CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA apresentadas em 8 de Março de 1988

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. O Hoge Raad der Nederlanden colocou ao Tribunal quatro questões prejudiciais relacionadas com o regime de invalidades das sociedades constante da primeira Directiva do Conselho (68/151/CEE) de 9 de Março de 1968 [1], tendente a coordenar as garantias exigidas às sociedades pelos direitos nacionais para protecção dos interesses dos sócios e de terceiros (a qual passaremos a designar por «primeira directiva»).

I — Resumo dos factos que originaram os pedidos de decisão prejudicial

2. Na altura dos factos que originaram o processo perante as instâncias nacionais, a sociedade Ubbink Isolatie estava inscrita no registo comercial dos Países Baixos como sociedade de responsabilidade limitada em formação, sob a denominação «Ubbink Isolatie, BV, i. o.».

3. No registo comercial não estava, em contrapartida, inscrita qualquer sociedade de responsabilidade limitada denominada «Ubbink Isolatie, BV». À sociedade Ubbink faltava qualquer dos dois requisitos — documento autêntico e autorização ministerial — exigidos pela lei neerlandesa para a constituição de uma sociedade de responsabilidade limitada. Ela podia, no entanto, intervir no comércio jurídico como sociedade em nome colectivo.

4. Foi, porém, sob a designação «Ubbink Isolatie, BV» (sem a menção «i. o.», em formação) que a referida sociedade celebrou um contrato com a sociedade Dak- en Wandtechniek e foi ainda sob a mesma designação que ela foi demandada por esta última no tribunal de Arnhem, para efeitos de rescisão do contrato e de reconhecimento da responsabilidade contratual. A Ubbink Isolatie suscitou aí a excepção de ilegitimidade da sociedade de responsabilidade limitada «Ubbink Isolatie BV», dado o facto de esta ser inexistente, por não se encontrar constituída nem inscrita como tal no registo comercial; os actos praticados em seu nome tê-lo-iam, portanto, sido abusivamente.

5. Antes de conhecer o mérito da causa, o tribunal decidiu que, mesmo que «Ubbink Isolatie BV» não tivesse sido constituída ou que o acto tendente à sua constituição enfermasse de irregularidades, tal não significava que a sociedade de responsabilidade limitada «Ubbink Isolatie BV» não existisse: ela existiria enquanto não fosse dissolvida ou anulada, em conformidade com a legislação neerlandesa (artigos 181.° e 182.° do código civil).

6. Tendo a Ubbink Isolatie interposto recurso sucessivamente para o Gerechtshof de Arnhem e para o Hoge Raad, entendeu este que o artigo 182.° do código civil necessitava de ser interpretado tendo em conta o disposto na secção III da primeira directiva, pelo que colocou ao Tribunal as quatro questões que se acham reproduzidas no relatório para a audiência.

1 — JO L 65 de 14.3.1968, p. 8.

II — Exame das questões colocadas pelo Hoge Raad

7. As quatro perguntas formuladas pelo Hoge Raad reconduzem-se essencialmente à questão de saber se e em que medida o regime contido na secção III da primeira directiva se aplica a uma sociedade em formação a que faltam os requisitos de constituição exigidos pela legislação nacional.

8. *A* — A primeira questão formulada pelo tribunal de reenvio é a questão central. Tem ela em vista saber se, num caso em que foram praticados actos em nome de uma sociedade de responsabilidade limitada, sem que esta estivesse devidamente constituída, por lhe faltar ainda qualquer dos requisitos de constituição exigidos pela legislação nacional, o disposto na secção III da primeira directiva implica que a «sociedade» em questão deva ser tida por existente enquanto não for declarada nula em processo intentado com esse objectivo.

9. Tanto a Comissão como a sociedade Ubbink propõem que se responda a esta questão pela negativa.

10. É particularmente impressiva a posição da Comissão, para quem — com excepção de algumas disposições, nomeadamente os artigos 2.°, n.° 1, alínea a) e d), 7.° e 10.° — a primeira directiva se aplica apenas às sociedades existentes e dotadas de personalidade jurídica, bem como, eventualmente, àquelas que hajam sido inscritas no registo como se a tivessem já adquirido.

11. Entre as disposições da directiva aplicáveis em tais casos estaria, justamente, o artigo 11.°, cujo objectivo é, tendo em vista a protecção dos interesses de terceiros, limitar as situações susceptíveis de acarretar, ao abrigo dos diferentes direitos nacionais, a invalidade das sociedades abrangidas pela directiva.

12. No entender da Comissão, não há, em princípio, que aplicar o artigo 11.° à declaração de nulidade de uma sociedade enquanto esta não tiver adquirido a personalidade jurídica.

13. Sendo o momento da aquisição da personalidade regulado pelo direito nacional, sem que a directiva contenha quaisquer disposições a esse respeito, a primeira pergunta do tribunal nacional não poderia merecer senão uma resposta negativa.

14. É essa também a nossa conclusão quanto ao sentido da resposta a dar a tal questão.

15. Com efeito, é certo afirmar, como faz a Comissão, que a directiva não regula o problema da aquisição da personalidade jurídica ou da personalidade judiciária pelas sociedades nela previstas: esta é uma questão que a cada sistema jurídico nacional cabe, em princípio, regular livremente.

16. Assim, enquanto alguns desses sistemas jurídicos — a maior parte — condicionam a aquisição de personalidade jurídica à inscrição da sociedade no registo, outros não o fazem.

17. É este último o caso da legislação neerlandesa, que liga a constituição das socieda-

des de responsabilidade limitada (do tipo que, em Portugal, se designa por «sociedades por quotas») — tal como das sociedades anónimas — à verificação de duas condições: documento autêntico para o acto constitutivo e sujeição a prévio controlo administrativo, mediante autorização ministerial.

18. Poderá dizer-se que um sistema desse tipo — que desliga a aquisição de personalidade jurídica pelas sociedades do cumprimento das formalidades de registo — suscita algumas dificuldades conceptuais na sua articulação com o sistema da directiva, cuja concepção assenta largamente na importância atribuída ao registo no sentido da protecção dos interesses de terceiros e da segurança das transacções, designadamente no comércio internacional. Repare-se, por exemplo, que a falta de registo não é incluída no elenco dos fundamentos de invalidade do artigo 11.°, o que é coerente com o facto de a maior parte das legislações dos Estados-membros ligarem a aquisição de personalidade colectiva à própria inscrição no registo.

19. Não decorre, porém, daí qualquer incompatibilidade com a directiva da legislação nacional que ligue a aquisição de personalidade a factos anteriores ao registo.

20. Por outro lado, a directiva também não contém quaisquer disposições que regulem — quer no plano substantivo, quer no plano processual — as condições de existência das sociedades antes da aquisição de personalidade jurídica.

21. O artigo 12.°, por seu lado, apenas se refere aos efeitos da decisão de invalidade declarada nos termos do artigo 11.°

22. E este último não impõe aos legisladores nacionais — sem prejuízo do disposto no artigo 12.° — uma escolha entre os vários tipos de invalidade (nulidade, anulabilidade, inexistência) que podem ligar-se a qualquer dos vícios enumerados no n.° 2. Da mesma forma, no plano processual, nenhuma preferência exprime a directiva por um sistema em que tais invalidades possam ser feitas valer por via de excepção ou por um outro em que elas só possam ser declaradas por via de acção.

23. É, pois, claro que não é possível responder positivamente à primeira questão posta pela jurisdição nacional: da directiva não decorrem quaisquer implicações quanto a saber se uma sociedade a que faltam os requisitos de constituição definidos pelo direito nacional pode ou não considerar-se existente enquanto não for declarada a sua nulidade e se, para obter essa declaração, se exige que seja intentada uma acção separada.

24. Aos direitos nacionais cabe regular essa matéria e a própria directiva lhes reconhece uma ampla liberdade de manobra.

25. Visto o problema a esta luz, esbate-se a intensidade da questão — sobre a qual a Comissão toma expressamente posição — de saber se as limitações ao regime de invalidades constantes do artigo 11.° se aplicam apenas às sociedades dotadas de personalidade jurídica ou se são susceptíveis de se aplicar também às sociedades ainda não dotadas de personalidade, mas já existentes, na medida em que iniciaram a sua actividade e em que foram praticados actos em seu nome.

26. A abordagem de tal questão suscita o problema da nulidade das sociedades irregulares.

27. Ora, do sistema da directiva e de algumas das suas disposições parece, efectivamente, decorrer que o legislador comunitário teve em vista enquadrar e coordenar os regimes nacionais de invalidades das sociedades dotadas de personalidade jurídica ou inscritas no registo como se a tivessem (pois que, como vimos, à inscrição liga a maior parte das legislações nacionais a aquisição de personalidade). Os próprios termos do artigo 11.° inculcam, como vimos, esta orientação interpretativa; e a disposição do artigo 7.°, única que tem em vista, expressamente, os actos praticados em nome de uma sociedade antes de ela ter adquirido personalidade jurídica, parece confirmá-lo.

28. Em todo o caso, não nos parece necessário tomar posição sobre o problema no quadro do presente processo.

29. Com efeito, não só o tribunal nacional não nos interroga especificamente sobre este ponto (isto é, sobre o ponto de saber se as eventuais causas de invalidade do contrato de sociedade antes da aquisição de personalidade jurídica se limitam ao elenco do artigo 11.°), como a questão não é relevante para o processo principal.

30. Na verdade, por um lado, não houve inscrição de Ubbink no registo como sociedade de responsabilidade limitada, mas apenas como sociedade de responsabilidade limitada em formação, sujeita ao regime das sociedades em nome colectivo [2]; por outro lado, os dois actos necessários à constituição da sociedade e cuja falta é constatada — documento autêntico e acto de fiscalização preventiva — estão expressamente previstos entre as causas de invalidade do artigo 11.° (n.° 2, primeiro parágrafo), nenhum outro tendo sido mencionado no decurso do processo.

31. *B* — Será a conclusão a que chegámos relativamente à questão anterior alterada por alguma das circunstâncias mencionadas nas três restantes perguntas do tribunal nacional?

32. Lembremos que, com essas perguntas, o Hoge Raad pretende saber se a resposta à primeira questão será diferente consoante:

— falte o acto constitutivo autêntico ou as formalidades de controlo preventivo ou ambos;

— haja ou não uma organização de pessoas e de bens que tenha criado a aparência externa de uma sociedade, em nome da qual tenham sido praticados certos actos jurídicos;

— tenham sido praticados certos actos no quadro de uma organização com uma forma jurídica diferente das que estão previstas na primeira directiva (por exemplo, a de sociedade em nome colectivo) inscrita sob tal forma jurídica no registo comercial, mas com uma denominação que, abstraindo da indicação da forma jurídica, é idêntica à da sociedade coberta pela directiva e ainda não regularmente constituída.

2 — As eventuais ambiguidades que uma inscrição feita nestes termos possa apresentar para terceiros, induzindo-os em erro sobre a verdadeira natureza da sociedade, estão fora do âmbito das questões postas pelo tribunal nacional.

33. Quanto ao primeiro problema posto (segunda questão do pedido de decisão prejudicial), nenhuma influência tem ele sobre a resposta à primeira questão, desde que ambos os requisitos mencionados sejam exigidos, como parece ser o caso em direito neerlandês, como condições de constituição da sociedade. Só assim não seria se um apenas desses requisitos fosse suficiente para que a sociedade se constituisse validamente ao abrigo do direito nacional: a resposta à primeira questão manteria, então, de qualquer maneira, toda a sua pertinência enquanto referida às consequências da falta do requisito necessário à constituição da sociedade.

34. Quanto às outras duas questões, o tribunal nacional teve, directamente, em vista a situação apresentada pelo processo principal.

35. Por um lado, foram praticados actos jurídicos em nome de uma sociedade de responsabilidade limitada que não havia sido ainda regularmente constituída, por faltarem, em relação a ela, os dois requisitos necessários segundo a legislação neerlandesa.

36. Se, e em que medida, há que conferir especial relevância à aparência de sociedade de responsabilidade limitada que daí possa resultar, cabe ao direito nacional decidi-lo, não contendo a directiva quaisquer indicações a esse propósito.

37. Tratando-se, porém, de uma sociedade em formação e que ainda não adquiriu personalidade jurídica, a directiva exige que o direito nacional dê cumprimento ao disposto no artigo 7.°, o qual estabelece que «se forem praticados actos em nome de uma sociedade em formação, antes de ela ter adquirido personalidade jurídica, e a sociedade não vier a assumir as obrigações daí decorrentes, as pessoas que os realizaram serão solidária e ilimitadamente responsáveis por tais actos, salvo convenção em contrário». É isto — e apenas isto — que a primeira directiva exige para a protecção de terceiros relativamente às sociedades em formação.

38. Por outras palavras: é da competência da legislação interna de cada Estado-membro esclarecer se e em que medida, independentemente da existência de uma sociedade «em formação» e para além da responsabilidade pessoal do autor dos actos (artigo 7.° da directiva), o facto de os mesmos terem sido praticados em nome de uma sociedade que não foi constituída regularmente assume a consistência jurídica suficiente para permitir promover a declaração de invalidade de tal «sociedade irregular» ou «sociedade de facto» e, em particular, se, para isso, é ou não necessário existir uma organização de pessoas e bens.

39. Por outro lado, resulta dos autos que a Ubbink Isolatie foi inscrita no registo comercial como sociedade de responsabilidade limitada «em formação», ficando sujeita ao regime das sociedades em nome colectivo.

40. Ora, não decorre do artigo 11.° da directiva qualquer especialidade pelo facto de o direito nacional de um Estado-membro admitir o registo de uma sociedade (anónima ou por quotas) a constituir como sociedade «em formação», considerando-a como sociedade em nome colectivo e organizando livremente o seu regime de invalidades.

41. A primeira directiva só se aplica, aos tipos de sociedades referidos no artigo 1.°, não se contando entre eles a sociedade em nome colectivo; a definição das condições

para a constituição desta ou para sua eventual invalidade escapa assim, em geral, ao quadro normativo estabelecido pela directiva, relevando da competência das legislações nacionais.

42. Entendemos, porém, contrariamente à tese defendida por Ubbink, que — quando a existência de uma sociedade em nome colectivo corresponder, de acordo com uma disposição expressa da lei interna ou com a interpretação que dela faça a doutrina ou a jurisprudência, a uma sociedade em formação, das que são abrangidas pela primeira directiva — o artigo 7.° desta última deve ser respeitado em tais circunstâncias. De outra forma, permitir-se-ia que os seus objectivos de protecção dos interesses de terceiros saíssem frustrados pelo expediente jurídico de considerar tal organização como uma sociedade em nome colectivo. Não ficará pois o legislador nacional livre de organizar como lhe aprouver o regime de responsabilidade de tais sociedades (por exemplo, pondo-a exclusivamente a cargo dos administradores ou dos associados); antes fica vinculado, nos termos do artigo 7.°, a responsabilizar as pessoas que praticaram os actos em nome de tal sociedade.

III — Conclusão

43. Em face do que precede, propomos que respondais às questões do Hoge Raad no sentido de que:

«1) É da competência de cada Estado-membro regular o regime de invalidades das sociedades em formação de qualquer dos tipos abrangidos pelo artigo 1.° da primeira directiva do Conselho, de 9 de Março de 1968, relativa à coordenação das garantias exigidas nos Estados-membros às sociedades para protecção dos interesses dos sócios e de terceiros, desde que o façam com respeito do artigo 7.° da referida directiva. Das disposições da secção III da primeira directiva não decorre, portanto, que uma sociedade de responsabilidade limitada em formação, à qual faltam os requisitos de constituição exigidos pela legislação nacional, mas em nome da qual foram praticados determinados actos, deva considerar-se existente enquanto não for declarada nula em processo intentado com esse objectivo.

2) A resposta anterior não é alterada por qualquer das circunstâncias mencionadas pelo tribunal de reenvio nas segunda, terceira e quarta questões.»