

A LEI APLICÁVEL À SOCIEDADE ANÓNIMA EUROPEIA (*SOCIETAS EUROPAEA*)

CÉSAR MANUEL FERREIRA PIRES

Assistente da FDULP

Mestre em Direito

1. Introdução; 2. A especificidade da regulamentação do estatuto da *Societas Europaea*; 3. A consagração da teoria da sede real ou da teoria da constituição (*incorporation theory*) no estatuto da *Societas Europaea*?; 4. A *lex societatis* e a lei do mercado no estatuto da *Societas Europaea*; 5. A *lex societatis* no estatuto da *Societas Europaea*: o caso específico dos grupos de sociedades; 6. Considerações finais.

1. Introdução

A aprovação do Regulamento (CE) n.º 2157/2001, do Conselho, de 8 de Outubro de 2001, relativo ao estatuto da *Societas Europaea* (SE)¹ teve um objectivo bem definido: a criação de uma regulamentação uniforme para este tipo de sociedades.

As dificuldades com que se deparavam as sociedades comerciais europeias que pretendessem desenvolver a sua actividade em mais do que um Estado-membro eram várias, quer em termos administrativos, quer em termos financeiros. Para alcançarem os seus intentos as sociedades europeias tinham de constituir filiais (ou outras formas de representação permanente) que ficavam sujeitas ao cumprimento das disposições legais dos diversos ordenamentos jurídicos nacionais dos diferentes Estados-membros.

Com a aprovação do estatuto da SE, as sociedades europeias que pretendam exercer a sua actividade em mais do que um Estado-membro passam a beneficiar de uma redução de custos administrativos e jurídicos, em virtude de ficarem, em parte, dispensadas de conformar os respectivos estatutos com as diversas legislações nacionais de cada Estado-membro. A SE tem personalidade jurídica (art. 1º, n.º 3 do Regulamento

¹ De ora em diante usaremos, também, a abreviatura SE constante do Regulamento (CE) n.º 2157/2001, do Conselho, de 8 de Outubro de 2001.

(CE) n.º 2157/2001, do Conselho, de 8 de Outubro de 2001) e pode transferir a sua sede, sem que essa transferência implique a sua dissolução ou a criação de uma nova pessoa colectiva (art. 8º, n.º1 do Regulamento (CE) n.º 2157/2001, do Conselho, de 8 de Outubro de 2001)².

Orientada essencialmente para grandes grupos internacionais de sociedades, mas permitindo, pelo menos teoricamente, o acesso por parte das pequenas e médias empresas, a SE permite que tanto aqueles como estas possam operar na União Europeia através de uma única pessoa colectiva e beneficiem de economias de escala, de menores custos e de uma estrutura mais simples que aumentará a sua competitividade perante empresas norte americanas, japonesas ou chinesas. Serão possíveis operações jurídicas que, antes da aprovação do Regulamento (CE) n.º 2157/2001, eram juridicamente quase impossíveis (fusões internacionais) ou, pelo menos, de complexa realização (reestruturação dos grupos por países ou por actividade económica)³.

A criação de um novo modelo de sociedade europeia foi um dos primeiros objectivos da Comunidade, tendo em vista a superação dos obstáculos à liberdade de estabelecimento destas pessoas jurídicas e a criação de um ambiente favorável ao desenvolvimento da cooperação europeia entre as empresas dos diferentes Estados-membros. Tal intenção foi materializada por uma proposta do governo francês transmitida, em 1965, à Comissão Europeia, que acabaria por elaborar um *Memorandum* com vista à criação de um modelo de sociedade europeia. Em 1966 um grupo de peritos encarregado pela Comissão Europeia elaborou um projecto que, submetido à apreciação do Conselho de Ministros, teve a oposição da França, que não pretendia que o projecto fosse estendido a Estados exteriores à União Europeia (no caso a Inglaterra que, à data, não era um Estado-membro)⁴.

As propostas posteriores surgiram nos anos de 1970 e 1975 e, adoptando a forma de Regulamento comunitário composto por duzentos e oitenta e quatro artigos, visava estabelecer uma regulamentação exaustiva do estatuto da sociedade europeia, sem qualquer remissão para os Direitos nacionais dos Estados-membros.

²Não significa isto que as sociedades europeias tenham de adoptar a forma de SE para exercerem as suas actividades transfronteiriças; a adopção da forma de SE é facultativa.

³ CARAVACA, ALFONSO LUÍS CALVO e GONZÁLEZ, JAVIER CARRASCOSA, *Mercado Único y libre competencia en la Unión Europea*, Editorial Colex, 2003, p. 129 ss.

⁴ MARCO, GIUSEPPE DI, “La «società europea»: un nuovo tipo societario per le imprese comunitarie”, in *Le società – Rivista di diritto e pratica commerciale societaria e fiscale*, n.º 6, 2001, p. 746.

Não obstante as dificuldades com que se debateu a criação de uma regulamentação para a sociedade europeia⁵ e depois das propostas de 1989⁶ e de 1991⁷, em 2001 surge a versão final do Regulamento comunitário (Regulamento (CE) n.º 2157/2001, do Conselho, de 8 de Outubro de 2001)⁸.

A versão final reflecte o abandono do modelo pretendido aquando da elaboração das propostas dos anos 1970 e 1975, ou seja, o Regulamento (CE) n.º 2157/2001 não estabelece uma regulamentação completa do estatuto da Sociedade Europeia, remetendo para o Direito nacional dos Estados-membros aspectos relevantes do seu regime jurídico. Este Regulamento consagra uma técnica, comumente, conhecida como reenvio para as legislações nacionais dos Estados-membros.

As remissões feitas pelo Regulamento (CE) n.º 2157/2001 às leis nacionais dos Estados-membros (artigos 7º e 9º) levam a concluir, *prima facie*, que existirão tantas sociedades europeias quantos os Estados-membros onde se localizem as respectivas sedes. Não obstante tal aspecto, esta forma de regulamentação permite, pelo menos, que as sociedades levem a cabo operações internacionais que seriam inviáveis à face dos Direitos nacionais vigentes⁹. Direitos nacionais que estabelecem regimes muito divergentes no que se refere à determinação da lei pessoal aplicável às sociedades comerciais.

Ora, o regime estabelecido para a Sociedade Europeia faz depender a constituição de uma sociedade deste tipo de dois elementos: da sede das sociedades participantes na operação e da técnica jurídica adoptada para alcançar tal intento.

Por um lado, a possibilidade de constituição de uma Sociedade Europeia depende do facto de pelo menos duas delas se regularem pelo Direito de Estados-membros diferentes ou do facto dos seus estabelecimentos secundários se regularem pelo Direito de outro Estado-membro ou se situarem noutro Estado-membro (art. 2 do

⁵ A discussão sobre a mesma suspendeu-se no anos 80 devido à oposição por parte do Reino Unido em assumir um modelo alemão de co-gestão e ao receio, assumido pelos Estados-membros, de que as suas empresas se deslocalizassem (PEDRO, L. A. VELASCO SAN e FELIPE, J.M. SANCHÉZ, “La libertad de establecimiento de las sociedades en la EU. El estado de la cuestión después de la SE”, in *RDS*, n.º 19, 2002, p. 33)

⁶ JOCE C-263, de 16 de Outubro de 1989.

⁷ JOCE C-138, de 29 de Maio de 1991 e JOCE C-176, de 8 de Julho de 1991.

⁸ De ora em diante designado por Regulamento (CE) n.º 2157/2001 ou, simplesmente, Regulamento.

⁹ VELASCO, G. ESTEBAN, “El compromiso de Niza: por fin la sociedad europea”, in *RDS*, n.º 16, 2001, p. 146. Tal ideia vem, também, expressa no considerando 7 do Regulamento (CE) n.º 2157/2001: “As disposições de um tal regulamento permitirão a criação e a gestão de sociedades de dimensão europeia sem os entraves resultantes da disparidade e da aplicação territorial limitada do direito nacional das sociedades.”

Regulamento (CE) n.º 2157/2001). Ora, as diferentes teorias adoptadas pelos Estados-membros para determinarem a lei reguladora do estatuto pessoal das sociedades comerciais terão um papel preponderante no preenchimento de tal requisito.

Por outro lado, o Regulamento (CE) n.º 2157/2001 apenas estabelece as técnicas que poderão ser utilizadas, por cada um dos “actores”, para a constituição da Sociedade Europeia.

A Sociedade Europeia pode surgir por via de fusão (art. 17º ss.), da criação de uma sociedade “holding” (art. 32º ss.) ou de uma filial (art. 35º ss.) e por via da transformação de uma sociedade anónima em Sociedade Europeia (art. 37 ss.).

Independentemente da forma como se constitua a SE, esta tem que ter a sua sede social no mesmo Estado-membro em que se encontre a sua administração central (art. 7º do Tratado CE). A SE pode transferir livremente a sua sede (art. 8º do Tratado CE), mas a verdade é que a mesma não pode ter a sua sede e a sua administração central em Estados-membros diferentes, sob pena de ser obrigada pelo Estado-membro da sede estatutária a restabelecer a sua administração central neste mesmo Estado ou a transferir a sede estatutária para o Estado-membro onde se encontre a sua administração central, de acordo com o processo estabelecido no art. 8º do Regulamento (CE) n.º 2157/2001 (art. 64º, n.º 1 deste Regulamento).

Portanto, no que se refere à sede da SE, o Regulamento (CE) n.º 2157/2001 consagra o princípio da unidade geográfica, que se apresenta como limitador do princípio da autonomia da vontade firmado em quase toda a disciplina do Estatuto da *Societas Europaea*¹⁰.

O principal objectivo visado por esta imposição é evitar a fraude fiscal por parte de sociedades que só têm a sede estatutária num determinado Estado-membro para, exclusivamente, beneficiarem de um tratamento fiscal mais vantajoso¹¹.

¹⁰ AURREKOETXEA, JOSU J. SAGASTI, “La constitución de la – Societas Europaea – SE”, in *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 19, 2002, p. 115 ss.

¹¹ Vários autores, *Sociedades Mercantiles*, Ediciones Francis Lefebvre, 2004, p. 497.

2. A especificidade da regulamentação do estatuto da *Societas Europaea*

Como referimos supra, a SE começou por ser uma verdadeira sociedade de Direito Comunitário, regulada quase por completo por um regime jurídico material específico. No entanto, o regime jurídico material pretendido para a regulamentação da SE acabou por ser uma miragem. Isto porque o Regulamento (CE) n.º 2157/2001, que aprovou o estatuto da SE, abandonou a ideia inicial de uma regulamentação material quase total e estabeleceu vários reenvios para a lei nacional dos Estados-membros (art. 9º). Se, por um lado, existem matérias que são reguladas de forma detalhada pelo Regulamento (CE) n.º 2157/2001, como as formas de organização social ou as regras aplicáveis à transferência da sede social, por outro lado existem determinados aspectos, como a dissolução, a liquidação e a insolvência, que são quase integralmente reguladas pelo Direito nacional da lei da sede da SE¹².

Não obstante, o Regulamento (CE) n.º 2157/2001 consagra várias normas que são directamente aplicáveis às SE. Tais normas devem ser interpretadas e aplicadas tendo em conta os princípios gerais referidos nos Considerandos deste Regulamento e, sempre que se torne necessário, atendendo aos princípios gerais de Direito comunitário¹³.

Num segundo patamar, sempre que o Regulamento (CE) n.º 2157/2001 expressamente o autorize, é aplicável o disposto nos estatutos da SE. Deste modo, sempre que estejamos perante matérias abrangidas pelo Regulamento (CE) n.º 2157/2001, a aplicação das disposições dos estatutos da SE não pode derivar de remissões feitas pelas leis nacionais dos Estados-membros onde a SE tem a sua sede.

Finalmente, o Direito nacional do Estado-membro onde a SE tem a sua sede é subsidiariamente aplicável às matérias não abrangidas pelo Regulamento (CE) n.º 2157/2001 e às matérias parcialmente abrangidas pelo mesmo (art. 9º, n.º1, c)).

Por isso, no âmbito da matéria relativa à constituição de uma SE por fusão, o complexo sistema de fontes¹⁴ pode favorecer o *fórum shopping* por parte das

¹² FOUASSIER, CHRISTOPHE, “Le statut de la «Société européenne»: un nouvel instrument juridique au service des entreprises”, in *Revue du Marché Commun et de L’Union Européenne*, n.º 445, 2001, p. 85 ss.

¹³ RESCIO, GIUSEPPE ALBERTO, “La Società Europea tra diritto comunitario e diritto nazionale”, in *Revista delle Società*, ano 48º, n.º5, 2003, p. 978 ss.

¹⁴ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Direito Europeu das Sociedades*, Almedina, 2005, p. 938 ss.

sociedades. As sociedades intervenientes na constituição de uma SE podem livremente determinar qual a lei que pretendem ver-lhe aplicada, mediante a determinação da sua sede.

Se à data da aprovação do Regulamento, atendendo à harmonização das legislações nacionais europeias, as sociedades poderiam não sentir tão fortemente essa necessidade, o mesmo já não se poderá dizer hoje em dia. Na verdade, o art. 69º do Regulamento prevê a possibilidade de, no máximo de cinco anos a contar da data da sua entrada em vigor¹⁵, um determinado Estado-membro autorizar que determinadas disposições dos estatutos da SE possam sobrepor-se às normas legais nacionais aplicáveis a sociedades com sede no seu território.

A previsão do art. 69º do Regulamento funda-se na ideia de que um progressivo decréscimo da aplicabilidade das legislações nacionais, no âmbito das SE, pode contribuir para o progressivo crescimento do regime jurídico imperativo aplicável às mesmas. Esta mudança pode contribuir para a afirmação eminentemente comunitária da SE e uma prevalência cada vez mais notória dos estatutos da SE sobre a legislação nacional do Estado-membro onde esta tem a sua sede.

Mas a verdade é que, por outro lado, ao atribuir-se a cada Estado-membro a possibilidade de aligeirar o regime jurídico aplicável às SE com sede no seu território, favorece-se substancialmente o *fórum shopping* que, actualmente, atendendo ao nível que atingiu a harmonização das legislações nacionais em certas matérias, estava limitado¹⁶.

O legislador comunitário entendeu, certamente, que os inconvenientes derivados da consagração de uma norma do género do art. 69º do Regulamento não eram suficientes para impedir o estabelecimento de um mecanismo tendente ao aumento do número de matérias, relativas à SE, directamente reguladas por normas comunitárias.

Mesmo antes da aprovação do regime jurídico aplicável às SE já as pessoas físicas procuravam estabelecer a sede das sociedades comerciais num Estado-membro que lhe concedesse mais garantias, nomeadamente, ao nível fiscal. O *fórum shopping* é um fenómeno que dificilmente poderá ser, totalmente, travado e mesmo a sua própria existência terá sempre a cobertura do princípio da livre iniciativa económica.

¹⁵ A data fixada para a entrada em vigor do Regulamento foi o dia 8 de Outubro de 2004 (art. 70º).

¹⁶ CEBRIÁ, LUÍS HERNANDO, “Aspectos substantivos de la conformación estatutaria de la Sociedad Europea domiciliada en España”, in *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, n.º 692, 2005, p. 1817.

3. A consagração da teoria da sede real ou da teoria da constituição (*incorporation theory*) no estatuto da *Societas Europaea*?

A influência destas duas teorias na construção de critérios atributivos de competência de uma lei a situações privadas jurídico-societárias internacionais tem marcado fortemente o processo de integração europeia no domínio da liberdade de estabelecimento das sociedades comerciais. Não sendo o busílis do nosso estudo a questão da liberdade de estabelecimento, façamos, no entanto, uma breve incursão pelas principais diferenças entre as duas teorias, com relevância para a resposta à questão formulada.

Para a teoria da constituição¹⁷, a lei considerada mais titulada para reger o estatuto pessoal das sociedades comerciais é a lei do processo conducente à constituição de uma entidade autónoma para efeitos jurídicos.

Consequentemente, para esta teoria uma sociedade regularmente constituída num determinado Estado deve ser reconhecida enquanto sujeito autónomo de imputação de direitos e obrigações.

O ordenamento jurídico inglês é aquele que tem sido apontado como o mais ilustrativo desta teoria. Neste ordenamento jurídico, para que o processo formativo da sociedade comercial esteja completo, é necessário que o pacto social seja enviado à entidade competente para efeitos de registo¹⁸, fazendo-se menção expressa ao *registered office* (ou seja, o local designado para o qual as comunicações e notificações devem ser endereçadas¹⁹).

Deste modo, as normas de conflitos inglesas favorecem a liberdade dos fundadores da sociedade comercial para determinarem a lei aplicável, sem ter em consideração o local onde a sociedade está realmente a operar.

Este aspecto constitui a maior crítica apontada a esta teoria, ou seja, ela permite que as sociedades possam constituir-se ao abrigo de determinada lei de um Estado (lei

¹⁷ Tal como PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, “O Direito aplicável às sociedades”, in *ROA*, Ano 58, II, 1998, p. 682 e 683, e pelos motivos aí apresentados, entendemos que hoje em dia não há razões para distinguir entre Direito da constituição e Direito do lugar da constituição. Neste sentido, também, SIEMS, MATHIAS, “Convergence, competition, Centros and conflicts of law”, in *European Law Revue*, Vol. 27, n.º1, 2002. p. 47 ss.

¹⁸ Parte 2, n.º 9 (1) do *Companies Act 2006*.

¹⁹ Parte 6, n.º 86 do *Companies Act 2006*.

da constituição) e continuem a ser reguladas por essa mesma lei independentemente de durante a sua “vida” terem qualquer ligação jurídica ou económica com esse mesmo Estado. Em contraponto, o fundamento principal em que assenta a *incorporation theory* é a autonomia da vontade das partes²⁰.

Por outro lado, a teoria da sede real defende que as sociedades comerciais têm como lei pessoal a lei do Estado onde se encontra situada a sede efectiva, não fictícia. Para os defensores desta teoria, a sede relevante é aquela onde se encontram os órgãos vitais de administração, onde está implantado o centro de comunicações, o lugar onde se tomam as principais decisões ou, se quisermos estabelecer uma relação com o corpo humano, onde se situa o seu “cérebro”²¹.

Embora existam abordagens diferentes²², consideramos que a sede efectiva das sociedades comerciais é aquela onde localiza a sua administração central, entendida como centro de gravidade.

O centro de gravidade da sociedade será o local onde as decisões fundamentais da direcção empresarial se transformam em actos de gestão da empresa, ou seja, onde a vontade dos órgãos da sociedade se forma. Sem descurar a dificuldade de delimitação deste conceito, o mesmo seria completado com determinados indícios²³, tais como:

- a) o local onde se situam as instalações da gerência ou da direcção da sociedade;
- b) o local habitualmente designado para as reuniões dos órgãos de direcção ou de gerência da sociedade;
- c) o local onde o público estabelece contacto com a sociedade;

²⁰ ROTH, WULF-HENNING, “Centros in perspective: free movement of companies, private international law and community law”, in *International Comparative Law Quarterly*, Vol. 52, Parte 1, 2003, p. 183.

²¹ SANTOS, ANTÓNIO MARQUES DOS, “Algumas reflexões sobre a nacionalidade das sociedades em Direito Internacional privado e em Direito internacional público”, in *BFDUC*, n.º especial em homenagem ao Prof. Ferrer Correia, 1986, I, p. 339 e 340.

²² Há quem considere que a sede real é aquela onde se localiza o principal centro de exploração da sociedade. É o caso da lei italiana, que na parte final do n.º1 do artigo 25 da Lei de 31 de Maio de 1995, n. 218 (“Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato”) consagra o centro de exploração como critério definidor da lei aplicável ao estatuto pessoal da sociedade que tenha sua principal actividade em Itália. Apesar do regime estabelecido por este dispositivo legal italiano, tem sido questionada a compatibilidade do mesmo face ao artigo 2507 do *Codice Civile* (que manda interpretar as disposições do código de acordo com os princípios estabelecidos pelo Tratado CE), apesar da sua colocação fora do código civil italiano (*vide*, BERLINGUER, ALDO, “Delle società costituite all’estero”, in *La riforma delle società*, Vol. 3, G. Giappichelli Editore, 2003, p.504 e ss.

²³ PINTO, ALEXANDRE MOTA, “Apontamentos sobre a liberdade de estabelecimento das sociedades (continuação)”, in *Temas de Integração*, n.º 18, 2004, p. 150 ss.

d) o local onde é recebida e expedia a correspondência, onde são celebrados contratos, emitidas facturas e onde são assinados outros documentos sociais.

Feito o enquadramento das duas teorias em confronto e atendendo às frequentes remissões do Regulamento (CE) n.º 2157/2001 para as disposições do Direito nacional do Estado-membro onde a SE tem a sua sede, a questão que se coloca é a de saber se o elemento de conexão relevante é o da sede real e efectiva ou o da sede estatutária?

Na nossa perspectiva o elemento de conexão utilizado pelo Regulamento (CE) n.º 2157/2001 é o da sede estatutária da SE. Embora o elemento literal não seja o único elemento que pode confirmar esta ideia, a verdade é que o Regulamento (CE) n.º 2157/2001 não faz qualquer referência à sede efectiva da SE na delimitação do elemento de conexão (art. 9º, n.º 1, c), i.) a iii)²⁴). Este elemento de conexão não deve ser confundido com a imposição feita pelo Regulamento quanto à coincidência entre a sede da SE e a sua administração central, no momento da sua constituição (art. 7º).

Por outras palavras, a SE tem que ter a sua sede localizada no mesmo Estado-membro onde tem a sua administração central (critério da sede real ou efectiva). No entanto, nada impede que a SE, em contravenção com o disposto no Regulamento (CE) n.º 2157/2001, tenha a sua sede num Estado-membro e a sua administração central noutro. É evidente que, caso tal situação não seja regularizada, a SE estará sujeita às cominações estabelecidas no art. 64º do Regulamento (CE) n.º 2157/2001, nomeadamente, sujeita a dissolução²⁵. Mas, isto só corrobora a ideia de que existe uma

²⁴ O teor da alínea c), do n.º1 deste artigo é o seguinte:

“No que se refere às matérias não abrangidas pelo presente regulamento ou, quando uma matéria o for apenas parcialmente, em relação aos aspectos por ele não abrangidos:

i) Pelas disposições legislativas adoptadas pelos Estados-Membros em aplicação de medidas comunitárias que visem especificamente as SE;

ii) Pelas disposições legislativas dos Estados-Membros que seriam aplicáveis a uma sociedade anónima constituída segundo o Direito do Estado-Membro onde a SE tem a sua sede;

iii) Pelas disposições dos estatutos da SE, nas mesmas condições que para as sociedades anónimas constituídas segundo o Direito do Estado-Membro onde a SE tem a sua sede.”

²⁵ No nosso país, sempre que uma sociedade tenha a sua sede e a sua administração central em Estados-membros diferentes deve restabelecer a sua administração central no Estado-membro da sua sede ou transferir a sua sede para o Estado-membro onde tem a sua administração central, sob pena de, decorrido um ano sem que a situação esteja regularizada, ser considerada dissolvida – art. 16º do Regime Jurídico das Sociedades Anónimas Europeias (RJSAE).

No entanto, não é claro o momento a partir do qual se começa a contar o prazo de um ano para a declaração de dissolução imediata da SE. O Regulamento (CE) n.º 2157/2001 nada refere, assim como o RJSAE. Não deixa de

possibilidade real de, em determinado momento, a sede da SE não estar localizada no mesmo Estado-membro da sua administração central. A aplicação da lei da sede estatutária garante, nesta situação, que a *Societas Europaea* tenha sempre os seus direitos e obrigações definidos por uma (única) lei estadual.

Acresce que, do n.º 4 do art.º 64 do Regulamento resulta claro que é no âmbito da lei onde se localiza a sede estatutária que se terão de encontrar os meios para obrigar a SE, num determinado prazo, a regularizar a situação decorrente da localização da administração central num Estado que não o da sede estatutária.

Consequentemente, o elemento de conexão utilizado pelo art. 9º do Regulamento (CE) n.º 2157/2001 não é o da sede real e efectiva, mas sim o da sede estatutária²⁶.

Portanto, apesar das recorrentes remissões feitas pelo Regulamento (CE) n.º 2157/2001 para as legislações nacionais dos Estados-membros, motivadas pela ideia de que mais vale um estatuto frágil e complexo ao nível das fontes, do que a sua inexistência, somos em crer que, a longo prazo, se verificará, também, uma convergência das legislações europeias nesta matéria, motivada pela aprovação do Regulamento que estabelece o estatuto da *Societas Europaea*²⁷.

ser verdade que, nos termos do art. 141º, n.º 2 do CSC (*ex vi* o disposto no art. 16º, n.º 3 do RJSAE), a assembleia da SE pode deliberar, por maioria dos votos produzidos, o reconhecimento da dissolução, bem como qualquer sócio, sucessor de sócio ou credor da sociedade pode promover a justificação notarial ou o procedimento simplificado de justificação. Mas, tal prerrogativa, sem que esteja fixado no tempo o momento da verificação de discrepância entre a sede da sociedade e a localização da administração central, pode gerar vários conflitos. Como impedir, então, tais situações?

O legislador nacional reconhece competência ao Ministério da Justiça para receber a informação prevista no art. 64º, n.º 4 do Regulamento (CE) n.º 2157/2001 (art. 2º, n.º 3 do RJSAE). Ora, se tal informação deve estar centralizada neste Ministério, então, nos casos em que este tenha conhecimento da infracção ao disposto no art. 7º do Regulamento (CE) n.º 2157/2001 deve notificar a SE de que no prazo de um ano a contar da mesma deve regularizar a sua situação através de um dos mecanismos previstos no art. 64º, n.º 1 do Regulamento (CE) n.º 2157/2001, sob pena de, não o fazendo, considerar-se imediatamente dissolvida.

²⁶ Discordamos, por isso, de alguns autores franceses (veja-se, por exemplo, MENJUCQ, MICHEL, “La société européenne”, in *Revue des sociétés*, n.º 2, 2002, p. 233). No sentido por nós preconizado, embora não totalmente condizente, veja-se SOARES, MARIA ÂNGELA COELHO BENTO, “A sociedade anónima europeia: sociedade de Direito Comunitário?”, in *Nos 20 anos do código das sociedades comerciais*, Vol. I, Coimbra Editora, 2007, p. 722.

²⁷ FOUASSIER, CHRISTOPHE, “Le statut de la «Société européenne»: un nouvel instrument juridique au service des entreprises”, in *Revue du Marché Commun et de L’Union Européenne*, n.º 445, 2001, p. 87.

4. A *lex societatis* e a lei do mercado no estatuto da *Societas Europaea*

Conforme resulta do art. 2º do Regulamento (CE) n.º 2157/2001, não se pode constituir uma SE através do apelo à subscrição pública. A constituição de uma SE está reservada às sociedades comerciais; as pessoas físicas não podem participar na constituição de uma SE.

Mas, uma SE, depois de constituída, pode fazer apelo à subscrição pública. Ora, para isso é necessário que as acções desta estejam admitidas à cotação num mercado regulamentado.

Se, por um lado, o Regulamento (CE) n.º 2157/2001 adopta especificamente o critério da sede real (a SE para existir enquanto tal tem que ter a sua sede estatutária e a sua administração no mesmo Estado-membro) e consagra o elemento de conexão “sede [estatutária] da sociedade” para determinar a lei aplicável à SE, por outro lado nada refere quanto à lei aplicável à SE que procure o seu financiamento num ou mais Estados-membros da União Europeia. Certo é que esta procura de financiamento por parte da SE é admitida com naturalidade pelo Regulamento (CE) n.º 2157/2001, no seu considerando 12.

Admitida a possibilidade da SE colocar as suas acções cotadas numa Bolsa de Valores, torna-se necessário definir qual a lei aplicável à necessária protecção dos investidores.

Podíamos considerar que, atendendo ao facto de não estarmos perante uma matéria regulada pelo Regulamento (CE) n.º 2157/2001, haveríamos de aplicar a lei nacional do Estado-membro onde a SE tem a sua sede. Mas, tal solução é de todo inviável, pois não se mostra possível que, na prática, os títulos da SE estejam admitidos a negociação na Bolsa de Valores de um país (por exemplo na DAX alemã) e a lei reguladora das operações aí realizadas fosse a lei de um Estado-membro diferente, onde a SE tivesse a sua sede (por exemplo, em França).

Por outro lado, a aplicação da lei da sede da SE às operações relativas a valores mobiliários consubstanciaria um ónus acrescido para os investidores, derivado da necessidade, eventual, de conhecimento de uma nova língua e de um novo ordenamento jurídico.

Se não restam dúvidas que a especificidade das SE abertas ao investimento público resulta da necessária protecção dos investidores²⁸, então, a lei que melhor tutela os seus interesses é a lei nacional do Estado-membro onde a SE tem as suas acções admitidas a cotação.

Destarte, a SE aberta ao investimento público está sujeita à aplicação distributiva de várias leis. No que se refere às imposições relativas ao controlo do mercado, acesso, negociação e protecção dos investidores está sujeita à lei do mercado. No que se refere às matérias abrangidas pelo Regulamento (CE) n.º 2157/2001 está sujeita à disciplina deste; nas demais matérias não reguladas pelo Regulamento (CE) n.º 2157/2001 fica sujeita aos respectivos estatutos se aquele o autorizar, ou às disposições da lei do Estado-membro da sede estatutária da SE.

5. A *lex societatis* dos grupos de sociedades no estatuto da *Societas Europaea*.

Contrariamente ao que estava previsto inicialmente aquando da elaboração do projecto de Estatuto da “*Societas Europaea*”, o Regulamento (CE) n.º 2157/2001 não prevê qualquer regime específico para os grupos de sociedades.

A disciplina dos grupos de sociedades constitui um ponto central no âmbito das relações cruzadas entre sociedades e nas relações internacionais das mesmas.

Os grupos de sociedades surgem quando existe uma unidade de controlo porque alguma delas detém ou pode deter directa ou indirectamente o controlo das demais²⁹.

Os grupos de sociedades não têm personalidade jurídica e a expressão tem mais um significado económico do que jurídico. Alguns autores franceses definem grupo de sociedades como um conjunto de sociedades que, embora conservando a sua personalidade jurídica própria, encontram-se ligadas umas às outras, de modo que uma delas, a sociedade-mãe, que tem as outras sob a sua dependência, de facto ou de direito,

²⁸ GIL, RITA LARGO, “La Sociedad Anónima Europea y el estatuto de la Sociedad cotizada”, in *Derecho de sociedades anónimas cotizadas (estructura de gobierno y mercados)*, Tomo II, vários autores, Thomson Arazandi, 2006, p. 1577 e ss.

²⁹ SÁENZ, JOSEBA AITOR ECHEBARRÍA, “La posición de socio de las instituciones de inversión colectiva. En particular la obligación de información sobre políticas de inversión y voto”, in *Derecho de sociedades anónimas cotizadas (estructura de gobierno y mercados)*, Tomo II, vários autores, Thomson Arazandi, ano 2006, p. 1256 ss.

exerce um controlo sobre o conjunto das sociedades dominadas e faz prevalecer uma unidade de decisão³⁰.

No entanto, é comum afirmar-se que a noção de grupo de sociedades pode ter uma acepção mais ou menos restrita (ou mais ou menos ampla).

Num sentido mais estrito designa-se por grupo de sociedades “todo o conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais que, conservando embora as respectivas personalidades jurídicas próprias e distintas, se encontram subordinadas a uma direcção económica unitária e comum”. Num sentido mais amplo entende-se que o grupo de sociedades é “aquele sector da realidade societária moderna que encontra no fenómeno do controlo inter societário e das relações de coligação entre sociedades o seu centro de gravidade”³¹.

Assim, basta pensar-se na constituição de uma SE *holding* ou de uma SE filial, na qual esta pode desempenhar, alternativamente, um papel de sociedade dominante ou de sociedade dominada e ser, por exemplo, uma SE que tem o domínio de uma sociedade de Direito nacional ou, contrariamente, ser uma SE que seja dominada por uma sociedade de Direito nacional³².

Se considerarmos, sem mais, que o Regulamento (CE) n.º 2157/2001 consagra a teoria da sede real ou efectiva, então, a delimitação da lei aplicável a uma SE que se encontre numa relação de grupo será muito difícil.

Se tivermos presente que a sede real ou efectiva é o local onde se situa o centro de gravidade (local onde as decisões fundamentais da direcção empresarial se transformam em actos de gestão da empresa)³³, então, no caso de uma SE (consideremos SE1) ser controlada por outra SE (SE2) ou por uma sociedade de âmbito nacional, será difícil definir de onde emanam as principais linhas orientadoras da SE1, ou seja, onde se localiza o supra referido centro de gravidade da empresa (ou, se quisermos usar a terminologia do próprio Regulamento, onde se situa a sua administração central).

³⁰ MERLE, PHILIPPE, *Droit commercial – sociétés commerciales*, Editions Dalloz, 2003, p. 761.

³¹ ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Os Grupos de Sociedades – estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, Almedina, 2002, p. 51 ss.

³² MIOLA, MASSIMO, “Lo statuto di Società europea nel diritto societario comunitario: dall’armonizzazione alla concorrenza tra ordinamenti”, in *Rivista delle Società*, ano 48, 2003, p. 368 ss.

³³ PINTO, ALEXANDRE MOTA, “Apontamentos sobre a liberdade de estabelecimento das sociedades (continuação)”, in *Temas de Integração*, n.º 18, 2004, p. 150 ss.

Mas, a verdade é que, embora no considerando 27 do Regulamento (CE) n.º 2157/2001 se diga que o regime escolhido para a SE é o da sede real, isto não significa que a lei aplicável ao seu estatuto pessoal seja a lei da sede real da mesma. Conforme se referiu, anteriormente, o Regulamento (CE) n.º 2157/2001 apenas estabelece a obrigatoriedade de coincidência da sede estatutária com o Estado-membro da administração central.

No que se refere à lei aplicável ao estatuto pessoal da SE, o elemento de conexão eleito pelo Regulamento é o da sede estatutária. Tal conclusão resulta de todas as normas que se referem à lei aplicável à SE (veja-se, a título meramente exemplificativo, o art. 9º, n.º 1, c) e art. 26º, n.º 1; este último refere que o controlo da legalidade da fusão é feito pela autoridade do Estado-membro da futura sede da SE, ou seja, da sede estatutária, dado que a SE neste momento ainda está em formação e, por isso, ainda não terá implantado a sua administração central no Estado-membro da sede estatutária).

Alguns autores entendem que o Regulamento (CE) n.º 2157/2001 não abrange a matéria relativa aos grupos de sociedades³⁴. Há mesmo quem entenda que o elemento de conexão referido no seu artigo 9º do Regulamento não se aplica. Quem retira tal conclusão da análise do Regulamento sustenta que aquela norma deve ser objecto de uma interpretação restritiva, ou seja, dado que os considerandos 16 e 17 do Regulamento mandam aplicar às matérias referidas no considerando 15 (segundo esta interpretação trata-se da matéria relativa aos grupos de sociedades) as disposições e princípios de Direito Internacional Privado e tendo em conta que o considerando 21 exclui do campo de aplicação do Regulamento as matérias relativas ao direito fiscal, direito da concorrência, direito da propriedade industrial e direito da insolvência, então, as disposições legais dos Estados-membros relativas aos grupos de sociedades têm aplicação seja no campo compreendido ou não no Regulamento. Deste modo, o Direito dos grupos aplicável seria definido pelo Direito Internacional (normas de conflitos nacionais) dos Estados-membros (do foro)³⁵.

Apesar dos argumentos aduzidos no sentido da não aplicabilidade do Regulamento no domínio dos grupos de sociedades, tendemos a considerar que tal

³⁴ JAECKS/SCHÖNBORN (a cuja obra é feita referência em EBERT, SABINE, “Il diritto applicabile a gruppi comprendenti società per azioni euripee (Societas Europaea)”, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, n.º 4-5-6, 2005, p. 546, nota (5).

³⁵ EBERT, SABINE, “Il diritto applicabile a gruppi comprendenti società per azioni euripee (Societas Europaea)”, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, n.º 4-5-6, 2005, p. 546 ss.

interpretação não pode ser tão absoluta. Se, por um lado, existem matérias relativas aos grupos de sociedades que não estão sujeitas ao regime jurídico do Regulamento (CE) n.º 2157/2001, tais como os seus direitos e obrigações em matéria de protecção dos accionistas minoritários e de terceiros (considerando 15 do Regulamento), existem outras que não podem deixar de ser reguladas pelo mesmo, tais como a constituição da SE, a transformação de uma sociedade anónima em SE e a transferência da sede de uma SE em relação de grupo.

Uma sociedade que esteja em relação de grupo e que pretenda constituir uma SE, ou transformar-se em SE deve, quanto aos aspectos não abrangidos pelo Regulamento (CE) n.º 2157/2001, estar sujeita às disposições legais do Estado-membro onde tem a sua sede social (art. 19º e 37º, n.º 5 do Regulamento).

Além de que, a referida interpretação restritiva defendida por alguns autores é feita à custa de uma interpretação extensiva dos considerandos que as sustentam.

Se atentarmos na redacção dos considerandos 15 e 20 do Regulamento verificamos que, em nenhum deles, o legislador comunitário faz referência à globalidade da matéria respeitante aos grupos de sociedades. No considerando 15 refere-se apenas a um ponto concreto da disciplina dos grupos de sociedades, ou seja, aos direitos e obrigações de uma empresa que controla uma outra sujeita a uma ordem jurídica diferente, em matéria de protecção dos accionistas minoritários e de terceiros. No considerando 20, apesar de se excluïrem, expressamente, da aplicação do Regulamento certas matérias, a verdade é que do elenco não fazem parte os grupos de sociedades; diz-se na segunda parte do considerando que o Direito dos Estados-membros e o Direito Comunitário são aplicáveis noutras matérias não abrangidas pelo Regulamento, mas se tal previsão abrange alguma parte da matéria relativa aos grupos de sociedades, ela diz respeito aos direitos e obrigações da sociedade dominante em matéria de protecção dos accionistas minoritários e de terceiros.

Por conseguinte, no que ao presente estudo diz respeito, a lei reguladora dos actos preliminares ao “nascimento” da SE, no caso de uma ou mais sociedades participantes estar numa relação de grupo, é a lei do Estado-membro da sede estatutária de cada uma das sociedades participantes, independentemente da qualidade que possuem (dominante ou dominada).

Esta competência atribuída à lei da sede estatutária da sociedade participante resulta directamente do Regulamento e não do Direito Internacional Privado do Estado-membro (normas de conflitos) do foro.

Aliás, dizer-se que o Regulamento não se debruça sobre a matéria dos grupos de sociedades significaria excluir as sociedades que se encontrassem coligadas da possibilidade de constituírem uma SE.

Se se permite que uma sociedade em relação de grupo possa constituir uma SE (como parece não existir dúvidas), então, não se compreende que tal matéria não esteja sujeita à disciplina do Regulamento.

Além de que, se uma determinada SE se encontrasse numa situação de domínio (como dominante ou dominada) e pretendesse transferir a sua sede seria bizarro considerar-se que a lei materialmente aplicável seria aquela que resultasse como competente da aplicação da norma de conflitos do foro, ou seja, uma lei que, eventualmente, podia colocar graves restrições à mobilidade da SE. Por isso, também, no âmbito da transferência da sede da SE em relação de grupo deve aplicar-se o Regulamento ou, subsidiariamente, a lei designada como competente através do elemento de conexão usado por aquele.

Este entendimento configura-se no quadro de uma interpretação restritiva dos considerando 15 a 16 e 21 ou, dizendo o mesmo de outra forma, como uma interpretação não restritiva do art. 9º do Regulamento³⁶.

6. Considerações finais

Conforme decorre da nossa introdução, as primeiras propostas de regulamentação do estatuto da *Societas Europaea* começaram por uma abordagem exhaustiva de grande parte dos seus aspectos.

No entanto, o resultado alcançado com a aprovação do Regulamento (CE) n.º 2157/2001, do Conselho, de 8 de Outubro de 2001 suscita várias questões com relevo no domínio do Direito Internacional Privado, nomeadamente, aquela que acabamos de tratar e que se reconduz, na essência, ao estudo dos critérios atributivos de competência de uma lei a uma determinada situação privada internacional. Contudo, a *Societas Europaea* não é um tipo societário que derive da autonomia legislativa de cada um dos

³⁶ Embora com um sentido um pouco diferente do aqui referido, veja-se EBERT, SABINE, “Il diritto applicabile a gruppi comprendenti società per azioni euripee (*Societas Europaea*)”, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, n.º 4-5-6, 2005, p. 554 ss.

Estados-membros da União Europeia; trata-se de um tipo societário que deriva de um acto de Direito Comunitário com carácter geral e abstracto.

Se, por um lado, o acto comunitário que está na origem da definição do estatuto da *Societas Europaea* resultou num complexo sistema de fontes, por outro lado, a SE veio abrir uma nova fase no domínio da integração europeia e lançou novas questões no domínio da regulamentação das relações privadas jurídico-societárias.

A diferença existente entre os ordenamentos jurídicos da “Civil Law” e os ordenamentos jurídicos da “Common Law” é patente no domínio da liberdade de estabelecimento de sociedades comerciais, onde a teoria da sede real e a teoria da constituição (*incorporation theory*) têm contribuído para a discussão de duas formas de encarar a regulamentação de relações privadas jurídico-societárias internacionais.

A influência destas duas teorias no resultado final consagrado sobre o estatuto da SE é real e efectiva, dado que se denota, por um lado, a preocupação em que a sua sede estatutária coincida com o local onde se situe a administração central e, por outro, a regulamentação das matérias atinentes à SE é feita no âmbito do Regulamento, dos estatutos da SE e, subsidiariamente, pela lei do Estado onde se situe a sede estatutária da SE.

Ora, é no domínio dos aspectos que não estão previstos de forma expressa no Regulamento que se levantam questões com grande relevância no domínio da lei aplicável à *Societas Europaea*, nomeadamente, no domínio das sociedades cotadas e no domínio dos grupos de sociedades.

Na “concorrência” entre a teoria da sede real e a teoria da constituição (*incorporation theory*) no domínio dos elementos de conexão mais titulados para operar o envio e reenvio para uma determinada lei, com a aprovação do estatuto da SE saiu, quanto a nós, mais favorecida a teoria da constituição. Alheia a este facto não fica a necessidade de, no espaço da União Europeia, ter de se cumprir o princípio da prevalência do Direito comunitário originário que estabelece a liberdade de estabelecimento como um dos princípios fundamentais para o avanço do processo de integração.

O Regulamento sobre o estatuto da SE desempenha, por isso, um papel fundamental na aproximação de legislações até então muito diferentes, ao consagrar uma solução aplicável em todo o espaço da União Europeia de aplicabilidade da lei onde a SE tiver a sua sede estatutária no âmbito de matérias do seu estatuto pessoal e contribui de forma decisiva para definir que lei se aplica às matérias não abrangidas

pelo Regulamento. A SE, como realidade jurídico-societária, trouxe uma nova oportunidade para as sociedades comerciais europeias que podem, por esta via, estabelecer-se em qualquer Estado-membro da União Europeia sem que se deparem com mais do que uma forma de regulamentação da vida societária; a regulamentação é definida por um acto normativo que prevalece sobre qualquer acto normativo interno.