

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

ANTONIO TIZZANO

apresentadas em 7 de Julho de 2005¹

I — Introdução

II — Quadro jurídico

Direito comunitário relevante

1. O presente processo diz respeito a uma questão prejudicial submetida ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 234.º CE, pelo Landgericht Koblenz (Alemanha) e relativa à interpretação dos artigos 43.º CE e 48.º CE.

3. A controvérsia principal versa, fundamentalmente, sobre normas do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento. A este propósito, refere-se, antes de mais, o artigo 43.º CE que, como se sabe, consagra o direito de estabelecimento dos cidadãos comunitários tanto a título principal (segundo parágrafo) como a título secundário (primeiro parágrafo). Em especial, prevê que:

2. Em boa substância, o órgão jurisdicional *a quo* pede ao Tribunal de Justiça que esclareça se uma regulamentação nacional que impede que se inscrevam no registo comercial alemão as fusões entre sociedades alemãs e sociedades de outros Estados-Membros está em contradição com os princípios relativos à liberdade de estabelecimento.

«No âmbito das disposições seguintes, são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro. Esta proibição abrangerá igualmente as restrições à constituição de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um Estado-Membro estabelecidos no território de outro Estado-Membro.

1 — Língua original: italiano.

A liberdade de estabelecimento compreende tanto o acesso às actividades não assalariadas e o seu exercício, como a constituição e a gestão de empresas e designadamente sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 48.º, nas condições definidas da legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais, sem prejuízo do disposto no capítulo relativo aos capitais.»

4. Em seguida, é invocado o artigo 48.º CE, que estabelece o seguinte:

«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.

Por 'sociedades' entendem-se as sociedades de direito civil ou comercial, incluindo as sociedades cooperativas, e as outras pessoas colectivas de direito público ou privado, com excepção das que não prossigam fins lucrativos.»

5. Todavia, o artigo 46.º, n.º 1, CE estabelece que:

«As disposições do presente capítulo e as medidas tomadas em sua execução não prejudicam a aplicabilidade das disposições legislativas, regulamentares e administrativas, que prevejam o regime especial para os estrangeiros e sejam justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública.»

6. Para efeitos do presente processo, também é oportuno referir as disposições do Tratado relativas à livre circulação de capitais, especialmente o artigo 56.º, n.º 1, CE, que estabelece o seguinte:

«No âmbito das disposições do presente capítulo, são proibidas todas as restrições aos movimentos de capitais entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros.»

7. Por último, importa recordar que há já alguns anos que a Comissão se esforça para que se adopte, em matéria de fusões transfronteiriças, um instrumento jurídico comunitário adequado a responder às necessidades de cooperação e de agrupamento entre sociedades de Estados-Membros diferentes.

8. Todavia, até ao momento, a proposta de directiva sobre as fusões transfronteiriças das sociedades de capitais², embora estando numa fase muito avançada³, ainda não foi definitivamente adoptada pelo Parlamento e pelo Conselho.

1. por fusão

[...]»

O direito nacional

9. Na Alemanha, as operações de fusão regem-se pela Umwandlungsgesetz (lei nacional relativa à transformação e fusão das sociedades, a seguir «UmwG»)⁴.

11. Em seguida, o § 2 do mesmo diploma descreve as diversas hipóteses de fusão com dissolução da sociedade e sem liquidação, entre as quais, na medida em que é relevante para efeitos do presente processo, a por incorporação que se processa mediante transmissão do património de um ou mais sujeitos de direito para outro sujeito de direito existente.

10. O § 1, n.º 1, dessa lei, ao regular as operações de transformação, apenas menciona a fusão de sociedades com sede na Alemanha, estabelecendo o seguinte:

12. Por último, as outras disposições da UmwG que dizem especificamente respeito às fusões por incorporação estabelecem uma série de condições, entre as quais, na medida em que é relevante para efeitos do presente processo, a inscrição da operação no registo comercial do lugar em que a sociedade incorporante tem a sua sede (artigo 19.º).

«Os sujeitos de direito com sede no território nacional podem sofrer transformações

III — Matéria de facto e tramitação processual

2 — COM (2003) 703 final. O princípio que subjaz a essa proposta é o do reconhecimento pelos Estados-Membros, no respectivo ordenamento jurídico, da possibilidade de concretização das fusões transfronteiriças.

3 — Em 10 de Maio último, o Parlamento Europeu aprovou efectivamente, em primeira leitura, a proposta de directiva.

4 — BGBl. 1994, 3210 (1995, 428), alterada pela última vez em 12 de Junho de 2003.

13. A SEVIC Systems Aktiengesellschaft (a seguir «Sevic»), com sede em Neuwied (Alemanha), e a Security Vision Concept S.A. (a seguir «SVC»), com sede no Luxemburgo (Luxemburgo), celebraram em 2002

um contrato de fusão em que acordaram na dissolução sem liquidação da SVC com a transferência de todo o património desta para a Sevic.

dades; a seguir 'UmwG'), em virtude de o § 1, n.º 1, alínea 1 da UmwG só prever a transformação de sujeitos jurídicos com sede no território nacional?»

14. O Amtsgericht Neuwied (Tribunal de Primeira Instância de Neuwied) indeferiu o pedido de inscrição da fusão no registo comercial alemão com fundamento no § 1, n.º 1, da UmwG, que apenas permite operações de fusão entre sociedades com sede na Alemanha. No caso em apreço, pelo contrário, a fusão diz respeito a uma sociedade alemã e a uma sociedade de direito luxemburguês.

16. No processo assim desencadeado, tanto a recorrente no processo principal como os Governos alemão e dos Países Baixos e a Comissão apresentaram observações escritas.

17. Na audiência de 10 de Maio de 2005 intervieram a Sevic, o Governo alemão e a Comissão.

15. A Sevic recorreu desta decisão para o Landgericht Koblenz, o qual, por ter dúvidas quanto à interpretação dos artigos 43.º CE e 48.º CE, decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

IV — Análise jurídica

A — Aplicabilidade, ao caso em apreço, das disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento

«Os artigos 43.º e 48.º CE devem ser interpretados no sentido de que é contrário à liberdade de estabelecimento de sociedades o facto de se recusar a uma sociedade estrangeira da Comunidade a inscrição no registo comercial alemão da pretendida fusão com uma sociedade alemã, com fundamento nos §§ 16 e segs. da Umwandlungsgesetz (Lei relativa à transformação e fusão das socie-

18. A título preliminar, observo que a regulamentação nacional em questão, embora limitando-se a disciplinar as fusões entre sociedades com sede na Alemanha, afecta directamente a possibilidade de realização de fusões internacionais. Como o caso em apreço demonstra e foi confirmado pelo

Governo alemão na audiência, é efectivamente com base no § 1, n.º 1, da UmwG — e, na verdade, por essa disposição contemplar apenas as fusões «internas» — que na Alemanha, em geral⁵, se recusa a inscrição no registo comercial dos actos de fusão entre uma sociedade de direito alemão e uma sociedade de outro Estado-Membro, com a consequência de a operação não poder produzir efeitos.

19. Posto isto, observo que as partes discordam, antes de mais, sobre a própria possibilidade de qualificar as operações em causa como exercício da liberdade de estabelecimento. Ainda antes, portanto, de determinar se a regulamentação alemã em causa está ou não em conformidade com os artigos 43.º CE e 48.º CE, como pedido pelo órgão jurisdicional de reenvio, importa apurar se, em relação a casos como o em apreço, essa disciplina integra o âmbito de aplicação dessas disposições.

20. Os Governos alemão e neerlandês respondem negativamente a essa questão, porque, de acordo com o respectivo entendimento, as operações de fusão em questão não dão origem a um «estabelecimento» na acepção do Tratado.

21. Esse conceito, explica o Governo alemão, refere-se ao exercício, por uma pessoa singular ou colectiva, de uma actividade económica noutro Estado-Membro através de uma presença estável decorrente, no que respeita às sociedades, do estabelecimento da sua sede no referido Estado ou da transferência para esse Estado de um centro de actividade principal (artigo 43.º, segundo parágrafo) ou da constituição nesse Estado de um centro secundário de actividade (artigo 43.º, primeiro parágrafo).

22. No caso em apreço, todavia, prossegue esse governo, a sociedade luxemburguesa (SVC) é absorvida, devido à fusão, pela sociedade alemã incorporante (Sevic) e perde, portanto, a sua personalidade jurídica. Mas como, por definição, uma sociedade extinta não pode «estabelecer-se», nem a título principal nem a título secundário, noutro Estado-Membro, deve concluir-se, segundo o Governo alemão, que não se verificam aqui os pressupostos para aplicação dos artigos 43.º e 48.º do Tratado.

23. Por seu lado, o Governo neerlandês, partindo de um raciocínio análogo, acrescenta que a extinção de uma sociedade afecta directamente a sua constituição e funcionamento, ou seja, aspectos que, como o Tribunal de Justiça reconheceu no seu acórdão *Daily Mail*⁶, actualmente extrava-

5 — Na sua decisão, o órgão jurisdicional de reenvio indica, todavia, que, recentemente — embora se trate de uma corrente jurisprudencial minoritária — alguns tribunais alemães aceitaram o registo de fusões de sociedades com sede na Alemanha com sociedades estrangeiras.

6 — Acórdão de 27 de Setembro de 1988, *Daily Mail e General Trust* (81/87, Colect., p. 5483).

sam da esfera de aplicação do direito comunitário e apenas são regulados, como a nacionalidade das pessoas singulares, pelos ordenamentos nacionais. Assim, os artigos 43.º CE e 48.º CE não podiam ser interpretados no sentido de atribuírem às sociedades o direito de se extinguírem participando em fusões transfronteiriças.

um dos dois sujeitos se extingue⁷; mas até esse momento não é isso que se verifica, tanto mais que, caso a operação não se torne perfeita, a sociedade que deveria ser incorporada continua a existir como pessoa jurídica autónoma.

24. Por meu lado, afirmo de imediato não compartilhar esta perspectiva.

25. Antes de mais, porque me parece que procede segundo uma lógica invertida, na medida em que assume uma consequência da fusão, ou seja, a extinção da sociedade incorporada, como causa da impossibilidade de essa sociedade (que ainda não está extinta!) proceder às operações e, portanto, como justificação dessa proibição de registo que exactamente exclui essas operações.

26. A verdade é que, pelo contrário, durante todo o período anterior à fusão e até ao seu registo, ambas as sociedades existem e actuam como pessoas jurídicas plenamente capazes de negociar e subscrever o acto de fusão. Só com o aperfeiçoamento da fusão, designadamente com o registo desse acto,

27. A regulamentação nacional em causa prejudica, portanto, sujeitos de direito na plena posse das suas capacidades jurídicas, impedindo-os essa regulamentação, e apenas ela, de beneficiarem da liberdade de estabelecimento. Assim, é apenas confundindo causas e efeitos que se pode pretender justificar a inaplicabilidade das normas do Tratado às operações de fusão transfronteiriças em nome de uma presumida falta de personalidade jurídica da sociedade incorporada.

28. Todavia, a remoção de todas as dúvidas sobre o facto de que a disposição em análise integra o âmbito de aplicação dos artigos 43.º CE e 48.º CE, como interpretados pela consolidada jurisprudência comunitária, é, em meu entender, o próprio objecto dessas disposições.

7 — É, de resto, o que se encontra expressamente previsto no § 20 da referida UmwG.

29. Como se sabe, com o objectivo de garantir o pleno gozo do direito de estabelecimento, entendido como possibilidade de «participar, de modo estável e contínuo, na vida económica de um [outro] Estado-Membro»⁸, o Tribunal de Justiça submeteu à disciplina dos artigos 43.º CE e 48.º CE não apenas as normas e práticas nacionais que dizem indirecta e especificamente respeito ao exercício da actividade económica em causa mas também todas as «relativas às diversas faculdades de ordem geral que favorecem o exercício dessas actividades»⁹.

30. Assim, integram o âmbito de aplicação do direito de estabelecimento todas as medidas que permitam ou mesmo só facilitem o acesso a outro Estado-Membro e/ou o desenvolvimento de actividades económicas nesse Estado, permitindo aos sujeitos interessados participar, efectivamente e nas mesmas condições que os operadores nacionais, na vida económica do país¹⁰.

31. Ao enunciar estes princípios, o Tribunal de Justiça quase sempre se referiu ao Programa Geral para Supressão das Restri-

ções à Liberdade de Estabelecimento adoptado pelo Conselho em 18 de Dezembro de 1961, que determina serem restrições a abolir as «disposições e práticas que, apenas no que respeita aos cidadãos estrangeiros, excluem, limitam ou subordinam a condições a faculdade de exercer os direitos normalmente conexos com uma actividade não assalariada»¹¹. O programa fornece, a título meramente exemplificativo, uma lista dessas «faculdades» entre as quais, para efeitos do que nos importa, a faculdade de «celebrar contratos» e «de adquirir, gozar e alienar direitos e bens mobiliários ou imobiliários».

32. Em suma, para sintetizar, o direito de estabelecimento não diz apenas respeito ao direito de transferir-se para um Estado-Membro diverso com o objectivo de desenvolver a sua própria actividade, antes abrangendo todos os aspectos que de algum modo sejam complementares e funcionais relativamente ao desenvolvimento da referida actividade e, portanto, ao pleno exercício da liberdade consagrada no Tratado.

33. Ora bem, parece-me evidente ser também este o caso da regulamentação nacional em exame. De facto, debruça-se sobre aspectos não complementares mas efectivamente essenciais para a actividade de um operador económico, dado que os impede de celebrarem determinados negócios jurídicos (as fusões) e, em especial, operações de aquisição/alienação ou de constituição de novas sociedades.

8 — Acórdão de 30 de Novembro de 1995, Gebhard (C-55/94, Colect., p. I-4165, n.º 25).

9 — Acórdãos de 14 de Janeiro de 1988, Comissão/Itália (63/86, Colect., p. 29, n.º 14), e de 30 de Maio de 1989, Comissão/Grécia (305/87, Colect., p. 1461, n.º 21).

10 — V., em especial, acórdãos Comissão/Itália, já referido, n.ºs 14 e 16; Comissão/Grécia, já referido, n.º 19; de 1 de Junho de 1999, Konle (C-302/97, Colect., p. I-3099, n.º 22); de 13 de Abril de 2000, Baars (C-251/98, Colect., p. I-2787, n.º 22); e de 5 de Novembro de 2002, Überseering (C-208/00, Colect., p. I-9919, n.º 93).

11 — JO 1962, n.º 2, p. 36.

34. Existe, no entanto, um outro aspecto que, por ser apenas relativo à extinção da sociedade incorporada, os governos intervenientes acabaram por perder de vista e que pode pelo contrário, em meu entender, ser particularmente importante para efeitos da presente análise.

35. Refiro-me, designadamente, ao facto de a operação de fusão em exame poder ser analisada não apenas como uma hipótese de estabelecimento primário mas também de estabelecimento secundário. Isto porque a absorção de uma sociedade estabelecida num Estado-Membro (neste caso, a luxemburguesa) não exclui que a sociedade incorporante (ora, a alemã) possa encontrar-se, devido à própria fusão, a actuar de forma estável no Estado-Membro em que a sociedade incorporada tinha a sua sede e, portanto, num Estado-Membro diferente do próprio, constituindo neste uma sede, embora secundária.

36. E de facto, no caso em apreço, como se confirmou na audiência, por força do contrato de fusão, a sociedade incorporante (Sevic) manteve no Luxemburgo bens, pessoal e meios de produção da sociedade incorporada (SVC), dispondo assim de um centro de actividade «secundário» no estrangeiro.

37. Neste caso, portanto, estava-se perante um modo específico de exercício da liber-

dade de estabelecimento, também prevista no artigo 43.º CE: ou seja, o estabelecimento «secundário» num Estado-Membro de uma sociedade com sede noutro Estado-Membro, graças à faculdade, efectivamente prevista nessa disposição, «de criar e de conservar [...] mais um centro de actividade no território da Comunidade»¹².

38. Nem o facto de no caso em apreço o estabelecimento secundário se concretizar numa entidade privada de personalidade jurídica autónoma nos podia conduzir a conclusão diversa. Com efeito, o artigo 43.º, n.º 1, CE prevê a possibilidade de o direito de estabelecimento ser exercido através tanto de uma entidade dotada de personalidade jurídica (filial) como desprovida dessa autonomia (agências e sucursais).

39. Por outro lado, da jurisprudência comunitária retira-se que a referência na dita disposição a «agências, sucursais ou filiais» deve considerar-se uma indicação meramente exemplificativa, e não exaustiva, das formas de estabelecimento a que pode recorrer a sociedade operante noutro Estado-Membro. Assim, o Tribunal de Justiça admitiu a aplicação das normas sobre o estabelecimento em casos em que, por exemplo, a presença de uma sociedade

12 — Acórdão de 12 de Julho de 1984, Klopp (107/83, Recueil, p. 2971, n.º 19).

noutro país da Comunidade não assume «a forma de uma sucursal ou de uma agência mas se exerça por meio de um simples escritório, gerido pelo próprio pessoal da empresa ou de pessoa independente mas mandatada para agir permanentemente em nome dela, como o faria uma agência»¹³.

bro desde que essa participação confira ao adquirente «uma influência efectiva sobre as decisões da sociedade e não lhes permita determinar as suas actividades»¹⁵, critério esse que, por definição, estará sempre satisfeito nos casos, como o presente, de incorporação de outra sociedade.

40. Dado o que precede, também não parece que vingue a objecção do Governo alemão, que entende que o exercício do direito de estabelecimento exige necessariamente a criação de uma sede nova ou complementar no estrangeiro, não podendo, portanto, manifestar-se através da absorção de uma sociedade já existente, como acontece no processo principal.

42. À luz das considerações expostas, considero, portanto, que uma regulamentação nacional como a objecto do processo principal integra plenamente o âmbito de aplicação dos artigos 43.º CE e 48.º CE.

B — apreciação da legislação nacional em causa

41. Como já foi esclarecido pelo Tribunal de Justiça, de facto, coerentemente com a orientação jurisprudencial *supra* recordada, o direito reconhecido pelo artigo 43.º CE comporta a faculdade «de escolha da forma jurídica adequada para o exercício de actividades noutro Estado-Membro»¹⁴. Esse direito pode, portanto, ser exercido de diversas formas, nomeadamente através da aquisição de quotas de uma sociedade já existente e estabelecida noutro Estado-Mem-

43. Isto posto, e passando agora ao mérito da questão, importa perguntar se a medida nacional em causa, por impedir a inscrição no registo comercial alemão das fusões entre

13 — Acórdão de 4 de Dezembro de 1986, Comissão/Alemanha (205/84, Colect., p. 3755, n.º 21).

14 — Acórdão de 21 de Setembro de 1999, Saint-Gobain (C-307/97, Colect., p. I-6161, n.º 43).

15 — V., em especial, acórdãos Baars, já referido, n.ºs 21 e 22, e Überseering, já referido, n.º 77. Todavia, importa esclarecer que a aquisição de uma participação que não confira uma influência efectiva não está, por essa razão, subtraída à aplicação das disposições do Tratado, continuando, portanto, sujeita ao estabelecido em matéria de livre circulação de capitais.

sociedades com sede na Alemanha e sociedades de outros Estados-Membros, constitui uma restrição à liberdade de estabelecimento.

outras palavras, são proibidas tanto as restrições «à entrada» como «à saída» do território nacional.

44. Início esta análise recordando que, com base na definição ampla da liberdade de estabelecimento que, como se viu (nos n.ºs 24 a 27, *supra*), resulta da jurisprudência comunitária, devem considerar-se restrições a essa liberdade «todas as medidas que proíbem, perturbam ou tornam menos atractivo o [seu] exercício»¹⁶. Assim, também podem ficar sob a alçada dessa proibição medidas nacionais apenas adequadas a «dissuadir» um operador de invocar o direito de estabelecimento¹⁷.

45. Dessa jurisprudência resulta sempre, mas não apenas, que o artigo 43.º CE não se limita a proibir que um Estado-Membro impeça ou restrinja o estabelecimento de operadores estrangeiros no seu território, mas opõe-se também a que levantem dificuldades ao estabelecimento de operadores nacionais noutro Estado-Membro¹⁸. Por

46. Aplicando estes princípios ao caso em apreço, parece-me indiscutível que uma regulamentação como a em causa é idónea, pelo menos, a dissuadir o exercício da liberdade de estabelecimento por parte dos operadores tanto nacionais como estrangeiros.

47. O instrumento da fusão constitui, com efeito, uma técnica particularmente eficaz de transformação das sociedades na medida em que permite, no quadro de uma única operação, exercer uma determinada actividade de uma forma nova e sem soluções de continuidade, reduzindo, portanto, de forma notável as complicações, os prazos e os custos associados a formas alternativas de agrupamento societário, como os que implicam, por exemplo, a dissolução de sociedades com liquidação do património e posterior constituição de uma nova sociedade, a transferência de elementos individuais do património, a troca de títulos de propriedade, etc.

48. Ora, importa observar que por efeito da regulamentação nacional em causa, e apenas por causa desta, a Sevic perde, como todas as sociedades de direito alemão que se encontrem numa situação análoga e pelo simples facto de pretender incorporar uma sociedade que tem sede noutro Estado-Membro, a possibilidade de proceder a uma fusão a

16 — V., por último, acórdão de 5 de Outubro de 2004, Caixa Bank France (C-442/02, Colect., p. I-8961, n.º 11, e a jurisprudência aí indicada).

17 — V., a título de exemplo, acórdãos Daily Mail, já referido, n.º 16; de 18 de Novembro de 1999, X e Y (C-200/98, Colect., p. I-8261, n.º 26); e de 11 de Março de 2004, Hughes de Lasteyrie du Saillant (C-9/02, Colect., p. I-2409, n.º 45).

18 — V., designadamente, acórdãos Baars, já referido, n.º 28, e Hughes de Lasteyrie du Saillant, já referido, n.º 42.

que, de outro modo, poderia recorrer. Perde, portanto, uma possibilidade de importância notável e óbvia num mercado integrado, como o europeu, a menos que pretenda recorrer a técnicas alternativas que, como há pouco sublinhei, não possuem as mesmas características e vantagens.

o que equivale, como o Tribunal já esclareceu, «à própria negação da liberdade de estabelecimento»¹⁹.

51. À luz das considerações expandidas, considero, portanto, que a medida alemã constitui, na acepção exposta, uma restrição à liberdade de estabelecimento e é, assim, contrária aos artigos 43.º CE e 48.º CE.

49. Tudo isto constitui manifestamente um «obstáculo» susceptível de influenciar directamente as decisões das empresas alemãs de se estabelecerem ou estenderem a sua própria presença a outros Estados-Membros e, portanto, de exercerem a liberdade a que têm direito nos termos dos artigos 43.º CE e 48.º CE.

C — A pretensa justificação da legislação nacional em causa

52. Apesar disto, importa ainda perguntar se a incompatibilidade da regulamentação nacional em causa não pode ser posta em causa devido a razões de carácter geral que, como adiante veremos, poderiam ser invocadas para a justificar.

50. Mas a medida em questão tem efeitos restritivos mesmo relativamente a sociedades com sede noutros Estados-Membros. Com efeito, impede totalmente esses sujeitos de recorrerem a uma modalidade de acesso ao mercado alemão. Em especial, uma sociedade com sede no estrangeiro não poderia desenvolver as suas actividades na Alemanha unindo-se a uma ou mais sociedades alemãs mediante a absorção de uma sociedade já existente ou constituição de uma nova sociedade. Para obter este resultado, muito provavelmente deveria, em primeiro lugar, ser criada uma nova sociedade na Alemanha,

53. Com efeito, o Governo alemão, apoiado pelo neerlandês, alega que na situação actual, em que não existem normas comunitárias de harmonização, não era possível àquele Estado reconhecer as fusões transfronteiriças, dadas as enormes diferenças ainda existentes entre os direitos das sociedades dos Estados-Membros e, portanto, dado o carácter particularmente complexo dessas

19 — Acórdão Überseering, já referido, n.º 81.

operações. A proibição em causa era, portanto, motivada pela necessidade de garantir um nível de certeza do direito adequado nas transacções comerciais, bem como pela de tutelar os interesses dos trabalhadores, credores e sócios minoritários das sociedades alemãs.

podem ser autorizadas se justificadas por eventuais razões imperativas e, mesmo nesse caso, desde que sejam adequadas para garantir a realização do objectivo que prosseguem e não ultrapassem o que é necessário para o atingir²⁰.

54. Caso o Tribunal devesse considerar que a norma constante do § 1, n.º 1, primeiro parágrafo, da UmwG constitui uma restrição à liberdade de estabelecimento, essa restrição era, no entanto, legítima na medida em que se destinava a satisfazer exigências que, segundo os dois governos intervenientes, foram reconhecidas pela jurisprudência comunitária como idóneas para justificar as referidas medidas.

56. Ora, importa declarar que, no caso em apreço, estamos em presença de uma disposição de natureza discriminatória. Como se viu, com efeito, a disciplina em análise estabelece uma clara diferença de tratamento entre sociedades com base na respectiva sede, permitindo as fusões se as sociedades interessadas estiverem estabelecidas na Alemanha e impedindo-as se, pelo contrário, uma delas estiver estabelecida no estrangeiro.

55. Por meu lado, recordo antes de mais que, no plano das excepções autorizadas às liberdades fundamentais, o direito comunitário distingue claramente entre as medidas discriminatórias e não discriminatórias. As primeiras são, com efeito, autorizadas apenas se puderem integrar uma derrogação expressamente prevista no Tratado, ou seja, no que respeita ao direito de estabelecimento, no artigo 46.º CE. As que, pelo contrário, são indistintamente aplicáveis a sujeitos nacionais e de outros Estados-Membros apenas

57. Nestes casos, a única derrogação susceptível de aplicação é, portanto, a prevista no artigo 46.º CE, com base na qual medidas discriminatórias podem justificar-se apenas por motivos de ordem pública, segurança pública e saúde pública. Esta disposição, na medida em que também comporta uma derrogação a um princípio fundamental do Tratado, deve ser interpretada de forma restritiva, razão pela qual o Tribunal subor-

20 — V., designadamente, acórdãos de 31 de Março de 1993, Kraus (C-19/92, Colect., p. I-1663, n.º 32); Gebhard, já referido, n.º 37; de 9 de Março de 1999, Centros (C-212/97, Colect., p. I-1459, n.º 34); e Caixa Bank France, já referido, n.º 17.

dinou, especialmente, a sua aplicabilidade à existência de uma «ameaça real e suficientemente grave que afecta um interesse fundamental da sociedade»²¹.

58. Ora, parece-me evidente que as eventuais dificuldades de coordenação ou os riscos de contradição entre diferentes disposições nacionais em matéria de sociedades, evocadas conjuntamente de forma extremamente vaga e genérica pelas autoridades alemãs e neerlandesas, não podem constituir uma «ameaça» dessa natureza e dimensão a um dos referidos «interesses fundamentais da colectividade» e, assim, integrar o âmbito do artigo 46.º CE.

59. Mas mesmo que se considerasse que a disposição em causa não tem carácter discriminatório, o resultado não mudava pois também não estavam satisfeitas as condições impostas pela jurisprudência comunitária atrás referida para os casos de restrições indistintamente aplicáveis (*supra*, n.º 55).

60. Começamos pela subsistência de motivos imperiosos de interesse público. Sob esta perspectiva, poder-se-iam com efeito incluir, de forma absolutamente hipotética, as razões do Estado de origem da sociedade incorporada para se opor à realização da fusão em nome de razões imperiosas de interesse público²². Com efeito, esse Estado vê extinguir-se, por se incorporar numa sociedade de outro Estado-Membro, uma sociedade que pertencia ao seu próprio ordenamento e sobre a qual não poderá, portanto, mais exercer um controlo directo.

61. Uma oposição por parte do Estado a que pertence a sociedade incorporante parece, pelo contrário, mais difícil de justificar, dado que a fusão não afecta a ligação dessa sociedade ao ordenamento jurídico desse Estado. No caso em apreço, com efeito, a Sevic mantinha a sua sede na Alemanha mesmo após a fusão pretendida e o direito alemão continuava a aplicar-se a toda a actividade da referida sociedade.

62. Mas mesmo que se pretenda dar importância a estas considerações, permanece no entanto a dúvida de que os referidos problemas de compatibilidade ou de coordenação entre ordenamentos jurídicos diferentes possam merecer a qualificação de motivos imperativos de interesse público. E isto especialmente se se considerar que, pelo

21 — V., *ex multis*, acórdãos de 27 de Outubro de 1977, Bouchereau (30/77, Colect., p. 715, n.º 35), e de 26 de Novembro de 2002, Oteiza Olazabal (C-100/01, Colect., p. I-10981, n.º 39).

22 — No caso em apreço, resulta dos autos que o Luxemburgo não levantou qualquer tipo de objecção e procedeu ao cancelamento da SVC no registo comercial.

que se sabe, as fusões internacionais são autorizadas em diversos ordenamentos nacionais sem que isso, contrariamente ao que parecem sustentar os dois governos intervenientes, crie dificuldades insuperáveis²³.

63. De qualquer modo, se, sobre este aspecto, se concordasse com esses governos, *quod non*, importava ainda verificar se, no caso em apreço, estão reunidas as outras condições já indicadas, ou seja, a necessidade e a proporcionalidade da medida em causa.

64. Como se viu, todavia, essa disposição estabelece uma proibição absoluta e automática, aplicável portanto de um modo geral e preventivo a todos os casos de fusão transfronteiriça, independentemente da verificação dos eventuais prejuízos ou riscos que dela decorrem.

65. Enquanto tal, parece-me absolutamente evidente, especialmente à luz da jurisprudência

do Tribunal de Justiça²⁴, que excede em muito o objectivo de resolver as eventuais dificuldades referidas e deve, portanto, considerar-se desproporcionada relativamente à prossecução do referido objectivo. Efectivamente, este objectivo poderia ser alcançado através de medidas menos restritivas, como, por exemplo, a possibilidade de recusar o registo caso a caso e apenas em presença de manifesta e provada dificuldade de coordenação entre os ordenamentos jurídicos em causa, susceptível de pôr seriamente em causa a certeza do direito ou a protecção dos interesses dos trabalhadores, credores ou sócios minoritários das sociedades em causa.

66. Com efeito, repito, não se pode considerar que uma medida que consagra uma proibição tão absoluta e automática seja proporcionada.

67. Nem, por último, se pode invocar como justificação dessa medida a circunstância, invocada pelos governos intervenientes, de ainda não ter sido adoptada a directiva comunitária sobre as fusões transfronteiriças de sociedades de capitais. Efectivamente,

23 — Pelo que se sabe, essas operações são possíveis, por exemplo, no direito espanhol, português, italiano, francês e belga, embora de acordo com modalidades diferentes.

24 — Quanto ao carácter desproporcionado de proibições absolutas e gerais, v., a título exemplificativo, acórdãos de 30 de Abril de 1986, Comissão/França (96/85, Colect., p. 1475, n.º 14); de 16 de Junho de 1992, Comissão/Luxemburgo (C-351/90, Colect., p. I-3945, n.º 19); de 26 de Setembro de 2000, Comissão/Bélgica (C-478/98, Colect., p. I-7587, n.º 45); e de 4 de Março de 2004, Comissão/França (C-334/02, Colect., p. I-2229, n.º 28 e 34).

segundo estes governos, não existindo harmonização comunitária não era possível proceder a essas operações.

68. É sabido, com efeito, e também confirmado pela jurisprudência consolidada do Tribunal de Justiça, que o exercício da liberdade de estabelecimento não pode depender da adopção de directivas de harmonização²⁵. Isto porque essas directivas não atribuem os direitos reconhecidos pelo Tratado, mas destinam-se apenas a facilitar o seu exercício. O que, de resto, é confirmado, no que respeita mais especificamente ao caso que nos ocupa, pelo primeiro considerando da referida proposta de directiva, segundo o qual esta se destina «a facilitar a realização de fusões transfronteiriças»²⁶. Fica assim desmentida a tese da necessidade de uma prévia harmonização comunitária.

69. Em definitivo, parece-me que, no caso em apreço, não se encontram preenchidas as condições que anteriormente indiquei como essenciais para justificar uma medida nacional incompatível com o Tratado.

70. Concluo, portanto, que a disposição nacional em causa não se justifica nem com base no artigo 46.º CE, nem com base nas exigências imperativas invocadas pelos governos intervenientes. Por conseguinte, deve considerar-se contrária aos artigos 43.º CE e 48.º CE.

D — Quanto à livre circulação de capitais

71. Por último, sublinho que, na audiência, a Comissão observou que a medida em questão também podia ser analisada como uma restrição à livre circulação de capitais, proibida, em princípio, pelo artigo 56.º CE. Isto na medida em que a recusa de registo das fusões transfronteiriças dificultava os movimentos de capitais inerentes a essas operações.

72. Pelo meu lado, devo antes de mais observar que o órgão jurisdicional de reenvio não pediu ao Tribunal que se pronunciasse, a título prejudicial, sobre a interpretação do artigo 56.º CE.

Apesar disto, podemos-nos perguntar sobre se não será necessário responder a esta questão. Com efeito, como a jurisprudência comunitária esclarece, «com vista a fornecer uma resposta útil ao órgão jurisdicional que

25 — V., designadamente, acórdãos de 28 de Abril de 1977, Thieffry (71/76, Colect., p. 277, n.ºs 17 e 27); de 31 de Março de 1993, Kraus, já referido, n.º 30; e Überseering, já referido, n.º 55.

26 — O sublinhado é meu.

submeteu a questão prejudicial, o Tribunal pode ser levado a tomar em consideração normas de direito comunitário às quais o juiz nacional não fez referência na sua questão»²⁷.

que exista, no caso em apreço, uma violação das disposições relativas à liberdade de estabelecimento.

73. No entanto, no caso em apreço, não me parece, em princípio, que a interpretação do artigo 56.º CE seja verdadeiramente necessária para a solução do processo principal. Com efeito, tendo já chegado à conclusão que a medida em causa constitui uma restrição injustificada ao artigo 43.º CE, uma verificação da sua compatibilidade com o artigo 56.º CE era, em rigor, supérflua. Com efeito, é sabido que o Tribunal, quando confrontado com uma restrição à liberdade de estabelecimento, não considera, em princípio, necessário examinar se uma determinada medida também é contrária às normas do Tratado relativas à livre circulação de capitais²⁸.

75. Se assim fosse, todavia, e se procedesse, portanto, à apreciação da questão na perspectiva da liberdade de circulação de capitais, a minha conclusão era a de que, como a Comissão sustenta, a medida nacional em causa constitui uma restrição ilícita a essa liberdade.

74. No caso em apreço, no entanto, a verificação ulterior podia ser necessária caso o Tribunal devesse acolher a solução proposta pelos governos intervenientes e negar

76. Observo, em primeiro lugar, que, estando «indissolivelmente ligada[s] a um movimento de capitais»²⁹, as operações de fusão integram claramente o âmbito de aplicação do artigo 56.º CE. Com efeito, segundo o ponto I, «Investimentos directos», da nomenclatura³⁰ contida no anexo 1 da Directiva 88/361/CEE do Conselho, de 24 de Junho de 1988, para a execução do artigo 67.º do Tratado³¹, fazem parte destes investimentos a «aquisição integral de empresas existentes» (n.º 1) e a «[p]articipação em

27 — Acórdãos de 20 de Março de 1986, Tissier (35/85, Colect., p. 1207, n.º 9); de 27 de Março de 1990, Bagli Pennacchiotti (C-315/88, Colect., p. I-1323, n.º 10); e de 18 de Novembro de 1999, Teckal (C-107/98, Colect., p. I-8121, n.º 39).

28 — V., por exemplo, acórdãos de 28 de Abril de 1998, Safir (C-118/96, Colect., p. I-1897, n.º 35); de 18 de Novembro de 1999, X e Y (C-200/98, Colect., p. I-8261, n.º 30); de 13 de Abril de 2000, Baars (C-251/98, Colect., p. I-2787, n.º 42); de 8 de Março de 2001, Metallgesellschaft e o. (C-397/98 e C-410/98, Colect., p. I-1727, n.º 75); e de 21 de Novembro de 2002, X e Y (C-436/00, Colect., p. I-10829, n.º 66).

29 — Acórdão de 16 de Março de 1999, Trummer e Mayer (C-222/97, Colect., p. I-1661, n.º 24).

30 — Nomenclatura a que a jurisprudência comunitária se tem constantemente referido para definir o conceito de movimentos de capitais. V., recentemente, acórdãos Trummer e Mayer, já referido, n.º 21, e de 6 de Junho de 2000, Verkooijen (C-35/98, Colect., p. I-4071, n.º 27).

31 — JO L 178, p. 5.

empresas novas ou existentes com vista a criar ou manter laços económicos duradouros» (n.º 2). É, portanto, claro que as operações de fusão constituem «movimentos de capitais».

efeito dissuasor sobre os movimentos de capitais, impedindo o uso de um instrumento privilegiado para proceder a operações de aquisição ou criação de sociedades no estrangeiro.

77. Em segundo lugar, no que respeita à natureza restritiva da medida em causa, parece-me que se podem facilmente aplicar, *mutatis mutandis*, as considerações desenvolvidas a propósito da liberdade de estabelecimento (*supra*, n.ºs 37 a 43). Com efeito, a disciplina em causa tem, no mínimo, um

78. Por último, e pelas mesmas razões então indicadas (*supra*, n.ºs 48 a 59), considero que não estão preenchidas, no caso em apreço, as condições estabelecidas na jurisprudência para que se possa justificar uma derrogação ao exercício de uma liberdade fundamental garantida pelo Tratado, como a em apreço.

V — Conclusão

79. À luz das considerações expostas, proponho ao Tribunal de Justiça que responda à questão submetida pelo Landgericht Koblenz nos seguintes termos:

«Os artigos 43.º CE e 48.º CE opõem-se à regulamentação de um Estado-Membro, como a Umwandlungsgesetz, que não permite a inscrição no registo comercial das empresas resultantes de fusões entre sociedades com sede nesse Estado e sociedades de outros Estados-Membros.»