CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL ANTONIO LA PERGOLA

apresentadas em 16 de Julho de 1998 *

I — Objecto da presente questão prejudicial e contexto factual e jurídico do processo principal

1. O Højesterets Anke-og Kæremålsudvalg (a seguir «Højesteret») solicitou ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 177.° do Tratado CE (a seguir «Tratado»), que interpretasse as disposições comunitárias respeitantes ao direito de estabelecimento relativamente a uma hipótese de subtracção às disposições internas de um Estado-Membro que estabelecem um capital mínimo para efeitos de constituição de determinado tipo de empresas. A questão prejudicial colocada ao Tribunal de Justiça pelo tribunal *a quo* é a seguinte:

«É compatível com o artigo 52.°, conjugado com os artigos 58.° e 56.°, do Tratado recusar o registo de uma sucursal de uma sociedade que tem a sede num outro Estado-Membro e com um capital social de 100 UKL (cerca de 1 000 DKR) está legalmente constituída e estabelecida nos termos da legislação desse Estado-Membro, quando a sociedade por si própria não exerce qualquer actividade económica, pretendendo a sucursal estabelecer-se para exercer toda a actividade no país em que está estabelecida, e se pode considerar que este modo de proceder é utilizado em vez da constituição de uma sociedade no último Estado-Membro referido, com vista a subtrair-se à exigência de liberação de um capital social mínimo de 200 000 DKR (actualmente 125 000 DKR)?»

2. Antes de mais, recordaremos os factos que estão na origem do processo principal. No Verão de 1992, M. Bryde, sócia e única gerente da Centros Ltd., uma «private limited company» constituída no mês de Maio desse ano, segundo o direito em vigor na Inglaterra e no País de Gales, requereu à Erhvervs-og Selskabsstyrelsen (a seguir «registo das sociedades») a homologação do acto constitutivo da Centros para efeitos de registo de uma sucursal. Resulta do despacho de reenvio que, segundo o respectivo acto constitutivo, a Centros tem por objecto social o exercício de actividades em diversos sectores comerciais, incluindo a de prestamista. Contudo, era intenção dos sócios que a Centros exercesse uma única actividade, de importação/exportação de vinhos. A sociedade nunca exerceu qualquer actividade após a sua criação. O outro sócio da Centros é o marido de M. Bryde. Ambos de nacionalidade dinamarquesa e residentes na Dinamarca, o casal Bryde adquiriu a sociedade pouco tempo após a sua constituição e as duas únicas quotas que constituem o capital

* Língua original: italiano.

social pertencem-lhes. O capital social da Centros, no montante de 100 UKL não está realizado e encontra-se depositado num cofre no domicílio do casal Bryde. A sede social da Centros situa-se no domicílio de um amigo do casal Bryde, no Reino-Unido.

3. Na Dinamarca, o registo das sucursais das sociedades de responsabilidade limitada estrangeiras rege-se pelas disposições aplicáveis às sociedades de responsabilidade limitada, as quais, à data dos factos relevantes no caso vertente, estão consagradas no lovbekendtgørelse (decreto-lei) n.° 660 de 25 de Setembro de 1991 (artigos 117.° a 122.°). Decorre da referida regulamentação que uma sociedade de responsabilidade limitada estabelecida num Estado-Membro pode operar na Dinamarca através de sucursais estabelecidas no território nacional, geridas por um ou vários gerentes com poderes de representação. Para poder exercer a sua actividade, a sucursal deve apresentar um pedido de inscrição no registo das sociedades; se a inscrição for recusada, a sucursal não pode prosseguir as suas actividades. No que respeita às operações realizadas na Dinamarca, a sucursal está sujeita à lei dinamarquesa e à jurisdição dos órgãos jurisdicionais nacionais. Para efeito das presentes conclusões, há ainda que ter em conta a circunstância — aliás, expressamente mencionada na questão prejudicial — que, à data dos factos, as sociedades de responsabilidade limitada deviam dispor, no mínimo, de um capital inicial de 200 00 DKR [1]. Nos considerandos da proposta de lei, que deu lugar, após a sua adopção, à Lei n.° 886, de 21 de Dezembro de 1991, o aumento do capital mínimo exigido para a constituição das sociedades do tipo ora em questão (assim como para a constituição de sociedades anónimas) [2], foi justificado com o objectivo de reforçar a solidez financeira dessas sociedades, tendo em vista a protecção dos interesses do Estado e de outros credores públicos, os quais, contrariamente aos credores privados, não podem exigir garantias ou cauções para os seus créditos. Um outro objectivo das novas disposições foi evitar o risco de falência fraudulenta devida à insolvabilidade de sociedades cujo capital inicial era insuficiente. A lei dinamarquesa não prevê que uma sociedade estrangeira que solicita a constituição de uma sucursal em território nacional deva ser dotada de um capital mínimo. Além disso, a prática seguida nestes casos pelo registo das sociedades parece ser a de verificar se a constituição no estrangeiro da sociedade que faz o pedido corresponde a uma forma de contornar as disposições dinamarquesas sobre a entrada de capital inicial mínimo. No caso vertente, não tendo obtido de M. Bryde as

1 — Com a entrada em vigor da Lei n.° 378, de 22 de Maio de 1996, o capital mínimo exigido foi reduzido para 125 000 DKR. Em contrapartida, na mesma altura, outras regras destinadas a preservar o capital social tornaram-se mais rigorosas, em especial: i) a proibição de aquisição de quotas da sociedade pela própria (as quotas próprias) ou de quotas da sociedade mãe pela sociedade sucursal; ii) as condições de aquisição de quotas da sociedade pelos sócios nos dois anos seguintes ao registo daquela, quando o valor da operação seja igual ou superior a 50 000 DKR e corresponda, no mínimo, a 10% do capital social, e iii) as obrigações que impendem sobre os gerentes no caso de perdas iguais ou superiores a 40% do capital social.

2 — A Lei n.° 886, de 21 de Dezembro de 1991 fixou o montante mínimo do capital inicial em 500 000 DKR para as sociedades anónimas [ou seja, um montante bem superior ao capital mínimo, equivalente a 25 000 ECU, imposto pela Segunda Directiva 77/91/CEE do Conselho, de 13 de Dezembro de 1976, tendente a coordenar as garantias que, para protecção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-Membros às sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 58.° do Tratado, no que respeita à constituição da sociedade anónima, bem como à conservação e às modificações do seu capital social, a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade (a seguir «Segunda Directiva»; JO L 26 de 30 de Janeiro de 1977, p. 1; EE 17 F1 p. 44), na redacção que lhe foi posteriormente introduzida].

informações solicitadas acerca das actividades da Centros na Inglaterra e no País de Gales, o registo das sociedades recusou o seu pedido de inscrição. Esta decisão foi confirmada pelo Østre Landsret que, por sentença de 8 de Setembro de 1995, rejeitou que as disposições do Tratado sobre a liberdade de estabelecimento permitam a uma sociedade de um Estado-Membro, cuja actividade está inteiramente dirigida para o território de outro Estado-Membro, subtrair-se às disposições imperativas deste último. Na primeira instância, M. Bryde, que interveio como testemunha, declarou ignorar se a aquisição da Centros e a posterior constituição de uma sucursal na Dinamarca correspondiam a um projecto destinado a contornar a lei dinamarquesa, admitindo que «é por certo mais fácil arranjar 100 UKL do que 200 000 DKR». É neste contexto que o Højesteret, tribunal onde se encontra pendente o recurso da decisão proferida em primeira instância, solicitou ao Tribunal de Justiça auxílio na interpretação, nos termos *supra* referidos.

II — Argumentos das partes, dos governos nacionais «intervenientes» e da Comissão

4. A Centros entende que, no caso vertente, se encontram satisfeitas todas as condições impostas pelo direito dinamarquês das sociedades para o registo de uma sucursal. A recusa do registo das sociedades era, por conseguinte, contrária à liberdade de se estabelecer no território de um Estado-Membro que não o do estabelecimento principal, de que a Centros goza ao abrigo dos artigos 52.° e 58.° do Tratado. Segundo a recorrente, decorre do acórdão do Tribunal de Justiça no processo Segers [3] que o direito de uma sociedade criar um estabelecimento secundário em território comunitário se encontra unicamente sujeito às condições previstas no artigo 58.° do Tratado e não, além disso, à exigência de exercício efectivo da actividade social no Estado da constituição. Era, portanto, inteiramente irrelevante que a sociedade exercesse as suas actividades comerciais — por intermédio de uma agência, sucursal ou filial — exclusivamente num ou em vários Estados-Membros que não o do estabelecimento principal.

5. O Governo do Reino-Unido apresenta observações idênticas; segundo ele, a recusa de registo da sucursal equivale a negar à Centros um direito que constitui a própria essência da liberdade de estabelecimento e afronta o princípio do reconhecimento mútuo das sociedades. O interesse legítimo de protecção dos credores das sociedades de capitais pode ser prosseguido, de forma adequada, através de meios menos restritivos que a medida ora em causa e que, aliás, já se encontram previstos pelo direito comunitário. As autoridades britânicas recordam, por exemplo, o sistema coordenado de publicidade de numerosos actos e informações relativos às sucursais cri-

3 — Acórdão de 10 de Julho de 1986 (79/85, Colect., p. 2375).

adas num Estado-Membro por sociedades reguladas pelo direito de outro Estado-Membro, instituído pela Décima Primeira Directiva do Conselho em matéria de direitos das sociedades (a seguir «Décima Primeira Directiva») [4]. Graças a esta directiva, terceiros que, por intermédio de uma sucursal, estabeleçam relações contratuais com a sociedade-mãe são informados do facto que esta foi constituída noutro Estado-Membro, em conformidade com as prescrições legais desse Estado, incluindo dados relativos ao respectivo capital inicial, uma vez que estas informações podem ser consultadas junto do registo nacional onde a sucursal está inscrita. O Governo britânico reconhece que deve distinguir-se, seguindo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o exercício legítimo do direito de estabelecimento da adopção, puramente formal, de um comportamento regulado pelo direito comunitário. Conclui, todavia, que não é possível em caso algum qualificar como tal a constituição, por parte de nacionais de um Estado-Membro, de uma sociedade em conformidade com as leis de outro Estado-Membro. De qualquer modo, a restrição do direito de estabelecimento que resulta da decisão do registo das sociedades não pode ter como fundamento objectivos de carácter puramente económico, não visados pelo artigo 56.° do Tratado.

6. O registo das sociedades insiste no facto de que casal Bryde não podia, com base na constituição de uma sociedade *«pro forma»* no Reino-Unido, invocar os artigos 52.° e 58.° do Tratado para se subtrair à entrada do capital mínimo legal. No caso vertente, a sucursal cujo registo foi solicitado pela Centros, por intermédio de M. Bryde, constitui, na realidade, a sociedade-mãe. Quanto ao conceito comunitário de «sucursal», a recorrida sugere, na falta de definições que possam ser retiradas de fontes normativas, o recurso ao conceito utilizado pelo Tribunal de Justiça nos seus acórdãos interpretativos da Convenção relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial, assinada em Bruxelas em 27 de Setembro de 1968 (a seguir «convenção») [5]. Resultava dessa jurisprudência [6], precisamente, que, se não existe uma casa-mãe dotada de poderes reais de direcção e de controlo da sucursal, é esta última que constitui o centro das operações da empresa. Deverá, então, logicamente, segundo o registo das sociedades, satisfazer as condições a que está subordinada a constituição do estabelecimento principal e, não, as do estabelecimento secundário. O carácter necessário do exercício efectivo de uma actividade económica pela casa-mãe, para poder exercer a liberdade de criar um estabelecimento secundário, podia deduzir-se, de resto, *mutatis mutandis*, da jurisprudência em matéria de livre circulação dos trabalhadores [7]. Esta condição podia, aliás, ser legalmente imposta por um Estado-Membro, uma vez que, no actual estado de evolução do direito comunitário, continua a caber às legislações nacionais regular a constituição e o

4 — V. Décima Primeira Directiva 89/666/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativa à publicidade das sucursais criadas num Estado-Membro por certas formas de sociedades reguladas pelo direito de outro Estado (JO L 395, p. 36).

5 — JO 1972, L 299, p. 32. A versão consolidada da convenção, na redacção que lhe foi introduzida pelas posteriores convenções de adesão (a última das quais, a Convenção de 29 de Novembro de 1996 relativa à adesão da República da Áustria, da República da Finlândia e do Reino da Suécia), foi publicada no JO 1998, C 27, p. 1.

6 — Acórdãos de 6 de Outubro de 1976, De Bloos (14/76, Colect., p. 607, n.° 20), de 22 de Novembro de 1978, Somafer/Saar-Ferngas (33/78, Colect., p. 735, n.° 12), e de 18 de Março de 1981, Blanckaert & Willems/Trost (139/80, Recueil, p. 819, n.° 12).

7 — Acórdão de 23 de Março de 1982, Levin (53/81, Recueil, p. 1035, n.° 21), segundo o qual, as vantagens que o direito comunitário confere em nome dessa liberdade apenas podem ser invocadas por pessoas que exerçam *verdadeiramente* ou pretendam *seriamente* exercer uma actividade assalariada num Estado-Membro que não o de origem.

funcionamento das empresas. Por outro lado, tal como o Tribunal de Justiça entretanto declarou, o Estado de acolhimento pode perfeitamente exigir das pessoas comunitárias estrangeiras que respeitem as condições de exercício da actividade aplicáveis aos nacionais e às sociedades nacionais, desde que daí não resulte para as primeiras uma impossibilidade de exercício efectivo do direito de estabelecimento [8]. O registo das sociedades defende que a reivindicação da Centros constitui um exercício abusivo do direito de estabelecimento e sugere a aplicação, por analogia, ao caso vertente, da doutrina Van Binsbergen [9] deste Tribunal, elaborada no quadro da interpretação do artigo 59.° do Tratado. Segundo os princípios estabelecidos pelo Tribunal de Justiça nesse acórdão, é permitido a um Estado-Membro adoptar medidas destinadas a impedir que a livre prestação de serviços seja invocada por um operador de outro Estado-Membro, cuja actividade é inteira ou principalmente dirigida para o território do primeiro Estado, com o objectivo de se subtrair à aplicação das regras profissionais que lhe seriam aplicáveis se nele se encontrasse estabelecido. Por fim — conclui o registo das sociedades — ainda que fosse permitido à Centros invocar o direito ao livre estabelecimento num território comunitário, tal não significa que a condição referente ao montante mínimo do capital inicial da sociedade de responsabilidade limitada, prevista pelo direito dinamarquês para proteger os interesses dos sócios, e dos eventuais empregados e credores, não constituía uma medida perfeitamente legítima, não obstante a ausência de harmonização sobre a matéria a nível comunitário. O reforço do suporte financeiro das sociedades deste tipo constituía uma exigência imperativa de interesse geral. Tal exigência não podia ser prosseguida por meios menos restritivos que o da recusa de registo, implicando, pelo contrário, medidas mais rigorosas, como a extensão da responsabilidade dos sócios ao respectivo património pessoal ou a criação da obrigação de prestar uma caução aquando da constituição de uma sociedade, por forma a garantir as suas futuras dívidas perante a administração fiscal ou a segurança social, ou outros credores públicos. Lembrando jurisprudência constante do Tribunal de Justiça em matéria de utilização abusiva dos direitos decorrentes de regras comunitárias, o registo das sociedades salienta, em particular, que, na decisão Segers, precisamente invocada pela Centros, o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 56.° do Tratado permite, em princípio, dentro de certos limites, a aplicação de um regime especial para as sociedades constituídas de acordo com o direito de um outro Estado-Membro se este regime se justificar por exigências de luta contra as práticas fraudulentas. É certo que a legislação neerlandesa em causa nesse processo foi definitivamente considerada injustificada, nos termos da referida disposição, porque a recusa de conceder uma prestação por doença ao administrador da sucursal de uma sociedade «puramente formal», constituída de acordo com o direito de um outro Estado-Membro, não constituía uma medida apropriada para esse efeito. Todavia, a solução adoptada no caso concreto não retirava nada à validade do princípio geral enunciado pelo Tribunal de Justiça. De resto, a protecção dos interesses financeiros dos credores não constituía um objectivo económico — como tal não abrangido pelo referido artigo 56.° — mas tendia à preservação de um sistema jurídico fundado na lealdade das relações contratuais.

8 — V. acórdão de 12 de Julho de 1984, Ordre des avocats du barreau de Paris (107/83, Recueil, p. 2971, n.os 18 e 20).

9 — Acórdão de 3 de Dezembro de 1974 (33/74, Colect., p. 543, n.° 13).

7. Os argumentos do registo das sociedades são partilhados, além do Governo dinamar-

quês, pelas autoridades francesas e suecas. O Governo dinamarquês excepciona, levanta a questão prévia de que estamos perante uma situação puramente interna da Dinamarca, de modo que as normas comunitárias invocadas pela Centros são inaplicáveis no caso vertente. Com efeito, a recorrente tentaria contornar as disposições nacionais mediante a constituição de uma sociedade-mãe «disfarçada» de sucursal. Todavia, na falta de um vínculo de natureza comercial real e contínua entre a Centros e a vida económica britânica, bem como entre a sociedade e a sucursal dinamarquesa, não está reunida no caso vertente a condição enunciada pelo Tribunal de Justiça nos processos Levin e Gebhard [10]. Em todo caso, no entender do Governo dinamarquês, está excluído que o acórdão Segers seja aplicável ao processo principal, no qual não existem os aspectos discriminatórios em razão da nacionalidade.

8. O Governo francês sustenta, por seu turno, que o princípio da irrelevância, para efeitos do direito de estabelecimento, da falta de exercício de actividades comerciais no país da constituição da sociedade estrangeira — afirmado pelo Tribunal de Justiça no processo Segers e presentemente invocada pela Centros (v. *supra*, n.° 4) — apenas é aplicável se a operação de montagem se mostrar justificada por razões lícitas e não encobrir qualquer intenção abusiva ou fraudulenta. Diferentemente sucede quando, como no caso vertente, o único objectivo da operação é contornar as normas em vigor em matéria de direito das sociedade no Estado de estabelecimento secundário. Este último poderá então indeferir o pedido de registo da sucursal, devendo considerar-se feita a prova do carácter abusivo ou fraudulento da conduta em questão. Por esta razão, em França, a autoridade competente pode ser levada a declarar a existência eventual de um exercício abusivo do direito de estabelecimento por parte de um interessado na hipótese em que a actividade da sucursal da sociedade estrangeira é «regulamentada», isto é, sujeita a controlo, autorização ou diploma.

9. O Governo neerlandês reconhece, por seu turno, que a decisão do registo das sociedades é contrária ao artigo 52.° do Tratado mas insiste, ao invés, nos limites a que está sujeita a aplicabilidade da norma em questão ao caso vertente. Em especial, salientando a exigência de uma interpretação coerente do conjunto das normas comunitárias relativas às liberdades fundamentais, lembra o princípio — estabelecido pelo Tribunal de Justiça no acórdão Rutili [11], relativa à livre circulação de

10 — V. acórdão já referido, nota 7, e de 30 de Novembro de 1995 (C-55/94, Colect., p. I-4165, n.os 25 e 26). Segundo este último acórdão, a liberdade de estabelecimento — diferentemente da livre circulação de serviços caracterizada pela natureza temporária das actividades exercidas noutro Estado-Membro — visa permitir aos nacionais comunitários participar, de modo estável e contínuo, na vida económica do Estado-Membro diferente do seu Estado de origem e dela tirar benefício, favorecendo assim a interpenetração económica e social no interior da Comunidade no domínio das actividades independentes.

11 — V. acórdão de 28 de Outubro de 1975 (36/75, Colect., p. 415, n.° 28) relativo à interpretação dos artigos 7.° (actual 6.°) e 48.° do Tratado.

trabalhadores — segundo o qual a existência de uma ameaça efectiva e suficientemente grave para a ordem pública é susceptível de justificar eventuais restrições nacionais, baseadas no comportamento da pessoa interessada. É à luz destas precisões que haverá que interpretar as afirmações do Tribunal de Justiça no acórdão Segers, segundo as quais as exigências de luta contra as operações fraudulentas podem justificar a aplicação de um tratamento diferenciado às sociedades constituídas em conformidade com o direito de um outro Estado-Membro; com efeito, esta excepção é, também ela, baseada no conceito de ordem pública, contemplado no artigo 56.° do Tratado.

10. A Comissão, por fim, propõe uma visão diferente e mais articulada do caso presentemente em análise. Por um lado, afirma que a Centros simplesmente exerceu o direito de se estabelecer num Estado-Membro que lhe oferecia, quanto ao capital social inicial exigido, condições mais vantajosas: o que — como deverá deduzir-se do acórdão Segers — é precisamente um dos objectivos da liberdade de estabelecimento. A possibilidade de se servir de tipos de sociedades estrangeiras e das diferenças existentes a este propósito entre as legislações dos Estados-Membros não constitui, em si, um desvio injustificado de disposições nacionais. Nas circunstâncias do caso no processo principal a prática administrativa descrita, que consiste para o registo das sociedades em elaborar um inquérito (v. *supra* n.° 3) e a consequente indeferimento de registo de uma sucursal de uma sociedade que reúne as condições estabelecidas no artigo 58.° do Tratado implicam — no entender da Comissão — discriminações em razão da nacionalidade proibidas por força do artigo 52.° Não é permitido ao Estado de acolhimento do estabelecimento secundário subordinar o registo da sucursal à condição de a sociedade-mãe preencher todas as condições exigidas para a constituição das sociedades, tais como as previstas na sua lei nacional. Ao invés, quando — como no o caso que ora nos ocupa — não existe coordenação a nível comunitário, é legítimo, no entender da Comissão, que o Estado-Membro de estabelecimento secundário possa fixar condições para efeitos de registo da sucursal assentes em normas internas e visando garantir às pessoas que estabelecem no seu território uma relação com a sociedade estrangeira uma protecção dos credores da sociedade mais ampla do que a resultante dos actos constitutivos da sociedade estrangeira. No caso em apreço, resulta, se não com certeza, pelo menos com verosimilhança, que as disposições dinamarquesas relativas à entrada de capital inicial realizam um objectivo declarado de protecção dos credores públicos. Relativamente a tal objectivo, é contudo desproporcionado recusar pura e simplesmente o estabelecimento secundário, em razão de uma presumível intenção de iludir as normas em vigor. Não se poderá aplicar a esta recusa nenhuma das razões justificativas previstas no artigo 56.° do Tratado, o qual não se aplica a objectivos de carácter económico e, em todo o caso, pressupõe a prova da existência de uma intenção fraudulenta da sociedade estrangeira relativamente aos seus credores na Dinamarca. Segundo a Comissão, no contexto factual e normativo do processo no caso principal, um meio adequado e menos restritivo, com vista à protecção dos credores, consistiria em subordinar o registo da sucursal à condição que a sociedade-mãe tenha um capital inicial correspondente ao que é previsto pelas disposições nacionais relevantes para efeitos de constituição na Dinamarca de sociedades análogas.

III — Análise jurídica da questão submetida ao Tribunal de Justiça

11. O despacho de reenvio circunscreveu claramente o objeto da presente questão prejudicial nos seguintes termos: no caso principal, não se contesta o direito das «private Companies limited by shares», regularmente constituídas e tendo a sua sede social na Inglaterra ou no País de Gales, de se estabelecer no território dinamarquês através de sucursais, não obstante o facto de o capital inicial mínimo prescrito pelas leis britânicas para uma sociedade deste tipo ser claramente inferior ao exigido pelo direito dinamarquês para sociedades do mesmo tipo estabelecidas na Dinamarca. De resto, se nos termos às afirmações feitas na audiência pelo representante da administração dinamarquesa, as sociedades de responsabilidade limitada comunitária, designadamente britânicas, valem-se largamente, na prática, do direito de estabelecimento na Dinamarca, sem que tal as exponha à adopção, pelo registo das sociedades, de medidas de proibição análogas à presentemente impugnada. A questão que se coloca é, por conseguinte, diferente: uma sociedade que pretende exercer as suas actividades comerciais *exclusivamente* no país de registo da sucursal quando resulta que a escolha inicial, de constituir a sociedade num outro Estado-Membro, diferente daquele em que se propõe actuar, foi motivada *unicamente* pelo objectivo de se subtrair às exigências legais mais rigorosas, relativas ao capital social mínimo, previstas pela lei do Estado-Membro de estabelecimento secundário, exerce legitimamente o direito de constituir um estabelecimento secundário? De acordo com a administração dinamarquesa, a resposta, face às circunstâncias do caso, deve ser negativa (e a medida exposta na questão prejudicial deve, por conseguinte, ser declarada compatível com as disposições do Tratado). Mais exactamente, as autoridades dinamarquesas inferem das circunstâncias que subjazem ao caso presentemente em questão dois tipos de argumentos: o indeferimento do registo da sucursal da Centros não restringiria a liberdade de estabelecimento em contradição com o artigo 52.° do Tratado e, subsidiariamente, se existisse uma restrição, esta relevaria de qualquer modo do regime particular aplicável às sociedades estrangeiras que o artigo 56.° do Tratado permite aos Estados-Membros prever, designadamente por razões de ordem pública. Analisaremos antes de mais a primeira e depois a segunda linha de argumentação da recorrida. Seja-nos permitido contudo preceder esta análise de uma breve nota relativa à jurisprudência na matéria e à função do estabelecimento secundário estrangeiro na estrutura organizacional da empresa.

12. A norma contida no artigo 52.° do Tratado, directamente aplicável após o fim do período transitório, visa garantir o tratamento nacional a qualquer cidadão de um Estado-Membro que, mesmo a título secundário, se estabeleça noutro Estado-Membro para aí exercer uma actividade liberal. Entra igualmente no objecto do direito de estabelecimento a constituição e gestão de empresas, em conformidade com as disposições estabelecidas pela lei do país de acolhimento para os seus nacionais, bem como a constituição de

agências, sucursais ou filiais por nacionais comunitários estabelecidos a título principal no território de outro Estado-Membro. Por força do artigo 58.° do Tratado, o direito de estabelecimento compreende, entre outros, para as sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e que tenham a sua sede social, administração central estabelecimento principal na Comunidade o direito de operar noutro Estado-Membro através de um estabelecimento secundário. Desta liberdade fundamental decorrem, enquanto corrolários, três outros: a actividade de empresa pode ser exercida sobre a forma de sociedade num Estado-Membro através de uma sociedade nacional desse Estado ou de outro Estado-Membro; para efeitos do seu estabelecimento secundário a sociedade tem o direito de escolher entre a criação de uma filial ou de uma sucursal; a sociedade estrangeira é titular, no Estado de acolhimento do estabelecimento secundário, dos mesmos direitos de que gozam as sociedades nacionais [12].

Uma vez que a disposição liberal do artigo 58.°, já referido, pode ser interpretada no sentido da admissão da liberdade de criar um estabelecimento secundário igualmente para as pessoas colectivas que tenham no território comunitário a sua sede estatuária, mas não a sua sede social «real», isto é, a sua administração central, nem o seu centro de actividade principal, rapidamente surgiu a necessidade de precisar as condições a que esta liberdade está sujeita relativamente às sociedades *estabelecidas a título principal fora da Comunidade* [13]. Como claramente indicou o programa geral para a supressão das restrições à liberdade de estabelecimento, adoptado pelo Conselho em 18 de Dezembro de 1961 [14], para tal efeito deverá ser satisfeito um critério de conexão complementar, de natureza económica: o do vínculo «efectivo e contínuo» com a economia de um Estado-Membro [15]. Mas — bastará acrescentar — trata-se de um critério que vale para as sociedades extra-comunitárias.

13. Quanto ao conteúdo do chamado direito de estabelecimento secundário, a jurisprudência do Tribunal de Justiça salientou o facto de a sede da sociedade interessada, na acepção da tripla alternativa *supra* mencionada

12 — V. Werlauff, E.: *EC Company Law*, Copenhaga, 1993, pp. 17-22.

13 — V. S. Poillot-Peruzzetto; M. Luby, M.: *Le droit communautaire apliqué à l'entreprise*, Paris, 1998, p. 141. Y. Loussouarn observa, relativamente à génese do critério de conexão indicado *infra* no texto, como as autoridades comunitárias e os delegados dos Estados-Membros partiram da constatação que o artigo 52.° condiciona o direito de estabelecimento secundário das pessoas singulares ao estabelecimento (primário) no território de um Estado-Membro: portanto, à condição — suplementar em relação à da cidadania — do domicílio na Comunidade. Todavia, a transposição pura e simples desta exigência às sociedades, mediante a cumulação desta condição da sede real e da sede estatutária, estaria em contradição flagrante e irremediável com o prescrito no artigo 58.° (v. «*Le rattachement des sociétés et la Communauté économique européenne*», *in Études de droit des Communautés européennes. Mélanges offerts à Pierre Teitgen*, Paris, 1984, p. 239, especialmente pp. 245 e 246, e «*Le droit d'établissement des sociétés*», *in Revue trimestrielle de droit européen*, 1990, p. 229, especialmente p. 236).

14 — JO 1962, 2, p. 36.

15 — Este vínculo poderá ser constituído precisamente pela presença de uma dependência da sociedade extracomunitária no território de um Estado-Membro, desde que a actividade desta articulação territorial tenha carácter permanente, efectivo e pertinente (com exclusão, por exemplo, de simples escritório de representação ou de balcões que não operam no mercado ou empregam um número muito restrito de empregados). Ao invés, a nacionalidade das pessoas singulares dos sócios ou dos membros dos órgãos de gestão ou de controlo da sociedade é, nesta óptica, desprovida de importância.

(v. n.° 12), «serve para determinar, à semelhança da nacionalidade para as pessoas singulares, a sua subordinação à ordem jurídica de um Estado. Admitir que o Estado-Membro de estabelecimento possa conceder livremente um tratamento diferente, unicamente pelo facto de a sede de uma sociedade estar situada em um outro Estado-Membro significaria, portanto, esvaziar [a disposição do artigo 52.° do Tratado] do seu conteúdo» [16]. Por conseguinte, uma vez que estão reunidas as duas condições, de legalidade e de conexão a um dos países membros, às quais o artigo 58.°, já referido, subordina o reconhecimento da nacionalidade comunitária de uma sociedade, esta última terá direito ao tratamento nacional mesmo se exerce *inteiramente* as suas actividades comerciais noutro Estado-Membro diferente do estabelecimento principal através de uma agência, de uma sucursal ou de uma filial [17]. Podemos deduzir além disso da jurisprudência deste Tribunal «que as regras de igualdade de tratamento proíbem não só as discriminações ostensivas em razão da nacionalidade, ou da sede, no que diz respeito às sociedades, mas ainda qualquer forma de discriminação dissimulada que, mediante a aplicação de outros critérios de distinção, conduza efectivamente ao mesmo resultado» [18]. Do mesmo modo, o Tribunal de Justiça declarou incompatíveis com o Tratado medidas estatais *não* discriminatórias, mas susceptíveis de afectar ou de tornar menos atraente o exercício pelos nacionais comunitários (ou as sociedades), das liberdades fundamentais garantidas pelo direito comunitário [19].

14. Por outro lado, por força do artigo 56.° do Tratado, os Estados-Membros podem derrogar a proibição de medidas restritivas do estabelecimento no seu território e aplicar um regime particular às pessoas (singulares e colectivas) estrangeiras que beneficiam do direito reconhecido pela ordem comunitária, quando surgem razões de ordem pública, de segurança pública e de saúde pública que justifiquem este regime especial. Enquanto constitui uma derrogação a um princípio fundamental do Tratado, o já referido artigo 56.°, deve ser interpretado restritivamente. A sua aplicabilidade está portanto sujeita à existência de uma ameaça real e suficientemente grave que afecte um dos interesses fundamentais da colectividade, incluindo a prevenção de eventuais abusos e a protecção do interesse inerente à aplicação adequada da regulamentação nacional em matéria de prevenção [20]. Está assim afastada a hipótese de a norma poder ser invocada para prosseguir objectivos de natureza económica [21]; além disso, as medidas tomadas para efeitos de preservação dos interesses que é suposto protegerem devem limitar-se ao estritamente necessário e respeitarem o princípio da proporcionalidade [22].

16 — V., *ex multis*, acórdãos de 28 de Janeiro de 1986, Comissão/França (270/83, Colect., p. 273, n.os 13, 14 e, especialmente, n.° 18); de 17 de Janeiro de 1997, Sodemare e o. (C-70/95, Colect.,, p. I-3395, n.os 25 e 26); e de 16 de Julho de 1998, ICI (C-264/96, Colect., p. I-4695, n.° 20).

17 — V. acórdão Segers, já referido, nota 3, n.os 14 e 16. Com esta decisão o Tribunal de Justiça declarou incompatível com os artigos 52.° e 58.° do Tratado o facto, para as autoridades competentes do Estado-Membro de acolhimento do estabelecimento secundário (filial), de excluir o administrador de uma sociedade de uma regime nacional de seguro de doença pelo simples facto de a sociedade-mãe ter sido constituída em conformidade com a lei de outro Estado-Membro e ter a sua sede social no território deste último, se bem que não exerça nenhuma actividade social neste Estado e opere exclusivamente no país membro do estabelecimento secundário.

18 — Acórdãos de 13 de Julho de 1993, Commerbank (C-330/91, Colect., p. I-4017, n.° 14), e de 12 de Abril de 1994, Halliburton Services (C-1/93, Colect., p. I-1137, n.° 15).

19 — V., *ex multis*, acórdão de 31 de Março de 1993, Kraus (C-19/92, Colect., p. I-1663, n.° 32).

20 — V., *ex multis*, acórdãos de 27 de Outubro de 1977, Bouchereau (30/77, Colect., p. 715, n.° 35), e Segers (já referido, nota 3, n.° 17).

21 — V., *ex multis*, acórdão de 25 de Julho de 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda (C-288/89, Colect., p. I-4007, n.° 11).

22 — V., *ex multis*, acórdãos de 18 de Maio de 1982, Adoui e Cornuaille (115/81 e 116/81, Recueil, p. 1665, n.° 9), e de 26 de Abril de 1988, Bond van Adverteerders (352/85, Colect., p. 2085, n.° 36).

Além disso, uma vez que a medida restritiva em causa é desprovida de carácter discriminatório — e, por conseguinte, na parte que interessa para o caso vertente, indistintamente aplicável às sociedades nacionais e às sociedades estrangeiras comunitárias —, poderá ser justificada igualmente com base em exigências imperativas ligadas ao interesse geral [23], desde que: i) essas exigências não sejam já protegidas por disposições a que a sociedade estrangeira está sujeita no Estado de estabelecimento e ii) a medida seja necessária e proporcionada [24].

15. Examinemos, os conceitos de «sucursal» e de «filial» [25], às quais se refere a disposição do artigo 52.°, recordadas seguidamente no artigo 58.° do Tratado (deixamos de lado a forma particular da agência, que não releva no caso em apreço). Qual o critério distintivo entre estas duas formas de articulação territorial permanente que uma empresa pode assumir, eventualmente no território de Estados-Membros diferentes do de origem, confiando-lhes geralmente operações em relação a terceiros? Este critério reside essencialmente na falta de personalidade jurídica autónoma da sucursal, definida como uma universalidade de facto, ou como um simples desmembramento da empresa que permite realizar uma certa descentralização [26]. A filial, pelo contrário, é juridicamente independente da sociedade-mãe que a controla [27]. Como a doutrina já observou [28], a importância de um confronto destas duas técnicas jurídicas de

23 — Como a protecção dos destinatários de um serviço, garantida pelas regras profissionais, a protecção da propriedade intelectual, a dos trabalhadores, a dos consumidores, a conservação e a valorização do património histórico e artístico nacional, a melhor difusão possível dos conhecimentos relativos ao património artístico e cultural de um país, e razões de política cultural (v., *ex multis*, acórdão Collectieve Antennevoorziening Gouda e o., já referido, nota 21, n.os 14 e 27); a protecção dos destinatários de serviços de vigilância e de renovação de patentes (acórdão de 25 de Julho de 1991, Säger, C-76/90, Colect., p. I-4221, n.° 17); a preservação da coerência do regime fiscal (acórdão de 28 de Janeiro de 1992, Bachmann, C-204/90, Colect., p. I-249); a prevenção de fraudes e a protecção da ordem social face aos efeitos nocivos da procura excessiva no sector dos jogos a dinheiro (acórdão de 24 de Março de 1994, Schindler, C-275/92, Colect., p. I-1039, n.os 58 e 59); a salvaguarda da reputação do sector financeiro nacional (acórdão de 10 de Maio de 1995, Alpine Investments, C-384/93, Colect., p. I-1141, n.° 44); a eficácia dos controlos fiscais (acórdão de 15 de Maio de 1997, Futura Participation e Singer, C-250/95, Colect., p. I-2471, n.° 31); bem como a lealdade das transacções comerciais (acórdão de 9 de Julho de 1997, De Agostini e TV-Shop, C-34/95, C-35/95 e C-36/95, Colect., p. I-3843, n.° 53).

24 — V., *ex multis*, acórdão Collectieve Antennevoorziening Gouda e o. (já referido, nota 21, n.os 13 e 15).

25 — «É a expressão "afiliata" e não o termo "filiali" visado no artigo 52.° do Tratado que corresponde na linguagem jurídica italiana ao francês "filiales", ao inglês "subsidiaries", ao alemão "Tochtergesellschaften" e ao neerlandês "dochterondernemingen"» (v. as conclusões apresentadas pelo advogado-geral G. F. Mancini em 16 de Outubro de 1985 no processo Comissão/França, já referido, nota 16, Colect. 1986, p. 275, n.° 2). V. igualmente Ruggiero, G. M.; De Dominicis, M.: «Art. 52.°» in R. Quadri R. Monaco e A. Trabucchi (sob a direcção de), *Trattato istitutivo della Comunità economica europea. Commentario*, Milão, 1965, vol. I, p. 399, especialmente pp. 412 e 413. V., contudo, a seguir nota 27.

26 — V. Cabrillac, M.: «Unité ou pluralité de la notion de succursale en droit privé», in *Mélanges en l'honneur du Doyen Joseph Hamel*, Paris, 1981, p. 119, e Loussouarn, Y.: «La succursale, technique juridique du commerce international», in *D. P. C. I.*, 1985, p. 359, especialmente p. 362.

27 — V., contudo, Pietrobon, A.: *L'interpretazione della nozione comunitaria di filiale*, Pádua, 1990. Segundo o autor, a utilização do método jurídico-formal — baseado nos «conceitos e métodos próprios dos direitos internos, como se estes últimos, considerados isoladamente numa perspectiva comparatista, tivessem necessariamente que fornecer o modelo para a interpretação do Tratado» — resulta inadequado para efeitos de interpretação dos conceitos de agência, ou sucursal e filial, na medida em que não permite apreender determinados tipos de dependência, sem que esta exclusão seja de algum modo justificada. Além disso, a interpretação *funcional* da noção de «estabelecimento secundário» revela que as suas características essenciais (subordinação do estabelecimento auxiliar às opções organizacionais da casa-mãe a quem cabe decidir da própria existência das atribuições e das modalidades fundamentais da actividade de articulação territorial) são de molde a impor a conclusão que uma empresa autónoma, dotada de uma organização e de fundos de comércio próprios, não pode ser a sede secundária de uma outra empresa. «É, portanto, duvidoso reconduzir ao conceito assim delineado as sociedades filiais que, como vimos, não são mencionados na versão italiana do artigo 52.°... A criação, por uma empresa constituída num Estado-Membro, de uma sociedade filial noutro Estado-Membro é uma operação que deve ser considerada mais exactamente como um estabelecimento primário (precisamente da sociedade filial). A questão não tem, contudo, importância no plano prático, uma vez que a possibilidade de criar sociedades filiais é reconhecida por ambas as interpretações» (*idem*, pp. 101 a 115, especialmente pp. 103, 114 e 115; notas omissas; tradução livre).

28 — V. Loussouarn (*op. cit. supra*, nota 26), pp. 363 a 368.

estabelecimento transfronteiriço das sociedades manifesta-se sob múltiplos aspectos.

IV — Solução da questão prejudicial submetida ao Tribunal de Justiça

Análise da compatibilidade do indeferimento do registo da sucursal dinamarquesa a Centros com a liberdade fundamental de estabelecimento

Antes de mais, dado que a *nacionalidade* constitui um atributo da personalidade, a sucursal, cuja actividade se identifica com a sociedade de que depende, não pode ter nacionalidade distinta desta última. A sua situação jurídica é regida pelo ordenamento de pertença da sociedade estrangeira, de que constitui mero prolongamento. O princípio oposto aplica-se às filiais. Aliás, se bem que a sucursal seja dotada de determinada autonomia de gestão, é, apesar de tudo, à sociedade-mãe que há que reconduzir a *actividade ligada às transacções* efectuadas por conta da sociedade-mãe, por quem é afectado ao serviço do estabelecimento anexo. A filial, pelo contrário, pode validamente celebrar contratos, salvo a intervenção eventual da sociedade-mãe na operação na qualidade de contratante. Por fim, com base no princípio da *unidade do património*, as dívidas (e, como corolário, os créditos) contraídos no exercício das actividades da sucursal devem ser imputadas à sociedade (quando não há que falar de dívidas *da* sucursal), mesmo se — por razões de ordem prática — será nesse caso normalmente permitido ao credor citar a sociedade para comparecer no órgão jurisdicional do lugar onde está estabelecida a sucursal (v. *infra*, n.° 18). A filial, pelo contrário, é dotada de património próprio, que responde pelas dívidas pela mesma contraídas; entre a sociedade-mãe e os credores interpõe-se o «ecran» da filial dotada de personalidade jurídica distinta.

16. Em nosso entender, a medida adoptada pela administração dinamarquesa viola as disposições do Tratado em matéria de livre estabelecimento. Como explicaremos melhor, em seguida, longe de restringir simplesmente o exercício do direito de estabelecimento secundário reconhecido às sociedades estrangeiras comunitárias, afasta-o radicalmente. No caso vertente, com efeito, o casal Bryde fica impedido de exercer na Dinamarca uma actividade de empresário por meio de uma sociedade regularmente constituída e tendo sede social noutro Estado da Comunidade. O registo das sociedades parece, no essencial, deduzir que os interessados, porque pretendem operar unicamente no mercado nacional, devem para o efeito observar o regime prescrito em direito dinamarquês para o tipo de sociedade comercial que escolheram; tal conclusão viola, em nosso entender, o artigo 52.° do Tratado. Importa igualmente apreciar o caso vertente com base no artigo 58.° Deste ponto de vista, a Centros é discriminada relativamente às sociedades constituídas em conformidade com a legislação dinamarquesa, não sujeitas a impedimentos análogos quando estabelecem sucursais na Dinamarca. A medida em causa afecta, além disso, indirectamente o direito da sociedade recorrente de escolher, alternativamente,

entre a abertura na Dinamarca de uma sucursal ou de uma filial. Parece-nos evidente que as autoridades dinamarquesas não teriam que censurar a Centros se a sociedade constituída no Reino Unido tivesse preferido abrir, para efeitos de estabelecimento transfronteiriço, em vez de uma simples sucursal, uma filial, a qual deve por definição satisfazer — porque distinta da sociedade-mãe — os requisitos estabelecidos pela lei nacional aplicável, incluindo em matéria de capital social mínimo. A livre escolha da forma jurídica adequada para o exercício da actividade comercial noutro Estado-Membro é, portanto, expressamente garantida aos operadores económicos pela segunda frase, primeiro parágrafo, artigo 52.°, do Tratado e não pode ser limitada, contrariamente ao que ocorreu no caso vertente, por disposições discriminatórias [29].

17. Analisemos mais de perto os argumentos que a administração dinamarquesa opõe às considerações que julgamos oportuno adiantar. Contesta que a Centros possa legalmente invocar o direito de livre estabelecimento nos temos do Tratado. Pelo facto de não exercer actividade económica no Reino Unido a sociedade aí constituída pelo casal Bryde não tem um vínculo efectivo e contínuo com este país redundando numa situação puramente interna, e, portanto, estranha ao direito comunitário; alternativamente, estaríamos confrontados com um caso — igualmente não susceptível de protecção — de exercício abusivo e fraudulento do direito de estabelecimento tal como previsto no Tratado [30]. Estes argumentos não nos parecem convincentes, por razões que iremos explicar, mesmo prescindindo do relevo que o critério que consiste em exigir o exercício de uma actividade efectiva na esfera da sociedade ser, abstraindo mesmo do seu carácter discutível quanto ao fundo, de aplicação problemática, em razão do seu carácter indeterminado. Quais deveriam ser a natureza, a duração e o alcance das actividades da sociedade-mãe para que esta possa livremente exercer o direito de abrir um estabelecimento secundário?

18. Assinalemos, para precisar as conclusões formuladas acima, que não se deve ter por excluída a aplicabilidade das disposições em matéria de livre estabelecimento, como pretende o Governo dinamarquês no caso vertente, a não ser que a situação dos sujeitos interessados — nacionais ou sociedades que tenham a nacionalidade de um dos Estados-Membros — não apresente nenhum elemento de conexão com as disposições do direito comunitário não podendo este último servir de quadro de referência [31]. Pela nossa

29 — V. acórdão Comissão/França (já referido, nota 16, n.° 22).

30 — Timmermans C.: «Methods and Tools for Integration. Report», in R. M. Buxbaum, G. Hertig, A. Hirsch e K. J. Hopt (sob a direcção de), *European Business Law. «Legal and Economic Analyses on Integration and Harmonization»*, Berlim-Nova Iorque, 1991, p. 129, especialmente pp. 136 e 137.

31 — V., *ex multis*, acórdão de 19 de Março de 1992, Batista Morais (C-60/91, Colect., p. I-2085).

parte, não pensamos, que tal seja o caso no processo principal. A Centros foi constituída com base nas leis em vigor na Inglaterra e no País de Gales, e tem a sua sede no Reino Unido. Esta circunstância basta para a considerar abrangida no âmbito da aplicação dos artigos 52.° e 58.° do Tratado. É supérfluo, parece-nos, verificar os dados relativos à nacionalidade dos sócios e dos administradores ou ao âmbito territorial de actividade da sociedade [32]. Por outro lado, de acordo com a jurisprudência do Tribunal, a referência no artigo 52.° aos «nacionais de um Estado-Membro» que pretendam estabelecer-se «no território de outro Estado-Membro» não pode ser interpretada de modo a excluir dos benefícios do Tratado os cidadãos comunitários que — utilizando as possibilidades existentes em matéria de circulação e de estabelecimento — se encontram, relativamente ao seu Estado de origem, numa situação equiparável à de todas as outras pessoas que beneficiam dos direitos e liberdades garantidos pelo Tratado [33]. A administração dinamarquesa insiste na necessidade que o estabelecimento principal exerça realmente as actividades indicadas como objecto social. Raciocinando deste modo, acaba todavia por ler no texto do artigo 58.° do Tratado *um ulterior requisito*, a que estaria sujeito o direito de estabelecimento secundário. Os requisitos formais estabelecidos no artigo 58.°, destinados a determinar as sociedades beneficiárias do direito em questão, são no entanto, em nosso entender, taxativos. O dado jurídico-formal assume uma importância decisiva. O ponto crucial é o seguinte: não há lugar para inquéritos quanto à natureza e conteúdo das actividades que a empresa exerce ou se propõe exercer [34]. Em matéria de liberdade de estabelecimento dos particulares, o Tribunal, de resto, teve já ocasião de se pronunciar sobre as pretensões de um Estado-Membro subordinar o exercício do direito em questão a um requisito ulterior (no caso, o da residência efectiva no território nacional) relativo à condição de ser cidadão de um Estado-Membro, que é *o único pressuposto subjectivo estabelecido pelo artigo 52.° do Tratado*. Uma tal exigência — tal como o Tribunal de Justiça declarou — é contrária ao direito comunitário [35]. Por essa razão, a aproximação — proposta pelo registo das sociedades — entre o caso vertente e o que foi objecto do acórdão Levin já referi-

32 — V. acórdão Säger, já referido, nota 3, n.° 14; v., *supra*, nota 17 e, *infra*, notas 45 e 46 bem como as partes do texto que se lhe referem. V., igualmente, acórdão de 5 de Outubro de 1994, TV10 (C-23/93, Colect., p. I-4795, n.° 15), segundo o qual a circunstância de um organismo de radiodifusão se ter estabelecido num outro Estado-Membro com o fim de escapar à legislação do Estado-Membro da recepção dos programas que difunde, não exclui que as suas emissões possam ser consideradas como «serviços» na acepção e para efeitos do artigo 59.° do Tratado. A situação da Centros deve portanto ser distinguida, por exemplo, da — apreciada pelo Tribunal de Justiça no processo Esso Española — que se refere unicamente ao desenvolvimento, no interior de um Estado-Membro, da actividade de uma sociedade que tem a sua sede nesse mesmo Estado e nele opera (v. acórdão de 30 de Novembro de 1995, Esso Espanhola, C-134/94, Colect., p. I-4223, n.os 12 a 17).

33 — V. acórdão de 7 de Fevereiro de 1979, Knoors (C-115/78, Colect., p. 173, n.os 20 e 24).

34 — Cath, I. G. F.: «*Freedom of Establishment of Companies: a New Step Towards Completion os the Internal Market*», in F. G. Jacobs (sob a direcção de), *1986 Year Book of European Law*, Oxford, 1987, p. 247, especialmente p. 259 e 261. V., igualmente, *mutatis mutandis*, acórdão de 12 de Março de 1996, Pafitis e o. (C-441/93, Colect., p. I-1347, n.os 18 e 19), segundo o qual «resulta do título da segunda directiva [em matéria de direito das sociedades] e do seu artigo 1.° que se aplica às sociedades referidas no artigo 58.°, segundo parágrafo, do Tratado CE, constituídas sob a forma de sociedades anónimas. O critério adoptado pelo legislador comunitário para definir o âmbito de aplicação da segunda directiva é, por conseguinte, o da forma jurídica da sociedade, qualquer que seja a sua actividade».

35 — Segundo o Tribunal de Justiça «não cabe à legislação de um Estado-Membro restringir os efeitos da atribuição da nacionalidade de outro Estado-Membro, exigindo um requisito suplementar para o reconhecimento dessa nacionalidade com vista ao exercício das liberdades fundamentais previstas pelo Tratado. Consequentemente não pode aceitar-se uma interpretação do artigo 52.° do Tratado nos termos da qual, quando um cidadão de um Estado-Membro possua simultaneamente a nacionalidade de um Estado terceiro, os outros Estados-Membros podem sujeitar o reconhecimento da qualidade de cidadão comunitário a uma condição como a residência habitual do interessado no território do primeiro Estado» (v. acórdão de 7 de Julho de 1992, Micheletti e o., C-369/90, Colect., p. I-4239, n.os 10 e 11). V., igualmente, acórdão de 7 de Fevereiro de 1979, Auer (136/78, Colect., p. 199, n.° 28), segundo o qual «nenhuma disposição do Tratado permite, no âmbito de aplicação deste, tratar de modo diferente os nacionais de um Estado-Membro de acordo com o momento ou o modo como adquiriram a nacionalidade desse Estado, quando no momento em que invocam o benefício das disposições do direito comunitário, possuem a nacionalidade de um dos Estados-Membros e estão, além disso, reunidas as outras condições de aplicação da norma que invocam».

do [36] é, em nosso entender, impossível na prática, dada a diferença de formulação do artigo 52.°, que garante em termos abstractos a simples faculdade de empreendimento no plano económico (v., *infra*, n.° 19), em relação à formulação do artigo 48.°, n.° 3, do Tratado, que enuncia de modo preciso o conteúdo das actividades através das quais se realiza o direito de circulação garantido aos trabalhadores assalariados [37].

19. Em apoio da posição que sustenta no caso vertente, a administração dinamarquesa refere-se, além disso, a uma outra jurisprudência, elaborada pelo Tribunal de Justiça no contexto da convenção (v., *supra*, n.° 6). A remissão para estas decisões carece de fundamento no âmbito do caso presentemente em análise. Trata-se, como sabemos, de decisões interpretativas relativas à aplicabilidade, em cada caso concreto, do critério especial da competência jurisdicional sancionada pelo artigo 5.°, n.° 5, da convenção [38]. Nestes processos, o Tribunal de Justiça limitou-se a considerar as características do conceito de estabelecimento secundário, caso a caso, pertinentes para a solução das questões prejudiciais que foram submetidas à sua apreciação. Foi chamado a garantir a plena eficácia da convenção e teve assim que recorrer a uma interpretação *autónoma* dos conceitos de filial e de sucursal. Estes conceitos que constam da convenção têm um carácter restritivo, de modo a ter em conta, acima de tudo, a exigência de evitar a multiplicação de órgãos jurisdicionais competentes e de fenómenos de *forum shopping* que daí resultam, prestando assim atenção às motivações «proteccionistas», em detrimento dos requeridos estrangeiros, da previsão originária dos critérios especiais de competência nas ordens jurídicas dos Estados

36 — Acórdão já referido, nota 7.

37 — «Nos termos do artigo 48.°, n.° 3, do Tratado, o direito de se deslocar livremente no território dos Estados-Membros é conferido aos trabalhadores "para o efeito" de responder a ofertas de emprego efectivamente feitas. Os trabalhadores têm o direito de residir num dos Estados-Membros, nos termos da mesma disposição "a fim" de nele exercerem uma actividade laboral. Além disso, o preâmbulo do Regulamento n.° 1612/68 esclarece que a livre circulação implica o direito, para os trabalhadores, de se deslocarem livremente na Comunidade "para" exercerem uma actividade assalariada, enquanto que a Directiva 68/360, no artigo 2.°, obriga os Estados-Membros a permitir aos trabalhadores que deixem o seu território "a fim" de terem acesso a uma actividade assalariada e de a exercerem no território de outro Estado-Membro. Todavia, estas fórmulas exprimem a exigência, inerente ao próprio princípio da livre circulação dos trabalhadores, de que as vantagens concedidas pelo direito comunitário em nome dessa liberdade apenas possam ser invocadas por pessoas que exerçam verdadeiramente ou pretendam seriamente exercer uma actividade assalariada» (*idem*, n.os 20 e 21).

38 — Por derrogação à regra geral referida no artigo 2.° da convenção, este critério permite ao requerente citar o requerido, com domicílio no território de um Estado contratante, perante o tribunal do lugar da sua situação no caso de um litígio relativo à exploração de uma sucursal, de uma agência ou de qualquer outro estabelecimento. «Este conceito de exploração compreende, por um lado os litígios respeitantes aos direitos e obrigações contratuais ou não contratuais relativos à gestão propriamente dita [dos estabelecimentos anexos] em si mesmos, tais como os relativos à locação do imóvel em que essas entidades se encontram instaladas ou à contratação local do pessoal que aí trabalha; por outro lado, o mesmo conceito, compreende também os litígios relativos aos compromissos assumidos pelo centro de operações acima descrito, em nome da administração principal, e que devem ser executados no Estado contratante em que se encontra esse centro de operações, bem como os litígios relativos às obrigações não contratuais que tenham origem nas actividades que [o estabelecimento anexo] desenvolve no local em que se encontram estabelecidos por conta da administração principal» (v. acórdão Somafer, já referido, nota 6, n.° 13). Recordemos, além disso que, nos termos do segundo parágrafo do artigo 8.° da convenção o segurador que, não tendo domicílio no território de um Estado contratante, possua sucursal, agência ou qualquer outro estabelecimento num Estado contratante, será considerado, por derrogação à norma do artigo 4.°, quanto aos litígios relativos à exploração daqueles, como tendo domicílio no território desse Estado; a mesma norma se aplica, por força do artigo 13.° da convenção, quando o co-contratante do consumidor não está domiciliado no território de um Estado contratante.

Contratando [39]. Trata-se de uma jurisprudência elaborada com outros fins que os presentemente considerados, e da qual não se pode certamente inferir que o estabelecimento é secundário, e não primário, só se tal concerne a actividade comercial empreendida enquanto extensão de uma sede principal que opera efectivamente, e a cuja direcção e controlo a sede secundária deve ficar sujeita.

20. Reflectamos um pouco sobre a outra tese avançada pelo registo das sociedades e pelo Governo dinamarquês: o interesse do casal Bryde em exercer na Dinamarca uma actividade comercial no âmbito de uma sociedade com limitação da respectiva responsabilidade, não mereceria a protecção oferecida pelos artigos 52.° e seguintes do Tratado porquanto o tipo de sociedade escolhida para estabelecimento na Grã-Bretanha foi feito com intenção fraudulenta. O objectivo seria iludir as normas relativas ao montante mínimo de capital social inicial, em vigor no Estado de acolhimento do estabelecimento secundário (que, seria, de acordo com essa tese, aplicável ao que é, na realidade, um estabelecimento «primário»). Certamente, o princípio segundo o qual «os sujeitos da relação jurídica não poderão abusiva ou fraudulentamente prevalecer-se das normas comunitárias» é constante na jurisprudência deste Tribunal [40] e figura entre os princípios gerais do ordenamento comuni-

39 — V. Pietrobon (*op. cit. supra*, nota 27), p. 162 a 164. Assim, na jurisprudência recordada, a afirmação do Tribunal segundo a qual «um dos aspectos essenciais característicos dos conceitos de sucursal e de agência é a sujeição à direcção e ao controlo da empresa-mãe» conduz logicamente à conclusão de que os conceitos de estabelecimento anexo considerados no n.° 5 do artigo 5.° da convenção não podem ser alargados à situação quer do concessionário exclusivo de venda, o qual não está sujeito ao controlo nem a direcção do concedente (v. acórdão De Bloss, já referido, nota 6, n.os 20 a 23), quer do representante de comércio (enquanto intermediário), quando este é um colaborador *independente* da empresa que o mandata, que se limita a transmitir à empresa as encomendas da sua clientela sem participar na estipulação nem na execução dos respectivos contratos, e a quem a empresa que representa não pode proibir que possa representar ao mesmo tempo várias firmas concorrentes (v. acórdão Blanckaert & Willems, já referido, nota 6, n.os 12 e 13). E ainda, unicamente para permitir ao órgão jurisdicional alemão de reenvio decidir se é competente para conhecer de uma acção intentada por uma empresa alemã contra uma empresa francesa com sede social em França, mas possuía na Alemanha um escritório ou ponto de contacto indicado nas cartas como «representação para a Alemanha», que o Tribunal definiu no caso Somafer o critério segundo o qual uma sucursal, agência ou filial deve ser facilmente reconhecida por terceiros como sendo um prolongamento da casa-mãe (implicando «um centro de operações que se manifesta de forma duradoura para o exterior, como o prolongamento de uma administração principal, dotado de uma direcção e materialmente equipado de maneira a poder celebrar negócios com terceiros, de tal modo que estes, sabendo que se estabelecerá um eventual vínculo jurídico com a administração principal cuja sede é no estrangeiro, ficam dispensados de se dirigir directamente a esta e podem celebrar negócios com o centro de operações que constitui o seu prolongamento»; acórdão Somafer, já referido, nota 6, n.° 12). A melhor prova do facto que o conceito de «agência, sucursal e filial» reveste no contexto da convenção um conteúdo normativo diferente do que reveste no contexto do Tratado, com conotações em determinados casos mesmo contraditórias (Pietrobon, *op. cit. supra*, p. 94), é fornecida pela orientação adoptada pelo Tribunal relativamente a uma situação na qual uma sociedade opera essencialmente, *como se fosse* a sucursal ou a filial de outra sociedade «mãe», em relação à qual, pelo contrário, fora de autonomia jurídica, [detendo mesmo a totalidade do capital social, como sucedia no processo Schotte (acórdão de 9 de Dezembro de 1987, 218/86, Colect., p. 4905)]. Mesmo neste caso, para proteger a confiança legítima de terceiros, é o critério da competência especial baseado no artigo 5.°, n.° 5, já referido, que será aplicável por analogia, uma vez que a situação de aparência criada «em função da forma como essas duas empresas se comportam na vida social e se apresentam face a terceiros nas suas relações comerciais» é de modo a determinar uma conexão estreita entre os litígios ulteriores e o tribunal que é chamado a julgá-lo. Recordemos que, de acordo com o acórdão Schotte, a disposição invocada aplica-se quando uma pessoa colectiva «ainda que não explorando uma sucursal, agência ou estabelecimento desprovido de autonomia noutro Estado contratante, aí exercer, no entanto, as suas actividades através de uma sociedade independente que tem o mesmo nome e a mesma direcção, que age e celebra negócios em seu nome e que ela utiliza como prolongamento» (n.° 17).

40 — V. acórdão de 12 de Maio de 1998, Kefalas e o. (C-367/96, Colect., p. I-2843, n.° 20) e os precedentes jurisprudenciais recordados. Por esta razão, no entender do Tribunal de Justiça, «o direito comunitário não proíbe a um Estado-Membro adoptar, na ausência de harmonização, medidas destinadas a evitar que as facilidades criadas por força do Tratado sejam utilizadas de maneira abusiva e contrária ao interesse legítimo desse Estado» (acórdão Kraus, já referido, nota 19, n.° 34).

tário. Não é contudo tarefa fácil precisar-lhe os contornos exactos. Em conformidade com o acórdão Kefalas e o., abusa do direito quem, sendo titular, o exerce de modo desrazoável para obter prejuízo de outrem, «vantagens ilegítimas e manifestamente alheias ao objectivo» prosseguido pelo legislador quando este confere ao particular uma dada posição subjectiva [41]. Nesta perspectiva do abuso de direito, transparece uma determinada afinidade entre o princípio geral que o consagra e o que se refere ao critério de proporcionalidade como limite ao exercício do poder [42]. Aliás, tal como salientou a doutrina, a célebre definição formulada pelo civilista francês Planiol, segundo a qual *le droit cesse là où l'abus commence* permanece ainda de actualidade; esta máxima evidencia claramente que a temática do abuso de direito se resolve, em última análise, na definição do conteúdo substancial da posição subjectiva e, portanto, do âmbito da faculdades reconhecidas ao sujeito que é titular. Por outras palavras, apreciar se o exercício concreto de um direito é ou não abusivo mais não significa senão delimitar, no plano substancial, o alcance do próprio direito [43]. Se assim é, seja-nos permitido lembrar conceitos já expostos (*supra*, n.os 13 e 16) em matéria de liberdade de estabelecimento. Esta liberdade compreende seguramente, para qualquer interessado, o direito de criar uma sociedade em conformidade com a legislação de um Estado -Membro para operar nesse mesmo Estado ou, *nos mesmo termos em qualquer outro Estado-Membro*. Dito de outro modo: a sociedade de novo constituída tem o direito de se estabelecer — a título principal e, eventualmente, também secundário — *onde a mesma pretenda* no quadro comunitário.

O direito de estabelecimento é essencial para a aplicação dos objectivos constantes do Tratado, que pretende garantir, indistintamente todos os cidadãos comunitários, a liberdade de empresa económica mediante os instrumentos fornecidos pelo direito nacional, assegurando a *chance* de inserção no mercado, independentemente das intenções que poderia ter concretamente o beneficiário. Dito de outro modo, trata-se de proteger a *oportunidade* de uma iniciativa económica e, em conjunto com esta, a *liberdade comercial* de utilizar os instrumentos previstos para este efeito nas ordens jurídicas dos Estados-Membros. No nosso caso, o exercício do direito de estabelecimento concretizou-se pela constituição de uma sociedade nas condições previstas pela lei do país de acolhimento. Os motivos, os cálculos, os interesses individuais do interessado que presidem a esta escolha não devem ser tidos em consideração, desde que a liberdade seja exercida em conformidade com o Tratado, e não podem, portanto, ser fiscalizados [44]. O que importa é, a compatibilidade da

41 — Acórdão Kefalas e o. (já referido, nota 40, n.° 28) (por referência à acção de declaração de invalidade do aumento de capital de uma sociedade anónima no caso de cessação de pagamentos, intentada por determinados accionistas desta sociedade). Observemos que a fórmula do princípio do abuso do direito adoptado pelo Tribunal de Justiça aparece substancialmente inspirada pelo direito comum dos Estados-Membros cujos ordenamentos são de *Civil Law* [v. L. N. Brown, *Is there a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law?*, in *Institutional Dynamics of European Integration: Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Dordrecht, 1994, vol II (sob a direcção de D. Curtin — T. Heukels), p. 511, especialmente p. 515].

42 — Brown (*op. cit. supra*, nota 41), pp. 521 e 522; Van Gerven, W.: «Principe de proporcionnalité, abus de droit et droits fondamentaux», in *Journ. Trib.*, 1992, p. 305, em especial, pp. 307 e 308.

43 — V. C. Nizzo, *L'abuso dei «diritti comunitari»: un quesito non risolto*, in *Dir. comm. internaz.*, 1997, p. 766, especialmente p. 770.

44 — V., *mutatis mutandis*, acórdão Levin (já referido, nota 7, n.os 20 a 22), segundo o qual, se um trabalhador exerce ou pretende exercer uma actividade assalariada real e efectiva num outro Estado-Membro, e como tal entra no âmbito dos beneficiários dos direitos garantidos pelo artigo 48.°, n.° 3, do Tratado e da pertinente legislação derivada (v., *supra*, n.° 18), as intenções que possam ter movido o trabalhador a procurar trabalho noutro Estado-Membro são indiferentes no que respeita o seu direito de entrada e de residência no território desse outro Estado-Membro, e não devem ser tomadas em consideração.

actividade exercida (se o interessado exerce uma) com as disposições internas de ordem pública do Estado-Membro de estabelecimento (primário ou secundário), que podem justificar eventuais medidas restritivas ao exercício da liberdade em questão. O direito de estabelecimento é reconhecido nesses termos precisamente em razão da construção do mercado único. Tanto assim é que o tratamento reservado pelo Tratado às pessoas colectivas extra comunitárias é diferente, uma vez que, para poder entrar no círculo da Comunidade, devem satisfazer o critério do vínculo efectivo e contínuo com a economia de um Estado-Membro (v. *supra* n.° 12).

A título de confirmação do que precede, seja-nos permitido recordar o processo Segers, várias vezes citado. Neste processo, um nacional holandês tinha transformado a sua sociedade unipessoal, com sede social nos Países-Baixos, numa sociedade de responsabilidade limitada, filial de uma sociedade de direito inglês, que ele tinha simultaneamente adquirido, entendendo-se que esta última não exercia qualquer actividade comercial e operava unicamente através da sede secundária. De facto, tal como resulta do processo o recurso a esta estrutura tinha sido inspirado pela única preocupação de se valer da designação «Ltd», considerada mais atractiva que a sua equivalente neerlandesa «BV», e a vontade de se subtrair ao prazo legal previsto para uma tal transformação pela lei neerlandesa [45]. Tal não impediu o Tribunal de Justiça de afirmar que a situação da sociedade do Sr. Segers, enquanto administrador, entrava no âmbito de aplicação da liberdade de estabelecimento e concluir que o recorrente tinha, por conseguinte, direito ao tratamento nacional [46]. Não vemos razão pela qual se deva chegar a conclusão oposta no caso em que a constituição da sociedade no Reino Unido é motivada — como é o caso vertente — pelo objectivo de se valer das possibilidades de operar com capital social cujo montante é adaptado às disponibilidades financeiras dos fundadores, mais diminuto que o estabelecido pela lei dinamarquesa. Tal situação — quer se agrade ou não — é consequência lógica dos direitos garantidos pelo Tratado. De resto, contribui para o objectivo pelo qual foi instaurada a liberdade comunitária de estabele-

45 — V. conclusões apresentadas pelo advogado-geral M. Darmon em 10 de Junho de 1986 no processo Segers, já referido, nota 3 (Colect. 1986, p. 2376, n.° 1).

46 — V., *supra*, nota 17, e a parte do texto que à mesma se refere. De modo análogo, o Tribunal parece ter (em todo o caso tacitamente) reconhecido a matrícula no registo dos navios de pesca britânicos de navios matriculados originariamente em Espanha e que arvoram pavilhão espanhol e a aquisição de navios britânicos e que arvoram pavilhão britânico, por sociedades de direito britânico, proprietárias ou exploradoras destes navios, cujos administradores e accionistas eram na sua maioria nacionais espanhóis, não constituíam um «abuso do direito de estabelecimento», quando o recurso maciço a essas matrículas no registo naval do Reino Unido estava sistematicamente ligado à prática conhecida como «quota hopping» isto é à «pilhagem» dos contingentes de pesca atribuídos a este Estado no âmbito de política comum da pesca, o que se traduzia em substância por um «desvio» do regime dos contingentes nacionais visando a conservação dos recursos haliêuticos e a garantia de um nível de vida aceitável para as populações dependentes da pesca [acórdão de 25 de Julho de 1991, Factortame e o. (C-221/89, Colect., p. I-3905), que declarou contrário ao artigo 52.° do Tratado uma regulamentação relativa à matrícula dos navios de pesca no registo de um Estado-Membro, que contém disposições restritivas relativas à nacionalidade, à residência e ao domicílio dos proprietários, dos fretadores e dos armadores do navio (incluindo, no caso de uma sociedade, os accionistas e os administradores), como adoptado em 1988 pelo Reino Unido para pôr termo à prática conhecida como «quota hopping» por navios que arvoram pavilhão britânico, mas não autenticamente britânicos (*idem*, n.° 4). O Tribunal de Justiça, por outro lado, acrescentou que o livre estabelecimento transfronteiriço pode ser legitimamente sujeito à condição de o navio a matricular ser explorado e as suas operações dirigidas e controladas a partir do território do Estado-Membro interessado (segundo o Tribunal de Justiça, uma tal condição cobre no essencial o próprio conceito de estabelecimento na acepção do artigo 52.° e seguintes do Tratado; *idem*, n.° 34); v., igualmente, Brown, *op. cit. supra*, nota 41, pp. 523 a 525].

cimento: favorecer a livre circulação de pessoas (e de capitais) e através dela, a realização de um mercado comum. «A este respeito, o facto de um nacional de um Estado-Membro tirar partido da flexibilidade do direito britânico das sociedades... inscreve-se nesta perspectiva [e, portanto, na lógica da ordem jurídica comunitária]» [47]. Em suma, na ausência de harmonização, é a concorrência entre sistemas normativos («competition among rules») que deve poder exercer-se livremente, mesmo em matéria de sociedades comerciais [48]. Como no processo Segers, no caso ora em apreço, as liberdades acima referidas fazem parte do conteúdo substancial do direito controvertido: devemos, por essa razão, excluir que o casal Bryde tenha retirado «benefícios ilícitos e manifestamente alheios ao objectivo» dos artigos 52.° e seguintes do Tratado, subtraindo-se abusivamente a aplicação das disposições imperativas do Estado de acolhimento do estabelecimento secundário. A jurisprudência invocada pela administração dinamarquesa, longe de rebater a conclusão a que chegamos, acaba, em nosso entender, por a confirmar [49]. Resulta com efeito destes acórdãos que a fraude à lei apenas pode ser avançada quando a norma que se supõe contornada é aplicável de modo inequívoco à situação jurídica controvertida. Se o alegado desvio diz respeito a uma norma de direito nacional, importa previamente assegurar-se que a norma interna, tal como se pretende aplicar no caso vertente, pode ser utilizada pelo Tribunal enquanto conforme ao direito comunitário. É precisamente neste ponto que a argumentação do registo das sociedades aparece viciada dir-se-ia, por uma petição de princípio: ao afirmar a necessidade de aplicabilidade das disposições internas relativas ao montante mínimo de entrada de capital de uma sociedade de responsabilidade limitada no momento da sua constituição, as autoridades dinamarquesas excluem que o resultado oposto possa derivar — como, de facto, se verifica no caso vertente — do exercício da liberdade de escolha garantida aos interessados pelo Tratado, no que respeita ao instrumento (do direito das sociedades) mais adequado para o fim em vista entre todos os que são oferecidos pelas diferentes ordens jurídicas nacionais dos Estados-Membros. A medida contestada do registo das sociedades contradiz o direito comunitário precisamente porque foi adoptada na suposição, implícita mas clara, que o exercício, pelos cidadãos dinamarqueses, de uma actividade empresarial, virada essencialmente para o mercado dinamarquês, deve inevitavelmente fazer-se

47 — V. conclusões apresentadas pelo advogado-geral M. Darmon, em 10 de Junho de 1986, no processo Segers (já referidas, nota 45, n.° 6).

48 — Ehlermann, C. D.: «Compétition entre systèmes réglementaires», in *Rev. Marché commun Union europ.*, 1995, p. 220, segundo o qual se deve excluir que a «livre concorrência» entre as ordens jurídicas dos Estados-Membros em matéria de direitos das sociedades possa degenerar numa espécie de «effet Delaware» (Delaware effect) — isto é, num processo de atracção das sociedades constituídas de novo em ordens jurídicas com um nível mais fraco de protecção aos sócios investidores e aos credores, por analogia com o que se passou na época nos Estados Unidos, a favor dos direitos das sociedades em vigor no New Jersey e, mais recentemente, no Delaware —, dado que os Estados-Membros podem recorrer ao mecanismo de harmonização do direito das sociedades, nos termos do artigo 54.°, n.° 3, alínea g), do Tratado (*idem*, p. 223). D. Charny sustenta, pelo contrário, que a harmonização normativa do direito das sociedades dos Estados-Membros pode manifestar-se, do ponto de vista da «corperate theory» americana, «um processo em busca de justificação», uma vez que a concorrência entre os sistemas nacionais é susceptível de provocar, indirectamente, um efeito harmonizador análogo (*Competition among Jurisdictions in Formulating Corporate Law Rules: An American Perspective on the «Race to the Bottom» in the Communities*, in *Harv. Int'l L. Journ.*, 1991, p. 423, especialmente pp. 424 e 425).

49 — E isso quer se trate de disposições nacionais que regulamentam o acesso à profissão ou ao exercício desta pelo interessado no território nacional (relativas à organização e a qualificação, à deontologia, aos controlos e à responsabilidade), como no processo Van Binsbergen, ou a sua própria preparação profissional como no processo Knoors (já referidos, notas 9 e 33, bem como as partes do texto que se lhe referem); quer se trate, por outro lado, de disposições nacionais que estabelecem obrigações de comportamento no âmbito da regulamentação de um sector comercial específico como a fixação dos preços de venda a retalho de livros pelos editores ou os importadores (acórdão de 10 de Janeiro de 1985, Leclerc, 229/83, Recueil, p. 1, n.° 27), ou obrigações relativas ao conteúdo pluralista e não comercial dos programas transmitidos no território nacional (v. acórdão TV10, já referido, nota 32, n.° 21).

através do seu estabelecimento a título principal no território nacional. Trata-se no entanto de uma tese que não se pode sustentar no estádio actual de integração europeia, caracterizado pela realização praticamente acabada de um mercado interno graças à eliminação dos obstáculos nacionais à livre circulação de pessoas e de capitais [v. artigo 3.°, alínea c), do Tratado]. O intérprete deve tirar as consequências que se impõem da evolução já verificada na ordem jurídica comunitária; compete ao Tribunal de Justiça fazer valer o espírito do Tratado, dando-lhe aplicação de modo coerente, incluindo no que concerne à mobilidade das sociedades, à doutrina «Cassis de Dijon» relativa ao reconhecimento mútuo [50]. Dito isto, não entendemos sustentar — repete-se — que a sociedade estrangeira inactiva no país de constituição não esteja submetida, para efeitos *do exercício das actividades* da sucursal aberta num outro Estado-Membro, às disposições imperativas deste Estado, aplicáveis às sociedades nacionais do mesmo tipo. O estabelecimento secundário é com efeito susceptível de criar uma aproximação adequada entre a sociedade estrangeira e a ordem jurídica do país membro de acolhimento. A possibilidade de aplicar disposições imperativas locais não pode contudo, em caso algum, ter como consequência *impedir* a sociedade comunitária de exercer o seu direito de estabelecimento. Daí resulta, em nosso entender, referindo-nos ao caso vertente, que a pretensão do registo das sociedades de ver aplicar ao estabelecimento secundário o tratamento previsto pelo direito nacional para o estabelecimento primário, em especial no que se refere ao capital social mínimo, só pode ser considerado legítimo em presença de justificações adequadas.

Análise da existência de eventuais justificações da medida controvertida

21. Chegados a esta fase, falta-nos ainda examinar um último aspecto da questão, a saber: a medida restritiva em causa no caso vertente poderá ser justificada, por força do direito comunitário, enquanto verdadeiramente fundamentada em razões de ordem pública e proporcionada em relação aos objectivos que prossegue? O registo das sociedades invoca a exigência de entravar as práticas fraudulentas e, mais exactamente, a necessidade de proteger futuros credores da Centros em ligação com a exploração da sucursal dinamarquesa: devido à «sub-capitalização» da sociedade, pelo menos se tomarmos por base os parâmetros dinamarqueses, e à limitação da responsabilidade dos sócios, consentir no registo da sucursal na Dinamarca exporia os operadores económicos e os credores públicos dinamarqueses, no caso de posterior incapacidade da Centros ao risco de perdas financeiras. Tal

50 — V., Mortimer, T.: «*The Removal of Barriers to corporate Mobility: An Analysis of Cases Pertinent to Articles 52.° and 58.°*», e A. Caiger e D. A. Floudas (sob a direcção de), *1996 Onwards: Lowering the Barriers Further*, Chichester, 1996, p. 135, especialmente p. 150 e 154. Por força do acórdão de 20 de Fevereiro de 1979, dito «Cassis de Dijon», Rewe (120/78, Colect., p. 327, n.os 14 e 15), na ausência de um objectivo de interesse geral susceptível de primar sobre as exigências de livre circulação das mercadorias, todo o Estado-Membro está obrigado a admitir a introdução no seu território de bens legalmente produzidos ou comercializados noutros Estados-Membros, mesmo se produzidos de acordo com prescrições técnicas ou qualitativas diferentes das que estão em vigor no Estado de importação.

risco existe, não podemos negá-lo, uma vez que nos encontramos perante uma sociedade de responsabilidade limitada; mas parece-nos bem longe de constituir «uma ameaça efectiva e suficientemente grave para um dos interesses fundamentais da colectividade» como requer o artigo 56.° do Tratado: trata-se de uma norma derrogatória que, em nosso entender, melhor se adequa ao caso em que são precisamente o objecto social ou a actividade exercida pela sociedade estrangeira que colocam em perigo a ordem pública. Dito isto, se a lealdade das operações comerciais constitui uma exigência imperativa de interesse geral, que pode abstractamente justificar medidas nacionais (indistintamente aplicáveis) que restringem o direito de estabelecimento, não pensamos que este aspecto releve no caso vertente. É duvidoso, desde logo, que, quando o tipo de sociedade é o de responsabilidade limitada, o facto de se remeter exclusivamente ao critério da adequação presumida do capital social mínimo prescrito equivalha a constituir um meio eficaz de protecção ou (como o enuncia o quarto considerando da Segunda Directiva, relativamente às sociedades por acções) «uma garantia» para os credores. Não é por acaso que as ordens jurídicas do Reino Unido não adoptam este critério, como sublinharam as autoridades britânicas [51]. Como o capital social mínimo prescrito pode rapidamente ser dissipado, é na prática mais prudente para os credores da sociedade basearem-se em informações disponíveis o mais actualizadas possíveis, podendo ser extraídas dos balanços sociais, e, eventualmente, requerer a constituição de garantias adequadas da parte dos administradores. Mesmo sem querer derrubar o *idolum theatri* do capital nominal [52], devemos excluir que, num caso como o vertente, a medida controvertida seja indispensável para efeitos de protecção dos credores privados da Centros para as operações efectuadas pela sua hipotética sucursal dinamarquesa. Com efeito, a exigência invocada é satisfeita, sem necessidade da adopção de medidas como as ora em causa, graças aos resultados obtidos através do processo comunitário de coordenação do direito das sociedades dos Estados-Membros. Como o Governo do Reino Unido recordou muito justamente, o casal Bryde apresentou-se tal como é: *não* uma sociedade dinamarquesa, mas a sucursal dinamarquesa de uma sociedade de direito inglês; as limitações de responsabilidade na esfera desta sociedade, que alguém na Dinamarca, entrando em relações com a sua sucursal, está plenamente habilitado a conhecer, são as que resultam da prescrição de um capital social mínimo naquele ordenamento jurídico. A protecção das pessoas que, por intermédio de uma sucursal, estabelecem uma relação com uma sociedade estrangeira comunitária é assegurada, no sistema do Tratado, através de medidas de publicidade coordenadas, estabelecidas pelo Estado

51 — Segundo o Governo do Reino Unido, a prescrição de um capital social mínimo para as sociedades de responsabilidade limitada pode também ter efeitos desincentivadores da actividade empresarial e de inovação e resulta, no final, contrária à política que visa encorajar as pequenas e médias empresas.

52 — V., *ex multis*, La Villa, G.: *Introduzione al diritto europeo delle società*, Turim, 1996, p. 55 (segundo o qual a premissa que subjaz aos sistemas normativos da protecção da integridade do capital social nominal, «há longo tempo objecto de críticas [está] podemos dizê-lo, em vias de ser ultrapassada nas ordens económicas mais evoluídas, que tendem a rever uma regulamentação baseada em conceitos do capital nominal e do valor nominal, a favor de critérios mais próximos do mercado e da consistência real dos valores do activo e do passivo de uma sociedade num dado momento»; nota omitida; tradução livre) e Portale, G. B., e Costa, C.: «*Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzate: le nuove tendenze nei paesi europei*» e P. Abbadessa e A. Rojo (sob a direcção de), *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, Milão, 1993, p. 133, especialmente p. 144 e 145 (segundo o qual «a fixação de um capital social 'mínimo', na realidade, uma função de todo diferente da [de fixar um capital 'não manifestamente inadequado' em relação ao objecto social]: o papel de criar um instrumento de selecção entre os diferentes tipos de sociedade ... de um lado, o de garantir um 'limiar de credibilidade' para determinadas iniciativas económicas colectivas de outro»; notas omissas; tradução livre).

no território do qual está situada a sucursal [53]; assim os terceiros têm a garantia de poder proteger de modo adequado os seus interesses mediante a constituição de garantias específicas (tipicamente, uma caução prestada pelos sócios) ou causas de preferência.

22. Há seguidamente a exigência imperativa da protecção dos credores públicos *não contratuais*, como a instituição competente de segurança social e a administração fiscal. Em tal caso, o credor não pode livremente escolher contratar ou não com a sucursal de uma sociedade estrangeira e, além disso — como afirma o despacho de reenvio Højesteret —, não há possibilidades de fornecer garantias ou cauções por parte dos seus administradores. Entendemos contudo que a recusa de registo da sucursal, motivada essencialmente pela falta de um estabelecimento principal efectivo, não releva em relação às exigências imperativas de protecção dos credores públicos que foram invocadas: o chamado nexo de causalidade entre estas exigências e a medida controvertida aparece, portanto, pouco consistente e indirecto para que se possa considerar pertinente para efeitos de direito comunitário. Inferimos esta conclusão da circunstância que — tal como as autoridades dinamarquesas admitiram na audiência — a abertura de sucursais na Dinamarca pela Centros não encontraria qualquer obstáculo se a sociedade tivesse efectivamente uma actividade no Reino Unido; contudo, mesmo nesta hipótese, o seu capital inicial seria de 100 UKL. Ficaria, portanto, por explicar de que modo o facto de a Centros exercer efectivamente uma actividade empresarial no país de origem teria podido influir nas possibilidades reais de protecção dos direitos de crédito da administração fiscal dinamarquesa e da instituição dinamarquesa competente em matéria de segurança social.

Abstraindo da observação precedente, a exigência invocada pelas autoridades dinamarquesas deve em todo o caso poder traduzir-se por medidas menos restritivas que as expostas no caso vertente, que têm como resultado negar pura e simplesmente o direito de estabelecimento secundário. Esta ponto parece-nos suficientemente claro de modo a não merecer que nos alonguemos em mais explicações; e, todavia, impõe-se um esclarecimento. Entre as medidas que — enquanto justificadas pela exigência imperativa acima referida e conforme aos critérios de necessidade e de proporcionalidade — poderão ser consideradas, não podemos enquadrar, em nosso entender a proposta pela Comissão

53 — A Décima Primeira Directiva (já referida, nota 4, e a parte do texto à mesma relativa, *sub* artigos 1.° a 6.°) prevê a obrigação para a sucursal de publicar, segundo o direito do Estado-Membro onde está situada, as informações necessárias à protecção do público a saber: i) a denominação, o endereço e as actividades da sucursal; ii) a denominação da sociedade de que faz parte, iii) os nomes e endereços dos representantes desta no que concerne a actividade da sucursal ou tendo de qualquer forma o poder de obrigar a sociedade perante terceiros e de a representar judicialmente, iv) o balanço anual e o relatório anual, relativos à sociedade ou grupo de sociedades a que pertencem, redigidos em conformidade com as Quarta e Sexta Directivas sobre o direito das sociedades (eventualmente traduzidos na língua do Estado de registo da sucursal), v) o encerramento da sucursal, vi) a dissolução da sociedade ou a sua admissão a um processo de liquidação, vii) as informações relativas ao registo em que está inscrita a sociedade incluindo o número de registo, e viii) a existência de outras sucursais no mesmo Estado-Membro. Além disso, o Estado-Membro no qual foi criada *pode* impor esta obrigação de fornecer determinadas informações suplementares sobre a sociedade de que depende, e em especial sobre: i) o acto constitutivo e os estatutos (eventualmente traduzidos na língua do Estado interessado), ii)a existência da sociedade (mediante uma certidão do registo de inscrição) e iii) a validade das garantias que incidem sobre os bens da sociedade situados no Estado-Membro em questão. Por fim, os registos em que estão inscritas a sucursal e a sociedade, bem como os números de registo respectivos, assim como a forma da sociedade e o local da sua sede social (e eventualmente o capital subscrito e pago), devem ser indicados nas cartas e notas de encomenda utilizadas pela sucursal.

(v. n.° 10, *supra*), que consiste em subordinar o registo da sucursal na Dinamarca à condição que a sociedade-mãe estrangeira tenha um capital de montante não inferior ao prescrito pela pertinente regulamentação interna para a constituição de sociedades do mesmo tipo na Dinamarca. Com efeito, do mesmo modo que a medida presentemente em causa, esta condição equivaleria, no essencial, a aplicar indirectamente o tratamento previsto pelo direito nacional para o estabelecimento primário a um acto pelo qual um interessado exerce o direito de abrir um estabelecimento secundário. Em consequência, tal condição levaria a impedir ao casal Bryde usar da «flexibilidade do direito britânico das sociedades» e, portanto, poder livremente operar, em qualquer parte do território comunitário, com um capital inicial conforme às exigências do ordenamento de constituição das sociedades, mesmo se este capital é inferior ao prescrito pela lei de outros Estados-Membros (em especial, do Estado-Membro no território do qual pretende abrir uma sede secundária). Nem sequer o objectivo de protecção dos credores públicos vale, em nosso entender, para subtrair a recusa absoluta de registo da sucursal ao número das medidas incompatíveis com as regras comunitárias sobre o livre estabelecimento. Concluímos, portanto, que — entendendo-se contudo que não pomos em causa a aplicabilidade à sucursal dinamarquesa da Centros, uma vez removido o obstáculo administrativo do seu registo, das normas nacionais sobre o exercício da actividade comercial a que ficam sujeitas as sociedades deste tipo estabelecidas na Dinamarca — à questão suscitada pelo tribunal *a quo* deve ser dada, na falta de justificações válidas da medida controvertida, uma resposta negativa.

Conclusões

Atentas as considerações desenvolvidas, propomos ao Tribunal de Justiça que decida nos seguintes termos a questão prejudicial submetida pelo Højesteret Anke- og Kæremålsudvalg:

«Os artigos 52.° e seguintes do Tratado CE opõem-se a que as autoridades competentes de um Estado-Membro recusem a inscrição da sucursal de uma sociedade de responsabilidade limitada, constituída em conformidade com a legislação de outro Estado-Membro e tendo a sua sede social no território deste último Estado, quando as circunstâncias que motivam esta recusa são: i) a própria sociedade não exerce actividades económicas; ii) pretende-se constituir a sucursal para o exercício da totalidade das actividades da sociedade no Estado de constituição da sucursal; iii) esta estrutura da operação permite aos sócios subtrair-se ao cumprimento do requisito do capital social mínimo mais elevado, que teria sido aplicado se a sociedade tivesse sido constituída no Estado-Membro no qual se pretende abrir a sucursal.»