

Processo C-295/23**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

9 de maio de 2023

Órgão jurisdicional de reenvio:

Bayerischer Anwaltsgerichtshof (Conselho Superior da Ordem dos Advogados da Baviera, Alemanha)

Data da decisão de reenvio:

20 de abril de 2023

Recorrente:

Halmer Rechtsanwalts-gesellschaft UG

Recorrida:

Rechtsanwaltskammer München (Ordem dos Advogados de Munique, Alemanha)

Intervenientes:

SIVE Beratung und Beteiligung GmbH

Dr. Daniel Halmer, advogado

Objeto do processo principal

Compatibilidade com o direito da União (artigos 49.º e 63.º TFUE, Diretiva 2006/123) da exigência prevista no direito alemão de que só sejam sócios de uma sociedade de advogados os advogados e as pessoas que exerçam profissões equiparadas, e de que os sócios exerçam a sua atividade profissional na sociedade de advogados – Relevância das cláusulas dos estatutos da sociedade destinadas a assegurar a independência da gestão da sociedade, que é reservada a advogados habilitados

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

Interpretação do direito da União, artigo 267.º TFUE

Questões prejudiciais

São submetidas à apreciação do Tribunal de Justiça da União Europeia, ao abrigo do disposto no artigo 267.º TFUE, as seguintes questões prejudiciais:

2.1 Constitui uma restrição inadmissível à livre circulação de capitais, à luz do artigo 63.º, n.º 1, TFUE, que, nos termos da legislação de um Estado-Membro, a inscrição de uma sociedade de advogados na Ordem dos Advogados deva ser obrigatoriamente cancelada, quando

2.1.1 a sociedade de advogados ceda uma participação social a uma pessoa que não preencha os requisitos específicos em termos profissionais, exigidos pela legislação do Estado-Membro para a aquisição de uma participação social? Em conformidade com a referida legislação, uma participação social numa sociedade de advogados só pode ser adquirida por um advogado ou outro membro de uma Ordem dos Advogados, um agente oficial da propriedade industrial, um consultor fiscal, um agente fiscal, um auditor ou um técnico oficial de contas, um advogado de outro Estado autorizado a exercer a atividade de aconselhamento jurídico na Alemanha, ou por um agente oficial da propriedade industrial, um consultor fiscal, um agente fiscal, um auditor ou um técnico oficial de contas de outro Estado, autorizado a exercer esta atividade na Alemanha, ou por um médico ou um farmacêutico,

2.1.2 um sócio, embora preenchendo os requisitos específicos previstos no ponto 2.1.1., não exerça a sua atividade profissional na sociedade de advogados?

2.1.3 devido à cessão de uma ou mais participações sociais ou dos direitos de voto, os advogados deixarem de deter a maioria dessas participações ou direitos?

2.2 Constitui uma restrição inadmissível à livre circulação de capitais, à luz do artigo 63.º, n.º 1, TFUE, que um sócio que não esteja habilitado a exercer uma profissão na aceção do ponto 2.1.1. não tenha direito de voto, apesar de os estatutos da sociedade conterem, para proteção da independência da profissão de advogado e da atividade de advocacia da sociedade, cláusulas que garantem que a sociedade é representada exclusivamente por advogados na qualidade de gerentes ou de mandatários, que os sócios e a assembleia geral estão proibidos de influenciar a gestão da sociedade através de instruções ou ameaçando indiretamente com desvantagens, que as deliberações dos sócios que violam estes aspetos são privadas de eficácia e

que o dever de sigilo dos advogados se estende aos sócios e às pessoas por estes mandatados?

2.3 As restrições referidas nos pontos 2.1. e 2.2. cumprem as condições estabelecidas no artigo 15.º, n.º 3, alíneas a) a c), da Diretiva 2006/123/CE de 12 de dezembro de 2006 (JO 2006, L 376, p. 36; a seguir «Diretiva 2006/123»), para que seja admissível uma ingerência na liberdade de prestação de serviços?

2.4 Caso o Tribunal de Justiça considere que o direito da recorrente à livre circulação de capitais (pontos 2.1. e 2.2.) não é afetado e que não se verifica uma violação da Diretiva 2006/123 (ponto 2.3):

As restrições indicadas nos pontos 2.1. e 2.2. violam o direito à liberdade de estabelecimento da interveniente mencionada no ponto 1. (S-GmbH), nos termos do artigo 49.º TFUE?

Disposições de direito da União invocadas

TFUE, em particular artigos 49.º e 63.º

Diretiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno, em particular artigo 15.º

Disposições de direito nacional invocadas

Bundesrechtsanwaltsordnung (Estatuto Federal dos Advogados), na versão em vigor até 31 de julho de 2022 (a seguir «antigo BRAO»), em particular §§ 59a e seguintes

Bundesrechtsanwaltsordnung (Estatuto Federal dos Advogados), na versão em vigor a partir de 1 de agosto de 2022 (a seguir «novo BRAO»), em particular §§ 59b e seguintes

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 O presente processo tem por objeto a legalidade do cancelamento, pela recorrida, da inscrição da recorrente na Ordem dos Advogados como sociedade de advogados.
- 2 A recorrente é uma sociedade de advogados, que opera sob a forma de *haftungsbeschränkte Unternehmergeellschaft* (sociedade comercial de responsabilidade limitada, a seguir «UG»). Daniel Halmer era originariamente o seu gerente e único sócio.

- 3 Por contrato de 31 de março de 2021, 51 das 100 participações sociais detidas por D. Halmer foram vendidas à S-GmbH, uma sociedade de responsabilidade limitada de direito austríaco, que não está autorizada a prestar aconselhamento jurídico na Alemanha nem na Áustria. Ao mesmo tempo, os estatutos da UG foram alterados para permitir a cessão de participações sociais a uma sociedade de capitais que não disponha de inscrição na Ordem dos Advogados e para assegurar a independência da gestão, que continua reservada a advogados habilitados.
- 4 Por carta de 19 de maio de 2021, a recorrida informou a recorrente de que a cessão das participações sociais à S-GmbH era inadmissível ao abrigo do antigo BRAO, pelo que a inscrição da recorrente na Ordem dos Advogados teria de ser cancelada se a cessão das participações sociais se mantivesse.
- 5 Por carta de 26 de maio de 2021, a recorrente informou a recorrida de que a cessão das participações sociais seria mantida. A recorrente solicitou a adoção de uma decisão.
- 6 Por Decisão de 9 de novembro de 2021, a inscrição da recorrente na Ordem dos Advogados foi cancelada. Foi interposto recurso contra esta decisão no órgão jurisdicional de reenvio em 26 de novembro de 2021.

Argumentos essenciais das partes no processo principal

- 7 Com o seu recurso, a recorrente alega que o cancelamento da inscrição violou os seus direitos. É certo que o cancelamento respeita as disposições do antigo BRAO, visto que a S-GmbH não é um profissional na aceção do § 59a do antigo BRAO. Não obstante, a decisão é ilegal, uma vez que estas disposições violam, designadamente, normas hierarquicamente superiores do direito da União. O cancelamento da inscrição viola, em especial, o direito da recorrente à livre circulação de capitais (artigo 63.º, n.º 1, TFUE), o direito de estabelecimento da S-GmbH (artigos 49.º e 54.º TFUE), os direitos da recorrente resultantes do artigo 15.º da Diretiva 2006/123, bem como os direitos da recorrente, da S-GmbH e de D. Halmer decorrentes dos artigos 15.º e 16.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.
- 8 A recorrida alega tratar-se de um processo inventado. A recorrente não exercia a atividade de advocacia. Tal também não seria de esperar tendo em conta o seu capital social no montante de 100 euros. O alcance da proteção conferida pela livre circulação de capitais não é afetado. A recorrente não pode invocar a liberdade de estabelecimento, uma vez que a situação a este respeito é puramente nacional. Além disso, as restrições que conduziram ao cancelamento da inscrição são justificadas pelo artigo 65.º TFUE, bem como pelo artigo 15.º, n.º 2, alínea c), e n.º 3, da Diretiva 2006/123.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

Quadro jurídico nacional

- 9 O direito alemão exige, para o exercício da profissão de advogado, a respetiva inscrição na Ordem dos Advogados. São inscritas pessoas singulares que tenham adquirido as qualificações necessárias para exercer as funções de magistrado. Além disso, podem também ser inscritas as sociedades e os agrupamentos de pessoas para o exercício em comum da profissão. Em relação às sociedades de advogados, a legislação em vigor no momento do cancelamento da inscrição, pertinente para a apreciação do caso em apreço, previa restrições significativas (§§ 59a e segs. do antigo BRAO). Em conformidade com o § 59a do antigo BRAO, o exercício conjunto da profissão só é permitido às pessoas referidas no ponto 2.1.1 das questões prejudiciais. O § 59c do antigo BRAO permite adicionalmente o exercício da advocacia por sociedades de advogados sob a forma de sociedade de capitais. Por força do § 59e, n.º 1, do antigo BRAO, apenas podem ser sócios dessa sociedade advogados e profissionais na aceção do ponto 2.1.1. das questões prejudiciais. Além disso, em aplicação do § 59e, n.º 1, segundo período, do antigo BRAO, estas pessoas devem ser profissionalmente ativas no âmbito da sociedade de advogados. Por último, as pessoas que não estão autorizadas a exercer a sua profissão em conformidade com o ponto 2.1.1. das questões prejudiciais, não têm direito de voto. Se a sociedade de advogados não preencher estes requisitos, a sua inscrição deve ser recusada ao abrigo do disposto no § 59d do antigo BRAO. Se, posteriormente, tais condições deixarem de estar preenchidas, a inscrição da sociedade de advogados deve ser cancelada (§ 59h do antigo BRAO). A Ordem dos Advogados competente para o efeito não dispõe de qualquer poder discricionário a este respeito.
- 10 A partir de 1 de agosto de 2022, os §§ 59a e seguintes do antigo BRAO foram substituídos pelos §§ 59b e seguintes do novo BRAO. Embora as novas disposições alarguem, no que se refere aos advogados, a possibilidade de cooperação profissional a outras profissões, a proibição de participação de terceiros e a obrigação de exercer a sua atividade na sociedade continuam a aplicar-se numa forma modificada.
- 11 Com a alteração dos estatutos e a cessão de 51 % das participações sociais da UG à S-GmbH, várias razões justificam o cancelamento (obrigatório) da inscrição em aplicação do direito alemão:
- A sociedade de advogados tem agora um sócio que não exerce qualquer atividade na aceção do § 59a do antigo BRAO.
 - A S-GmbH também não pode, conseqüentemente, exercer uma atividade profissional na sociedade de advogados.
 - A maioria das participações sociais e dos direitos de voto deixou de ser detida por advogados.

*Quanto às questões prejudiciais**Restrição à livre circulação de capitais*

- 12 O conceito de livre circulação de capitais engloba todas as transações sob a forma de capital em dinheiro ou em espécie, que não estão diretamente relacionadas com o comércio de bens e serviços. Estas transações incluem igualmente a aquisição de participações sociais a uma pessoa coletiva de direito privado. O alcance da proteção conferida pela liberdade de estabelecimento só é afetado, se, através da transação, o adquirente pretender assegurar a sua influência sobre uma empresa. Os critérios a este respeito referem-se nomeadamente à dimensão das participações sociais a adquirir e à configuração do contrato de sociedade (Acórdão de 20 de setembro de 2018, EV, C-685/16, EU:C:2018:743). Segundo estes critérios, o direito da recorrente à livre circulação de capitais foi restringido. É certo que a S-GmbH adquire 51 das 100 participações sociais, detendo, portanto, uma participação maioritária. Todavia, os estatutos garantem, não obstante, que a S-GmbH não pode exercer uma influência dominante sobre a recorrente.

Compatibilidade das restrições impostas pelos §§ 59a e seguintes do antigo BRAO com a livre circulação de capitais

- 13 Os §§ 59e, 59a, 59h do antigo BRAO constituem uma restrição à livre circulação de capitais da recorrente. Estas disposições opõem-se à venda de participações sociais de uma sociedade de advogados a terceiros. A venda de participações sociais só é possível se o adquirente for um profissional na aceção do § 59a do antigo BRAO, se trabalhar para a sociedade nessa qualidade e se a maioria das participações sociais e dos direitos de voto continuarem a ser detidos por advogados. Em conformidade com o § 59e, n.º 2, segundo período, do antigo BRAO, um sócio que não esteja habilitado a exercer uma profissão na aceção do § 59a do antigo BRAO, não tem direito de voto. Estas disposições afetam a situação jurídica da recorrente.
- 14 O órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas quanto à questão de saber se esta violação da livre circulação de capitais pode ser justificada pelo artigo 65.º TFUE. Em conformidade com o n.º 2 do referido artigo, as disposições dos Estados-Membros destinadas a manter a ordem e a segurança públicas são efetivamente admissíveis. A independência do aconselhamento jurídico, o respeito pela exigência de transparência e a segurança do sigilo profissional foram reconhecidos pelo Tribunal de Justiça como objetivos de ordem e de segurança públicas suscetíveis de justificar uma restrição à livre circulação de capitais (Acórdão de 2 de dezembro de 2010, Jakubowska, C-225/09, EU:C:2010:729). No entanto, o Tribunal de Justiça ainda não se pronunciou sobre a questão de saber se restrições à participação numa sociedade de advogados, como as previstas nos §§ 59a, 59e, 59h do antigo BRAO, são proporcionadas para a prossecução destes objetivos. No Acórdão de 21 de abril de 2005, Comissão/Grécia (C-140/03,

EU:C:2005:242, n.º 34), o Tribunal de Justiça estabeleceu, a este respeito, condições gerais. Segundo este acórdão, não basta constatar que as medidas nacionais são, em princípio, adequadas para garantir a realização do objetivo por elas prosseguido no interesse geral. Além disso, as restrições controvertidas não devem ultrapassar o que é necessário para alcançar o objetivo prosseguido. Existem dúvidas sobre se as restrições previstas nos §§ 59a, 59e, 59h do antigo BRAO são necessárias para garantir a independência do advogado.

- 15 Estas dúvidas podem ser legítimas. A independência da atividade como advogado do gerente ou do representante autorizado da sociedade é garantida pelo facto de, em aplicação do § 59f, n.º 4, do antigo BRAO, a influência dos sócios sobre a atividade de aconselhamento jurídico, incluindo a aceitação ou a rejeição de um mandato, ser inadmissível. A independência pode, além disso, ser assegurada por disposições previstas nos estatutos. Os estatutos da recorrente contêm tais disposições.
- 16 Afigura-se duvidoso que a exclusão geral de terceiros, que não exercem qualquer profissão na aceção do § 59a do antigo BRAO, seja necessária para garantir a independência da profissão de advogado. O risco de um sócio ou de um investidor exercer influência sobre a gestão da sociedade não depende do exercício por parte de um sócio de uma profissão na aceção do § 59a do antigo BRAO. A dependência económica da profissão de advogado pode verificar-se da mesma forma sempre que um profissional, na aceção do § 59a do antigo BRAO, disponibiliza capital à empresa num montante considerável. Esta disposição também não protege contra a dependência económica de um advogado no que se refere a um investidor externo ou a um cliente importante. Se as disposições legais, destinadas a garantir a independência dos advogados, forem reforçadas, como no caso em apreço, por disposições estatutárias destinadas a proteger a independência da situação jurídica dos dirigentes e dos seus representantes, o que implica que os sócios não podem influenciar a atividade operacional, não se afigura, em todo caso, que terceiros possam interferir em maior medida do que os profissionais de uma sociedade de advogados na independência do aconselhamento jurídico.
- 17 O princípio da proporcionalidade consagrado pelo direito da União apenas permite ingerências nas liberdades fundamentais previstas pelos Tratados, se as restrições servirem de maneira coerente e sistemática um objetivo reconhecido de ordem ou de interesse público. As restrições devem ser não discriminatórias, justificadas por interesses gerais superiores, adequadas para garantir a realização dos objetivos prosseguidos, e não devem ir além do necessário para atingir o objetivo prosseguido (Acórdãos de 19 de maio de 2009, Apothekerkammer des Saarlandes e o., C-171/07 e C-172/07, EU:C:2009:316, e de 15 de outubro de 2015, Tomášová, C-168/15, EU:C:2016:602).
- 18 Também nesta perspetiva existem dúvidas sobre se os §§ 59a, 59e, 59h do antigo BRAO contêm uma restrição coerente e sistematicamente consistente para salvaguarda da independência da atividade de advocacia e da boa administração

da justiça. A lei tem por objetivo garantir a independência da atividade de advogado excluindo a participação na sociedade de pessoas com interesses puramente económicos, assegurando que apenas pessoas vinculadas profissionalmente podem tornar-se sócios da sociedade e obrigando estes últimos a exercer a sua atividade na sociedade. É certo que a restrição do círculo de sócios significa, em princípio, que terceiros, que não preencham estes critérios, não podem influenciar a sociedade enquanto sócios. Todavia, esta restrição não satisfaz a exigência de coerência, se os sócios, que preenchem os requisitos previstos pelo § 59e do antigo BRAO, puderem influenciar da mesma forma a atividade de gestão. Os §§ 59a, 59e do antigo BRAO não contêm quaisquer requisitos quantitativos quanto à obrigação de colaboração dos sócios. Por conseguinte, é possível que, através da sua participação, um sócio prossiga principalmente interesses financeiros e apenas colabore de forma secundária na realização dos objetivos da sociedade. Também não há qualquer garantia de que os advogados habilitados, que são sócios da sociedade de advogados, colaborem de forma significativa com a sociedade.

- 19 As questões jurídicas suscitadas ainda não foram esclarecidas pela jurisprudência do Tribunal de Justiça. No seu Acórdão de 21 de abril de 2005, Comissão/Grécia (C-140/03, EU:C:2005:242) sobre a liberdade de estabelecimento, o Tribunal de Justiça reconheceu efetivamente que a proteção da saúde pública constitui um objetivo legítimo suscetível de restringir a liberdade de estabelecimento. No entanto, as medidas eram desproporcionadas, uma vez que também teriam sido suficientes neste contexto intervenções menos restritivas. No presente caso, o § 59f do antigo BRAO e os estatutos da recorrente garantem que só os advogados podem atuar como gerentes da sociedade de advogados. Tal está em consonância com o que o Tribunal de Justiça considerou necessário para atingir o objetivo de proteção da saúde pública. Além disso, estas disposições contêm regras destinadas a assegurar a independência, em relação aos sócios, dos advogados no exercício da sua atividade.
- 20 Do Acórdão de 19 de maio de 2009, Apothekerkammer des Saarlandes e o. (C-171/07 e C-172/07, EU:C:2009:316), que também diz respeito à liberdade de estabelecimento, não resulta tão-pouco uma apreciação diferente. É certo que neste acórdão o Tribunal de Justiça aceitou a legislação alemã, segundo a qual a exploração de uma farmácia – salvo algumas exceções – está reservada exclusivamente aos farmacêuticos. Por conseguinte, a exploração de uma farmácia por uma sociedade de capitais está, em princípio, excluída. O Tribunal de Justiça justificou esta situação com base nos riscos e nas necessidades específicas, relacionados com a distribuição de medicamentos, e com base em aspetos de política da saúde. No entanto, não existem riscos comparáveis no aconselhamento jurídico. Além disso, ao contrário do que acontece na exploração das farmácias, a prestação de aconselhamento jurídico por parte de sociedades de capitais é permitida. Tal demonstra que, mesmo na opinião do legislador, não existe aqui uma situação de perigo comparável.

Violação dos direitos da recorrente decorrentes da Diretiva 2006/123

- 21 Em conformidade com o artigo 15.º, n.º 2, alínea c), da Diretiva 2006/123, os Estados-Membros devem verificar, nomeadamente, se os respetivos sistemas jurídicos condicionam o acesso a uma atividade de serviços ou o seu exercício ao cumprimento de requisitos não discriminatórios, relativos à detenção do capital de uma sociedade. Segundo o artigo 15.º, n.º 3, alínea c), da diretiva, as restrições devem ser proporcionadas. Tal é o caso quando os requisitos são adequados para garantir a consecução do objetivo prosseguido, não podendo ir além do necessário para atingir este objetivo e não podendo ser possível obter o mesmo resultado através de outras medidas menos restritivas. Existem dúvidas sobre se as restrições contidas nos §§ 59a, 59e, 59h do antigo BRAO aplicáveis à aquisição de participações sociais de uma sociedade de advogados satisfazem estes requisitos.
- 22 As atividades de aconselhamento jurídico prestadas pela recorrente são serviços na aceção do artigo 4.º, ponto 1), da Diretiva 2006/123. Esta diretiva tem efeito direto a favor da recorrente. A recorrente pode invocar diretamente o facto de as restrições não serem justificadas pelo artigo 15.º, n.º 2, alínea c), e n.º 3, alínea c), da diretiva (Acórdão de 30 de janeiro de 2018, X e Visser, C-360/15 e C-31/16, EU:C:2018:44, n.º 130). Pelas razões acima expostas nos n.ºs 14 a 20, existem sérias dúvidas quanto à proporcionalidade, na aceção da diretiva, das restrições impostas à aquisição de participações sociais de uma sociedade de advogados previstas nos §§ 59a, 59e do antigo BRAO. Em contrapartida, deve considerar-se que a independência da atividade de advogado, a execução da administração da justiça, o dever de sigilo profissional do advogado e, portanto, a confiança na administração da justiça estão suficientemente salvaguardados pelas restrições impostas aos direitos dos sócios previstas no § 59f do antigo BRAO e nos estatutos.

Compatibilidade das restrições impostas pelos §§ 59a e seguintes do antigo BRAO com a liberdade de estabelecimento

- 23 Caso não se considere que a S-GmbH não pretende exercer uma influência preponderante sobre a atividade da recorrente e que, por conseguinte, o direito da recorrente à livre circulação de capitais pode ter sido violado, à violação da Diretiva 2006/123 acresce uma violação do direito de estabelecimento da S-GmbH (artigo 49.º TFUE). Também a este respeito a ingerência provocada pelas restrições impostas pelos §§ 59a, 59e, 59h do antigo BRAO poderá ser desproporcionada.