CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL VERICA TRSTENJAK apresentadas em 2 de Junho de 2010[1]

Índice

I – Introdução ..... I - 10165

II – Quadro jurídico ..... I - 10166

A – Direito comunitário ..... I - 10166

1. Direito primário ..... I - 10166

2. Direito derivado ..... I - 10167

a) Directiva 68/151/CEE ..... I - 10167

b) Directiva 89/667/CEE ..... I - 10168

B – Direito nacional ..... I - 10168

III – Matéria de facto, processo principal e questões prejudiciais ..... I - 10170

IV – Processo no Tribunal de Justiça ..... I - 10171

V – Principais argumentos das partes ..... I - 10171

VI – Apreciação jurídica ..... I - 10172

A – Observações prévias ..... I - 10172

1. Aproximação das legislações como instrumento do direito europeu das sociedades ..... I - 10172

2. Objecto da Directiva 68/151 ..... I - 10173

1 — Língua original: alemão.

B – Quanto à questão prejudicial ..... I - 10174

1. Direito derivado, como critério de apreciação ..... I - 10176

a) Aplicabilidade da Directiva 68/151 ..... I - 10176

i) Existência de uma sociedade anónima nos termos do artigo 1.º da Directiva 68/151 ..... I- 10176

ii) Reconhecimento de uma limitação de responsabilidade ..... I - 10176

iii) Responsabilidade por obrigações da sociedade anónima ..... I - 10178

iv) Âmbito da responsabilidade da sociedade anónima ..... I - 10180

b) Compatibilidade com a Directiva 68/151 ..... I - 10180

2. Compatibilidade com o direito primário ..... I - 10183

a) Admissibilidade do recurso ao direito primário ..... I - 10183

b) Liberdade de estabelecimento ..... I - 10184

i) Aplicabilidade dos artigos 43.º CE e 48.º CE ..... I - 10184

ii) Restrição da liberdade de estabelecimento ..... I - 10187

– O artigo 43.º CE como proibição de restrições abrangente I- 10187

– Possibilidade de uma delimitação teleológica da proibição de restrições ..... I- 10189

iii) Justificação de uma restrição da liberdade de estabelecimento .. I - 10191

– Protecção de direitos fundamentais como interesse justificado ..... I- 10192

– Exame da proporcionalidade ..... I- 10193

iv) Conclusão intercalar ..... I - 10200

c) Livre circulação de capitais ..... I - 10200

i) Aplicabilidade do artigo 56.º CE ..... I - 10200

ii) Restrição da livre circulação de capitais ..... I - 10201

– O artigo 56.º CE como proibição abrangente de restrição ... I- 10201

– Possibilidade de uma delimitação teleológica da proibição de restrição ..... I- 10202

iii) Justificação ..... I - 10203

– Protecção de direitos fundamentais como interesse justificado ..... I- 10203

– Exame da proporcionalidade ..... I- 10203

iv) Conclusão intercalar ..... I - 10204

VII – Conclusão ..... I - 10204

I – Introdução

1. O presente processo tem por base um pedido de decisão prejudicial do Symvoulio tis Epikrateias grego (Conselho de Estado; a seguir «órgão jurisdicional de reenvio») nos termos do artigo 234.º CE [2], através do qual se solicita ao Tribunal de Justiça a interpretação da Primeira Directiva 68/151/CEE do Conselho, de 9 de Março de 1968, tendente a coordenar as garantias que, para protecção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-Membros às sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 58.º do Tratado, a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade [3].

2. O pedido de decisão prejudicial tem origem num litígio entre o Idryma Typou A.E.

2 — O reenvio prejudicial encontra-se agora regulado no artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, de acordo com o Tratado de Lisboa que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia de 13 de Dezembro de 2007 (JO C 306, p. 1).

3 — JO L 65, p. 8.

(a seguir «recorrente no processo principal»), uma sociedade anónima do sector da imprensa e da televisão e o Ypourgos Typou kai Meson Mazikis Enimerosis (Ministro da Imprensa e dos Meios de Comunicação Social; a seguir «recorrido no processo principal»), que tem como objecto a legalidade de uma coima aplicada à recorrente no processo principal com base numa infracção às normas em vigor e às regras deontológicas aplicáveis ao funcionamento dos operadores de televisão e que prevê a responsabilidade solidária da recorrente e a dos seus accionistas e dos membros do seu Conselho de Administração.

3. Do ponto de vista jurídico, este reenvio levanta no fundo duas questões jurídicas, articuladas entre si. Questiona-se em primeiro lugar se, no direito das sociedades da União Europeia, existe um conceito suficientemente definido da forma jurídica da sociedade anónima que, à semelhança dos ordenamentos jurídicos de muitos Estados-Membros, tenha subjacente um princípio segundo o qual a responsabilidade de uma sociedade de capitais se encontra limitada ao património social. Em segundo lugar, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se, em determinadas circunstâncias como as do processo principal, o referido princípio permite, excepcionalmente, uma derrogação desta limitação de responsabilidade, pois só em caso de compatibilidade com o direito comunitário do chamado «alargamento da responsabilidade» seria possível ampliar a responsabilidade da sociedade anónima ao património dos sócios.

II – Quadro jurídico

A – *Direito comunitário*

1. Direito primário

4. O artigo 43.º CE tem a seguinte redacção:

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

A liberdade de estabelecimento compreende tanto o acesso às actividades não assalariadas e o seu exercício, como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 48.º, nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais, sem prejuízo do disposto no capítulo relativo aos capitais.»

5. O artigo 44.º CE dispõe que:

«1. Para realizar a liberdade de estabelecimento numa determinada actividade, o

Conselho, deliberando de acordo com o procedimento previsto no artigo 251.º, e após consulta do Comité Económico e Social, adoptará directivas.

2. O Conselho e a Comissão exercem as funções que lhes são confiadas nos termos das disposições anteriores, designadamente

...

g) Coordenando as garantias que, para protecção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-Membros às sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 48.º, na medida em que tal seja necessário, e a fim de tornar equivalentes essas garantias;»

6. O artigo 48.º CE tem a seguinte redacção:

«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 são, para efeitos do disposto no presente capítulo, equiparadas às pessoas singulares, nacionais dos Estados-Membros.

Por "sociedades" entendem-se as sociedades de direito civil ou comercial, incluindo as sociedades cooperativas, e as outras pessoas colectivas de direito público ou privado, com excepção das que não prossigam fins lucrativos.»

7. O artigo 56.º CE dispõe que:

«1. No âmbito das disposições do presente capítulo, são proibidas todas as restrições aos movimentos entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros.

2. No âmbito das disposições do presente capítulo, são proibidas todas as restrições aos pagamentos entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros.»

2. Direito derivado

a) Directiva 68/151/CEE

8. A Directiva 68/151 aplicável à data dos factos previa, até à sua revogação pela Directiva 2009/101/CE [4], que entrou em vigor em 21 de Outubro de 2009, uma coordenação das garantias que, para protecção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-Membros às sociedades.

4 — Directiva 2009/101/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de Setembro de 2009 tendente a coordenar as garantias que, para protecção dos interesses dos sócios e terceiros, são exigidas nos Estados-Membros às sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 48.º do Tratado, a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade (JO L 258, p. 11).

9. Dos considerandos desta Directiva resulta, por um lado, que «é urgente a coordenação prevista no n.º 3 alínea g), do artigo 54.º [do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia] e no Programa Geral para a Supressão das Restrições à Liberdade de Estabelecimento, nomeadamente em relação às sociedades por acções e às outras sociedades de responsabilidade limitada, porquanto a actividade destas sociedades frequentemente se estende para além dos limites do território nacional». Por outro lado, aponta-se nos considerandos desta Directiva que «neste domínio, devem ser adoptadas simultaneamente disposições comunitárias para estas sociedades, visto que, como garantia, em face de terceiros, elas apenas oferecem o património social».

10. O artigo 1.º desta Directiva, na sua versão alterada pela adesão da Grécia [5], dispõe que:

«As medidas de coordenação prescritas pela presente directiva aplicam-se às disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas aos seguintes tipos de sociedades:…

para a Grécia:

ανώνυμη εταιρία, εταιρία περιωρισμένης ευθύνης, ετερόρρυθμη κατά μετοχές εταιρία [a sociedade anónima, sociedade em comandita por acções e as sociedades de responsabilidade limitada].»

11. A Directiva 68/151 abrange três secções. A secção I trata da publicidade de actos da sociedade, a secção II contém disposições relativas à validade das obrigações contraídas pela sociedade, e a secção III regulamenta a eventual invalidade do contrato de sociedade.

b) Directiva 89/667/CEE

12. A décima segunda Directiva 89/667/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, em matéria de direito das sociedades relativa às sociedades de responsabilidade limitada com um único sócio [6] dispõe nos seus considerandos, que «é conveniente prever a criação de um instrumento jurídico que permita a limitação da responsabilidade do empresário individual, em toda a Comunidade, sem prejuízo das legislações dos Estados-Membros que, em casos excepcionais, impõem a responsabilidade desse empresário relativamente às obrigações da empresa».

B – *Direito nacional*

13. O artigo 5.º, n.º 1 da Constituição grega consagra o direito de todos os cidadãos ao livre desenvolvimento da sua personalidade e à participação na vida social, económica e política, sem prejuízo dos direitos de terceiros, da Constituição e dos bons costumes.

5 — JO 1979, L 291.

6 — JO L 395, p. 40.

Nos termos do seu artigo 5.º, n.º 3, a liberdade individual é inviolável.

14. O artigo 106.º, n.º 2, da Constituição estabelece que a iniciativa económica privada não pode ser exercida em prejuízo da liberdade e da dignidade humanas e, nos termos do artigo 15.º, n.º 2 da Constituição, na versão anterior à revisão constitucional de 2001, a rádio e a televisão, submetidas ao controlo do Estado, garantem a informação objectiva e a qualidade das emissões.

15. A Lei 2328/1995 regula a actividade privada da televisão. Nos termos do seu artigo 1.º, n.º 9, as acções das sociedades anónimas que gerem operadores de televisão devem ser nominativas. De acordo com o seu artigo 1.º, n.º 10, cada sociedade anónima só pode deter uma licença para constituir, estabelecer e gerir um operador de televisão e só pode participar no capital de numa única sociedade que seja titular de uma licença. A participação das pessoas singulares ou colectivas no capital de uma sociedade desse tipo não pode ser superior a 25%. Os sócios que detiverem mais de 2,5% do capital e os membros do conselho de administração de sociedades que tenham requerido ou detenham uma licença de gestão de um operador de televisão não devem ter sido condenados pela prática de crimes que impliquem a proibição do exercício de cargos públicos. Os sócios estão igualmente obrigados a justificar a forma como adquiriram os elementos do seu património, de acordo com a lei. Além disso, o artigo 1.º, n.º 11, consagra igualmente a incompatibilidade entre a participação numa sociedade encarregada pelo Estado de executar obras ou serviços e a participação numa sociedade gestora de um operador de televisão. O n.º 13 do mesmo artigo impõe a obrigação de comunicar ao ministro competente todas as cessões de acções superiores a 2,5% do capital de uma dessas sociedades. O artigo 3.º da mesma lei estabelece as normas deontológicas aplicáveis aos operadores de televisão e o artigo 4.º comina as sanções administrativas em caso de violação das mesmas. No que diz respeito a estas sanções, o artigo 4.º, n.º 3, da referida lei estabelece em especial que as sanções são aplicadas solidariamente não só à sociedade titular da licença de constituição e gestão do operador de televisão, aos seus legais representantes e aos membros do seu conselho de administração, mas também, solidariamente com eles, a todos os sócios que detenham mais de 2,5% do capital social.

16. A Lei 2190/1920 estabelece o regime geral das sociedades anónimas. Nos termos do seu artigo 1.º, a sociedade anónima é uma «sociedade de capitais dotada de personalidade

jurídica, por cujas obrigações sociais responde apenas o seu património.»

III – Matéria de facto, processo principal e questões prejudiciais

17. Por decisão de 11 de Maio de 2001, o recorrido no processo principal aplicou uma coima de GDR 10 000 000 à sociedade anónima Nea Tileorasi, proprietária do operador de televisão Star Channel, solidariamente com os seus sócios e com os membros do conselho de administração. A coima foi aplicada na sequência de um relatório do Ethniko Symvoulio Radiotileorasis (Conselho Nacional de Radiotelevisão, a seguir «ESR»), autoridade independente competente para o efeito, devido a algumas notícias difundidas no decurso do telejornal principal da estação Star Channel do dia 14 de Fevereiro de 2000, consideradas lesivas da personalidade, da honra, da reputação e da vida privada, assim como da presunção de inocência, de dois cantores e de um estilista.

18. A recorrente no processo principal, que é accionista da Nea Tileorasi, recorreu para o Conselho de Estado, pedindo a revogação da decisão ministerial que lhe aplicou a coima e da decisão da ESR em que aquela decisão ministerial se baseou.

19. Como resulta da decisão de reenvio, no âmbito deste processo, o órgão jurisdicional de reenvio analisou não só a questão da constitucionalidade, mas também a da compatibilidade do artigo 4.º, n.º 3 da Lei 2328/95 com o direito comunitário.

20. O órgão jurisdicional de reenvio examinou por um lado, se uma regulamentação que prevê a aplicação solidária de coimas tanto à sociedade como a uma determinada categoria de accionistas respeita as disposições da Constituição grega relativas à liberdade económica; e por outro lado, se a regulamentação em litígio se encontra abrangida pelo âmbito de aplicação da Directiva 68/151 e se é compatível com o seu artigo 1.º A este respeito, os membros do órgão jurisdicional competente defenderam teses jurídicas diferentes.

21. Na decisão de reenvio, o órgão jurisdicional de reenvio expressa dúvidas em relação à interpretação da Directiva 68/151, pelo que suspendeu o processo e colocou ao Tribunal de Justiça as seguintes questões para decisão prejudicial:

«A Directiva 68/151/CEE, cujo artigo 1.º estabelece que as medidas de coordenação prescritas pela presente directiva [se] aplicam às disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas aos seguintes tipos de sociedades: … – para a Grécia: ανώνυμη εταιρία [sociedade anónima] …, obsta à introdução de uma disposição nacional como o artigo 4.º, n.º 3 da Lei 2328/1995, na parte que prevê que as coimas cominadas nos números anteriores do mesmo artigo para a infracção às normas em vigor e às regras deontológicas aplicáveis ao

funcionamento dos operadores de televisão são aplicadas não só à sociedade titular da licença de constituição e gestão de um operador de televisão, mas também, solidariamente com ela, a todos os sócios que detenham mais de 2,5% do capital?»

IV – Processo no Tribunal de Justiça

22. A decisão de reenvio, com data de 17 de Setembro de 2008, deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 26 de Fevereiro de 2009.

23. O Governo da República Helénica e a Comissão apresentaram observações escritas dentro do prazo referido no artigo 23.º do Estatuto do Tribunal de Justiça.

24. Na audiência que teve lugar em 11 de Março de 2010, [os mandatários da República Helénica e da Comissão] fizeram as suas alegações.

V – Principais argumentos das partes

25. Nas suas observações, o *Governo grego* e a *Comissão* estão de acordo em que o artigo 1.º da Directiva 68/151 não se opõe a uma regulamentação nacional como a do artigo 4.º, n.º 3 da Lei 2328/95.

26. Tanto o Governo grego como a Comissão são da opinião de que a Directiva 68/151 não tem como objectivo qualquer harmonização do conceito e/ou definição de sociedade anónima, limitando-se a enumerar as formas societárias já existentes nos Estados-Membros às quais se aplicam as disposições da Directiva.

27. Os Estados-Membros estão assim habilitados a criar novas formas societárias ou a impor mais obrigações às sociedades designadas no artigo 1.º da Directiva 68/151. Neste contexto, a *Comissão* refere-se à Directiva 89/667 que, no seu preâmbulo, reconhece a necessidade de manter as disposições nacionais que, em casos excepcionais, impõem a responsabilidade dos empresários individuais relativamente às obrigações da empresa, ou seja, em derrogação dos instrumentos jurídicos da limitação da responsabilidade de uma sociedade também aí referidos que, segundo a Directiva, é conveniente prever em toda a Comunidade para o empresário individual. Tanto o *Governo grego* como a Comissão concluem que o direito comunitário não garante aos sócios uma isenção de responsabilidade pelas obrigações de uma sociedade anónima.

28. O *Governo grego* alega, a título de precaução, que o artigo 4.º, n.º 3 da Lei 2328/95 não impõe como regra geral a responsabilidade solidária de sócios que detenham mais de 2,5% do capital. Pelo contrário, esta disposição prevê a aplicação de coimas em caso de violação das normas legais e das regras deontológicas aplicáveis ao funcionamento de operadores de televisão, tanto à sociedade titular da licença para o funcionamento de operadores de televisão, como aos sócios, pois cabe a estes últimos um papel especial na constituição e no modo de funcionamento da sociedade.

VI – Apreciação jurídica

A – *Observações prévias*

1. Aproximação das legislações como instrumento do direito europeu das sociedades

29. O direito das sociedades da União Europeia trata sobretudo das condições de enquadramento das empresas de origem nacional ou europeia no mercado interno [7]. A estruturação concreta destas condições de enquadramento baseia-se por um lado, no desejo de harmonização dos ordenamentos nacionais do direito das sociedades nos Estados-Membros e, por outro lado, na criação de um direito das sociedades supranacional ancorado em primeiro lugar no direito da União.

30. O desejo de aproximação das disposições de direito das sociedades existentes nos diferentes Estados-Membros tem diversos motivos. Um elemento de conexão central resulta do princípio da liberdade de estabelecimento, estabelecido no artigo 43.º CE e, segundo o artigo 48.º CE, também válido para sociedades, segundo o qual devem ser eliminadas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro [8]. Todavia, para sociedades, a regra é que estas só podem recorrer e só recorrerão ao seu direito de liberdade de estabelecimento no caso de haver um enquadramento jurídico harmonizado. Outro elemento impulsionador da harmonização do direito reside no reconhecimento de que as decisões em matéria de localização devem ser tomadas no interesse da economia global da União de acordo com critérios económicos racionais e não consoante as condições de enquadramento jurídico das sociedades

7 — Cf. Behrens, P., «Gesellschaftsrecht», em: *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts* (Manfred A. Dauses, editor), E. III, nota. 3, p. 3).

8 — Cf. Rondinelli, M., «Il proceso di armonizzazione del diritto societario europeo», *Percorsi di diritto societario europeo*, Turin 2000, p. 38, que aponta a relação estreita entre a harmonização do direito das sociedades da União Europeia e a liberdade de estabelecimento. Neste sentido também Grünwald, A., *Europäisches Gesellschaftsrecht*, Viena 1999, p. 12, e Mustaki, G./Engammare, V., *Droit européen des sociétés*, Basileia 2009, p. 105.

sejam mais favoráveis para as empresas [9]. Além disso, pretende-se com a aproximação dos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros criar condições de competitividade para as empresas tanto quanto possível iguais na União. Finalmente, a existência de condições de enquadramento jurídicas comparáveis contribui para que os investimentos transfronteiriços de empresas e sócios revertam em prol do bem-estar do desenvolvimento económico e social na União.

2. Objecto da Directiva 68/151

31. A Directiva 68/151, adoptada em 9 de Março de 1968, ou seja, dez anos após a entrada em vigor dos Tratados de Roma, é não só a primeira Directiva em matéria de direito das sociedades, mas sobretudo também a primeira medida de aproximação em matéria de direito civil [10]. Adoptada com base no artigo 54.º, n.º 3, alínea g) do Tratado CEE (artigo 44.º, n.º 2, alínea g) CE) [11], tem como finalidade a protecção de terceiros, em particular dos parceiros contratuais da sociedade. Estes devem não só poder obter as informações necessárias sobre a sociedade, mas também poder confiar na eficácia das declarações proferidas em nome da sociedade, assim como na existência da sociedade inscrita num registo [12]. Tal como é possível comprovar nos seus sexto e sétimo considerandos, a Directiva tem assim como objectivo a coordenação das normas dos Estados-Membros sobre a divulgação de dados essenciais relativos à sociedade, a eficácia das obrigações assumidas pela sociedade e a nulidade da sociedade. Embora normas para protecção das relações jurídicas constassem dos ordenamentos jurídicos de todos os países fundadores, as mesmas não eram de modo algum equivalentes. Perante o aumento crescente das actividades transfronteiriças das sociedades, pareceu urgente aos Estados-Membros aproximar mutuamente as disposições nacionais, para assim providenciar a nível de toda a comunidade uma protecção equivalente das relações jurídicas em geral e em particular dos credores.

32. A sua adopção foi antecedida por longas negociações no seio da Comunidade Económica Europeia, então ainda só composta pelos seis países fundadores. Na sequência da adesão dos restantes Estados-Membros, entre estes a Grécia, em 1981, a Directiva 68/151 foi por eles incorporada no «acervo comunitário». Através do respectivo Acto de Adesão, as disposições da Directiva, em particular o seu artigo 1.º relativo às sociedades abrangidas, foram adaptadas ao alargamento do círculo dos Estados-Membros. Esta disposição da Directiva, cuja interpretação o órgão jurisdicional de reenvio solicita ao Tribunal de Justiça no seu pedido de decisão prejudicial, fixa o âmbito de aplicação pessoal da

9 — Na opinião de Rondinelli, M., loc. cit. (nota 8), p. 38, trata-se de, através da aproximação das legislações, evitar que as decisões em matéria de localização e movimentos de capital sejam tomadas não com base em critérios económicos mas em função da existência dos enquadramentos mais favoráveis do direito das sociedades.

10 — Cf. Habersack, M., *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 3.ª edição, Munique 2006, § 5, n.º 1, p. 82.

11 — Corresponde ao artigo 50.º, n.º 2 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

12 — Cf. Hempel, K., *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag* (Heinz Mayer, editor), artigo 44.º, n.º 19, p. 19; Rondinelli, M., loc. cit. (n.º 8), p. 42.

Directiva, listando as formas societárias às quais esta se aplica em cada Estado-Membro. Trata-se aqui, sem excepções, de sociedades de capitais [13], nomeadamente da sociedade anónima, da sociedade em comandita por acções e da sociedade de responsabilidade limitada que, independentemente das diferenças na estruturação das respectivas formas das sociedades no direito das sociedades dos Estados-Membros, se distinguem por determinadas características comuns.

B – *Quanto à questão prejudicial*

33. Uma destas características comuns, relevante no presente processo, é a limitação, por princípio, da responsabilidade de uma sociedade de capitais pelas obrigações sociais ao património social. A qualidade de devedor, e a consequente responsabilidade de uma sociedade de capitais perante os credores pelas obrigações sociais, baseia-se na capacidade jurídica que lhe é conferida pelo direito nacional. Esta capacidade jurídica autónoma da sociedade implica que as obrigações contraídas em nome da sociedade não sejam simultaneamente obrigações sociais dos sócios. Para corrigir a limitação da responsabilidade ao património da pessoa colectiva, uma sociedade anónima e uma sociedade de responsabilidade limitada deve dispor de uma dotação de capital, por cuja realização e manutenção o ordenamento jurídico zela rigorosamente para protecção dos credores. Apesar da separação por princípio do património social e do património dos sócios nas sociedades de capitais, a jurisprudência e a legislação dos Estados-Membros permitem, em circunstâncias especiais, uma responsabilidade pessoal dos sócios pelas obrigações sociais da sociedade [14].

34. Tanto quanto me é dado saber, este princípio, independentemente de diferenças

13 — O sistema do direito das sociedades a nível europeu, como uma área do direito na qual existe no mínimo também uma parte de direito comunitário, abrange maioritariamente unicamente sociedades de capitais (cf. Behrens, P., loc. cit. [nota 7], n.º 15, p. 8). Com efeito, aplicam-se a liberdade de estabelecimento (artigos 43.º CE, 48.º CE), assim como o artigo 44.º, n.º 2, alínea g) CE, como norma principal de competência no direito das sociedades da União Europeia para todas as sociedades com fins lucrativos, mesmo as de direito público. No entanto, independentemente do efeito da liberdade fundamental, relativamente às sociedades comerciais de pessoas, o direito das sociedades europeu esgota-se num acto: o estatuto do Agrupamento Europeu de Interesse Económico (cf. Grundmann, S., *Europäisches Gesellschaftsrecht*, Heidelberg, § 1, nota. 12, p. 6). O motivo do enfoque legislativo na sociedade anónima resulta provavelmente do facto de, em si mesmo e devido à sua estrutura, este tipo de sociedade ser visto como a melhor forma possível de sociedade. (cf. Grünwald, A., loc. cit. [nota 8], p. 13).

14 — Cf. relativamente ao princípio da separação do património social e do património dos sócios Kraft, A./Kreutz, P., *Gesellschaftsrecht*, 10.ª edição, Berlim 1997, p. 50 e seguintes e/ou a separação da responsabilidade da sociedade e da dos sócios nas sociedades de capitais Kocbek, M., *Zakon o gospodarskih družbah (ZGD) s komentarjem*, 2.ª edição, GV Založba 2002, volume I, p. 127.

pontuais, é reconhecido em todos os Estados-Membros [15]. Este princípio foi posteriormente incorporado no Regulamento n.º 2157/2001 [16] que serviu de base à criação da forma societária supranacional da sociedade europeia (Societas Europaea, SE) [17]. Para determinar se, e até que ponto, o direito comunitário, perante as circunstâncias do processo principal, permite excepcionalmente o alargamento da responsabilidade ao património dos sócios, é necessária uma interpretação das respectivas disposições da Directiva, com base no seu teor, na sua articulação sistemática e no espírito e objectivo, devendo ser ainda considerado o grau de harmonização actual do direito das sociedades da União.

35. Para responder à questão prejudicial, importa apreciar primeiramente se a

15 — Os ordenamentos jurídicos nacionais prevêem sempre uma limitação de responsabilidade para as sociedades de capitais, mas as formulações variam. Por vezes, relativamente aos credores, estabelece-se que só o património social responde pelas obrigações da sociedade; outros ordenamentos jurídicos determinam que os sócios só respondem por uma determinada entrada ou que não respondem pessoalmente. Isso significa sempre que, relativamente aos credores da sociedade, ou seja, na relação externa, os sócios não respondem pela sociedade. (cf. Schwarz, G. C., *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 1.ª edição, Baden-Baden 2000, nota. 289, p. 187). Alemanha: os § 1, n.º 1 da lei alemã sobre as sociedades anónimas (AktG) e o § 13, n.º 2 da lei sobre sociedades de responsabilidade limitada (GmbHG) determinam que só o património social responde pelas obrigações da sociedade perante os respectivos credores. França: o artigo L. 223-1.º, n.º 1 do Código do Comércio (*Code de Commerce*) determina que a sociedade de responsabilidade limitada (*société à responsabilité limitée*) é fundada por uma ou mais pessoas, que respondem unicamente por perdas até ao montante da sua entrada. Do artigo L. 225-1.º do Código de Comércio resulta igualmente que os sócios da sociedade anónima (*société anonyme*) respondem unicamente por perdas até ao montante das suas acções. Áustria: o § 48 da lei federal sobre as sociedades anónimas (AktG) e o § 61, n.º 2 da lei sobre as sociedades de responsabilidade limitada (GmbHG) determinam que só o património social responde pelas obrigações da sociedade relativamente aos respectivos credores. Eslovénia: o artigo 7.º, n.º 2 da lei sobre as sociedades (Zakon o gospodarskih družbah – ZGD-1) prevê que a lei determina quando e como os sócios têm responsabilidade para além da sociedade. De acordo com o artigo 168.º, n.º 2 ZGD-1, a sociedade anónima responde com todo o seu património pelas suas obrigações relativamente aos credores. De acordo com o artigo 168.º, n.º 3 ZGD-1, os sócios não respondem pelas obrigações da sociedade perante os credores. De acordo com o artigo 472.º, os sócios também não respondem pelas obrigações da sociedade de responsabilidade limitada (cf. aqui Kocbek, M., loc. cit. (nota 14), volume I, p. 122, 530 e volume II, p. 336). Reino Unido: as sociedades de capitais, tais como a *public company limited by shares* e a *private company limited by shares*, estão regulamentadas na lei sobre sociedades de capitais (Companies Act 2006). A primeira é comparável à sociedade anónima alemã, a última à sociedade alemã de responsabilidade limitada (cf. Just, C., *Die englische Limited in der Praxis*, Munique 2005, p. 4). O artigo 1.º, n.º 1 da lei sobre sociedades de capitais dispõe que uma sociedade é uma *limited company*, quando a responsabilidade dos seus membros é limitada pelo acto constitutivo, e que a responsabilidade pode ser limitada por acções (*shares*) ou por um montante de garantia (*guarantee*). Espanha: o artigo 1.º da lei 2/1995 de 23 de Março de 1995 sobre as sociedades de responsabilidade limitada (Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) define que o capital da sociedade se compõe de acções, que consistem nas participações dos sócios e que os sócios não respondem pelas obrigações da sociedade. O mesmo refere o artigo 1.º da lei 1564/1989 sobre sociedades anónimas (Ley de Sociedades Anónimas).

16 — Regulamento (CE) N.º 2157/2001 do Conselho de 8 de Outubro de 2001 relativo ao estatuto da sociedade europeia (JO L 294, p. 1).

17 — De acordo com o artigo 1.º do Regulamento (CE) N.º 2157/2001, a sociedade europeia dispõe de personalidade jurídica própria. Como pessoa colectiva, é assim a sociedade (e não o conjunto dos seus sócios) a titular dos direitos e das obrigações perante terceiros. A responsabilidade dos diferentes accionistas, ou seja, dos sócios, de acordo com o artigo 1.º, n.º 2, segunda frase do Regulamento, é limitada ao valor nominal das acções por eles subscritas. Não resulta da norma se a responsabilidade pela realização da entrada se limita às relações internas ou se os credores da sociedade europeia podem agir conjuntamente contra os accionistas. O facto de a sociedade ser pessoa colectiva, com efeito, não exclui desde logo uma responsabilidade perante terceiros. Mas como uma pessoa colectiva é ela própria obrigada e tem poderes, é, por princípio, necessária uma norma especial para justificar uma responsabilidade perante terceiros dos seus membros, pois os credores só estão em relação jurídica com a sociedade, não com os sócios. Tal como Schröder, A., *Europäische Aktiengesellschaft SE* (Gerhard Manz/Barbara Mayer/Albert Schröder, editores), Baden-Baden 2005, artigo 1.º SE-VO, notas 25 a 29, p. 49 f., esclarece com justeza, não há um fundamento justificativo de uma responsabilidade geral dos accionistas da sociedade perante os credores da sociedade. Na opinião do autor, o artigo 1.º, n.º 2, segunda frase do Regulamento não cria este fundamento justificativo, limitando a obrigação do accionista de realizar a sua entrada até um determinado montante, sem fixar se a obrigação só é válida nas relações internas ou se também o é nas relações com terceiros. O princípio da separação entre sociedade e sócios só excepcionalmente pode não ser respeitado, recorrendo-se aos sócios, se não for possível responder de outro modo aos interesses dos credores.

regulamentação nacional objecto de litígio se encontra abrangida pelo âmbito de aplicação da Directiva 68/151 e, num passo seguinte, se esta é compatível com o disposto na Directiva.

1. Direito derivado, como critério de apreciação

a) Aplicabilidade da Directiva 68/151

i) Existência de uma sociedade anónima nos termos do artigo 1.º da Directiva 68/151

36. O artigo 1.º da Directiva 68/151 define o círculo clássico das sociedades de capitais, no qual se insere a forma societária da sociedade anónima que é a forma da recorrente do processo principal, de acordo com as disposições gregas. Esta vinculação formal a uma determinada forma de sociedade, implica que a presente situação é abrangida pelo âmbito de aplicação pessoal da Directiva.

37. Além disso, importa examinar se também se encontra abrangida pelo âmbito de aplicação material da Directiva 68/151. Será necessário, para esse efeito, que esteja reconhecido, ainda que rudimentarmente, o princípio da limitação de responsabilidade pelas obrigações da sociedade anónima.

ii) Reconhecimento de uma limitação de responsabilidade

38. O direito das sociedades anónimas foi objecto de diversas regulamentações do direito da União que, essencialmente, permitem reconhecer um conceito global completo [18]. Segundo este conceito, a sociedade anónima é juridicamente autónoma e dispõe de um capital mínimo distribuído por acções. Os accionistas estão exonerados da responsabilidade pelas obrigações sociais da sociedade; em contrapartida, a realização e a conservação do capital da sociedade são garantidas através de regras correspondentes. A estrutura organizacional da sociedade é caracterizada pela separação entre o nível da direcção e o da Assembleia-geral, assim como a nível da direcção pela separação entre a administração e a fiscalização. Isto é válido independentemente de, a nível da direcção, estarem previstos dois órgãos distintos (sistema dualista) ou um só órgão (sistema monista); o direito das sociedades da União Europeia coloca os dois modelos à escolha. Por princípio, as acções são livremente transmissíveis e podem ser cotadas em bolsa; os accionistas têm os mesmos direitos (sobretudo direito de voto e direito a dividendos) e obrigações (obrigação de entrada). A prestação de contas encontra-se pormenorizadamente regulamentada; os documentos contabilísticos estão sujeitos a fiscalização e a publicidade. As regulamentações em matéria

18 — Esta é igualmente a opinião defendida por Behrens, P., loc. cit. (nota 7), n.º 15, p. 8, que se refere às várias características que distinguem o direito das sociedades anónimas da União Europeia.

de grupos empresariais visam abranger os problemas especiais das sociedades coligadas. Não obstante, esta concepção global do direito das sociedades anónimas é controversa entre os Estados-Membros relativamente a pontos importantes, como por exemplo, no que respeita à estrutura dos órgãos de direcção, pelo que as respectivas medidas de aproximação ainda não foram tomadas.

39. No que se refere ao aspecto da limitação da responsabilidade, relevante no caso em apreço, constata-se que a Directiva 68/151 o reconhece manifestamente como princípio do direito das sociedades de capital [19]. No terceiro considerando desta Directiva, a afirmação segundo a qual as sociedades enunciadas no artigo 1.º «como garantia, em face de terceiros, ... apenas oferecem o património social» traduz essa constatação do legislador. Além disso, o artigo 7.º da Directiva prevê uma responsabilidade solidária de pessoas por obrigações da sociedade decorrentes de actos praticados por elas em nome da sociedade ainda antes de esta ter adquirido capacidade jurídica. Isto também aponta no sentido de um reconhecimento do princípio da separação entre património social e património dos sócios, acima referido. Aliás, encontra-se uma formulação semelhante à do terceiro considerando desta Directiva, com referência às regulamentações aí contidas, na Directiva 78/660 [20], segundo as quais «se impõe uma coordenação simultânea nesses domínios para as referidas formas de sociedades, já que ... [as sociedades] ... só oferecem como garantia a terceiros o seu património social». Além disso, a Directiva 89/667 referida pelo órgão jurisdicional de reenvio e pelas partes no processo também pressupõe manifestamente a existência do respectivo princípio, sendo a limitação de responsabilidade designada como «instrumento jurídico» do chamado empresário individual [21].

40. Concluo assim que, aquando da adopção da Directiva em questão, o legislador comunitário, embora não tenha previsto expressamente a limitação da responsabilidade, partiu manifestamente de um princípio dos ordenamentos jurídicos societários nacionais nesse sentido e de um direito comunitário não escrito nesse sentido [22]. O que, certamente, nada diz sobre o seu conteúdo normativo exacto. Referir-me-ei a esse conteúdo normativo no

19 — Cf. neste contexto Schwarz, G. C., loc. cit. (nota 15), n.º 289, p. 187. Segundo as suas afirmações, a limitação da responsabilidade ao património social, na opinião da doutrina, é vista como uma característica das sociedades abrangidas pela Directiva 68/151.

20 — Quarta Directiva 78/660/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1978, baseada no n.º 3, alínea g), do artigo 54.º do Tratado, relativa às contas anuais de certas formas de sociedades (JO L 222, p. 11).

21 — O empresário individual é uma sociedade de capitais na qual todas as acções se encontram na titularidade de uma pessoa singular ou colectiva. Na prática, trata-se aqui de um empresário (de uma empresa em nome individual), que, através da sua sociedade de responsabilidade limitada, participa em relações jurídicas, mas cuja responsabilidade se encontra limitada ao montante das suas entradas.

22 — Também Grundmann, S., loc. cit. (nota 13), § 9, n.º 286, p. 127.

âmbito do exame da compatibilidade da regulamentação nacional objecto de litígio com a Directiva 68/151.

iii) Responsabilidade por obrigações da sociedade anónima

41. A Directiva 68/151 reconhece uma limitação da responsabilidade ao capital social, mas expressamente apenas no que diz respeito às «obrigações» contraídas pela sociedade, tal como resulta do segundo considerando, o que levanta a questão de saber se as coimas aplicadas pelo Estado também estão abrangidas por este conceito.

42. De acordo com a jurisprudência assente do Tribunal de Justiça [23], a aplicação uniforme do direito comunitário e o princípio da igualdade exigem que os termos de uma disposição do direito comunitário que não remete expressamente para o direito dos Estados-Membros, para a identificação do seu sentido e significado, devem normalmente ser interpretados de modo autónomo e uniforme em toda a comunidade, devendo esta interpretação deve ter lugar sob observância do contexto regulamentar e do objectivo pretendido pela regulamentação. Porém, se o legislador comunitário, num acto comunitário, remete tacitamente para as práticas nacionais, não compete ao Tribunal de Justiça dar ao conceito utilizado uma definição uniforme de direito comunitário [24].

43. No entanto não se encontra na Directiva uma definição legal deste conceito jurídico indefinido, nem é possível extrair dela quaisquer elementos de interpretação. Neste contexto deve referir-se que o direito das sociedades da União Europeia não tem como objectivo uma uniformização abrangente das normas dos Estados-Membros para a regulamentação das sociedades, tendo-se limitado até agora, através da aproximação das legislações por meio da técnica de regulamentação das Directivas, a regulamentar aspectos isolados do direito das sociedades [25], o que também explica a utilização das expressões «coordenando» e «tornar equivalentes» nº artigo 44.º, n.º 2, alínea g) CE, que implicam um nível menor de harmonização. Isto diferencia as directivas baseadas no artigo 44.º, n.º 2,

23 — Cf., entre outros, acórdãos de 18 de Janeiro de 1984, Ekro (327/82, Colect. 1984, 107, n.º 11), de 19 de Setembro de 2000, Linster (C-287/98, Colect. 2000, p. I-6917, n.º 43), de 9 de Novembro de 2000, Yiadom (C-357/98, Colect. 2000, p. I-9265, n.º 26), de 6 de Fevereiro de 2003, SENA (C-245/00, Colect. 2003, p. I-1251, n.º 23), de 12 de Outubro de 2004, Comissão/Portugal (C-55/02, Colect. 2004, p. I-9387, n.º 45), de 27 de Janeiro de 2005, Junk (C-188/03, Colect. 2005, p. I-885, n.º 27 a 30), e de 7 de Dezembro de 2006, SGAE (C-306/05, Colect. 2006, p. I-11519, n.º 31).

24 — Cf. acórdão Ekro (já referido na nota 23, n.º 14)

25 — Na opinião de Jung, P./Müller-Huschke, W., *EU-Kommentar* (Jürgen Schwarze, editor), 2.ª edição, Baden-Baden 2009, Art. 44.º CE, Nota 14, resulta do teor do artigo 44.º, n.º 2, alínea g) CE («coordenando», «tornar equivalentes») e da sua articulação sistemática com as normas de competência do artigo 44.º, n.º 1 CE limitadas à adopção de Directivas, que não se pretende uma unificação jurídica mas sim uma aproximação de legislações. De modo semelhante também Hempel, K., loc. cit. (nota 12), artigo 44.º, nota 13, p. 17. Prats Jané, S., *Evolución del Derecho societario europeo*, Badajoz 2007, p. 13, sublinha a diferença fundamental entre a aproximação de legislações e a unificação jurídica. Mustaki, G./Engammare, V., loc. cit. (nota 8), p. 105 referem que o Tratado CE concede unicamente um mandato de coordenação e não um mandato de unificação, o que permite aos Estados-Membros manter particularidades nacionais no direito das sociedades.

alínea g) CE, dos actos normativos relativos ao direito das sociedades da União Europeia adoptados com base no artigo 95.º CE. Nomeadamente, o termo «aproximação» utilizado no artigo 95.º CE não deve ser entendido de modo técnico, pois tanto abrange a aproximação no sentido estrito como a uniformização legislativa [26]. Independentemente disso, o artigo 95.º CE permite não só a adopção de Directivas, mas também a adopção de Regulamentos e Decisões, como outras medidas vinculativas nos termos do artigo 249.º CE.

44. Além disso, uma aproximação das legislações, como resulta expressamente da base legislativa do artigo 44.º, n.º 2, alínea g) CE, só tem lugar *na medida* em que tal seja *necessário*. Esta formulação mostra que o princípio da subsidiariedade já se encontrava aqui consagrado, ainda antes da sua formalização normativa no artigo 5.º, n.º 2 CE [27]. Uma actuação da União pressupõe assim que os objectivos das medidas consideradas não podem ser alcançados satisfatoriamente ao nível dos Estados-Membros e que, devido à sua abrangência ou ao seu efeito, podem ser mais bem alcançados ao nível da União. Com base no teor e na economia do artigo 44.º, n.º 2, alínea g) CE, no direito da liberdade de estabelecimento só são necessárias as medidas de aproximação das legislações que eliminam ou no mínimo diminuem efectivamente os obstáculos ao exercício da liberdade de estabelecimento das sociedades decorrentes das diferenças entre as normas de direito das sociedades dos Estados-Membros. No entanto, nada na Directiva indica que o legislador tenha considerado necessária uma regulamentação comunitária nesta matéria.

45. A ausência de uma definição do conceito de obrigações da sociedade pode ser interpretada no sentido de que o legislador manifestamente não pretendeu qualquer harmonização deste conceito e quis dar espaço aos direitos nacionais para uma estruturação legal mais detalhada. Como o legislador, em vez de assumir a sua competência reguladora nesta matéria, a remeteu tacitamente para o direito dos Estados-Membros, o Tribunal de Justiça não pode dar uma definição de direito comunitário uniforme para este conceito.

46. Cabe, assim, ao juiz nacional, com base no seu direito nacional, decidir se as coimas aplicadas pelo Estado podem ser consideradas obrigações de uma sociedade anónima. A decisão de reenvio mostra que a maioria dos membros do órgão jurisdicional de reenvio responde negativamente a esta questão. No entanto, uma minoria dos membros do órgão jurisdicional de reenvio responde afirmativamente à questão, referindo-se à liberdade económica consagrada na Constituição grega, assim como aos princípios reconhecidos no direito das sociedades deste Estado-Membro.

26 — Ver, neste sentido, também Schwarz, G. C., loc. cit. (nota 15), n.º 201, p. 129.

27 — Na doutrina é defendida a opinião de que a percepção desta competência de coordenação se encontra sob reserva de acção proporcional, na acepção do artigo 5.º, n.º 3, CE. Por vezes é defendido que a necessidade do necessário no artigo 44.º, n.º 2, alínea g) CE encontra a sua concretização no princípio da subsidiariedade (cf. Behrens, P., loc. cit. [nota 7], n.º 6a, p. 4). Schwarz, G. C., loc. cit. (nota 15), n.º 198, p. 128, pelo contrário, vê aqui uma manifestação precoce do princípio de subsidiariedade.

47. Se o órgão jurisdicional de reenvio viesse a concluir que, à luz do direito nacional, as coimas não devem ser consideradas obrigações de uma sociedade anónima, deveria, no presente caso, partir-se do princípio de que a regulamentação nacional objecto de litígio não se encontra abrangida pela Directiva 68/151. A resposta à questão da compatibilidade deveria por conseguinte ser no sentido de que, neste caso, a Directiva 68/151 não obsta a uma regulamentação como a do artigo 4.º, n.º 3 da Lei 2328/95.

48. Tendo em conta que ainda não existe claramente uma interpretação uniforme desta questão no ordenamento jurídico helénico, e perante a necessidade de responder de modo útil à questão prejudicial [28] colocada pelo órgão jurisdicional de reenvio, impõe-se examinar seguidamente a situação jurídica a título de precaução, também para o caso de as coimas virem a ser classificadas como obrigações da sociedade que originam a responsabilidade da sociedade anónima e, eventualmente, em caso de alargamento de responsabilidade, também a dos accionistas.

28 — No acórdão de 12 de Julho de 1979, Union Laitière Normande (244/78, Colect. 1979, 2663, n.º 5), o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 234.º CE, com efeito, não permite examinar os motivos de um pedido decisão prejudicial, mas que a necessidade de alcançar uma interpretação útil do direito comunitário pode tornar necessário alargar o âmbito jurídico no qual a interpretação solicitada se deve inserir. Na opinião de Lenaerts, K./Arts, A./Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, 2ª edição, p. 188, n.º 6-021, nada impede o Tribunal de Justiça de manifestar o seu entendimento da situação de facto do processo principal e reproduzir alguns aspectos do direito nacional como ponto de partida para uma interpretação útil das disposições de direito comunitário e dos princípios do direito comunitário aplicáveis.

iv) Âmbito da responsabilidade da sociedade anónima

49. Como a Directiva 68/151 não prevê qualquer restrição do seu âmbito de aplicação material de acordo com determinadas categorias de obrigações de sociedade, abrangendo globalmente a forma societária de sociedade anónima, uma disposição como o artigo 4.º, n.º 3 da Lei 2328/95 também é abrangida pela Directiva 68/151.

b) Compatibilidade com a Directiva 68/151

50. Com a sua questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se o artigo 1.º da Directiva 68/151 proíbe uma regulamentação nacional como a do artigo 4.º, n.º 3 da Lei 2328/95. Levanta-se aqui obrigatoriamente a questão da compatibilidade desta regulamentação com o direito comunitário, convindo lembrar que não é da competência do Tribunal de Justiça, no âmbito do processo de decisão prejudicial, apreciar a compatibilidade do direito nacional com o direito comunitário ou interpretar o direito nacional. No entanto, o Tribunal de Justiça pode transmitir ao órgão jurisdicional de reenvio todos os elementos de interpretação do direito comunitário que lhe permitam apreciar

a questão da compatibilidade para decidir o processo pendente nesse tribunal [29].

51. Consequentemente, o Tribunal de Justiça, no presente processo, deve limitar o seu exame, fornecendo uma interpretação do direito comunitário que seja útil ao órgão jurisdicional de reenvio, ao qual cabe apreciar a compatibilidade das disposições legislativas nacionais aplicáveis com o direito comunitário para proferir decisão no litígio nele pendente [30].

52. O artigo 1.º da Directiva 68/151 só se oporia a uma regulamentação nacional como a do artigo 4.º, n.º 3 da Lei 2328/95, se este contivesse uma regra exaustiva de limitações da responsabilidade de uma sociedade anónima, que excluísse um alargamento da responsabilidade aos sócios nas circunstâncias do processo principal.

53. Com efeito, tal como já foi referido, embora seja possível constatar na Directiva 68/151 um reconhecimento do princípio da separação entre património social e património dos sócios [31], isso não permite por si só concluir que há uma regulamentação exaustiva desta matéria. Como a Comissão esclarece com justeza, a Directiva 68/151 não tem como objectivo harmonizar a forma societária da sociedade anónima em si, tal como é conhecida nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros. Como já foi exposto [32], a sua base legislativa, ancorada no artigo 44.º, n.º 2, alínea g) CE serve para a aproximação das legislações mas não para a uniformização legislativa. Esta disposição também não pode ser invocada como base para a criação de formas societárias supranacionais. As Directivas adoptadas com base nestas disposições do Tratado não têm como objectivo qualquer regulamentação abrangente do direito das sociedades. Não criam qualquer direito uniforme, harmonizando unicamente partes da matéria, deixando aos Estados-Membros margem de manobra para a sua estruturação através da técnica de regulamentação das directivas. As Directivas têm por objectivo introduzir na União regulamentações substantivas equivalentes às normas de protecção relativas aos sócios e aos credores [33].

54. Interpretado correctamente, o artigo 1.º da Directiva 68/151 limita-se a definir para cada Estado-Membro as formas societárias às quais devem ser aplicadas as obrigações de publicidade estabelecidas na mesma directiva. Esta disposição não define determinadas formas societárias, nem as vincula a determinadas características específicas. Limita-se a estabelecer uma ligação a formas societárias já conhecidas do ordenamento jurídico dos Estados-Membros, através de uma simples

29 — Cf., entre outros, os acórdãos de 15 de Dezembro de 1993, Hünermund entre outros (C-292/92, Colect. 1993, p. I-6787, n.º 8), de 23 de Março de 2006, Enirisorse (C-237/04, Colect. 2006, p. I-2843, n.º 24), de 31 de Janeiro de 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, Colect. 2008, p. I-349, n.ºs 49 e 50), e de 16 de Dezembro de 2008, Michaniki (C-213/07, Colect. 2008, p. I-9999, n.º 51).

30 — Cf., entre outros, acórdão Michaniki (já referido na nota 29) n.º 52.

31 — Cf. o n.º 39 destas Conclusões.

32 — Cf. o n.º 43 destas Conclusões.

33 — Ver, neste sentido, Hempel, K., loc. cit. (nota 12), artigo 44.º, n.º 13, p. 17.

enumeração [34]. Por conseguinte, não se pode impedir que os Estados-Membros imponham aos diferentes tipos de sociedades aí enumerados obrigações adicionais, desde que estas não contrariem a Directiva ou outras disposições do direito comunitário.

55. Assim, por exemplo, não é possível referir uma única disposição da directiva que indique que os Estados-Membros devem impor no seu direito nacional das sociedades a limitação de uma sociedade anónima ao seu património social, apesar de vários ordenamentos jurídicos nacionais preverem disposições neste sentido [35]. Pelo contrário, parece verificar-se o inverso, tanto mais que a Directiva 89/667 embora indique no seu quinto considerando o princípio da limitação de responsabilidade como «instrumento jurídico» necessário de um empresário individual, não toca no direito dos Estados-Membros de «em casos excepcionais, impo[rem] a responsabilidade desse empresário relativamente às obrigações da empresa». Isto permite concluir que, no direito comunitário, são, com efeito, permitidas derrogações da limitação de responsabilidade. No entanto, o legislador comunitário não as estatui ele próprio, apesar de, tal como demonstra a Directiva 89/667, as permitir [36], em parte de modo explícito relativamente a grupos claramente definidos (por exemplo, artigo 2.º, n.º 2 da Directiva 89/667), em parte de modo menos explícito e aberto em termos de cláusulas gerais (quinto considerando: «em casos excepcionais»). Enquanto o artigo 2.º, n.º 2 da Directiva 89/667, à luz do seu sexto considerando, deve ser considerado definitivo, um afastamento da limitação de responsabilidade por circunstâncias excepcionais, na acepção do quinto considerando, deve ser justificado com as circunstâncias do caso concreto.

56. Convém recordar, no entanto, que a referida regulamentação se aplica exclusivamente aos empresários individuais. Não existe qualquer regra comparável na Directiva 68/151 que se aplique ao processo principal. E também não se encontram quaisquer

34 — Ver, neste sentido, também Grünwald, A., loc. cit. (nota 8), p. 13, que refere que em matéria de direito das sociedades as Directivas da União só estabelecem ligação com o critério formal da forma jurídica. Perante este facto, assim como à luz da disseminação heterogénea de sociedades anónimas, o resultado factual é o de um grau de harmonização fortemente diferenciado nos Estados-Membros. Schwarz, G. C., loc. cit. (nota 15), n.º 282, p. 182, esclarece que as Directivas da União em matéria de direito das sociedades não abrangem todas as sociedades que também são destinatárias da liberdade de estabelecimento. Pelo contrário, o âmbito de aplicação das Directivas só abrange formas designadas de sociedade dos diferentes Estados-Membros. Privilegia-se a técnica da enumeração em detrimento dos conceitos gerais passíveis de interpretação. No artigo 1.º quer da Directiva quer das respectivas propostas de Directiva, são referidas as formas jurídicas das sociedades que devem ser objecto das medidas de coordenação.

35 — Ver, neste sentido, Werlauff, E., *EU-Company Law*, 2.ª edição, Copenhaga 2003, p. 40. O autor esclarece, por um lado, que as disposições das Directivas em matéria de direito das sociedades não previam qualquer obrigação dos Estados-Membros de prescreverem, como característica essencial da definição de uma sociedade anónima, a obrigação de a responsabilidade da sociedade ser limitada ao património social, apesar de as disposições correspondentes se encontrarem presentes em vários ordenamentos jurídicos nacionais. Por outro lado, o autor refere que as disposições de Directivas existentes não impedirão os Estados-Membros de, em função da lei ou devido à jurisprudência, manterem disposições que, em certos casos, impõem aos sócios uma responsabilidade directa por obrigações sociais, de acordo com o princípio do alargamento da responsabilidade (alemão: «Haftungsdurchgriff»; dinamarquês: «ansvarsgennembrott»; inglês: «principle of lifting the veil»).

36 — Ver, neste sentido, também Schwarz, G. C., loc. cit. (nota 13), n.º 288, p. 128.

circunstâncias excepcionais que permitam um afastamento da limitação de responsabilidade pelos motivos invocados pelo Governo grego. De acordo com a argumentação do Governo grego, a regulamentação nacional objecto de litígio justifica-se por motivos de interesse público e social. A sanção, concebida como disciplina da actividade económica dos sócios, justifica-se pelo facto de estes últimos, pela sua participação na Assembleia Geral e na nomeação dos seus órgãos de administração, estarem em condições de zelar pela observação das normas legais e das regras deontológicas aplicáveis ao funcionamento dos operadores de televisão [37].

57. Na ausência de uma regulamentação explícita na Directiva 68/151, a competência para instituir uma derrogação excepcional da limitação de responsabilidade de sociedades anónimas cabe, pelos motivos acima indicados, aos legisladores nacionais [38]. Da ausência de uma harmonização resulta que, em princípio, cabe aos Estados-Membros apreciar a seu modo em que medida pretendem responder à protecção do interesse em questão pela derrogação da limitação de responsabilidade de uma sociedade anónima.

58. Pelo exposto, deve responder-se à questão prejudicial que a Directiva 68/151 não obsta a uma regra nacional como a do artigo 4.º, n.º 3 da Lei 2328/1995, que prevê que as coimas cominadas nos números anteriores do mesmo artigo para a infracção às normas em vigor e às regras deontológicas aplicáveis ao funcionamento dos operadores de televisão são aplicáveis não só à sociedade titular da licença de constituição e gestão de um operador de televisão, mas também, solidariamente com ela, a todos os sócios que detenham mais de 2,5% do capital.

2. Compatibilidade com o direito primário

a) Admissibilidade do recurso ao direito primário

59. Tal como já foi referido, a competência de princípio dos legisladores nacionais de imporem obrigações adicionais aos tipos de sociedades designadas no artigo 1.º da Directiva 68/151 é limitada pelas outras obrigações

37 — Cf. notas 9 e 10 do articulado do Governo grego.

38 — Cf. acórdão de 16 de Dezembro de 1997, Coöperatieve Rabobank (C-104/96, Colect. 1997, p. I-7219, n.ºs 22 a 24), no qual o Tribunal de Justiça reconheceu a competência de regulação dos legisladores dos diferentes Estados-Membros, na ausência de uma previsão expressa na Directiva 68/151. Nesse processo, tratava-se da questão de saber se o direito nacional também podia prever restrições do poder de representação orgânica em casos isolados, em que um terceiro não tinha conhecimento objectivo de uma violação. O Tribunal de Justiça respondeu afirmativamente, com a justificação de que o legislador da Directiva não quis regular estes casos (o conflito de interesses e o do negócio consigo próprio), e de que existe uma lacuna que terá de ser colmatada através do direito nacional.

do direito comunitário [39], devendo recordar-se, entre outras, as disposições de direito primário relativas à liberdade de estabelecimento [40]. Em primeiro lugar, as Directivas acima referidas destinam-se precisamente a servir a concretização desta liberdade fundamental, tal como resulta expressamente do artigo 44.º, n.º 1, CE. Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça, no acórdão Daihatsu [41], que tinha como objecto a interpretação da Directiva 68/151, esclareceu que o artigo 44.º, n.º 2, alínea g) CE deve ser entendido em conjugação com as outras disposições do direito primário [42].

60. Embora na questão prejudicial submetida não seja expressamente reconhecível um pedido de interpretação destas disposições, o órgão jurisdicional de reenvio na sua decisão de reenvio remete em parte para as mesmas [43], o que permite reconhecer que este órgão está ciente da relevância destas disposições para a decisão no processo principal. Além disso, no seu articulado, a Comissão tomou brevemente posição sobre a questão da compatibilidade das disposições legais nacionais objecto de litígio com os artigos 43.º CE e 48.º CE.

61. Recorda-se, nessa medida, que o Tribunal de Justiça deve fornecer ao órgão jurisdicional de reenvio todos os elementos de interpretação do direito comunitário que lhe possam ser úteis para a decisão do caso pendente nesse tribunal, quer aquele órgão jurisdicional lhes tenha ou não feito referência no enunciado das suas questões [44]. Atendendo aos efeitos que uma decisão prejudicial irá ter no ordenamento jurídico grego, parece-me indispensável, no âmbito da apreciação do presente processo, analisar as disposições acima referidas.

b) Liberdade de estabelecimento

i) Aplicabilidade dos artigos 43.º CE e 48.º CE

62. De acordo com o artigo 43.º, n.º 2 CE, a liberdade de estabelecimento compreende tanto o acesso às actividades não assalariadas

39 — Cf. o n.º 54 destas Conclusões.

40 — Cf. Grundmann, S., loc. cit. (nota 13) § 9, nota 311, p. 136, que manifestamente partilha esta opinião. O autor analisa a questão de saber se os Estados-Membros são competentes para fixar excepções à limitação de princípio da responsabilidade de sociedades de capitais. O autor é da opinião de que também seria possível alegar a falta de competência do legislador nacional para proibir outras derrogações, e que a Directiva deveria ser interpretada neste sentido (em conformidade com o direito primário). O autor parece propor uma apreciação com base nas disposições de direito primário sobre a liberdade de estabelecimento. Habersack, M., loc. cit. (nota 10), § 1, n.º 3, p. 1, e observa que as liberdades fundamentais impõem limitações à liberdade de estruturação do legislador nacional, independentemente da estruturação do direito secundário.

41 — Acórdão de 4 de Dezembro de 1997, Daihatsu (C-97/96, Colect. 1997, p. I-6843).

42 — Ibidem, n.º 18. Neste ponto, o Tribunal de Justiça afirma o seguinte: «Importa salientar que o artigo 54.º, n.º 3, alínea g), deve ser lido à luz tanto dos artigos 52.º e 54.º do Tratado CE, dos quais resulta que a coordenação das legislações em matéria de sociedades se inscreve no programa geral de supressão das restrições à liberdade de estabelecimento, como do artigo 3.º, alínea h), do Tratado CE, em virtude do qual a acção da Comunidade implica a aproximação das legislações dos Estados-Membros na medida do necessário para o funcionamento do mercado comum».

43 — V. pp. 5 e 7 da decisão de reenvio.

44 — Cf. acórdãos de 12 de Dezembro de 1990, SARPP (C-241/89, Colect. 1990, p. I-4695, n.º 8), de 2 de Fevereiro de 1994, Verband Sozialer Wettbewerb, acórdão «Clinique» (C-315/92, Colect. 1994, p. I-317, n.º 7), de 4 de Março de 1999, Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola (C-87/97, Colect. 1999, p. I-1301, n.º 16), de 7 de Setembro de 2004, Trojani (C-456/02, Colect. 2004, p. I-7573, n.º 38), e de 17 de Fevereiro de 2005, Oulane (C-215/03, Colect. 2005, p. I-1215, n.º 47).

e o seu exercício, como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 48.º 2 CE, nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais. São, portanto, em primeiro lugar, os empresários que se encontram abrangidos pelo campo de aplicação desta liberdade fundamental.

63. Por outro lado, de acordo com a jurisprudência assente, são abrangidas pelo âmbito de aplicação das disposições do Tratado CE relativas à liberdade de estabelecimento as disposições nacionais aplicáveis quando um nacional do Estado-Membro em questão detém uma participação no capital de uma sociedade com sede num outro Estado-Membro, que lhe permite exercer uma influência certa sobre as decisões desta sociedade e determinar as respectivas actividades [45]. Por conseguinte, também se encontram, em princípio, protegidos pelo artigo 43.º, n.º 1, CE os sócios de uma sociedade anónima, na medida em que aí ocupem uma posição determinante [46].

64. Esta condição prévia é, por seu lado, decisiva para uma delimitação relativamente à livre circulação de capitais. Se, nomeadamente, uma participação não for suficiente para lhe conferir uma influência inequívoca sobre as decisões de uma sociedade, então a liberdade fundamental em questão não é a liberdade de estabelecimento mas a liberdade de circulação de capitais [47].

65. O Tribunal de Justiça não definiu de um modo geral em que condições precisas uma influência inequívoca é abrangida pelo âmbito de aplicação da liberdade de estabelecimento.

45 — Cf., entre outros, acórdãos de 13 de Abril de 2000, Baars (C-251/98, Colect. 2000, p. I-2787, n.º 22), de 21 de Novembro de 2002, X und Y (C-436/00, Colect. 2002, p. I-10829, n.º 37), de 12 de Setembro de 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, Colect. 2006, p. I-7995, n.º 31), e de 13 de Março de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, Colect. 2007, p. I-2107, n.º 27), de 23 de Outubro de 2007, Comissão/ /Alemanha (C-112/05, Colect. 2007, p. I-8995, n.º 13), de 6 de Dezembro de 2007, Columbus Container Services (C-298/05, Colect. 2007, p. I-10451, n.º 29), de 17 de Julho de 2008, Comissão/Espanha (C-207/07, n.º 60), de 22 de Dezembro de 2008, Truck Center (C-282/07, Colect.. 2008, p. I-10767, n.º 25), de 18 de Junho de 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, Colect. 2009, p. I-5145, n.º 34), e de 21 de Janeiro de 2010, SGI (C-311/08, Colect. 2010, p. I-487, n.º 27). Decisão de 4 de Junho de 2009, KBC Bank, entre outras (C-439/07 e C-499/07, Colect. 2009, p. I-4409, n.º 70).

46 — Cf. por exemplo o acórdão Baars (já referido na nota 45), n.º 22. Tratava-se neste caso de um nacional de um Estado-Membro que aí residia e que detinha todas as acções de uma sociedade com sede noutro Estado-Membro. O Tribunal de Justiça constatou que uma participação de 100% no capital de uma sociedade com sede em outro Estado-Membro tem inequivocamente como efeito que sejam aplicáveis a estes sujeitos passivos de imposto as normas do Tratado sobre a liberdade de estabelecimento.

47 — Ver, neste sentido, Randelzhofer/Forsthoff, Das Recht der Europäischen Union (Grabitz/Hilf, editores), artigo 43, n.º 115, p. 31, e Ress/Ukrow, artigo 56, n.º 156, p. 68. V. também as Conclusões do advogado-geral Alber de 14 de Outubro de 1999, Baars (C-251/98, Colect. 2000, p. I-2787, n.º 33), nas quais o advogado-geral esclareceu que os limites entre os simples investimentos de capital sobre forma de acções de uma empresa estabelecida num outro Estado-Membro e o estabelecimento neste Estado-Membro deveriam ser traçados no ponto em que o accionista deixa de pretender obter lucros resultantes do seu apoio a uma actividade empresarial determinada por outras pessoas, através da mera entrada de capital, para passar ele próprio a ter uma actuação empresarial. Esta actividade empresarial implica, para além do mero direito de voto, a sua participação num grau que lhe concede uma influência substancial relativamente às decisões empresariais da sociedade. Devem aqui ter-se em conta as regras do direito das sociedades no Estado-Membro em que a empresa está estabelecida. V. por fim, os acórdãos SGI (já referidos na nota 45, n.º 36 e 37) e Aberdeen Property Fininvest Alpha (já referido na nota 45, n.º 34 e 35).

De acordo com a sua jurisprudência, trata-se de algo que deve ser avaliado à luz das circunstâncias de facto particulares e do direito das sociedades relevante [48]. O acórdão Baars [49], que está na origem desta jurisprudência assente, parece no entanto apontar que este é o caso quando, de acordo com as particularidades do processo, existe a «possibilidade do controlo ou [d]a gestão da sociedade», o que não é necessariamente o caso numa participação significativa.

66. Concluir que uma participação de 2,5% do capital social é realmente suficiente para exercer uma influência certa sobre as decisões da sociedade em questão e determinar as respectivas actividades é uma constatação [50] que, por uma questão de princípio, deve ser feita pelo órgão jurisdicional de reenvio com base nas circunstâncias concretas do processo principal e no direito das sociedades relevante. Parece avisado neste momento levantar algumas dúvidas relativamente ao cumprimento desta condição prévia. Por outro lado, há que considerar que esta percentagem só representa um patamar mínimo. Por conseguinte, a regulamentação nacional objecto de litígio também abrange participações mais significativas no capital social, teoricamente adequadas a conferir aos sócios em questão a possibilidade de exercerem uma influência inequívoca sobre as decisões desta sociedade e determinar as respectivas actividades, na acepção da jurisprudência do Tribunal de Justiça.

67. De qualquer modo, resulta da decisão de reenvio [51] que a maioria do colectivo do órgão jurisdicional de reenvio considera que, devido à especificidade das disposições que regulam as sociedades anónimas operadoras de televisão, como a natureza nominativa das acções, etc., se deve aceitar que um sócio duma sociedade desse tipo detentor de mais de 2,5% do capital social não é um investidor comum, mas um accionista-empresário, que tem a possibilidade de exercer influência sobre a administração da sociedade e, por consequência, sobre o funcionamento do operador de televisão. Partindo do princípio que esta afirmação é correcta, deve assumir-se que os sócios da sociedade em questão se encontram igualmente protegidos pela liberdade de estabelecimento.

48 — Cf. Randelzhofer/Forsthoff, loc. cit. (n.º 47) artigo 43.º, n.º 115, p. 31, e Ress/Ukrow, artigo 56.º, n.º 156, p. 68. Estes últimos observam que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, uma participação de capital inferior a 25% poderia eventualmente ser suficiente para uma determinada influência, se conferisse deste modo ao proprietário da participação uma influência dominante sobre a sociedade à qual se encontra ligado com outros titulares de participações. No entanto, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, uma mera participação de 10% dos votos não é normalmente suficiente para exercer uma influência certa sobre as decisões de uma sociedade e sobre as respectivas actividades.

49 — Cf. acórdão Baars (já referido na nota 45, n.º 19)

50 — Cf. acórdão X e Y (já referidos na nota 45, n.º 37), Comissão/Alemanha (já referido na nota 45, n.º 14), Comissão/Espanha (já referido na nota 45, n.º 35 a 39, 61) e de 26 de Março de 2009, Comissão/Itália (C-326/07, Colect. 2009, p. I-2291, n.ºs 38 e 39).

51 — Cf. p. 4 da decisão de reenvio.

68. Por seu lado, o artigo 48.º CE define o âmbito do capítulo sobre a liberdade de estabelecimento para sociedades e associações de direito privado e público, ao equipará-las, sob determinadas condições, às pessoas singulares [52].

ii) Restrição da liberdade de estabelecimento

69. Como não existem indícios de que a regulamentação objecto de litígio seja diferentemente aplicada a sociedades anónimas e/ou sócios nacionais e estrangeiros, pressupõe-se em seguida que esta legislação não tem carácter discriminatório.

– O artigo 43.º CE como proibição de restrições abrangente

70. Resta examinar se a regulamentação constitui uma restrição da liberdade de estabelecimento na acepção do artigo 43.º CE e se esta restrição pode eventualmente ser justificada. Segundo jurisprudência assente [53], o artigo 43.º CE obsta a qualquer regulamentação nacional que, embora aplicável sem discriminação em razão da nacionalidade, seja susceptível de afectar ou de tornar menos atractivo o exercício, pelos nacionais comunitários, da liberdade de estabelecimento garantida pelo Tratado.

71. De acordo com esta jurisprudência, o artigo 43.º CE não só contém uma proibição de discriminações ostensivas e dissimuladas, mas também pode ser entendido como proibição de restrições abrangente. Assim, as restrições na acepção do artigo 43.º CE são não só as regulamentações discriminatórias mas também, em certas circunstâncias, as regulamentações não discriminatórias, ou seja, medidas que não têm como objectivo nem

52 — Cf. Troberg/Tiedje, em: *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft* (Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze, editores), artigo 48.º, n.º 1, p. 1596.

53 — Cf., entre outros, acórdão de 31 de Março de 1993, Kraus (C-19/92, Colect. 1993, p. I-1663, n.º 32), de 30 de Novembro de 1995, Gebhard (C-55/94, Colect. 1995, p. I-4165, n.º 37), de 9 de Março de 1999, Centros (C-212/97, Colect. 1999, p. I-1459, n.º 34), de 1 de Fevereiro de 2001, Mac Quen, entre outros, (C-108/96, Colect. 2001, p. I-837, n.º 26), e de 17 de Outubro de 2002, Payroll, entre outros (C-79/01, Colect. 2002, p. I-8923, n.º 26), de 14 de Outubro de 2004, Comissão/Países Baixos (C-299/02, Colect. 2004, p. I-9761, n.º 15), de 30 de Setembro de 2003, Inspire (C-167/01, Colect. 2003, p. I-10155, n.º 133), de 21 de Abril de 2005, Comissão/Grécia (C-140/03, Colect. 2005, p. I-3177, n.º 27), e de 10 de Março de 2009, Hartlauer (C-169/07, Colect. 2009, p. I-1721, n.º 33).
O artigo 43.º CE corresponde em conteúdo ao artigo 31.º do Acordo EEE, por cuja interpretação é competente o Tribunal EFTA (relativamente aos Estados EFTA/EEE). De acordo com a exigência de uma jurisprudência homogénea dentro do Espaço Económico Europeu, o Tribunal da EFTA aplicou a jurisprudência do Tribunal de Justiça acima referida a esta disposição do Acordo. Cf., entre outros, acórdão de 26 de Junho de 2007, ESA/Noruega (E-2/06, Colect. 2007, 163, nota 64) e de 7 de Maio de 2008, Seabrokers/Noruega (E-7/07, Colect. 2008, 171, nota 50). Cf. sobre a exigência de homogeneidade e sobre a necessidade de um diálogo entre o Tribunal de Justiça e o Tribunal da EFTA, Baudenbacher, C., «The EFTA Court, the ECJ, and the latter's Advocates General: a tale of judicial dialogue», *Continuity and change in EU law: essays in honour of Sir Francis Jacobs*, 2008, p. 120 e seguintes.

por efeito [54], prejudicar estrangeiros. O artigo 43.º CE obsta, em princípio, a qualquer medida nacional susceptível de afectar ou de «tornar menos atractivo» o exercício da liberdade de estabelecimento [55]. Na sua jurisprudência sobre a livre circulação de mercadorias e de serviços, o Tribunal de Justiça pôs em marcha uma evolução das liberdades fundamentais, de uma proibição de discriminação correspondente à ideia da «igualdade estrutural das liberdades fundamentais», para uma proibição geral de restrições [56].

72. O ponto de partida das reflexões subjacentes ao exame do carácter restritivo da regulamentação objecto de litígio deve ser, na minha opinião, a situação hipotética em que uma sociedade com sede na União desloca a sua sede (liberdade de estabelecimento primária) para a Grécia ou abre aí uma sucursal (liberdade de estabelecimento secundária) [57]. Também não pode excluir-se que a perspectiva de uma eventual derrogação da restrição de responsabilidade da sociedade anónima e, portanto, também o risco de uma co-responsabilidade pessoal dos sócios em caso de violação das normas legais e das regras deontológicas aplicáveis ao funcionamento dos operadores de televisão possa ter um efeito dissuasor para as empresas que deslocam a sua actividade de outro Estado-Membro para a Grécia ou aí desejam estabelecer uma sucursal. A aplicação, também contra os seus sócios, de uma sanção associada a uma perda patrimonial é susceptível de impedir a sociedade, juntamente com os seus accionistas, de exercer a sua actividade no sector dos meios de comunicação gregos. Tal como esclarece o órgão jurisdicional de reenvio, um alargamento da responsabilidade aos sócios, como no caso da recorrente do processo principal, também priva de atractividade a compra de acções destas sociedades [58]. A regulamentação objecto de litígio é assim, por princípio, susceptível de tornar menos atractivo o exercício da liberdade de estabelecimento garantida pelo Tratado a sociedades estrangeiras.

73. De acordo com a definição geral da restrição até agora defendida pela jurisprudência

54 — Cf. Schwarz, G. C., loc. cit. (n.º 15), n.º 136, p. 89.

55 — Ver, neste sentido, Mustaki, G./Engammare, V., loc. cit. (nota 8), p. 40; Prats Jané, S., loc. cit. (nota 25), p. 94, e Forsthoff, U./Schulz, M., «Gläubigerschutz bei EU-Auslandsgesellschaften», *Grenzüberschreitende Gesellschaften* (Hrsg. von Heribert Hirte/Thomas Bücker), 2.ª edição, Berlim 2006, n.º 38, p. 82, com referência à jurisprudência do Tribunal de Justiça. Como exemplo clássico de uma restrição à liberdade de estabelecimento na acepção do artigo 43.º, n.º 1 CE, Jung, P, *EU-Kommentar* (Jürgen Schwarze, editor), 2.ª edição, Baden-Baden 2009, artigo 48.º CE, n.º 21, aponta por exemplo os emolumentos dos registos comerciais de sociedades ou das suas sucursais.

56 — Ulmer, P., «Schutzinstrumente gegen die Gefahren einer Geschäftstätigkeit inländischer Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften mit fiktivem Auslandssitz», *Juristenzeitung* 1999, p. 665, aponta que a fórmula desenvolvida para a área da livre circulação de mercadorias Cassis de Dijon, também é válida no âmbito da liberdade de estabelecimento, o que foi reconhecido na jurisprudência mais recente do Tribunal de Justiça. Cf. também Habersack, M., loc. cit. (n.º 10), § 3, n.º 4, p. 4, que se refere à extensão do conceito de restrição de estabelecimento desenvolvido pelo Tribunal de Justiça nos acórdãos Kraus e Gebhard.

57 — Neste contexto deve ter-se em atenção o acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de Setembro de 1988, Daily Mail (81/87, Colect. 1988, 5483, n.º 25), segundo o qual os artigos 43.º CE e 48.º CE do Tratado devem ser interpretados no sentido de que não conferem, no estádio actual do direito comunitário, nenhum direito a uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e que neste tenha a sua sede estatutária, de transferir a sede da sua administração para um outro Estado-Membro Pelo contrário, no acórdão Centros (já referido na nota 53) o Tribunal de Justiça reconheceu o direito das sociedades à criação de uma sucursal num outro Estado-Membro. Cf. aqui Maranelli, K., «Il diritto comunitario di stabilimento delle società», *Percorsi di diritto societario europeo*, Turin 2000, p. 122 e seguintes.

58 — Cf. p. 4 da decisão de reenvio.

na acepção do artigo 43.º CE, deve considerar-se que, no processo principal, se verifica uma restrição da liberdade de estabelecimento [59].

Considerando que, no acórdão Keck e Mithouard [61], se admitiu uma restrição da liberdade de circulação de mercadorias nos termos do artigo 28.º CE, coloca-se a questão de saber se será razoável proceder a uma delimitação dogmática do conceito de restrição em matéria de liberdade de estabelecimento. Em favor desta tese poderá argumentar-se com a finalidade desta liberdade fundamental, que deve permitir uma escolha livre do local mas não deve ser utilizado como instrumento dos agentes económicos para alterar as suas condições de localização face aos concorrentes nacionais [62].

– Possibilidade de uma delimitação teleológica da proibição de restrições

74. Embora o Tribunal de Justiça, como já se viu, parta manifestamente, também no caso também da liberdade de estabelecimento, de uma convergência das liberdades fundamentais, ao interpretar de modo lato o conceito da restrição nos termos do artigo 43.º CE [60], ainda não se pronunciou até agora claramente sobre o âmbito do artigo 43.º, n.º 1 CE.

75. De acordo com o objectivo da liberdade de estabelecimento de suprimir as restrições à instalação de sociedades de outros Estados-Membros, e também com o objectivo do direito das sociedades da União Europeia de assegurar tanto a existência, como a identidade de uma sociedade aquando de uma deslocalização transfronteiriça [63], seria, em princípio, concebível determinar o âmbito da proibição de restrição consoante a regulamentação nacional em questão coloque «obstáculos de acesso específicos» ou determine simplesmente as «condições de localização». No primeiro caso, aplicar-se-ia a proibição de

59 — Cf. Grundmann, S., loc. cit. (nota 13) § 9, n.º 311, p. 137, que também concorda com o carácter restritivo de uma derrogação por via legislativa da restrição de responsabilidade, formulando-o no entanto diferentemente. Na sua opinião, promove-se certamente a liberdade de estabelecimento, pelo menos em situações de casos transfronteiriços, quando no estrangeiro não se teme qualquer derrogação da restrição de responsabilidade. Müller-Graff, P.-C., *EUV/EGV-Kommentar* (Rudolf Streinz, editor), artigo 48.º, nota 22, p. 692, trata as regras do alargamento da responsabilidade por motivos de protecção dos credores no âmbito do estudo da questão de saber se as restrições à mudança de uma sociedade para outro Estado-Membro são compatíveis com o artigo 43.º CE. Na sua opinião, estas podem ser justificadas em certos casos. Assim, o autor parte manifestamente do princípio de que as regras da extensão da responsabilidade constituem restrições à liberdade de estabelecimento na acepção do artigo 43.º CE. Ulmer, P., (loc. cit. nota 56), p. 665, no caso da extensão da responsabilidade, também parte manifestamente de uma restrição da liberdade de estabelecimento, que, no entanto, deverá ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade.

60 — Cf. Skouris, V., «Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten im europäischen Gemeinschaftsrecht», *Die Öffentliche Verwaltung*, 2006, p. 94; este autor observa que, na relação das liberdades fundamentais entre si, se desenha uma tendência para uma paralelização (palavra-chave: «dogmática uniforme dos direitos fundamentais») que permite, aquando da apreciação dos obstáculos, a combinação dos eventuais obstáculos especiais previstos com a figura geral dos motivos obrigatórios do interesse geral nas respectivas liberdades fundamentais. Segundo ele, a chamada «fórmula Gebhard», várias vezes utilizada, não se refere especificamente a uma liberdade fundamental, sendo aplicável a todas as liberdades fundamentais.

61 — Acórdão de 24 de Novembro de 1993 nos processos C-267/91 e C-268/91, Keck e Mithouard, Colect. 1993, p. I-6097.

62 — Ver, neste sentido, Forsthoff, U., «Mobilität von Gesellschaften im Binnenmarkt – Spielraum für Erstreckung deutschen Rechts auf EU-Auslandsgesellschaften», *Grenzüberschreitende Gesellschaften* (Heribert Hirte/Thomas Bücker, editores), 2.ª edição, Berlim 2006, n.os 38, 39, p. 82 e seguintes.

63 — As disposições dos Estados-Membros relativas à identidade da sociedade também têm um efeito de obstáculo de acesso. Esta identidade não deve ser afectada pela passagem das fronteiras. As disposições que atingem a identidade da sociedade não podem ser entendidas como parte das condições de localização, pois não são impostas do exterior aos agentes económicos, antes quase alteram de dentro para fora a estruturação do titular da liberdade de estabelecimento, a sociedade. O conceito da protecção de identidade encontra-se definido na jurisprudência do Tribunal de Justiça (cf. acórdão de 5 de Novembro de 2002, Überseering, C-208/00, Colect. 2002, p. I-9919, n.º 80 e seguintes).

restrição e, nos restantes casos, unicamente a proibição de discriminação directa e indirecta implícita na liberdade de estabelecimento [64]. Alguns acórdãos no domínio da livre prestação de serviços [65] e da livre circulação de capitais [66] mostram que o Tribunal de Justiça entende as liberdades fundamentais, em primeiro lugar, como instrumento de abertura de mercado e que, assim, ao apreciar se, em casos concretos, existe uma restrição de liberdades fundamentais, decide averiguando se as disposições nacionais constituem ou não um obstáculo ao acesso ao mercado.

64 — Cf. Forsthoff, U., loc. cit., n.os 73 e 74, p. 544 f. Habersack, M., loc. cit. (nota n.º 10), § 3, n.º 7, p. 13, é da opinião que os artigos 43.º CE e 48.º CE contêm uma proibição de restrição no que diz respeito ao acesso ao mercado e, consequentemente, ao estabelecimento em si. Já o exercício de uma actividade comercial ou industrial por parte de uma sociedade uma vez estabelecida no território de um outro Estado-Membro se encontra sujeito, segundo ele, às disposições gerais nacionais. Em particular, os obstáculos relacionados com disposições obrigatórias mas não discriminatórias do direito nacional comercial e industrial, da concorrência e do trabalho não se encontram abrangidos pela protecção da liberdade de estabelecimento. Tratar-se-á neste caso de meras modalidades de venda, no sentido da jurisprudência Keck. Não há lugar, por conseguinte, a um controlo do direito nacional orientado em função do princípio da proporcionalidade. O direito nacional pode ser invocado relativamente às sociedades estabelecidas noutros Estados-Membros, se não for discriminatório.

65 — Cf. acórdão de 10 de Maio de 1995, Alpine Investments (C-384/93, Colect. 1995, p. I-1141, n.º 37). O acórdão incidia sobre uma proibição nacional do chamado «cold calling», o qual, na opinião do Tribunal de Justiça *influenciava* directamente *o acesso ao mercado dos serviços nos outros Estados-Membros*. O Tribunal de Justiça concluiu, assim, que era susceptível de impedir a circulação de serviços dentro da Comunidade, o que mostra que o Tribunal de Justiça entende as liberdades fundamentais, em primeira linha, como instrumento da abertura de mercado. Cf. também acórdão de 11 de Abril de 2000, Deliège (C-51/96 e C-191/97, Colect. 2000, p. I-2549, n.º 60 e seguintes).

66 — Cf. acórdão de 13 de Maio de 2003, Comissão/Espanha (C-463/00, Colect. 2003, p. I-4581, n.º 61) relacionado com a liberdade de circulação de capitais. O Tribunal de Justiça considerou como restrição da circulação de capitais na acepção do artigo 56.º EG, disposições nacionais que limitam investimentos. Na opinião do Tribunal de Justiça, as restrições de investimentos em questão eram indiscriminadamente aplicáveis tanto a residentes como a não residentes, mas afectavam a situação de adquirentes de uma participação nessa qualidade, pelo que eram susceptíveis de desincentivar investidores de outros Estados-Membros de tais investimentos e assim *influenciar o acesso ao mercado*. V. também o acórdão da mesma data Comissão/Reino Unido (C-98/01, Colect. 2003 página p. I-4641, n.º 47).

76. Relativamente à regulamentação nacional objecto de litígio não se trata, numa observação mais detalhada, nem de uma disposição que tem como objectivo regular especificamente o «acesso» de sociedades anónimas ao sector dos meios de comunicação grego, nem constitui efeito de «obstáculo» para alguém que deseje aceder a este sector particular. A regulamentação é antes uma componente de um quadro jurídico geral, que regula o funcionamento de operadores de televisão. Tem por objectivo assegurar o respeito das normas e das regras deontológicas aplicáveis ao funcionamento de operadores de televisão. São, na perspectiva de um observador objectivo, condições de enquadramento jurídico dos meios de comunicação, que um operador de televisão deve sempre cumprir. Do ponto de vista jurídico, a obrigação da observância destas condições de enquadramento do direito dos meios de comunicação encontra-se estruturada como uma «imposição» relacionada

com o funcionamento de um operador de televisão e não como uma «condição» [67]. O que significa que esta não decide «se» ou «quando» mas apenas «como» um operador de televisão deve funcionar. Encontram-se assim unicamente reguladas as «modalidades» de funcionamento de um operador de televisão. Além disso, o seu cumprimento não afecta nem a existência nem a identidade de uma sociedade anónima.

77. Se o Tribunal de Justiça se pronunciasse a favor de uma delimitação teleológica da proibição de restrição, a regulamentação nacional objecto de litígio deveria ser classificada na categoria das «condições de localização» que, segundo esta interpretação, não deveria ser entendida como restrição na acepção do artigo 43.º, n.º 1 CE. Na ausência de uma restrição da liberdade de estabelecimento, pode, em princípio, ser dispensável uma apreciação mais extensa com base nos artigos 43.º CE e 48.º CE.

78. Neste contexto, entendo, no entanto, que é forçoso chamar a atenção para o facto de que, na jurisprudência do Tribunal de Justiça existem alguns indícios de que, em certos casos, este Tribunal mostrou disponibilidade para acolher uma interpretação restritiva, mas isto não pode, de modo algum, ser entendido como um abandono da sua anterior interpretação lata do conceito da restrição. Deve antes partir-se, em princípio, de um entendimento amplo deste conceito. Consequentemente, as considerações seguintes assentam no conceito de uma proibição de restrição abrangente [68].

79. Por consequência, estamos perante uma restrição da liberdade de estabelecimento.

iii) Justificação de uma restrição da liberdade de estabelecimento

80. Da jurisprudência do Tribunal de Justiça [69] resulta que as medidas nacionais que restringem o exercício das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado devem preencher as seguintes condições prévias, para a serem compatíveis com o artigo 43.º CE: Estas devem justificar-se por prosseguirem exigências imperiosas de interesse geral, ser idóneas para alcançar o fim prosseguido e ser proporcionadas à realização desse fim. Além

67 — No direito administrativo geral, uma condição caracteriza-se por fazer depender de um determinado acontecimento o início ou o fim da validade de um acto administrativo, cuja ocorrência é incerta. Incerto pode ser neste caso não apenas «quando» o acontecimento ocorre, mas também «se» ele vai ocorrer. Pelo contrário, a imposição, ao contrário da condição, contém uma regra objectiva, a saber, a obrigação de uma determinada actuação, aceitação ou omissão por parte do beneficiário do acto administrativo. O acto administrativo ligado à imposição produz efeitos jurídicos imediatos, independentemente do facto de a imposição ser ou não cumprida. Pelo contrário, o acto administrativo com efeito suspensivo só produz efeitos com a ocorrência da condição. A imposição obriga e é obrigatoriamente executória. A disposição com efeito suspensivo não obriga e, portanto também não é executória. Cf. aqui Maurer, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11.ª edição, Munique 1997, n.º 6 e seguintes, p. 315 e seguintes.

68 — Cf. o n.º 70 a 73 destas Conclusões.

69 — Cf. acórdão Kraus (já referido na nota 53, n.º 32) e Gebhard (já referido na nota 53, n.º 37).

disso, a protecção dos direitos fundamentais constitui um interesse justificado, por princípio susceptível de justificar uma restrição de uma liberdade fundamental garantida pelo Tratado CE [70].

– Protecção de direitos fundamentais como interesse justificado

81. Tal como já foi exposto [71], o Governo grego considera justificada a regulamentação nacional objecto de litígio por motivos de interesse público e social. Da observação global das disposições nacionais relevantes resulta que as coimas previstas no artigo 4.º, n.ºs 3 da Lei 2328/95 têm como objectivo sancionar violações do dever de respeito de determinados valores fundamentais protegidos pelo direito constitucional, dos quais faz parte a protecção do direito da personalidade, da vida familiar e da vida privada. A coima pela qual a recorrente no processo principal responde solidariamente, tal como resulta da constatação de facto contida na decisão de reenvio, foi aplicada pela violação dos valores fundamentais acima referidos. A argumentação do Governo grego deve, num exame criterioso, ser entendida no sentido de que esta se baseia manifestamente na protecção de direitos fundamentais consagrados no direito constitucional.

82. A este propósito, deve aqui recordar-se que, segundo a jurisprudência assente, os direitos fundamentais fazem parte integrante dos princípios gerais de direito cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça. Para este efeito, o Tribunal de Justiça inspira-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros bem como nas indicações fornecidas pelos instrumentos internacionais para a protecção dos direitos do homem com os quais os Estados-Membros cooperam ou a que aderem. A CEDH reveste-se, a este respeito, de um significado particular [72]. Os princípios estabelecidos nesta jurisprudência foram reafirmados pelo artigo 6.º, n.º 2, UE. Segundo este, «a União respeita os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário». Além disso, o Tribunal de Justiça invocou várias vezes a Carta dos Direitos Fundamentais

70 — V. acórdão de 12 de Junho de 2003, Schmidberger (C-112/00, Colect. 2003, p. I-5659, n.º 74).

71 — V o n.º 56 destas Conclusões.

72 — Cf. em particular acórdãos de 18 de Junho de 1991, ERT (C-260/89, Colect. 1991, p. I-2925, n.º 41), de 6 de Março de 2001, Connolly/Comissão (C-274/99 P, Colect. 2001, p. I-1611, n.º 37), de 22 de Outubro de 2002, Roquette Frères (C-94/00, Colect. 2002, p. I-9011, n.º 25), Schmidberger (já referido na nota 70, n.º 71), de 27 de Junho de 2006, Parlamento/Conselho (C-540/03, Colect. 2006 p. I-5769, n.º 35), e de 18 de Janeiro de 2007, PKK und KNK/Conselho (C-229/05 P, Colect. 2007, p. I-439, n.º 76).

da União Europeia [73] proclamada em Nice em 7 de Dezembro de 2000, para confirmar a existência de certos direitos fundamentais [74].

83. Tal como o Tribunal de Justiça esclareceu diversas vezes [75], não podem ser admitidas na Comunidade medidas incompatíveis com o respeito dos direitos do Homem reconhecidos e garantidos. Dado que o respeito dos direitos fundamentais se impõe tanto à Comunidade como aos Estados-Membros, a protecção dos referidos direitos, na opinião do Tribunal de Justiça, constitui um interesse legítimo, susceptível de justificar, em princípio, uma restrição às obrigações impostas pelo direito comunitário, mesmo por força de uma liberdade fundamental garantida pelo Tratado [76].

84. Neste contexto, deve observar-se que o direito ao respeito da vida privada, cuja protecção, segundo as alegações do Governo grego, é visada pela regulamentação objecto de litígio, também é um direito fundamental protegido pelo ordenamento jurídico da União Europeia de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça [77]. Além disso, este direito fundamental está consagrado no artigo 8.º, n.º 1 da CEDH [78], assim como no artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais [79].

85. Assim sendo, a regulamentação nacional objecto de litígio destina-se a alcançar um objectivo reconhecido pelo ordenamento jurídico da União e, portanto, legítimo.

– Exame da proporcionalidade

86. Tal como já expus nas minhas Conclusões de 14 de Abril de 2010 no processo C-271/08, Comissão/Alemanha, deve partir-se de uma relação de proporcionalidade entre liberdades

73 — JO L 364, p. 1.

74 — Cf. acórdão de 14 de Fevereiro de 2008, Dynamic Medien (C-244/06, Colect. 2008, p. I-505, n.º 42), de 11 de Dezembro de 2007, International Transport Workers' Federation und Finnish Seamen's Union (C-438/05, Colect. 2007, p. I-10779, n.º 43), e de 27 de Junho de 2006, Parlamento/Conselho já referido na nota 72, n.º 38).

75 — Cf. especialmente acórdãos ERT (já referido na nota 72, n.º 41), de 29 de Maio de 1997, Kremzow (C-299/95, Colect. 1997, p. I-2629, n.º 14), e de 3 de Setembro de 2008, Kadi e Al Barakaat International Foundation/Conselho e Comissão (C-402/05 P e C-415/05 P, Colect. 2008, p. I-6351, n.º 284).

76 — Cf. acórdão Schmidberger (já referido na nota 70, n.º 74) em articulação com uma restrição da livre circulação de mercadorias. Cf. igualmente acórdão de 13 de Dezembro de 2007, United Pan-Europe Communications Belgium, entre outros, (C-250/06, Colect. 2007, p. I-11135, nota 41) (política cultural e liberdade de expressão como restrição à livre prestação de serviços), Dynamic Medien (já referido na nota 74, n.º 42) e de 14 de Outubro de 2004, Omega (C-36/02, Colect. 2004, p. I-9609, n.º 35) (dignidade humana como restrição da livre prestação de serviços).

77 — Expressamente reconhecido no acórdão de 8 de Abril de 1992, Comissão/Alemanha (C-62/90, Colect. 1992, p. I-2601, n.º 23). Cf. também acórdãos de 19 de Outubro de 2004, Chen (C-200/02, Colect. 2004, p. I-9925, n.º 16) e de 25 de Julho de 2008, Metock u. a. (C-127/08, Colect. 2008, p. I-6241, n.º 79).

78 — De acordo com o artigo 8.º (direito ao respeito pela vida privada e familiar), n.º 1 da CEDH, qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

79 — De acordo com o artigo 7.º (Respeito pela vida privada e familiar) da Carta dos Direitos Fundamentais, todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.

fundamentais e direitos fundamentais [80]. Isto obriga a que, na medida em que, num caso concreto, na sequência do exercício de um direito fundamental, seja restringida uma liberdade fundamental, se deva procurar um equilíbrio entre as duas posições jurídicas. Para tal, deve, por um lado, partir-se do princípio de que a concretização de uma liberdade fundamental é um objectivo legítimo que pode impor limites a um direito fundamental. Inversamente, a concretização de um direito fundamental também deve ser reconhecida como objectivo legítimo, que pode restringir uma liberdade fundamental. O princípio da proporcionalidade ganha particular significado para a delimitação exacta entre liberdades fundamentais e direitos fundamentais. No âmbito do exame da proporcionalidade deve em particular partir-se de um método de exame em três etapas, com base no qual devem ser controladas a adequação, necessidade e razoabilidade da medida em causa [81].

87. Das considerações expostas resulta que, mesmo quando a protecção do direito fundamental ao respeito da vida privada representa um interesse justificado, em princípio adequado a justificar uma restrição de uma liberdade fundamental garantida pelo Tratado CE, tal como a liberdade de estabelecimento, estas restrições só podem ser justificadas quando forem adequadas a garantir a realização do objectivo pretendido e não excederem o que é necessário para o alcançar [82].

88. Para a apreciação da proporcionalidade é necessário um exame das circunstâncias jurídicas e de facto que caracterizam a situação nos Estados-Membros em questão; é ao órgão jurisdicional de reenvio que compete proceder a este exame [83]. No presente processo, o Tribunal de Justiça dispõe de informação suficiente sobre a situação jurídica e de facto para, com base no princípio da proporcionalidade, proceder a uma avaliação abstracta do processo submetido à sua apreciação. Na aplicação do direito comunitário no âmbito do processo principal, o órgão jurisdicional de reenvio deve ter em consideração as indicações interpretativas do Tribunal de Justiça [84].

80 — Cf. as minhas Conclusões de 14 de Abril de 2010 no processo C-271/08, Comissão/Alemanha, ainda pendente, n.os 187 e 188. Skouris, V., loc. cit. (nota 60), p. 93, não parte de uma relação hierárquica entre liberdades fundamentais e direitos fundamentais, Para uma equiparação de princípio, refere diversos factores, tais como o carácter das liberdades fundamentais, assim como a convergência de liberdades fundamentais e direitos fundamentais na jurisprudência do Tribunal de Justiça.

81 — Cf. as minhas Conclusões no processo

82 — Cf. neste sentido os acórdãos Omega (já referido na nota 76, n.º 36), International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union (já referido na nota 74, n.º 75) e Dynamic Medien (já referido na nota 74, n.º 42).

83 — Cf. acórdão de 8 de Março de 2001, Gourmet International (C-405/98, Colect. 2001, p. I-1795, n.º 33), de 13 de Janeiro de 2000, Estée Lauder (C-220/98, Colect. 2000, p. I-117, n.º 30 e seguintes.),e de 26 de Junho de 1997, Familiapress (C-368/95, Colect. 1997, p. I-3689, n.º 28 e seguintes).

84 — De acordo com Craig, P./De Búrca, G., *EU Law*, 4.ª edição, Oxford 2008, p. 492, o artigo 234.º CE confere ao Tribunal de Justiça a competência para interpretação do Tratado, mas não expressamente para aplicação do mesmo ao processo principal. A delimitação entre interpretação e aplicação caracteriza a distribuição de competências entre o Tribunal de Justiça e os tribunais nacionais. Assim, o Tribunal de Justiça interpreta o Tratado, e os tribunais nacionais aplicam a sua interpretação ao caso concreto.

Adequação

89. Tal como o Governo grego confirmou na audiência, em resposta a uma questão do Tribunal de Justiça, deve partir-se do princípio de que a regulamentação objecto de litígio se baseia essencialmente num pressuposto assumido pelo legislador grego de que um accionista que detém mais de 2,5% do capital de uma sociedade anónima tem a possibilidade de exercer influência sobre a administração da sociedade. Nas suas respectivas observações, tanto o órgão jurisdicional de reenvio como o Governo grego evocam este pressuposto do legislador nacional, esclarecendo-o mais detalhadamente. Assim, o órgão jurisdicional de reenvio afirma [85] que um sócio [...] detentor de mais de 2,5% do capital social não é um investidor comum, mas é antes um accionista-empresário, que tem a possibilidade de exercer influência sobre a administração da sociedade e, por consequência, sobre o funcionamento do operador de televisão. Por seu lado, o Governo grego [86] esclarece que os accionistas dessa categoria, em virtude da sua participação na Assembleia Geral, assim como na eleição dos membros dos órgãos sociais da sociedade, podem exercer influência para que sejam adoptadas orientações claras relativamente à estruturação dos programas e à posição do operador de televisão sobre temas actuais.

90. Independentemente da questão de saber se este pressuposto da lei se verifica no processo principal, se, por outras palavras, a recorrente no processo principal, tal como foi precisado pelo Governo grego na audiência, detendo unicamente 5% do capital da sociedade anónima «Nea Tileorasi» tem realmente influência significativa no processo de decisão desta sociedade, o que, concretamente, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio determinar [87], é no entanto mais que questionável que esta influência possa ser considerada suficiente para interferir com a estruturação do programa do operador de televisão de tal modo que impeça a ocorrência de violações das normas e das regras deontológicas aplicáveis ao funcionamento de operadores de televisão.

91. Deve então examinar-se em primeiro lugar a posição de um accionista dentro da sociedade anónima. De um modo geral, os direitos de um accionista podem dividir-se em direitos patrimoniais, direitos de participação e direitos de protecção [88]. Contrariamente a um membro do órgão de direcção de uma

85 — Cf. p. 4 da decisão de reenvio

86 — Cf. n.º 10 do articulado do Governo grego

87 — Cf. n.º 66 destas Conclusões.

88 — Direitos patrimoniais: direito a dividendos; o direito de subscrever novas acções; o direito à parte na liquidação; o direito a juros intercalares (ou seja, os juros pelo tempo que a preparação e construção até ao início da completa entrada em funcionamento da empresa exigem, o direito de utilização das instalações da sociedade). Direitos de participação: o direito a ser convidado e a ser notificado da ordem do dia; o direito de requerer e de expressar opinião; o direito de se fazer representar na Assembleia-geral; o direito de votar e eleger na Assembleia-geral; o direito de impugnar decisões contrárias à lei ou aos estatutos. Direitos de protecção: os direitos de informação que abrangem os direitos de consulta e de informação; o direito de um grupo a estar representado no conselho de administração; os direitos de protecção das minorias, consubstanciados na acção de dissolução, e no direito especial de investigação e o direito de pedir a convocação da Assembleia-geral; os restantes direitos de recurso, que abrangem o direito de impugnar, o pedido de declaração da nulidade de decisões da Assembleia-geral e os pedidos para imputação da responsabilização.

sociedade, em melhores condições de exercer influência sobre o operador de televisão na propriedade da sociedade, o sócio médio normalmente exerce os seus direitos de participação no âmbito da Assembleia Geral, na qual tem direito de voto [89]. Conforme o ordenamento jurídico e os estatutos, estes direitos de participação incluem a nomeação e destituição dos órgãos de direcção ou do órgão de supervisão [90]. Deve aqui considerar-se que, no segundo caso, o exercício da influência de um accionista isolado sobre a direcção da sociedade é menor, até porque é de natureza meramente indirecta [91]. Além disso, as regras materiais divergem de caso para caso relativamente à nomeação dos órgãos e à sua destituição, de acordo com o ordenamento jurídico e o estatuto. Se, por um lado, a nomeação dos órgãos é marcada pelo princípio fundamental geral de que a maioria da Assembleia Geral decide por todos os membros, depende, no entanto, das respectivas disposições do estatuto se há uma eleição proporcional ou se é conferido a determinados accionistas um direito a um lugar. Estas circunstâncias diversificadas levam a que as supostas possibilidades de influência do accionista isolado sobre a direcção da sociedade, num exame mais detalhado, pareçam menos evidentes do que é suposto.

92. Deve delimitar-se da estrutura da sociedade a estrutura própria do operador de televisão, na qual cabe ao director de programas um papel especial, na qualidade de director responsável de toda a área da redacção de um operador de televisão. Sob a sua direcção, encontram-se, por seu lado, os redactores-chefe responsáveis pelos diferentes sectores. A este, juntam-se os colaboradores do operador competentes pela concretização de cada emissão. Estas pessoas agem de modo mais ou menos independente dentro da sua própria área de responsabilidade.

93. O accionista isolado encontra-se, assim, no fim de uma longa cadeia de decisores, sobre cujo comportamento só pode exercer uma influência condicionada. Antes de mais, não pode prever se um dos colaboradores do operador de televisão, seja com dolo, seja só por negligência, viola as normas e as regras deontológicas aplicáveis ao funcionamento de tais operadores. Estas considerações mostram que a influência que um accionista tem *dentro da sociedade*, não é muito expressiva da sua influência real *sobre os processos internos de um operador de televisão* O órgão jurisdicional de reenvio deveria eventualmente examinar se a possibilidade de influência do accionista isolado, que a regulamentação

89 — Cf. Mustaki, G./Engammare, V., loc. cit. (nota 8), p. 189. Tal como Schmidt, K., *Gesellschaftsrecht*, 4.ª edição, Colónia/Berlin/Bona/Munique 2002, p. 837, esclarece, com justeza, que a Assembleia Geral é a «sede da democracia dos accionistas» na qual os accionistas exercem os seus direitos relativamente aos assuntos da sociedade.

90 — Grundmann, S., loc. cit. (nota 13), § 11, n.º 394, p. 180, aponta as diferenças nos diversos Estados-Membros quanto à nomeação e destituição dos órgãos. Difere em primeiro lugar a competência, já que, por vezes, é eleito um órgão, sendo, noutras vezes, eleitos dois órgãos de direcção. Independentemente disso, no primeiro caso nem se encontra assegurada em todos os Estados-Membros a competência da Assembleia Geral para nomeação e destituição dos membros dos órgãos. No segundo caso, a Assembleia Geral só é tipicamente competente para a nomeação do órgão de supervisão, sendo assim a influência apenas indirecta.

91 — Cf. Grundmann, S., loc. cit. (nota 13), § 11, n.º 394, p. 180.

nacional objecto de litígio considera evidente, não é, na verdade, meramente teórica.

94. Por outro lado, o accionista isolado poderia, tal como nota com justeza o Governo grego, exercer os seus direitos de participação com o objectivo de impor linhas orientadoras claras relativamente à estruturação do programa. Seria, nesse caso, imaginável a elaboração de um código de conduta para colaboradores do operador de televisão, que os obrigaria a respeitar determinados bens jurídicos de ordem constitucional, como o direito de protecção da personalidade individual, da vida familiar e da vida privada. Exigir dos órgãos de direcção que o operador de televisão pertencente à sociedade, juntamente com todos os seus colaboradores, respeite determinadas obrigações éticas poderia pelo menos reduzir o risco de violações.

95. Isto implicaria uma acção concertada de vários accionistas, tanto mais que a Assembleia Geral teria de decidir sobre essa matéria. O direito de convocar a Assembleia Geral e requerer a fixação da ordem de trabalhos depende dos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros, mas normalmente implica que o número de accionistas interessados atinja uma determinada percentagem no capital subscrito da sociedade. De acordo com o artigo 55.º, n.º 1, do Regulamento n.º 2157/2001, esta participação, no caso da sociedade anónima europeia, é de 10% no mínimo. Mas mesmo sendo este limite ultrapassado, seria questionável se tal medida preventiva estaria em condições de excluir totalmente as violações por parte de colaboradores isolados do operador de televisão.

96. No exame da adequação de uma medida, importa saber se a medida, do ponto de vista da causalidade e da probabilidade, pode conduzir os acontecimentos na direcção pretendida pelo Estado-Membro, devendo reconhecer-se uma certa margem de previsão aos Estados-Membros. Por conseguinte, uma medida dos Estados-Membros só seria considerada desadequada se não tivesse quaisquer efeitos para o objectivo pretendido [92]. Na minha opinião, as considerações do legislador sobre as quais se baseia a regulamentação nacional objecto de litígio parecem de natureza eminentemente teórica. A ameaça de uma coima poderia levar os accionistas a aplicar medidas preventivas para evitar violações. Mas não pode excluir totalmente estas violações. Deve, no entanto, afirmar-se que esta regulamentação é adequada para protecção do direito de personalidade individual, da vida familiar e da vida privada, uma vez que incentiva a protecção destes bens jurídicos.

92 — Ver, neste sentido, Schroeder, W., *EUV/EGV – Kommentar* (Rudolf Streinz, editor), artigo 30.º CE, artigo 52.º, p. 476.

Necessidade

97. Além disso, o princípio da proporcionalidade pressupõe a escolha da medida menos onerosa, quando existe a possibilidade de escolher entre várias medidas adequadas [93].

98. Tal como esclareceu com justeza o Governo grego na audiência, seria possível considerar uma perda da licença para funcionamento do operador de televisão por parte da entidade de fiscalização dos meios de comunicação competentes, como medida alternativa à aplicação de uma coima no sector dos meios de comunicação. No entanto, a perda de uma licença de televisão representa a sanção mais onerosa no sector dos meios de comunicação [94], tanto mais que esta perda implica a proibição das emissões de televisão [95]. Comparativamente, uma coima única em caso de violação isolada das normas legais e das regras deontológicas representa claramente a medida menos onerosa.

99. Simultaneamente, coloca-se a questão de saber se dentro deste tipo de sanção também seria possível prever uma regulamentação menos onerosa.

100. A ameaça de coimas unicamente à sociedade anónima, sem derrogação da restrição de responsabilidade, seria, em princípio, igualmente adequada para a levar a respeitar as normas e as regras deontológicas aplicáveis ao funcionamento de operadores de televisão. Mas é questionável que esta ameaça produzisse o mesmo efeito dissuasor, tanto mais que só implicaria uma perda financeira da sociedade. De acordo com a situação financeira, a sociedade poderia suportar esta perda sem necessidade de alterar significativamente o seu comportamento. O efeito desta sanção não poderia ser estimado com segurança. A situação é significativamente diferente no caso de uma responsabilidade

93 — Cf. entre outros, acórdãos de 18 de Novembro de 1987, Maizena e outros. (137/85, Colect. 1987, 4587, n.º 15), de 7 de Dezembro de 1993, ADM Ölmühlen (C-339/92, Colect. 1993, p. I-6473, n.º 15), de 11 de Julho de 2002, Käserei Champignon Hofmeister (C-210/00, Colect. 2002, p. I-6453, n.º 59), de 7 de Setembro de 2006, Espanha/Conselho (C-310/04, Colect. 2006, p. I-7285, n.º 97), e de 12 de Dezembro de 2006, Alemanha/Parlamento e Conselho (C-380/03, Colect. 2006, p. I-11573, n.º 144).

94 — A lei dos meios de comunicação difere consoante os Estados. Mas todas apresentam pontos comuns visíveis. A perda de uma autorização de emissão é normalmente considerada a mais grave sanção, normalmente apenas ordenada em caso de reincidência. Numa primeira violação, procede-se só a uma ameaça nesse sentido. Para além da perda da autorização, pode também considerar-se uma suspensão temporária da autorização ou a imposição de condições posteriores. Algumas legislações dos meios de comunicação concedem às entidades de comunicação social que exercem a fiscalização de radiodifusão privada a possibilidade de aplicar uma coima. (cf. Kühn, F., *Rundfunkrecht in Indien und Deutschland*, Berlim 2006, p. 208; Bayer, J./Ricke, T., «Die Medienaufsicht in Ungarn», *Medien und Recht International*, 2009, p. 32f.; Kieserling, H., *Das Fernsehrecht Spaniens*, Frankfurt am Main 2002, p. 159; Ruhle, E.-O./Freund, N./Kronegger, D./Schwarz, M., *Das neue österreichische Telekommunikations- und Rundfunkrecht*, Viena 2004, p. 268).

95 — Isto tem, por outro lado, implicações no domínio dos direitos humanos, em primeiro lugar relativamente ao respeito da liberdade dos meios de comunicação. O artigo 10.º, n.º 1, terceira frase da CEDH confere aos Estados partes na Convenção a possibilidade de prever uma autorização (licença) para assim controlarem, por exemplo, a radiodifusão e a televisão no seu território, devendo as autorizações e outras restrições corresponder às exigências do n.º 2. Esta disposição dispõe que a diversidade dos meios de comunicação pode ser submetida a certas formalidades, condições, restrições ou sanções previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

solidária dos sócios, na qual cada um responde sozinho com a totalidade do seu património. Neste caso, o sócio inclinar-se-ia mais a empreender algo para evitar a responsabilidade. Assim, não é possível considerar que as duas abordagens têm eficácia igual.

Adequação

103. Por fim, os encargos impostos devem ser adequados aos objectivos pretendidos [96].

101. Seria preferível imaginar uma abordagem diferenciada, que considerasse tanto quanto possível as circunstâncias do caso particular. Nestas circunstâncias poderia, por exemplo, prever-se somente a responsabilidade dos accionistas aos quais pudesse ser imputada uma violação concreta. Tendo em conta que uma coima deve ser qualificada como sanção, esta exige necessariamente um comportamento ilegal imputável à pessoa em questão. Através de uma alteração nesse sentido, evitar-se-ia que fossem sancionados accionistas que eventualmente desejariam mas não estão em posição de, sozinhos ou no âmbito de uma iniciativa conjunta, impor medidas para impedir a violação. De facto, a regulamentação actualmente em vigor, dado o seu vasto campo de aplicação, abrange exactamente também estes accionistas. Uma abordagem diferenciada não só limitaria menos a liberdade de estabelecimento, como alcançaria o mesmo efeito da abordagem actualmente em vigor. A exacta estruturação desta regra é da competência do legislador nacional.

104. No contexto da protecção de bens jurídicos de natureza constitucional, tais como o direito de personalidade individual, da vida familiar e da vida privada, é aconselhável, na minha opinião, conferir ao legislador de cada Estado-Membro uma certa margem de apreciação [97]. No entanto, essa margem não pode ir tão longe que os accionistas sejam responsabilizados por violações que não lhes são imputáveis. Sucede ainda que não é possível excluir totalmente estas violações, devido às estruturas particulares dentro de uma sociedade e de um operador de televisão. Neste caso, a liberdade de estabelecimento é mais limitada do que seria imperativamente necessário para a protecção dos bens jurídicos acima referidos.

105. Na medida em que seja possível supor que a regulamentação nacional objecto de litígio tem basicamente como objectivo levar os accionistas a adoptar medidas preventivas,

102. Por consequência, a regulamentação nacional objecto de litígio deve ser considerada não necessária para alcançar o objectivo pretendido.

96 — Cf. entre outros, acórdão Maizena e o. (já referido na nota 93, n.º 15), ADM Ölmühlen (já referido na nota 93, n.º 15), Käserei Champignon Hofmeister (já referido na nota 93, n.º 59), Espanha/Conselho (já referido na nota 93, n.º 97), assim como Alemanha/Parlamento e Conselho (já referido na nota 93, n.º 144).

97 — O Tribunal de Justiça reconheceu aos Estados-Membros poder discricionário na escolha das medidas adequadas para impedir entraves às liberdades fundamentais, justificando que eles continuam a ter competência exclusiva para a manutenção da ordem pública e para a salvaguarda da segurança interna (cf. acórdão de 9 de Dezembro de 1997, Comissão/França, C-265/95, Colect. 1997, p. I-6959, n.º 33).

faria mais sentido responsabilizar unicamente aqueles sócios que exercem uma influência certa não só sobre a sociedade, como também sobre o órgão de direcção da mesma, e, portanto, indirectamente sobre os próprios decisores do operador de televisão, o que é questionável no caso de participações de apenas 2,5% do capital social. Tal como já foi referido mais acima, é desde logo questionável que um sócio isolado esteja em condições de, sozinho, impor medidas para impedir violações da lei e das regras deontológicas aplicáveis ao funcionamento de operadores de televisão.

106. Por conseguinte, os encargos impostos aos accionistas não são proporcionados aos objectivos pretendidos.

107. De acordo com as considerações expostas, concluo que a regulamentação nacional objecto de litígio não deve ser considerada proporcionada. Esta baseia-se numa ponderação entre a liberdade de estabelecimento como liberdade fundamental e o direito fundamental ao respeito da vida privada e familiar, que não corresponde ao direito comunitário.

iv) Conclusão intercalar

108. Resumindo, é possível constatar que os artigos 43.º CE e 48.º CE obstam a uma regulamentação nacional como a do artigo 4.º, n.º 3 da Lei 2328/1995.

c) Livre circulação de capitais

i) Aplicabilidade do artigo 56.º CE

109. Assim, só é necessário responder à questão da compatibilidade das disposições do Tratado sobre a livre circulação de capitais, na medida em que a norma nacional objecto de litígio possa conter uma restrição própria relativamente a estas disposições do Tratado e as disposições do Tratado sobre a liberdade de estabelecimento não sejam relevantes [98].

110. Tendo em conta as minhas observações nos n.ºs 63 a 66 destas Conclusões sobre o âmbito de aplicação dos artigos 43.º CE e 48.º CE, só é necessário um exame com base no artigo 56.º CE relativamente àqueles sócios que detêm mais de 2,5% do capital social mas não dispõem de uma participação que lhes permita exercer uma influência determinada sobre as decisões da sociedade e as respectivas actividades [99].

98 — Cf. acórdão X und Y (já referido na nota 45, n.º 66).

99 — Cf. acórdão X e Y (já referido na nota 45, n.º 68), e Comissão/Espanha (já referido na nota 45, n.ºs 35 a 39).

ii) Restrição da livre circulação de capitais

111. De acordo com jurisprudência assente [100], o artigo 56.º, n.º 1 CE proíbe de modo geral restrições à livre circulação de capitais entre os Estados-Membros.

– O artigo 56.º CE como proibição abrangente de restrição

112. Não havendo, no Tratado CE, definição do conceito de «movimentos de capitais» na acepção do artigo 56.º, n.º 1, CE, o Tribunal de Justiça já reconheceu um valor indicativo à nomenclatura anexa à Directiva 88/361/CEE do Conselho, de 24 de Junho de 1988, para a execução do artigo 67.º do Tratado [artigo revogado pelo Tratado de Amesterdão] [101]. De acordo com essa jurisprudência do Tribunal de Justiça, constituem movimentos de capitais, na acepção do artigo 56.º, n.º 1, CE, designadamente, os investimentos directos sob a forma de participação numa empresa através da detenção de acções que confiram a possibilidade de participar efectivamente na sua gestão e no seu controlo (investimentos ditos «directos») assim como a aquisição de títulos no mercado dos capitais efectuada com a única intenção de realizar uma aplicação financeira sem pretender influenciar a gestão e o controlo da empresa (investimentos ditos «de carteira») [102].

113. Relativamente a estas duas formas de investimento, o Tribunal de Justiça declarou que as regulamentações nacionais devem ser consideradas «restrições» na acepção do artigo 56.º, n.º 1 CE, quando podem impedir ou limitar a aquisição de acções das referidas empresas ou dissuadir os investidores de outros Estados-Membros de procederem às suas aplicações no capital destas empresas [103].

100 — Cf. entre outros, acórdãos Comissão/Alemanha (já referido na nota 45, n.º 17), de 28 de Setembro de 2006, Comissão/Países Baixos (C-282/04 e C-283/04, Colect. 2006, p. I-9141, n.º 18), Comissão/Reino Unido (já referido na nota 66, n.os 38 e 43), de 4 de Junho de 2002, Comissão/França (C-483/99, Colect. 2002, p. I-4781, n.º 35 e 40). O mesmo deveria também ser válido para o artigo 40.º do Acordo EEE, ao qual o artigo 56.º CE corresponde em termos de conteúdo. Tal como o Tribunal EFTA constatou no acórdão de 23 de Novembro de 2004, Fokus Bank (E-1/04, ECR, 2004, 11, n.os 22 e 23), remetendo para o acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Setembro de 2003, Ospelt and Schlössle Weissenberg (C-452/01, Colect. 2003, p. I-9743, n.º 28) e as Conclusões do advogado-geral Jacobs de 10 de Abril de 2003 (n.os 72 e 73) no mesmo processo, as disposições sobre a livre circulação de capitais são essencialmente idênticas no Tratado CE e no Acordo EEE.

101 — JO L 178, p. 5.

102 — Cf., neste sentido, acórdãos de 16 de Março de 1999, Trummer und Mayer (C-222/97, Colect. 1999, p. I-1661, n.º 21), Comissão/França (já referido na nota 100, n.os 36 e 37), Comissão/Reino Unido (já referido na nota 66, n.os 39 e 40), assim como Comissão/Países Baixos (já referido na nota 100, n.º 19).

103 — Cf., neste sentido acórdãos de 4 de Junho de 2002, Comissão/Portugal (C-367/98, Colect. 2002, p. I-4731, n.º 45), Comissão/França (já referido na nota 100, n.º 41), de 2 de Junho de 2005, Comissão/Itália (C-174/04, Colect. 2005, p. I-4933, n.os 30 e 31), de 19 de Janeiro de 2006, Bouanich (C-265/04, Colect. 2006, p. I-923, n.os 34 e 35), Comissão/Países Baixos (já referido na nota 100, n.º 20), assim como Comissão/Alemanha (já referido na nota 45, n.º 19).

114. Tal como já foi exposto [104], o risco de uma co-responsabilidade pessoal dos sócios pode ter efeitos dissuasores relativamente a possíveis investidores, tanto mais que destas empresas decorre um risco financeiro adicional que excede o risco negocial habitual. Neste contexto, deve referir-se novamente a constatação do órgão jurisdicional de reenvio, segundo o qual um alargamento da responsabilidade aos sócios também priva de atractividade a compra de acções destas sociedades como no caso da recorrente do processo principal.

115. De acordo com a definição lata até agora defendida pelo Tribunal de Justiça, deve afirmar-se que, no presente caso, há uma restrição na acepção do artigo 56.º, n.º 1, CE.

– Possibilidade de uma delimitação teleológica da proibição de restrição

116. Tal como em relação à livre prestação de serviços, o Tribunal de Justiça, na sua jurisprudência anterior, sugeriu também a possibilidade de uma delimitação teleológica da proibição de restrição para a livre circulação de capitais [105]. Tendo em vista uma convergência mais lata das liberdades fundamentais, seria assim perfeitamente imaginável proceder a uma delimitação teleológica da proibição de restrição também em matéria de livre circulação de capitais, e decidir em função da constatação de que a regulamentação nacional em questão cria «obstáculos de acesso específicos» ou simplesmente define «condições de localização». Uma interpretação diferente das duas liberdades fundamentais levaria obrigatoriamente a uma contradição da valoração no tratamento de grandes e pequenos accionistas, pois enquanto se impediria os grandes accionistas de recorrerem à liberdade de estabelecimento, os pequenos accionistas, pelo contrário, poderiam agir contra a regulamentação nacional objecto de litígio com a justificação de que se verifica uma restrição da livre circulação de capitais. Se não é possível aos grandes accionistas poderem deduzir das liberdades fundamentais qualquer direito a equiparação das condições de localização [106], isso não deveria ser de todo possível aos pequenos accionistas. Além disso, não existe qualquer motivo para uma diferença de tratamento, pois as duas categorias de accionistas encontram-se exactamente na mesma situação.

117. No que respeita à própria regulamentação nacional objecto de litígio, há que constatar que esta não limita em si mesma a possibilidade de os accionistas participarem na sociedade para criarem ou manterem relações económicas duradouras e directas com ela,

104 — Cf. o n.º 68 destas Conclusões.

105 — Cf nota 66 destas Conclusões.

106 — No n.º 74 destas Conclusões esclareci em relação à liberdade de estabelecimento, que esta liberdade fundamental não deve ser instrumento dos agentes económicos para modificação das suas condições de localização relativamente aos concorrentes nacionais. Isto deve ser igualmente válido para a livre circulação de capitais.

que lhes permitam participar efectivamente na sua administração ou no seu controlo. Não são colocados obstáculos jurídicos nem factuais ao fluxo de investimentos directos. Também não regulamenta especificamente o tipo e as modalidades de investimentos em sociedades do sector dos meios de comunicação grego. De acordo com as minhas observações anteriores [107], a regulamentação nacional objecto de litígio deve, aliás, ser classificada na categoria das «condições de localização» que, se concordarmos numa interpretação teleológica delimitadora, não deveriam ser consideradas restrição na acepção do artigo 56.º, n.º 1 CE.

118. Tal como já expus [108], não existem até agora, à excepção de casos isolados, quaisquer referências no sentido de que o Tribunal de Justiça pretenda renunciar à sua anterior interpretação lata do conceito da restrição. Por isso, as seguintes considerações baseiam-se no conceito de uma proibição abrangente de restrição.

119. Estamos, assim, perante uma restrição da livre circulação de capitais. Deve, além disso, examinar-se se esta é justificável e se resiste ao exame da proporcionalidade.

iii) Justificação

– Protecção de direitos fundamentais como interesse justificado

120. Na medida em que a regulamentação nacional objecto de litígio tem como objectivo o respeito da vida privada, obedece a um objectivo legítimo reconhecido pelo ordenamento jurídico da União que, em princípio, pode justificar uma restrição [109].

– Exame da proporcionalidade

121. Na medida em que, de acordo com esta regulamentação, os accionistas que não podem exercer qualquer influência determinada sobre as decisões societárias também respondem pela sociedade, a regulamentação seguinte mostra-se inadequada para a protecção dos bens jurídicos acima referidos, tanto mais que esta categoria de accionistas pouco pode empreender para impedir violações das normas legais e das regras deontológicas aplicáveis ao funcionamento de operadores de televisão.

107 — Cf. o n.º 76 destas Conclusões.

108 — Cf. o n.º 78 destas Conclusões.

109 — Cf. o n.º 85 destas Conclusões.

122. Tendo em conta que se podem prever medidas menos drásticas que prometem o mesmo sucesso, com destaque para a medida de responsabilização dos sócios que têm realmente influência no órgão de direcção da sociedade e/ou estruturas de decisão do operador de televisão ou aos quais possa ser realmente atribuída uma violação, a responsabilização do grupo de accionistas aqui relevante deve ser considerada não necessária.

123. As preocupações expressas no âmbito de uma restrição da liberdade de estabelecimento são ainda mais pertinentes para a livre circulação de capitais. Uma restrição desta liberdade fundamental, sem que esta seja necessária para a protecção do direito fundamental, não corresponde às exigências da adequação. A livre circulação de capitais só protege, nomeadamente, aqueles sócios que não estão em condições de exercer uma influência determinada sobre as decisões da sociedade e determinar as suas actividades. A circunstância de que, não obstante, lhes possa ser aplicada uma coima, mostra-se como uma restrição inadequada desta liberdade fundamental.

124. Por consequência, a regulamentação nacional objecto de litígio, na sua globalidade, deve ser considerada não proporcionada, porque se baseia numa ponderação entre a liberdade de circulação de capitais como liberdade fundamental e o direito fundamental ao respeito da vida privada e familiar que não corresponde ao direito comunitário.

iv) Conclusão intercalar

125. Resumindo, é possível constatar que o artigo 56.º, n.º 1 CE obsta a uma regulamentação nacional como a do artigo 4.º, n.º 3 da Lei 2328/1995.

VII – Conclusão

126. À luz das considerações expostas, proponho ao Tribunal de Justiça que responda do seguinte modo às questões prejudiciais do Symvoulio tis Epikrateias:

«1) A Primeira Directiva 68/151/CEE do Conselho, de 9 de Março de 1968, tendente a coordenar as garantias que, para protecção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-Membros às sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 58.º do Tratado, a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade não obsta a uma disposição nacional como a do artigo 4.º, n.º 3, da Lei 2328/1995, que prevê que as coimas cominadas nos números anteriores do mesmo artigo para a infracção às normas em vigor e às regras deontológicas aplicáveis ao funcionamento dos operadores de televisão são aplicáveis não só à sociedade titular da licença de constituição e gestão de um operador de televisão, mas também, solidariamente com ela, a todos os sócios que detenham mais de 2,5% do capital.

2) Pelo contrário, os artigos 43.º CE, 48.º CE e o artigo 56.º CE obstam a uma regulamentação nacional como a descrita no número anterior.»