CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL MARCO DARMON

apresentadas em 10 de Junho de 1986 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. De nacionalidade neerlandesa, o Sr. Segers dirige, desde 1980, uma empresa comercial — a «Free Promotion International» — cuja sede social é nos Países Baixos. Pretendendo alargar a sua actividade, nomeadamente a operações de corretagem no mercado financeiro, decide transformá-la em sociedade de responsabilidade limitada. Considerando, ao mesmo tempo, demasiado longos os prazos legais previstos nos Países Baixos para esta transformação e mais atractiva a designação «Ltd» que a sua equivalente neerlandesa «BV», procede da seguinte forma:

— criação, no Reino Unido, de uma «private company limited by shares», designada «Slenderose Ltd»;

— transformação da sociedade neerlandesa em filial da sociedade britânica, sob a designação «Free Promotion International Company Ltd», que exerce de facto todas as actividades da Slenderose.

Após esta operação e a fim de ser inscrito como beneficiário das prestações por doença previstas na legislação neerlandesa sobre o regime da segurança social na doença (Ziektewet), o Sr. Segers dirige-se à associação profissional do sector bancário, seguros, comércio grossista e profissões liberais, instituição competente na matéria (de ora em adiante a «Associação»).

Esta recusa-lhe a pretensão, com o fundamento de que o Sr. Segers não poderia ser considerado como trabalhador subordinado na sua empresa, uma vez que a sua relação de trabalho não tinha qualquer vínculo de subordinação. Sem melhor sorte na jurisdição de primeira instância competente, o requerente no processo principal recorreu para o Centrale Raad van Beroep, cujo despacho de reenvio da questão prejudicial esclarece o problema de interpretação que apresenta ao Tribunal.

2. A Ziektewet abrange as pessoas que tenham a qualidade de trabalhador por conta própria, definindo-se esta precisamente pela existência de um vínculo de subordinação em relação com o empregador. Como refere o tribunal neerlandês, tal qualificação não poderia, em princípio, ser atribuída ao director duma sociedade que detenha metade do capital social da sua empresa, pertencendo a outra metade à sua mulher. Contudo, atenta a vontade do legislador de coordenar a legislação aplicável em matéria social e fiscal, o Centrale Raad van Beroep mudou ele também de opinião face à sua anterior jurisprudência. Em duas decisões de 10 de Dezembro de 1968, equiparou o director de uma sociedade que detinha 50 % ou mais do seu capital social a um trabalhador por conta de outrem.

Ora, a associação entende reservar o benefício desta equiparação apenas aos directores detentores maioritários de partes do capital das sociedades que tenham a respectiva sede social nos Países Baixos. É por isso que, embora de nacionalidade neerlandesa, o Sr. Segers, director de uma sociedade cuja sede

* Traduzido do francês.

social é em Londres, não podia, em seu entender, ser dela beneficiário.

O Centrale Raad van Beroep foi, assim, levado a apresentar ao Tribunal, a título prejudicial, as duas questões seguintes:

«1) Os princípios de liberdade de estabelecimento na Comunidade Económica Europeia e de livre prestação de serviços no interior da Comunidade Económica Europeia — nomeadamente as disposições combinadas dos artigos 52.°, *in fine*, e 58.°, por um lado, e dos artigos 60.°, *in fine*, e 66.° do Tratado CEE, por outro — impõem ao juiz neerlandês chamado a decidir sobre a obrigação do benefício da segurança social nos termos de uma lei neerlandesa sobre esta matéria que não distinga entre o director grande detentor de partes do capital de uma sociedade de responsabilidade limitada de direito neerlandês e o de uma sociedade de responsabilidade limitada constituída segundo o direito de um outro Estado-membro, mesmo que a sociedade estrangeira não exerça manifestamente actividades comerciais nesse Estado-membro, mas, de facto, unicamente nos Países Baixos?

2) No caso de resposta negativa, o direito comunitário em matéria de segurança social [nomeadamente o n.° 1 do artigo 3.° do Regulamento n.° 1408/71 (CEE)] ou qualquer outra disposição do direito comunitário proíbem que se faça uma tal distinção?»

3. A fim de delimitar o objecto da interpretação do Tribunal e de dar uma resposta útil ao tribunal neerlandês, importa, a título preliminar, fazer as duas observações seguintes:

Em primeiro lugar, importa sublinhar que o tratamento diferenciado em causa não se baseia na nacionalidade do interessado. O que é determinante para o benefício do regime da segurança social é a localização — nos Países Baixos ou num outro Estado-membro — da sede social da sociedade-mãe.

Precisemos, em segundo lugar, que o Sr. Segers, director da sociedade Slenderose Ltd, está estabelecido nos Países Baixos, onde dirige igualmente a sua filial que, lembramos, concentra toda a actividade daquela. Não estão, assim, em causa as disposições do artigo 59.° do Tratado CEE que garantem a livre prestação de serviços. Lembremos, efectivamente, que, de acordo com a jurisprudência uniforme do Tribunal, estas disposições

«abrangem... a eliminação de quaisquer discriminações em relação ao prestador por via da sua nacionalidade ou da circunstância de estar estabelecido num Estado-membro que não seja aquele onde a prestação deva ser fornecida» (62-63/81, Seco, Recueil 1982, p. 223, ponto 8).

Em definitivo, o tratamento diferenciado de que, segundo a associação, devia ser objecto o Sr. Segers não tem a sua origem nem na nacionalidade nem na residência do interessado, mas no estabelecimento num outro Estado-membro da sede social da sociedade-mãe que ele dirige. Por isso, é nos artigos 52.° a 58.° do Tratado, referentes à liberdade de estabelecimento, que importa verificar se o nacional de um Estado-membro pode ser privado, por esta única razão, de beneficiar da sua legislação nacional em matéria de segurança social.

Para além desta questão, o despacho de reenvio da questão prejudicial, bem como as observações que foram apresentadas, sugerem que, a partir da verificação de que a filial neerlandesa da sociedade Slenderose exerce de facto a totalidade das actividades

desta última, se averigue igualmente se uma tal diferenciação pode justificar-se com a preocupação de prevenir qualquer tentativa de fraude à lei.

Examinemos sucessivamente os dois aspectos do problema da interpretação assim circunscritos.

4. Nos termos das disposições do segundo parágrafo do artigo 52.° do Tratado CEE:

«A liberdade de estabelecimento compreende... a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 58.°, nas condições definidas na legislação do país do estabelecimento para os seus próprios nacionais...»

O parágrafo primeiro do artigo 52.° alarga a supressão das restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-membro no território de um outro Estado-membro

«às restrições à constituição de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um Estado-membro estabelecido no território de outro Estado-membro».

Esta norma deve ser lida em conexão com o artigo 58.° do Tratado, segundo o qual

«as sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-membro e que tenham a sua sede social, administração central ou estabelecimento principal na Comunidade são, para efeitos do disposto no presente capítulo, equiparadas às pessoas singulares nacionais dos Estados-membros».

O princípio fundamental do tratamento nacional, assim garantido pelo artigo 52.°, a partir da expiração do período transitório e independentemente das directivas previstas pelos artigos 54.° e 57.° para a sua aplicação (2/74, Reyners, Recueil 1974, p. 631, pontos 24 a 30), beneficia, assim, não somente as pessoas físicas mas também as sociedades, desde que estas preencham as duas condições cumulativas enunciadas no primeiro parágrafo do artigo 58.° e referentes, por um lado, à sua legalidade e, por outro, à existência de um critério de relação com um dos Estados-membros.

A liberdade de estabelecimento implica, assim, por um lado, o direito de todo o nacional de um Estado-membro criar, ainda que a título secundário, uma sociedade num outro Estado-membro, nas condições que a sua legislação imponha aos respectivos nacionais (segundo parágrafo do artigo 52.°), por outro lado, o de uma sociedade prosseguir as suas actividades num outro Estado-membro por intermédio de uma agência, de uma sucursal ou de uma filial (primeiro parágrafo do artigo 52.°).

Sobre este último ponto, o acórdão do Tribunal 270/83, Comissão/República Francesa (Recueil 1986, p. 273), de 28 de Janeiro de 1986, referente à recusa deste Estado em conceder o benefício de uma isenção fiscal às sucursais e agências francesas de sociedades de seguros com a sede num outro Estado-membro, colocou, nos termos seguintes, em evidência o alcance da equiparação das sociedades às pessoas físicas referida no artigo 58.° do Tratado:

«para as sociedades, importa salientar neste contexto que a respectiva sede, nos termos deste artigo, serve para determinar, à semelhança da nacionalidade das pessoas físicas, a sua conexão jurídica à ordem de um Estado».

Daqui conclui o Tribunal que

«admitir que o Estado-membro do estabelecimento possa aplicar livremente um tratamento diferenciado em virtude do facto único de a sede de uma sociedade se situar

num outro Estado-membro esvaziaria... esta disposição do seu conteúdo» (270/83, ponto 18).

Salientámos já, precisamente, que a decisão de recusa oposta ao Sr. Segers se baseou exclusivamente no facto de dirigir uma sociedade cuja sede estatutária estava estabelecida em Londres. Deste ponto de vista, deve, por conseguinte, ser considerada como discriminatória.

Mas há mais. Para além desta primeira constatação de princípio, importa acrescentar uma outra, retirada da factualidade do caso em apreço. Uma tal diferenciação de tratamento social contém o risco de, ainda por cima, dissuadir, qualquer que seja a sua nacionalidade, um nacional já estabelecido nos Países Baixos de criar uma sociedade no estrangeiro ou de se tornar accionista maioritário dessa sociedade. Nesta perspectiva, é o direito de as pessoas físicas, garantido pelo segundo parágrafo do artigo 52.° do Tratado CEE, constituírem e gerirem sociedades num outro Estado-membro que seria definitivamente esvaziado do seu conteúdo.

Igualmente neste ponto de vista, a discriminação de ordem social que a associação entende fazer surge como constitutiva de um obstáculo ao exercício da liberdade de estabelecimento dos nacionais comunitários que residam nos Países Baixos, já que retira à sociedade que dirijam o benefício do tratamento nacional concedido àquelas cujos dirigentes tenham mantido a sede social no território deste Estado.

5. Nenhum dos argumentos adiantados pela associação demandada para afastar a aplicação dos artigos 52.° e 58.° nos parece poder ser aceite.

Em primeiro lugar, se é certo que o artigo 58.° do Tratado CEE não equipara expressamente as sociedades de origem estrangeira às sociedades nacionais, não poderia daí concluir-se que tal disposição é inaplicável no caso em apreço. Ao alargar às sociedades a aplicação do artigo 52.° do Tratado CEE, o artigo 58.° abre-lhes, efectivamente, o mesmo campo de liberdade que às pessoas singulares, impondo aos Estados-membros que permitam beneficiar do tratamento nacional desses Estados as sociedades que tenham sede social em qualquer outro Estado-membro da Comunidade.

Em segundo lugar, não se pode partilhar com a associação da análise segundo a qual a situação em apreço, porque respeita ao caso de um cidadão neerlandês residente nos Países Baixos onde exerce, de facto, todas as suas actividades, seria puramente de direito interno. Efectivamente, como já o temos sublinhado por várias vezes, a diversidade de tratamento que a associação pretende aplicar ao Sr. Segers tem origem exclusivamente no estabelecimento no Reino Unido da sede social da sociedade-mãe. A situação em apreço inscreve-se, assim, no quadro comunitário estabelecido nos artigos 52.° e 58.° do Tratado CEE. Salientemos, finalmente, que pouco importa que a filial exerça, de facto, a totalidade das actividades da sociedade britânica desde que esta última, constituída de acordo com o direito britânico, satisfaça um dos três critérios alternativos de conexão referidos no artigo 58.°, no caso o estabelecimento em Londres da sede estatutária.

Enfim, para contestar a acusação de discriminação, a demandada no processo principal sustenta que os nacionais dos Estados-membros podem, com pleno conhecimento de causa, escolher entre constituir uma sociedade, quer nos Países Baixos, quer num outro Estado-membro. Um tal argumento acaba por, na verdade, esvaziar do seu conteúdo a liberdade de estabelecimento das sociedades, já que, sob a aparência enganadora de uma opção livremente deixada à es-

colha dos interessados, se dissuadem, mediante a recusa de uma protecção social, as sociedades estrangeiras de se estabelecerem nos Países Baixos. Uma tal consequência deve ser considerada como uma restrição contrária às disposições combinadas dos artigos 52.° e 58.° Como o referiu a Comissão, a regra do tratamento nacional, aplicada às sociedades que tenham a sua sede social num outro Estado-membro, desencadeia para os membros do seu pessoal, dirigente ou não, a aplicação da legislação social de que beneficiem os seus homólogos das sociedades que tenham a sede social no Estado-membro onde se situa o estabelecimento. Encontra-se, neste sentido, para retomar a fórmula do Tribunal (ver, por exemplo, 197/84, Steinhauser, de 18 de Junho de 1985, Recueil 1985, p. 1819, ponto 15), uma «indicação útil» no «Programa geral para a supressão das restrições à liberdade de estabelecimento», de 18 de Dezembro de 1961 (JO de 15.1.1962, p. 36), segundo o qual devem incluir-se, nomeadamente no capítulo das restrições à liberdade de estabelecimento, as que

«proíbam ou restrinjam o direito de beneficiar da segurança social...» [título III, ponto A, alínea i)].

Deve, por consequência, qualificar-se como restrição à liberdade de estabelecimento, proibida após o termo do período de transição, pelo artigo 52.° do Tratado CEE, combinado com o disposto no artigo 58.°, a recusa em alargar aos dirigentes de uma sociedade, pela razão única de que a sua sede social está num outro Estado-membro, o benefício do regime nacional de segurança social na doença, aplicável, por outro lado, aos dirigentes das sociedades que tenham a sua sede social nos Países Baixos, não somente porque tem como efeito a restrição da faculdade de as sociedades estabelecidas num outro Estado-membro exercerem as suas actividades nos Países Baixos, por meio de uma sucursal, agência ou filial criada para este efeito, mas igualmente porque pode dissuadir os nacionais estabelecidos nos Países Baixos de constituírem uma tal sociedade ou de se tornarem seus accionistas maioritários.

6. Resta examinar a hipótese de fraude à lei.

Para a associação, a transformação de uma empresa de um Estado-membro em filial de uma sociedade estabelecida num outro Estado-membro poderia permitir aos nacionais do primeiro Estado subtraírem-se à aplicação da sua lei nacional. O interesse geral imporia, assim, que se limitasse o direito de estabelecimento, a fim de prevenir abusos desta natureza.

Esta argumentação suscita, da nossa parte, as observações seguintes.

A operação acima descrita foi possível pela combinação do direito, reconhecido às pessoas singulares, de criarem uma sociedade num outro Estado-membro, com o de, para as pessoas colectivas, incluindo as sociedades assim criadas, exercerem a sua actividade por meio de uma filial no país de origem da pessoa singular.

Por mais paradoxal que possa parecer uma tal situação, é a consequência lógica dos direitos garantidos pelo Tratado. Além disso, participa no objectivo para que a liberdade de estabelecimento foi incluída no Tratado CEE: favorecer a livre circulação das pessoas 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 e explorar o efeito da atracção exercida, em seu entender, sobre a clientela, por uma denominação com conotação anglo-saxónica, inscreve-se nesta perspectiva.

Do mesmo modo, e ainda que a associação tenha reconhecido na audiência que a sua recusa não foi motivada por qualquer tentativa de fraude da parte do autor no processo principal, não poderia excluir-se a hipótese de uma operação do mesmo tipo da realizada por este último poder servir para uma finalidade com carácter fraudulento. No entanto, a mera eventualidade da verificação de um tal risco não poderia justificar uma restrição genérica ao direito de estabelecimento das pessoas singulares e colectivas. Em compensação, não se pode recusar às autoridades nacionais o direito, caso a caso, de verificarem se as sociedades assim constituídas o terão sido, como expressamente o prevê o artigo 58.° do Tratado CEE, de acordo com as disposições legais previstas para o efeito. É-lhes, do mesmo modo, permitido controlar as suas actividades em relação às exigências de ordem pública. O artigo 56.° do Tratado CEE determina, a este propósito, que as disposições do Tratado

«não prejudicam a aplicabilidade das disposições legislativas, regulamentares e administrativas que prevejam um regime especial para os estrangeiros e sejam justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública».

Com tais reservas, e por mais legítimo que possa ser o seu controlo, o Estado-membro deve aplicar às sociedades dos outros Estados-membros as mesmas condições de constituição e de actividade que as previstas para as sociedades «nacionais».

Não havendo lugar, por conseguinte, ao exame da segunda questão prejudicial colocada pelo Centrale Raad van Beroep, propomos ao Tribunal que declare que:

A recusa em conceder o benefício do regime de segurança social, imposta ao director de uma sociedade, pela razão única de esta ter a sua sede social num outro Estado-membro, constitui uma restrição à liberdade de estabelecimento, contrária às disposições dos artigos 52.° e 58.° do Tratado CEE.