

Processo C-339/19**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

25 de abril de 2019

Órgão jurisdicional de reenvio:

Înalta Curte de Casație și Justiție (Tribunal Superior de Cassação e Justiça, Roménia)

Data da decisão de reenvio:

20 de fevereiro de 2018

Recorrentes:

SC Romenergo SA

Aris Capital SA

Recorrida:

Autoritatea de Supraveghere Financiară (Autoridade de Supervisão Financeira, Roménia)

Objeto do litígio no processo principal

Recurso interposto pelas recorrentes S.C. Romenergo S. A. e Aris Capital S. A. (a seguir, conjuntamente, «recorrentes») do Acórdão n.º 1238, de 4 de maio de 2015, e do Despacho de 28 de setembro de 2015 da Curtea de Apel București – Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal (Tribunal de Recurso de Bucareste, Sétima Secção do Contencioso Administrativo e Tributário, Roménia) num processo em que é recorrida a Autoritatea de Supraveghere Financiară (Autoridade de Supervisão Financeira, Roménia) (a seguir «ASF»), que sucedeu à Comisia Națională a Valorilor Mobiliare (Comissão Nacional de Valores Mobiliários, Roménia) (a seguir «CNVM»).

Objeto e fundamento jurídico do pedido prejudicial

Nos termos do artigo 267.º TFUE, pede-se a interpretação dos artigos 63.º e seguintes TFUE, em conjugação com o artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 2004/25/CE e com o artigo 87.º da Diretiva 2001/34/CE, substituído pelo artigo 2.º, n.º 1, alínea f), da Diretiva 2004/109/CE.

Questão prejudicial

Devem os artigos 63.º e seguintes do TFUE, em conjugação com o artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 2004/25/CE e com o artigo 87.º da Diretiva 2001/34/CE, ser interpretados no sentido de que se opõem a um quadro legislativo nacional [neste caso, o artigo 2.º, n.º 3, alínea j), do Regulamento da CNVM n.º 1/2006] que estabelece uma presunção legal de concertação das participações em sociedades cujas ações foram admitidas à negociação num mercado regulamentado e equiparadas a fundos de investimento alternativos (denominadas sociedades de investimento financeiro - S.I.F.) em relação:

1. às pessoas que realizaram ou realizam conjuntamente operações económicas com ou sem ligação ao mercado de capitais, e
2. às pessoas que, no âmbito de operações económicas, utilizam recursos financeiros que têm a mesma origem ou que proveem de outras entidades, entidades essas que são sujeitos envolvidos?

Disposições do direito da União invocadas

Artigos 63.º TFUE, 64.º TFUE e 65.º TFUE.

Artigo 2.º, alínea d), e artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 2004/25/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004, relativa às ofertas públicas de aquisição.

Artigo 87.º da Diretiva 2001/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de maio de 2001, relativa à admissão de valores mobiliários à cotação oficial de uma bolsa de valores e à informação a publicar sobre esses valores, substituído pelo artigo 2.º, n.º 1, alínea f), da Diretiva 2004/109/CE.

Disposições do direito nacional invocadas

1. Legea nr. 297/2004 privind piețele de capital (Lei n.º 297/2004 sobre mercados de capitais) com sucessivas alterações

Artigo 2.º, n.º 1, ponto 22, alíneas a) e c)

«1. Para os efeitos da presente lei, entende-se por: (...)

22. sujeitos envolvidos:

a) pessoas que controlam ou são controladas por um emitente ou submetidas a um controlo comum;

(...)

c) pessoas singulares da sociedade emitente com funções de gestão ou fiscalização».

Artigo 2.º, n.º 1, ponto 23, alíneas a) e c):

«23. pessoas que atuam em concertação — duas ou mais pessoas, ligadas por um acordo expreso ou tácito, com o objetivo de executarem uma política comum em relação a um emitente. Salvo prova em contrário, presume-se que os seguintes sujeitos atuam em concertação:

a) sujeitos envolvidos:

(...)

c) uma sociedade comercial constituída com os membros do seu conselho de administração e com os sujeitos envolvidos, bem como com esses sujeitos entre si;

(...))».

Artigo 286.º bis.

«(1) Qualquer pessoa pode adquirir, por qualquer título, ou deter individualmente ou com pessoas com quem atua em concertação, ações emitidas por sociedades de investimento financeiro, resultantes da transformação de fundos privados, até ao limite máximo de 5% do capital social das sociedades de investimento financeiro.

(2) O exercício do direito de voto é suspenso em relação às ações detidas por acionistas que ultrapassam os limites fixados no n.º 1.

(...)

(4) No prazo de 3 meses a contar da data em que o limite de 5% do capital social das sociedades de investimento financeiro for ultrapassado, os acionistas que se encontrem nessa situação são obrigados a vender as ações que excedam o limite da participação.»

2. Regulamentul CNVM nr. 1/2006 privind emitenții și operațiunile cu valori mobiliare (Regulamento da CNVM n.º 1/2006, relativo aos emitentes e às operações com valores mobiliário)

Artigo 2.º, n.º 3, alínea j),

«(3) Para os efeitos do artigo 2.º, n.º 1, ponto 23 da Lei n.º 297/2004, presume-se, salvo prova em contrário, que atuam em concertação, entre outras, as seguintes pessoas:

(...)

j) as pessoas que efetuaram ou efetuam operações económicas com ou sem ligação ao mercado de capitais».

Exposição sumária dos factos e do processo

- 1 A ROMENERGO foi acionista da emitente SIF BANAT CRIȘANA S. A., cujas ações são negociadas no mercado de capitais, com 4,55498% dos direitos de voto relacionados com as ações detidas na empresa.
- 2 Posteriormente, de acordo com um projeto de cisão parcial, essas ações foram inteiramente transferidas para a ARIS CAPITAL S. A.
- 3 Em 18 de março de 2014, a ASF proferiu as seguintes decisões individuais com base numa análise da direção especializada e da decisão da [sociedade] cindida de 18 de março de 2014:
 - (i) Decisão ASF n.º A/209, de 18 de março de 2014, que declarou: «Presume-se que XV, YW, ZX, as sociedades S.C. ROMENERGO S. A., SMALLING LIMITED e GARDNER LIMITED atuam em concertação no que diz respeito à SIF Banat Crișana S. A., de acordo com o artigo 2.º, n.º 1, ponto 22, alíneas a) e c) e ponto 23, alíneas a) e c), da Lei n.º 297/2004, em conjugação com o disposto no artigo 2.º, n.º 3, alínea j), do Regulamento n.º 1/2006 e o artigo 3.º, n.º 2, alínea f), da Instrução n.º 6/2012.»
 - (ii) Decisão ASF n.º A/210, de 18 de março de 2014 que determinou: «a S.C. DEPOZITARUL CENTRAL S. A. [instituição fundamental do mercado financeiro romeno, que assegura a compensação e liquidação das operações de bolsa, bem como a manutenção do registo das sociedades emitentes,] deve adotar as medidas necessárias para inscrever nos seus registos a suspensão do exercício dos direitos de voto em relação às ações emitidas pela S.I.F. BANAT CRIȘANA S. A. que ultrapassem 5% dos direitos de voto e detidas pelos sr.s XV, YW e pelas sociedades S.C. ROMENERGO S.A., SMALLING LIMITED e GARDNER LIMITED».
 - (iii) Decisão ASF n.º A/211, de 18 de março de 2014 que determinou: «o conselho de administração da SIF Banat Crisana S. A. deve adotar as medidas necessárias para que o grupo formado pelos acionistas XV, YW, S.C. ROMENERGO S. A., SMALLING LIMITED e GARDNER LIMITED, que se presume atuar em concertação com o emitente S.I.F. BANAT CRIȘANA S.A., não possa exercer os direitos de voto relacionados com a participação detida em

violação do artigo 286.º bis, n.º 1, da Lei n.º 297/2004, e sucessivas alterações e aditamentos».

- 4 Conforme resulta do conteúdo das decisões individuais referidas, presume-se que a S.C. ROMENERGO S. A. atuou em concertação com os sr.s XV, YW e com as sociedades SMALLING LIMITED e GARDNER, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, ponto 22, alínea c) e ponto 23, alíneas a) e c) da Lei n.º 297/2004, bem como do artigo 2.º, n.º 3, alínea j), do Regulamento n.º 1/2006.
- 5 Em consequência, a ASF determinou:
 - i) que os acionistas aos quais se aplica a presunção de terem atuado em concertação devem, no prazo de 3 meses, proceder à venda das ações detidas pela sociedade emitente, proporcionalmente e de modo a que todos os sujeitos integrem o limiar de 5% previsto na lei;
 - ii) que a Depozitarul Central deve suspender o exercício dos direitos de voto dos sujeitos que se considera terem atuado em concertação, até ao limiar de 5%, e que o conselho de administração da sociedade SIF BANAT CRIȘANA adote as medidas necessárias para que os sujeitos interessados não exerçam os direitos de voto relativos às ações detidas que ultrapassem o limiar estabelecido pela lei.
- 6 As recorrentes interpuseram um recurso de anulação contra a recorrida, em que pedem:
 1. A anulação das disposições do artigo 2.º, n.º 3, alínea j), do Regulamento da CNVM n.º 1/2006, relativo aos emitentes e aos valores mobiliários
 2. A anulação da Decisão ASF n.º A/419, de 22 de maio de 2014, que decidiu a reclamação prévia apresentada contra as disposições do artigo 2.º, n.º 3, alínea j), do Regulamento da CNVM n.º 1/2006, relativo aos emitentes e aos valores mobiliários.
- 7 A Curtea de Apel București (Tribunal de Recurso de Bucareste, Roménia) negou provimento quer o recurso apresentado pelas recorrentes, quer à exceção de falta de interesse em agir suscitada pela recorrida, por falta de fundamento.
- 8 As recorrentes impugnaram o acórdão do Tribunal de Recurso de Bucareste através de recurso interposto perante a Înalta Curte de Casație și Justiție (Supremo Tribunal de Cassação e Justiça, Roménia), o órgão jurisdicional de reenvio.
- 9 Posteriormente, pediram ao órgão jurisdicional de reenvio que apresentasse um pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça.

Principais argumentos das partes no processo principal

- 10 Ao longo de todo o processo perante a autoridade administrativa e perante a autoridade judicial, as recorrentes alegaram a ilegalidade do artigo 2.º, n.º 3,

alínea j), do Regulamento da CNVM n.º 1/2006, na medida em que viola, em particular, o princípio da livre circulação de capitais.

- 11 A fixação, pelo artigo 286.º bis da Lei n.º 297/2004, do limite de 5% de participação no capital constitui, segundo as recorrentes, uma situação que não está em conformidade com a legislação europeia, uma vez que o legislador europeu não previu a possibilidade de o legislador nacional fixar limites legais para a participação no capital de uma sociedade admitida à negociação num mercado regulamentado. Além disso, as recorrentes alegam que o conceito de «concertação» no direito da União está exclusivamente relacionado com o instituto jurídico de oferta pública de aquisição vinculativa, uma vez que o legislador presume que as pessoas controladas ou que controlam outras pessoas e que, em conjunto, procuram assumir o controlo da sociedade emitente mediante a apresentação de uma oferta ou a insolvência da mesma atuam em concertação. O direito da União Europeia apenas prevê uma presunção desse género no artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 2004/25/CE, ou seja, no caso de pessoas controladas por outra pessoa através de uma participação maioritária.
- 12 Em concreto, nos termos do artigo 87.º da Diretiva 2001/34/CE, que foi substituído pelo artigo 2.º, n.º 1, alínea f), da Diretiva 2004/109/CE, a presunção de concertação assenta na ideia do controlo exercido por um acionista no âmbito da sociedade emitente através da detenção da maioria dos direitos de voto, do direito de controlar ou destituir a maioria dos membros dos órgãos de gestão ou fiscalização ou do controlo direto da maioria dos direitos de voto dos acionistas ou membros, com base num acordo celebrado com outros acionistas ou membros da empresa.
- 13 À luz desses elementos, as recorrentes alegam que o direito da União não estabelece de forma alguma a possibilidade de estabelecer uma presunção de concertação genericamente justificada por razões «económicas». Como também nem sequer reconhece a ideia de concertação baseada genericamente na simples existência de pessoas que, no âmbito de operações económicas, utilizam recursos financeiros que têm a mesma origem ou que proveem de outras entidades, entidades essas que são sujeitos envolvidos. Além disso, na interpretação fornecida pelas recorrentes, a hipótese de concertação prevista no artigo 2.º, n.º 3, alínea j), do Regulamento da CNVM n.º 1/2006, não pode existir sem se verificar o requisito obrigatório de que o acionista pretenda adquirir o controlo do emitente.
- 14 Com posição diametralmente oposta, a ASF alega que as presunções de concertação estabelecidas no Regulamento n.º 1/2006 refletem plenamente as disposições do direito da União e não se limitam à hipótese de uma oferta pública.

Exposição sumária da fundamentação do reenvio prejudicial

- 15 O pedido consiste em determinar se o artigo 286.º bis, n.ºs 1 a 4 da Lei n.º 297/2004 viola o direito fundamental à livre circulação de capitais (artigo 63.º TFUE), na medida em que proíbe as recorrentes de deterem mais de

5% das ações com direito de voto num fundo de investimento romeno (SIF) ou se as restrições legislativas em questão são proporcionadas e necessárias para alcançar um objetivo legítimo de política pública.

- 16 O órgão jurisdicional de reenvio invoca o artigo 2.º, n.º 1, alínea d), o artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 2004/25/CE e o artigo 87.º da Diretiva 2001/34/CE, na redação do artigo 2.º, n.º 1, alínea f), da Diretiva 2004/109/CE.
- 17 O mesmo órgão jurisdicional remete igualmente para o Acórdão de 14 de outubro de 1999, Sandoz GmbH (C-439/97, EU:C:1999:499), no qual o Tribunal de Justiça declarou que as disposições do Tratado relativas à livre circulação de capitais têm eficácia direta e devem ser reconhecidas pelo legislador e pelos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros da União, e recorda que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, um sistema de aprovação administrativa prévia está em conformidade com o princípio da proporcionalidade se se basear em critérios objetivos, não discriminatórios, conhecidos antecipadamente pelas empresas em questão e desde que todas as pessoas abrangidas por uma medida restritiva deste tipo disponham de um meio de recurso.
- 18 O princípio da proporcionalidade foi invocado perante o Tribunal Justiça numa série de processos que diziam respeito à violação de alguns direitos fundamentais consagrados no Tratado, em particular, o direito à livre circulação de capitais, nos quais o Tribunal de Justiça declarou que uma medida lesiva de um direito fundamental consagrado no Tratado deve ter um objetivo legítimo e, no que diz respeito à modalidade de restrição do direito fundamental em questão, não deve exceder o necessário para alcançar o objetivo da medida.
- 19 Com base nessa jurisprudência é necessário avaliar se as medidas legislativas referidas no artigo 286.º bis, n.ºs 1 a 4 são proporcionais à realização de um objetivo legislativo legítimo, se os investidores são devidamente informados e se dispõem de meios de recurso para contestar requisitos excessivamente onerosos.
- 20 A SIF Banat Crişana SA, bem como as outras sociedades de investimento financeiro inicialmente criadas pela Lei n.º 133/1996, são sociedades por ações inteiramente detidas por investidores privados na sequência de um processo de privatização em massa, relativamente ao qual o legislador pretendeu prever e manter, mesmo depois da conclusão do processo de privatização, uma participação máxima de 5% (inicialmente de 1%). Foi igualmente introduzida uma restrição relativa às participações concertadas e a ASF elencou, no artigo 2.º do Regulamento n.º 1/2006, algumas situações que qualificou como presunções de concertação.
- 21 Coloca-se assim a questão de saber se os limites de participação fixados pelos Estados para sujeitos de direito privado no âmbito dos processo de privatização violam a livre circulação de capitais e se constitui uma violação da livre circulação de capitais a introdução, através de uma lei, de restrições às participações, quer diretamente quer em conjunto com outras pessoas, até 5% do

capital social no caso de sociedades privadas (como no caso do artigo 286.º bis da Lei n.º 297/2004 e da legislação posterior) que foram privatizadas há cerca de 20 anos e não se revestem de importância estratégica

DOCUMENTO DE TRABALHO