

Observação preliminar

9. Seja-nos permitida uma observação preliminar, antes de entrar na apreciação jurídica do caso. Os factos subjacentes ao presente processo remontam a uma época em que não era obrigatório transpor a Directiva 89/552/CEE [5] nem modificar o direito neerlandês sobre os meios de comunicação social a fim de autorizar a radiodifusão comercial. O contexto jurídico do processo seria fundamentalmente diferente se os factos se tivessem produzido posteriormente. A apreciação jurídica do caso presente tem, pois, um valor limitado no que se refere a posteriores processos.

10. Desejamos desde já chamar a atenção para uma outra consideração. O órgão jurisdicional de reenvio não coloca, sobre a aplicação ao presente caso da proibição de discriminação em direito comunitário, a questão que poderia ter sido suscitada tendo em conta a autorização dada à RTL 4 de emitir através da rede de transmissão por cabo neer-

5 — Directiva 89/552/CEE do Conselho, de 3 de Outubro de 1989, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva (JO L 298, p. 23).

landesa. O órgão jurisdicional de reenvio parece ter respondido a esta questão por si mesmo. Só o Tribunal de Justiça, no âmbito da aplicação do artigo 14.° da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, está encarregado de verificar o respeito pela proibição de discriminação. Neste domínio, as competências de fiscalização do Tribunal de Justiça são sensivelmente mais limitadas do que as que possui quando se trata da proibição de discriminação em direito comunitário.

I — *Quanto à primeira questão*

Prestação de serviços na acepção do direito comunitário

11. Com a primeira questão pretende saber-se se uma actividade de emissão puramente transfronteiriça pode ser qualificada como prestação de serviços na acepção do direito comunitário, quando o organismo de radiodifusão se estabeleceu no estrangeiro com o fim de se subtrair à legislação aplicável no Estado de recepção aos organismos nacionais de radiodifusão.

12. Tanto o Governo neerlandês como o Governo alemão são de opinião, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça [6], que não estão aqui em questão as prestações de serviços na acepção do direito comunitário, de modo que apenas a legislação do Estado de recepção deve ser aplicada a um assunto puramente interno.

13. Por seu lado, a recorrente considera que se trata certamente de uma actividade de serviços na acepção do direito comunitário, dado que a sociedade de radiodifusão se estabeleceu efectivamente no Luxemburgo e começou a emitir de acordo com a legislação luxemburguesa. Assim, obteve das autoridades luxemburguesas competentes autorização para difundir os seus programas por intermédio do satélite Astra. Segundo a recorrente, no caso presente apenas se trata da definição dos limites da livre prestação de serviços, que de resto só pode fazer-se segundo critérios objectivos.

14. Tanto o Governo francês como a Comissão são de opinião que há prestação de serviços na acepção do direito comunitário. Segundo eles, esta questão é distinta da de saber quais as medidas que um Estado-membro está autorizado a adoptar para impedir o prestador de serviços de contornar a sua legislação interna.

6 — V. a jurisprudência evocada nos n.os 51 e 52, *infra*.

15. Os serviços, na acepção do direito comunitário, são definidos no artigo 60.° do Tratado como «as prestações realizadas normalmente mediante a remuneração, na medida em que não sejam reguladas pelas disposições relativas à livre circulação de mercadorias, de capitais e de pessoas». A liberdade de prestação é garantida para os serviços «na Comunidade» [7], o que significa que o serviço deve ser transfronteiriço. Os beneficiários da liberdade são os «nacionais dos Estados-membros estabelecidos num Estado da Comunidade que não seja o do destinatário da prestação» [8]. Nacionais dos Estados-membros, na acepção do preceito, são tanto pessoas singulares como colectivas. Por via do artigo 66.°, as pessoas colectivas são equiparadas às pessoas singulares no que respeita à aplicação do capítulo do Tratado relativo aos «serviços», de acordo com o artigo 58.° Segundo este último, são equiparadas «as sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-membro e que tenham a sua sede social, administração central ou estabelecimento principal na Comunidade».

16. De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a sede assim definida de uma sociedade serve para determinar a sua submissão à ordem jurídica de um Estado-membro [9].

17. A fim de poder invocar a livre prestação de serviços do direito comunitário, a recorrente deve, para começar, satisfazer os critérios que definem os beneficiários da liberdade. A recorrente é uma sociedade anónima, fundada em 27 de Julho de 1989 de acordo com o direito luxemburguês, sob a denominação FICORT SA, rebaptizada TV10 SA em 1 de Setembro de 1989. O objecto da sociedade é definido, entre outros, como «nomeadamente a emissão de programas de teledifusão». Além disso, o seu objecto social permite à sociedade produzir programas de rádio e televisão ou prestar o seu concurso a esta actividade. A recorrente viu ser-lhe reconhecida a qualidade de organismo de radiodifusão pelas autoridades luxemburguesas. Para mais, foi autorizada a emitir na rede de transmissão por cabo luxemburguesa. Além disso, a «Sociéte Europeenne des Satelliete» [10] obteve das autoridades luxemburguesas autorização para retransmitir por intermédio do satélite Astra os programas da recorrente, com a qual celebrou um contrato. A *régie*, a exploração técnica, a produção dos programas e a organização da actividade de emissão deviam ter lugar no Luxemburgo.

18. É pois pacífico que a recorrente foi constituída em conformidade com a legislação de um Estado-membro e que tem a sua sede no interior da Comunidade, a saber, no Luxemburgo. Não há que investigar se tem a sua

7 — V. o artigo 59.°, segundo parágrafo.

8 — V. o artigo 59.°, primeiro parágrafo. Quanto a possíveis excepções a esta regra, v. os acórdãos de 26 de Fevereiro de 1991, Comissão/França (C-154/89, Colect., p. I-659); Comissão/Itália (C-180/89, Colect., p. I-709); Comissão/Grécia (C-198/89, Colect., p. I-727); acórdão de 22 de Março de 1994, Comissão/Espanha (C-375/92, Colect., p. I-923). V. ainda as nossas conclusões de 19 de Maio de 1994, no processo C-379/92, Peralta (Colect., p. I-3453, pontos 74 a 77).

9 — Acórdãos de 28 de Janeiro de 1986, Comissão/França (270/83, Colect., p. 273, n.° 18); Segers, já referido, n.° 13, e de 13 de Julho de 1993, Commerzbank (C-330/91, Colect., p. I-4017, n.° 13).

10 — Tal como ortografado nas observações da recorrente.

sede social, a sua administração central ou o seu estabelecimento principal no Luxemburgo, dado que as condições se aplicam de modo alternativo, bastando que um dos critérios tenha sido satisfeito. Com toda a probabilidade, os três critérios foram satisfeitos no caso presente.

19. Um prestador de serviços na acepção do direito comunitário deve, em princípio [11], estar estabelecido num Estado-membro diferente do do destinatário da prestação. Ora, estes termos significam que deve existir um nexo efectivo e durável com a economia de um Estado-membro. Segundo nós, os elementos descritos, a saber, a constituição e a criação da sociedade, a obtenção de todas as autorizações de emissão necessárias e o início da actividade social são índices suficientes para comprovar o estabelecimento.

20. Uma actividade de emissão que atinge os Países Baixos ou que lhes é destinada satisfaz também o critério do carácter transfronteiriço. Segundo jurisprudência constante, o Tribunal de Justiça qualifica as emissões de teledifusão como prestação de serviços [12], qualquer que seja o modo de transmissão [13]. Esta qualificação engloba mesmo as emissões com objectivo publicitário [14]; e a emissão publicitária pode também constituir uma prestação de serviços em benefício das firmas de publicidade [15].

A influência da «jurisprudência relativa à fraude à lei» sobre a questão da prestação de serviços

21. Como já indicámos, os Governos neerlandês e alemão são de opinião que a actividade de emissão da recorrente não pode ser considerada uma prestação de serviços na acepção do direito comunitário, dado que a intenção da recorrente de contornar a legislação neerlandesa sobre os meios de comunicação social não oferece dúvidas. Segundo eles, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de liberdades fundamentais um princípio segundo o qual uma pessoa não pode invocar as liberdades concedidas pelo direito comunitário para se subtrair às regulamentações aplicáveis.

22. Está fora de dúvida que o órgão jurisdicional de reenvio apurou, assim vinculando o Tribunal de Justiça, a existência de uma manobra destinada a eludir a legislação apli-

11 — Quanto às eventuais excepções a esta regra, v. a jurisprudência citada na nota 8.

12 — Expressamente: acórdão de 30 de Abril de 1974, Sacchi (155/73, Recueil, p. 409, n.° 6); implicitamente: acórdãos de 18 de Junho de 1991, ERT (C-260/89, Colect., p. I-2925, n.^{os} 19 e segs.); de 25 de Julho de 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda (C-288/89, Colect., p. I-4007); de 25 de Julho de 1991, Comissão/Países Baixos (C-353/89, Colect., p. I-4069); de 3 de Fevereiro de 1993, Veronica Omroep Organisatie (C-148/91, Colect., p. I-487).

13 — Debauve, já referido, n.° 8.

14 — Acórdão Debauve, já referido.

15 — Acórdão de 26 de Abril de 1988, Bond van Adverteerders e o. (352/85, Colect., p. 2085, n.° 14).

cável. O apuramento da matéria de facto é da exclusiva competência do órgão jurisdicional do Estado-membro. Outro ponto é o de saber quais as condições de tal apuramento dos factos, isto é, se só se podem ter em conta elementos objectivos ou, pelo contrário, se critérios subjectivos, tais como a intenção e as razões, podem intervir na apreciação. Estes últimos critérios são problemáticos, especialmente quando se trata de analisar a actividade de uma pessoa colectiva. Voltaremos a estas complexas questões.

23. A fim de continuar a análise da questão de saber se há prestação de serviços na acepção do direito comunitário, tem que se partir da apreciação feita pelo órgão jurisdicional de reenvio, segundo a qual houve uma manobra destinada a contornar a legislação.

24. No acórdão Van Binsbergen [16], contém-se o seguinte:

«Não se pode negar a um Estado-membro o direito de estabelecer disposições visando impedir que a liberdade garantida pelo artigo 59.° seja utilizada por um prestador cuja actividade fosse parcial ou globalmente dirigida ao seu território, com o objectivo de se subtrair às normas profissionais que lhe seriam normalmente aplicáveis se residisse no território desse Estado; *tal situação deve efectivamente ser regulada pelas normas relativas ao direito de estabelecimento e não pelas normas relativas à livre prestação de serviços*» [17].

25. O último elemento da frase, em especial, suscita dúvidas quanto às consequências jurídicas que devem resultar do facto de um prestador de serviços contornar a regulamentação profissional aplicável. Esta formulação significa que o prestador de serviços escapa, sendo caso disso, ao domínio de aplicação das regras relativas à livre prestação de serviços e se encontra submetido ao direito de estabelecimento como se estivesse estabelecido no país de destino, ou então que se mantém, em princípio, regido pelo capítulo relativo aos serviços, com a consequência de os elementos determinantes, como a sua domiciliação num Estado-membro diferente do do destinatário da prestação, ou a natureza transfronteiriça desta, deverem ser apurados, e de ele ser submetido, além disso, à regulamentação profissional do país destinatário da prestação de serviços.

26. Tanto o ponto de vista dos Governos neerlandês e alemão como as observações de todas as outras partes devem ser conciliados, nesta medida, com o teor da passagem pertinente do acórdão Van Binsbergen.

16 — V. ainda a jurisprudência que dele decorre, por exemplo os acórdãos de 4 de Dezembro de 1986, Comissão/Alemanha (205/84, Colect., p. 3755); de 16 de Dezembro de 1992, Comissão/Bélgica (C-211/92, Colect., p. I-6757, n.° 12), e Veronica Omroep Organisatie, já referido, n.° 12.

17 — V. o acórdão Van Binsbergen, já referido, n.° 13, sublinhado nosso.

27. A Comissão reconheceu, de resto, o problema, e sobre este ponto apresentou observações convincentes [18]. A posição da «jurisprudência Van Binsbergen» pode ser considerada sob dois ângulos. Pode nela ver-se, por um lado, um critério distintivo da aplicação dos artigos 52.° e 59.° do Tratado. Considera que tanto a última parte do n.° 13 do acórdão Van Binsbergen [19] como os efeitos dessa jurisprudência são a favor de uma tal interpretação. É possível, aliás, entender esta jurisprudência como uma *excepção ao artigo 59.° do Tratado,* partindo da ideia que é, em princípio, uma prestação de serviços na acepção do artigo 59.° que é efectuada.

28. Segundo a Comissão, a distinção é importante na medida em que, de acordo com a primeira interpretação, *apenas* é aplicável a legislação do Estado em que a prestação de serviços é efectuada, enquanto, de acordo com a segunda interpretação, o prestador está em qualquer caso submetido à legislação do Estado-membro em que se encontra (oficialmente) estabelecido e pode ser submetido, *além disso,* à do Estado em que efectua a prestação. A segunda interpretação leva, pois, à aplicação simultânea de duas legislações eventualmente inconciliáveis, o que constitui um obstáculo não negligenciável. No entanto, a Comissão inclina-se preferencialmente para esta última interpretação, uma vez que o facto de ver na «jurisprudência Van Binsbergen» um simples critério de distinção entre a liberdade de estabelecimento e a liberdade de prestação de serviços pode constituir uma causa grave de incerteza jurídica.

29. A Comissão baseia esta conclusão no seguinte argumento: o Estado-membro no qual é efectuada a prestação de serviços *não tem obrigação* de aplicar as normas profissionais em vigor no seu território; a jurisprudência Van Binsbergen dá-lhe, segundo a Comissão, o direito de «se defender». Este Estado tem a possibilidade — se todas as condições estiverem preenchidas — de impor o cumprimento de todas as regras profissionais ou, se o desejar, apenas de uma parte delas; mas esta *possibilidade de intervenção* não fornece qualquer índice quanto à situação no Estado-membro em que se situa o estabelecimento oficial. Este último Estado-membro não poderia aplicar nenhuma das disposições em vigor no seu território (dado que a empresa em causa, de acordo com a primeira interpretação, se considera «estabelecida» no Estado-membro em que são efectuadas as prestações de serviços), ou só não o poderia na medida em que outro Estado-membro não interviesse? Em todo o caso, a primeira interpretação supõe uma estreita colaboração das administrações dos dois Estados-membros.

30. Para mais, a «jurisprudência Van Binsbergen» só respeita às «regras profissionais». A Comissão é de opinião que tais «regras» — tendo em conta o facto de a «jurisprudência Van Binsbergen» (qualquer que seja a interpretação que dela se faça) se inserir no contexto das disposições do Tratado relativas à supressão dos entraves ao exercício de actividades económicas na Comunidade — são

18 — V. o memorando da Comissão, pp. 10 e segs., n.os 12 e 13.
19 — Acima referido no ponto 24.

constituídas pelas disposições nacionais que regem o acesso às actividades referidas no artigo 57.° do Tratado CEE e o exercício delas. Não estão abrangidas outras legislações, por exemplo em matéria de direito fiscal, de segurança social ou de planificação, etc. Segundo ela, o Estado-membro em que se situa o estabelecimento oficial da empresa está confrontado com uma situação que é necessariamente difícil apreciar.

31. Desejamos acrescentar as seguintes considerações aos pertinentes argumentos da Comissão. A interpretação do acórdão Van Binsbergen que nele vê um critério de delimitação entre a aplicabilidade das disposições relativas à livre prestação de serviços e a relativa à liberdade de estabelecimento não nos convence, uma vez que tal premissa abstraiaria, pelo menos parcialmente, do estabelecimento real do prestador de serviços e apoiar-se-ia na ficção de um estabelecimento no país destinatário da prestação. Para além do caso de abusos ou de manobras destinadas a contornar a regulamentação, o objecto declarado das disposições relativas à livre prestação de serviços é o de facilitar o seu exercício sem entraves e sem que seja necessário o estabelecimento no país membro em que se encontra o destinatário da prestação. No acórdão Van Binsbergen e na jurisprudência que dele decorre [20], não está em causa regulamentar o estabelecimento, mas antes submeter uma determinada actividade transfronteiriça às regras profissionais pertinentes.

32. No presente caso, o estabelecimento da recorrente no Luxemburgo não é criticável do ponto de vista do direito comunitário. A única questão que pode colocar-se é a de saber se as disposições do país de destino se aplicam e, em caso afirmativo, quais.

33. Somos portanto de opinião que, tendo em conta o acórdão Van Binsbergen e a jurisprudência que dele deriva, apenas são aplicáveis as disposições relativas à livre prestação de serviços. É só no quadro desta liberdade que, em certas circunstâncias [21], o direito do país destinatário pode aplicar-se, a título de limitação ou de excepção à liberdade, como se o prestador de serviços aí estivesse estabelecido.

34. A potencial multiplicidade das ordens jurídicas aplicáveis, antítese do objectivo visado pela livre prestação de serviços, vai, é certo, contra a nossa teoria. No entanto, tal argumento não deve prevalecer. De qualquer modo, esta regra, como todas as regras de excepção, deve ser interpretada de modo estrito. Nunca se deve perder de vista, a este

20 — Acórdãos de 26 de Novembro de 1975, Coenen (39/75, Recueil, p. 1547); de 7 de Fevereiro de 1979, Knoors (115/78, Recueil, p. 399); de 4 de Dezembro de 1986, Comissão/Alemanha, já referido; de 27 de Setembro de 1989, Van de Bijil (130/88, Colect., p. 3039), e Veronica Omroep Organisatie, já referido.

21 — Segundo a jurisprudência Van Binsbergen, a aplicação das regras profissionais só entra em linha de conta na condição de, em primeiro lugar, a actividade do prestador ser «parcial ou globalmente dirigida ao território (do Estado-membro)» e de, em segundo lugar, existir por parte do prestador a vontade de utilizar tal liberdade «com o objectivo de se subtrair às regras profissionais que lhe seriam normalmente aplicáveis se residisse no território desse Estado» (v. o n.° 13).

propósito, que se trata apenas da aplicação das regras profissionais que o prestador de serviços pretende contornar.

35. A potencial aplicação subsidiária das regras profissionais do país destinatário, em caso de abusos ou de contornamento da legislação do Estado-membro, não subtrai, em princípio, o presente caso ao domínio de aplicação das disposições relativas à liberdade de prestação de serviços. A actividade de teledifusão, no presente caso, deve, pois, em razão do seu aspecto objectivo, ser qualificada como prestação de serviços na acepção do direito comunitário.

II — *Quanto à segunda questão*

36. Com a segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se o Estado-membro destinatário está autorizado, tendo em conta as circunstâncias do caso vertente, a impor à prestação de serviços restrições consistentes na recusa à recorrente do estatuto de organismo estrangeiro de radiodifusão na acepção do direito do Estado-membro, estatuto esse que implica um tratamento mais favorável em matéria de acesso ao mercado, em comparação com os organismos de radiodifusão nacionais, e na sua submissão, pelo contrário, ao tratamento nacional.

37. A aplicação do direito do Estado-membro é da exclusiva competência do órgão jurisdicional de reenvio. A qualificação de um organismo de radiodifusão estrangeiro ou nacional, na acepção da lei neerlandesa sobre os meios de comunicação social, compete em última análise ao direito interno. O órgão jurisdicional de reenvio tem no entanto dúvidas quanto à compatibilidade com o Tratado da sua interpretação da lei. É por essa razão que considera as questões prejudiciais determinantes para a decisão do litígio e o pedido prejudicial necessário. Segundo jurisprudência constante, o Tribunal de Justiça, no âmbito do processo prejudicial, informa o órgão jurisdicional de reenvio dos dados de que este tem necessidade para proferir uma decisão que seja conforme com o direito comunitário sobre o litígio que lhe foi presente [22].

A proibição das restrições, essência da livre prestação de serviços

38. A livre prestação de serviços tem por objectivo essencial a eliminação das restrições na acepção do artigo 59.° Estas podem revestir aspectos variados. Nelas devem classificar-se, para começar e segundo a jurisprudência mais antiga do Tribunal de Justiça, as condições «impostas ao prestador nomeadamente em razão da sua nacionalidade ou da circunstância de não residir habitualmente no Estado onde a prestação é realizada, quando as mesmas não são aplicáveis às pes-

22 — Acórdão de 18 de Outubro de 1990, Dzodzi (C-297/88 e C-197/89, Colect., p. I-3763, n.os 29 e segs.).

soas estabelecidas no território nacional ou quando possam proibir ou prejudicar de outra forma as actividades do prestador» [23].

39. Nesta óptica, a proibição das restrições [24], imediatamente aplicável desde o termo do período transitório, aparece, para começar, como uma proibição de discriminação [25]. Neste contexto, não são proibidas apenas as desigualdades de tratamento manifestas, mas também as formas de discriminação dissimuladas, que, repousando, é certo, aparentemente em critérios neutros, levam de facto ao mesmo resultado [26]. Regulamentações nacionais que não são indistintamente aplicáveis a todas as prestações de serviços independentemente da sua origem apenas estarão em conformidade com o direito comunitário se puderem ser abrangidas por uma disposição derrogatória expressa, como o artigo 56.° do Tratado CEE [27].

40. Há restrições que, no entanto, se podem também apresentar sob a forma de regulamentações nacionais aplicáveis indistintamente. Tais regras, que actuam em prejuízo do prestador de serviços estabelecido noutro Estado-membro, são consideradas como «outras restrições» e são cobertas pela proibição de discriminação imediatamente aplicável. A demarcação entre as discriminações dissimuladas e as outras restrições nem sempre é clara [28]. Resulta, em qualquer caso, da jurisprudência do Tribunal de Justiça [29] que qualquer disposição que entrave, de facto ou de direito, a livre circulação dos serviços, *pode* constituir uma infracção ao artigo 59.° do Tratado CEE, e que, em cada caso concreto, há que verificar a compatibilidade do entrave com o artigo 59.° [30].

41. Tendo em conta as particularidades de numerosas prestações de serviços, podem ser consideradas compatíveis com o Tratado as condições especiais impostas ao prestador que decorram da aplicação de regras relativas a este tipo de actividade. A livre circulação de serviços só deve, no entanto, ser limitada por regras aplicáveis sem distinção e justificadas pelo interesse geral, e isto apenas na medida em que as regras a que o prestador está submetido no Estado em que tem o seu estabelecimento não tenham já em conta esse interesse geral [31].

42. A importância dada ao respeito de certos interesses gerais através da validação das

23 — Acórdão Van Binsbergen, já referido, n.° 10; v. também o acórdão Coenen, já referido na nota 20, n.° 6.

24 — Acórdão Van Binsbergen, já referido, n.° 23.

25 — Acórdão Collectieve Antennevoorziening Gouda, já referido, n.° 10.

26 — Conclusões de 5 de Dezembro de 1990, no processo Comissão/França, já referido na nota 8, ponto 27.

27 — V. o acórdão Collectieve Antennevoorziening Gouda, já referido, n.° 11.

28 — V. as conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs proferidas em 21 de Fevereiro de 1991 no processo C-76/90 (acórdão de 25 de Julho de 1991, Säger, Colect., pp. I-4221, I-4229, n.os 20, 21 e 22).

29 — Acórdãos de 17 de Dezembro de 1981, Webb (279/80, Recueil, p. 3305, n.° 16) e Comissão/Alemanha, já referido.

30 — V. as nossas conclusões no processo Comissão/França, já referido, ponto 29.

31 — Acórdãos Comissão/Alemanha, já referido, n.° 27 e Webb, já referido, n.° 17.

regras aplicáveis no Estado em que o prestador tem o seu estabelecimento foi sempre considerada uma extensão jurisprudencial, no domínio dos serviços, do princípio do país de origem, comparável à jurisprudência Cassis de Dijon [32] em matéria de livre circulação de mercadorias. Fazem parte das bases essenciais do interesse geral já reconhecidas pelo Tribunal de Justiça, por exemplo, as regulamentações destinadas a proteger os destinatários das prestações de serviços ou o consumidor [33].

43. Finalmente, as condições devem ser concretamente aptas a garantir o respeito pelas regras profissionais e pela protecção dos interesses em causa [34]. No que respeita a estes últimos critérios, somos de opinião, com o advogado-geral F. G. Jacobs, nas conclusões que apresentou no processo Säger [35], que eles não impõem qualquer condição suplementar às restrições lícitas à livre prestação de serviços. Segundo nós, trata-se de elementos do controlo da proporcionalidade [36] que deve ser aplicado aquando do eventual exame das restrições autorizadas.

A aplicação dos critérios, pelo Tribunal de Justiça, à Mediawet neerlandesa

44. O Tribunal de Justiça já tomou a iniciativa de aplicar critérios abstractos a diferentes secções da lei neerlandesa sobre os meios de comunicação social, o que fez nos processos C-288/89 [37], C-353/89 [38] e C-148/91 [39]. Declarou que a Mediawet pretende manter uma rádio pluralista e não comercial e se insere no quadro de uma política cultural que tem por objectivo a protecção da liberdade de opinião dos diferentes grupos sociais nos Países Baixos, nos domínios da imprensa, da rádio e da televisão [40]. Segundo o Tribunal de Justiça, tais intenções de política cultural constituem objectivos de interesse geral que um Estado-membro tem legitimamente o direito de prosseguir, por exemplo fixando de modo apropriado a estrutura dos seus próprios organismos de difusão [41].

45. A decisão do Estado-membro de preservar uma radiodifusão não comercial não é, pois, em si criticável. Uma modificação legislativa posterior não poderia pôr em questão a regularidade da apreciação em que se baseia a

32 — Acórdão de 20 de Fevereiro de 1979, Rewe (120/78, Recueil, p. 649).

33 — V. o acórdão Collectieve Antennevoorziening Gouda, já referido, n.° 14. Outros casos aí são enumerados, com as referências jurisprudenciais correspondentes.

34 — Acórdão de 18 de Janeiro de 1979, Van Wesemael (110/78 e 111/78, Recueil, p. 35); acórdão Comissão/Alemanha, já referido, n.° 27.

35 — Conclusões no processo Säger, já referido, ponto 29.

36 — Por exemplo, os acórdãos Comissão/Alemanha, já referido, n.os 41 e segs.; Collectieve Antennevoorziening Gouda, já referido, n.° 15.

37 — Acórdão Collectieve Antennevoorziening Gouda, já referido.

38 — Acórdão Comissão/Países Baixos, já referido.

39 — Acórdão Veronica Omroep Organisatie, já referido.

40 — Acórdão Veronica Omroep Organisatie, já referido, n.° 9, remetendo para o acórdão Comissão/Países Baixos, já referido, n.os 3, 29 e 30, e para o acórdão Collectieve Antennevoorziening Gouda, já referido, n.os 22 e 23.

41 — Acórdão Veronica Omroep Organisatie, já referido, n.° 10, remetendo para os acórdãos Comissão/Países Baixos, já referido, n.os 41 e 42, e Collectieve Antennevoorziening Gouda, já referido, n.os 23 e 24.

decisão anterior. Segundo as observações escritas das partes, confirmadas na audiência, foi precisamente essa decisão do legislador que se opôs à criação nos Países Baixos de um organismo comercial de radiodifusão e que esteve na base do recurso da sociedade recorrente.

46. Decorre, além disso, da jurisprudência acima referida que disposições regulamentares relativas à estrutura de um organismo de radiodifusão podem, mesmo que se apliquem de modo indistinto às sociedades nacionais e estrangeiras, constituir para estas últimas uma restrição proibida à livre prestação dos serviços na acepção do artigo 59.° do Tratado CEE [42]. Do ponto de vista dos Países Baixos, os organismos estrangeiros de radiodifusão gozam, portanto, de uma liberdade maior quanto à estrutura das respectivas pessoas colectivas, mesmo que difundam emissões destinadas aos Países Baixos. É certo que esta liberdade é apenas relativa, uma vez que esses organismos estrangeiros devem respeitar a legislação do Estado-membro em que estão estabelecidos. Esta pode, é certo, mostrar-se mais liberal.

47. O artigo 66.° da Mediawet, na sua versão aplicável ao caso em análise, constitui, de harmonia com o direito comunitário, uma base jurídica autónoma que regulamenta o acesso das emissões dos organismos estrangeiros de radiodifusão à rede de transmissão por cabo neerlandesa. No sistema do direito comunitário, a regra releva do princípio do país de origem. Quanto ao mais, a Directiva 89/552/CEE [43] prevê imperativamente, no seu artigo 2.°, um processo similar para o acesso ao mercado das emissões de televisão dos organismos estrangeiros de radiodifusão [44], o qual todavia ainda não estava em vigor no momento dos factos aqui em causa [45].

48. Os fundadores da sociedade recorrente utilizaram manifestamente as possibilidades do direito luxemburguês sobre os meios de comunicação social e fundaram a referida sociedade na esperança de beneficiar da liberdade concedida aos organismos estrangeiros, maior que a concedida aos organismos neerlandeses. Face ao objectivo, em direito comunitário, da livre escolha do lugar de residência, o estabelecimento da recorrente não é criticável.

49. Para levar mais longe a análise, deve ter-se por adquirido que a aplicação não dis-

42 — Acórdão Comissão/Países Baixos, já referido, n.os 40 e segs.

43 — Já referida na nota 5.

44 — V. ainda os décimo segundo, décimo quarto e décimo quinto considerandos da directiva, onde se diz o seguinte: «... por consequência, é necessário e suficiente que todas as emissões respeitem a legislação do Estado-membro de onde provêm;
...
É necessário, no âmbito do mercado comum, que todas as emissões provenientes da Comunidade e destinadas a ser captadas no seu interior e, nomeadamente, as emissões destinadas a um outro Estado-membro respeitem a legislação do Estado-membro de origem aplicável às emissões destinadas ao público desse Estado-membro, bem como as disposições da presente directiva;
considerando que a obrigação do Estado-membro de origem de se assegurar de que as emissões são conformes com a legislação nacional, tal como coordenada pela presente directiva, é suficiente, no que diz respeito ao direito comunitário, para garantir a livre circulação das emissões, sem que seja necessário um segundo controlo pelos mesmos motivos nos Estados-membros receptores...».

45 — Artigo 25.° da Directiva 89/552.

criminatória das disposições legais neerlandesas que se opõem à televisão comercial — que não são, é certo, criticáveis, desde que só respeitem aos organismos nacionais de radiodifusão [46] — produz o efeito de uma restrição proibida na acepção do artigo 59.° do Tratado CEE, contra a actividade dos organismos estrangeiros de radiodifusão. Está apenas, portanto, em causa saber se o Estado-membro está autorizado, excepcionalmente, tendo em conta as circunstâncias particulares do caso, a opor à recorrente as disposições aplicáveis aos organismos nacionais, a fim de impedir o acesso dos programas desta à rede de transmissão por cabo neerlandesa.

Da «jurisprudência relativa à fraude à lei» do Tribunal de Justiça

50. Como anteriormente indicámos, existe no domínio das liberdades fundamentais uma jurisprudência do Tribunal de Justiça que se caracteriza pelo facto de, no caso de contornamento das regulamentações dos Estados-membros ou de abuso das liberdades comunitárias, ao interessado ser recusada a possibilidade de invocar as liberdades fundamentais.

51. No domínio da livre circulação de mercadorias, o Tribunal de Justiça decidiu que as disposições não discriminatórias de fixação obrigatória do preço dos livros constituem uma medida proibida de efeito similar a uma restrição quantitativa das importações. No entanto, esta afirmação não é aplicável ao caso de resultar de elementos objectivos «que os livros foram exportados com o único fim da sua reimportação, para escapar à aplicação dessa legislação» [47]. No domínio da livre circulação dos trabalhadores, o Tribunal de Justiça decidiu, num acórdão relativo a um abono escolar, que abusos, apurados segundo elementos objectivos, consistentes em os trabalhadores entrarem no Estado-membro com o único fim de aí beneficiarem, após um muito curto período de actividades profissionais, do sistema de abono a favor dos estudantes, não estavam cobertos pelas disposições comunitárias em causa [48]. O Tribunal de Justiça concluiu no mesmo sentido, no que se refere às liberdades de estabelecimento e de prestação de serviços. No acórdão Knoors [49], o Tribunal de Justiça indica por exemplo que:

«No entanto não deverá ignorar-se o interesse legítimo que um Estado-membro pode ter em evitar que, com base nas facilidades criadas em virtude do Tratado, alguns dos

46 — Os Estados-membros conservaram, mesmo após a entrada em vigor da Directiva 89/552, a possibilidade de estipular regras mais estritas para os organismos de teledifusão que relevem da sua ordem jurídica. V. o artigo 3.°, n.° 1, da directiva, e o seu décimo terceiro considerando: «Considerando que a presente directiva prevê disposições mínimas necessárias para garantir a livre difusão de emissões; que, por esse motivo, não afecta as competências de que dispõem os Estados-membros e as suas autoridades no que diz respeito à organização — incluindo os sistemas de concessão, de autorização administrativa ou de imposição de taxas — e ao financiamento das emissões, bem como ao conteúdo dos programas; que a independência da evolução cultural de cada Estado-membro e a diversidade cultural da Comunidade permanecem assim preservadas.»

47 — Acórdão de 10 de Janeiro de 1985, Leclerc (229/83, Recueil, p. 1, n.° 27 e resumo). Do mesmo modo, os acórdãos de 11 de Julho de 1985, Leclerc/Syndicat des libraires de Loire-Océan (299/83, Recueil, p. 2515), e de 10 de Julho de 1986, Boriello/Darras e Tostain (95/84, Colect., p. 2253).

48 — Acórdão de 21 de Junho de 1988, Lair (39/86, Colect., p. 3161, n.° 43).

49 — Acórdão Knoors, já referido na nota 20, n.° 25.

seus nacionais possam subtrair-se abusivamente à aplicação da sua legislação nacional em matéria de formação profissional.»

52. O acórdão Van Binsbergen, proferido no âmbito das disposições relativas à livre prestação de serviços, bem como a jurisprudência que dele derivou, vão no mesmo sentido. Na passagem [50] aplicável ao presente caso, o Tribunal de Justiça declarou que não se podia negar a um Estado-membro o direito de estabelecer disposições visando impedir que a liberdade garantida pelo artigo 59.° fosse utilizada por um prestador cuja actividade fosse parcial ou globalmente dirigida ao seu território, com o objectivo de se subtrair às regras profissionais que lhe seriam aplicáveis se residisse no território desse Estado [51].

No acórdão 130/88 [52], o Tribunal de Justiça faz em substância a mesma observação, apenas com a pequena modificação terminológica que resulta de ter empregue a expressão «tomar as medidas» em vez da de «estabelecer disposições». No acórdão C-148/91 [53], o cronológico e materialmente mais próximo do presente caso, no qual o Tribunal de Justiça aplica os princípios a um caso ocorrido no domínio da rádio e da televisão, estão em questão, em considerações similares pelo seu conteúdo, medidas a tomar. A expressão mais geral «disposições» é substituída pela de «regras profissionais» [54].

53. Verificamos, em resumo, que um Estado-membro está autorizado a tomar *medidas* destinadas a impedir um prestador de serviços cuja actividade é parcial ou globalmente dirigida a esse Estado-membro de invocar a liberdade de prestação de serviços a fim de se subtrair à regulamentação aplicável a essa actividade profissional [55].

Consequências para o caso vertente

54. As disposições cujo contornamento está em causa no caso presente têm por objecto a regulamentação da actividade de teledifusão. Trata-se, pois, sem qualquer dúvida, de uma actividade profissional, de modo que deve entender-se que as disposições se contêm no conceito, entendido em sentido amplo, de «regras profissionais».

50 — Citada textualmente no ponto 24, *supra*.

51 — V. o n.° 13 do acórdão, já referido. V. ainda o acórdão Coenen, já referido, n.os 8 a 11, e acórdão Comissão/Alemanha, já referido, n.° 22, onde o Tribunal de Justiça reiterou explicitamente esta declaração.

52 — Acórdão Van de Bijl, já referido na nota 20, n.° 26.

53 — Acórdão Veronica Omroep Organisatie, já referido, n.° 12.

54 — No acórdão proferido em 16 de Dezembro de 1992 no processo Comissão/Bélgica, referido na nota 16, n.° 12, a aplicação dos princípios contra a fraude à lei foi analisada mas rejeitada.

55 — Neste contexto, deve notar-se a resposta da Comissão à questão escrita n.° 1101/89. A Comissão faz saber que, no decurso das deliberações do Conselho com vista à adopção da Directiva 89/552, declarou que, no exercício do papel que lhe incumbe e na interpretação do direito, vigiará o respeito pela jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de contornamento das regras nacionais, e remete para a jurisprudência Van Binsbergen (JO 1990, C 125, p. 34).

55. A questão de saber se a actividade da recorrente é parcial ou globalmente dirigida ao território dos Países Baixos deve ser decidida segundo critérios objectivos. O conteúdo dos programas, a língua e os comunicados publicitários são indícios do destino da actividade de teledifusão. Outro critério a ter em conta consiste no facto de a recorrente ter cessado totalmente a sua actividade de difusão quando foi recusado o acesso dos seus programas à rede de transmissão por cabo neerlandesa.

56. Para que um Estado-membro esteja habilitado a adoptar medidas, deve estar assente que o prestador utiliza a liberdade de prestação de serviços, na acepção do direito comunitário, para se subtrair à legislação em vigor no país destinatário das prestações.

57. Nas suas observações escritas, a Comissão qualificou este elemento de critério subjectivo, mas, na audiência, afastou-se desta qualificação. Neste contexto, coloca-se a questão de saber como se deve apresentar o facto de «se subtrair» e em que condições pode ele ser demonstrado. Trata-se, em especial, de saber se podem ser invocados critérios subjectivos — cuja prova é difícil de fazer, nomeadamente quanto a pessoas colectivas — ou se a vontade de se subtrair à regulamentação deve ser demonstrada por elementos objectivos.

58. Tanto nas observações escritas das partes como no decurso da audiência, foi frequentemente sublinhado que o contornamento das disposições neerlandesas ficara já demonstrado, enquanto matéria de facto, no órgão jurisdicional de reenvio. O advogado da recorrente argumentou no entanto, a nosso ver justamente, que o órgão jurisdicional de reenvio deu como provados factos cuja interpretação em direito comunitário é da competência do Tribunal de Justiça. A declaração de que houve contornamento da lei ou vontade de a ela se subtrair integra uma apreciação jurídica de elementos de facto que não pode escapar totalmente à apreciação do Tribunal de Justiça. De qualquer modo, os limites de tal apreciação jurídica estão submetidos ao controlo em matéria de direito do Tribunal de Justiça [56].

59. Deve começar por se explicar em que condições pode a fraude ser declarada. Um comportamento com fraude à lei ou com abuso de direito depreende-se, em geral, da sua intenção, que constitui sem qualquer dúvida um elemento subjectivo. Isto explica facilmente a interpretação da jurisprudência Van Binsbergen, adoptada pela Comissão nas suas observações escritas, quanto à presença de critérios objectivos e subjectivos. Nos acórdãos Van Binsbergen, Coenen, Knoors e Van de Bijl, estava em causa, em todos os casos, a apreciação do comportamento de pessoas singulares, de modo que era possível ter em conta, na análise, a intenção e as razões de actuação.

56 — O órgão jurisdicional de reenvio parece ter também esta opinião, dado que submete ao Tribunal de Justiça, no âmbito do processo prejudicial, a apreciação dos factos que considerou provados.

60. Diferente é, em princípio, a atitude quanto à concretização de elementos subjectivos, quando se trata de apreciar em matéria de direito a actividade de uma pessoa colectiva que age por intermédio dos seus órgãos. Enquanto tal, a pessoa colectiva não é susceptível de ter comportamentos subjectivos. Só as pessoas singulares são responsáveis de um ponto de vista ético, o que é, por exemplo, de importância fundamental para determinar o âmbito de aplicação pessoal da sanção penal. No âmbito da ordem jurídica em que se baseia a existência jurídica da pessoa colectiva e que lhe dá a sua capacidade de actuação, estão em geral previstas regras que imputam à pessoa colectiva as actividades dos seus órgãos, executadas por pessoas singulares. Esta imputação pode ir até ao reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa colectiva. Concretamente, estas regras apresentam-se sob formas consideravelmente diferentes nas ordens jurídicas dos diversos Estados-membros.

61. A inclusão uniforme, válida para todos os Estados-membros no âmbito do direito comunitário, dos actos das pessoas singulares no domínio da responsabilidade da pessoa colectiva só poderia, segundo nós, ser efectuada no âmbito de um estudo do direito comparado. Na falta de prévia constatação de uma tal situação jurídica comunitária, temos por problemático o recurso a critérios subjectivos para a apreciação em matéria de direito dos actos de uma pessoa colectiva. É por esta razão que, em nossa opinião, nos devemos limitar a critérios objectivos para o apuramento de uma fraude à lei cometida por uma pessoa colectiva.

62. Mesmo partindo do princípio de que apenas os critérios objectivos podem influenciar a análise, resta saber em que medida impõe o direito comunitário limites à consideração de factos objectivos. No caso presente, o órgão jurisdicional de reenvio teve manifestamente em conta, na sua análise, a nacionalidade dos fundadores, dos gerentes e dos empregados da sociedade recorrente.

63. Decorre da regra adoptada pelos Estados-membros no artigo 58.° do Tratado CEE que a nacionalidade dos detentores do capital de uma sociedade ou dos seus dirigentes não pode em caso algum ser tomada em conta para determinar a sede social e, portanto, a submissão de uma sociedade à ordem jurídica de um Estado-membro [57]. No acórdão Factortame [58], o Tribunal de Justiça considerou contrário ao direito comunitário o critério da nacionalidade dos detentores do capital bem como dos dirigentes de uma sociedade, na medida em que constituiria uma discriminação proibida baseada na nacionalidade [59]. O critério da nacionalidade das pessoas que estão à frente de uma sociedade parece, pois — pelo menos tratando-se de nacionais da Comunidade —, de proscrever de um ponto de vista comunitário.

64. Por outro lado, não se pode desconhecer o facto de, num caso de potencial fraude à

57 — Acórdãos Comissão/França, já referido na nota 9, n.° 18, e Segers, já referido na nota 4, n.° 13.

58 — Acórdão de 25 de Julho de 1991, Factortame e o. (C-221/89, Colect., p. I-3905, n.° 33).

59 — Acórdão Factortame e o., já referido, n.° 32.

lei, a criação de uma pessoa colectiva poder constituir a primeira fase da manobra fraudulenta. É por essa razão que somos de opinião que se deve evitar recorrer ao critério da nacionalidade das pessoas singulares, por motivo do risco que dele resulta de discriminação com base na nacionalidade, respeitante a cidadãos comunitários, cuja proibição tem o valor de princípio fundamental em direito comunitário.

65. A fraude à lei dos Estados-membros deveria ser apurada com base noutros critérios objectivos, tais como a data de início de actividade, o conteúdo e o objecto da actividade da sociedade. As relações interempresariais podem assim ter um certo papel na análise. No processo 250/85 [60], o Tribunal procedeu a uma análise de conjunto das actividades de um grupo, com o fim de apreciar, em direito comunitário, as de uma pessoa colectiva, e, nessa ocasião, não reconheceu a repartição formal das diversas actividades do grupo entre empresas autónomas, destinada a evitar pôr em evidência certos procedimentos.

66. Em conclusão, segundo nós, a fraude às regulamentações profissionais dos Estados-membros deve ser provada através de elementos objectivos diferentes da nacionalidade das pessoas singulares nacionais da Comunidade que integram a sociedade e por intermédio das quais esta age.

67. O Tribunal de Justiça está impedido de decidir definitivamente sobre os processos que ocasionaram o presente litígio, dado que isso é assunto da competência do órgão jurisdicional de reenvio. Somos, no entanto, de opinião que os elementos de facto trazidos ao conhecimento do Tribunal de Justiça revelam indícios de fraude à lei, tais como a impossibilidade objectiva de emitir no território neerlandês na forma escolhida pela recorrente, o conteúdo e o destino dos programas e a paragem completa da actividade de emissão após a proibição de integração dos programas na rede de transmissão por cabo neerlandesa. Do mesmo modo pode ser tida em conta a produção dos programas nos Países Baixos, por uma sociedade sujeita a certas obrigações.

68. Se for pacífico e estiver provado por elementos objectivos que uma legislação de um Estado-membro destinada a regulamentar o exercício de uma profissão que foi objecto de fraude, a submissão de uma pessoa colectiva à ordem jurídica de outro Estado-membro, determinada pela sua sede social, não deverá ser obstáculo às medidas que o Estado-membro adopta com o fim de a ela se opor. As medidas não consistem obrigatoriamente em decretar disposições, elas podem ainda, muito simplesmente, consistir na aplicação sem distinção das regras do Estado-membro. É finalmente o Estado-membro que fica em causa se tal processo levar, em matéria de direito, a tratar uma pessoa colectiva sujeita à ordem jurídica de outro Estado-membro como uma pessoa colectiva nacional, que não

60 — Acórdão de 5 de Outubro de 1988, Brother/Conselho (250/85, Colect., p. 5683, n.° 16).

beneficie do estatuto de organismo estrangeiro de difusão. Em qualquer caso, o Estado-membro tem o direito de obstar à tentativa de uma empresa de se subtrair à sua soberania, tratando-a, nessa medida, como se ela lhe estivesse sujeita.

Os artigos 10.° e 14.° da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

69. Resta verificar se esta conclusão intermédia é compatível com os artigos 10.° e 14.° da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. A segunda questão prejudicial refere expressamente os efeitos dos artigos 10.° e 14.° da convenção sobre a apreciação em direito comunitário do caso vertente.

70. Aquando da audiência, este problema foi manifestamente deixado de lado. Assim, retomaremos de seguida o essencial da posição que as partes expressaram na fase escrita do processo.

71. Para a *recorrente*, a sua tese de direito comunitário é reforçada pelo facto de a liberdade de expressão garantida pelo artigo 10.° da convenção estar em jogo. Exigir-lhe que preenchesse todas as condições de estabelecimento, isto é, na época em causa, que se conformasse com as regras exclusivas de um serviço público ao qual justamente a TV10 não queria aderir, levaria a proibir efectivamente e de modo absoluto todas as actividades da empresa. Constituindo a liberdade garantida um direito fundamental, não se podem entender as disposições comunitárias no sentido de esvaziarem do seu conteúdo a livre prestação de serviços.

72. Para a recorrente, isto é tão mais exacto quanto à época dos acontecimentos as autoridades neerlandesas aceitaram os programas de um outro organismo de radiodifusão luxemburguês. Mesmo que as autoridades neerlandesas tivessem pretendido levar a TV10 a estabelecer-se no território neerlandês, deveriam ter tido em conta o facto de as disposições conjugadas dos artigos 10.° e 14.° da convenção lhes não permitirem discriminar a recorrente por motivo do seu estatuto, aquando da fixação das condições do seu estabelecimento.

73. A recorrente precisa, para completar, que apresentou uma queixa contra o Reino dos Países Baixos à Comissão Europeia dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, após a decisão do órgão jurisdicional de reenvio e na medida em que esta se tornou definitiva.

74. O *Governo neerlandês* começa por exprimir as suas dúvidas quanto à competência do Tribunal de Justiça para se pronunciar sobre a referência à convenção feita pelo órgão jurisdicional de reenvio. Por outro lado, remete para a jurisprudência ERT [61]. No caso de o Tribunal de Justiça se considerar competente para examinar a referência do órgão jurisdicional de reenvio à convenção, o Governo neerlandês, baseando-se no artigo 10.° da convenção, é de opinião que as restrições às actividades de serviço da recorrente resultantes da aplicação da Mediawet se justificam pelo n.° 2 desta disposição (manutenção da ordem pública e protecção dos direitos de outrem). Argumenta que o órgão jurisdicional de reenvio já chegou a esta conclusão. Segundo ele, deve declarar-se, no que respeita ao princípio da igualdade de tratamento, que a recorrente, enquanto organismo de radiodifusão não estrangeiro, está submetido às mesmas disposições que os organismos neerlandeses. A TV10 não é, pois, vítima de uma desigualdade de tratamento face aos organismos de difusão neerlandeses similares, na acepção do artigo 14.° da convenção. O órgão jurisdicional de reenvio chegou também a esta conclusão.

75. O *Governo da República Federal da Alemanha* começa por notar que o artigo 10.° da convenção tem «por objectivo permitir aos cidadãos dos Estados-membros ser livremente informados, não apenas através dos programas radiodifundidos do seu próprio país, mas ainda através dos dos outros Estados-membros, e receber livremente — na medida em que isso seja possível do ponto de vista técnico — os programas». Continua assim:

«As disposições legais supranacionais têm em conta o facto de cada um desses programas ser produzido de acordo com a legislação que lhe é aplicável, isto é, de acordo com a regulamentação em matéria de radiodifusão aplicável no Estado-membro em questão. Isto refere-se aos programas destinados aos diferentes Estados-membros e não — se nos reportarmos ao objectivo do artigo 10.° da Convenção Europeia dos Direitos do Homem — aos programas que são produzidos com a intenção de defraudar, através da escolha do lugar de estabelecimento, as disposições da regulamentação nacional em matéria de radiodifusão» [62].

76. Os artigos 10.° e 14.° da convenção não contradizem a tese do Governo alemão de que um produtor de programas não pode apoiar-se no artigo 59.° do Tratado CEE com a intenção de defraudar as disposições nacionais relativas à radiodifusão. Poderia, é certo, considerar-se em princípio que o *free flow of information* seria entravado se programas difundidos a partir de outro Estado-membro fossem submetidos a restrições internas. Mas o ponto de vista é algo diferente se se tiver em conta a fraude à lei. Segundo o Governo

61 — Acórdão ERT, já referido na nota 12, n.os 42 a 44.

62 — V. as observações do Governo alemão, p. 11.

alemão, as considerações que se impõem são as mesmas que no caso de fraude às disposições do Tratado CEE. O artigo 10.° da convenção não tem por objectivo permitir a um organismo de radiodifusão defraudar as regulamentações nacionais regularmente aplicáveis. Esta análise é também a do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que reconheceu às administrações do Estado parte na convenção o direito de considerar um emissor estabelecido no estrangeiro como um emissor nacional, quando ele for utilizado a partir do estrangeiro com o fim de defraudar a regulamentação nacional [63].

77. No que respeita a uma eventual violação da proibição de discriminação do artigo 14.° da convenção, o governo federal declara que as medidas autorizadas no âmbito do artigo 10.°, n.° 2, da convenção, para evitar que as legislações sejam defraudadas, são baseadas em factos e, portanto, não são arbitrárias. No que respeita à eventual desigualdade de tratamento da recorrente, considerada como organismo nacional de radiodifusão, em relação aos organismos estrangeiros, o elemento constitutivo da fraude à lei exclui *per se* o recurso à proibição de discriminação.

78. A *Comissão* é de opinião que os artigos 10.° e 14.° da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem não produzem qualquer efeito sobre as questões submetidas no caso presente. O artigo 10.° da convenção respeita ao direito da livre expressão. O n.° 2 do artigo 10.° da convenção permite sujeitar o exercício desse direito a formalidades, condições e restrições previstas pela lei e necessárias numa sociedade democrática. O artigo 14.° proíbe as discriminações incidentes sobre os direitos e liberdades garantidos pela convenção. Segundo a Comissão, não foi aduzido que as regras profissionais em vigor nos Países Baixos, aplicáveis aos organismos que neles estão estabelecidos, sejam incompatíveis com o artigo 10.° da convenção. A Comissão também não vê em que pode o facto de se aplicarem tais regras a uma empresa estabelecida no estrangeiro ser incompatível com os artigos 10.° e 14.° da convenção, numa situação específica tal como a descrita na «jurisprudência Van Binsbergen», num caso em que uma empresa se subtrai voluntariamente à aplicação de regras que, em si, são compatíveis com a convenção.

79. O Tribunal de Justiça já foi solicitado a pronunciar-se por várias vezes no passado no que respeita à aplicação e à interpretação de disposições da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. No que respeita à sua competência para verificar a compatibilidade de medidas legislativas com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o Tribunal de Justiça declarou o seguinte:

«Embora seja exacto que incumbe ao Tribunal de Justiça garantir o respeito dos direitos

63 — Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 28 de Março de 1990, n.° 14/1988/158/214 (Groppera Radio AG e o./Suíça, publicações do Tribunal, série A, volume 173, n.° 72).

fundamentais no domínio próprio do direito comunitário, não lhe compete, no entanto, examinar a compatibilidade com a Convenção Europeia de uma lei nacional que se situe... num domínio que seja da competência de apreciação do legislador nacional» [64].

80. No entanto, os direitos garantidos pela convenção e, nomeadamente, pelo seu artigo 10.°, relativo à liberdade de opinião, fazem parte dos direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica comunitária [65]. No acórdão que proferiu no processo C-260/89 ERT, o Tribunal de Justiça aproveitou a ocasião, oferecida por um pedido prejudicial incidindo sobre o artigo 10.° da convenção, para se pronunciar, em princípio, sobre a relação entre o direito comunitário e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Reportando-se aos acórdãos Nold [66], Johnson [67] e Wachauf [68], o Tribunal de Justiça esclareceu que se devia recordar, a título liminar, que, segundo jurisprudência constante, os direitos fundamentais fazem parte integrante dos princípios gerais de direito cujo respeito o Tribunal de Justiça garante. Para este efeito, o Tribunal de Justiça inspirou-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, bem como nas indicações dadas pelos instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos do homem que foram objecto de cooperação dos Estados-membros ou aos quais estes aderiram. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem reveste, a este respeito, um significado especial. Daqui decorre que não podem ser admitidas na Comunidade medidas incompatíveis com o respeito dos direitos do homem assim reconhecidos e garantidos [69].

81. Reportando-se aos acórdãos Cinéthèque [70] e Demirel [71], o Tribunal de Justiça prossegue esclarecendo que não pode, é certo, apreciar, face à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, uma regulamentação nacional que não se situe no âmbito do direito comunitário. «Em contrapartida, a partir do momento em que uma regulamentação deste tipo entre no campo de aplicação do direito comunitário, o Tribunal de Justiça, tendo-lhe sido dirigido um pedido de decisão a título prejudicial, deve fornecer todos os elementos de interpretação necessários para a apreciação, pelo tribunal nacional, da conformidade de tal regulamentação com os direitos fundamentais cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça, tal como resultam, em particular, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem» [72].

82. Na medida em que a aplicação da «jurisprudência relativa à fraude à lei» se pode conceber como uma excepção à livre prestação dos serviços, as demais tomadas de posição do Tribunal de Justiça no processo

64 — Acórdão de 11 de Julho de 1985, Cinéthèque e o. (60/84 e 61/84, Recueil, p. 2605, n.° 26).

65 — V. o acórdão Comissão/Países Baixos, já referido na nota 12, n.° 30, e a referência ao processo 4/73 (acórdão de 14 de Maio de 1974, Nold/Comissão, Recueil, p. 491, n.° 13).

66 — Acórdão já referido, n.° 13.

67 — Acórdão de 15 de Maio de 1986 (222/84, Recueil, p. 1651, n.° 18).

68 — Acórdão de 13 de Julho de 1989 (5/88, Colect., p. 2609, n.° 19).

69 — Acórdão ERT, já referido, n.° 41.

70 — Acórdão Cinéthèque e o., já referido, n.° 26.

71 — Acórdão de 30 de Setembro de 1987, Demirel (12/86, Colect., p. 3719, n.° 28).

72 — Acórdão ERT, já referido, n.° 42.

ERT têm uma importância particular para o presente caso. Aí se diz o seguinte:

«Particularmente, no caso de algum Estado-membro invocar a disposição do artigo 55.° conjugada com a do artigo 66.° para justificar uma regulamentação susceptível de entravar o exercício da livre prestação de serviços, esta justificação, prevista pelo direito comunitário, deve ser interpretada à luz dos princípios gerais de direito e, nomeadamente, dos direitos fundamentais. Assim, a regulamentação nacional em causa só poderá beneficiar das excepções previstas nas disposições conjugadas dos artigos 56.° e 66.° se se conformar com os direitos fundamentais cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça» [73].

83. Estruturalmente, estas considerações aplicam-se de modo similar ao presente caso. No processo ERT, o Tribunal de Justiça tira a seguinte conclusão das considerações que precedem:

«Daqui decorre que num caso deste tipo compete ao juiz nacional e, sendo caso disso, ao Tribunal de Justiça apreciar a aplicação destas disposições, tendo em atenção todas as regras de direito comunitário, incluindo a liberdade de expressão, consagrada pelo artigo 10.° da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, enquanto princípio geral de direito cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça» [74].

84. O Tribunal de Justiça mostrou-se sempre reservado a respeito da aplicação concreta dos princípios gerais de direito assim definidos pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Nos processos apensos 46/87 e 227/88 [75], onde era invocada uma violação do artigo 8.° da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o Tribunal de Justiça declarou, por uma simples frase, a inaplicabilidade da disposição ao caso em análise, acrescentando:

«Além disso, constata-se a inexistência de qualquer jurisprudência a este respeito por parte do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem» [76].

85. Pelo contrário, já existe uma jurisprudência incidindo sobre a aplicação dos artigos 10.° e 14.° da convenção a factos análogos aos do presente processo. No processo Groppera Radio AG e o./Suíça [77], o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem declarou, no âmbito da análise da justificação das restrições à retransmissão por cabo de emissões da rádio, o que se segue:

«Finalmente e sobretudo, o procedimento escolhido podia parecer impor-se para desar-

73 — Acórdão ERT, já referido, n.° 43.

74 — Acórdão ERT, já referido, n.° 44.

75 — Acórdão de 21 de Setembro de 1989, Hoechst/Comissão (46/87 e 227/88, Colect., p. 2859).

76 — Acórdão Hoechst/Comissão, já referido, n.° 18.

77 — Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 28 de Março de 1990, n.° 14/1988/158/214, já referido na nota 63.

mar uma fraude à lei; não constituía uma forma de censura dirigida contra o conteúdo ou a orientação dos programas em questão, mas antes uma medida tomada contra uma estação que as autoridades do Estado recorrido podiam razoavelmente considerar uma verdadeira estação suíça operando do outro lado da fronteira a fim de escapar ao sistema legal de telecomunicações em vigor na Confederação.

Portanto, as autoridades nacionais não ultrapassaram, na ocorrência, a margem de apreciação que lhes deixa a convenção» [78].

86. No caso em análise, os juízes que decidiram por maioria consideraram que a actividade de emissão da recorrente deveria ser considerada ilegal na acepção da ordem jurídica do Estado de emissão. Existia, portanto, a este respeito, uma diferença com o caso presentemente submetido ao Tribunal de Justiça. Pode no entanto deduzir-se das opiniões dissidentes dos juízes Petitti, Bernhard e De Meyer que a ilegalidade da actividade de emissão de modo algum estava demonstrada.

87. Numa decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem [79], diz-se,

no âmbito do exame do artigo 10.°, n.° 2:

«The Commission notes that the recent changes in the Media Act have not affected the position of broadcasting institutions established abroad with the evident intention of evading the Dutch statutory regulations for national broadcasting institutions. They are not regarded as foreign broadcasting institutions, but as national broadcasting institutions subject to the rules on broadcasting applicable to such institutions.

The Commission notes that, while the applicant company is incorporated under British law and has its seat in the United Kingdom, the programme at issue is specifically intended for the Dutch public. In these circumstances and having regard to the fact that both the company and the Cable One programme have other strong links with the Netherlands, the Dutch authorities could reasonably consider that these broadcasts should be subject to those rules which normally apply to Dutch broadcasting institutions. There is no indication that these rules, insofar as they are relevant to the present case, involve restrictions which would be in violation of Article 10 of the Convention.»

78 — N.° 73 do acórdão.

79 — Processo 1803/91, Cable Music Europe/Países Baixos.

88. No âmbito da mesma decisão, a Comissão declara o seguinte quanto à análise do artigo 14.°:

«The Commission recalls that Article 14 does not forbid every difference in tratment in the exercise of the rights and freedoms guaranteed by the Convention. It refers in this connection to the caselaw of the Court concerning the criteria for assessing a difference in treatment. There must be established an objective and reasonable justification for the measure in question, as well as a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized...»

89. A interpretação dos artigos 10.° e 14.° da Convenção Europeia dos Direitos do Homem pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e pela Comissão Europeia dos Direitos do Homem não apresenta, tal como vai referida, qualquer indício que deixe pôr em dúvida, sob o ângulo do direito comunitário, a solução proposta. Em nossa opinião, estes artigos levam a resultados análogos aos referidos pela «jurisprudência relativa à fraude à lei» do Tribunal de Justiça. Os artigos 10.° e 14.° da Convenção Europeia dos Direitos do Homem não se opõem, pois, à aplicação da referida jurisprudência do Tribunal de Justiça.

C — Conclusão

90. Propomos, com base nas considerações que precedem, que se responda do seguinte modo às questões prejudiciais:

«1) Deve falar-se de serviços com carácter transfronteiriço relevante face ao direito comunitário quando um organismo de radiodifusão emite programas a partir de um Estado-membro X para um outro Estado-membro Y, ao qual os programas são principal mas não exclusivamente destinados, mesmo que o organismo de radiodifusão não entre em linha de conta no que se refere ao acesso à rede de transmissão por cabo no Estado-membro Y, e que emita a partir do Estado-membro X com a intenção manifesta, inferida de circunstâncias objectivas, de se subtrair desse modo à legislação do Estado-membro Y.

2) O Estado destinatário Y pode adoptar medidas destinadas a impedir que as suas leis sejam defraudadas, submetendo excepcionalmente a prestação de serviços a restrições consistentes em ser recusado ao organismo de radiodifusão o estatuto de organismo estrangeiro de radiodifusão na acepção do direito do Estado-membro, sujeitando-o assim às disposições aplicáveis aos organismos

nacionais de radiodifusão. A aplicação indistinta das regras que regem os organismos nacionais é pois autorizada, sob reserva de

1) a actividade ser total ou preponderantemente dirigida para o território desse Estado-membro, e de

2) o prestador utilizar a liberdade garantida pelo artigo 59.° do Tratado CEE para se subtrair às disposições que lhe seriam aplicáveis se estivesse domiciliado no território desse Estado.

As duas condições devem ser demonstradas com base em critérios objectivos diferentes do da nacionalidade dos detentores do capital, dos gestores ou dos empregados da sociedade prestadora.

Os artigos 10.° e 14.° da Convenção Europeia dos Direitos do Homem não se opõem a esta interpretação e a esta aplicação do direito comunitário.»