

|

## 62000J0208

Acórdão do Tribunal de 5 de Novembro de 2002. - Überseering BV contra Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC). - Pedido de decisão prejudicial: Bundesgerichtshof - Alemanha. - Artigos 43.º CE e 48.º CE - Sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e que neste tem a sua sede social - Sociedade que exerce a liberdade de estabelecimento noutro Estado-Membro - Sociedade que se considera ter transferido a sua sede efectiva para o território do Estado-Membro de acolhimento nos termos do direito deste Estado - Não reconhecimento pelo Estado-Membro de acolhimento da capacidade jurídica e da capacidade judiciária da sociedade - Restrição à liberdade de estabelecimento - Justificação. - Processo C-208/00.

*Colectânea da Jurisprudência 2002 página I-09919*

Sumário

Partes

Fundamentação jurídica do acórdão

Decisão sobre as despesas

Parte decisória

## Palavras-chave

*1. Tratado CE - Artigo 293.º , terceiro travessão, CE - Objectivo - Adopção de convenções destinadas a facilitar a realização da liberdade de estabelecimento das sociedades - Adopção que não condiciona o exercício desta liberdade*

*(Artigos 44.º CE e 293.º , terceiro travessão, CE)*

*2. Livre circulação de pessoas - Liberdade de estabelecimento - Sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e que nele tem a sua sede social - Sociedade que se considera que, segundo o direito de um outro Estado-Membro, transferiu a sua sede efectiva para esse mesmo Estado - Não reconhecimento pelo Estado-Membro de acolhimento da capacidade jurídica - Restrição da liberdade de estabelecimento - Justificação - Inexistência*

*(Artigos 43.º CE e 48.º CE)*

*3. Livre circulação de pessoas - Liberdade de estabelecimento - Sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e que nele tem a sua sede social - Sociedade que exerce a sua liberdade de estabelecimento noutro Estado-Membro - Obrigação de o Estado-Membro de acolhimento respeitar a capacidade jurídica da sociedade*

(Artigos 43.º CE e 48.º CE)

## Sumário

1. O artigo 293.º CE não constitui uma reserva de competência legislativa nas mãos dos Estados-Membros. Se esta disposição convida os Estados-Membros a entabular negociações a fim, nomeadamente, de facilitar a solução dos problemas resultantes das disparidades das legislações relativas ao reconhecimento mútuo das sociedades e à manutenção da sua personalidade jurídica em caso de transferência transfronteiriça da sua sede, é unicamente «sempre que necessário», quer dizer, na hipótese de as disposições do Tratado não permitirem realizar os objectivos do Tratado. Mais especificamente, embora as convenções cuja celebração o artigo 293.º CE incentiva possam, à semelhança das directivas de harmonização previstas no artigo 44.º CE, facilitar a realização da liberdade de estabelecimento, o exercício desta liberdade não pode todavia estar condicionado pela adopção de tais convenções.

( cf. n.os 54, 55 )

2. A recusa, por parte de um Estado-Membro, de reconhecer a capacidade jurídica de uma sociedade constituída em conformidade com o direito de outro Estado-Membro no qual tem a sua sede social com o fundamento, nomeadamente, em que a sociedade transferiu a sua sede efectiva para o seu território na sequência da aquisição da totalidade das quotas por cidadãos deste Estado-Membro que aí residem, o que tem como consequência que a sociedade não pode, no Estado-Membro de acolhimento, estar em juízo para defender os seus direitos resultantes de um contrato, salvo se se reconstituir segundo o direito deste Estado, constitui uma restrição à liberdade de estabelecimento incompatível, em princípio, com os artigos 43.º CE e 48.º CE.

A este respeito, não se pode excluir que razões imperiosas de interesse geral tais como a protecção dos interesses dos credores, dos sócios minoritários, dos assalariados ou mesmo do fisco possam, em determinadas circunstâncias e respeitando determinadas condições, justificar restrições à liberdade de estabelecimento, semelhantes objectivos não podem todavia justificar que sejam negadas a capacidade jurídica e, portanto, a capacidade judiciária a uma sociedade regularmente constituída noutra Estado-Membro onde tem a sua sede social. Com efeito, tal medida equivale à própria negação da liberdade de estabelecimento reconhecida às sociedades pelos artigos 43.º CE e 48.º CE.

( cf. n.os 82, 92-94, disp. 1 )

3. Quando uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-Membro no território do qual tem a sua sede social exerce a sua liberdade de estabelecimento noutra Estado-Membro, os artigos 43.º CE e 48.º CE impõem a este último que respeite a capacidade jurídica e, portanto, a capacidade judiciária que esta sociedade possui nos termos do direito do seu Estado de constituição.

( cf. n.º 95, disp. 2 )

## Partes

No processo C-208/00,

que tem por objecto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 234.º CE), pelo Bundesgerichtshof (Alemanha), destinado a obter, no litígio pendente neste órgão

*jurisdicional entre*

*Überseering BV*

*e*

*Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC),*

*uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação dos artigos 43.º CE e 48.º CE,*

*O TRIBUNAL DE JUSTIÇA,*

*composto por: G. C. Rodríguez Iglesias, presidente, J.-P. Puissechet, M. Wathelet (relator) e R. Schintgen, presidentes de secção, C. Gulmann, D. A. O. Edward, A. La Pergola, P. Jann, V. Skouris, F. Macken, N. Colneric, S. von Bahr e J. N. Cunha Rodrigues, juízes,*

*advogado-geral: D. Ruiz-Jarabo Colomer,*

*secretário: H. A. Rühl, administrador principal,*

*vistas as observações escritas apresentadas:*

*- em representação da Überseering BV, por W. H. Wagenführ, Rechtsanwalt,*

*- em representação da Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), por F. Kösters, Rechtsanwalt,*

*- em representação do Governo alemão, por A. Dittrich e B. Muttelsee-Schön, na qualidade de agentes,*

*- em representação do Governo espanhol, por M. López-Monís Gallego, na qualidade de agente,*

*- em representação do Governo italiano, por U. Leanza, na qualidade de agente, assistido por F. Quadri, avvocato dello Stato,*

*- em representação do Governo do Reino Unido, por R. Magrill, na qualidade de agente, assistida por J. Stratford, barrister,*

*- em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por M. Patakia e C. Schmidt, na qualidade de agentes,*

*- em representação do Órgão de Fiscalização AECL, por P. Dyrberg, J. F. Jónsson e E. Wright, na qualidade de agentes,*

*visto o relatório para audiência,*

*ouvidas as alegações da Überseering BV, representada por W. H. Wagenführ, da Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), representada por F. Kösters, do Governo alemão, representado por A. Dittrich, do Governo espanhol, representado por N. Díaz Abad, na qualidade de agente, do Governo neerlandês, representado por H. G. Sevenster, na qualidade de agente, do Governo do Reino Unido, representado por R. Magrill, assistida por J. Stratford, da Comissão, representada por C. Schmidt, e do Órgão de Fiscalização AECL, representado por P. Dyrberg, na audiência de 16 de Outubro de 2001,*

*ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 4 de Dezembro de 2001,*

*profere o presente*

*Acórdão*

## **Fundamentação jurídica do acórdão**

*1 Por despacho de 30 de Março de 2000, que deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 25 de Maio seguinte, o Bundesgerichtshof colocou, nos termos do artigo 234.º CE, duas questões prejudiciais relativas à interpretação dos artigos 43.º CE e 48.º CE.*

*2 Estas questões foram suscitadas no âmbito de um litígio que opõe a Überseering BV (a seguir «Überseering»), sociedade de direito neerlandês, matriculada em 22 de Agosto de 1990 no registo comercial de Amesterdão e Haarlem, à Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (a seguir «NCC»), sociedade estabelecida na Alemanha, a propósito da reparação de defeitos na execução na Alemanha de trabalhos confiados pela Überseering à NCC.*

*O direito nacional*

*3 O Zivilprozessordnung (código do processo civil alemão) prevê que a acção proposta por uma parte que não possui capacidade judiciária deve ser julgada inadmissível. Em conformidade com o seu § 50, n.º 1, goza de capacidade judiciária toda a pessoa, incluindo as sociedades, que tem a capacidade jurídica definida como a capacidade de ser titular de direitos e obrigações.*

*4 Segundo a jurisprudência constante do Bundesgerichtshof, aprovada pela doutrina alemã dominante, a capacidade jurídica de uma sociedade é apreciada em conformidade com o direito aplicável no lugar em que está estabelecida a sua sede efectiva («Sitztheorie» ou teoria da sede), por oposição à «Gründungstheorie» ou teoria da constituição, segundo a qual a capacidade jurídica é determinada em conformidade com o direito do Estado no qual a sociedade foi constituída. Esta regra aplica-se igualmente quando uma sociedade foi legalmente constituída noutro Estado e a sua sede efectiva é depois transferida para a Alemanha.*

*5 Na medida em que a capacidade jurídica de tal sociedade é apreciada à luz do direito alemão, a mesma não pode ser titular de direitos e obrigações nem parte num processo judicial, a menos que se reconstitua na Alemanha de maneira a adquirir a capacidade jurídica à luz do direito alemão.*

*O litígio na causa principal*

*6 Em Outubro de 1990, a Überseering adquiriu um terreno situado em Düsseldorf (Alemanha), que utilizou para fins profissionais. Por contrato de empreitada celebrado em 27 de Novembro de 1992, a Überseering confiou à NCC a renovação de uma garagem e de um motel construídos neste terreno. As prestações foram executadas, mas a Überseering alega a existência de defeitos na execução dos trabalhos de pintura.*

*7 Em Dezembro de 1994, dois cidadãos alemães residentes em Düsseldorf adquiriram a totalidade das quotas da Überseering.*

8 Após ter em vão solicitado à NCC a reparação dos defeitos verificados na execução dos trabalhos, a *Überseering*, em 1996, com fundamento no contrato de empreitada celebrado com a NCC, accionou esta última no *Landgericht Düsseldorf* a fim de que esta seja condenada a pagar-lhe o montante de 1 163 657,77 DEM, acrescido de juros, a título dos custos de reparação dos defeitos alegados e dos prejuízos daí decorrentes.

9 O *Landgericht* julgou esta acção inadmissível. O *Oberlandesgericht Düsseldorf* confirmou esta decisão. Segundo as conclusões deste último, a *Überseering* transferiu a sua sede efectiva para *Düsseldorf* na sequência da aquisição das suas quotas por dois cidadãos alemães. O *Oberlandesgericht* considerou que, na qualidade de sociedade de direito neerlandês, a *Überseering* não tinha capacidade jurídica na Alemanha e, por consequência, não podia aí estar em juízo.

10 Assim, o *Oberlandesgericht* julgou a acção da *Überseering* inadmissível.

11 A *Überseering* recorreu deste acórdão do *Oberlandesgericht* para o *Bundesgerichtshof*.

12 Resulta, além disso, das alegações da *Überseering* que, paralelamente ao processo actualmente pendente no *Bundesgerichtshof*, a *Überseering*, em aplicação de outras normas de direito alemão não especificadas, foi accionada num órgão jurisdicional alemão na qualidade de demandada. Foi condenada pelo *Landgericht Düsseldorf* a pagar honorários de arquitectos, verosimilmente em virtude da sua inscrição, em 11 de Setembro de 1991, no registo predial de *Düsseldorf*, como proprietária do terreno no qual estão construídas a garagem e o motel renovados pela NCC.

As questões prejudiciais

13 Embora declare que a sua jurisprudência exposta nos n.os 4 e 5 do presente acórdão é contestada sob diversos aspectos por uma parte da doutrina alemã, o *Bundesgerichtshof* considera preferível, no estado actual do direito comunitário e do direito das sociedades da União Europeia, continuar a aplicá-la por diversas razões.

14 Em primeiro lugar, importa afastar qualquer solução que consista, através da tomada em conta de diferentes elementos de conexão, em apreciar a situação jurídica de uma sociedade à luz de várias ordens jurídicas. Segundo o *Bundesgerichtshof*, tal solução conduziria a uma insegurança jurídica, pois os domínios da regulamentação que deveriam estar sujeitos a diferentes ordens jurídicas não poderiam ser claramente distinguidos uns dos outros.

15 Seguidamente, o elemento de conexão que o lugar da constituição representa traz vantagens para os fundadores da sociedade que poderão, simultaneamente com o referido lugar, escolher a ordem jurídica que melhor lhes convém. É aí que reside o ponto fraco essencial da teoria da constituição, que ignora o facto de a constituição e exploração de uma sociedade afectar igualmente os interesses de terceiros e os do Estado onde se encontra a sede efectiva se esta última estiver situada num Estado que não seja aquele no qual a sociedade foi constituída.

16 Finalmente, o elemento de conexão constituído pelo lugar da sede efectiva permite, em contrapartida, evitar que, através de uma constituição de sociedade no estrangeiro, sejam contornadas as disposições do direito das sociedades do Estado onde se encontra a sede efectiva com vista a proteger determinados interesses primordiais. Concretamente, os interesses que o direito alemão visa preservar são nomeadamente os dos credores da sociedade: a legislação relativa aos «*Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH)*» (sociedades por quotas de direito alemão) assegura esta protecção através de regras detalhadas sobre a liberação e a conservação do capital social. Devem igualmente ser protegidas as sociedades independentes e os seus sócios minoritários em caso de ligações interempresariais, estando esta protecção

assegurada, na Alemanha, por regras como as do direito dos grupos e, em casos de acordos de controlo ou de contratos de cessão de benefícios, as relativas à indemnização e à compensação financeira dos sócios que ficam em desvantagem devido a estes acordos e contratos. Finalmente, as regras sobre a co-gestão garantem a protecção dos trabalhadores empregados pela sociedade. O Bundesgerichtshof sublinha que não existem disposições equivalentes em todos os Estados-Membros.

17 O Bundesgerichtshof questiona todavia se, no caso de transferência transfronteiriça da sede efectiva, a liberdade de estabelecimento garantida pelos artigos 43.º CE e 48.º CE não constitui obstáculo à ligação da situação jurídica da sociedade ao direito do Estado-Membro onde se encontra a sua sede efectiva. A resposta a esta questão não pode, segundo o Bundesgerichtshof, ser claramente deduzida da jurisprudência do Tribunal de Justiça.

18 O Bundesgerichtshof refere, quanto a este aspecto, que, no seu acórdão de 27 de Setembro de 1988, *Daily Mail and General Trust* (81/87, Colect., p. 5483), o Tribunal de Justiça, após ter afirmado que as sociedades podiam fazer uso da sua liberdade de estabelecimento constituindo agências, sucursais ou filiais ou transferindo a integralidade do seu capital para uma sociedade nova noutro Estado-Membro, declarou que, diferentemente das pessoas singulares, as sociedades não constituem qualquer realidade para além da ordem jurídica nacional que regulamenta a sua constituição e a sua existência. Resulta igualmente do mesmo acórdão que o Tratado CE aceitou a disparidade das normas nacionais de conflitos de leis e reservou a solução dos problemas inerentes para trabalhos legislativos futuros.

19 No acórdão de 9 de Março de 1999, *Centros* (C-212/97, Colect., p. I-1459), o Tribunal de Justiça censurou a recusa de uma autoridade dinamarquesa de inscrever no registo comercial uma sucursal de uma sociedade legalmente constituída no Reino Unido. O Bundesgerichtshof refere todavia que esta sociedade não tinha transferido a sua sede uma vez que, desde a sua criação, a sua sede social se encontrava no Reino Unido e a sua sede efectiva na Dinamarca.

20 O Bundesgerichtshof questiona, face ao acórdão *Centros*, já referido, se as disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento se opõem, numa situação como a em causa no processo principal, à aplicação das normas de conflitos das leis em vigor no Estado-Membro onde está situada a sede efectiva de uma sociedade legalmente constituída noutro Estado-Membro, quando essas regras têm como consequência o não reconhecimento da capacidade jurídica desta sociedade e, portanto, da sua capacidade judiciária no referido Estado-Membro para aí invocar os direitos derivados de um contrato.

21 Nestas circunstâncias, o Bundesgerichtshof decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as questões prejudiciais seguintes:

«1) Devem os artigos 43.º CE e 48.º CE ser interpretados no sentido de que está em oposição à liberdade de estabelecimento das sociedades o facto de a capacidade jurídica e a capacidade judiciária de uma sociedade validamente constituída de acordo com o direito de um Estado-Membro serem apreciadas pelo direito do Estado para o qual a sociedade transferiu a sua sede efectiva, bem como o facto de deste direito resultar que ela não pode invocar nos tribunais desse Estado direitos resultantes de um contrato?

2) Para o caso de o Tribunal de Justiça responder afirmativamente a esta questão:

*A liberdade de estabelecimento das sociedades (artigos 43.º CE e 48.º CE) impõe o reconhecimento da capacidade jurídica e da capacidade judiciária de acordo com o direito do Estado onde a sociedade foi constituída?»*

### *Quanto à primeira questão prejudicial*

*22 Na primeira questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta essencialmente se os artigos 43.º CE e 48.º CE se opõem a que, quando uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-Membro no território do qual tem a sua sede social é considerada, segundo o direito de um outro Estado-Membro, como tendo transferido a sua sede efectiva para este Estado, este último não reconheça à referida sociedade a capacidade jurídica e, portanto, a capacidade judiciária nos órgãos jurisdicionais nacionais para invocar os direitos resultantes de um contrato celebrado com uma sociedade estabelecida no referido Estado.*

### *Observações apresentadas no Tribunal de Justiça*

*23 Para a NCC bem como para os Governos alemão, espanhol e italiano, as disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento não se opõem a que a capacidade jurídica e a capacidade judiciária de uma sociedade legalmente constituída nos termos do direito de um Estado-Membro sejam apreciadas à luz das normas jurídicas doutro Estado-Membro para o qual se considera que esta sociedade transferiu a sua sede efectiva e, sendo esse o caso, a que a referida sociedade não possa invocar judicialmente neste outro Estado-Membros os direitos resultantes de um contrato celebrado com uma sociedade estabelecida no referido Estado.*

*24 Baseiam esta análise, por um lado, nas disposições do artigo 293.º, terceiro travessão, CE, o qual dispõe:*

*«Os Estados-Membros entabularão entre si, sempre que necessário, negociações destinadas a garantir, em benefício dos seus nacionais:*

*[...]*

*- o reconhecimento mútuo das sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 48.º, a manutenção da personalidade jurídica em caso de transferência da sede de um país para outro [...]*»

*25 Segundo a NCC, o artigo 293.º CE assenta no reconhecimento por todos os Estados-Membros do facto de uma sociedade constituída num Estado-Membro não conservar automaticamente a sua personalidade jurídica em caso de transferência da sua sede para outro Estado-Membro e de ser necessária a conclusão pelos Estados-Membros de um acordo específico neste sentido - actualmente ainda não efectuado. A NCC deduz daí que a perda da personalidade jurídica de uma sociedade em caso de transferência da sua sede efectiva para outro Estado-Membro é compatível com as disposições comunitárias relativas à liberdade de estabelecimento. A recusa, por parte de um Estado-Membro, de reconhecer a personalidade jurídica estrangeira de uma sociedade, constituída noutro Estado-Membro, que transferiu a sua sede efectiva para o seu território não constitui uma restrição à liberdade de estabelecimento na medida em que esta sociedade tem a possibilidade de se reconstituir nos termos do direito deste Estado. Os únicos direitos protegidos pela liberdade de estabelecimento são o de se reconstituir neste Estado assim como o de nele abrir estabelecimentos.*

*26 Segundo o Governo alemão, os autores do Tratado integraram neste os artigos 43.º CE e 48.º CE com pleno conhecimento das diferenças importantes existentes entre os direitos das sociedades dos Estados-Membros e com a intenção de deixar subsistir a competência nacional e a autoridade do direito nacional enquanto não se proceder a qualquer aproximação das legislações. Apesar de existirem numerosas directivas de harmonização no domínio do direito das sociedades, adoptadas com fundamento no artigo 44.º CE, não existe actualmente qualquer directiva deste tipo sobre a transferência de sede e nenhum acordo multilateral foi adoptado nesta matéria nos termos do artigo 93.º CE. Por conseguinte, no estado actual do direito comunitário, a*

*aplicação na Alemanha da teoria da sede real ou efectiva e as suas implicações quanto ao reconhecimento da capacidade jurídica e da capacidade judiciária das sociedades são compatíveis com o direito comunitário.*

*27 Da mesma maneira, para o Governo italiano, o facto de o artigo 293.º CE prever a conclusão de convenções pelos Estados-Membros com vista, nomeadamente, a garantir que uma sociedade conserve a sua personalidade jurídica em caso de transferência da sede de um Estado-Membro para outro demonstram que a questão da manutenção da personalidade jurídica na sequência da transferência da sede de uma sociedade não está resolvida pelas disposições de direito comunitário relativas à liberdade de estabelecimento.*

*28 O Governo espanhol, por seu turno, sublinha que a convenção sobre o reconhecimento mútuo das sociedades e das pessoas colectivas, assinada em Bruxelas em 29 de Fevereiro de 1968, nunca entrou em vigor. Assim, na ausência de uma convenção concluída entre os Estados-Membros com fundamento no artigo 293.º CE, não existe qualquer harmonização a nível comunitário que permita decidir a questão da manutenção da personalidade jurídica de uma sociedade em caso de transferência da sede. Nada figura a este respeito nos artigos 43.º CE e 48.º CE.*

*29 A NCC bem como os Governos alemão, espanhol e italiano sustentam, por outro lado, que a sua análise é apoiada pelo acórdão Daily Mail and General Trust, já referido, em particular nos seus n.os 23 e 24, que têm a seguinte redacção:*

*«[...] o Tratado considera a disparidade das legislações nacionais relativas ao vínculo de dependência exigido às suas sociedades, bem como a possibilidade e, se tal for o caso, as normas referentes à transferência da sede, social ou real, de uma sociedade de um Estado-Membro para outro, como problemas que não são resolvidos pelas normas sobre o direito de estabelecimento, mas que o devem ser por via legislativa ou convencional, o que no entanto ainda não se concretizou.*

*Nessas condições, os artigos 52.º [do Tratado CEE (que passou, após alteração a artigo 43.º CE)] e 58.º [do Tratado CEE (que passou a artigo 48.º CE)] não podem ser interpretados no sentido de que conferem às sociedades constituídas em conformidade com o direito nacional de um Estado-Membro o direito de transferir a sua direcção e a sua administração central para outro Estado-Membro, ao mesmo tempo que conservam a qualidade de sociedades do Estado-Membro segundo cuja legislação foram constituídas.»*

*30 O Governo alemão considera que, apesar de ser facto assente que o acórdão Daily Mail and General Trust, já referido, trata das relações entre uma sociedade e um Estado-Membro ao abrigo de cuja legislação a mesma foi constituída, no caso da transferência da sede efectiva desta sociedade para um outro Estado-Membro, o raciocínio seguido pelo Tribunal de Justiça nesse acórdão é transponível para a questão das relações entre uma sociedade legalmente constituída num Estado-Membro e outro Estado-Membro (o Estado de acolhimento, por oposição ao Estado de constituição da sociedade), para o qual aquela transferiu a sua sede efectiva. Nesta base, sustenta que, quando uma sociedade legalmente constituída num primeiro Estado-Membro fez uso do seu direito de estabelecimento noutra Estado-Membro devido à cessão de todas as suas quotas para cidadãos deste Estado no qual estes residem, a questão de saber se, no Estado-Membro de acolhimento, o direito aplicável nos termos das normas de conflitos das leis deixa ou não subsistir a referida sociedade não é abrangida pelas disposições relativas à liberdade de estabelecimento.*

*31 O Governo italiano considera igualmente que resulta do acórdão Daily Mail and General Trust, já referido, que os critérios destinados a estabelecer a identidade das sociedades não dependem do exercício do direito de estabelecimento, regulamentado pelos artigos 43.º CE e 48.º CE, mas da competência das ordens jurídicas nacionais. Por conseguinte, as normas relativas à liberdade*



*de estabelecimento não podem ser invocadas para harmonizar os critérios de conexão cuja determinação depende, no estado actual do direito comunitário, unicamente das ordens jurídicas dos Estados-Membros. Na medida em que as sociedades podem apresentar elementos de conexão com vários Estados, importa que cada ordem jurídica nacional determine em que condições devem ser submetidas as sociedades às normas que são as suas.*

*32 Para o Governo espanhol, não é incompatível com o artigo 48.º, primeiro parágrafo, CE exigir que uma sociedade constituída em conformidade com o direito dum Estado-Membro nele tenha a sua sede efectiva para poder ser considerada, noutro Estado-Membro, uma sociedade eventualmente beneficiária da liberdade de estabelecimento.*

*33 O Governo espanhol recorda, a este propósito, que o artigo 48.º, primeiro parágrafo, CE enuncia duas condições para que as sociedades definidas no segundo parágrafo do mesmo artigo possam beneficiar do direito de estabelecimento em igualdade de condições com os nacionais dos outros Estados-Membros: por um lado, ser constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-Membro; por outro, ter a sua sede social, administração central ou estabelecimento principal na Comunidade. Este governo sustenta que a segunda condição foi alterada pelo programa geral para a supressão das restrições à liberdade de estabelecimento, adoptado em Bruxelas em 18 de Dezembro de 1961 (JO 1962, 2, p. 36; EE 06 F1 p. 3, a seguir «programa geral»).*

*34 O programa geral dispõe, no seu título I, intitulado «Beneficiários»:*

*«A supressão das restrições à liberdade de estabelecimento [...] será realizada em benefício:*

*[...]*

*- das sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-Membro [...] e com sede social, administração central ou estabelecimento principal na Comunidade ou num país ou território ultramarino,*

*para a respectiva instalação no território de um Estado-Membro a fim de aí exercerem uma actividade não assalariada;*

*[...]*

*- das sociedades acima referidas, desde que, [não obstante] a sua sede social não se situar na Comunidade ou em país ou território ultramarino, a respectiva actividade apresente uma conexão efectiva e continuada com a economia de um Estado-Membro ou de um país ou território ultramarino, excluindo-se que essa conexão possa depender da nacionalidade, [...]*

*para a constituição de agências, sucursais ou filiais no território de um Estado-Membro.»*

*35 O Governo espanhol considera que, apesar de o programa geral apenas prever a aplicação do critério da conexão efectiva e continuada para efeitos do exercício da liberdade de criar um estabelecimento secundário, esse critério deverá igualmente aplicar-se quando se trata do estabelecimento principal, a fim de que as condições em termos de conexão exigidas para beneficiar do direito de estabelecimento sejam homogéneas.*

*36 Para a Überseering, os Governos neerlandês e do Reino Unido, assim como para a Comissão e o Órgão de Fiscalização AECL, os artigos 43.º CE e 48.º CE, lidos em conjugação, opõem-se a que, quando uma sociedade legalmente constituída nos termos do direito de um primeiro Estado-Membro é considerada, segundo o direito de um segundo Estado-Membro, como tendo transferido a sua sede efectiva para este último Estado, as normas de conflitos das leis aplicáveis neste último Estado prevejam que a capacidade jurídica e a capacidade judiciária desta sociedade sejam apreciadas à luz do direito desse Estado. É esse o caso quando, nos termos do*

*direito do segundo Estado-Membro, é negada à referida sociedade qualquer possibilidade de invocar em juízo os direitos que para ela resultam dum contrato celebrado com uma sociedade estabelecida neste Estado. Os seus argumentos a este propósito são os seguintes.*

*37 Em primeiro lugar, a Comissão alega que, nos termos do artigo 293.º CE, o entabulamento de negociações com vista a remediar a disparidade das legislações nacionais em matéria de reconhecimento das sociedades estrangeiras só está previsto neste artigo «sempre que necessário». Segundo a Comissão, se tivesse existido uma jurisprudência pertinente em 1968, o recurso ao artigo 293.º CE não teria sido necessário. Isto explica a importância determinante que reveste hoje a jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça para definir o conteúdo e o alcance da liberdade de estabelecimento das sociedades consagrada nos artigos 43.º CE e 48.º CE.*

*38 Em segundo lugar, a Überseering, o Governo do Reino Unido, a Comissão e o Órgão de Fiscalização AECL concluem pela falta de pertinência, para o presente processo, do acórdão Daily Mail and General Trust, já referido.*

*39 Alegam que, como resulta dos factos em causa nesse acórdão, tratava-se de examinar quais eram as consequências jurídicas, no Estado-Membro de constituição de uma sociedade, da transferência da sede efectiva desta sociedade para outro Estado-Membro, de modo que o referido acórdão não poderá servir de base para examinar as consequências jurídicas, no Estado-Membro de acolhimento, de tal transferência.*

*40 O acórdão Daily Mail and General Trust, já referido, só se aplica à relação entre o Estado-Membro de constituição e a sociedade que pretende deixar esse Estado conservando a personalidade jurídica que lhe foi conferida pela legislação do referido Estado. Sendo as sociedades criações do direito nacional, deverão continuar a respeitar as exigências previstas pela legislação do seu Estado de constituição. O acórdão Daily Mail and General Trust, já referido, consagra por conseguinte o direito do Estado-Membro de constituição de uma sociedade de fixar as regras em matéria de constituição e de existência jurídica das sociedades, em conformidade com as normas do seu direito internacional privado. Em contrapartida, não decide a questão de saber se uma sociedade criada nos termos do direito de um Estado-Membro deve ser reconhecida por outro Estado-Membro.*

*41 Em terceiro lugar, segundo a Überseering, o Governo do Reino Unido, a Comissão e o Órgão de Fiscalização AECL, para responder à questão colocada no presente processo, deve remeter-se não para a jurisprudência Daily Mail and General Trust, mas para o acórdão Centros, já referido, dado que o litígio principal no referido acórdão incide, como no presente processo, sobre o tratamento aplicado, no Estado-Membro de acolhimento, a uma sociedade constituída segundo o direito doutro Estado-Membro e que exerce o seu direito de estabelecimento.*

*42 Recordam que o processo Centros, já referido, dizia respeito ao estabelecimento a título secundário na Dinamarca, Estado-Membro de acolhimento, de uma sociedade, Centros Ltd, constituída legalmente no Reino Unido, no território do qual tinha a sua sede social sem aí exercer actividade económica. A Centros Ltd pretendia criar na Dinamarca uma sucursal a fim de exercer neste Estado o essencial das suas actividades económicas. As autoridades dinamarquesas não punham em causa a existência desta sociedade de direito inglês, mas negavam-lhe o direito de exercer na Dinamarca a sua liberdade de estabelecimento criando aí uma sucursal, porque era facto assente que esta forma de estabelecimento secundário tinha em vista evitar a aplicação das normas dinamarquesas de constituição de sociedades, nomeadamente as respeitantes à liberação de um capital mínimo.*

*43 No acórdão Centros, já referido, o Tribunal de Justiça declarou que um Estado-Membro (Estado de acolhimento) deve aceitar que uma sociedade legalmente constituída noutra Estado-Membro, no qual tem a sua sede social, registe no seu território outro estabelecimento (concretamente, uma sucursal) a partir do qual possa desenvolver toda a sua actividade. A este*

título, o Estado-Membro de acolhimento não pode opor a uma sociedade validamente constituída noutro Estado-Membro o seu próprio direito material das sociedades, nomeadamente as regras relativas ao capital social. A Comissão considera que o mesmo deverá suceder quando o Estado-Membro de acolhimento invoca o seu direito internacional privado que regula as sociedades.

44 Para o Governo neerlandês, as disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento não se opõem à aplicação da teoria da sede efectiva como tal. Em contrapartida, as consequências atribuídas pelo direito alemão ao que este considera constitutivo de uma deslocação para a Alemanha da sede de uma sociedade que, aliás, é dotada de personalidade jurídica nos termos da sua constituição noutro Estado-Membro constituem uma limitação da liberdade de estabelecimento quando conduzem a não reconhecer à referida sociedade a personalidade jurídica.

45 O Governo neerlandês observa que, no Tratado, os três elementos de conexão que são a sede social, a sede efectiva (administração central) e o estabelecimento principal estão colocados em pé de igualdade. Não vem indicado em parte alguma no Tratado que, para poder invocar a liberdade de estabelecimento, seja necessário que a sede social e a administração central se encontrem num único e mesmo Estado-Membro. O Governo neerlandês considera, por conseguinte, que goza igualmente do direito de estabelecimento uma sociedade cuja sede efectiva não se encontra no Estado de constituição desta sociedade. É portanto contrário às disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento o facto de um Estado-Membro se recusar a reconhecer a capacidade jurídica de uma sociedade legalmente constituída noutro Estado-Membro que exerce a sua liberdade de estabelecimento secundário no seu território.

46 Quanto ao Governo do Reino Unido, sustenta que as normas de direito alemão em causa no processo principal são contrárias aos artigos 43.º CE e 48.º CE na medida em que têm por efeito impedir uma sociedade como a Überseering de exercer as suas actividades através de uma agência ou de uma sucursal na Alemanha, se esta agência ou esta sucursal for considerada, à luz do direito alemão, a sede efectiva da sociedade, pois implica a perda da capacidade jurídica, sem a qual uma sociedade não pode funcionar.

47 O Órgão de Fiscalização AECL acrescenta que a liberdade de estabelecimento comporta não apenas o direito de se estabelecer a título secundário noutro Estado-Membro, mas também o direito de uma sociedade que transfere a sua sede efectiva para um outro Estado-Membro de manter o seu estabelecimento originário no Estado-Membro em que foi constituída. As normas de direito alemão cuja aplicação é feita no litígio principal têm por efeito transformar a liberdade de estabelecimento numa obrigação de estabelecimento para que sejam preservadas a capacidade jurídica desta sociedade e, portanto, a sua capacidade judiciária. Constituem portanto uma restrição à liberdade de estabelecimento prevista no Tratado. Esta conclusão não implica que os Estados-Membros não possam estabelecer vínculos de conexão entre uma sociedade e o seu território, mas sim que devem exercer esses poderes respeitando o Tratado.

48 Além disso, os Governos neerlandês e do Reino Unido, assim como o Órgão de Fiscalização AECL insistem na circunstância de a Überseering não ter pretendido transferir para a Alemanha a sua sede efectiva na acepção do direito alemão. A Überseering sustenta que não pretende dissolver-se nos Países Baixos para se reconstituir na Alemanha e que quer continuar a existir como sociedade por quotas de direito neerlandês (BV). É aliás paradoxal que o direito alemão a considere como tal quando se trata de a demandar em juízo para a condenar a pagar honorários de arquitectos.

49 O Governo neerlandês alegou na audiência que, numa situação como a em causa no processo principal, o direito neerlandês considera que se trata da constituição de uma sucursal, portanto de um estabelecimento secundário. Segundo este Governo, é incorrecto analisar o presente processo baseando-se na premissa de que houve uma deslocação da sede efectiva da Überseering para a Alemanha em virtude de uma simples cessão de quotas a cidadãos alemães

residentes na Alemanha. Com efeito, tal análise seria própria do direito privado alemão. Nenhum elemento indica a vontade da Überseering de transferir para a Alemanha a sua sede efectiva. Além disso, raciocinar como se se tratasse de um estabelecimento primário tem em vista privar de pertinência o acórdão Centros, já referido, no qual estava em causa a forma secundária de estabelecimento, resultante da criação de uma sucursal, e tentar aproximar o presente processo do processo Daily Mail and General Trust, já referido.

50 O Governo do Reino Unido refere que a Überseering foi constituída legalmente nos Países Baixos, esteve sempre inscrita no registo comercial de Amesterdão e de Haarlem como sociedade de direito neerlandês e não tentou transferir a sua sede efectiva para a Alemanha. Simplesmente, na sequência de uma transferência de propriedade, terá, desde 1994, exercido a maior parte das suas actividades e efectuado determinadas reuniões na Alemanha. Deve portanto ser considerada na prática como tendo agido na Alemanha através de uma agência ou de uma sucursal. Tal situação é inteiramente distinta da que está na origem do processo Daily Mail and General Trust, já referido, que dizia respeito a uma tentativa deliberada de transferir do Reino Unido para outro Estado-Membro a sede social e o controlo de uma sociedade de direito inglês, conservando o estatuto de sociedade legalmente constituída no Reino Unido, mas sem se submeter às exigências fiscais ligadas, no Reino Unido, à transferência para fora do seu território da gestão e do controlo de uma sociedade.

51 Para o Órgão de Fiscalização AECL, a recusa de reconhecer à Überseering o direito de estar em juízo na Alemanha em razão da transferência aparentemente não pretendida da sua sede efectiva para este Estado é reveladora da insegurança que a aplicação dos diferentes direitos internacionais privados dos Estados-Membros pode gerar ao nível das transacções transfronteiriças. Como a qualificação de sede efectiva de uma sociedade se baseia amplamente nos factos, é sempre possível que diferentes sistemas jurídicos nacionais, ou mesmo, no interior de cada um deles, diferentes juízes, não tenham a mesma apreciação do que constitui uma sede efectiva. Aliás é cada vez mais difícil determinar a sede efectiva numa economia internacional e informatizada, na qual a presença física de quem tem o poder de decisão se torna cada vez mais supérflua.

#### *Apreciação do Tribunal*

*Quanto à aplicabilidade das disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento*

52 A título liminar e contrariamente ao que sustentaram tanto a NCC como os Governos alemão, espanhol e italiano, há que esclarecer que, quando uma sociedade, legalmente constituída num primeiro Estado-Membro onde tem a sua sede social, é considerada, nos termos do direito de um segundo Estado-Membro, como tendo transferido a sua sede efectiva para este Estado na sequência da cessão de todas as suas quotas a cidadãos do referido Estado e que nele residem, as normas que o segundo Estado-Membro aplica a esta sociedade não escapam, no estado actual do direito comunitário, ao âmbito de aplicação das disposições comunitárias relativas à liberdade de estabelecimento.

53 Neste contexto, há que, em primeiro lugar, rejeitar os argumentos baseados no artigo 293.º CE que foram invocados pela NCC bem como pelos Governos alemão, espanhol e italiano.

54 Com efeito, como sustentou o advogado-geral no n.º 42 das suas conclusões, o artigo 293.º CE não constitui uma reserva de competência legislativa nas mãos dos Estados-Membros. Se esta disposição convida os Estados-Membros a entabular negociações a fim, nomeadamente, de facilitar a solução dos problemas resultantes das disparidades das legislações relativas ao reconhecimento mútuo das sociedades e à manutenção da sua personalidade jurídica em caso de transferência transfronteiriça da sua sede, é unicamente «sempre que necessário», quer dizer, na hipótese de as disposições do Tratado não permitirem realizar os objectivos do Tratado.

55 Importa mais especificamente sublinhar que, embora as convenções cuja celebração o artigo 293.º CE incentiva possam, à semelhança das directivas de harmonização previstas no artigo 44.º CE, facilitar a realização da liberdade de estabelecimento, o exercício desta liberdade não pode todavia estar condicionado pela adopção de tais convenções.

56 A este propósito, deve recordar-se que, como o Tribunal de Justiça já teve ocasião de sublinhar, a liberdade de estabelecimento reconhecida pelo artigo 43.º CE aos nacionais comunitários comporta para estes últimos o direito de aceder às actividades não assalariadas e de as exercer, assim como o de gerir e constituir empresas nas mesmas condições que as definidas na legislação do Estado-Membro de estabelecimento para os seus próprios nacionais. Além disso, nos próprios termos do artigo do artigo 48.º CE, «[a]s sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e que tenham a sua sede social, administração central ou estabelecimento principal na Comunidade são, para efeitos do disposto [no Tratado no que respeita ao direito de estabelecimento], equiparadas às pessoas singulares nacionais dos Estados-Membros».

57 Daqui resulta directamente que estas sociedades têm o direito de exercer a sua actividade noutro Estado-Membro, servindo a localização da sua sede social, da sua administração central ou do seu principal estabelecimento para determinar, à semelhança da nacionalidade das pessoas singulares, a sua conexão com a ordem jurídica de um Estado-Membro.

58 Foi nestas premissas que o Tribunal de Justiça baseou o seu raciocínio no acórdão Centros, já referido (n.os 19 e 20).

59 Ora, o exercício da liberdade de estabelecimento pressupõe necessariamente o reconhecimento das referidas sociedades por qualquer Estado-Membro no qual as mesmas pretendam estabelecer-se.

60 Assim, não é necessário que os Estados-Membros adoptem uma convenção relativa ao reconhecimento mútuo das sociedades para que as que preenchem as condições enunciadas no artigo 48.º CE possam exercer a liberdade de estabelecimento que lhes é reconhecida pelos artigos 43.º CE e 48.º CE, que são directamente aplicáveis desde o fim do período de transição. Deste modo, nenhum argumento susceptível de justificar uma limitação do pleno efeito destes artigos poderá ser extraído do facto de nenhuma convenção relativa ao reconhecimento mútuo das sociedades ter sido até hoje adoptada com base no artigo 293.º CE.

61 Em segundo lugar, importa examinar o argumento extraído da jurisprudência *Daily Mail and General Trust*, já referida, que esteve no cerne dos debates no Tribunal de Justiça, na medida em que foi invocado para, de qualquer forma, equiparar à situação que esteve na origem do acórdão *Daily Mail and General Trust*, já referido, a situação da qual o direito alemão infere a perda da capacidade jurídica e a perda da capacidade judiciária de uma sociedade constituída segundo o direito de outro Estado-Membro.

62 A este propósito, é necessário sublinhar que, diferentemente do processo *Daily Mail and General Trust*, já referido, que diz respeito às relações entre uma sociedade e o Estado-Membro ao abrigo de cuja legislação a mesma fora constituída, no caso de a sociedade pretender

*transferir a sua sede efectiva para outro Estado-Membro conservando a personalidade jurídica de que goza no Estado de constituição, o processo principal incide sobre o reconhecimento por um Estado-Membro de uma sociedade constituída segundo o direito de outro Estado-Membro, sociedade à qual não foi reconhecida qualquer capacidade jurídica no primeiro Estado-Membro pelo facto de este considerar que aquela transferiu a sua sede efectiva para o seu território, sem que importe neste contexto que a sociedade tenha efectivamente pretendido proceder a uma transferência de sede.*

*63 Conforme foi referido tanto pelos Governos neerlandês e do Reino Unido como pela Comissão e pelo Órgão de Fiscalização AECL, a Überseering nunca manifestou a vontade de transferir a sua sede para a Alemanha. A sua existência jurídica nunca foi posta em causa nos termos do direito do seu Estado de constituição pela cessão da totalidade das suas quotas para as mãos de residentes alemães. Nomeadamente, a sociedade não foi objecto de medidas de dissolução em aplicação do direito neerlandês, à luz do qual não deixou de estar validamente constituída.*

*64 Assim sendo, mesmo analisando o litígio principal como se tratasse de uma transferência transfronteiriça de sede efectiva, a interpretação do acórdão Daily Mail and General Trust, já referido, que a NCC bem como os Governos alemão, espanhol e italiano propuseram está errada.*

*65 No processo que deu origem a esse acórdão, a Daily Mail and General Trust plc, sociedade constituída em conformidade com a legislação do Reino Unido e tendo aí tanto a sua sede social como a sua sede efectiva, pretendia transferir esta última para outro Estado-Membro sem perder a sua personalidade jurídica ou a sua qualidade de sociedade de direito inglês, o que necessitava de uma autorização das autoridades britânicas competentes, que a recusaram. A sociedade accionou então as referidas autoridades na High Court of Justice, Queen's Bench Division (Reino Unido), para que fosse decidido que os artigos 52.º e 58.º do Tratado lhe conferiam o direito de transferir a sua sede efectiva para outro Estado-Membro sem autorização prévia e sem perda da sua personalidade jurídica.*

*66 Assim, diferentemente do litígio principal, o processo que deu lugar ao acórdão Daily Mail and General Trust, já referido, não dizia respeito ao tratamento aplicado por um Estado-Membro a uma sociedade, legalmente constituída noutro Estado-Membro, que exerce a sua liberdade de estabelecimento no primeiro Estado-Membro.*

*67 Interrogado pela High Court of Justice sobre a questão de saber se as disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento conferem a uma sociedade o direito de transferir a sede da sua direcção para outro Estado-Membro, o Tribunal de Justiça recordou, no n.º 19 do acórdão Daily Mail and General Trust, já referido, que uma sociedade criada por força de uma ordem jurídica nacional só existe através da legislação nacional que lhe determina a constituição e o funcionamento.*

*68 No n.º 20 do mesmo acórdão, o Tribunal de Justiça sublinhou as divergências entre as legislações nacionais no que se refere tanto ao vínculo de conexão com o território nacional exigido com vista à constituição de uma sociedade como à possibilidade de que dispõe uma sociedade constituída em conformidade com essa legislação de modificar posteriormente esse vínculo de conexão.*

*69 O Tribunal de Justiça concluiu, no n.º 23 do referido acórdão, que o Tratado considera estas divergências como problemas que não são resolvidos pelas normas do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento, devendo sê-lo por via legislativa ou convencional, que o Tribunal de Justiça constatou não terem ainda sido concretizados.*

*70 Ao fazê-lo, o Tribunal de Justiça limitou-se a declarar que a possibilidade de uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-Membro transferir a sua sede, social ou efectiva, para outro Estado-Membro sem perder a personalidade jurídica de que goza na*

*ordem jurídica do Estado-Membro de constituição, e, sendo caso disso, as modalidades desta transferência, eram determinadas pela legislação nacional em conformidade com a qual a referida sociedade tinha sido constituída. O Tribunal concluiu daí que um Estado-Membro tinha a possibilidade de impor a uma sociedade constituída nos termos da sua ordem jurídica restrições à deslocação da sua sede efectiva para fora do seu território para que a mesma pudesse conservar a personalidade jurídica de que beneficiava nos termos do direito desse mesmo Estado.*

*71 Em contrapartida, o Tribunal de Justiça não se pronunciou de forma alguma sobre a questão de saber se, quando, como no litígio na causa principal, uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-Membro é considerada, nos termos do direito de um outro Estado-Membro, como tendo transferido a sua sede efectiva para este último Estado, este tem o direito de recusar reconhecer a personalidade jurídica de que a mesma goza na ordem jurídica do seu Estado de constituição.*

*72 Assim, não obstante a generalidade dos termos empregues no n.º 23 do acórdão Daily Mail and General Trust, já referido, o Tribunal de Justiça não entendeu reconhecer aos Estados-Membros a faculdade de sujeitar à observância do seu direito nacional das sociedades o exercício efectivo, no seu território, da liberdade de estabelecimento por sociedades, legalmente constituídas noutros Estados-Membros, que consideram que transferiram a sua sede para o referido território.*

*73 Por conseguinte, não se pode deduzir do acórdão Daily Mail and General Trust, já referido, que, quando uma sociedade constituída em conformidade com a legislação do Estado-Membro e que aí goza de personalidade jurídica e exerce a sua liberdade de estabelecimento num outro Estado-Membro, a questão do reconhecimento da sua capacidade jurídica e da sua capacidade judiciária no Estado-Membro de estabelecimento não esteja abrangida pelas disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento, mesmo que se considerasse, em aplicação do direito do Estado-Membro de estabelecimento, que a sociedade tinha transferido a sua sede efectiva para este Estado.*

*74 Em terceiro lugar, é de rejeitar o argumento, avançado pelo Governo espanhol, segundo o qual, numa situação como a que está em causa no processo principal, o programa geral faria depender, no seu título I, o benefício da liberdade de estabelecimento garantida pelo Tratado da existência de uma conexão efectiva e continuada com a economia de um Estado-Membro.*

*75 Com efeito, resulta da própria redacção do programa geral que este só exige uma conexão efectiva e continuada na hipótese de a sociedade ter só a sua sede social na Comunidade. É incontestável que não é este o caso da Überseering, que tem simultaneamente a sua sede social e a sua sede efectiva na Comunidade. Em relação a este caso de figura, o Tribunal de Justiça declarou, no n.º 19 do acórdão Centros, já referido, que o artigo 58.º do Tratado equipara às pessoas singulares, nacionais dos Estados-Membros, as sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e que tenham a sua sede social, a sua administração central ou o seu estabelecimento principal na Comunidade.*

*76 Resulta das considerações que antecedem que a Überseering tem o direito de invocar a liberdade de estabelecimento para se opor à recusa do direito alemão de a considerar uma personalidade jurídica dotada de capacidade judiciária.*

*77 Além disso, importa recordar que, em princípio, a aquisição por uma ou várias pessoas singulares residentes num Estado-Membro de quotas numa sociedade constituída e estabelecida noutro Estado-Membro, desde que essa participação não confira a essas pessoas singulares uma influência efectiva sobre as decisões da sociedade e não lhes permita determinar as suas actividades, está abrangida pelas disposições do Tratado relativas à livre circulação de capitais. Pelo contrário, quando a aquisição incidir sobre a totalidade das quotas de uma sociedade que tem a sua sede social noutro Estado-Membro e de essa participação conferir uma influência*

efectiva sobre as decisões dessa sociedade que lhe permite determinar as suas actividades, são as disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento que devem ser aplicadas (v., neste sentido, acórdão de 13 de Abril de 2000, Baars, C-251/98, Colect., p. I-2787, n.os 21 e 22).

*Quanto à existência de uma restrição à liberdade de estabelecimento*

78 Seguidamente, há que examinar se a recusa, por parte dos órgãos jurisdicionais alemães, de reconhecerem a uma sociedade legalmente constituída segundo o direito doutro Estado-Membro a capacidade jurídica e a capacidade judiciária é constitutiva de uma restrição à liberdade de estabelecimento.

79 A este propósito, numa situação como a que está em causa no processo principal, uma sociedade legalmente constituída segundo o direito dum Estado-Membro que não seja a República Federal da Alemanha, no qual tem a sua sede social, segundo o direito alemão, e se pretender invocar num órgão jurisdicional alemão os direitos resultantes de um contrato celebrado com uma sociedade de direito alemão, não tem outra alternativa senão reconstituir-se na Alemanha.

80 Ora, a *Überseering*, legalmente constituída nos Países Baixos e tendo aí a sua sede social, fundamenta nos artigos 43.º CE e 48.º CE o direito de exercer a sua liberdade de estabelecimento na Alemanha enquanto sociedade de direito neerlandês. Pouco importa, quanto a este aspecto, que posteriormente à constituição desta sociedade a totalidade do seu capital tenha sido adquirida por cidadãos alemães residentes na Alemanha uma vez que não se demonstra que esta circunstância lhe tenha feito perder a personalidade jurídica de que goza na ordem jurídica neerlandesa.

81 Melhor ainda, a sua própria existência é consubstancial à sua qualidade de sociedade de direito neerlandês na medida em que, conforme foi recordado, uma sociedade só tem existência através da legislação nacional que lhe determina a constituição e o funcionamento (v., neste sentido, acórdão *Daily Mail and General Trust*, já referido, n.º 19). A exigência de reconstituição da mesma sociedade na Alemanha equivale, portanto, à própria negação da liberdade de estabelecimento.

82 Nestas condições, a recusa, por parte de um Estado-Membro, de reconhecer a capacidade jurídica de uma sociedade constituída em conformidade com o direito de outro Estado-Membro no qual tem a sua sede social com o fundamento, nomeadamente, em que a sociedade transferiu a sua sede efectiva para o seu território na sequência da aquisição da totalidade das quotas por cidadãos deste Estado-Membro que aí residem, o que tem como consequência que a sociedade não pode, no Estado-Membro de acolhimento, estar em juízo para defender os seus direitos resultantes de um contrato, salvo se se reconstituir segundo o direito deste Estado de acolhimento, constitui uma restrição à liberdade de estabelecimento incompatível, em princípio, com os artigos 43.º CE e 48.º CE.

*Quanto à eventual justificação da restrição à liberdade de estabelecimento*

83 Importa, finalmente, averiguar se esta restrição à liberdade de estabelecimento é susceptível de ser justificada pelas razões invocadas tanto pelo órgão jurisdicional de reenvio como pelo Governo alemão.

84 O Governo alemão alegou a título subsidiário, no caso de o Tribunal de Justiça decidir que a aplicação da teoria da sede constitui uma restrição à liberdade de estabelecimento, que esta restrição se aplica de maneira não discriminatória, é justificada por razões imperiosas de interesse geral e é proporcionada aos objectivos visados.



85 Segundo o Governo alemão, o carácter não discriminatório resulta do facto de as normas jurídicas decorrentes da teoria da sede se aplicarem não apenas a qualquer sociedade estrangeira que se estabelece na Alemanha transferindo para aí a sua sede efectiva, mas também às sociedades de direito alemão que transferem a sua sede efectiva para fora da Alemanha.

86 Quanto às razões imperiosas de interesse geral avançadas para justificar a alegada restrição, o Governo alemão sustenta, a título preliminar, que, noutros domínios, o direito comunitário derivado pressupõe que a sede administrativa e a sede social são idênticas. Assim, o direito comunitário teria reconhecido a razão, em princípio, de uma sede social e administrativa única.

87 Segundo o Governo alemão, as normas alemãs de direito internacional privado das sociedades servem a segurança jurídica e a protecção dos credores. Sublinha a este propósito que não existe, ao nível comunitário, qualquer harmonização das modalidades de protecção do capital social das sociedades por quotas e que estas sociedades estão sujeitas, nos Estados-Membros que não a República Federal da Alemanha, a exigências em parte muito menos estritas. A teoria da sede aplicada no direito alemão garante neste contexto que uma sociedade cujo centro das actividades se situa no território alemão seja dotada de um capital mínimo determinado, o que contribui para a protecção dos seus parceiros contratuais e dos seus credores. Isto impede igualmente distorções de concorrência na medida em que todas as sociedades cujo centro das actividades se situa na Alemanha estão sujeitas ao mesmo enquadramento legal.

88 Segundo o Governo alemão, outra justificação reside na protecção dos sócios minoritários. Na inexistência de modelo comunitário no domínio da referida protecção, um Estado-Membro deve poder aplicar a qualquer sociedade cujo centro de actividades se situa no seu território as mesmas exigências legais que protegem os sócios minoritários.

89 A protecção dos assalariados através de uma co-gestão da empresa nas condições fixadas pela lei justifica igualmente a aplicação da teoria da sede. Segundo o Governo alemão, a transferência para a Alemanha da sede efectiva de uma sociedade constituída segundo o direito doutro Estado-Membro poderá, se a sociedade conserva a sua qualidade de sociedade deste direito, comportar um risco de serem contornadas disposições alemãs sobre a co-gestão que permitem aos assalariados, em determinadas condições, estar representados no conselho fiscal da sociedade. Este órgão nem sempre existe nas sociedades dos outros Estados-Membros.

90 Finalmente, a restrição eventualmente constituída pela aplicação da teoria da sede justifica-se por interesses fiscais. O Governo alemão sustenta, a este propósito, que a teoria da constituição permite, numa medida mais ampla que a da sede, a criação de sociedades com um duplo domicílio e que, a esse título, são tributadas de maneira ilimitada em pelo menos dois Estados-Membros. Essas sociedades apresentam o risco de reclamar e de receber vantagens fiscais paralelamente em vários Estados. A título de exemplo, o Governo alemão menciona a imputação transfronteiriça das perdas nos lucros entre empresas de um mesmo grupo.

91 Os Governos neerlandês e do Reino Unido, a Comissão e o Órgão de Fiscalização AECL consideram que a restrição em causa não é justificada. Alegam em especial que o objectivo da protecção dos credores tinha igualmente sido invocado pelas autoridades dinamarquesas no processo Centros, já referido, a fim de justificar a recusa de registar na Dinamarca a sucursal de uma sociedade que tinha sido legalmente constituída no Reino Unido e cujas actividades deviam na totalidade ser exercidas na Dinamarca sem que a mesma satisfizesse as exigências do direito dinamarquês em matéria de constituição e de liberação de um capital social mínimo. Acrescentam que não é certo que as exigências ligadas a um capital social mínimo constituam um meio eficaz de proteger os credores.

92 A este respeito, não se pode excluir que razões imperiosas de interesse geral tais como a protecção dos interesses dos credores, dos sócios minoritários, dos assalariados ou mesmo do fisco possam, em determinadas circunstâncias e respeitando determinadas condições, justificar restrições à liberdade de estabelecimento.

93 Semelhantes objectivos não podem todavia justificar que sejam negadas a capacidade jurídica e, portanto, a capacidade judiciária a uma sociedade regularmente constituída noutro Estado-Membro onde tem a sua sede social. Com efeito, tal medida equivale à própria negação da liberdade de estabelecimento reconhecida às sociedades pelos artigos 43.º CE e 48.º CE.

94 Por conseguinte, deve responder-se à primeira questão que os artigos 43.º CE e 48.º CE opõem-se a que, quando uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-Membro no território do qual tem a sua sede social é considerada, segundo o direito de outro Estado-Membro, como tendo transferido a sua sede efectiva para este Estado, este último não reconheça à referida sociedade a capacidade jurídica e, portanto, a capacidade judiciária perante os seus órgãos jurisdicionais nacionais para invocar os direitos resultantes de um contrato celebrado com uma sociedade estabelecida no referido Estado-Membro.

Quanto à segunda questão prejudicial

95 Decorre da resposta dada à primeira questão prejudicial que, quando uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-Membro no território do qual tem a sua sede social exerce a sua liberdade de estabelecimento noutro Estado-Membro, os artigos 43.º CE e 48.º CE impõem a este último que respeite a capacidade jurídica e, portanto, a capacidade judiciária que esta sociedade possui nos termos do direito do seu Estado de constituição.

## **Decisão sobre as despesas**

Quanto às despesas

96 As despesas efectuadas pelos Governos alemão, espanhol, italiano, neerlandês e do Reino Unido, assim como pela Comissão e pelo Órgão de Fiscalização AECL, que apresentaram observações ao Tribunal, não são reembolsáveis. Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional nacional, compete a este decidir quanto às despesas.

## **Parte decisória**

*Pelos fundamentos expostos,*

*O TRIBUNAL DE JUSTIÇA,*

*pronunciando-se sobre as questões submetidas pelo Bundesgerichtshof, por despacho de 30 de Março de 2000, declara:*

*1) Os artigos 43.º CE e 48.º CE opõem-se a que, quando uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-Membro no território do qual tem a sua sede social é considerada, segundo o direito de outro Estado-Membro, como tendo transferido a sua sede efectiva para este Estado, este último não reconheça à referida sociedade a capacidade jurídica e, portanto, a capacidade judiciária perante os seus órgãos jurisdicionais nacionais para invocar os direitos resultantes de um contrato celebrado com uma sociedade estabelecida no referido Estado.*

*2) Quando uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-Membro no território do qual tem a sua sede social exerce a sua liberdade de estabelecimento noutra Estado-Membro, os artigos 43.º CE e 48.º CE impõem a este último que respeite a capacidade jurídica e, portanto, a capacidade judiciária que esta sociedade possui nos termos do direito do seu Estado de constituição.*