

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
CENTRO REGIONAL DO PORTO

O ÂMBITO ESPACIAL DO REGIME DE COLIGAÇÃO SOCIETÁRIA À
LUZ DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

Tese apresentada à Universidade Católica Portuguesa para obtenção do grau de
Mestre em Direito

Por **Paulo Guilherme da Rocha Pichel**
Sob orientação do **Senhor Professor Doutor José Augusto Engrácia Antunes**

Faculdade de Direito | Escola do Porto

Junho de 2013

“An economist thinks of the economic system as being coordinated by the price mechanism and society becomes not an organisation but an organism. The economic system “works itself”. This does not mean that there is no planning by individuals. These exercise foresight and choose between alternatives” (Coase, 1937, p. 154).

“While no two corporation codes are identical, there is substantial uniformity across the states. Provisions typically spread in a discernible S-shaped pattern, as one state amends its code in response to another state’s innovation. The revision process is often analogized in the academic literature to market competition in which states compete to provide firms with a product, corporate charters, in order to obtain franchise tax revenues” (Romano, 1993, p. 87).

JURISPRUDÊNCIA DO TJUE	7
JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS PORTUGUESES.....	8
ABREVIATURAS	9
INTRODUÇÃO	11
1. Objeto	11
2. Sequência	11
CAPÍTULO I – DETERMINAÇÃO DA LEI APLICÁVEL A UMA ESTRUTURA MULTIPOLAR TRANSNACIONAL (ANÁLISE FUNCIONAL)	13
1. Lei reguladora do estatuto da sociedade comercial: teoria da sede e teoria da incorporação	13
2. A dificuldade de escolha de um elemento de conexão territorial face a uma realidade multiterritorial.....	15
3. Arbitragem regulatória, lei aplicável e mobilidade societária	17
3.1. Arbitragem regulatória: o modelo de Charles Tiebout	18
3.2. Arbitragem regulatória no domínio das sociedades	18
CAPÍTULO II – LEI REGULADORA DAS SOCIEDADES COMERCIAIS NO CONTEXTO DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA	21
1. Liberdade de circulação, proibição de discriminação e proibição de entraves à mobilidade.....	21
1.1. Primeiro momento: as normas de conflitos imunes ao escrutínio do TJUE – Daily Mail.	22
1.2. Segundo momento: abertura a um modelo de arbitragem regulatória - Centros, Überseering, Inspire Art	23
1.3. Terceiro momento – Cartesio, National Grid, VALE	24
2. Arbitragem regulatória no domínio do estatuto pessoal das sociedades no âmbito da União Europeia e a proibição do abuso enquanto princípio geral do DUE	26
2.1. Limites à liberdade de escolha de lei aplicável.....	26
2.2. O princípio geral de proibição do abuso	28
2.3. Transposição para o domínio societário da noção de abuso	29
3. Conclusão.....	31
CAPÍTULO III – ANÁLISE DO ÂMBITO ESPACIAL DO REGIME DE COLIGAÇÃO SOCIETÁRIA PORTUGUÊS À LUZ DO DUE	32
1. Breve exposição do regime de coligação societária.....	32

2. Regime aplicável às coligações societárias transfronteiriças.....	33
2.1. A limitação espacial do regime de coligação societária.....	33
2.1.1. O art. 481.º, 2 CSC enquanto norma espacial autolimitada.	33
2.1.2. Exceções ao regime-regra	34
A) Art. 481.º, 2 al. a) CSC	34
B) Art. 481.º, 2 al. b) CSC	34
C) Art. 481.º, 2 al. c) CSC.....	35
D) Art. 481.º, 2 al. d) CSC	36
2.1.3. Implicações do conceito de coligação enquanto conceito global de referênci.....	37
2.1.4. Discriminação das sociedades-mãe sediadas noutra EM decorrente da autolimitação espacial	37
2.1.5. O problema da interposição de uma sociedade no meio da cadeia	40
3. Justificação do âmbito espacial do regime à luz da liberdade de estabelecimento. Proposta de compatibilização.....	42
CONCLUSÃO	44
BIBLIOGRAFIA.....	46

JURISPRUDÊNCIA DO TJUE

“Cassis de Dijon” - Rewe-Zentrale des Lebensmittel-Großhandels GmbH contra Hauptzollamt Landau/Pfalz (Processo 120/78) [1979] Colectânea da Jurisprudência 1979 página 00659	21
Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akros Chemicals Ltd contra Comissão Europeia (Processo C-550/07 P) [2010] Coletânea da Jurisprudência 2012 página I-08301	40
Cadbury Schweppes plc e Cadbury Schweppes Overseas Ltd contra Comissions of Inland Revenue (Processo C-196/04) [2006] Colectânea da Jurisprudência página I-07995]	29, 30
Cartesio Oktató és Szolgáltató bt. (Processo C-210/06) [2008] Colectânea da Jurisprudência 2008 página I-09641	24, 25, 27
Centros Ltd contra Erhvervs-og Selskabsstyrelsen (Processo C-212/97) [1999] Colectânea da Jurisprudência 1999 página I-01459.....	23, 24, 26, 28, 30
Dieter Krombach contra André Bamberski (Processo C-7/98) [2000] Colectânea da Jurisprudência 2000 página I-01935	22
Emsland-Stärke GmbH contra Landwirtschaftskammer Hannover Starke (Processo C-94/05) [2006] Colectânea da Jurisprudência 2006 página I-02619	28
General Química SA e outros Contra Comissão Europeia (Processo C-90/09P) [2011] Colectânea da Jurisprudência 2011 página I-00001.....	40
Governo da Communauté française Gouvernement Wallon contra Gouvernement flamand (Processo C-212/06) [2008] Colectânea da Jurisprudência 2008 página I-0683.....	43
Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd e County Wide Property Investments Ltd contra Commissioners of Customs & Excise (Processo C-255/02) [2006] Colectânea da Jurisprudência 2006 página I-01609.....	28, 29
Johannes Henricus Maria van Binsbergen contra Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid (Processo 33/74) [1974] Colectânea da Jurisprudência 1974 página 01299 Edição especial portuguesa página 00543.....	28
Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam contra Inspire Art Ltd (Processo C-167/01) [2003] Colectânea de Jurisprudência 2003 página I – 10155	23, 24
Manfred Säger contra Dennemeyer & Co. Ltd. (Processo C-76/90) [1991] Colectânea da Jurisprudência 1991 página I-04221.....	21

National Grid Indus BV contra Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam (Processo C-371/10) [2011] Colectânea da Jurisprudência 2011 página 00000.....	25
Procureur du Roi contra Benoît e Gustave Dassonville (Processo C-8/74) [1974] Colectânea da Jurisprudência 1974 página 00837	21
R contra Ministro da Agricultura, Pescas e Alimentação (Processo C-331/88) [1990] Colectânea da Jurisprudência 1999 página I-4023.....	22
Régie nationale des usines Renault SA contra Maxicar SpA e Orazio Formento (Processo C-38/98) [2000] Colectânea da Jurisprudência 2000 página I-02973	22
Shirley McCarthy contra Secretary of State of the Home Department (Processo C-434/09) [2011] Colectânea da Jurisprudência 2011 página I-03375	43
The Queen contra H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc (Processo 81/87) [1988] Colectânea da Jurisprudência 1988 página 05483	22, 25
VALE Építési kft (Processo C-378/10) [2012] Colectânea da Jurisprudência 2012 página 00000	25, 26, 30

JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS PORTUGUESES

Supremo Tribunal de Justiça, Processo 05A1413, 31.05.2005.....	43
Tribunal da Relação de Lisboa, Processo 260/2007-6, 19.06.2008	43

ABREVIATURAS

Ac.	– Acórdão
Acs.	– Acórdãos
Al.	– Alínea
CCiv	– Código Civil
Cf.	– Confrontar
CRP	– Constituição da República Portuguesa
CSC	– Código das Sociedades Comerciais
CVM	– Código dos Valores Mobiliários
DIP	– Direito Internacional Privado
Diretiva 77/91/CEE	– Segunda Diretiva 77/91/CEE do Conselho, de 13 de Dezembro de 1976, 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, no que respeita à constituição da sociedade anónima, bem como à conservação e às modificações do seu capital social, a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade.
Diretiva 78/660/CEE	– Quarta Diretiva 78/660/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1978, relativa às contas anuais de certas formas societárias
Diretiva 83/349/CEE	– Sétima Diretiva 83/349/CEE do Conselho, de 13 de Junho de 1983, relativa às contas consolidadas
Diretiva 2001/34/CE	– 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
Diretiva 2005/56/CE	– Directiva 2005/56/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro de 2005, relativa às fusões transfronteiriças das sociedades de responsabilidade limitada
Diretiva 2009/133/CE	– Diretiva 2009/133/CE do Conselho de 19 de Outubro de 2009, reativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, cisões parciais, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes e à transferência da sede de uma SE ou de uma SCE de um Estado-Membro para outro
DUE	– Direito da União Europeia
EM	– Estado-Membro da União Europeia
EMs	– Estados-Membros da União Europeia
n.	– Nota de rodapé
P.	– Página/páginas.
P. ex.	– Por exemplo
Pt.	– Ponto
Regulamento	– Regulamento 1346/2000 do Conselho de 29 de Maio

1346/2000	de 2000, relativo aos processos de insolvência.
Regulamento 2157/2001	– Regulamento 2157/2001 do Conselho, de 8 de Outubro de 2001, relativo ao estatuto da sociedades europeia (SE)
Reg. Roma I	– Regulamento (CE) n. o 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008 , sobre a lei aplicável às obrigações contratuais
Reg. Roma II	– Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho de 2007 , relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais
RGICSF	– Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras
Séc.	– Século
ss.	– Seguintes
STJ	– Supremo Tribunal de Justiça
TRL	– Tribunal da Relação de Lisboa
TFUE	– Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	– Tribunal de Justiça da União Europeia
tn	– Tradução nossa
Vd.	– <i>Vide</i>

INTRODUÇÃO

1. Objeto

A dissertação que apresentamos tem como objeto o âmbito espacial do regime de coligação societária no CSC. Em especial, procuramos compreender a articulação e a compatibilidade daquele regime com o DUE. Tentamos demonstrar que, em certos domínios, a limitação espacial do regime de coligação societária gera discriminações das sociedades sediadas noutros EMS ou das sociedades sediadas em Portugal. Naquelas situações, a solução passará pela desaplicação das normas nacionais contrárias ao TFUE. Já nestas, uma vez que o DUE não proíbe as situações de *discriminação às avessas*, uma das soluções possíveis para os grupos nacionais descontentes com a regulamentação interna passará pela plurilocalização das suas estruturas, escudando-se na liberdade de estabelecimento para promover a evicção do regime interno.

A compatibilização do regime de coligação societária com o DUE passa, em nosso entender, pela indiferenciação das situações puramente internas face às situações transfronteiriças. No entanto, os elementos desfavoráveis do regime de coligação societária, quando aplicados a situações internacionais, são suscetíveis de gerar entraves à mobilidade societária. Com efeito, lá onde certas vantagens não possam ser desagregadas de certas desvantagens, a sua aplicação em bloco deverá decorrer, tendencialmente, de um ato de vontade do grupo.

Em todo o caso, na medida em que o regime de coligação está dependente da prévia aplicação do art. 3.º CSC, as problemáticas decorrentes do seu potencial obstrutivo à mobilidade societária refletir-se-ão no específico domínio da regulação das coligações societárias.

2. Sequência

A dissertação encontra-se organizada em 3 capítulos. No Capítulo I procuramos demonstrar que os habituais elementos de conexão determinantes da lei reguladora do estatuto pessoal da sociedade comercial autónoma, pelo seu carácter territorial, têm grande dificuldade de coabitação com estruturas multipolares e multiterritoriais. Neste sentido, uma alternativa possível poderá ser a da abertura à liberdade de escolha da lei reguladora do estatuto pessoal das sociedades comerciais e, em especial, das coligações societárias. A conclusão pela viabilidade de um modelo

de arbitragem regulatória neste domínio é, em nosso entender, particularmente útil para a análise da jurisprudência do TJUE no âmbito do direito societário (Capítulo II). Na verdade, a mobilidade das empresas é vista como um fator determinante na construção do mercado único pelo que uma perspectiva económica e jurídica que promova aquela mobilidade terá natural acolhimento da jurisprudência do TJUE. Ora, um modelo de concorrência entre ordenamentos jurídicos – alicerçado na necessidade de reconhecimento mútuo – é particularmente apto a responder àquele desafio.

Concluimos, portanto, que a jurisprudência do TJUE criou espaços significativos para a concorrência entre ordenamentos jurídicos no domínio da lei reguladora do estatuto pessoal das sociedades comerciais. Com efeito, a análise da compatibilidade do regime de coligação societária com o DUE (Capítulo III) deverá ter em consideração aquela orientação. Perante uma situação de concorrência entre ordenamentos jurídicos no espaço da União, o legislador português deverá tornar o regime de coligação societária mais eficiente e alargar a sua oferta regulatória neste domínio de modo a atrair o maior número de empresas.

CAPÍTULO I – DETERMINAÇÃO DA LEI APLICÁVEL A UMA ESTRUTURA MULTIPOLAR TRANSNACIONAL (ANÁLISE FUNCIONAL)

1. Lei reguladora do estatuto da sociedade comercial: teoria da sede e teoria da incorporação

O estatuto pessoal de uma sociedade comercial é composto pelo conjunto de regras fundamentais que regulam a sociedade comercial desde o seu nascimento até à sua extinção.¹

A lei reguladora do estatuto pessoal de uma sociedade comercial deve acautelar diversos interesses: (i) unidade e estabilidade do estatuto pessoal da pessoa coletiva; (ii) interesse da pessoa coletiva e (iii) segurança no tráfico jurídico.

A discussão centra-se em saber qual o *elemento de conexão* que melhor satisfaz aqueles interesses. Atualmente, defrontam-se duas teorias: a *teoria da incorporação* e a *teoria da sede*.

À luz da teoria da incorporação, a lei reguladora do estatuto pessoal das sociedades é determinada de acordo com o local onde aquela se constitui (que corresponderá à sede estatutária ou ao local do registo). Repare-se que a designação do local de constituição não implica um contacto efetivo com o ordenamento jurídico em causa, prevalecendo a autonomia das partes na escolha de lei aplicável. Já a teoria da sede determina que a lei reguladora do estatuto pessoal da sociedade corresponda ao local onde se encontra a sede da administração, ou seja, ao local onde se reúnem os administradores e onde as assembleias de membros são realizadas, podendo, adicionalmente, considerar-se o local onde os órgãos de fiscalização ou de controlo se encontram (Pinheiro, 2009, p. 116). Com efeito, a teoria da sede *qualifica* a teoria da incorporação no sentido de exigir uma conexão mais estreita entre a lei reguladora do estatuto pessoal e o local onde se encontra o *centro nevrálgico* da sociedade. Como explica Pinheiro (2009, p. 115), a teoria da sede “*ganha um sentido útil quando, anormalmente, se regista uma divergência entre a sede estatutária e a sede da administração*”. Para Machado (1982, p. 345), o fundamento da teoria da sede parece residir no facto de não se poder transpor para o domínio da lei reguladora do estatuto das pessoas coletivas os fundamentos da liberdade de escolha das partes no âmbito da

¹ Nele incluem-se questões relativas à capacidade, constituição, funcionamento e competência dos seus órgãos, modos de aquisição e perda da qualidade de associado e os correspondentes direitos e deveres, a responsabilidade perante terceiros bem como a dos respetivos órgãos e membros, a transformação, dissolução e extinção da sociedade.

lei reguladora das obrigações (cf. art. 3.º do Reg. Roma I e art. 41.º, 1 do CCiv) uma vez que, naquele domínio, têm grande relevância os interesses de terceiros e o interesse geral da comunidade² que, segundo o Autor, não são devidamente acautelados pela teoria da incorporação na medida em que esta admite a intervenção no comércio jurídico de uma sociedade cujo estatuto pessoal é regulado por uma jurisdição totalmente estranha à sua atividade (Machado, 1982, p. 346).

Será, no entanto, duvidoso que a teoria da sede alcance aqueles objetivos de proteção de terceiros, gerando, em contrapartida, problemas significativos.

O principal argumento da teoria da sede parece ser o do *paraíso legal*. Ou seja, defende que caso se permita que os sócios escolham a lei reguladora do estatuto pessoal da sociedade que melhor lhes aprouver, escolherão a lei que maior desproteção confere aos credores sociais (Pinheiro, 2009, p. 123).

Em primeiro lugar, parece-nos que este argumento padece de uma certa *dramatização*. Com efeito, dificilmente os legisladores nacionais aprovarão regras que esmaguem totalmente os interesses dos credores sociais.

Em segundo lugar, ainda que não se admita aquele argumento, importará delimitar o universo de credores potencialmente afetados. Assim, certamente que os credores *fortes* serão capazes de acautelar devidamente os seus créditos, pelo que o problema da *desproteção* somente poderá surgir em relação aos credores *fracos* que não possam beneficiar do efeito *boleia* dos credores fortes. Nestes casos, o problema pode ser resolvido não só através de mecanismos como a proibição da fraude à lei ou a preservação da ordem pública internacional do Estado, como através de regras de

² Afirma o Autor que “no DIP importa resolver o concurso entre as “leis interessadas” – importa, isto é, optar por uma das várias leis em contacto com a situação quando seja esse o caso. Põe-se então o problema da escolha da conexão preferível, a qual deverá variar conforme a matéria jurídica em causa. De novo há que atender, para efeitos desta escolha, à natural expectativa das partes e de terceiros e, conseqüentemente, à estabilidade e uniformidade de regulamentação das situações jurídicas, bem como, em alguma medida, ao interesse geral da colectividade. Há de optar-se pela conexão que melhor sirva estes interesses, e essa deve ser, em geral, a conexão mais significativa ou mais eficaz [...] no domínio das situações absolutas do estatuto pessoal e do estatuto real tem grande relevo, ao lado do interesse das partes, o interesse de terceiros e o interesse geral da comunidade jurídica [...] no domínio das situações jurídicas pessoais e reais deverá preferir-se uma conexão directamente ligada às pessoas ou às coisas com vista a uma melhor tutela não só do interesse das partes mas também dos interesses de terceiros e dos interesses gerais da comunidade jurídica em que pessoa ou a coisa mais enraizadamente se integram” (Machado, 1982, p. 50). Conclui, assim, que “não parece, pois, que se deva transpor para o domínio da determinação da lei pessoal das pessoas colectivas o critério da autonomia da vontade, válido em matéria de obrigações procedentes de negócio jurídico, antes se deve exigir sempre uma conexão espacial entre a pessoa colectiva e o Estado cuja lei define o estatuto pessoal” (Machado, 1982, p. 346).

conflito específicas que visem acautelar certos interesses mercedores de tutela, “*mediante uma ponderação dos valores em presença*” (Pinheiro, 2009, p. 125).

Note-se, ainda, que se a teoria da incorporação pode colocar problemas de tutela de credores, a teoria da sede não os resolve: “*com efeito, sempre que a pessoa colectiva intervém em mercados internacionais ou atua fora do Estado da sede da administração a aplicação do Direito deste Estado não apresenta nenhuma vantagem relativamente à teoria da constituição no que toca aos interesses de terceiros e do comércio jurídico em geral. Os terceiros que entram em contacto com a pessoa colectiva fora do país da sede da administração têm de indagar do lugar da sede da administração, consultar o registo aí organizado e averiguar o conteúdo do Direito aí vigente*” (Pinheiro, 2009, p. 123).

Finalmente, a teoria da incorporação apresenta vantagens relevantes. Desde logo, garante a mobilidade societária³, evitando o impacto profundamente negativo de o estatuto pessoal da sociedade se alterar cada vez que esta atravessa a fronteira. Para além disso, sai reforçada a certeza no tráfico jurídico na medida em que se verifica grande estabilidade na lei aplicável à sociedade, sendo esta facilmente determinável (Pinheiro, 2009, p. 122).

2. A dificuldade de escolha de um elemento de conexão territorial face a uma realidade multiterritorial

Independentemente da opção pela teoria da sede ou pela teoria da incorporação, a determinação da lei reguladora do estatuto pessoal da sociedade faz-se por referência a um elemento de conexão territorial. Assim, a primeira dificuldade que se encontra quando nos debruçamos sobre a problemática da lei aplicável à empresa *policorporativa* prende-se com o facto de, tipicamente, os elementos de conexão a um ordenamento jurídico partirem de uma perspetiva da sociedade comercial *autónoma* que opera num só território. Acontece que o contexto *multiterritorial* de uma coligação societária, na qual cada uma das células preserva a sua autonomia jurídica, gera perturbações nas tradicionais regras de conflito, em especial, na teoria da sede (Antunes, 2002, p. 248 e ss).

Perante este problema, antecipam-se várias soluções. Desde logo, poder-se-á abdicar da pretensão de regular especialmente a empresa *policorporativa*, aplicando-

³ Não será por acaso que o aparecimento da teoria da incorporação surge no Séc. XVIII associada ao comércio transfronteiriço levado a cabo pelos operadores económicos ingleses tendo em vista facilitar a atividade económica no estrangeiro (Sousa, 2012, p. 100).

se a cada uma das suas células as regras reguladoras das sociedades comerciais, sem mais⁴. Nestes casos, será indiferente a natureza jurídica dos sócios, respondendo estes nos termos gerais.

Uma outra solução consistirá em aplicar o critério da *sede* tendo por referência uma das células do grupo (*célula-referência*, que poderá ser a sociedade-mãe ou a sociedade-filha) ou exigir a coincidência no mesmo território das sedes das células componentes da coligação (regime-regra português). Em todo o caso, parece-nos que estas soluções pecam, num plano concetual, por se abstraírem do *grupo*⁵ como uma *unidade*.

Assim, em termos genéricos, e partindo do pressuposto de que a empresa *policorporativa* necessita de uma regulação especial, parece-nos que será de se procurar uma solução que designe a lei aplicável ao *grupo* enquanto estrutura integrada. Neste sentido, poder-se-á conceber uma legislação que defina critérios capazes de identificar o *cérebro do grupo*.⁶ No entanto, aqueles sempre terão de ser dotados de uma certa *elasticidade* geradora de insegurança jurídica⁷. Para além disso, haverá situações em que o *cérebro do grupo* não se circunscreve a um só ordenamento jurídico⁸.

⁴ Este é, p. ex., o sistema do Reino Unido onde não existe um corpo de normas específico para regular os grupos de sociedades. Note-se, no entanto, que, em determinados domínios, como a prestação de contas ou a regulamentação das transações entre os administradores ou gerentes e a sociedade aquela realidade é considerada pelo legislador (Davies, 2012, p. 248).

⁵ Socorremo-nos da definição de grupo Antunes (2002, p. 52) como correspondendo a “*todo o conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais que, conservando embora as respectivas personalidades jurídicas próprias e distintas, se encontram subordinadas a uma direção económica unitária e comum*”.

⁶ Este critério é utilizado no âmbito da insolvência transfronteiriça onde se apela ao conceito de *centro de interesses principais*, definido no considerando 13 do Regulamento 1346/2000 como o *local onde o devedor exerce habitualmente a administração dos seus interesses, pelo que é determinável por terceiro*, presumindo-se que o mesmo se encontra no local da sede estatutária (art. 3.º,1).

⁷ Para Hadari (1974, p. 36) “*a seleção do critério apropriado deve refletir a especificidade da estrutura organizacional de cada empresa multinacional. Assim, dever-se-ão considerar fatores como a sede ou o centro de interesses principais, o lugar de controlo ou o lugar de gestão, o lugar dos ativos do negócio ou outras atividades comerciais, e a nacionalidade dos membros do órgão de direção, os acionistas controladores e outros grupos interessados tais como trabalhadores ou credores. A seleção deve depender das questões envolvidas e das políticas públicas implementadas. Para além disso, a seleção do critério apropriado deve depender na estrutura organizacional de cada empresa multinacional. Assim, p. ex., a nacionalidade da sociedade-mãe estrangeira deve ser atribuída à sociedade-filha local só na medida em que as suas atividades são de facto controladas pela sociedade-mãe, enquanto que relativamente às atividades independentes, deverá ser preservada a sua própria nacionalidade*” (tn).

⁸ Como explica Antunes (2002, p. 249) “*o próprio critério do controlo [...] acaba por se revelar também algo insatisfatório: dada a enorme complexidade da estrutura organizativa e a constante mutabilidade dos laços de controlo intersocietário que cimentem a unidade dos grupos transnacionais, a verdade é que a sua rígida aplicação às sociedades integradas no respectivo perímetro poderia certamente arrastar consigo uma significativa insegurança jurídica, susceptível de comprometer a*

Finalmente, sempre restará a possibilidade de o legislador permitir que seja o *grupo* a determinar a lei reguladora do seu estatuto pessoal. Esta solução apresenta, quanto nós, 3 vantagens: (i) reforça a autonomia das partes; (ii) garante a certeza e segurança jurídicas e (iii) evita problemas de mobilidade societária. A questão que se há de colocar é a de saber até que ponto a liberdade de escolha promove a desproteção de classes de indivíduos que gravitam na esfera do *grupo* (como: acionistas, credores, membros dos órgãos executivos). No fundo, reproduzem-se, aqui, os eventuais inconvenientes da teoria da incorporação.⁹

Chegamos, assim, ao ponto de partida da problemática sobre a qual nos propomos refletir: em que medida é que a liberdade de escolha de lei aplicável promove soluções jurídicas mais *eficientes*.¹⁰

3. Arbitragem regulatória, lei aplicável e mobilidade societária

Numa perspetiva funcional, as normas reguladoras das sociedades comerciais exercem uma função (i) organizativa e de (ii) controlo dos conflitos de interesses (Kraakman, 2009, p. 35). As normas que controlam os conflitos de interesse visam dar resposta àquilo a que a doutrina económica refere como o *problema de agência*. Trata-se do problema resultante do facto de a riqueza obtida por um indivíduo (o principal) estar dependente de ações levadas a cabo por outrem (o agente). Com efeito, a dificuldade está em motivar o agente a atuar não só no seu interesse mas, também, no interesse do principal¹¹ (Kraakman, 2009, p. 35).

A discussão centra-se em saber em que medida a liberdade de escolha de lei aplicável beneficia ou prejudica a tutela dos diferentes interesses que gravitam na esfera da sociedade comercial. É neste contexto que surge o conceito de *arbitragem regulatória*.

estabilidade do próprio vínculo da nacionalidade, acabando por implicar necessariamente, numa férrea lógica de regressus ad infinitum, uma desmontagem ascendente da inteira cadeia de controlo societário até aos próprios indivíduos singulares que detêm o capital ou as rédeas do comando da sociedade de topo.

⁹ “É evidente que o critério da sede estatutária abana por ser passível dos inconvenientes próprios dos critérios que, tal como o da incorporação, veiculam o primado da vontade das partes” (Antunes, 2002, pp. 249, n. 499).

¹⁰ Neste estudo o termo *eficiente* é utilizado no sentido de *maximização da produção de riqueza*.

¹¹ No âmbito das sociedades comerciais, surgem tipicamente 3 espécies de problemas de agência: (i) conflitos entre sócios e os titulares dos órgãos de gestão/administração; (ii) conflitos entre sócios majoritários e sócios minoritários; (iii) conflitos entre a sociedade e credores sociais (Kraakman, 2009, p. 36).

3.1. Arbitragem regulatória: o modelo de Charles Tiebout

O modelo de arbitragem regulatória tem a sua origem num artigo publicado por Tiebout (1956) que procurou dar uma resposta concetual a um problema colocado por Musgrave e Samuelson. Segundo estes, não seria possível determinar o nível de despesa em bens públicos efetuada pelos Estados através de uma *solução de mercado* (ou seja, de ajustamento da oferta à procura), o que levaria a que a quantidade de riqueza alocada à produção de bens públicos fosse necessariamente ineficiente.

Em resposta ao problema colocado por Samuelson e Musgrave, Tiebout propôs um modelo de *arbitragem regulatória* que admite a possibilidade de existência de um *mercado de bens públicos*. Segundo este, o nível ótimo de bens públicos fornecidos alcança-se caso se garanta a mobilidade dos contribuintes que optarão pela jurisdição que melhor satisfaça as suas necessidades. Assim, a lei é elaborada para os contribuintes com a mesma lógica que os produtos são elaborados para os consumidores. O governo central é visto como um cartel na medida em que reduz a concorrência (Bratton, 1997, p. 204).

Importa compreender que o modelo procura dar uma solução concetual, alicerçando-se numa série de premissas¹² cuja verificação será altamente improvável. O que é verdadeiramente relevante é que, concetualmente, nada impede que uma parte significativa da alocação dos bens públicos seja um reflexo das preferências da população à semelhança do que ocorre no mercado de bens privado.

3.2. Arbitragem regulatória no domínio das sociedades

Partindo do modelo de Tiebout, é possível conceber a lei como um *produto* do mercado oferecido pelas diferentes jurisdições. Nesta perspetiva, os Estados competem entre si no sentido de oferecer a lei que melhor corresponda às necessidades dos indivíduos que procuram atrair.

No contexto das normas reguladoras das sociedades comerciais, os Estados têm interesse em que as empresas se submetam à lei por si criada, não só pela receita diretamente gerada (p. ex., através do pagamento de taxas) mas, também, pela receita

¹²É necessário que exista um número elevado de comunidades que reflitam a totalidade dos bens públicos, não haja custos de transação, exista informação perfeita sobre os bens públicos oferecidos por cada jurisdição, cada jurisdição tenha uma dimensão ótima definida de acordo com o número de residentes em relação aos quais o conjunto de serviços possa ser produzido com o menor custo médio, as comunidades com dimensão inferior à ótima procurem atrair novos residentes e não existam externalidades ou monopólios (Bratton, 1997, p. 207).

indireta decorrente do aumento da procura de serviços locais (p. ex., advogados ou contabilistas). Com efeito, a possibilidade de escolha da lei aplicável não só aumenta o número de sistemas regulatórios disponíveis como induz os ordenamentos jurídicos a criar sistemas capazes de atrair os agentes económicos (Kraakman, 2009, p. 26). Com efeito, num modelo de *arbitragem regulatória*, pelo menos em parte, o processo legislativo é conduzido pelas preferências das empresas que são submetidas à regulamentação em causa (Armour, 2005, p. 9); (Bebchuk, 1992, p. 1443).

O que se questiona é, portanto, se permitir e induzir a competição entre ordenamentos jurídicos é benéfico. Classicamente, encontram-se posições antagónicas: (i) a posição dos *otimistas*,¹³ que consideram que a competição entre ordenamentos jurídicos estimula a criação de normas reguladoras geradoras de maior eficiência e (ii) a posição dos *pessimistas*,¹⁴ que consideram que a competição entre ordenamentos jurídicos promove a prevalência dos interesses de uma classe de indivíduos em detrimento das restantes.

Na verdade, a discussão não se pode centrar numa perspetiva binária – *race to the bottom/race to the top* –, sendo necessária uma análise mais profunda que atenda às *características das normas em causa*.

Segundo Bratton (1997, p. 262 e 263), as vantagens da *arbitragem regulatória* serão mais plausíveis quando estivermos perante regulamentação (i) suficientemente desagregada; (ii) que não implique conexões com outras jurisdições ou com consumidores finais (externalidades); (iii) em que todos os indivíduos afetados tenham elevada mobilidade e (iv) estejam perfeitamente informados; e (v) que seja influenciada pela pressão competitiva induzida pelos diferentes agentes. Importa compreender que não têm que estar verificadas todas estas condições. O que se pretende demonstrar é que, quanto mais próxima daquelas características estiver uma dada norma, mais fortes serão os argumentos favoráveis à arbitragem regulatória.

O que daqui parece resultar é que as normas reguladoras do estatuto das sociedades comerciais, pelas suas características e pelo próprio contexto da sua

¹³ Encabeçada por Winter (1977) que defendeu que o risco de captura pelos administradores dos interesses dos sócios não se verifica porque, caso a escolha da lei aplicável desfavorecesse os sócios tal refletir-se-ia no valor das participações sociais. Assim, as diferentes consequências originadas pela perda de valor das participações sociais sempre iria compelir os administradores a atuar de acordo com os interesses dos sócios.

¹⁴ Cary (1974) foi o responsável pela introdução do tema da *arbitragem regulatória* no debate moderno. Defendia que um sistema de *arbitragem regulatória* contribuía para a deterioração dos standards de proteção implicando um *nivelamento por baixo* das normas reguladoras das sociedades comerciais (*race to the bottom*) (Romano, 1993, p. 88).

existência,¹⁵ poderão ser especialmente aptas à obtenção de resultados eficientes através de mecanismos de concorrência entre ordenamentos jurídicos¹⁶.

O que está subjacente a esta abordagem é a rejeição de um *linearismo evolutivo* orquestrado a partir do topo que, de modo organizado, concebe e impõe determinadas soluções jurídicas. Quer dizer, rejeita-se a ideia de que o fenómeno da globalização das atividades económicas exige, necessariamente, instrumentos jurídicos uniformes elaborados a um nível supraestadual. Não só tal uniformização pode levar a situações de absoluta paralisação decorrentes da falta de consenso político, como atrofia, por um lado, a diversidade legislativa e, por outro lado, a capacidade de rápida resposta legislativa dos Estados a novos fenómenos económicos.

Do que aqui ficou escrito parece poder concluir-se que o universo das normas reguladoras do estatuto das sociedades comerciais, ao abrir a porta à competição entre ordenamentos jurídicos, pode gerar a produção de legislação mais eficiente. Em contrapartida, quando se verificarem *falhas de mercado*, estará justificada uma intervenção (legislativa) que reequilibre a posição negocial dos diferentes sujeitos envolvidos.

¹⁵ Pense-se, tão-só, no facto de se tratar de uma área do direito muito permeável à inovação, vocacionado para o exercício da atividade económica e para a obtenção do lucro e profundamente influenciada pelos fenómenos de globalização.

¹⁶ “Os casos mais claros de arbitragem regulatória decorrem das situações em que as normas de conflitos permitem aos agentes escolher o ordenamento jurídico ao qual querem submeter uma empresa, uma transação ou outra relação jurídica. Se a escolha produz rendimentos àquele ordenamento sob a forma de impostos, taxas, custos de transação, ou despesas relacionadas com a aplicação da lei, então o ordenamento jurídico tem um incentivo para moldar a sua lei de acordo com as preferências dos agentes económicos. O Direito das Empresas é o caso clássico” (Bratton, 1997, p. 266) (tn).

CAPÍTULO II – LEI REGULADORA DAS SOCIEDADES COMERCIAIS NO CONTEXTO DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

1. Liberdade de circulação, proibição de discriminação e proibição de entraves à mobilidade

Neste capítulo procuraremos analisar o impacto do DUE nas normas reguladoras do estatuto pessoal das sociedades comerciais nos EMs.

Como se verá, no domínio da lei aplicável às sociedades comerciais, grande parte dos desenvolvimentos tem-se verificado por via das liberdades de circulação fundamentais (em especial, a liberdade de estabelecimento – arts. 49.º e 54.º TFUE). Sem qualquer pretensão de exaustividade, e tendo somente em vista preparar a análise jurisprudencial que de seguida faremos, importa explicar sumariamente a mecânica da abordagem do TJUE na análise da compatibilidade de normas nacionais com as normas do TFUE. Neste sentido, quando colocado perante uma norma nacional, o TJUE começa por questionar em que medida essa estabelece uma discriminação direta ou indireta¹⁷ em razão da nacionalidade¹⁸. Se superado este teste, o Tribunal procura compreender em que medida a norma nacional *é suscetível de afetar ou tornar menos atraente o exercício de uma liberdade fundamental garantida pelo Tratado*.^{19/20} Caso se verifique a existência de uma restrição ou entrave, haverá que indagar se o mesmo é justificado.²¹ Para além disso, a medida terá que respeitar o

¹⁷ Nas situações de discriminação direta, a norma ou conduta do Estado gera um tratamento desigual em função da nacionalidade. Na discriminação indireta, a norma ou conduta é aparentemente neutra mas tem um impacto muito mais significativo nos nacionais de outro EM (Barnard, 2010, p. 239).

¹⁸ Nos termos do art. 54.º TFUE as sociedades são, para efeitos da liberdade de estabelecimento, equiparadas às pessoas singulares, nacionais de um EM.

¹⁹ Cf. Ac. *Gebhard*.

²⁰ Trata-se de uma abordagem ortodoxa. Na realidade, numa perspetiva dinâmica, o que se verifica é que o TJUE, a partir dos anos 90, importa para o domínio das outras liberdades o operador *restrição* já utilizado no âmbito da liberdade de circulação de mercadorias (Acs. *Dassonville* e *Cassis de Dijon*) (Nogueira, 2010, p. 222). O abandono de uma análise puramente centrada na questão da discriminação, passando a uma abordagem de restrição de *acesso ao mercado* é evidente no Ac. *Manfred Säger* onde o Tribunal afirmou que o “*o Tratado exige não só a eliminação de qualquer discriminação contra o prestador de serviços em razão da sua nacionalidade, mas também a supressão de qualquer restrição, ainda que indistintamente aplicada a prestadores nacionais e de outros EMs, quando seja suscetível de impedir ou entravar de alguma forma as atividades do prestador estabelecido noutra Estado-membro*” (Barnard, 2010, p. 253). No entanto, concetualmente, estão em causa operadores distintos: o operador discriminação estabelece uma comparação entre dois grupos em situação idêntica, enquanto que o operador restrição somente se centra na existência de um obstáculo (Nogueira, 2010, p. 225).

²¹ Justificação essa que é escrutinada pelo TJUE. P. ex., no âmbito das regras de conflitos, não basta aos Estados escudarem-se na *ordem pública internacional*. Na realidade, tal justificação é escrutinada e ponderada pelo TJUE. Como explica Ramos (2002, p. 466 e 467), “*o Tribunal de Justiça tem tomado posições que produzem um impacto certo no regime de algumas figuras e institutos do arsenal da nossa disciplina, como sejam a ordem pública internacional, a fraude à lei e as normas de aplicação*

princípio da proporcionalidade (tem de ser adequada, necessária e proporcional *em sentido estrito*).²²

1.1. Primeiro momento: as normas de conflitos imunes ao escrutínio do TJUE – Daily Mail.

Os factos do Ac. *Daily Mail* configuram uma situação que, hoje, reconduziríamos à problemática da *tributação à saída*. Estava em causa uma sociedade submetida à lei do Reino Unido que pretendia alterar a sua residência fiscal para a Holanda tendo em vista evitar o pagamento de mais-valias sobre a venda de ativos a que iria proceder, em momento posterior. De acordo com a lei do Reino Unido, a transferência da residência estava dependente da autorização da administração fiscal britânica. Conforme chama a atenção Sousa (2012, p. 354), o caso em análise não levantava qualquer questão de *Direito de Conflitos* uma vez que tanto o Direito Societário do Reino Unido como o da Holanda admitiam/reconheciam a transferência da sede sem que se pusesse em causa a personalidade jurídica da sociedade. Embora o problema se centrasse na compatibilidade da norma interna que exigia a autorização da administração fiscal com a liberdade de estabelecimento, a verdade é que o TJUE configurou a situação como um problema de normas de conflitos: uma vez que as sociedades comerciais eram criaturas dos EMs, estes tinham o poder de determinar quais as circunstâncias que determinam a sua morte. Por maioria de razão, o TJUE concluiu que caberia aos EMs determinar em que condições se permite que a sociedade viva para lá das suas fronteiras.

necessária e imediata. Não se trata porém de se limitar a utilizar estas noções, mas de lhes dar um conteúdo próprio que claramente resulta da necessidade de compatibilizar a sua actuação com o jogo dos princípios essenciais e das liberdades fundamentais do sistema comunitário [...] o direito comunitário, ao assumir competência nesta área do jurídico, se não dispensou de reflectir, na modelação dos mecanismos de que aquele se serve, as exigências e os princípios aos quais obedece à sua construção como sistema jurídico autónomo”. Vd., Acs. Krombach e Régie nationale des usines Renault. .

²²O teste da proporcionalidade em três patamares resulta claro no caso *R contra Ministro da Agricultura, Pescas e Alimentação*: “o princípio da proporcionalidade é reconhecido por jurisprudência constante do Tribunal como fazendo parte dos princípios gerais do direito comunitário. Por força desse princípio, a legalidade da proibição de uma atividade económica está subordinada à condição de as medidas de proibição serem adequadas e necessárias à realização dos objetivos legitimamente prosseguidos pela regulamentação em causa, entendendo-se que, quando existe uma escolha entre várias medidas adequadas, se deve recorrer à menos rígida e os inconvenientes causados não devem ser desproporcionados relativamente aos objetivos pretendidos”. Alguma doutrina considera, no entanto, que o Tribunal tende a não distinguir o segundo e o terceiro teste (Chalmers, 2011, p. 368). O que é verdadeiramente relevante é que o teste da proporcionalidade, pela sua flexibilidade, permite ao TJUE ajustá-lo a contextos distintos de modo a proteger diferentes interesses, podendo utilizá-lo em diferentes níveis/momentos do escrutínio judicial.

Deste modo, o Tribunal evitou pronunciar-se sobre a *questão de fundo* de natureza fiscal, resolvendo o problema através da *questão prévia* das regras de conflitos.

Assim, o TJUE estabeleceu uma espécie de imunidade dos EMs quanto à questão dos elementos de conexão por si determinados para submeter a regulação de uma sociedade comercial à sua lei. A *teoria da sede*, adotada por grande parte dos países da Europa Continental estava a salvo...

1.2. Segundo momento: abertura a um modelo de arbitragem regulatória - Centros, Überseering, Inspire Art

A posição do TJUE relativa à *imunidade* dos sistemas conflituais face às liberdades fundamentais vem a ser radicalmente alterada no Ac. *Centros*. Tratou-se de um caso em que um casal dinamarquês quis constituir uma sociedade sem ter que respeitar as regras do capital mínimo exigido pela Dinamarca. Neste sentido, o casal resolveu constituir uma *Private Limited Company* em Inglaterra, local onde não se verificava a exigência de um capital mínimo, tendo, de imediato, estabelecido a mesma, através de uma sucursal, na Dinamarca. As autoridades dinamarquesas impediram o registo da sucursal da sociedade por considerarem que estava em causa uma situação de fraude à lei. A constituição da sociedade em Inglaterra não tinha qualquer substância económica, sendo toda a sua atividade desenvolvida na Dinamarca.

Surpreendentemente, o TJUE considerou que estava em causa uma situação transfronteiriça e que a conduta das autoridades dinamarquesas constituía um entrave injustificado à liberdade de estabelecimento.²³

Assim, parecia começar a desenhar-se a liberdade de estabelecimento no contexto do Direito Societário com uma enorme amplitude. Esta abordagem do Tribunal foi reforçada nos casos *Überseering* e *Inspire Art*.

No primeiro caso, estava em causa o reconhecimento de capacidade judiciária, na Alemanha, de uma sociedade constituída em Inglaterra. Uma vez que a norma de conflitos alemã indicava como aplicável a lei do local da sede efetiva, seria designada

²³ Pode ler-se no ponto 27 do Ac. *Centros* que “o facto de um nacional de um Estado-Membro, que pretenda criar uma sociedade, optar por constituí-la num Estado-Membro cujas regras de direito das sociedades lhe parecem menos rigorosas e criar sucursais noutros Estados-Membros não pode constituir, em si, um uso abusivo do direito de estabelecimento. Com efeito, o direito de constituir uma sociedade em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e de criar sucursais noutros Estados-Membros é inerente ao exercício, num mercado único, da liberdade de estabelecimento garantida pelo Tratado” (sublinhado nosso).

a lei germânica. Consequentemente, à luz daquela lei, a sociedade não se encontrava validamente constituída. O TJUE considerou que o não reconhecimento de capacidade judiciária à sociedade punha em causa a liberdade de estabelecimento.

Em *Inspire Art*, o TJUE considerou que a imposição feita pela Holanda às sociedades estrangeiras de inserir no registo comercial a inscrição da expressão *sociedade formalmente estrangeira* e a sua indicação na vida comercial da sociedade, tinha “*por efeito entravar o exercício, por essas sociedades, da liberdade de estabelecimento reconhecida pelo Tratado*” (pt. 101).

1.3. Terceiro momento – Cartesio, National Grid, VALE

Após *Inspire Art*, pareciam alinhar-se três teorias: (i) a que considerava que a teoria da sede real não seria compatível com as normas do TFUE; (ii) a que considerava a jurisprudência do TJUE totalmente irrelevante relativamente aos regimes conflituais internos reguladores das sociedades e (iii) a que entendia que a jurisprudência do TJUE, embora não eliminasse a teoria da sede real, reduzia o seu campo de aplicação ao obrigar o Estado de acolhimento a reconhecer uma sociedade constituída à luz da teoria da incorporação (Soares, 2003, p. 300). De facto, importa dar nota de que a tríade *Centros, Überseering, Inspire Art* surge no contexto de entraves à imigração societária. Parecia estar a criar-se um regime distinto consoante estivéssemos perante *emigrações* ou *imigrações* societárias.²⁴

Aquele paradoxo terminou em *Cartesio*²⁵. Estava em causa uma sociedade análoga a uma sociedade em comandita no direito português, constituída na Hungria e submetida à sua lei, que pretendia transferir a sua sede efetiva para Itália continuando, no entanto, submetida ao direito húngaro.

²⁴ Daí a justeza da crítica de Soares (2003, p. 314) de que “*esta atitude do Tribunal – continuando a dar o seu beneplácito àquilo a que alguém chama de princípio do território de origem – deixa a sociedade, em nosso entender, demasiado dependente do seu Estado de origem. Este poderá, na verdade, mantê-la “prisioneira”, ao criar obstáculos inultrapassáveis à transferência da sede para fora das suas fronteiras. Ora, tal consequência, ainda que não se considere diretamente rejeitada pelo teor das disposições comunitárias sobre liberdade de estabelecimento, não está certamente, em sintonia com os pressupostos que estão na base da consagração daquele normativo*”.

²⁵ Nas palavras de Sousa (2009, p. 32) “*O caso Cartesio deu ao Tribunal a possibilidade de reavaliar, vinte anos depois, o acórdão Daily Mail e pôr um fim à situação em que cada Estado Membro tinha a liberdade de impedir as sociedades de “sair” “matando-as na fronteira”, mas não tinha qualquer possibilidade de criar algum obstáculo às sociedades de outros Estados Membros que entrassem no seu território*”.

Nas suas Conclusões, o Advogado-Geral Poiares Maduro defendeu que a norma interna húngara que impedia a emigração da Cartesio violava o TFUE²⁶. No entanto, o TJUE contrariou em parte este entendimento. Para o TJUE, a Cartesio não podia prevalecer-se da liberdade de estabelecimento para continuar sujeita ao direito húngaro, pese embora a sua sede efetiva se localizasse em Itália (pt. 110 do Ac. *Cartesio*). Daqui parece resultar que o único limite que o EM pode impor, imune ao escrutínio do TJUE, é o de não admitir a *exportação* do seu regime regulador do estatuto pessoal das sociedades.

Em *National Grid* estava em causa uma situação idêntica à do Ac. *Daily Mail*: uma sociedade de direito holandês quis transferir a sua sede para o Reino Unido tendo em vista evitar o pagamento de mais-valias resultantes de operações cambiais. Nos termos da legislação holandesa, numa situação de transferência internacional da sede, o Estado holandês tem direito a tributar as mais-valias latentes de imediato. Ao contrário do que aconteceu em *Daily Mail*, o Tribunal veio clarificar que, uma vez que a continuidade jurídica da sociedade National Grid não era posta causa, a National Grid estava salvaguardada pela liberdade de estabelecimento (pt. 33). Assim, parece poder afirmar-se com relativa segurança que o TJUE abandonou a jurisprudência *Daily Mail* no sentido de resolver os problemas de *tributação à saída* através de uma leitura enviesada das normas reguladoras do estatuto pessoal das sociedades.²⁷

Finalmente, em *VALE*, estava em causa a transformação transfronteiriça de uma sociedade de direito italiano em sociedade de direito húngaro. A VALE pretendia transferir a sua sede social para a Hungria, prosseguindo aí a sua atividade e cessando a atividade em Itália. No entanto, o direito interno húngaro não permitia a continuidade da VALE no seu Estado, tendo sido recusada a inscrição no registo da

²⁶ Para o Advogado-Geral não fazia sentido que os Estados gozassem de uma total liberdade para determinarem a “vida e morte” das sociedades constituídas em conformidade com o seu direito interno: “de outro modo, os Estados-Membros teriam *carte blanche* para aplicar uma “sentença de morte” a uma sociedade constituída em conformidade com a sua legislação apenas por ter decidido exercer a liberdade de estabelecimento” (pt. 31 das Conclusões em *Cartesio*).

²⁷ Parece-nos, assim, que o Ac. *Daily Mail* deverá ser considerado afastado mesmo numa situação em que exista um problema *prévio* relativo a normas de conflitos. Ou seja, mesmo admitindo uma factualidade idêntica à do Ac. *Cartesio* na qual fica reservada ao Estado de origem a possibilidade de “matar a sociedade à saída” (se esta não quiser ficar submetida à lei do Estado de destino), parece-nos que a obrigação de pagamento de impostos sempre deveria ser diferida à semelhança do que ocorre em *National Grid*. Se assim não se entender, corre-se o risco de discriminação fiscal dos Estados que adotam a teoria da incorporação em face dos Estados que adotam a teoria da sede real (Wattel, 2012, p. 378 e 379), o que é inteiramente contraditório com a teleologia da liberdade de estabelecimento, uma vez que a teoria da sede real tem um potencial criador de obstáculos muito superior ao da teoria da incorporação (Barnard, 2010, p. 332). No mesmo sentido parece ir Daele (2011, p. 194).

menção de “*antecessora jurídica da VALE italiana*” ao contrário do que sucederia caso estivesse em causa a transformação de uma sociedade húngara. O TJUE considerou que “*no contexto de uma transformação transfronteiriça de uma sociedade [...] o Estado-Membro de acolhimento tem o direito de determinar o direito interno pertinente quanto a tal operação e de aplicar as disposições do seu direito nacional relativas às transformações internas que regulam a constituição e o funcionamento de uma sociedade, como as exigências quanto à preparação de uma balanço e de um inventário de ativos. Todavia, os princípios da equivalência e da efetividade opõem-se, respetivamente, a que o Estado-Membro de acolhimento recuse, para as transformações transfronteiriças, a menção da sociedade que solicitou a transformação como “antecessora jurídica” se tal menção da sociedade antecessora no registo comercial estiver prevista para as transformações internas e recuse ter devidamente em conta os documentos emitidos pelas autoridades do Estado-Membro de origem aquando do procedimento de registo da sociedade*” (pt. 62).²⁸

O TJUE veio, assim, esclarecer que as condições estabelecidas para uma dada operação pelo EM de destino, ainda que por si legitimamente reguladas, estão sujeitas ao escrutínio do TJUE não podendo ser discriminatórias nem estabelecer entraves injustificados (Rammeloo, 2012, p. 566).²⁹

2. Arbitragem regulatória no domínio do estatuto pessoal das sociedades no âmbito da União Europeia e a proibição do abuso enquanto princípio geral do DUE

2.1. Limites à liberdade de escolha de lei aplicável

A liberdade de estabelecimento conforme entendida na jurisprudência *Centros* abriu a porta a um modelo de *arbitragem regulatória* no domínio das *start-up* onde os requisitos de capital mínimo poderiam dificultar a constituição de uma sociedade comercial. O TJUE foi bastante liberal no modo como abordou tanto a questão do *abuso* como a questão da *justificação* dos obstáculos à liberdade de estabelecimento.

²⁸ O que aqui sucedeu é que a sociedade italiana queria ficar submetida ao direito húngaro. O que é diferente de uma sociedade italiana, enquanto tal, querer operar na Hungria vendo o seu estatuto pessoal regulado pela lei italiana. Neste caso, se a lei italiana o permitisse, à partida, a Hungria teria que admitir que a sociedade operasse no seu território de acordo com as normas italianas.

²⁹ Neste sentido, o Ac. *VALE* parece dar resposta afirmativa ao problema de saber se o Estado de origem é obrigado a permitir que a *sua* sociedade se submeta a outro ordenamento jurídico. Se assim não se entendesse, surgiriam, certamente, dificuldades à mobilidade transfronteiriça e, em especial, à possibilidade de escolha da lei reguladora do estatuto da sociedade (Davies, 2012, p. 132).

Efetivamente, se é possível constituir uma sociedade num EM, sem qualquer substância económica e, em seguida, estabelecer uma sucursal noutra EM onde a sociedade desenvolve toda a sua atividade, o que materialmente se estabelece é um regime de livre escolha de lei aplicável neste domínio.

A questão que imediatamente se coloca é a de saber se será possível transpor, sem mais, para outros domínios do direito societário, a jurisprudência *Centros*, aceitando a existência de um *mercado de leis* reguladoras do estatuto pessoal das sociedades. Julgamos que a resposta será negativa.

Desde logo, a jurisprudência *Cartesio* retira do âmbito da liberdade de estabelecimento um conjunto de situações de transferência de sede.³⁰ Para além disso, tem-se verificado a criação, ainda que tímida, de instrumentos de harmonização legislativa³¹ como a Diretiva 2005/56/CE (relativa a fusões transfronteiriças)³² e a *Societas Europae*³³ (Regulamento 2157/2001). Um outro aspeto relevante prende-se com a possibilidade de *justificação* de entraves que o EM pode opor à livre escolha de lei aplicável. Ou seja, nas situações em que se verifiquem *falhas de mercado* – por p. ex., assimetrias de informação ou desigualdades de poder negocial – os Estados podem, a nível nacional, restabelecer o equilíbrio da relação jurídica: “*na medida em que esses problemas existam, podem ser otimizados [...] pela lei nacional do EM capaz de satisfazer o critério Gebhard: isto é, ser adequada e proporcional e alcançar o objetivo de otimizar a falha de mercado em questão*” (Armour, 2005, p. 34) (*tn*).

³⁰ Com efeito, numa perspetiva puramente funcional, se pretendêssemos maximizar a liberdade de estabelecimento, do ponto de vista da escolha de lei reguladora do estatuto pessoal da sociedade, o ponto ótimo seria aquele em que: (i) é possível escolher e modificar a lei aplicável à sociedade (excluem-se os problemas de discriminação – reconhecimento mútuo e acesso ao mercado de leis); e (ii) a sociedade pode “carregar às costas” o seu ordenamento jurídico (excluem-se os problemas de entraves à mobilidade). Ora, o Ac. *Cartesio* impede a verificação da segunda condição.

³¹ Relembre-se que, à luz de um modelo de *arbitragem regulatória*, o Estado Central (numa perspetiva federalista) é visto como um *cartel*. Para além disso, inúmeros problemas podem ser colocados aos mecanismos de harmonização *top-down*: (i) em vez de uma lei produzida por um legislador passamos a ter uma lei produzida por 27 legisladores ou por um *monopólio coletivo*; (ii) corre-se um risco elevado de regulamentação excessiva; (iii) a harmonização destrói as vantagens da diversidade legislativa; (iv) o nível de imutabilidade da legislação poderá ser superior não se adaptando às novas realidade económicas com a celeridade desejável; (v) os custos de produção legislativa a nível central são mais elevados (Enriques, 2005, p. 21).

³² A Diretiva poderá ser interessante na medida em que afasta os entraves à saída. No entanto, a lei reguladora do estatuto pessoal da sociedade é determinada pelo Estado-Membro a que a sociedade resultante da fusão se sujeita (art. 4.º, 1 al. b)). Consequentemente, nos EMs onde se adopte a teoria da sede real, será necessária a transferência da “administração central” (Davies, 2012, p. 155).

³³ Tem como grande vantagem a possibilidade de ser constituída num EM distinto daqueles onde se encontram as sociedades fundadoras (art. 7.º). Uma vez mais tem a desvantagem de exigir que o registo se verifique no mesmo Estado onde está localizada a administração central.

No entanto, para se ter um quadro do estado atual do DUE na matéria da transferência de sede, é necessário trilhar os caminhos da jurisprudência relativa às práticas abusivas.

2.2. O princípio geral de proibição do abuso

Será hoje consensual que vigora no DUE um princípio geral de proibição do abuso (La Feria, 2011). A questão que se coloca é a de saber se, no domínio societário, o Ac. *Centros* esvaziou a noção de abuso no âmbito das alterações transfronteiriças de sede ou, pelo contrário, tal princípio tem plena aplicação.³⁴ A questão do *abuso* terá sido levantada pela primeira vez no Ac. *Van Binsbergen* relativo à liberdade de prestação de serviços (art. 56.º TFUE). No entanto, durante um longo período, o significado das referências ao abuso não era claro e a terminologia utilizada era inconsistente (La Feria, 2011, p. xv). É em *Emsland-Stärke* — caso em que um operador económico exportava fécula de batata, tendo em vista obter uma compensação (*restituições à exportação*) sendo que, posteriormente, aquela produção era reintroduzida no mercado europeu — que o conceito de abuso começa a ganhar contornos mais definidos. O Tribunal considerou que estava em causa uma prática abusiva: “*a conclusão de que se trata de uma prática abusiva necessita, por um lado, de um conjunto de circunstâncias objectivas das quais resulte que, apesar do respeito formal das condições previstas na legislação comunitária, o objectivo pretendido por essa legislação não foi alcançado. Por outro lado, requer um elemento subjectivo que consiste na vontade de obter um benefício que resulta da legislação comunitária, criando artificialmente as condições exigidas para a sua obtenção. A existência deste elemento subjectivo pode ser demonstrada, designadamente, pela prova de colusão entre o exportador comunitário, beneficiário das restituições, e o importador da mercadoria no país terceiro*” (pts. 52 e 53).

Assim, cristalizaram-se os elementos estruturais do abuso: por um lado, exige-se a verificação de um *elemento objetivo* que implica a obtenção de uma vantagem e, por outro lado, a verificação de um *elemento subjetivo* que implica a intenção de obtenção de uma vantagem.³⁵

³⁴ É certo que o próprio acórdão refere que os Estados podem combater práticas abusivas. No entanto, no caso em concreto, o TJUE acabou por considerar que a criação de sociedade caixa de correio para afastar as regras do capital mínimo era inerente à liberdade de estabelecimento (pts. 24 e 25).

³⁵ Note-se que o elemento subjetivo há de ser determinado com base em elementos objetivos. Neste sentido, Poiares Maduro nas Conclusões do caso *Halifax* esclareceu que “a natureza artificial de certos

Esta noção de abuso é transportada para o domínio da fiscalidade (Ac. *Halifax*) (Nogueira, 2009, p. 254), onde conhece notáveis desenvolvimentos. Com efeito, a jurisprudência do TJUE veio estabelecer um duplo *standard* de exigência dependendo da circunstância de estarmos perante um domínio harmonizado ou um domínio não harmonizado. Nos domínios harmonizados estaremos perante uma situação de abuso quando não exista uma *razão comercial válida* que justifique uma dada operação. Já nos domínios não harmonizados, o patamar de exigência é inferior, impondo-se, somente, que uma dada operação não constitua um *expediente puramente artificial* (Terra, 2012, p. 360). Há, ainda, que notar que, no domínio harmonizado, se verifica “*uma coincidência entre a “norma” comunitária e a norma que o sujeito pretende elidir a aplicação*”. Já em matéria não harmonizada, a norma da União surge como fundamento de desaplicação da norma interna que o sujeito passivo pretende afastar. Ou seja, a liberdade fundamental é “*utilizada como ponto de apoio normativo para a elisão da norma interna e, eventualmente, a norma interna de outro Estado-Membro que passaria a regular o enquadramento tributário das operações do contribuinte*” (Nogueira, 2009, p. 281).

2.3. Transposição para o domínio societário da noção de abuso

Alguma doutrina propôs a possibilidade de transposição para o domínio societário da noção de *expediente puramente artificial* constante do Ac. *Cadbury* onde afirmou que “*apesar do que sugerem as decisões dos acórdãos Inspire Art e Centros, nem sempre pode ser possível invocar com êxito o direito de estabelecimento para estabelecer nominalmente uma sociedade noutra Estado-Membro com o único propósito de eludir o direito das sociedades nacional. No seu recente acórdão Cadbury Schweppes e Cadbury [...] [o TJUE] sublinhou que os EMs podem tomar medidas destinadas a prevenir “expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica” e que têm como objectivo fugir à alçada da legislação nacional. Em particular, o direito de estabelecimento não impede os Estados-membros de se precaverem contra as sociedades designadas de “caixa de correio” ou de “fachada”. Em meu entender, estas declarações representam uma qualificação significativa dos acórdãos Centros e Inspire Arts, assim como o corroborar de jurisprudência assente relativa ao princípio da proibição do abuso do direito*

acontecimentos ou operações deve logicamente ser determinada com base no conjunto de circunstâncias objetivas verificadas em cada caso particular” (pt. 76).

comunitário, embora o Tribunal de Justiça continue a utilizar o conceito de abuso de forma bastante comedida – e com razão” (pt. 29). No mesmo sentido pronunciaram-se Edwards (2011, p. 226) e Vella (2011, p. 133).³⁶

Tal orientação parece ter sido acolhida pelo TJUE em *VALE* ao afirmar que “quanto à existência de uma restrição à liberdade de estabelecimento, cabe recordar que o conceito de estabelecimento, na aceção das disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento, implica o exercício efetivo de uma atividade económica, através de um estabelecimento fixo no EM de acolhimento por um período indefinido. Por conseguinte, pressupõe uma implantação real da sociedade em causa nesse Estado e o exercício de uma atividade económica efetiva neste” (pt. 34), fazendo expressa menção ao Ac. *Cadbury*.

Quanto a nós, parece-nos possível fazer coexistir a jurisprudência *Centros* com a jurisprudência *Cadbury* no contexto de um modelo de *arbitragem regulatória*. É preciso perceber em que medida estão satisfeitos os requisitos para que a concorrência entre ordenamentos gere um resultado eficiente. Daí que não seja despendida a norma subjacente ao abuso. Há que verificar se os requisitos como a autonomia, a interferência com outros ordenamentos ou a existência de externalidades se encontram cumpridos. Assim, o patamar de exigência do conceito de *abuso* será distinto consoante esteja em causa uma matéria relativa ao capital mínimo ou à capacidade judiciária, ou uma questão relativa à responsabilidade perante credores sociais. Aquele primeiro grupo de normas refere-se a matérias suficientemente desagregadas, cuja alteração não produz impactos significativos noutras áreas, ao passo que este último coloca maiores dificuldades.

Assim, o teste da existência de um entrave justificado e proporcional é um teste de *geometria variável* em duas dimensões: relativamente à análise da prática abusiva e relativamente à norma sujeita à *pressão abusiva*. Assim, é possível fazer coexistir a jurisprudência *Centros* e *Cadbury* desde que se circunscreva o âmbito da primeira a um conjunto de situações dotadas de características particularmente aptas para a competição entre ordenamentos jurídicos.

³⁶ Em sentido oposto, Ringe (2011, p. 113) afirma que “é difícil imaginar que o tribunal alguma vez encontre uma situação relativa a normas reguladoras das sociedades considerada puramente artificial” (tn).

3. Conclusão

Da jurisprudência do TJUE analisada, parece desenhar-se o seguinte quadro: (i) os EMs são obrigados a reconhecer sociedades que operem no seu território à luz das regras de outro EM; (ii) sempre que uma sociedade queira transferir a sua sede para outro EM, o Estado de origem não pode impedi-la; (iii) as regras do Estado de destino relativas ao reconhecimento ou transformação da sociedade originária de outro EM estão abrangidas pela liberdade de estabelecimento não se admitido normas discriminatórias ou que constituam entraves injustificados³⁷; (iv) os EMs têm total liberdade para determinar o âmbito territorial das suas normas reguladoras do estatuto pessoal das sociedades, podendo impedir que uma sociedade opere segundo a sua lei noutro EM.

Consequentemente, naquele quadro, mostram-se reunidas condições que promovem a competição entre os ordenamentos dos EMs no domínio das normas reguladoras do estatuto pessoal das sociedades. No entanto, os eventuais efeitos negativos dali resultantes podem ser combatidos por medidas restritivas dos Estados que respeitem a fórmula *Gebhard*, ou através de mecanismos de harmonização (como poderá ser a 14.^a Diretiva)³⁸. Finalmente, a intervenção do operador *abuso*³⁹ poderá exigir que, pelo menos, as operações societárias desencadeadas não constituam um *expediente puramente artificial*.

³⁷ Poderão admitir-se determinados requisitos formais como registos relativos aos bens da sociedade. Por outro lado, também se poderão verificar exigências materiais no âmbito da salvaguarda de interesses de credores, trabalhadores ou autoridades fiscais (Rammeloo, 2012, p. 579 e 580).

³⁸ “É mais provável que a Comissão recupere a 14.^a Diretiva, em relação à qual já foi efetuado um considerável trabalho preparatório, estabelecendo as condições para conversações a nível comunitário. Será difícil alcançar um acordo nas questões relativas à fiscalidade e proteção de trabalhadores; mas os EMs poderão envidar esforços para encontrar um compromisso político, em vez de deixar o TJUE desenlear as questões complexas em causa [...] numa análise casuística” (Johnston, 2009, p. 404).

³⁹ Note-se a importância do carácter cirúrgico das normas anti-abuso internas. Como explica Ringe (2011, p. 114) “a lição que o legislador nacional tem de aprender é que normas anti-abuso gerais e abstratas são suscetíveis de violar a liberdade de estabelecimento; somente regras que permitam uma análise individual que tenha em consideração as especificidades do caso concreto podem passar o teste”. De referir que, enquanto princípio geral de direito, o EM deverá poder invocar diretamente a proibição geral de abuso, assim como os particulares, mesmo em relações horizontais (Arnall, 2011, p. 12 e ss).

CAPÍTULO III – ANÁLISE DO ÂMBITO ESPACIAL DO REGIME DE COLIGAÇÃO SOCIETÁRIA PORTUGUÊS À LUZ DO DUE

1. Breve exposição do regime de coligação societária.

Como explica Antunes (2002, p. 107) “o sentido fundamental das normas sobre sociedades coligadas é o de proteger as sociedades filhas (participadas, dependentes ou agrupadas), bem como os respectivos sócios e credores sociais, em face dos perigos originados pela criação ou manutenção de uma situação de coligação intersocietária”. Convém, no entanto, compreender que o regime de coligação societária conhece limites de vária ordem: (i) pessoais, (ii) espaciais e (iii) materiais.⁴⁰ No contexto deste trabalho, interessa-nos, essencialmente, a análise do âmbito espacial do regime, importando, para tal, dar nota das suas principais características.

Destaque-se que a *noção* de grupo do CSC é mais restrita do que a *noção* de grupo *de facto*, não só por se verificarem limitações de natureza pessoal⁴¹, mas também porque o regime material só atribui relevância a determinadas relações intersocietárias (art. 482.º CSC)⁴². Com efeito, no âmbito das coligações societárias, há que distinguir as *relações de participação e domínio* das *relações de grupo*. Aquele primeiro tipo de relações estabelece essencialmente deveres de comunicação entre sociedades relacionadas com a aquisição de participações sociais, deveres de publicação e limitações à aquisição de participações cruzadas (arts. 483.º a 487.º CSC). De destacar, ainda, a possibilidade de aquisição tendente ao domínio total nas situações de *domínio qualificado* (art. 490.º CSC).

Quanto às relações de *grupo* – cuja origem pode ser contratual (contrato de *grupo paritário* e *contrato de subordinação*) ou resultante da titularidade da totalidade das participações sociais de uma sociedade⁴³, os contornos do seu regime, que neste contexto nos importa sublinhar são o da possibilidade da sociedade-mãe dar

⁴⁰ Cf., arts. 481.º, 1; 481.º, 2 e Capítulos II e III CSC.

⁴¹ O regime só se aplica a relações estabelecidas entre sociedades por quotas, anónimas e em comandita por ações (art. 481.º CSC). Com efeito, o legislador abre inúmeras possibilidades de *fuga* ao regime de coligação societária (Antunes, 2002, p. 100 e 101).

⁴² Daí que a doutrina distinga os *grupos de direito* e os *grupos de facto*. Nestes, o poder de direção exercido pela sociedade-mãe na sociedade-filha não faz emergir um regime jurídico especial (Antunes, 2002, p. 73).

⁴³ Note-se que uma vez estabelecida a relação de grupo por domínio total, a lei admite uma descida da percentagem de participações sociais não inferior a 90 % do capital da sociedade dependente (art. 489.º, 4 al. c) CSC).

instruções vinculativas (mesmo desfavoráveis) à sociedade-filha (art. 503.º CSC) sendo que, em contrapartida, são estabelecidos mecanismos especiais de tutela da sociedade-filha (art. 502.º CSC), dos seus sócios (arts. 490.º e 499.º CSC), e dos credores sociais (art. 501.º CSC).

Conforme veremos, o regime de coligação societária fica grandemente esvaziado no âmbito de situações transfronteiriças, gerando *discriminações* quando o regime de coligação não se aplica por se estar perante uma situação transfronteiriça e eventuais *entraves* à mobilidade societária onde o regime de coligação se aplica independentemente do carácter transfronteiriço.

2. Regime aplicável às coligações societárias transfronteiriças

2.1. A limitação espacial do regime de coligação societária

2.1.1. O art. 481.º, 2 CSC enquanto norma espacial autolimitada.

Nos termos do art. 481.º, 2 CSC o regime de coligação societária “*aplica-se apenas a sociedades com sede em Portugal*”. Não se trata de uma norma de conflitos mas antes de uma *norma material espacialmente autolimitada* (Antunes, 2002, p. 106); (Dias, 2007, p. 245); (Pinheiro, 2009, p. 180). Ou seja, só atua após a prévia intervenção das normas de conflitos que hão-de designar competente a lei portuguesa.⁴⁴ Assim, o regime-regra parece estar pensado no sentido de exigir a coincidência das sedes das sociedades componentes da coligação no território português, somente se aplicando a situações puramente internas.^{45/46}

⁴⁴ As normas espacialmente autolimitadas “*só querem aplicar-se a determinadas situações que se encontram ligadas ao ordenamento jurídico a que essas normas pertencem através de uma conexão espacial de certo tipo [...] isto é, mesmo quando o ordenamento jurídico a que pertencem seja considerado competente pelas regras de conflitos e essas normas materiais sejam, à partida, aplicáveis por se integrarem no âmbito de competência desse ordenamento, elas não serão aplicadas, em concreto, em virtude de terem definido para si um campo de aplicação mais restrito*” (Sousa, 2010-2011, p. 85).

⁴⁵ Contra, Fernandes (2010, p. 43), considerando que apenas releva a sede (efetiva ou estatutária) da sociedade-filha.

⁴⁶ Questão que neste contexto se pode colocar é a de saber se o conceito de sede previsto no art. 482.º CSC é o mesmo conceito de sede previsto no art. 3.º CSC. Tal pode ser relevante na medida em que, se estiver em causa a sede estatutária e não a sede efetiva, os problemas relativos a entraves à liberdade de estabelecimento seriam eliminados. Cremos, no entanto, que nada indicia tal orientação pelo que haverá uma coincidência entre o conceito de sede estabelecido nos arts. 3.º CSC e 482.º CSC.

2.1.2. Exceções ao regime-regra

A) Art. 481.º, 2 al. a) CSC

Na alínea a) do n.º 1 do art. 482.º CSC prevê-se a aplicabilidade transfronteiriça da proibição de aquisição de participações da sociedade dominante pela sociedade dominada sediada em Portugal nos termos do art. 487.º CSC. De referir que aquele regime foi tacitamente revogado no que toca às sociedades anónimas pelos arts. 325.º-A e 325.º-B CSC. Nestes casos, o legislador equiparou a aquisição de ações da sociedade dependente na sociedade dominante à aquisição de ações próprias e desconsiderou local da sede da sociedade dependente.⁴⁷

A questão que se coloca é a de saber em que medida o art. 487.º CSC, aplicável às sociedades por quotas, pode constituir um entrave à liberdade de estabelecimento. Suponhamos que, num determinado EM, é possível que uma sociedade por quotas B detenha até 5% das quotas da sociedade-mãe A que detém 51% do seu capital social. Caso a sociedade B pretendesse estabelecer-se em Portugal – ficando o seu estatuto pessoal a ser regulado pela lei portuguesa em virtude da aplicação do art. 3.º CSC – verificar-se-ia uma nulidade superveniente. Há, portanto, um entrave cuja justificação se poderá admitir, mas que poderá não cumprir o princípio da proporcionalidade (em especial, a dimensão da *adequação*).⁴⁸

B) Art. 481.º, 2 al. b) CSC

O art. 481.º, 2 al. b) CSC estabelece a aplicabilidade dos deveres de publicação e declaração de participações detidas noutras sociedades quando superiores a 10%. Na realidade, parece-nos que o regime estabelecido já decorreria da aplicação das normais regras de conflito. Não se está a regular o estatuto pessoal de uma sociedade estrangeira, está-se a estabelecer-lhe obrigações em virtude do facto de ser sócia de uma sociedade cuja regulação do estatuto pessoal é operada pela lei portuguesa.

Quanto à compatibilidade destas obrigações com o DUE, sem prejuízo de poderem constituir um entrave, a verdade é que a questão da transparência na vida das

⁴⁷ Neste sentido, estamos perante uma verdadeira norma de conflitos que escapa ao regime do art. 3.º CSC.

⁴⁸ O mesmo não sucederá no caso das sociedades anónimas uma vez que as limitações da aquisição de participações sociais da sociedade-filha na sociedade-mãe somente se verificam quando existe uma relação de domínio onde faz sentido equiparar o regime de participações cruzadas ao regime de aquisição de ações próprias pois, aí, existe uma identidade de perigos para a integridade do capital social e para o desequilíbrio de poderes entre administração e sócios (Rocha, 1994, p. 336). Para além disso, neste caso, o limite percentual rígido decorre do art. 20.º da Diretiva 77/91/CEE.

sociedades é uma matéria particularmente cara ao legislador europeu – pense-se nas Diretivas 78/660/CE, 83/349/CEE ou 2001/34/CE, – pelo que seria contraditório que as exigências de transparência ferissem as liberdades de circulação. Acrescente-se, ainda, que numa perspetiva de mercado concorrencial, o acesso à informação dos agentes é um fator determinante para o seu correto funcionamento.

C) Art. 481.º, 2 al. c) CSC

O art. 481.º, 2 al. c) CSC vem determinar a aplicabilidade do regime do sócio controlador (art. 83.º CSC) e do regime da responsabilidade do sócio único (art. 84.º CSC) às sociedades totalmente dominantes cujo estatuto pessoal não é regido pela lei portuguesa. Uma vez mais, não vemos que o regime estabeleça qualquer diferença face ao regime-regra do art. 3.º CSC. O que se regula é a responsabilidade do sócio de uma sociedade cujo estatuto pessoal é regulado pela lei portuguesa, pelo que é indiferente a nacionalidade do sócio (Antunes, 2002b, p. 858 e 859).⁴⁹

Relativamente à responsabilidade do sócio controlador, é evidente que, na medida em que se estatui um regime mais oneroso para aquele sócio, gera-se um entrave potencial. No entanto, tal entrave parece ser justificado e proporcional atendendo às situações verdadeiramente patológicas que procura combater e ao facto de o regime probatório ser especialmente difícil pois, não só é necessária a demonstração da responsabilidade do gerente ou administrador como é preciso provar a *culpa in eligendo* ou a *culpa in instruendo* do sócio.

No mesmo sentido, julgamos que o art. 84.º CSC é compatível com liberdade de estabelecimento na medida em que se justifica que, perante uma situação de insuficiência patrimonial da sociedade relativamente à qual se demonstre que não foram respeitadas as regras relativas à autonomia patrimonial, o sócio único responda pelas dívidas daquela. Pois, não é aceitável que um sócio se escude na autonomia patrimonial que ele próprio violou, promovendo uma confusão de esferas jurídicas, e que contribui para a situação de insuficiência patrimonial.⁵⁰

⁴⁹ Contra esta posição pronuncia-se Dias (2007, p. 250 e ss) por considerar que o art. 481.º, al. c) vem permitir responsabilizar o sócio controlador em situações de influência dominante indireta. Para além disso, entende o Autor que, na óptica da sociedade dominante estrangeira, o que está em causa é a sua responsabilidade perante terceiros pelo que o *conceito-quadro* do art. 83.º se reconduziria a uma questão reguladora do estatuto pessoal da sociedade dominante (que caberia, em princípio à lei estrangeira) levando a evicção do art. 83.º CSC.

⁵⁰ O mesmo não se dirá do art. 270.º-F, n.º 4 CSC que dificilmente respeitará o princípio da proporcionalidade se interpretado literalmente.

D) Art. 481.º, 2 al. d) CSC

A al. d) do art. 481.º, 2 CSC foi aditada pelo Decreto-Lei 76-A/2006 de 29 de março e estabelece que o Título VI se aplica apenas a sociedades com sede em Portugal salvo quanto à “*constituição de uma sociedade anónima, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 488.º, por sociedades cuja sede não se situa em Portugal.*”

A questão que se coloca é a de saber se o legislador pretendeu aplicar o regime de coligação societária às situações transfronteiriças em que se verifica o domínio total inicial⁵¹ ou se somente se pretendeu clarificar que as sociedades estrangeiras podem constituir uma sociedade anónima em Portugal.⁵²

Creemos que a segunda orientação merece preferência. Em primeiro lugar, a remissão contida na al. d) afasta a aplicabilidade do art. 488.º, 3 CSC. Ora, não faria sentido que o legislador quisesse submeter os grupos transfronteiriços formados por domínio total inicial ao regime dos arts. 501.º a 504.º CSC e excluísse a aplicação do previsto no art. 489.º, 4, 5 e 6 CSC. Mas o que certamente não compreendemos é por que razão o legislador haveria de alterar radicalmente o âmbito espacial do regime de grupos de uma forma tão pouco clara e somente dirigida às situações de constituição por domínio total inicial. Se de facto se pretendesse a aplicação transfronteiriça do regime de coligação, o que havia a fazer era eliminar o art. 481.º, 2 CSC. Acresce, ainda, que dificilmente estaria na mente do legislador a criação de um regime distinto consoante estivessem em causa situações de domínio total inicial e situações de domínio total superveniente.⁵³

⁵¹ Neste sentido Fernandes (2010, p. 34 e ss). Os Autores sustentam a sua posição, em grande medida, na inadmissibilidade de um tratamento desfavorável dos grupos nacionais face aos grupos transfronteiriços. Embora não acompanhem os argumentos apresentados, destaque-se o pioneirismo na compreensão de que é a exigência de coincidência territorial das sedes componentes do grupo o fator determinante na introdução de discriminações no regime. Com efeito, na medida em que tal exigência cesse, cessarão certos tratamentos discriminatórios. Também Oliveira (2011, p. 1247) defende a aplicabilidade transfronteiriça do regime de coligação às situações de domínio total inicial.

⁵² Perfilhando esta orientação, Dias (2007, p. 262) escreve que “*ao que parece, na base da alteração [introdução da al. d)] terá estado a intenção de eliminar uma dificuldade interpretativa que se terá feito sentir em cartórios notariais e conservatórias do registo comercial, no sentido da possibilidade ou não de uma sociedade de estatuto pessoal estrangeiro se valer do regime do art. 488.º, n.º 1, e assim constituir, ab initio unilateralmente uma filial portuguesa, sem intervenção de quaisquer outros sócios. Com a nova alínea d) pretender-se-ia tão-só, esclarecer afirmativamente o intérprete acerca dessa possibilidade, não estando subjacente uma tomada de posição acerca da aplicabilidade ou não do direito dos grupos português a sociedades de estatuto pessoal estrangeiro*”.

⁵³ Pese embora se possa conceber que, no caso de domínio total inicial, haveria uma manifestação de vontade dirigida à submissão da regulação do estatuto pessoal à lei portuguesa (à semelhança do que ocorre na teoria da incorporação). No sentido de que não há que diferenciar as situações de domínio total inicial e superveniente Fernandes (2010, p. 34) defendem que “*por um lado, a regra geral neste domínio é a da unidade de tratamento da situação de domínio integral como se vê no art. 491.º. Por outro lado, será ainda por essa via que se evita um intolerável regime de desfavor que redundaria, por*

2.1.3. Implicações do conceito de coligação enquanto conceito global de referência

Um recorte do âmbito espacial do regime de coligação societária impõe uma referência ao âmbito espacial das normas fora do Título VI CSC que integram, na sua previsão, uma menção a um qualquer tipo de coligação societária. Refira-se, a título de exemplo, os arts. 6.º, 3 (prestação de garantia a dívidas de sociedades do grupo), 397.º, 3 (proibição de negócios de administradores com sociedades em relação de domínio ou de grupo) ou o art. 414.º-A, 1, al. c) (incompatibilidade do cargo de fiscal com o cargo de administrador no âmbito de uma relação de grupo ou de domínio) CSC.

Na esteira do defendido por Castro (2004, p. 148 e 149), concordamos estar perante uma normas *pressupontes* no sentido em que estão em causa normas que recuperam uma referência contida na hipótese de outra norma (tratando-a como puro dado de facto) para produzir efeitos jurídicos próprios seus, subordinados a distintos problemas e interesses.

Quer dizer, fora do Título VI, as referências a relações de coligação não-de ser aplicáveis lá onde, por virtude do art. 3.º CSC, for competente a lei portuguesa, a menos que a lei disponha em contrário⁵⁴ (p. ex. art. 481.º, 2 CSC). Em nosso entender, esta orientação elimina os problemas de tratamento discriminatório.⁵⁵ Em todo o caso, não se exclui a possibilidade de surgirem dificuldades próprias do elemento de conexão sustentado na sede real.

2.1.4. Discriminação das sociedades-mãe sediadas noutra EM decorrente da autolimitação espacial

A autolimitação espacial do regime de coligação societária gera situações de discriminação das sociedades-mãe sediadas noutra EM onde o regime for mais

comparação com sociedades estrangeiras, para sociedades portuguesas supervenientemente constituídas na qualidade de sócia única de outras”, daí que conclua pela revogação tácita do art. 489.º, 4 al. a) CSC.

⁵⁴ Julgamos ser o que ocorre no art. 104.º, 2 CSC no caso de fusões transfronteiriças no espaço da União. Com efeito, o art. 117.º-F CSC somente remete para os arts. 102.º e 103.º CSC no que respeita à aprovação da fusão em Assembleia Geral, excluindo o art. 104.º CSC estando, portanto, em linha com o estatuído na Diretiva 2005/56/CE de 26 de outubro.

⁵⁵ P. ex., não se compreenderia que a prestação de uma garantia ao credor de uma sociedade-filha sediada em Espanha estivesse dependente da demonstração de justificado interesse quando tal demonstração é desnecessária num contexto puramente interno (art. 6.º, 3 CSC). Em sentido divergente Loureiro (2011, p. 57) consideram que o regime previsto na parte final daquele artigo somente se há de aplicar a situações puramente internas de modo a tutelar os “*acionistas minoritários, credores e demais stakeholders*”. Parece-nos, contudo, que o argumento da dificuldade de cobrança não é capaz de cumprir o requisito da adequação.

favorável. Identificamos, neste contexto, especiais problemas tanto nas situações de domínio qualificado (art. 490.º CSC) como nas sociedades em relação de grupo (art. 503.º CSC).

O art. 490.º CSC, em traços gerais, permite a uma sociedade que detenha pelo menos 90% das participações sociais de outra, a aquisição potestativa das participações sociais dos sócios livres mediante a prestação de uma determinada contrapartida. Na mesma medida, atribui aos sócios livres a possibilidade de alienação potestativa das suas participações sociais à sociedade dominante.

O facto da aquisição tendente ao domínio total não poder ser levada a cabo por uma sociedade-mãe sediada noutra EM é, quanto a nós, discriminatório. Antevê-se que a justificação de tal discriminação passe pelos fundamentos deste instituto. Com efeito, o art. 490.º CSC promove a transição de um domínio qualificado para uma situação de domínio total o que tutela o interesse geral na medida em que passa a aplicar-se o regime protetor das sociedades dominadas e dos seus credores sociais (arts. 501.º e 502.º CSC) (Oliveira, 2011, p. 1254). Ora, nas situações de domínio total transfronteiriço tal regime não se aplica pelo que falece, pelo menos em parte, aquele interesse geral. Julgamos, no entanto, que tal argumento não é capaz de justificar o efeito desprotetor da sociedade dominante (na medida em que as minorias poderão ter um efeito de bloqueio da sua condução) e até dos sócios livres que queiram, legitimamente, alienar por um valor justo um conjunto de participações mortas que detêm na sociedade-filha (Oliveira, 2011, p. 1254).

O problema que neste domínio se levanta apresenta, aliás, contornos de maior complexidade. Efetivamente, as normas jurídicas formam um sistema que se pretende coerente, pelo que, naturalmente, existe entre elas uma relação de complementaridade. Como refere Schon (2005, p. 353), *“no direito, complementaridade significa que diferentes elementos de um conjunto de normas cooperam tendo em vista alcançar um resultado eficiente – como um relógio. Este complexo de normas pode ser colocado em perigo se um elemento do mecanismo é substituído por outro que não funciona exatamente do mesmo modo que o anterior”* (tn). Por conseguinte, a aplicação parcial de um dado instituto gera distorções que o legislador, compreensivelmente, procura repelir. No entanto, há que ser cauteloso no argumento. É que, com relativa facilidade, somos levados a concluir que a submissão *parcial* a um dado ordenamento jurídico nunca se pode admitir. Gera-se, portanto, um risco de blindagem do acesso aos

ordenamentos jurídicos hostil à mobilidade societária. Assim, será, uma vez mais, com recurso ao princípio da proporcionalidade que a questão se decidirá.

Já no que respeita às relações de grupo, parece-nos de destacar a possibilidade da sociedade-mãe dar instruções vinculantes à sociedade-filha (art. 503.º CSC).

Quando a relação de grupo resulta de uma relação contratual, não vemos qualquer justificação para que uma sociedade sediada num EM não possa ser parte nesse *contrato de organização* atenta a possibilidade de acesso *em bloco* ao regime de grupo que, pelo seu carácter dispositivo, não gera, à partida, problemas de entraves à liberdade de estabelecimento.⁵⁶ Neste sentido, a limitação espacial do regime é discriminatória.

A questão assumirá outros contornos nas situações de grupos formados por domínio total. É que o regime assenta no binómio *poder de direção da sociedade-mãe* (503.º CSC)/*responsabilidade solidária atípica* (art. 501.º CSC) (Antunes, 2002, p. 896). Com efeito, a possibilidade de dar instruções desvantajosas à sociedade-filha sem se acautelar os interesses dos credores⁵⁷, distorce o sistema para lá do que seria razoável.

Sucedem, porém, que uma solução que passasse pela aplicação do binómio *poder de direção/responsabilidade solidária* às situações transfronteiriças, pese embora resolvesse o problema da discriminação, geraria, em nosso entender, um entrave à liberdade de estabelecimento por ser uma solução excessivamente onerosa para a sociedade-mãe. De facto, o art. 501.º CSC estabelece um regime de responsabilidade solidária ilimitada, independentemente da natureza, fonte, origem, momento da constituição da obrigação ou das razões do incumprimento (Antunes, 2002, p. 802 e ss). Trata-se de uma responsabilidade especialmente onerosa que não pode ser afastada em nenhuma circunstância: “*a sociedade-mãe responde por todo o passivo social das filiais independentemente de este ter resultado ou não do exercício concreto do seu poder de controlo intersocietário: aquela responsabilidade respeita a todas as obrigações sociais, sendo, no dizer de vários autores, independente da respetiva fonte (Rechtsgrund) ou conteúdo (Inhalt)*” (STJ, 31.05.2005).⁵⁸

⁵⁶ De notar, aliás, que o art. 503.º CSC não só estabelece um poder de direção da sociedade-mãe como protege o órgão de administração da sociedade-filha, o que reforça a bondade da aplicabilidade transfronteiriça do regime.

⁵⁷ Note-se, p. ex., que o art. 84.º CSC não acautela as situações de dívidas contraídas anteriores à verificação do domínio total, ao contrário do que estabelece o art. 501.º, 1 CSC.

⁵⁸ Vd., no mesmo sentido, TRL, 19.06.2008. A responsabilização ilimitada da sociedade-mãe gera um enorme aumento da exposição ao risco da sociedade totalmente dominante o que inibe os agentes

Mesmo que se aceite a justificação de que uma situação de domínio total carece de um regime especial de responsabilização da sociedade totalmente dominante e ainda que o regime estabelecido no art. 501.º CSC fosse considerado adequado, julgamos que falharia o teste da *necessidade*. Neste sentido, uma opção legislativa que somente estabelecesse uma presunção de culpa da sociedade-mãe no âmbito da responsabilidade civil seria, quanto a nós, capaz de introduzir uma solução equilibrada entre os interesses dos credores e os interesses das sociedades totalmente dominantes⁵⁹. De notar, aliás, que tal opção foi adotada na Proposta da 9.ª Diretiva relativa aos grupos de sociedade, onde se dispunha que a responsabilidade seria afastada caso a sociedade-mãe demonstrasse que o incumprimento não se deveu a qualquer comportamento (ativo ou omissivo) da sua parte.⁶⁰ Em todo o caso, subsistiria o problema da sociedade-mãe sediada noutra EM que preferisse abdicar do poder de direção e, em contrapartida, não responder pelas dívidas da sociedade-filha.

Assim, a compatibilização do poder de direção da sociedade totalmente dominante associado à responsabilidade solidária atípica com o DUE passará, em nosso entender, por permitir a sua aplicabilidade transfronteiriça (inibindo tratamentos discriminatórios). Tendo em vista a eliminação de potenciais entraves, a aplicabilidade do regime deveria estar dependente de um ato de vontade do grupo (sujeito a registo). Em todo o caso, o regime de responsabilidade previsto no art. 501.º CSC deveria admitir a possibilidade de afastamento da responsabilidade da sociedade-mãe.

2.1.5. O problema da interposição de uma sociedade no meio da cadeia

Uma questão que se poderá colocar é a de saber se, perante situações de titularidade indireta, o regime de coligação se aplica nas situações em que, no meio da cadeia de coligação, uma sociedade se encontra sediada noutra país, ainda que as

económicos de levarem a cabo operações transfronteiriças. Para além disso, cria ineficiências económicas como a centralização das estruturas diretivas e a rigidez dos processos de decisão.

⁵⁹ Para uma análise aprofundada das vantagens de um sistema de inversão do ónus da prova vd. Antunes (1994, p. 401 e ss).

⁶⁰ Também no domínio do direito da concorrência, o TJUE tem admitido a inversão do ónus da prova nas situações de responsabilidade contra-ordenacional por violação das regras da concorrência. No caso *Akzo Nobel*, estava em causa a existência de acordos e práticas concertadas no sector do cloreto de colina nos quais tinham participado 4 sociedades-filhas da Akzo por ela detidas. O TJUE considerou que “quando uma sociedade-mãe detém 100% do capital da sua filial, existe uma presunção ilidível segundo a qual essa sociedade-mãe exerce uma influência determinante no comportamento da sua filial” (pt. 61). No caso *General Química* o TJUE reiterou aquele entendimento e permitiu a sua aplicabilidade em situações em que exista uma cadeia de participações sucessivas de 100% (pt. 88). Em todo o caso, a possibilidade de inversão do ónus da prova pode ter grandes dificuldade de aplicação prática (vd. Ac. *General Química*, pt. 103).

sociedades colocadas nos polos da relação se encontrem sediadas em Portugal⁶¹. A generalidade da doutrina considera que sim (Antunes, 2002, p. 896); (Loureiro, 2011, p. 50) essencialmente por razões (i) *históricas*, uma vez que no âmbito do direito comparado onde o nosso regime teve origem, tal solução é consensual; (ii) de *ordem sistemática*, pois, no âmbito da aplicação de disposições do CVM e do RGICSF, é irrelevante o lugar da sede; (iii) relativas à *teleologia* do regime, uma vez que o regime pretende abranger os protagonistas reais das coligações societárias e (iv) de garantia da *efetividade do regime*, uma vez que se assim não se entender está aberta a porta à fraude.

Da nossa parte, ainda que fortes, tais argumentos não nos convencem inteiramente. Quanto ao argumento *histórico*, se é verdade que os regimes que deram origem ao regime português não distinguem as situações transfronteiriças no âmbito das participações indiretas, é igualmente verdade que também não o fazem nas restantes situações. Igualmente, os lugares paralelos no nosso direito perdem força na medida em que, naquelas situações, o legislador estabeleceu expressamente que a natureza transfronteiriça não obstava à aplicação do regime. Quanto à razão teleológica, se não se discute que o legislador quer abranger os protagonistas reais, também nos parece que o *fim* da norma é responsabilizar quem pode dar instruções vinculantes. Ora, no tipo de situações em análise dificilmente a sociedade-filha portuguesa está vinculada à instrução dada pela sociedade-mãe sediada noutro EM.

Finalmente, a questão da *fraude* deverá, em nosso entender, ser tratada autonomamente. Ou seja, se efetivamente se verificarem situações em que a utilização de sociedades interpostas constitui um *expediente puramente artificial*, então poder-se-á aplicar o regime. Mas tais situações patológicas e extremas não podem condicionar toda a interpretação do regime. Para além disso, se o problema é o da *fraude* a mesma facilmente se alcançaria através da colocação de um dos polos da coligação num país terceiro.

Finalmente, criar uma distinção entre (i) as situações em que o elemento transfronteiriço ocorre nos polos da cadeia de coligação e as (ii) situações em que tal ocorre em fases intermédias, promove a adoção das primeiras estruturas em detrimento das segundas. Ora, o organigrama do grupo deve ser definido em razão de

⁶¹ P. ex., A sediada em Portugal, detém 100% das participações de B sediada em Espanha que detém 100% das participações de C sediada em Portugal.

critérios económicos, pelo que a função *conformadora* do direito neste domínio é potencialmente geradora de ineficiências.

Consideramos, portanto, que o regime-regra de coligação societária somente se poderá aplicar a situações *puramente internas*, independentemente do nível da cadeia de coligação societária em que se encontra a sociedade colocada em situação transfronteiriça. Excecionalmente, quando estiverem em causa *expedientes puramente artificiais* poder-se-á admitir a aplicação daquele regime.

3. Justificação do âmbito espacial do regime à luz da liberdade de estabelecimento. Proposta de compatibilização.

Uma vez recortado o âmbito de aplicação espacial do regime de coligação societária, ressalta a ideia de que o tratamento dos grupos formados por domínio total transfronteiriços é genericamente mais favorável do que o dos grupos análogos puramente internos (em especial, devido ao facto de, naqueles, a sociedade-mãe não responder ilimitadamente pelas dívidas da sociedade-filha). A generalidade da doutrina aponta para a possibilidade de o regime ser violador do princípio da igualdade (art. 13.º CRP)⁶². No entanto, consideramos, com Dias (2007, p. 274 e ss), que a distinção não é arbitrária e, nessa medida, não é inconstitucional.⁶³

Desde logo, o regime pode ser explicado numa ótica de favorecimento do investimento estrangeiro em Portugal (limitando, deste modo, o risco das empresas estrangeiras que aqui investem). Numa outra perspetiva, as sociedades-mãe portuguesas que detenham a totalidade das participações sociais de sociedades que operem no estrangeiro não respondem solidariamente pelas dívidas destas. Neste sentido, a sociedade-mãe portuguesa que opera no exterior *através* de uma sociedade-filha estará, no mínimo, na mesma situação competitiva das suas congéneres autóctones.⁶⁴

Por outra banda, a extensão espacial do regime de coligação poderia gerar entraves injustificados à liberdade de estabelecimento e, nesse sentido, violar o DUE.

⁶² Vd., por todos, Antunes (2002, p. 116).

⁶³ Como explicam Miranda (2010, p. 226), “o princípio da proibição de arbitrio não só constitui um princípio de limite ao exercício da função legislativa como representa, em rigor, o único corolário do princípio da igualdade passível de imediato controlo ou sindicabilidade jurisdicional”.

⁶⁴ P. ex., se A sediada em Portugal detém 100% de B sediada em Espanha. Por seu lado, C sediada em Espanha detém 100% de D sediada em Espanha, A e C terão um regime de responsabilidade pelas dívidas das sociedades-filhas idêntico. Caso o regime de coligação se aplicasse desde que uma das sociedades do grupo estivesse sediada em Portugal, A responderia ilimitadamente pelas dívidas de B, enquanto que C não.

Subsistem, no entanto, 2 graves problemas: em primeiro lugar, os grupos portugueses têm uma situação globalmente mais desfavorável do que os grupos transnacionais;⁶⁵ em segundo lugar, verificam-se situações de discriminação incompatíveis com o TFUE.

A compatibilização do regime de coligação com o DUE deverá passar por atribuir às sociedades-mãe, no âmbito das coligações transfronteiriças, as mesmas vantagens das sociedades-mãe em coligações análogas de carácter puramente interno. Nos domínios onde não é possível desagregar as vantagens das desvantagens (p. ex., *poder de direção/responsabilidade solidária*) a solução passará por tornar a aplicação em bloco do regime dependente de um ato de vontade do grupo (evitando-se, deste modo, potenciais entraves).

Tendo em vista evitar situações de *discriminação às avessas*, dever-se-á equiparar o regime aplicável às coligações puramente internas ao regime aplicável às situações transfronteiriças. Na medida em que tal não se verifique, os grupos portugueses poderão fazer uso da liberdade de estabelecimento para, legitimamente, ficarem submetidos a um regime jurídico mais favorável.

Com efeito, a solução que propomos não só permite aumentar a compatibilidade do regime de coligação societária com as liberdades de circulação, como aumenta a oferta regulatória do Estado português e, nesse sentido, torna-o mais competitivo, à luz de um modelo de *arbitragem regulatória*.

⁶⁵ Poderá perguntar-se se, nestas situações o DUE pode intervir. Referimo-nos à denominada *discriminação às avessas* que “ocorre quando o Direito da União impõe a um Estado Membro que reconheça direitos a nacionais de outro Estado que não reconhece aos seus próprios nacionais” (Maduro, 2000, p. 118). A resposta será negativa não só porque, tecnicamente, a discriminação não resulta da direta aplicação de normas da União, mas, também, porque a jurisprudência constante do TJUE nega a aplicabilidade das normas do TFUE a situações puramente internas (Vd. Acs. *Wallon* e *McCarthy*).

CONCLUSÃO

- I. Os tradicionais elementos de conexão de determinação da lei reguladora do estatuto pessoal de uma sociedade comercial – teoria da sede e teoria da incorporação –, pelo seu caráter territorial, demonstram debilidades no contexto da empresa policorporativa multiterritorial.
- II. As normas reguladoras do estatuto das sociedades comerciais apresentam características que as tornam particularmente aptas a responder positivamente a um modelo de *arbitragem regulatória*.
- III. O DUE, por via das liberdades de circulação, tem vindo a assumir um impacto crescente nas regras dos EMs reguladoras do estatuto pessoal das sociedades comerciais. A abordagem do TJUE passa por aferir da compatibilidade das regras internas com exercício das liberdades de circulação, rejeitando as normas que apresentam um caráter discriminatório ou que criam obstáculos injustificados ou desproporcionais ao livre exercício daquelas.
- IV. A teoria da sede é, pela sua natureza, hostil à mobilidade societária. Com efeito, pese embora o TJUE nunca coloque em causa a legitimidade dos Estados recorrerem àquele elemento de conexão, a verdade é que este convive com dificuldade com as liberdades de circulação fundamentais, o que pode levar à desaplicação de normas internas reguladoras do estatuto das sociedades contrárias àquelas liberdades.
- V. Através do recurso às liberdades fundamentais, poderá afirmar-se que, no domínio das leis reguladoras do estatuto das sociedades, o TJUE abriu a porta à *arbitragem regulatória* entre os diversos Estados. Somente a possibilidade de um EM impedir que uma sociedade atue à luz do seu direito interno noutra território parece estar imune ao escrutínio do TJUE.
- VI. Os efeitos negativos de um modelo de *arbitragem regulatória* podem ser atenuados através de medidas restritivas dos Estados que respeitem a fórmula *Gebhard*, através de mecanismos de harmonização europeus ou, a final, pela intervenção do princípio da proibição do abuso.
- VII. O regime de coligação societária vê o seu âmbito de aplicação espacial tolhido perante situações transfronteiriças, gerando *discriminações* e eventuais *entraves* à mobilidade societária.

- VIII. Na medida em que uma norma reguladora do regime de coligação societária negue uma certa vantagem a uma sociedade nacional de outro EM, poder-se-á abrir a porta ao seu afastamento em virtude da aplicabilidade direta vertical das normas do TFUE.
- IX. As normas internas reguladoras do regime de coligação societária desvantajosas só poderão ser aplicadas a situações transfronteiriças na medida em que sejam *justificadas e proporcionais*.
- X. Os grupos portugueses que procurem evitar a aplicação de normas reguladoras da coligação societária cujo âmbito de aplicação é puramente interno, poderão fazer uso liberdade de estabelecimento tendo em vista a evicção daquelas. Somente as situações que configurem *expedientes puramente artificiais* poderão ser combatidas à luz do princípio geral de proibição do abuso.
- XI. No âmbito das relações de grupo por domínio total com carácter transfronteiriço, o poder de direção da sociedade-mãe agregado à responsabilidade solidária daquela, deverá ter carácter dispositivo de modo a evitar discriminações ou entraves.
- XII. Tendo em vista evitar situações de *discriminação às avessas*, o legislador nacional deverá procurar equiparar o regime de coligação interno ao regime aplicável às situações transfronteiriças.
- XIII. A conformação do regime interno de coligação societária às exigências dos DUE associada ao aumento da oferta regulatória do Estado português permite aumentar a sua competitividade e, à luz de um paradigma de *arbitragem regulatória*, tornar aquele regime mais eficiente.

BIBLIOGRAFIA

- Antunes, J. A. E. (1994). *Liability of Corporate Groups Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships in US, German and EU Law An International and Comparative Perspective*. Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers.
- Antunes, J. A. E. (2002). O âmbito de aplicação do Sistema das Sociedades Coligadas *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço* (Vol. II, pp. 95-116): Almedina.
- Antunes, J. A. E. (2002). *Os Grupos de Sociedades Estrutura e Organização Jurídica das Empresas Plurissocietárias* (2.^a ed.): Almedina.
- Armour, J. (2005). Who Should Make Corporate Law? EC Legislation Versus Regulatory Competition. *Institute for Law and Finance Working Paper Series*, 41.
- Arnulf, A. (2011). What is a General Principle of EU Law *Prohibition of Abuse of Law A New General Principle of EU Law?* (pp. 7-22): Hart Publishing.
- Barnard, C. (2010). *The substantive law of the EU : the four freedoms* (3rd ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Bebchuk, L. A. (1992). Federalism and the Corporation: the desirable limits on State competition in Corporate Law. *Harvard Law Review*, 105(7), 1435-1510.
- Bratton, w. M., Joseph A. (1997). The New Economics of Jurisdictional Competition: Devolutionary Federalism in a Second-Best World. *Georgetown Law Journal*(86), 201-278.
- Cary, W. L. (1974). Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware. *The Yale Law Journal*, 83(4), 663-705.
- Castro, C. O. B., Diogo Lorena. (2004). A concessão de crédito por uma SGPS às sociedades estrangeiras por ela dominadas (ou às sociedades nacionais indirectamente dominadas através de uma sociedade estrangeira) e o artigo 481.º, n.º 2 do C.S.C. *O Direito*(136), 131-155.
- Chalmers, D. D., Gareth; Monti, Giorgio. (2011). *European Union Law*. New York: Cambridge University Press.
- Coase, R. H. (1937). The Nature of the Firm. *Economica*, 4(16), 386-405.
- Daele, J. V. (2011). Tax Residence and the Mobility of Companies: Borderline Cases Under Private International Law and Tax Law. *European Taxation*, 190-200.
- Davies, P. W., Sarah. (2012). *Gower & Davies Principles of Modern Company Law* (9th ed.). London: Sweet&Maxwell.

- Dias, R. M. P. S. P. (2007). *Responsabilidade por Exercício de Influência Sobre a Administração de Sociedades Anónimas Uma análise de Direito Material e Direito de Conflitos*: Almedina.
- Edwards, V. F., Paul. (2011). The Concept of Abuse in the Freedom of Establishment of Companies: a Case of Double Standards? *Prohibition of abuse of law : a new general principle of EU law?* (pp. 207-227). Oxford: Hart.
- Enriques, L. (2005). *Company Law Harmonization Reconsidered: what role for the EC?* . University of Bologna and ECGI. (53/2005)
- Fernandes, L. A. C. L., João. (2010). A situação dos accionistas perante dívidas da sociedade anónima no Direito português. *Direito das Sociedades em Revista*, 4, 11-74.
- Hadari, Y. (1974). The choice of National Law Applicable to the Multinational Enterprise and the Nationality of Such Enterprises. *Duke Law Journal*, 1974(1), 1- 57.
- Johnston, A. S., Phil. (2009). Regulatory competition in European company law after Cartesio. *European Law Review* (34(3)), 378-404.
- Kraakman, R. H. A., John; Davies, Paul; Enriques, Luca; Hanmann, Henry; Hertig, Gerard; Hopt, Klaus; Kanda, Hideiki; Rock, Edward;. (2009). *The anatomy of corporate law : a comparative and functional approach* (2nd ed.). Oxford ; New York: Oxford University Press.
- La Feria, R. d. (2011). Introducing the Principle of Prohibition of Abuse of Law. In R. d. V. La Feria, Stefan (Ed.), *Prohibition of Abuse of Law A New General Principle of EU Law?* (pp. xv-xxv): Hart Publishing.
- Loureiro, C. T. E., Joana Torres. (2011). A Relação de Domínio ou de Grupo como Pressuposto de Facto Para a Aplicação das Normas do Código das Sociedades Comerciais - O âmbito espacial em particular. *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*(30), 46-61.
- Machado, J. B. (1982). *Lições de Direito Internacional Privado* (3.^a Ed. Actualizada (Reimpressão)): Almedina.
- Maduro, M. P. (2000). The Scope of European Remedies: The Case of Purely Internal Situations and Reverse Discrimination *The Future of Remedies in Europe* (pp. 117-140): Hart
- Miranda, J. M., Rui. (2010). Anotação ao artigo 13.º (Princípio da Igualdade). In J. M. Miranda, Rui (Ed.), *Constituição Portuguesa Anotada* (pp. 213-241): Wolters Kluwer Coimbra Editora.
- Nogueira, J. F. (2009). Abuso em Fiscalidade Directa A emergência de um novo operador jurisprudencial comunitário. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*(6), 233-299.

- Nogueira, J. F. (2010). *Direito Fiscal Europeu - O paradigma da proporcionalidade. A proporcionalidade como critério central da compatibilidade de normas tributárias internas com as liberdades fundamentais*: Wolters Kluwer Coimbra Editora.
- Oliveira, A. P. d. (2011). Anotação ao Código das Sociedades Comerciais. In A. M. Cordeiro (Ed.), *Código das Sociedades Comerciais Anotado* (2.^a Edição ed., pp. 1209-1323): Almedina.
- Pinheiro, L. d. L. (2009). *Direito Internacional Privado Direito de Conflitos Parte Especial* (3.^a Edição ed. Vol. II): Almedina.
- Rammeloo, S. (2012). Case C-378/10 VALE Építési Jft., Judgment of 12 July 2012, no yet reported Freedom of establishment: cross-border transfer of company "seat" - The last piece of the puzzle? *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4(19), 563-589.
- Ramos, R. M. M. (2002). O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a Teoria Geral do Direito Internacional Privado Desenvolvimentos recentes *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço* (Vol. I, pp. 431-467): Almedina.
- Ringe, W.-G. (2011). Sparking Regulatory Competition in European Company Law: The impact of the Centros Line of Case Lae and its Concept of "Abuse of Law" *Prohibition of abuse: a new general principle of EU law?* (pp. 107-125). Oxford: Hart.
- Rocha, V. R. V. F. d. R. (1994). *Aquisição de Acções Próprias no Código das Sociedades Comerciais*. Coimbra: Almedina.
- Romano, R. (1993). The State Competition Debate in Corporate Law. In R. Romano (Ed.), *Foundations of Corporate Law*: Oxford University Press.
- Schon, W. (2005). Playing Different Games? Regulatory Competition in Tax and Company Law *Common Market Law Review*, 42, 331-365.
- Soares, M. Â. C. B. (2003). A Liberdade de Estabelecimento das Sociedades na União Europeia. *Temas de Integração*(15 e 16), 283-321.
- Sousa, A. F. d. (2009). Company's Cross-border Transfer of Seat in the EU after Cartesio. *Jean Monnet Working Paper*, (07/09).
- Sousa, A. F. d. (2010-2011). *Apontamentos das Aulas de Relações Privadas Internacionais*: Policopiado.
- Sousa, A. F. d. (2012). *A europeização do Direito Internacional Privado - Os novos rumos na regulamentação das situações privadas transnacionais na UE*. Porto: Tese apresentada à Universidade Católica Portuguesa para obtenção do grau de doutor em Direito - Ciências Jurídicas.
- Terra, B. J. M. W., Peter Jacob. (2012). *European Tax Law Abridged Student Edition* (6th ed.): Wolters Kluwer Law & Business

Tiebout, C. M. (1956). A Pure Theory of Local Expenditures. *The Journal of Political Economy*, 64(5), 416-424.

Wattel, P. J. (2012). Exit Taxation in the EU/EEA Before and After National Grid Indus. *Tax Notes International*, 371-379.