

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER apresentadas em 17 de Dezembro de 1998 *

1. O Regeringsrätt da Suécia apresenta ao Tribunal de Justiça duas questões prejudiciais sobre a interpretação de um artigo comum às Directivas 73/239/CEE e 79/267/CEE ¹, em virtude dos quais os Estados-Membros não podem estabelecer regras sobre a escolha, por parte das companhias de seguros, dos activos que correspondam aos seus recursos disponíveis.

2. É necessária a interpretação da norma comunitária para que o órgão jurisdicional de reenvio possa julgar da aplicação, no caso em apreço, de uma lei nacional que proíbe as empresas seguradoras de deterem, sem autorização administrativa, participações ou acções noutras sociedades anónimas, cujos direitos de voto superem em 5% os direitos de voto correspondentes à totalidade das acções (a seguir «regra dos 5%»).

Os factos e o processo principal (segundo o pedido de decisão a título prejudicial)

3. A Försäkringsaktiebolaget Skandia (a seguir «Skandia») é uma empresa que se dedica aos

seguros não vida. A Livförsäkringsaktiebolaget Skandia é uma empresa que se dedica aos seguros de vida, sendo propriedade a 100% da Skandia. Entre ambas, possuem a Skandia Investment AB, sociedade que investe em pequenas e médias empresas.

4. Por carta de 29 de Dezembro de 1995, a Skandia comunicou à Finansinspektion que a Skandia Investment tinha intenção de aumentar a sua participação na Kungsdialysen AB, empresa dedicada à diálise — o que veio a fazer.

5. Por meio desta aquisição, a Skandia Investment passou a deter acções da Kungsdialysen correspondentes a 9,2% dos direitos de voto e a 33,9% do capital (antes da referida aquisição, estes valores eram de 5,0% e de 30,8%). O pacote de acções passou a figurar, depois da aquisição adicional, entre os chamados recursos disponíveis, ou seja, entre os recursos que não representam provisões técnicas.

6. A Finansinspektion, por decisão de 21 de Março de 1996, considerou que a Skandia devia cumprir a regra dos 5% e ordenou-lhe que, o mais tardar até 1 de Setembro de 1996,

* Língua original: espanhol.

1 — Primeira Directiva 73/239/CEE do Conselho, de 24 de Julho de 1973, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao acesso à actividade de seguro directo não vida e ao seu exercício (JO L 228, p. 3; EE 06 I^o p. 143), e Primeira Directiva 79/267/CEE do Conselho, de 5 de Março de 1979, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas, respeitantes ao acesso à actividade de seguro directo de vida e ao seu exercício (JO L 63, p. 62; EE 06 I^o p. 62).

a Skandia Investment reduzisse a sua participação na Kungsdialysen até ao máximo de 5% dos direitos de voto da totalidade da empresa.

5% do número de votos da totalidade das acções?

Em caso de resposta negativa à questão 1:

7. A Skandia apresentou ao Governo um recurso dessa decisão que foi indeferido por despacho de 15 de Agosto de 1996. Deste, a Skandia interpôs recurso para o Regeringsrätt, para que este tomasse posição sobre a legalidade da decisão final do Governo. No decurso do processo, o órgão jurisdicional de reenvio, considerou necessário colocar ao Tribunal de Justiça as seguintes questões:

- 2) Os artigos referidos das directivas têm natureza tal — no que respeita a clareza, etc. — que tenha como consequência que um tribunal nacional deva afastar-se do teor de uma disposição nacional com o conteúdo acima descrito quando tenha de apreciar a licitude do investimento das reservas livres de uma companhia de seguros?»

«1) É compatível com o artigo 18.º, n.º 1, da Directiva 73/239/CEE, na redacção do artigo 26.º da Directiva 92/49/CEE², e com o artigo 21.º, n.º 1, da Directiva 79/267/CEE, na redacção do artigo 27.º da Directiva 92/96/CEE³, o facto de uma disposição legislativa nacional impor que, no que respeita às reservas livres (ou seja, os activos que não integram as reservas técnicas), sem uma autorização administrativa especial uma companhia de seguros não possa deter numa sociedade anónima nacional ou estrangeira uma quantidade de acções que corresponda a um número de votos superior a

A legislação nacional

8. A lei sueca de 1982 sobre o exercício da actividade seguradora contém disposições que regulam a actividade das empresas dedicadas aos ramos de seguro vida e de seguro não vida.

9. Nos termos do parágrafo primeiro do artigo 3.º do capítulo I, uma empresa de seguros não pode exercer nenhuma actividade diferente da de seguros, a menos que, para tanto, exista uma razão especial.

2 — Directiva do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao seguro directo não vida e que altera as Directivas 73/239/CEE e 88/357/CEE (Terceira Directiva sobre o seguro não vida) (JO L 228, p. 1).

3 — Directiva do Conselho, de 10 de Novembro de 1992, que estabelece a coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas ao seguro directo vida e que altera as Directivas 79/267/CEE e 90/619/CEE (Terceira Directiva sobre o seguro de vida) (JO L 360, p. 1).

10. O n.º 1 do artigo 17.º estabelece a regra dos 5% nos seguintes termos:

«Sem autorização da Finansinspektion, uma empresa seguradora não pode deter numa sociedade por acções sueca ou estrangeira uma quantidade de acções que corresponda a um número de votos superior a 5% do número de votos da totalidade das acções. Se a empresa seguradora pertencer a um grupo, esta condição aplica-se a todo o grupo. Para cálculo da participação do grupo, não serão consideradas, até ao máximo correspondente a 5% do total de votos da sociedade, as acções detidas por sociedades bancárias do grupo ou por filiais das sociedades bancárias.

No que respeita ao direito de as companhias de seguros deterem acções ou participações em sociedades que exerçam qualquer tipo de actividade financeira, aplica-se o § 17a.»

11. A lei análoga de 1948 continha um regime semelhante ao das primeira e segunda frases do n.º 1 do § 17 do capítulo XVII da lei de 1982. A razão deste regime, enunciado por altura da adopção da lei de 1948, foi impedir que as seguradoras obtivessem uma influência demasiado grande em empresas alheias ao seu sector.

A legislação comunitária

12. Em matéria de seguros, a evolução da legislação comunitária conheceu três etapas:

O primeiro parágrafo não se aplica a acções ou participações em companhias de seguros ou pessoas colectivas que tenham como actividade exclusiva a detenção de acções em companhias de seguros, a entrada de capital de garantia em companhias de seguros mutualistas, a administração de propriedades imobiliárias de uma seguradora ou a assistência a seguradoras no exercício da sua actividade. Contudo, o primeiro parágrafo aplica-se a acções ou participações em pessoas colectivas que tenham como função deter, directa ou indirectamente, os activos referidos no § 10, n.º 1, se os activos não forem constituídos por acções ou participações em companhias de seguros ou em sociedades estrangeiras similares.

— Uma primeira «geração» de directivas (Directiva 79/267 nos seguros de vida e Directiva 73/239 nos seguros não vida, ambas já referidas) teve por finalidade facilitar o exercício efectivo do direito de estabelecimento das entidades seguradoras.

— Uma segunda «geração» de directivas (Directiva 90/619/CEE nos seguros de

vida ⁴ e Directiva 88/357/CEE nos seguros não vida ⁵ facilitou o exercício da referida actividade seguradora, em regime de livre prestação de serviços.

- Finalmente, uma terceira «geração» de directivas (Directiva 92/96 nos seguros de vida e Directiva 92/49 nos seguros não vida) pretendeu implantar a plena realização do mercado interno de seguros, com base no princípio de uma autorização administrativa única e na supervisão financeira a cargo das autoridades do Estado em que a sociedade seguradora tenha a sua sede.

13. A legislação comunitária pretendeu, assim, por um lado, que as entidades seguradoras possam exercer livremente a sua actividade e, por outro, que os cidadãos da Comunidade possam ter livre acesso à mais ampla gama de seguros possível oferecidos na Comunidade, garantindo-lhes a protecção jurídica e económica necessárias.

4 — Segunda Directiva do Conselho, de 8 de Novembro de 1990, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao seguro directo de vida, que fixa as disposições destinadas a facilitar o exercício efectivo da livre prestação de serviços e altera a Directiva 79/267 (JO L 330, p. 50).

5 — Segunda Directiva do Conselho, de 22 de Junho de 1988, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao seguro directo não vida, que fixa disposições destinadas a facilitar o exercício da livre prestação de serviços e que altera a Directiva 73/329 (JO L 172, p. 1).

14. O primeiro objectivo exigia que as entidades seguradoras autorizadas, nalgum dos Estados-Membros, pudessem exercer a sua actividade em toda a Comunidade, tanto em regime de estabelecimento como no de prestação de serviços. Com este propósito, as directivas da terceira geração optaram por «realizar a harmonização fundamental, necessária e suficiente para alcançar um reconhecimento mútuo das autorizações e dos sistemas de supervisão prudencial, de modo a permitir a concessão de uma autorização única, válida em toda a Comunidade, e a aplicação do princípio da supervisão pelo Estado-Membro de origem» ⁶.

15. Este último princípio implicava que cada Estado-Membro velasse pela solidez financeira das seguradoras submetidas à sua fiscalização e, em particular, pela sua solvência e pela constituição de provisões técnicas suficientes, bem como pela representação destas por activos congruentes. A coordenação das regras nacionais nesta matéria era, por conseguinte, especialmente necessária num sistema de reconhecimento mútuo das autorizações e dos sistemas preventivos de supervisão.

16. A harmonização já tinha sido aplicada às disposições dos Estados-Membros relativas à constituição obrigatória de provisões técnicas, como garantia dos compromissos subscritos pelas seguradoras. A terceira geração de directivas sobre seguros prosseguiu nesta mesma linha, uma vez que procurou «coordenar as regras relativas à diversificação, localização e congruência dos activos representativos das

6 — Quinto considerando das Directivas 92/49 e 92/96.

provisões técnicas, a fim de facilitar o reconhecimento mútuo das disposições dos Estados-Membros»⁷.

17. Com esta finalidade, deu-se uma nova redacção aos artigos relativos às provisões técnicas das directivas da primeira geração (artigo 15.º da Directiva 73/239 e artigo 17.º da Directiva 79/267). Segundo estas, o Estado-Membro de origem exigirá a cada empresa seguradora que constitua provisões técnicas suficientes para o conjunto das suas actividades. O montante dessas provisões será determinado de acordo com as regras fixadas pela Directiva 91/674/CEE⁸ ou pela Directiva 92/96. As provisões técnicas, relativas ao conjunto das suas actividades, terão de estar representadas por activos congruentes.

18. As directivas regulam o regime jurídico da diversificação, localização e congruência desses activos. Em concreto, apenas determinadas categorias de activos (ou seja, determinados investimentos, créditos e outros) poderão representar provisões técnicas. Os Estados devem exigir, além disso, que cada seguradora não invista mais do que determinada percentagem das suas provisões técnicas brutas em certas classes de activos.

19. Os activos que não representem provisões técnicas constituem o que se poderá chamar «património livre» ou «património disponível ou não afecto» da seguradora. As presentes questões prejudiciais destinam-se a obter do Tribunal de Justiça a interpretação da mesma norma que se encontra nas duas directivas sobre os referidos activos.

20. Na sua versão actual, a referida norma tem a seguinte redacção:

a) no que respeita ao seguro não vida, o artigo 18.º, n.º 1 da Directiva 73/239 dispõe: «Os Estados-Membros não fixarão qualquer regra no que se refere à escolha dos activos que ultrapassem aqueles que representam as provisões técnicas referidas no artigo 15.º»;

b) no que respeita ao seguro de vida, o artigo 21.º, n.º 1 da Directiva 79/267 dispõe: «Os Estados-Membros não fixarão qualquer regra no que se refere à escolha dos activos que ultrapassem aqueles que representam as provisões previstas no artigo 17.º».

21. Por fim, as disposições comunitárias proibem que o objecto social das empresas seguradoras se estenda a outro tipo de actividades comerciais. Neste sentido, o artigo 8.º,

7 — Décimo terceiro considerando da Directiva 92/49 e décimo quinto considerando da Directiva 92/96.

8 — Directiva do Conselho, de 19 de Dezembro de 1991, relativa às contas anuais e às contas consolidadas das empresas de seguros (JO L 374, p. 7).

n.º 1, alínea b), na sua versão actual, tanto da Directiva 73/239 como da Directiva 79/267/CEE, tem uma redacção idêntica, nos termos da qual o Estado-Membro de origem exigirá que as seguradoras «limitem o seu objecto social às actividades referidas na presente Directiva e às operações que daí directamente decorram, com exclusão de qualquer outra actividade comercial» *.

A primeira questão prejudicial

22. A primeira questão prejudicial visa saber se a interpretação da norma comunitária permite que a liberdade de «escolha de activos», reconhecida pelas duas directivas às seguradoras, venha a ser limitada por uma norma nacional que imponha restrições à referida escolha, como sucede com a antes mencionada regra dos 5% ⁹.

23. O Governo sueco (apoiado pelo Governo norueguês e, em parte, pelo finlandês) sustenta que as directivas apenas impedem que se coloquem limites «qualitativos» à escolha de activos por parte das empresas seguradoras; isto é, os Estados-Membros não podem obrigar certas empresas que invistam em deter-

minadas «categorias» de activos. Pelo contrário, sempre que se respeite esta última condição, os Estados-Membros podem impor restrições «quantitativas» (como a regra dos 5%), que não exigem investimentos determinados em qualquer categoria de activos.

24. Tanto a Comissão como os recorrentes no processo principal sustentam, pelo contrário, que as disposições das duas directivas já referidas, proibem que os Estados-Membros imponham qualquer tipo de restrições, qualitativas ou quantitativas, à escolha, por parte das empresas seguradoras, dos activos que constituem o seu património não vinculado.

25. Pela minha parte, inclino-me por esta última tese. A minha argumentação, a este respeito, começará por contestar a suposta conexão necessária da regra dos 5% com a limitação da actividade externa das companhias de seguros; posteriormente, tratarei de explicar por que razão essa regra contraria as normas de ambas as directivas relativas à liberdade de escolha de activos não vinculados.

i) O alegado fundamento da regra dos 5% na proibição de as empresas seguradoras se dedicarem a actividades externas

* *Ndt*: Directiva 79/267/CEE. Na versão portuguesa, o artigo 8.º, n.º 1, alínea b), da Directiva 73/234/CEE tem uma redacção ligeiramente diferente, exigindo que as empresas, «limitem o seu objecto social à actividade seguradora, com exclusão de qualquer outra actividade comercial».

9 — O facto de a lei permitir que as autoridades nacionais autorizem, em qualquer caso, este tipo de investimento não desvirtua o carácter de proibição contido na norma. A jurisprudência constante do Tribunal de Justiça afirma que, quando uma norma nacional de carácter proibitivo contraria o direito comunitário, o mero facto de as autoridades nacionais poderem discretionalmente conceder autorizações de sentido contrário à regra geral não é suficiente para obstar à declaração da sua desconformidade com o direito comunitário.

26. Os Governos sueco e norueguês afirmam que «o objectivo e a função» da regra dos 5%

se devem relacionar com a proibição de as empresas seguradoras exercerem qualquer outra actividade alheia ao sector de seguros. Esta proibição encontra-se não só na sua legislação nacional como também na legislação comunitária ¹⁰.

27. Um meio legítimo, na sua opinião, de fazer respeitar esta proibição, consiste em impedir que aquelas empresas detenham participações sociais significativas em sociedades alheias ao sector dos seguros. Um nível de participação social superior a 5% dos direitos de voto destas últimas empresas permitiria às seguradoras exercer uma «influência dominante» nas empresas participadas. Na opinião dos Governos sueco e norueguês, em tal caso, as empresas seguradoras poderiam facilmente elidir a proibição de se dedicarem a actividades externas.

28. O Governo sueco sublinha que o limite dos 5% do capital com direito a voto foi considerado apropriado para definir quando é que uma participação social com direito a voto permite exercer uma «influência notável» na gestão de uma sociedade. A este respeito, traz à colação as opiniões de alguns Estados-Membros, expressas no âmbito dos trabalhos preparatórios da Directiva 85/611/CEE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes a alguns organismos de investimento colectivo

em valores mobiliários (OICVM) ¹¹. A Directiva, porém, não chegou a fixar qualquer valor a este respeito.

29. Não compartilho deste raciocínio por várias razões. Antes de passar a expô-las, devo confessar que a explicação do Governo sueco me parece apresentada *a posteriori*, para justificar uma restrição cujos verdadeiros motivos são outros. Concretamente, como demonstrou a recorrente no processo principal, o objectivo originário da regra dos 5%, em 1948, não foi de as empresas seguradoras respeitarem a proibição de se dedicarem a actividades externas, mas tão-só de limitar a sua influência na vida económica do país, como alternativa à nacionalização do sector de seguros, almejada por determinadas forças políticas naquela época.

30. Acresce que, como acertadamente alega a empresa recorrente, se o verdadeiro desígnio da regra dos 5% fosse impedir que as seguradoras exercessem actividades externas, não se entende o porquê de aquela regra dizer apenas respeito à participação nas sociedades anónimas e não noutras formas de sociedades comerciais ou de pessoas colectivas.

31. Mesmo admitindo, por razões de dialéctica, que o fim da regra dos 5% fosse aquele

10 — V. n.º 21, *supra*.

11 — JO L 375, p. 3; EE 06 F3 p. 38.

que agora é exposto pelo Governo sueco, considero que a proibição de as empresas seguradoras exercerem actividades externas não exige, em absoluto, a restrição das suas participações sociais noutras empresas até esse limite. Não existe uma relação directa e necessária entre a aquisição de uma participação de 5% das acções e o exercício de actividades empresariais próprias da empresas em que se detenham tais acções.

32. Com efeito, não chego a compreender por que razão uma participação social minoritária, embora superior a 5% das acções com direito a voto, equivalha, para os titulares da referida participação, a «dedicarem-se ao exercício» da actividade própria da empresa participada. Segundo essa mesma lógica, poderia afirmar-se que o detentor individual de 6% das acções com direito a voto de várias sociedades anónimas se dedica, simultaneamente, ao exercício da actividade própria de todas elas.

33. Uma tal conclusão não é juridicamente admissível. A titularidade de um pacote de acções com direito a voto constitui uma parte do património de uma pessoa singular ou colectiva, mas não pressupõe nem implica necessariamente que ela exerça a actividade comercial a que se dedique, em cada caso, a sociedade por acções. Noutras palavras, a detenção de acções por um accionista não tem que confundir-se, juridicamente, com actividade em cujo capital aquele participa.

34. A distinção entre ambas figuras é clara: uma coisa é o património mobiliário de uma determinada pessoa (singular ou colectiva — o que, para o efeito é irrelevante) e outra coisa, bem distinta, é o exercício de actividades comerciais pela referida pessoa. A detenção de acções de uma empresa, que representem 6% das acções com direito a voto, não transforma o accionista em empresário comercial, isto é, numa pessoa que se dedica ao exercício de uma determinada actividade empresarial.

35. Poder-se-á objectar que esta posição é um tanto formalista e que, na vida económica das empresas, às vezes, os titulares de acções ou de participações relativamente minoritárias podem influenciar de maneira determinante as decisões de gestão de uma sociedade. Na minha opinião, tal não é suficiente para eliminar a diferença entre participações sociais, de uma parte, e o exercício de actividades comerciais, de outra.

36. Com efeito, o poder de *influenciar*, através das acções com direito a voto, as decisões dos órgãos (assembleias gerais, conselhos de administração e similares) que traçam a política empresarial de uma sociedade anónima, não equivale a *exercer* a actividade desta. Não se pode considerar, assim, que o titular das acções, pelo simples facto de exercer o correspondente direito de voto, se dedica ao exercício das actividades comerciais próprias da sociedade anónima em que participa.

37. Insisto em que se trata de realidades juridicamente diferentes. Ademais, os accionistas titulares de 6% das acções com direito a voto numa sociedade não contribuem, senão numa proporção ínfima, para as decisões dos órgãos de administração da sociedade: não conseguem, por esse meio, condicionar a sua conduta. Muito menos se poderá dizer que «exercem» ou que «se dedicam» à actividade da referida sociedade, cuja gestão ordinária pertence a órgãos em que aqueles podem, por vezes, nem sequer estar representados.

dedique», de facto, a actividades alheias ao sector ¹².

40. Com efeito, seria possível que, através de participações sociais e outros instrumentos análogos, destinados a conseguir o domínio da sociedade participada, uma sociedade seguradora pretendesse, de facto, ampliar o seu âmbito de actividades empresariais ¹³. Não se trataria, pois, de simples investimentos financeiros, mas sim de participações de domínio que lhes assegurariam a gestão efectiva das sociedades participadas.

38. A limitação das actividades das empresas seguradoras às deste sector encontra-se formulada em termos bem precisos nas directivas que se referem ao seu «objecto social». Este deve limitar-se à actividade seguradora (e à dela directamente derivada). Respeitando tal regra, nada impede que os investimentos de uma empresa de seguros em acções de outras alheias ao sector representem mais de 5% do capital das empresas participadas ou, inclusivamente, outra percentagem superior.

41. Semelhante medida, todavia, vai muito para além do simples investimento financeiro: a colocação do património livre em acções, mesmo quando acompanhadas de direitos de voto, que não desvirtue o objecto social da seguradora, que, deste modo, investe os seus

12 — A proibição de alterar o objecto social através da participação social noutras empresas, tem, nalguns ordenamentos nacionais, carácter geral: assim, o artigo 2361.º do Código Civil italiano proíbe as sociedades anónimas de adquirirem participações noutras empresas, mesmo quando tal se encontre previsto nos pactos sociais, se, da sua proporção e do objecto da participação, resultar uma alteração substancial do objecto social estipulado no pacto. Sobre o alcance deste preceito, em relação aos problemas derivados do controlo de uma empresa por outra, v. Schiuma, L.: *Controllo, governo e partecipazione al capitale*, Pádua, 1997. A doutrina italiana analisou detalhadamente os problemas que a participação das empresas seguradoras em empresas alheias ao sector apresenta: por todos, v. Fanelli, G.: «Sulla legittimità dell'acquisto da parte di imprese di assicurazione della partecipazione in imprese con diverso oggetto sociale», *Giurr. Comm.*, 1987, I, pp. 817-826.

13 — A lei dinamarquesa sobre a actividade seguradora considera que uma seguradora exerce outra actividade se exercer uma influência determinante numa sociedade comercial que se dedique a actividades alheias aos seguros ou a actividades acessórias aos seguros. A lei finlandesa expressa-se em termos semelhantes relativamente às seguradoras, impedindo-as de deter mais de 50% de acções de sociedades alheias ao sector de seguros. Por seu lado, a lei italiana proíbe as sociedades seguradoras de adquirirem participações em empresas alheias ao sector de seguros quando aquelas confirmem o domínio dessas empresas.

39. O problema que se pode colocar, neste âmbito, tem um alcance mais amplo e não se limita à mera participação social: trata-se de evitar uma alteração subreptícia, mas substancial, do objecto social, através da criação, aquisição ou domínio de sociedades instrumentais, sejam ou não filiais em sentido estrito, através das quais a empresa seguradora «se

fundos disponíveis, não deve ser considerada como uma «actividade distinta da de seguros», proibida a este tipo de sociedades. Na realidade, tal investimento financeiro nem sequer é uma «actividade empresarial» propriamente dita ¹⁴: trata-se, exclusivamente, da colocação em valores mobiliários de uma parte do património da sociedade.

tipo de participações em acções, excede, em muito, o permissível em matéria de limitação do objecto social das seguradoras, tal como prescrito nas directivas já referidas.

ii) A interpretação das normas comunitárias sobre a escolha de activos livres

42. Apenas no caso de as participações sociais de uma sociedade seguradora visarem contornar a limitação do objecto social através da criação de sociedades instrumentais, sujeitas ao seu domínio, de modo a dedicarem-se ao exercício de outras actividades — apenas então, repito, poderiam as autoridades nacionais intervir, em cada caso, para evitar o que poderia pressupor uma alteração substancial do objecto social da seguradora.

43. Na minha opinião, é claro que a regra dos 5% prevista na legislação sueca, dado o seu carácter abstracto e rígido, desligado das circunstâncias de cada caso e aplicável a todo o

44. A liberdade de escolha de activos não vinculados, garantida pelos dois preceitos das directivas atrás transcritos, configurou-se como uma proibição aos Estados-Membros de estabelecerem «qualquer regra» a este respeito. Em minha opinião, esta formulação negativa indica, com bastante clareza, que os Estados-Membros não têm poder para intervir na matéria, que é objecto de uma regulamentação comunitária precisa e exaustiva: mais concretamente, abster-se-ão de impor limitações à escolha dos referidos activos, sejam elas limitações qualitativas ou quantitativas.

45. Não sendo, embora, um critério hermenêutico de grande valor em direito comunitário, o primeiro argumento a favor desta interpretação é o argumento meramente literal; o texto da norma é taxativo e não deixa lugar a intervenções estatais limitadoras da liberdade de escolha. A proibição expressa-se, literalmente, em termos que não admitem excepções, quantitativas ou qualitativas. Não se

14 — Para efeitos fiscais e, mais particularmente, para efeitos de imposto sobre o valor acrescentado, a referida actividade nem sequer se considera como «actividade económica». Com efeito, o Tribunal de Justiça precisou que a mera aquisição e a mera detenção de participações sociais não devem ser consideradas como actividades económicas no sentido da Sexta Directiva, que conferem a quem a realiza a qualidade de sujeito passivo (acórdão de 20 de Junho de 1991, Polysar Investments Netherlands, C-60/90, Collect., p. I-3111, n.º 13). A mera aquisição de participações financeiras noutras empresas não constitui uma exploração de um bem com o fim de obter rendimentos continuados no tempo, uma vez que o eventual dividendo, fruto dessa participação, é resultado da mera propriedade do bem (v., ainda assim, neste sentido, o acórdão de 22 de Junho de 1993, Sofitam, C-333/91, Collect., p. I-3513, n.º 12). Neste mesmo sentido, o acórdão de 6 de Fevereiro de 1997 (Harnas & Helm, C-80/95, Collect., p. I-745, n.º 14 a 18).

trata, de resto, de preservar somente a liberdade de escolha de «categorias de activos», mas também de proibir que os Estados imponham quaisquer regras que limitem as companhias de seguros em matéria de investimento do seu património disponível nos activos que considerem apropriados.

46. Em segundo lugar, e, desta feita, de maior significado, o sentido interno da norma conduz a esta mesma solução, em relação a ambas as directivas. A instituição de um quadro de concorrência harmonizado entre as seguradoras, que favoreça o segurado sem pôr em perigo a solidez financeira daquelas, levou a que se fixassem com bastante precisão as regras sobre o património das referidas empresas. Embora as directivas tenham regulado a constituição obrigatória de provisões técnicas, que os Estados hão-de exigir, quiseram, simultaneamente, deixar uma parte do património empresarial livre para ser objecto das decisões de investimento de cada empresa; isto é, para decisões não regulamentadas nem regulamentáveis pelas normas ou pelas autoridades nacionais.

47. A distinção entre uma parte do património da empresa (os activos que constituem as provisões técnicas) sujeita a diversas restrições, por um lado, e a outra parte do património livre, isenta de qualquer tipo de restrições, por outro, perderia sentido se também

esta última pudesse ser objecto de limitações como a da regra dos 5%, mais próprias de um sistema de supervisão e controlo, como o relativo às provisões técnicas de cada empresa.

48. Em terceiro lugar, a aplicação da regra dos 5% por parte de um Estado-Membro às seguradoras sujeitas à sua fiscalização, introduz uma distorção importante no regime da concorrência deste tipo de empresas. As seguradoras estabelecidas na Suécia, mas sujeitas à fiscalização de outro Estado-Membro, cuja legislação não contenha a referida regra, poderão adquirir participações sociais, tanto em empresas suecas como em empresas estrangeiras, superiores a 5% das acções com direito a voto. Poderão, portanto, orientar as suas decisões de investimento no sentido que julgarem mais favorável, em função das expectativas do mercado, e melhorar, por isso, a sua situação financeira graças a uma política de investimentos acertada. Tal possibilidade é restringida para as seguradoras sujeitas à fiscalização das autoridades suecas, que se encontram, por este facto, numa situação desfavorável face às suas concorrentes dentro do mesmo sector.

49. Esta distorção da concorrência não pode ser considerada, ademais, como inspirada em razões de protecção de solvência financeira das empresas seguradoras, através de uma diversificação dos riscos de investimento. Como expôs a sociedade recorrente, a regra dos 5% não a impediria de concentrar o investimento de todo o seu património disponível numa única das grandes empresas cotadas na bolsa sueca, dada a relação entre o

montante do património livre da Skandia e o valor bolsista de uma dessas grandes empresas.

do Tratado CE ¹⁶, na redacção dada pela Directiva 88/361/CEE do Conselho, de 24 de Junho de 1988, para execução do artigo 67.º do Tratado CEE ¹⁷, e do anexo I desta última.

50. Tudo isto é incompatível com uma regulamentação comunitária que pretende, precisamente, a harmonização das legislações nacionais em matéria de seguros e, concretamente, das regras sobre os activos empresariais, tanto dos que representam as provisões técnicas como dos que constituem o património não vinculado.

51. Por último, a regra dos 5% contraria a legislação comunitária em matéria de circulação de capitais, assegurada pelo artigo 73.º-B do Tratado CE ¹⁵, pois, ao limitar as participações das sociedades seguradoras nas sociedades de capital suecas ou estrangeiras, constitui uma restrição a um dos mais característicos movimentos de capital, que consiste no investimento em acções.

52. A «participação em empresas novas ou existentes com vista a criar ou manter laços económicos duradouros» figura, com efeito, entre os movimentos de capital a serem liberalizados, de acordo com a lista A do anexo I da Primeira Directiva do Conselho, de 11 de Maio de 1960, para execução do artigo 67.º

53. Não há dúvida, pois, de que a participação no capital de uma empresa cabe dentro do âmbito dos movimentos de capitais liberalizados, nem de que a regra sueca dos 5% limita esta liberdade. Poderia, contudo, ter-se por justificada, nos termos do artigo 73.º-D do Tratado CE, segundo o qual, os Estados-Membros podem tomar «... todas as medidas indispensáveis para impedir infracções às suas leis e regulamentos, nomeadamente em matéria fiscal e de supervisão prudencial das instituições financeiras»?

54. Em minha opinião, a resposta é negativa. Já se sublinhou que a finalidade da regra dos 5% não é a protecção da solvência das entidades seguradoras, mas sim a manutenção de uma influência limitada destas noutros sectores da economia ¹⁸. Uma finalidade de tal modo ampla e indiscriminada (uma vez que nem sequer distingue os sectores económicos

15 — Tal como aditado pelo artigo G.15 do Tratado da União Europeia.

16 — JO 1960, 43, p. 921; EE 10 F1 p. 6.

17 — JO L 178, p. 5.

18 — Na audiência, o representante do Governo sueco sustentou que a regra dos 5% não afecta a livre circulação de capitais, na medida em que apenas se aplica às companhias de seguros suecas; afirmação de que, obviamente, não posso compartilhar, uma vez que as referidas companhias são também sujeitos activos dessa liberdade. Nessa mesma intervenção, aquele representante reconheceu que o objectivo da referida regra era «evitar a concentração de um excessivo número de votos nas mãos de um mesmo accionista».

eventualmente susceptíveis de protecção)¹⁹ não pode legitimar, em minha opinião, uma restrição clara da livre circulação de capitais, alheia à supervisão prudencial das entidades financeiras.

55. Esta conclusão impõe-se, de modo especial, no âmbito da actividade empresarial aberto ao jogo da concorrência, em que as normas nacionais se devem ajustar aos critérios de coordenação estabelecidos pelas directivas comunitárias para o sector correspondente. Tais normas harmonizadoras não só não prevêm a possibilidade de impor uma regra como a dos 5% a investimentos, com o património disponível, por parte das companhias de seguros noutras empresas nacionais ou estrangeiras, como excluem toda intervenção normativa nacional sobre a escolha de activos que constituam aquele património de tais companhias.

56. A supervisão prudencial das entidades seguradoras poderá, certamente, legitimar decisões das autoridades nacionais que, em

cada caso e de acordo com as circunstâncias de um determinado investimento do património livre, proíbam os investimentos que ponham em perigo a margem de solvência da empresa, pressuponham a assunção de riscos excessivos ou, inclusivamente, revelem um desvio substancial ao objecto social da própria seguradora, através da criação, aquisição ou domínio de empresas instrumentais alheias ao sector dos seguros. Mas não é legítima, insisto, uma proibição geral, absoluta e *a priori*, como é a regra dos 5%, objecto deste reenvio prejudicial.

A segunda questão prejudicial

57. Com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em síntese, se, no caso de a norma nacional não ser compatível com os preceitos das directivas a que antes se fez referência, estes são de natureza tal que determinem a não aplicação da norma nacional de sentido contrário.

58. Como é óbvio, a pergunta pressupõe que, no momento a que se refere o litígio principal, se tinha esgotado o prazo para transpor as directivas relativas aos seguros para o direito nacional sueco, assunto não discutido e que também, não necessita de maiores precisões.

19 — No acórdão de 3 de Fevereiro de 1993, *Vereniging Veronica Omroep Organisatie* (C-148/91, *Collect.* p. I-487), o Tribunal de Justiça declarou que as normas do Tratado relativas à livre circulação de capitais não se opõem que a legislação de um Estado-Membro proíba um organismo de radiodifusão estabelecido nesse Estado de participar no capital de uma sociedade de radiodifusão estabelecida ou que pretenda estabelecer-se noutro Estado-Membro, quando tais actividades sejam orientadas para a criação de uma estação de televisão comercial destinada a atingir, em especial, o território do primeiro Estado-Membro e quando tais proibições sejam necessárias para garantir o carácter pluralista e não comercial do sistema audiovisual instituído por essa legislação.

59. A resposta a esta questão prejudicial deve ser, necessariamente, afirmativa, como afirmou várias vezes o Tribunal de Justiça: a norma nacional incompatível com o direito comunitário não pode ser aplicada e, consequentemente, os órgãos jurisdicionais nacionais não devem aplicá-la no litígio pendente. A aplicação uniforme do direito comunitário não seria assegurada se os Estados-Membros pretendessem fazer prevalecer as suas próprias normas internas sobre as normas comunitárias; ou seja, se pudessem afastar a aplicação destas, privilegiando a aplicação do direito nacional, em caso de falta de conformidade de umas com as outras.

60. Desde o já clássico acórdão *Simmenthal*, de 9 de Março de 1978²⁰, até ao recente acórdão *IN. CO. GE.*'90 e o., de 22 de Outubro de 1998²¹, esta afirmação é formulada em termos bastante categóricos: os juizes nacionais que julguem um processo no quadro da sua competência são obrigados a aplicar integralmente o direito comunitário e a tutelar os direitos que este confere aos particulares, deixando de aplicar qualquer disposição da ordem jurídica nacional eventualmente contrária àquela, seja ela anterior ou posterior à norma comunitária.

61. Tratando-se, como aqui sucede, de uma norma contida numa directiva, a interpretação que dela faça o Tribunal de Justiça impõe-se

a todos. Para este efeito, é irrelevante que a norma da directiva seja mais ou menos clara: desde o momento em que o Tribunal de Justiça precisa o seu sentido, evidenciando a incompatibilidade de uma norma nacional contrária, esta última não pode ser aplicada. A maior ou menor clareza da norma comunitária, a que faz referência o órgão de reenvio, poderia ser relevante para outros efeitos (como, por exemplo, ao invocar-se a responsabilidade civil do Estado por não ter transposto fielmente a directiva), mas não no que toca ao primado do direito comunitário sobre a norma nacional contrária.

62. Conforme jurisprudência constante, da qual o Tribunal de Justiça faz eco no acórdão *IN. CO. GE.*'90 e o., já referido, «no exercício da competência que lhe confere o artigo 177.º do Tratado, a interpretação pelo Tribunal de Justiça de uma disposição de direito comunitário esclarece e precisa, quando tal é necessário, o significado e o alcance dessa norma, tal como deve ou deveria ter sido entendida e aplicada desde o momento da sua entrada em vigor. Daí resulta que a norma assim interpretada pode e deve ser aplicada pelo juiz a relações jurídicas nascidas e constituídas antes do acórdão que decide do pedido de interpretação, se, por outro lado, estiverem preenchidas as condições que permitem submeter à apreciação dos órgãos jurisdicionais competentes um litígio referente à aplicação dessa norma (acórdãos de 27 de Março de 1980, *Denkavit italiana*, 61/79, *Recueil*, p. 1205, n.º 16, e de 2 de Dezembro de 1997, *Fantask e o.*, C-188/95, *Colect.*, p. I-6783, n.º 37)»²².

20 — 106/77, *Colect.*, p. 243.

21 — C-10/97 a C-22/97, *Colect.*, p. I-6307.

22 — N.º 23 do acórdão *IN. CO. GE.*'90 e o.

Conclusões

63. Proponho, por conseguinte, ao Tribunal de Justiça que responda do seguinte modo às questões prejudiciais apresentadas pelo Regeringsrätt:

- «1) O n.º 1 do artigo 18.º da Directiva 73/239/CEE do Conselho, de 24 de Julho de 1973, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao acesso à actividade de seguro directo não vida e ao seu exercício, e o n.º 1 do artigo 21.º Directiva 79/267/CEE do Conselho, de 5 de Março de 1979, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas, respeitantes ao acesso à actividade de seguro directo de vida e ao seu exercício, opõem-se à aplicação de uma disposição nacional que proíbe, sem autorização administrativa, que as companhias de seguros detenham participações ou acções de uma sociedade por acções, sucça ou estrangeira, de montante superior àquele a que correspondam, no máximo, 5% dos direitos de voto da totalidade das acções.
- 2) O órgão jurisdicional competente para conhecer do recurso de uma decisão administrativa fundada naquela norma nacional deve garantir a eficácia das directivas referidas, deixando, no caso concreto, de aplicar tal norma.»