



ANUÁRIO

DE DIREITO INTERNACIONAL 2013



Ministério dos Negócios Estrangeiros

v. Discriminação inversa? O acórdão *Impacto Azul* e a exclusão da responsabilidade solidária das sociedades-mãe de outros Estados-Membros pelas dívidas das suas filiais nacionais

Pedro de Gouveia e Melo⁴⁷⁴

1. Introdução

Um dos pedidos prejudiciais apresentados em 2012 pelos tribunais portugueses⁴⁷⁵ deu oportunidade ao Tribunal de Justiça para apreciar uma questão que tem vindo a ser objecto de controvérsia na doutrina nacional: a compatibilidade, à luz do direito da União (designadamente em matéria dos princípios da liberdade de estabelecimento e da não discriminação), do regime geral das sociedades sobre a responsabilidade das sociedades-mãe com sede em outros Estados-Membros pelas dívidas das suas filiais portuguesas⁴⁷⁶.

No acórdão de 20 de Junho de 2013, designado *Impacto Azul*⁴⁷⁷ proferido na sequência de um pedido de reenvio prejudicial do Tribunal Judicial de Braga⁴⁷⁸, o Tribunal de Justiça concluiu que as regras do Código

⁴⁷⁴ **Pedro de Gouveia e Melo** - Advogado, *Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados*, Lisboa. O presente artigo expressa apenas a opinião do seu autor, não vinculando esta Sociedade ou os seus clientes.

⁴⁷⁵ Em 2012, entraram no Tribunal de Justiça 14 pedidos de reenvio prejudicial provenientes de tribunais portugueses (cfr. o Relatório Anual de 2013 do Tribunal de Justiça, p. 108). Para uma análise da utilização pelos tribunais nacionais do mecanismo do reenvio prejudicial, consagrado no artigo 267.º do TFUE, cfr. F. Pereira Coutinho, *Os Tribunais Nacionais na Ordem Jurídica da União Europeia: O Caso Português*, Coimbra Editora, 2013.

⁴⁷⁶ J. Engrácia Antunes, “O âmbito de aplicação do sistema das sociedades coligadas”, in R. Moura Ramos et al. (coord.), *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço*, Almedina, 2002, pp. 97 e 107, bem como A. Menezes Cordeiro, *Direito Europeu das Sociedades*, Almedina, 2005, p. 785, A. Perestrelo de Oliveira, “Anotação ao artigo 481.º” in A. Menezes Cordeiro (coord.), *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Almedina, 2009, p. 1121, e C. Tavares Loureiro e J. Torres Ereio, “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”, in *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 30-211, p. 48.

⁴⁷⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça (Nona Secção) de 20 de Junho de 2013, proc. C-186/12, *Impacto Azul Lda. c. BPSA 9 – Promoção e Desenvolvimento de Investimentos Imobiliários, S.A., Bouygues Imobiliária, SGPS, Lda., Bouygues Immobilier, SA, Aniceto Fernandes Viegas e Óscar Cabanez Rodriguez*, ainda não publicado.

⁴⁷⁸ A decisão de reenvio foi tomada pelo juiz nacional a 14 de Março de 2012, tendo o pedido nos termos do artigo 267.º do TFUE entrado no Tribunal de Justiça a 23 de Abril de 2012 (JO C 217, de 21.7.2012, p. 6). A duração deste processo foi assim ligeiramente inferior à da média dos reenvios prejudiciais em 2013, que foi de 16,3 meses (cfr. o Relatório Anual de 2013 do Tribunal de Justiça, p. 100).

das Sociedades Comerciais (“CSC”) que prevêem a responsabilidade solidária pelas obrigações de uma filial nacional apenas para as sociedades-mãe totalmente dominantes que tenham sede em Portugal (excluindo assim tal responsabilidade quando a sociedade-mãe esteja sediada em outro Estado-Membro), não constituem uma restrição à liberdade de estabelecimento, na acepção do artigo 49.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”).

Embora se trate de um processo aparentemente sem especial complexidade da perspectiva do direito da União, e que não suscita questões de direito novas – foi julgado por uma secção de três juízes e decidido sem apresentação de conclusões pelo advogado-geral⁴⁷⁹ – o acórdão *Impacto Azul* é não obstante relevante para recordar os limites do direito da União, na ausência de harmonização dos direitos nacionais, relativamente a situações puramente internas em que as sociedades nacionais recebem um tratamento aparentemente menos favorável do que as sociedades de outros Estados-Membros, ou seja, sendo objecto de “discriminação inversa”. Com a particularidade de este caso possuir claramente um elemento transfronteiriço, por ter sido suscitada num litígio nacional a responsabilidade de uma sociedade-mãe com sede em outro Estado-Membro, e o direito da União ser pois potencialmente aplicável.

O presente artigo começa por descrever as regras do CSC em questão, bem como os factos do litígio que levaram o Tribunal Judicial de Braga a questionar o Tribunal de Justiça sobre a interpretação do artigo 49.º do TFUE. De seguida, analisa brevemente as questões de admissibilidade suscitadas pelas rés no processo nacional, após o que examina a questão prejudicial colocada pelo juiz nacional e a resposta dada pelo Tribunal de Justiça, enquadrando-a à luz do estado actual do direito da União no que respeita às situações de discriminação inversa, na ausência de harmonização das regras sobre grupos de sociedades.

⁴⁷⁹ À luz dos artigos 16.º e 20.º do Estatuto do Tribunal de Justiça e dos artigos 59.º, n.ºs 2 e 4 e 60.º, n.º 1 do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça. A formação de julgamento mais frequentemente utilizada nos últimos anos tem sido a de cinco juízes: a título de exemplo, em 2013 foram proferidos 348 acórdãos por secções de cinco juízes, 91 por secções de 3 juízes, e 52 pela Grande Secção (cfr. o Relatório Anual de 2013 do Tribunal de Justiça, p. 92).

2. O regime português sobre responsabilidade das sociedades em relação de domínio

Quando uma sociedade é totalmente dominada por outra, por não haver outros sócios, encontra-se em relação de grupo constituído por domínio total (podendo esse domínio ser inicial ou superveniente), nos termos dos artigos 488.º e 489.º do CSC. Nesses casos, a sociedade totalmente dominante é responsável *ipso jure* pelas dívidas da sociedade dependente, constituídas antes ou depois da aquisição do domínio total, até à cessação da relação de grupo, em termos solidários com aquela última, à luz do artigo 501.º do CSC. (Esta disposição diz respeito à responsabilidade das sociedades directoras pelas dívidas das sociedades subordinadas, mas é aplicável aos grupos constituídos por domínio total por força da remissão operada pelo artigo 491.º)⁴⁸⁰.

A regra do artigo 501.º do CSC, que constitui uma importante derrogação ao princípio geral da limitação da responsabilidade dos sócios nas sociedades por quotas e anónimas – princípio segundo o qual só o património social responde para com os credores pelas dívidas da sociedade, limitando cada sócio a sua responsabilidade ao valor da quota ou das acções que subscreveu⁴⁸¹ – entende-se pelo objectivo de protecção dos credores da sociedade dependente, que após a aquisição do domínio total passa a ser gerida em função dos interesses da sociedade-mãe.

Com efeito, nos termos do artigo 503.º do CSC⁴⁸² a sociedade dominante tem o direito de dar à administração da sociedade dependente *instruções vinculantes*, que podem ser inclusivamente *desvantajosas* para esta, se servirem os interesses da primeira ou das restantes sociedades do seu grupo. Tendo a limitação da responsabilidade dos sócios como pressuposto que os seus interesses não colidam com o escopo lucrativo próprio da sociedade⁴⁸³, o poder de direcção da sociedade dominante, e os interesses potencialmente divergentes desta (ou do grupo no seu conjunto) relativamente aos interesses individuais da sociedade dependente, são susceptíveis de agravar a posição

⁴⁸⁰ A. Perestrelo de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 1203 e ss..

⁴⁸¹ Cfr. os artigos 197.º, n.º 3 e 271.º do CSC.

⁴⁸² Igualmente por remissão do artigo 491.º, que declara aplicáveis aos grupos constituídos por domínio total as disposições dos artigos 501.º a 504.º do CSC.

⁴⁸³ O. Vogler Guiné, “A responsabilização solidária nas relações de domínio qualificado”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, Vol. I, Janeiro 2006, p. 231.

dos credores desta última, justificando por isso uma redistribuição do risco da exploração empresarial no seio dos grupos societários⁴⁸⁴.

O regime especial da responsabilidade solidária da sociedade totalmente dominante pelas dívidas da sua sociedade-filha é, no entanto, aplicável apenas a sociedades com sede em Portugal, pois o artigo 481.º, n.º 2 do CSC limita o âmbito de aplicação de todo o Título VI desse Código (com a epígrafe “Sociedades Coligadas”) às sociedades sediadas em território nacional.

O âmbito espacial do regime das sociedades coligadas afasta-se assim da regra geral de conflitos em matéria de sociedades constante do artigo 3.º do CSC, que prevê que “as sociedades têm como lei pessoal a lei do Estado onde se encontre situada a sede principal e efectiva da administração”. De acordo com este preceito, as sociedades com sede em Portugal têm como lei pessoal a lei portuguesa e regem-se pelo CSC, pelo que, na ausência do artigo 481.º, n.º 2, as relações de grupo em que intervissem seriam, à partida, também reguladas pelo CSC, independentemente da localização da sede das restantes sociedades intervenientes na coligação⁴⁸⁵.

Ao excluir as relações de coligação (ou, mais precisamente, como no caso em apreço, as relações de grupo) internacionais do âmbito de aplicação do Título VI do CSC, o artigo 481.º, n.º 2 tem como consequência que, perante uma mesma sociedade dependente sediada em Portugal, a sociedade totalmente dominante responderá solidariamente pelas dívidas da sua filial se tiver sede em Portugal, nos termos do artigo 501.º, mas não incorrerá nessa responsabilidade *se for sediada num país estrangeiro*⁴⁸⁶.

A limitação de aplicação territorial do artigo 481.º, n.º 2 perfilhada pelo legislador nacional, aparentemente sem paralelo em outras legislações

⁴⁸⁴ Cfr. A. Perestrelo de Oliveira, *ob. cit.*, p. 1205, e J. Engrácia Antunes, *ob. cit.*, pp. 97 e 107.

⁴⁸⁵ Cfr. A. Perestrelo de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 1121, bem como C. Tavares Loureiro e J. Torres Ereio, *ob. cit.*, p. 48. De acordo com Engrácia Antunes, a regra especial do artigo 481.º, n.º 2 assume a natureza de *norma material espacialmente delimitada*, pois define o seu próprio âmbito de aplicação em termos diversos dos que resultariam da aplicação daquela regra de conflitos geral (cfr. Engrácia Antunes, *ob. cit.*, p. 106).

⁴⁸⁶ No caso de uma relação de grupo indirecta, através de várias sociedades interpostas, a sede das sociedades instrumentais deverá ser irrelevante para estes efeitos, pelo que a aplicabilidade da responsabilidade solidária deverá depender apenas da circunstância de a sociedade totalmente dominante e a sociedade dominada (ou seja, as sociedades colocadas nos “pólos” da relação de grupo) terem ambas sede em Portugal. Cfr. J. Engrácia Antunes, *ob. cit.*, pp. 115-116, C. Tavares Loureiro e J. Torres Ereio, *ob. cit.*, p. 50, e A. Perestrelo de Oliveira, *ob. cit.*, p. 1122.

congêneres a nível internacional⁴⁸⁷, tem sido fortemente criticada pela doutrina, por discriminar, aparentemente sem fundamento, o regime aplicável às coligações societárias internas e internacionais, e criar um regime mais favorável para as sociedades estrangeiras que actuam em Portugal, desfavorecendo a protecção oferecida às sociedades filiais protegidas, o que seria contrário ao princípio geral de não discriminação do direito da União, consagrado actualmente no artigo 18.º do TFUE, e ao princípio da liberdade de estabelecimento, previsto no artigo 49.º do TFUE, bem como aos princípios constitucionais da *igualdade* e da *equilibrada concorrência empresarial* (artigos 13.º, n.º 2 e 81.º, n.º 1, al. e) da Constituição da República Portuguesa)⁴⁸⁸.

É precisamente a questão da compatibilidade do regime nacional em questão com a liberdade de estabelecimento que constitui o objecto do pedido de decisão prejudicial no processo *Impacto Azul*, como veremos de seguida.

3. O litígio nacional em causa e a questão prejudicial

O processo objecto da nossa análise teve origem num contrato-promessa de compra e venda de um imóvel, celebrado em 2006 entre a Impacto Azul, Lda. (“Impacto Azul”), enquanto promitente-vendedora, e a BPSA 9 – Promoção e Desenvolvimento de Investimentos Imobiliários, S.A. (“BPSA 9”), enquanto promitente-compradora, ambas sediadas em Portugal e com actividade no ramo imobiliário. A BPSA 9 era, no entanto, indirectamente detida a 100% pela sociedade francesa Bouygues Immobilier, S.A. (“Bouygues Immobilier”), através de uma sociedade-veículo integralmente detida por esta, a sociedade-mãe do grupo multinacional de promoção imobiliária Bouygues.

⁴⁸⁷ Cfr. A. Perestrelo de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 1120, e Ana Rita Gomes de Andrade, *A Responsabilidade da Sociedade Totalmente Dominante*, Almedina, 2009, p. 124.

⁴⁸⁸ Cfr., neste sentido, Engrácia Antunes, *ob. cit.*, p. 116, A. Menezes Cordeiro, *ob. cit.*, p. 785, A. Perestrelo de Oliveira, *ob. cit.*, p. 1121, que colocam a questão da perspectiva dos princípios da não discriminação em razão da nacionalidade e da igualdade, bem como C. Tavares Loureiro e J. Torres Ereio, *ob. cit.*, p. 52, as quais suscitam igualmente a questão da eventual incompatibilidade com a liberdade de estabelecimento. Estas últimas autoras referem ainda que, na formulação actual do preceito, o artigo 481.º, n.º 2 pode incentivar uma fraude à lei, pois não será difícil para uma sociedade com sede em Portugal contornar o sistema e evitar a aplicação das regras relativas às sociedades coligadas (e em particular do regime de responsabilidade das sociedades totalmente dominantes), bastando para isso aos investidores nacionais constituir acima das sociedades portuguesas uma sociedade com sede no estrangeiro.

Devido à crise económica e financeira e subsequente conjuntura desfavorável, que afectaram seriamente o sector imobiliário em Portugal, a Bouygues Immobilier terá decidido renunciar ao projecto imobiliário em questão. Segundo a Impacto Azul, a BPSA 9 não terá então respeitado as suas obrigações nos termos do contrato-promessa, pelo que, frustradas as tentativas de resolução amigável da questão, intentou no Tribunal Judicial de Braga acção de indemnização contra esta sociedade, no âmbito da qual alegou que o incumprimento do contrato se devia principalmente à decisão tomada pela sociedade-mãe Bouygues Immobilier, que deveria ser responsabilizada solidariamente pelo referido incumprimento, nos termos dos artigos 501.º e 491.º do CSC.

Para além de sustentar que a Bouygues Immobilier não dominava totalmente a sua filial portuguesa, na acepção do CSC, a BPSA 9 alegou no processo nacional que o regime da responsabilidade solidária previsto do artigo 501.º não era aplicável ao caso concreto, pois a sua sociedade-mãe tinha sede em França, e o artigo 481.º, n.º 2 excluía a responsabilidade das sociedades totalmente dominantes quando estas não fossem sediadas em Portugal.

A Impacto Azul veio invocar então que os referidos preceitos do CSC eram contrários ao artigo 49.º do TFUE, pois conduziam a uma diferença de tratamento entre as sociedades-mãe com sede em Portugal e as sediadas em outro Estado-Membro, questão que o juiz nacional entendeu colocar ao Tribunal de Justiça a título prejudicial, nos termos do artigo 267.º do TFUE.

4. Competência do Tribunal de Justiça e admissibilidade do pedido

Foram invocados pela BPSA 9 dois fundamentos que obstariam ao conhecimento pelo Tribunal de Justiça da questão prejudicial: por um lado a ré no litígio nacional alegava que o mesmo dizia respeito a uma situação puramente de direito interno, o que excluiria a aplicabilidade do direito da União e a competência do Tribunal de Justiça; por outro, a questão prejudicial não seria necessária à resolução do litígio, pois as três sociedades do Grupo Bouygues não formavam um grupo constituído por domínio total, na acepção dos artigos 488.º e 499.º do CSC, e em todo o caso o prazo previsto no artigo 501.º, n.º 2 para tornar exigível a responsabilidade solidária da sociedade dominante não havia sido cumprido, pelo que, independentemente da interpretação do artigo 49.º do TFUE, as sociedades-mãe francesas da BPSA 9 nunca seriam responsabilizadas pelas dívidas da sua filial portuguesa. Ambos os fundamentos foram prontamente rejeitados pelo Tribunal de Justiça.

Como veremos melhor adiante, é jurisprudência assente que o direito da União é aplicável apenas a situações que apresentem um elemento transfronteiriço entre dois ou mais Estados-Membros, pelo que uma situação cujos elementos se circunscrevam a um único Estado-Membro será regida exclusivamente pelo respectivo direito interno⁴⁸⁹. O litígio perante o Tribunal Judicial de Braga envolvia directamente duas sociedades com sede em Portugal, e o artigo 481.º de facto tornava o regime da responsabilidade solidária previsto nos artigos 501.º e 491.º do CSC aplicável apenas a situações puramente internas. No entanto, a verdade é que a Bouygues Immobilier, sociedade-mãe da BPSA 9, cuja responsabilidade era invocada pela autora Impacto Azul, tinha sede em outro Estado-Membro, pelo que o processo apresentava inequivocamente um elemento transfronteiriço.

A questão da alegada inadmissibilidade do pedido foi também rapidamente afastada pelo Tribunal, cuja jurisprudência desde sempre reflectiu grande preocupação em preservar o reenvio prejudicial como instrumento essencial para a interpretação e aplicação uniformes do direito da União, conferindo assim aos juízes nacionais, melhor colocados para apreciar os factos do litígio principal, uma ampla margem para definir o objecto e a relevância dos pedidos prejudiciais⁴⁹⁰. É por esta razão que, como recordou o Tribunal, as questões formuladas pelos tribunais nacionais nos termos do artigo 267.º do TFEU gozam de uma presunção de pertinência, e apenas podem ser rejeitadas quando seja manifesto que *não têm nenhuma relação com a realidade ou com o objecto do litígio*, quando *forem meramente hipotéticas* ou ainda quando a *decisão prejudicial não contenha elementos de facto e de direito necessários para o Tribunal dar uma resposta útil às questões que lhe são submetidas*⁴⁹¹.

Ora, as questões factuais suscitadas pela BPSA 9 apenas poderiam ser decididas pelo juiz nacional, e da decisão de reenvio não resultava que constituíssem matéria assente (pelo contrário, aparentavam ser as principais questões controvertidas no processo). Acresce que, como referiu o Tribunal

⁴⁸⁹ Cfr. o Acórdão *Impacto Azul*, n.º 19, e a jurisprudência aí citada, que tem a sua origem, no que respeita à liberdade de estabelecimento, nos acórdãos de 7 de Fevereiro de 1979, *Knoors*, proc. 115/78, Colect. Esp. 1979, p. 173, e de 20 de Abril de 1988, proc. 204/87 *Bekaert*, Colect. 1988 p. 2036. No entanto, como refere C. Barnard (*The Substantive Law of the EU*, 4.ª edição, Oxford University Press, 2013, pp. 236 e ss.), a aplicação desta doutrina pelo Tribunal de Justiça nem sempre tem sido consistente, tema a que voltaremos adiante.

⁴⁹⁰ Cfr. neste sentido, entre outros, D. Simon, *Le système juridique communautaire*, 3.ª edição, PUF, 2001, pp. 669 e ss., e M. Gorjão-Henriques, *Direito da União*, 6.ª edição, Almedina, 2006, pp. 504-505.

⁴⁹¹ Acórdão *Impacto Azul*, n.º 27, e a jurisprudência assente aí citada.

de Justiça, as dúvidas do tribunal nacional na interpretação do direito da União eram claramente descritas no despacho de reenvio, e a questão prejudicial estava manifestamente relacionada com o objecto do litígio, e com a discussão que aí se colocava, a de saber se a Bouygues Immobilier poderia ou não ser considerada solidariamente responsável para com os credores da sua filial⁴⁹². O Tribunal passou pois, sem mais demora, à análise da questão colocada pelo juiz nacional.

5. Resposta à questão prejudicial: inexistência de restrição à liberdade de estabelecimento

Recordando que, de acordo com a letra do artigo 49.º do TFUE, a liberdade de estabelecimento se destina a *assegurar o benefício do tratamento nacional no Estado-Membro de acolhimento*, o Tribunal de Justiça começa por precisar que, no que respeita às sociedades comerciais (regularmente constituídas e com sede num Estado-Membro da União), a liberdade de estabelecimento compreende *o direito de exercerem a sua actividade noutros Estados-Membros por intermédio de uma filial, de uma sucursal ou de uma agência*⁴⁹³.

Ou seja: embora a questão da incompatibilidade tenha sido invocada no litígio nacional pela Impacto Azul, com o objectivo de pôr em causa a aplicabilidade dos artigos 501.º e 491.º do CSC, que eram desfavoráveis aos seus interesses, a sociedade cuja liberdade de estabelecimento poderia estar em causa no presente processo seria a Bouygues Immobilier, sociedade francesa que exerceu o seu direito de estabelecimento ao constituir uma filial em Portugal (a BPSA 9), pois a Impacto Azul, sociedade de direito nacional, não se socorreu das suas liberdades de movimento ao celebrar um contrato-promessa de compra e venda, relativamente a um imóvel sito em Portugal, no âmbito do desenvolvimento da sua actividade imobiliária neste país. Esta circunstância é desde logo relevante para compreendermos a resposta do Tribunal à questão prejudicial.

⁴⁹² Acórdão *Impacto Azul*, n.ºs 27 e 28.

⁴⁹³ Acórdão *Impacto Azul*, n.ºs 33 e 32, respectivamente. Como é habitual em acórdãos em matéria de reenvio prejudicial – e sobretudo em processos que, da perspectiva do Tribunal de Justiça, não apresentam especial complexidade – a fundamentação da parte substantiva do acórdão é marcadamente breve, não permitindo conhecer os argumentos invocados pelas partes no processo prejudicial relativamente à interpretação do artigo 49.º do TFUE, o que dificulta a tarefa do intérprete, tanto mais quando não foram apresentadas conclusões pelo Advogado-Geral, geralmente mais detalhadas no que respeita à contextualização das questões jurídicas em causa.

De seguida, o Tribunal reafirma o amplo conceito de restrição a esta liberdade que decorre da jurisprudência *Gebhard*⁴⁹⁴, em linha com o entendimento assente adoptado relativamente às restantes liberdades fundamentais do Tratado⁴⁹⁵, segundo o qual o artigo 49.º se opõe *a qualquer medida nacional que, mesmo sendo aplicável sem distinção de nacionalidade, seja susceptível de perturbar ou de tornar menos atractivo o exercício, pelos nacionais da União, da liberdade de estabelecimento garantida pelo Tratado*⁴⁹⁶.

O Tribunal facilmente conclui, no entanto, que o regime nacional em causa, ao excluir a responsabilidade solidária das sociedades totalmente dominantes com sede noutro Estado-Membro pelas dívidas das suas filiais nacionais, não constitui uma medida restritiva da liberdade de estabelecimento das sociedades de outros Estados-Membros (como a Bouygues Immobilier) em Portugal.

Em primeiro lugar, o acórdão verifica que, na ausência de harmonização das legislações nacionais em matéria de grupos de sociedades pelo direito da União, os Estados-Membros retêm competência para determinar livremente as regras aplicáveis à responsabilidade das sociedades coligadas⁴⁹⁷ (embora

⁴⁹⁴ Cfr. o acórdão de 30 de Novembro de 1995 no proc. C-55/94, *Gebhard*, Colect. I-4165, n.º 37.

⁴⁹⁵ Tal como decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça, e tem vindo a ser defendido por vários Advogados-gerais, o conjunto das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado deve ser abordado de uma perspectiva uniforme (cfr., por exemplo, as conclusões do Advogado-Geral Ruiz-Jarabo Colomer nos procs. C-463/00 e C-98/01, *Comissão c. Espanha e Comissão c. Reino Unido*, nota n.º 10 e no proc. C-112/05, *Comissão c. Alemanha*, n.º 60). Esta abordagem uniforme não só é necessária por razões de coerência jurisprudencial, uma vez que muitas medidas nacionais submetidas à apreciação do Tribunal de Justiça na perspectiva de uma das liberdades podem igualmente ser qualificadas de restrições às outras liberdades de circulação, como também se impõe, nas palavras do Advogado-geral Póiares Maduro, “à luz das exigências de uma cidadania efectiva da União”. É de facto desejável “que o mesmo regime [seja] aplicável aos cidadãos da União que pretendem fazer uso da sua liberdade de circular ou de fazer circular serviços, produtos ou capitais, bem como da sua liberdade de residir ou de estabelecer a sede das suas actividades no território da Comunidade” (Conclusões do Advogado-geral Póiares Maduro nos procs. C-158/04 e C-159/04, *Alfa Vita*, n.º 51).

⁴⁹⁶ Cfr. Acórdão *Impacto Azul*, n.º 33 e a jurisprudência posterior aí citada, que retoma a formula *Gebhard*.

⁴⁹⁷ Após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, que codificou a repartição de competências entre os Estados-Membros e a União estabelecida pela jurisprudência dos tribunais da União, nos domínios de competência partilhada (definidos como tal pelos Tratados) tanto a União como os Estados-Membros podem legislar, e estes exercem a sua competência *na medida em que a União não tenha exercido a sua* (cfr. o artigo 2.º, n.º 2 do TFUE). Cfr. A. Goucha Soares, Anotação ao artigo 2.º do TFUE, in M. Lopes Porto e G. Anastácio (coord.), *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, Almedina, 2012, p. 204, e I. Maletic, *The Law and Policy of*

no respeito pelas liberdades fundamentais do Tratado). Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça sugere indirectamente que o tratamento mais exigente da responsabilidade das sociedades-mãe nacionais face às estrangeiras resultante do regime nacional em causa constitui uma situação meramente interna, ao referir-se, por analogia, ao acórdão *Kaas* (de 1984, no domínio da livre circulação de mercadorias, que tratava neste particular de uma situação meramente interna⁴⁹⁸), para afirmar que o artigo 49.º do TFUE não se opõe a que um Estado-Membro possa legitimamente melhorar a situação dos credores *dos grupos presentes no seu território*⁴⁹⁹.

Acima de tudo, o Tribunal conclui que a inaplicabilidade do regime de responsabilidade solidária *ipso jure* do artigo 501.º do CSC às sociedades totalmente dominantes de outros Estados-Membros *não é susceptível de tornar menos atractivo o exercício, por estas sociedades, da liberdade de estabelecimento garantida pelo Tratado*⁵⁰⁰, o que é fácil de entender, pois o regime nacional confere a tais sociedades a opção de estabelecer ou não tal responsabilidade, consoante melhor sirva os seus interesses. É, de resto, nessa direcção que o Tribunal aponta, ao salientar que as sociedades-mãe com sede em outros Estados-Membros podem optar por introduzir, *por via contratual*, um regime de responsabilidade solidária pelas dívidas das suas filiais⁵⁰¹.

6. A questão da discriminação inversa e a compatibilidade da diferença de tratamento entre as sociedades-mãe nacionais e estrangeiras

As liberdades e princípios fundamentais do Tratado, como o direito de estabelecimento e o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, apenas podem ser invocados, naturalmente, no âmbito de aplicação do direito da União⁵⁰². Ora, como já se disse, de acordo com

Harmonization in Europe's Internal Market, Edward Elgar, 2013. Como veremos adiante, a harmonização das garantias exigidas às sociedades para protecção dos interesses dos sócios e terceiros é um domínio de competência partilhada, nos termos do artigo 50.º, n.º 2, al. g) do TFUE.

⁴⁹⁸ Acórdão de 7 de Fevereiro de 1984, proc. 234/82, *Kaas*, Recueil 483, n.º 20.

⁴⁹⁹ Acórdão *Impacto Azul*, n.º 35, referindo o acórdão de 7 de Fevereiro de 1984, proc. 234/82, *Kaas*, Recueil 483, n.º 20.

⁵⁰⁰ Acórdão *Impacto Azul*, n.º 36.

⁵⁰¹ Acórdão *Impacto Azul*, n.º 37.

⁵⁰² Isto mesmo decorre, desde logo, da própria letra do artigo 18.º do TFUE, cujo primeiro parágrafo estabelece que “[n]o âmbito de aplicação dos Tratados, e sem prejuízo das suas

jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, a aplicação do direito da União depende da existência de um *elemento transfronteiriço*⁵⁰³.

A intensidade e relevância da ligação a outro Estado-Membro, exigida pelo Tribunal para desencadear a aplicação das liberdades de circulação, têm sido objecto de alguma flutuação jurisprudencial, sobretudo no contexto da importância crescente da cidadania da União, proclamada pela jurisprudência como o “*estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-Membros*”, no contexto da qual a ligação transfronteiriça exigida pelo Tribunal de Justiça em certos casos tem sido muito ténue ou mesmo meramente potencial⁵⁰⁴. Contudo, apesar de muito pressionado para inverter a sua jurisprudência nesta matéria⁵⁰⁵, o Tribunal de Justiça até hoje mantém o entendimento de que o direito da União não é aplicável a uma situação *cujos elementos pertinentes se situam, na sua totalidade, no interior de um só Estado-Membro*⁵⁰⁶.

Assim, no seu estado actual o direito da União não se opõe (ou, mais precisamente, não é aplicável) à existência de situações de *discriminação inversa*⁵⁰⁷, ou seja, de situações em que, por força da aplicação das regras de

disposições especiais, é proibida toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade” (destaque nosso).

⁵⁰³ Cfr. a jurisprudência citada na nota 489, acima, bem como C. Ritter, “Purely Internal Situations, Reverse Discrimination, Guimont, Dzodzi and Article 234”, *European Law Review*, 2006 n.º 31, p. 690, e C. Barnard, *ob. cit.*, pp. 89, 236 e 663.

⁵⁰⁴ Cfr. C. Barnard, *ob. cit.*, p. 236 e ss., e Sofia Pais, “Cidadania Europeia”, in Sofia Pais (coord.), *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia – Uma Abordagem Jurisprudencial*, 2.ª edição, Almedina, 2013, pp. 318 e ss.

⁵⁰⁵ Cfr. por exemplo A. Tryfonidou, “Purely Internal Situations and Reverse Discrimination in a Citizen’s Europe: Time to ‘reverse’ reverse discrimination?”, in P. Xuereb, (ed.) *Issues in Social Policy: A New Agenda*, Jean Monnet Seminar Series, Progress Press, Valletta, 2009, pp. 11-29, e M. Poiães Maduro, “The Scope of European Remedies: The case of Purely Internal Situations and Reverse Discrimination”, in *The Future of European Remedies*, C. Kilpatrick et al. (eds.), Oxford, Hart, 2000, p. 127. Contra, cfr. Ritter, *ob. cit.*. Em todo o caso, independentemente da evolução desta questão por força dos direitos fundamentais associados à cidadania europeia, importa sublinhar que este estatuto é apenas conferido às pessoas que tenham a nacionalidade de um Estado-Membro (artigo 20.º, n.º 1 do TFUE), e não às pessoas colectivas, como as sociedades comerciais, que apenas beneficiam de alguns direitos especificamente definidos, como o de apresentar uma petição ao Parlamento Europeu (cfr. os artigos 24.º, segundo parágrafo, e 227.º do TFUE).

⁵⁰⁶ Como refere M. Poiães Maduro, em geral não há qualquer vontade por parte dos Estados de discriminarem contra os próprios nacionais; o problema da discriminação inversa surge apenas porque o direito da União obriga os Estados a tratarem os nacionais de outros Estados-Membros de uma forma que não tinha sido pensada para os próprios nacionais (cfr. M. Poiães Maduro, *ob. cit.*, p. 127, e S. Oliveira Pais, *ob. cit.*, p. 319).

⁵⁰⁷ C. Ritter, *ob. cit.*, bem como M. Gorjão-Henriques, *ob. cit.*, p. 607.

direito nacional, as pessoas (singulares e colectivas), produtos e serviços *nacionais* são objecto de um tratamento menos favorável do que aquele que resulta da aplicação do direito da União relativamente a pessoas, produtos e serviços, que estão nas mesmas circunstâncias, mas que são provenientes *de outros Estados-Membros*.

Embora à primeira vista possa parecer surpreendente que, numa comunidade de direito como a União Europeia, os Estados-Membros permaneçam livres de discriminar os seus cidadãos e produtos nacionais, na verdade não é difícil compreender as razões que têm levado o Tribunal de Justiça a excluir a aplicação do direito da União a situações puramente internas.

Desde logo, a inversão de tal entendimento poderia pôr em causa a repartição de competências entre a União Europeia e os seus Estados-Membros, estendendo o âmbito das liberdades fundamentais do Tratado a domínios (ainda) reservados aos direitos e políticas nacionais. Por outro lado porque, tendo em conta a formulação extremamente ampla do conceito de “restrição” às liberdades fundamentais que resulta da jurisprudência⁵⁰⁸, praticamente todas as medidas nacionais que de alguma forma tivessem incidência sobre bens, serviços, pessoas, actividades económicas ou movimento de capitais seriam potencialmente abrangidas pela proibição das restrições. O que faria com que, para serem compatíveis com o direito da União, praticamente todas as medidas e políticas nacionais tivessem de se enquadrar numa das apertadas justificações previstas no Tratado (como a segurança pública, ordem pública e a saúde pública⁵⁰⁹) ou numa das *exigências imperiosas de interesse público* reconhecidas pela jurisprudência, e tornaria o Tribunal de Justiça no “árbitro de toda a legislação nacional”, com consequências adversas tanto ao nível dos interesses nacionais legítimos que devem ser prosseguidos e defendidos pelo Estado, como para o funcionamento do próprio sistema jurídico da União⁵¹⁰.

Não há dúvida de que o regime dos artigos 501.º e 491.º do CSC, ao estabelecer uma responsabilidade solidária *ope legis* pelas dívidas das filiais totalmente dominadas, unicamente para as sociedades-mãe com sede em

⁵⁰⁸ Iniciada em 1974 com a célebre fórmula *Dassonville*, segundo a qual *qualquer regulamentação comercial dos Estados-Membros, susceptível de prejudicar directa ou indirectamente, actual ou potencialmente, o comércio intracomunitário, deve ser considerada como uma medida de efeito equivalente a restrições quantitativas*” (Acórdão de 11 de Julho de 1974, proc. 8/74, *Procureur du Roi c. Benoit e Gustave Dassonville*, Colect., p. 423).

⁵⁰⁹ Constantes dos artigos 36.º, 52.º e 65.º do TFUE.

⁵¹⁰ C. Ritter, *ob. cit.*, p. 692, e S. Oliveira Pais, *ob. cit.*, p. 319).

Portugal, resulta, da perspectiva destas sociedades, num tratamento *menos favorável* relativamente às sociedades-mãe de outros Estados-Membros, como assinalado pela doutrina nacional⁵¹¹, pois retira às sociedades nacionais a liberdade, permitida às sociedades estrangeiras, de optarem ou não por um regime de responsabilidade solidária, consoante a solução que melhor sirva os seus interesses.

Contudo, como decorre do acórdão *Impacto Azul*, tal tratamento menos favorável não é incompatível com o direito da União, pois *não torna menos atractivo* o exercício, pelas sociedades-mãe com sede em outros Estados-Membros, da liberdade de estabelecimento em Portugal. Pelo contrário, o regime nacional em questão *beneficia* as sociedades-mãe de outros Estados-membros, ao dar-lhes a opção de aceitar ou não responsabilidade solidária pelas dívidas das suas subsidiárias em Portugal⁵¹². Por outro lado, no caso dos grupos de sociedades em domínio total nos quais todas as sociedades (ou, pelo menos, as que se encontram nos *pólos* da relação de coligação) estão sediadas em Portugal, o direito da União não seria aplicável, pois, como acima se disse, não tutela as situações que não têm qualquer conexão com outro Estado-Membro.

Pelas mesmas razões, e embora o Tribunal Judicial de Braga não tenha questionado o Tribunal de Justiça sobre a interpretação do artigo 18.º do TFUE, que consagra o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade (porventura porque o artigo 49.º constitui norma especial que tutela igualmente a discriminação em razão da nacionalidade no âmbito da liberdade de estabelecimento), não seria igualmente possível invocar tal princípio contra o regime de direito nacional em causa, pois tal princípio, como decorre da própria letra do Tratado, vigora apenas “*no âmbito de aplicação dos Tratados*”⁵¹³.

⁵¹¹ Cfr. acima a nota 488.

⁵¹² K. Sorensen, “Company Law as a Restriction to Free Movement – Examination of the Notion of ‘Restriction’ Using Company Law as the Frame of Reference”, *Nordic & European Company Law Research Paper Series* No. 14-01, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2386145>, p. 8, assim como S. Rammeloo, “The Judgment in CJEU C-186/12 (*Impacto Azul*): Company Law, Parental Liability and Article 49 TFEU – A Plea for a ‘Soft Law’ Oriented EU Law Approach on Company Groups”, *European Company Law*, Vol. 11, n.º 1 (2014), p. 20.

⁵¹³ Isabelle Pingel, *Commentaire Article par Article des Traités EU et CE*, Helbing Lichtenhahn (Basileia), Dalloz (Paris) e Bruylant (Bruxelas), 2010, p. 307, e M. Bell, “The Principle of Equal Treatment: Widening and Deepening”, in P. Craig e G. de Búrca (eds.), *The Evolution of EU Law*, 2.ª edição, Oxford, 2011. Para uma aplicação do princípio da não discriminação desligada de qualquer actividade económica, no âmbito do estatuto de cidadania europeia (não aplicável às sociedades), cfr. também a doutrina referida na nota 505 acima.

A situação poderia ser distinta se existissem regras harmonizadas a nível europeu neste domínio que limitassem a autonomia dos legisladores nacionais, na medida em que o regime do CSC em apreço fosse contrário às mesmas. No entanto, não obstante terem sido preparados, nas décadas de 70 e 80 do século passado, um anteprojecto e um projecto de directiva em matéria de grupos de sociedades⁵¹⁴, que aliás terão sido a principal fonte inspiradora das regras do CSC em questão⁵¹⁵, tais documentos preliminares não chegaram a dar origem a qualquer proposta legislativa⁵¹⁶. Por outro lado, não parece ser de antever desenvolvimentos legislativos nesta matéria no futuro próximo⁵¹⁷, porventura por não haver consenso quanto ao interesse da harmonização dos direitos nacionais em matéria de grupos de sociedades⁵¹⁸.

Embora se compreendam as críticas apontadas por Engrácia Antunes e a restante doutrina nacional sobre as consequências gravosas da aplicação dos artigos 501.º e 491.º do CSC unicamente às sociedades-mãe nacionais⁵¹⁹, devemos também ter em conta que a exigência da responsabilidade solidária poderá ser também *vantajosa* para tais sociedades, facilitando a celebração de contratos e o acesso ao crédito e aos mercados financeiros pelas suas sociedades-filhas. Na verdade, na medida em que os credores dos grupos de sociedades nacionais vêm a sua protecção reforçada em virtude do regime da

⁵¹⁴ Cfr. *Draft Proposal for a Ninth Council Directive pursuant to Article 54(3)(g) of the EEC Treaty relating to links between undertakings and in particular to groups*, de 1984, traduzida para português em A. Menezes Cordeiro, *ob. cit.*, p. 751-785. A base jurídica deste projecto era o artigo 54.º, n.º 3 al. g) do Tratado CEE (actual 50.º, n.º 2, al. g) do TFUE), que prevê a harmonização das garantias exigidas às sociedades para protecção dos interesses dos sócios e terceiros.

⁵¹⁵ O artigo 501.º terá como fonte principal o anteprojecto da Nona Directiva das Sociedades Comerciais, sobre grupos de sociedades, de 1974, que daria origem ao projecto de 1984. A. Perestrelo de Oliveira, “Artigo 501.º”, *ob. cit.*, 1203, bem como A. Menezes Cordeiro, *ob. cit.*, p. 751-785.

⁵¹⁶ B. Haar, “Corporate Group Law” in J. Basedow et al. (eds.), *Encyclopaedia of European Private Law*, Oxford University Press, 2011, bem como A. Menezes Cordeiro, *ob. cit.*, p. 752.

⁵¹⁷ Cfr. S. Rammeloo, *ob. cit.*, p. 29. Constatando a inviabilidade de harmonização dos direitos nacionais em matéria de grupos de sociedades a nível europeu, este autor sugere em todo o caso que a Comissão Europeia inicie trabalhos para formular princípios de “soft law”, ou seja, orientações, sobre as implicações jurídicas das estruturas dos grupos de sociedades (*ex ante*), bem como das regras em matéria de responsabilidade civil e insolvência dos mesmos grupos.

⁵¹⁸ Cfr. Comissão Europeia, *Feedback Statement - Summary of Responses to the Public Consultation on the Future of European Company Law*, de Julho de 2012, disponível em http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2012/companylaw/feedback_statement_en.pdf, resposta à questão 19, p. 12.

⁵¹⁹ Cfr. acima a nota 476.

responsabilidade solidária das sociedades dominantes, sentir-se-ão mais confortáveis em contratar com as sociedades-filhas sem ver necessidade de solicitar garantias adicionais a outras sociedades do grupo.

É aliás neste sentido que vai a referência do Tribunal de Justiça ao acórdão *Kaas*, segundo o qual o direito da União *não se opõe a regras nacionais que, embora não alterando o quadro aplicável a produtos de outros Estados-membros, têm como objectivo aumentar a qualidade da produção nacional de modo a torna-la mais atractiva para os consumidores, que são conformes à exigência de uma concorrência sã e leal pretendida pelo Tratado*⁵²⁰. O raciocínio do Tribunal nesta matéria (cuja aplicabilidade a casos como o presente, sendo discutível, é compreensível) é o de que, através de normas nacionais mais exigentes, os produtos nacionais podem assim ganhar uma vantagem competitiva em termos de qualidade face aos produtos de outros Estados-membros⁵²¹.

Importa também ter presente que a solução inversa não seria igualmente isenta de dúvidas. Com efeito, caso o regime nacional de responsabilidade solidária *ope legis* das sociedades totalmente dominantes viesse a ser alterado, por forma a ser aplicável igualmente às sociedades-mãe de outros Estados-Membros, constituiria provavelmente uma medida restritiva da liberdade de estabelecimento destas sociedades, na acepção do artigo 49.º do TFUE⁵²², que teria que ser justificada à luz dos interesses legítimos consagrados no artigo 52.º (ordem pública, segurança pública ou saúde pública) ou de exigências imperiosas de interesse geral, para ser compatível com o direito da União. Admite-se que a protecção dos interesses dos credores das sociedades possa constituir um interesse legítimo, embora não seja líquido que tal regime nacional respeitasse o teste de proporcionalidade (nas vertentes da necessidade, adequação e proporcionalidade *stricto sensu*) requerido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça⁵²³.

Por fim, sem prejuízo da inaplicabilidade do direito da União, admite-se que a exclusão da aplicação dos artigos 501.º e 491.º do CSC às sociedades-mãe com sede em outros Estados-Membros, em virtude do disposto no artigo 481.º, possa ser contrária ao princípio constitucional da igualdade de

⁵²⁰ Acórdão *Kaas*, cit., n.º 20.

⁵²¹ Cfr. C. Barnard, *ob. cit.*, n.º 89.

⁵²² Cfr. neste sentido, K. Sorensen, *ob. cit.*, p. 9.

⁵²³ Cfr. o acórdão *Gebhard*, cit., bem como, suscitando dúvidas sobre a proporcionalidade de tal medida, P. da Rocha Pinguel, *O âmbito espacial do regime de coligação societária à luz do Direito da União Europeia*, tese de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Católica, Porto, Junho de 2013, disponível em <http://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/15266>, p. 40.

tratamento, consagrado no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, como defendem Engrácia Antunes e a restante doutrina já referida⁵²⁴.

Embora a análise do regime jurídico em causa à luz da Constituição portuguesa não caiba no objecto do presente comentário, podemos referir a este propósito que, confrontado com situações de discriminação inversa, o Tribunal de Justiça reconheceu, no acórdão *Steen II*, que *incumbe ao órgão jurisdicional nacional, confrontado com uma questão de direito interno, apreciar se existe ou não uma discriminação no âmbito deste último e decidir se e como ela deve ser eliminada*⁵²⁵. Subsequentemente, no acórdão *Uecker e Jacquet*, o Tribunal foi mais claro: *[a]s eventuais discriminações de que os nacionais de um Estado-Membro possam ser objecto à luz do direito desse Estado enquadram-se no âmbito de aplicação deste, de modo que devem ser resolvidas no quadro do sistema jurídico interno do referido Estado*⁵²⁶.

Não encontramos no Acórdão *Impacto Azul* qualquer referência que possa sugerir que o Tribunal de Justiça considerou as regras nacionais em causa como comportando um tratamento discriminatório (injustificado) das sociedades-mãe nacionais face às suas congéneres de outros Estados-Membros. Tal omissão poderá dever-se ao facto de o Tribunal de Justiça não ter sido expressamente questionado pelo Tribunal Judicial de Braga sobre a interpretação do artigo 18.º do TFUE. De todo o modo, a referência por analogia ao acórdão *Kaas* parece pelo menos indiciar que o Tribunal não discorda de que a legislação nacional prossegue o objectivo, porventura legítimo, de reforçar a posição dos credores dos grupos societários com sede em Portugal.

7. Conclusão

Ao declarar que o princípio da liberdade de estabelecimento não se opõe, ou melhor, não se aplica, ao regime dos artigos 501.º, 491.º e 481.º do CSC – conclusão que é extensível ao princípio da não discriminação em

⁵²⁴ Como nota C. Ritter (*ob. cit.*), em certos Estados-Membros os tribunais constitucionais nacionais já consideraram a discriminação inversa de nacionais como sendo contrária ao princípio da igualdade.

⁵²⁵ Acórdão do Tribunal de 16 de Junho de 1994, Proc. C-132/93, *Volker Steen contra Deutsche Bundespost*, Colect. 1994 I-02715.

⁵²⁶ Acórdão do Tribunal de 5 de Junho de 1997, Procs. apensos C-64/96 e C-65/96, *Land Nordrhein-Westfalen contra Kari Uecker e Vera Jacquet contra Land Nordrhein-Westfalen*, Colect. 1997 I-03171.

razão da nacionalidade, constante do artigo 18.º do TFUE – o acórdão *Impacto Azul* veio clarificar esta questão controversa na doutrina nacional, chamando simultaneamente a atenção para a desprotecção das situações de discriminação inversa por parte do direito primário da União, tal como interpretado pela jurisprudência constante do Tribunal de Justiça.

Não sendo previsível uma inversão da posição do Tribunal de Justiça quanto à inaplicabilidade do direito da União às situações puramente internas, sobretudo fora do âmbito do estatuto da cidadania europeia, os casos de discriminação inversa, como o ora em apreço, deverão ser analisados da perspectiva da sua compatibilidade com as regras constitucionais nacionais. Por outro lado, existindo interesse da União neste sentido, a resposta a esta questão poderá passar pela harmonização legislativa da responsabilidade das sociedades dominantes a nível europeu, possivelmente de forma progressiva⁵²⁷.

⁵²⁷ Cfr. S. Rammeloo, *ob. cit.*, p. 29.