

GRUPOS DE SOCIEDADES

Uma introdução comparativa a propósito de um Projecto Preliminar de Directiva da C.E.E.

Pelo Doutor Raul Ventura

SUMÁRIO:

I. *Propósitos e objecto.* 1. *Grupos e outras formas de concentração.* 2. *Pura descrição de disciplinas jurídicas.* 3. *Exclusões do objecto da exposição.* 4. *As disciplinas jurídicas a descrever e comparar.* — II. *O desafio dos grupos.* 1. *A realidade.* 2. *Dificuldades de caracterização dos grupos.* 3. *Direito velho ou direito novo.* — III. *Exposição sumária dos sistemas.* 1. *O sistema alemão.* 2. *O sistema do Estatuto de Sociedade Anónima Europeia.* 3. *Acolhimento do sistema alemão e do Estatuto de S.E.* 4. *O sistema da Proposta COUSTÉ.* 5. *O sistema do Projecto Preliminar de Directiva.* 6. *Alguns outros Estados da CEE.* Holanda. 7. *Idem.* Itália. 8. *Idem.* Reino Unido. IV. *Conceito jurídico de grupo.* 1. *Definições.* 2. *A direcção unitária como elemento do conceito.* 3. *Certificação do grupo.* V. *Espécies de grupos.* 1. *As espécies.* 2. *A relação domínio-dependência como elemento duma das espécies.* 3. *Grupo de facto e simples dependência.* VI. *Efeitos do grupo de facto, simples domínio e exercício, em geral, de influência.* 1. *Campo de aplicação de certos preceitos.* *Simple dependência e/ou grupos de facto.* 2. *Idem.* *Simple domínio entre empresas e exercício, em geral, de influência.* 3. *Consequências do exercício da influência dominante.* Na Lei alemã. 4. *Idem.* Na proposta COUSTÉ. 5. *Idem.* No Projecto Preliminar de Directiva. — VII. *Instrumentos de organização jurídica do grupo.* 1. *Anexação.* *A Eingliederung alemã; noção, forma e efeitos.* 2. *Idem.* *A intégration francesa; noção, forma e efeitos.* 3. *Idem.* *A anexação no Projecto Preliminar de Directiva.*

4. *Contrato. Beherrschungsvertrag.* 5. *Idem. Contrat d'affiliation.*
 6. *Idem. Contrato de predomínio.* — VIII. *Apresentação pública do grupo.* 1. *Publicidade da existência do grupo ou de relações de dependência.* 2. *Descoberta dos negócios possivelmente influenciados pela entidade dominante.* 3. *Contas consolidadas do grupo.* — IX. *Grupos paritários.* 1. *Na Lei alemã.* 2. *No Projecto Preliminar de Directiva.* — X. *Poder de direcção e responsabilidade quanto a instruções.* 1. *Poder de direcção e dever de acatar instruções.* 2. *Responsabilidade pelas instruções dadas e pelo acatamento destas.* — XI. *Protecção da sociedade (protecção indirecta de accionistas e credores).* 1. *Providências que tutelam directamente a sociedade e providências que tutelam directamente accionistas e credores.* 2. *Tutela directa da sociedade.* XII. *Protecção (directa) dos accionistas.* 1. *Accionistas protegidos.* 2. *Meios de protecção.* 3. *Compensação anual.* 4. *Direito à alienação de acções.* — XIII. *Protecção (directa) dos credores.* — XIV. *Protecção de trabalhadores.* — XV. *Outros contratos de empresa.* — XVI. *Legislação brasileira sobre grupos de sociedades.*

I — PROPÓSITOS E OBJECTO

- I.1. *Grupos e outras formas de concentração*
 I.2. *Pura descrição de disciplinas jurídicas*
 I.3. *Exclusões do objecto da exposição*
 I.4. *As disciplinas jurídicas a descrever e comparar*

I.1. — Os grupos de sociedades que vou descrever distinguem-se, por um lado, das concentrações por meio de fusões e, por outro lado, dos «entendimentos» económicos entre empresas.

Para usar uma expressão elucidativa de um autor, a fusão opera uma *concentração na unidade*. Na verdade, quando ocorre a fusão, pelo menos uma das unidades extingue-se e o seu património é integralmente transferido para outra sociedade. Salva uma doutrina hoje abandonada, as sociedades fundidas por constituição de nova sociedade ou a sociedade incorporada noutra perdem a sua anterior individualidade jurídica.

O grupo de sociedades é uma *concentração na pluralidade*, pois cada uma das sociedades unidas no grupo conserva a sua individualidade jurídica. Veremos que, mesmo quando se chega ao ponto de a sociedade dominante possuir a totalidade

das acções da sociedade dominada, uma e outra não se fundem e ambas continuam mantendo as respectivas personalidades jurídicas separadas.

Uso a expressão «entendimentos económicos entre empresas» num sentido amplo e convencional. Assim, incluo nesses «entendimentos» o Agrupamento Complementar de Empresas regulado pela Lei n.º 4/73, de 4 de Junho e pelo Decreto-Lei n.º 430/73, de 25 de Agosto. A Base I daquela Lei usa a palavra «agrupar-se» — «as pessoas singulares ou colectivas e as sociedades podem agrupar-se, sem prejuízo da sua personalidade jurídica, a fim de melhorar as condições de exercício ou de resultado das suas actividades económicas» — mas o ACE não constitui um *grupo de sociedades* ou de empresas para os efeitos agora considerados.

I.2. — Repetem-se nos autores que, do ponto de vista jurídico, se ocupam dos grupos de sociedades as profissões de agnosticismo quanto ao objecto dos seus estudos; eles descrevem uma realidade, procuram descobrir as agressões que dessa realidade podem advir para interesses protegidos pelo direito das sociedades, tal como existe, escogitam os meios de evitar, remediar ou canalizar essas agressões, mas abstêm-se de considerações valorativas sobre os grupos, deixando tais preocupações para os políticos ou para os cultores doutras ciências. Aos leitores desses textos meramente jurídicos — ou talvez melhor, de mera técnica jurídica — caberá completar, noutros campos, a sua informação. Mesmo dentro do campo jurídico opera-se por compartimentos estanques; por exemplo, estuda-se pormenorizadamente o complexo sistema alemão dos grupos de empresas, mas poucas vezes se acrescenta que, desde a Lei contra as limitações de concorrência (GWB), na redacção de 1973, a formação dum grupo está sujeita a autorização governamental desde que o grupo atinja como *chiffre d'affaires* 500 milhões de DM — o que, da parte do Estado, não revela certamente plena confiança em todos os grupos de sociedades.

Abordando o estudo da disciplina jurídica dos grupos de sociedades a partir desse fechar de olhos quanto ao valor econó-

mico-social deles, os juristas podem, suponho eu, tomar uma de duas atitudes: ou tentar construir o grupo de sociedades como um instituto jurídico tanto quanto possível perfeito — quanto mais não seja, para que morra perfeito; ou tentar impedir os malefícios que o grupo de sociedades venha eventualmente a causar a certos interesses que se consideravam protegidos pelo direito das sociedades — nem que seja para que o grupo viva, mas não tenham de recair sobre ele constantes maldições.

A primeira atitude já revela alguma simpatia pelo grupo e, se ela vier da parte do legislador, manifesta uma valoração positiva — para o legislador não é legítimo afeiçoar um instituto jurídico contrário a outros propósitos da sua política, pois isso representaria um diletantismo jurídico politicamente condenável.

A segunda atitude não exige dos legisladores ou juristas mais do que tolerância; aguardando a hora duma clarificação de mérito, tenta-se evitar que os grupos de sociedades que a vida vai criando se tornem nocivos para os efectivos e potenciais sócios, credores, trabalhadores das sociedades agrupadas.

Vem isto a propósito da lacónica introdução à Parte II do Projecto Preliminar de uma Directiva baseada sobre o art. 54.º par. 3), g) do Tratado CEE sobre a harmonização do direito dos grupos de sociedades: «Estes grupos, que são uma realidade nos Estados membros, devem ser dotados dum fundamento jurídico que determina o seu reconhecimento do ponto de vista do direito das sociedades. O facto de uma sociedade por acções estar sujeita à direcção unitária duma outra empresa que gere essa sociedade no interesse do grupo, é, portanto, juridicamente admitido. Isto exige, por um lado, que os interesses directamente ligados às sociedades dependentes, dos accionistas estranhos ao grupo, dos credores e dos trabalhadores sejam adequadamente tutelados».

Sumariamente, o *iter* é: realidade, logo reconhecimento jurídico; reconhecimento jurídico, logo perigo; perigo, logo remédios.

E no parágrafo seguinte, um toque tipicamente jurídico: «Com a introdução de um estatuto dos grupos de sociedades na legislação dos Estados membros as empresas que queiram

cooperar no âmbito de um grupo poderão dispor de um quadro jurídico no qual desenvolverão a sua própria acção e poderão assim evitar recorrer a processos ambíguos sob o ponto de vista jurídico, porquanto nem sempre conformes ao vigente direito das sociedades /.../ Mas desde o momento em que está disponível um quadro jurídico adequado, as empresas não deverão continuar a praticar esses actos».

Acabam-se ambiguidades jurídicas, uma vez que o legislador intervém para estabelecer o modo de formação e as regras de funcionamento do grupo de sociedades. A realidade, que fora o prólogo, cede no último acto perante a certeza do quadro jurídico, ao qual deve conformar-se.

Nas páginas que vão seguir-se, eu serei duplamente céptico.

Além do «existem, logo aceitam-se» do Projecto Preliminar de Directiva, eu não me pronunciarei — agora — sobre a bondade das disciplinas jurídicas dos grupos de sociedades, que vou relatar. Por outras palavras: limitar-me-ei a descrever; como meu contributo pessoal aparecerão apenas os relacionamentos entre as várias disciplinas jurídicas que descreverei e uma ou outra dúvida — só dúvidas, sem tentativas de esclarecimento — que, tendo sido despertada no meu espírito, certamente não escaparia a leitor mais avisado do que eu.

I.3. — Tratarei apenas de grupos de sociedades regidas pelo direito privado e com prevalência de interesses privados.

Em vários países tem sido observada a tendência para empresas públicas e sociedades dominadas por entidades de direito público enveredarem pelo caminho da constituição de participações, filiais, holdings, às vezes em colaboração com sociedades comerciais inteiramente privadas (para a França, RIPERT ET ROBLOT, *Traité*, I, n.º 710; GUYÉNOT, *Les groupes de sociétés*, Riv. Soc. 1974, pag. 27). Tudo isso fica excluído destes meus apontamentos.

Em três outros aspectos procedo também a limitações voluntárias.

Ver-se-á adiante que umas vezes estão em causa *grupos de sociedades* e outras vezes *grupos de empresas* e bem assim que, tratando-se de sociedades, o campo de aplicação dalguns sis-

temas é limitado a certos tipos de sociedades. É natural, por exemplo, que o Estatuto de Sociedade Anónima Europeia só mande aplicar as suas disposições quando do grupo faça parte uma S.E. e que a lei alemã das sociedades por acções organize o seu regime para a hipótese de uma sociedade por acções ser dominante ou dependente. Pode acontecer que a existência duma sociedade ou o tipo duma sociedade tenha influência concreta em certos preceitos, mas também pode suceder que a limitação seja apenas ditada pelo objecto principal da Lei onde a disciplina se contém; por exemplo, o projecto alemão de nova lei das sociedades por quotas organiza, para este tipo de sociedades, um sistema de «empresas coligadas» paralelo ao existente na lei das sociedades por acções, o que representa um alargamento deste último. Por isso prescindirei, sempre que possível, da natureza ou tipo das entidades agrupadas.

Também se notará que por vezes a sede da sociedade em certo Estado ou conjunto de Estados condiciona a aplicação dalgumas disciplinas. A consideração desse factor levaria a atender a problemas de multinacionalidade de sociedades, os quais me desviariam do objecto principal da exposição e só poderiam ser aflorados pela rama. Prescindo, pois, também, das sedes e nacionalidades das sociedades e empresas agrupadas e presuponho que todas estão sujeitas à mesma lei nacional.

O Projecto Preliminar de Directiva da CEE ocupa-se, entre muitas outras coisas, de *filiais comuns*. Gostaria eu de noutra altura estudar esse tema, que se liga com vários outros aspectos do tecido jurídico criado pela CEE; reservo por isso o tema para outra oportunidade.

- I.4. — A minha atenção vai incidir sobre quatro textos:
- a Lei alemã das Sociedades por Acções (AktG), de 6 de Setembro de 1965
 - a Proposta de Estatuto duma Sociedade Anónima Europeia, em preparação nos vários órgãos da CEE
 - a Proposta de Lei apresentada em França por vários deputados e conhecida por Proposta COUSTÉ
 - O Projecto preliminar duma directiva baseada sobre o

art. 54, par. 3, g) do Tratado CEE sobre a harmonização do direito dos grupos de sociedades.

Não será de estranhar que eu manifeste, por vezes, mais interesse pelo Projecto Preliminar. Ao interesse científico dos quatro textos acresce, quanto ao Projecto Preliminar, o eventual interesse prático, se o Projecto Preliminar, em qualquer versão futura, vier a ser determinante de nova legislação de Portugal, integrado na CEE.

No final apresentarei um resumo de legislação brasileira sobre grupos de sociedades. O motivo é óbvio: trata-se do Brasil.

Quanto ao que o leitor encontrará nas páginas seguintes, faço minhas, com a devida vénia, as palavras de MARCUS LUTTER (*Il gruppo di imprese (Konzern) nel diritto tedesco e nel futuro del diritto europeo*, Riv. Soc. 1974, pág. 23): «UNA SELVA SELVAGGIA, DI NORME VIGENTI E NON ANCORA VIGENTI».

II — O DESAFIO DOS GRUPOS

II.1. — A realidade

II.2. — Dificuldades de caracterização dos grupos

II.3. — Direito velho ou direito novo

II.1 À descrição e à análise do grupo de sociedades ou empresas, sob o ponto de vista das suas disciplinas jurídicas, convirá antepor breves reflexões de natureza diferente. Uma vez que os grupos de sociedades ou de empresas não são uma criação jurídica, desde que — segundo testemunhos múltiplos em vários países — os ditos grupos existiram e funcionaram antes de o direito se preocupar com eles, parece indispensável começar por conhecer a realidade dos grupos. Conhecida esta, poderão ser determinadas as necessidades de regulamentação jurídica dos grupos, ou seja, os problemas dos grupos que o direito possa encarar e resolver. Finalmente, uma vez bem nítido o desafio que os grupos dirigem ao direito, passar-se-á a verificar se a resposta se encontra já no direito constituído ou se o legislador deve intervir, por meio de novas normas.

Uma tarefa tão grande, mesmo que estivesse ao mesmo alcance, excederia muito os propósitos deste apontamento, mas, por outro lado, não pode ser totalmente ignorada, sob pena de tomarmos como sólida construção jurídica uma simples e frágil carapaça de normas duvidosamente justificadas. De maneira geral, os juristas têm tido essas preocupações, isto é, têm tentado coar pelos seus filtros próprios — com maior ou menor apoio confessado em disciplinas de diferentes naturezas — as emanações da realidade. Entre as obras mais interessantes e recentes, por exemplo: RODIÉRE, *Le droit des sociétés dans ses rapports avec la concentration*, Étude CEE 1967; colectânea de vários estudos dirigida por VERRUCOLI, *Evolution et perspectives du droit des sociétés à la lumière des différentes expériences nationales*, 1968; WURDINGER, *Rapport-Avant-projet de directive concernant les sociétés liées (groupes de sociétés)* — Doc. 15-5-41/XIV/70 e addendum XI/394/73, CEE; colectânea de estudos *Droit des groupes de sociétés; analyse-propositions*, do Centre de Droit des Affaires, Faculté des sciences juridiques de Rennes, 1972 (que adiante citarei por CDA); Anne Petit-pierre-Sauvain, *Droit des sociétés et groupes de sociétés*, 1972; GUYÉNOT, *Les groupes de sociétés*, Riv. Soc. 1974; BÉZAUD, DABIN, ECHARD, JADAUD, SAYAG, *Les groupes de sociétés; une politique législative* — Études du Centre de Recherches sur le Droit des Affaires de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, 1976, (que adiante citarei por CREDA); AMATUCCI, CANDI, D'ALESSANDRO, FANELLI, *La disciplina dei gruppi di società nella «Novella» del 1974*, 1978.

A primeira pergunta a que gostaria de ter resposta é a razão da formação de grupos de sociedades. Encontro-a — com a aliciente ausência de excessos técnicos própria dos bons juristas ingleses — em PENNINGTON, *Evolution* cit., pág. 356: em primeiro lugar, uma sociedade que exerce uma ou mais indústrias resolve sectorizar-se e por isso forma subsidiárias a cem por cento para cada ramo de actividade; em segundo lugar, pelos motivos que levam as companhias a formarem entre si *joint ventures*; em terceiro lugar, pelos motivos que levam uma companhia a participar noutras; em quarto lugar, como resultado dum take-over bid.

No estudo do CREDA, págs. 26 e segs. pode ver-se quanto aos objectivos e modalidades de formação do grupo, o resultado do inquérito a 32 grupos franceses. Não contém nada que um jurista ou um empresário desconheçam na prática, mas faz ressaltar um facto interessante: não foi encontrado nenhum caso em que um capitalista, tendo decidido fundar um grupo de sociedades, tenha passado à execução do seu projecto; geralmente, uma sucessão de ocasiões vai provocando gradualmente a constituição dum grupo. Afastemos, pois, a ideia da formação intencional do grupo, criado e montado originariamente por meio de sofisticados instrumentos jurídicos.

A segunda pergunta que me interessa é a possibilidade de tomar como ponto de partida das investigações jurídicas uma noção económica de grupo de sociedades, transponível para o direito ou pelo menos aproveitável por este. Agora encontro a resposta no método utilizado pelo CREDA; renunciando à busca duma incerta noção económica do grupo de sociedades, afrontou a realidade com base numa concepção jurídica do grupo, tal como resulta dos projectos de regulamentação (participação duma sociedade no capital doutra e unidade de direcção) e adoptou uma perspectiva crítica — averiguar se é certa e válida essa generalizada imagem do grupo. Para responder a tal questão, o CREDA usou dois métodos; no respeitante à unidade de direcção procedeu por um duplo inquérito, um dirigido aos presumíveis componentes do grupo, outro dirigido às queixas dos presumíveis prejudicados; no respeitante às participações financeiras, usou técnicas econométricas.

Dos complexos resultados dessas investigações destaco apenas alguns.

A imagem de um grupo formado por uma sociedade-mãe, chefe ou cabeça, dominando só por si um conjunto de sociedades, é errada. Cada grupo caracteriza-se por três zonas distintas, com propriedades específicas: uma zona exterior, formada por um grande número de sociedades, que exercem uma influência sobre as sociedades do grupo; uma segunda zona, influenciada ao mesmo tempo pela sociedade-cabeça do grupo e pelas sociedades exteriores, possui numerosas filiais comuns, a duas «mães»; uma zona interna, influenciada apenas pela socie-

dade chefe de grupo, com exclusão da influência directa das sociedades exteriores.

Ficou comprovada a importância das participações no capital, em contraposição a ligações financeiras ou comerciais, mas a participação relevante para o grupo não é determinada por um nível fixo e muito menos pelo carácter maioritário; sobressaiu a ideia de ser bastante uma participação de capital, qualquer que seja, desde que permita desempenhar um papel na gestão da sociedade.

Do lado da direcção, não há também uma intensidade fixa. Sem entrar em pormenores, pode dizer-se que para os próprios interessados se reconhecerem como grupo, basta um mínimo que assegure coesão económica.

II.2. — A diversidade das participações, a fluidez da direcção, a multiplicidade das formas de direcção ou intervenção são dados constantes em todas as exposições sobre o assunto.

São esses os factos que para o jurista importa conhecer, antes de mais nada. Ao estabelecer os quadros jurídicos, ele não pode ignorar que as participações de sociedade em sociedade atingem níveis desde menos de 10% até mais de 90%; que a direcção pela empresa dominante nuns casos consiste em meras verificações *a posteriori*, enquanto noutros casos chega à imposição de «manuais» de conduta rotineira; que por vezes a direcção emana duma entidade central — que pode ser um indivíduo — enquanto outras vezes são institucionalizados conselhos com larga participação das administrações dependentes — e que em todos esses casos é considerado existir um «grupo».

Realmente, o problema da determinação ou reconhecibilidade do grupo é, para o jurista, dificultado por essas fluidez, diversidade, multiplicidade. E perante um quadro como o que fica exposto, não admira que muitos, com maior ou menor satisfação, considerem o grupo juridicamente indefinível, afirmem que a noção de grupo está longe de ser fixada e que não existe sinal infalível que permita verificar a existência dum grupo de sociedades e que marque unica e univocamente a pertença duma empresa a uma tal entidade económica.

Estas duas últimas frases são de CHAMPAUD, *Recherche des critères d'appartenance à un groupe*, C.D.A., cit., pág. 28, autor cuja ironia — injusta — para com os confrades não é compensada pela bondade da sua sugestão. Segundo ele, seria tentador definir uma ou mais marcas formais que permitissem ipso facto deduzir a afiliação a um grupo — tentador para a doutrina, que assim «poderia estabelecer categorias, tão caras ao jurista, repousantes para os estudantes e práticas para os manuais»; tentador para os juristas de empresas que, ao abrigo de definições precisas e estáveis «poderiam tranquilamente colher os frutos, mais ou menos legítimos, da autonomia jurídica e os mais saborosos da dependência económica». Ora essa alegria não pode ser dada nem à doutrina nem à prática, porque o controlo pertence ao «*domaine du fait*» e neste só pode haver índices e presunções.

Tomo a liberdade de perguntar: índices ou presunções de quê? Da pertença a um grupo se não se sabe o que é ou nem pode saber-se o que é um grupo? E índices ou presunções para quê? Ao que parece, para fazer desencadear uma avalanche de normas jurídicas, gravosas para a sociedade dominante e para a sociedade dependente, modificadoras das situações de accionistas, credores, trabalhadores. Eu posso compreender que se desista de definir o grupo como *fattispecie* (ou como elemento doutra *fattispecie*) e, portanto, não se lhe atribuem efeitos jurídicos; na massa fluída da realidade procurar-se-ão destrinçar situações (o nome delas pouco importa) a cada uma das quais correspondem certos efeitos. Não posso compreender que se atribuem efeitos jurídicos sem uma situação de facto perfeitamente definida.

Mas vejamos ainda se a chave do problema não estará no conceito de empresa. No *Rapport de Synthese*, em *Évolution* cit. lêem-se esta pergunta e esta resposta: «*Mais qu'est qui cimente le groupe, qu'est-ce qui rend homogène la molécule? Incontestablement au point de vue économique c'est l'entreprise. Ainsi le problème consiste-t'il à donner un encadrement juridique aux groupes en réglemant l'entreprise de groupe.*»

Esta esperança é, porém, logo destruída: «*Mais celà n'est vrai qu'à une seule condition: qu'on soit disposé à faire pro-*

grésser la notion d'entreprise en la libérant des incertitudes qui l'entourent, en lui donnant un statut propre conçu de telle façon qu'il réponde aux aspects d'unité et de pluralité des groupes de sociétés. En d'autres termes, à côté de la réglementation de l'entreprise individuelle et de l'entreprise-société il faudrait faire une place à part à l'*entreprise de groupe* en tant que telle».

Não é, pois, já hoje que a noção de empresa resolve o nosso problema. Como escreve PETITPIERRE-SAUVAIN, ob. cit. pág. 11, «on peut simplement admettre qu'en l'état actuel du droit ce sont deux notions (a de grupo e a de empresa) distinctes susceptibles de se recouvrir partiellement ou totalement selon la définition qu'on adopte de l'une et de l'autre. Or, l'on est loin d'avoir une opinion unanime sur ce point.»

II.3. — Dificilmente se fará justificação mais clara e sintética da necessidade e da directriz dum direito do grupo de empresas do que a contida no DJT-Konzernrecht (Untersuchungen zur Reform des Konzernrechts-Bericht der Studienkommission des Deutschen Juristentages, reportado, segundo a técnica alemã, a todo o direito das empresas coligadas ou associadas).

O direito das sociedades regula as sociedades por acções segundo um modelo de «sociedade autónoma», ou seja, de uma sociedade que exerce independentemente a sua actividade empresarial, usando a sua própria vontade e no seu próprio interesse. A actuação da *vontade* própria e a prossecução do *interesse* próprio na gestão da empresa caracterizam essa autonomia.

Se uma sociedade por acções está incluída num conjunto de empresas ou para tal conjunto é atraída, ou se vem para o círculo de influência de um accionista, produzem-se perigos, prejuízos, lesões à vontade própria e ao interesse próprio da empresa, os quais devem ser contrariados ou, se chegarem a produzir-se, devem ser compensados.

Protecção e compensação não podem ficar entregues aos interessados; cabe ao legislador estabelecer a protecção necessária e a compensação indispensável, por meio de especial «direito das empresas coligadas».

As afirmações básicas do DJT-Konzernrecht podem considerar-se geralmente partilhadas, mas a partir daí, a estrada bifurca-se: uns caminham no sentido de um «direito novo», enquanto outros reputam satisfatório o direito actual, no sentido de este ser capaz de responder às novas solicitações (para a França, GUYÉNOT cit.; para a Suíça, PETITPIERRE-SAUVAIN cit.).

Seria muito longo reproduzir aqui as posições de vários estudiosos, com as suas especiais «nuances». Procurarei, por isso, uma aproximação do problema, seguindo a linha de pensamento de um deles, que me parece bastante aproximada da realidade (D'ALESSANDRO cit.).

A disciplina tradicional das sociedades por acções assentava e ainda assenta em muitos países sobre um postulado fundamental: a perfeita homogeneidade dos associados; os accionistas são todos iguais, todos com os mesmos direitos, todos com os mesmos deveres. Levou tempo a reconhecer uma primeira distinção entre os accionistas que pretendem investir activamente na empresa e aqueles desejosos apenas de obter dividendos abundantes e regulares para as suas poupanças.

Uma nova distinção vai, porém, abrindo caminho, separando, para um lado, os accionistas com interesses empresariais externos à sociedade, e, para outro lado, todos os outros. Os primeiros fazem reflectir sobre o seu comportamento *interno* o seu interesse *externo* e por isso constituem uma fonte de potenciais conflitos de interesses.

O direito das sociedades não desconhece problemas de conflitos de interesses, mas os conflitos suscitados pela nova categoria de accionistas são de tipo diferente; não se trata de conflitos esporádicos, manifestados ocasionalmente quanto a algum acto da administração ou alguma deliberação da assembleia, mas sim da criação duma situação permanente de conflito potencial, de um conflito de interesses sistemático e institucional.

A esta nova situação não está adaptado o direito das sociedades, tal como tradicionalmente existe; ou peca por excesso, como por exemplo, facultando a impugnação de deliberações correspondentes ao interesse do grupo e não ao interesse da

sociedade (excesso, se for reconhecido esse interesse de grupo, mas, se não for, então a atitude do legislador tem de passar a ser anti-grupo), ou por defeito, porque só permite reagir contra manifestações expressas e pontuais do interesse do grupo e não contra a permanente e larvada influência sobre a sociedade.

Mais ou menos precisamente definidos ou indefinidos, os grupos existem e aos juristas cabe determinar quais as solicitações que eles colocam ao direito.

Vejamus em primeiro lugar a solicitação do próprio grupo: ou por aspiração dos interessados ou por vantagem geral, deve o direito reconhecer e organizar o grupo?

Da parte dos interessados, a avaliar pelo inquérito do CREDA, não existe tal aspiração; talvez a aspiração seja mesmo a contrária. Eles receiam o que um qualificou de «direito-ficção», o estabelecimento de quadros rígidos legais, contrários à realidade e asfixiantes desta. Quanto a certos pormenores de regulamentações propostas, as suas reacções são mesmo de grande temor; por exemplo, quando apreciam a norma que forçaria a sociedade dominante a adquirir as acções dos accionistas externos ou livres, acham que se entrou no reino da utopia e clamam que nenhum grupo teria meios de pagamento suficientes para essas aquisições ou até para garantir o passivo das sociedades dependentes.

Da parte do direito, que pode ele oferecer aos grupos, que eles não tenham já? Nos textos vigentes ou nas propostas de regulamentação, é-lhes oferecido um poder de direcção das sociedades dependentes, mas é duvidoso que a oferta seja aliante. O poder normal de direcção já o têm, por definição; o poder na sua máxima extensão envolvendo o tratamento da sociedade dependente como se fosse da dominante, parece contrário à própria concepção do grupo, por destruidor da autonomia das sociedades componentes dele; se os interessados quisessem realizar essa concentração patrimonial, teriam adoptado processos diferentes. Oferecer ao grupo a personalidade jurídica seria um contra-senso; oferecer-lhe um quadro de organização seria apertá-lo num colete de forças.

Não quer isto dizer que, em certos aspectos — por exemplo, o fiscal — não convenha ao grupo que o direito o reconheça

como tal, mas esse reconhecimento não tem como contrapartida necessária uma perda total de liberdade de formação e de funcionamento.

Vejamos agora as solicitações das pessoas afectadas pelo grupo. Os componentes do grupo não podem argumentar com o seu interesse para legitimar o sacrifício de interesses d'outrém e, portanto, têm de admitir que o direito descubra quem deve ser protegido contra o grupo e em que deve consistir essa protecção. Mas os juristas não devem também ser guiados por ideias teóricas e deveriam estudar a realidade quanto aos agravos causados pelos grupos. O relatório do CREDA fornece a esse respeito material para reflexão. Analisando 700 queixas apresentadas à Comissão de Operações de Bolsa entre 1/1/68 e 31/12/72, os investigadores chegaram a resultados curiosos, tais como: grande número de queixas de accionistas de sociedade-mãe (não das dependentes em que geralmente se pensa), quanto a falta de informações sobre as filiais; das referidas 700 queixas, só 185 respeitam a sociedades em situação de grupo; desta, a quasi totalidade respeita a factos de caracter geral e não específico dos grupos (por exemplo, inside trading e falta de informações).

Fez carreira uma observação de RODIÈRE sobre o que hoje é, e o que deveria ser o direito das sociedades: na sua fase actual, este direito preocupa-se com o átomo e ignora a molécula. E do mesmo autor vem esta condenação categórica: «...Ce temps n'est plus. Le phénomène de la concentration industrielle s'est accompagné d'un phénomène de concentration d'entreprises. De se fait on peut dénoncer la presque complète inadapation du droit au monde économique moderne».

Se o Konzernrecht alemão é o modelo de organização da molécula, não pode dizer-se — vejam-se adiante as dúvidas sobre a validade prática deste sistema — que a molécula fique perfeitamente organizada (entenda-se, sem desprezo pela apurada técnica). No final destes apontamentos apresento a legislação brasileira que estrutura os grupos de sociedades: uma espécie de sociedade de sociedades, que mais parece um exercício escolástico de transposição do actual direito das sociedades para o nível do grupo.

III — EXPOSIÇÃO SUMÁRIA DOS SISTEMAS

III.1. — O sistema alemão

III.2. — O sistema do Estatuto de Sociedade Anónima Europeia

III.3. — Acolhimento do sistema alemão e do Estatuto de S.E.

III.4. — O sistema da Proposta COUSTÉ

III.5. — O sistema do Projecto Preliminar de Directiva

III.6. — Alguns outros Estados da CEE Holanda;

III.7. — *Idem*, Itália

III.8. — *Idem*, Reino Unido

III.1. — O sistema alemão dos grupos de empresas encontra-se descrito em tratados, manuais, monografias, artigos de revista, não só da Alemanha como de muitos outros países. Eu mesmo lhe fiz desenvolvidas referências em dois trabalhos recentes, *Participações dominantes; alguns aspectos do domínio de sociedades por sociedades*, Revista da Ordem dos Advogados, 1979, e *Participações unilaterais de sociedades em sociedades, e sociedades gestoras de participações noutras sociedades*, Scientia Iuridica 1980. A descrição mais recente, de meu conhecimento, é a feita por DIETRICH HOFFMANN, *The legal treatment of groups of companies and relationships among parent companies—Germany*, em *International Business Lawyer*, Setembro de 1980.

Deixo os antecedentes, nomeadamente a chamada Organtheorie — «die Lehre der steurrechtlichen Anerkennung der wirtschaftlichen Unternehmenseinheit rechtlich selbständiger Subjekte»; HOLTERMEIER, *Die Organtheorie im System des Rechts und ihre aktuellen Probleme* — e situo-me apenas na Lei das Sociedades por Acções, de 6 de Setembro de 1965, cujos preceitos vou seguir o mais possível de perto.

A exposição tem de começar pelo § 15, *Verbundene Unternehmen* (empresas associadas, na tradução do Dr. Alberto Pimenta, ou empresas coligadas, noutras traduções): «Empresas associadas são empresas juridicamente autónomas, que estão entre si numa relação de empresas em posse maioritária e empresas com participação maioritária (§ 16), empresas dependentes e empresas dominantes (§ 17), empresas de Konzern (§ 18), empresas com participação recíproca (§ 19) ou outorgantes num contrato de empresa (§§ 291 e 292)».

Seguindo a ordem de enumeração desse § 15, temos como primeira modalidade de empresas associadas as definidas no § 16 (1): «Se a maioria das acções duma empresa juridicamente autónoma pertencer a outra empresa ou se a maioria dos direitos de voto (participação maioritária) competir a outra empresa, esta empresa é uma empresa em posse maioritária e a outra empresa uma empresa com participação maioritária nela». Não menciono, por ser agora desnecessário, os restantes trechos deste parágrafo que especificam o modo de calcular, directa ou indirectamente, as maiorias de capital e de voto.

As empresas dependentes e reflexamente as empresas dominantes são definidas no § 17: «Empresas dependentes são empresas juridicamente autónomas, sobre as quais uma outra empresa (empresa dominante) pode exercer, imediata ou mediadamente, uma influência dominante»; «Presume-se que uma empresa em posse maioritária é dependente da que dela participa em maioria».

Seguem-se no § 18 as definições de Konzern e empresas de Konzern:

«(1) Se uma empresa dominante e uma ou mais empresas dependentes estiverem agrupadas sob a direcção unitária da empresa dominante, constituem um Konzern; cada uma das empresas é uma empresa de Konzern. As empresas entre as quais existir um contrato de domínio ou das quais uma esteja integrada na outra são encaradas tal como se estivessem agrupadas sob uma direcção unitária.

«Presume-se que uma empresa dependente constitui um Konzern com a empresa dominante.

«(2) Se empresas juridicamente autónomas estiverem agrupadas sob uma direcção unitária sem que uma dependa da outra, também constituem um Konzern; cada uma das empresas é uma empresa de Konzern.»

O § 19 define empresas com participação recíproca como «empresas com sede no território nacional, sob a forma de sociedades de capital ou sindicatos mineiros, que estão de tal modo associadas que a cada uma das empresas pertence mais do que a quarta parte das participações sociais da outra empresa». Interessantes por mostrarem o cuidado do legislador na previ-

são de todas as hipóteses são as alíneas (2) e (3) desse parágrafo, onde é especificado que «se a uma empresa com participação recíproca pertencer uma participação maioritária noutra empresa ou se uma puder exercer sobre a outra, mediata ou imediatamente, uma influência dominante, deve ser considerada como dominante e a outra como dependente» e «se a cada uma das empresas com participação recíproca pertencer uma participação maioritária noutra, ou se cada uma delas puder exercer sobre a outra, mediante ou imediatamente, uma influência dominante, ambas as empresas são consideradas dominantes e dependentes».

O Livro III, a começar no § 291, trata das «Empresas associadas», sendo a Parte I dedicada aos contratos de empresa, cujas definições se encontram nos §§ 291 e 292 e não reproduzo agora, pois adiante considerá-los-ei com algum pormenor. Apenas noto que entre eles figura o contrato de domínio, *Beherrungsvertrag*, que constitui um dos meios jurídicos de organização do grupo de empresas.

Logicamente, a seguir à Secção onde são definidos os tipos de contratos de empresa aparece uma Secção, comum a todos eles, regulando a celebração, alteração e termo. Comum a todos os contratos de empresa é ainda a Secção 3.^a, respeitante à tutela da sociedade e dos credores. Distinções entre contratos de empresa só aparecem na Secção 4.^a, sobre a tutela dos accionistas externos, nos contratos de domínio e de entrega de lucros.

A Parte II do Livro III, apesar de formalmente desligada dos contratos de empresa versados na Parte I, ainda mantém parcial ligação com eles, pois trata de consequências do contrato de domínio ou falta de existência deste contrato. Essa Parte II intitula-se «Poder de direcção e responsabilidade em caso de subordinação de empresas» e divide-se em duas Secções, a primeira dedicada ao «Poder de direcção e responsabilidade no caso de existir um contrato de domínio», a segunda à «Responsabilidade no caso de não existir um contrato de domínio».

A Parte III do Livro III ocupa-se das empresas integradas, as quais são empresas de grupo, ligadas por uma forma especial denominada *Eingliederung*.

Quem parta do § 15 poderá supor que o Livro III seguirá a ordem daquele parágrafo e, portanto, virá a encontrar uma disciplina formalmente ordenada das empresas de Konzern. Como se viu, não é isso que sucede; o Livro III orienta-se pelos contratos de empresa e, esgotados estes, passa a outras formas de associação de empresas, de modo que a disciplina das empresas de Konzern está distribuída por várias Partes e Secções, das quais só uma lhes é expressamente dedicada, a Parte V, «Preservação de contas no Konzern.»

Assim, além dessa Parte V,

— ao grupo de facto aplicar-se-á a Parte II, 2.^a Secção (adiante veremos se esta Secção contempla somente os grupos de facto);

— ao grupo paritário não corresponde disciplina autónoma;

— ao grupo organizado com base numa anexação da sociedade dependente aplica-se a Parte III;

— ao grupo organizado com base num contrato de domínio aplicam-se as regras comuns dos contratos de empresa, as regras especiais sobre protecção dos accionistas externos e as regras também especiais sobre o poder de direcção e a responsabilidade no caso de contrato de domínio.

A esta formal e sumária descrição deveria seguir-se uma indicação do conteúdo das normas, mas para esta ter algum interesse, seria tão longa que julgo preferível proceder à exposição apenas ao tratar de cada assunto.

III.2. — Cronologicamente, uma tentativa para uma regulamentação global dos grupos de empresas aparece, depois da AktG de 1965, na Proposta de Estatuto de Sociedade Anónima Europeia, que começou por ser conhecida como Projecto Sanders, do nome do jurista holandês seu autor, e depois passou a constituir uma Proposta da Comissão da CEE. A proposta modificada de 1975 — Bul. Com. Eur., Supl. 4/75 — é acompanhada por um interessante Exposé de Motifs.

Em 1972, DABIN, *Faut-il réglementer les groupes de sociétés dans le statut des sociétés anonymes européennes?*, in *Quo vadis ius societatum?* págs. 27 e segs. notava que nas muitas controvérsias suscitadas pelo projecto de sociedade anónima europeia não

figuravam dúvidas sobre o facto de ele conter uma regulamentação dos grupos de sociedades; pesando os argumentos num e noutro sentido, aquele jurista concluía por aprovar a inclusão, embora discordando do conteúdo. A inclusão manteve-se na Proposta modificada de 1975, abonando-se então com o aval dado pelo Parlamento Europeu, ao aprovar essa parte, na generalidade.

Ao grupo de sociedades é dedicado o Título VII do Estatuto, dividido em sete secções.

A primeira Secção, «Definição e campo de aplicação», começa pela definição do grupo de sociedades, depois aponta a aplicação das secções seguintes, em função de uma S.E. ser ou a empresa dominante ou uma das empresas dependentes, e termina com um preceito destinado a clarificar a existência do grupo.

A segunda secção trata da «Publicidade». A terceira secção ocupa-se da «protecção dos accionistas livres» e a quarta secção do afastamento dos mesmos accionistas. A secção quinta contém a «protecção dos credores». A sexta secção é epigrafada «Instruções e responsabilidade» e a última secção ocupa-se da «Regulamentação especial respeitante às relações de grupo existentes antes da constituição da S.E.».

Fora do Título VII, os arts. 196.º e seguintes, reunidos numa secção intitulada «Estabelecimento das contas dos grupos de sociedades» desenvolve a regulamentação das contas consolidadas do grupo.

Logo à primeira vista, descobrem-se duas diferenças importantes relativamente ao sistema alemão: primeira, os grupos de sociedades aparecem no Estatuto de S.E. sem qualquer relação com uma disciplina de empresas associadas ou coligadas; segunda, o Estatuto de S.E. omite a menção e, portanto, a função dos «contratos de empresa», inclusivamente do contrato de domínio, tão relevante no sistema alemão para a organização jurídica do grupo de empresas.

III.3. — Os sistemas da AktG e do Estatuto de S.E. influenciaram patente e fortemente a Proposta COUSTÉ e o Projecto Preliminar de Directiva.

No entanto, nem o sistema alemão nem o sistema do Estatuto de S.E. têm concitado aplausos universais.

Por exemplo, os suíços VISCHER e RAPP, *Zur Neugestaltung des Schweizerischen Aktienrechts*, pág. 201, acham o sistema alemão complicado e de difícil aplicação, embora, como menor de dois males, o considerem preferível, por mais flexível, ao rígido Projecto Sanders. Em linhas muito gerais, esses juristas aceitariam do sistema alemão a Eingliederung e os contratos de empresa, mas eliminariam ou pelo menos aliviariam os deveres de publicidade e, no respeitante ao Konzern de facto, protegeriam os credores por meio de uma espécie de acção pauliana. Escreviam eles em 1968 e, considerando que o direito dos grupos de sociedades estava «predestinado» para objecto de preceitos internacionais, aguardavam estes antes de entrarem em mais pormenores. O Projecto Preliminar de Directiva não deve ter sossegado os seus espíritos.

Mas nem só de além fronteiras germânicas vêm as dúvidas sobre a adequação do sistema alemão às realidades. Comemorando o décimo aniversário da Lei das Sociedades por Acções de 1965, MARCUS LUTIER (*Dieci anni di diritto tedesco dei gruppi: valutazione di un'esperienza*, Riv. Soc. 1975, pág. 1295 e segs.; já antes, *Il grupo di imprese* cit., dissera que a solução legislativa alemã para os grupos de facto era obscura, equívoca e pouco eficaz) mostrava-se pouco animado. Transcrevo de pág. 1310: «Mas sobretudo é necessário declarar que o plano geral do legislador para a disciplina das empresas coligadas não se traduziu em realidade operante. A dupla estratégia do legislador de 1965, de tornar o grupo contratual atraente para os órgãos de gestão das sociedades e sobretudo para os vértices dos grupos e, de outro lado, de submeter o grupo de facto a uma disciplina rígida e onerosa para incitar à adopção da forma contratual, teve tão pouco sucesso quão pouco teve a disciplina do grupo de facto. Portanto, também na Alemanha será necessário, ou por ocasião de um repensamento do direito da empresa ou por efeito de impulsos provenientes dos círculos comunitários, reexaminar as novas formas do problema». As negras cores desse quadro são aliviadas por LUTTER apontando

como dados positivos o contrato de domínio, o contrato de transferência de lucros, a Eingliederung e os balanços consolidados.

III.4. — A Lei francesa de 24 de Julho de 1966 contém uma secção dedicada a «Filiais e Participações».

O art. 154.º dispõe que quando uma sociedade possui mais de metade do capital duma outra sociedade, a segunda é considerada para a aplicação dessa secção, como filial da primeira. Consoante o art. 355.º, quando uma sociedade possui numa outra sociedade uma fracção do capital compreendida entre os 10 e os 50 por cento, a primeira é considerada, para a aplicação dessa secção, como tendo uma participação na segunda.

Magro é, porém, o restante conteúdo da secção. O art. 356.º manda mencionar no relatório anual a aquisição de participações, ou de 10 ou de 50 por cento ou superiores, e bem assim a actividade das filiais da sociedade e os resultados obtidos; o art. 357.º manda elaborar e juntar ao balanço um mapa das filiais e participações; o art. 358.º trata das participações recíprocas.

Essa débil Secção pode ter constituído já um entorse ao direito positivo francês, mas está longe de constituir uma disciplina dos grupos de sociedades, a qual intencionalmente faltou na Lei de 24 de Julho de 1966. Com efeito, o Ministro da Justiça declarou nessa altura que sobre os grupos de sociedades iriam ser efectuados estudos, donde havia de provir uma nova proposta de lei.

Uma proposta de lei tendente a regulamentar no direito francês os grupos de sociedades e a assegurar a protecção dos accionistas e do pessoal apareceu em 19 de Fevereiro de 1970, mas da iniciativa de parlamentares (primeira proposta COUSTÉ). A proposta não chegou a ser discutida na Assembleia Nacional e na primeira sessão legislativa ordinária de 1974/75, um grupo também chefiado por Pierre-Bernard COUSTÉ apresentou uma nova «Proposta de lei sobre os grupos de sociedades e a protecção dos accionistas, do pessoal e de terceiros». De meu conhecimento, ainda não foi tornada lei e a ela me referirei adiante como «Proposta COUSTÉ».

A Proposta COUSTÉ começa por definir sociedades dominantes e sociedades dependentes.

Em seguida, indica as circunstâncias em que sociedade dominante e sociedade(s) dependente(s) formam um grupo.

Depois refere a possibilidade de a ligação em grupos ser juridicamente estabelecida por um contrato chamado de «afiliação» e indica o conteúdo essencial desse contrato e as disposições aplicáveis a esses grupos.

Os grupos de sociedades não afiliadas por contrato são submetidos às disposições contidas no Título VII.

O Título II ocupa-se da celebração, modificação e termo do contrato de afiliação; o Título III da protecção dos accionistas ou sócios externos; o Título IV da protecção dos credores; o título V da protecção dos membros do pessoal.

O Título VI, epigrafado «Funcionamento do grupo», regula os termos em que a administração da sociedade dependente pode e deve cumprir as instruções emanadas da sociedade dominante.

A publicidade e a informação dos accionistas são tratadas no Título VIII e no Título IX as sociedades integradas.

III.5. — O «Projecto Preliminar de uma directiva baseada no art. 54.º, par. 3, g) do Tratado CEE sobre a harmonização do direito dos grupos de sociedades» contém duas partes.

A Parte I (Comissão das Comunidades Europeias — XI/328/74-I) só nos interessa agora pelos seus arts. 1.º e 2.º, onde se encontram definições de empresa dominante e de empresa independente, para as quais remete a Parte II.

Os arts. 3.º a 17.º da Parte I ou estão já ultrapassados, porque continham modificações a introduzir na Segunda Directiva e na Quarta Directiva, as quais já foram definitivamente redigidas e entraram em vigor, ou não-de ser tomadas em consideração no texto final da Quinta Directiva, para cuja proposta sugerem alterações. Também não nos interessam agora os arts. 18.º e 19.º, relativos à notificação e publicidade da participação, e os arts. 20.º a 23.º, dedicados às participações recíprocas.

A Parte II do Projecto Preliminar (Comissão das Comunidades Europeias — XI/593/75-1) está subdividida em alíneas, de *A* a *I*, comportando 63 artigos.

A alínea *A* é dedicada à «Dependência da sociedade por acções fora de um grupo de empresas»; a Alínea *B* ao «Contrato de predomínio»; a alínea *C* ao «Contrato de predomínio no caso de uma filial comum»; a alínea *D* ao «Grupo fora do contrato de predomínio»; a alínea *E* à «Filial comum fora do contrato de predomínio»; a alínea *F* ao «Grupo de empresas em posição paritária»; a alínea *H* a «Outros contratos de empresa»; a Alínea *I* a «Disposições finais».

Tomando agora apenas as Alíneas *A*, *B* e *D*, desenha-se um quadro com certa lógica: uma disciplina das relações de dependência entre empresas, quando estas não formem um grupo; uma disciplina do grupo de empresas baseado na celebração dum contrato de predomínio; uma disciplina dos grupos de empresas quando este não está organizado com base num contrato de predomínio.

Esta primeira clareza é, contudo, obscurecida por vários aspectos.

Em primeiro lugar, não pode aceitar-se, sem maior investigação, o tratamento dado às simples relações de dependência duma sociedade (quando esta não esteja integrada num grupo) se a dependência tiver a extensão prevista no Projecto.

Em segundo lugar, haverá que verificar se o tratamento concreto dos grupos de empresas fora do contrato de predomínio difere do tratamento das relações de dependência fora do grupo, em termos que justifiquem essa separação.

Em terceiro lugar, há que estar seguro de quais dessas disciplinas são tornadas pelo Projecto Preliminar obrigatórias para os Estados membros, quais são facultativas e como se relacionam umas e outras.

Os dois primeiros aspectos voltarão a aparecer adiante, a propósito das respectivas matérias. Vejamos agora o terceiro.

Na introdução explicativa à Parte II do Projecto Preliminar, diz-se que este prevê num primeiro tempo apenas a introdução vinculante para os Estados membros dos grupos de empresas com base contratual, tendo dessa maneira em conta as objecções

de natureza económica e política que os peritos suscitaram no grupo de trabalho durante a primeira fase das discussões. Ainda segundo essa introdução, o Projecto Preliminar oferece aos Estados membros a possibilidade de introduzir, imediatamente ou num segundo tempo, o estatuto orgânico dos grupos de empresas, como regime complementar aplicável aos grupos de empresas.

Efectivamente, o art. 32.º — que inicia a alínea D, «O grupo fora do contrato de predomínio» — tem o seguinte teor: «Sem prejuízo da disciplina do contrato de predomínio no sentido dos artigos 8-28, os Estados membros podem receber na sua própria ordem jurídica também a disciplina dos grupos de empresas, conforme os artigos 35 a 50».

Voltando à introdução explicativa, esta diz que a existência paralela destes dois regimes dos grupos de empresas suscita aparentemente problemas particulares. Contudo, se ambas as regulamentações forem introduzidas simultaneamente num Estado membro, um contrato de predomínio deverá ser celebrado apenas quando as partes não se encontrem já numa relação de dependência; se as partes estão coligadas no sentido do art. 33.º, são aplicáveis as disposições dos arts. 34.º a 50.º

Daqui parece poder-se logo deduzir que o chamado «estatuto orgânico dos grupos de empresas» contido nos arts. 34.º a 50.º coincide a tal ponto com o regime dos grupos de empresas ligadas por um contrato de predomínio que, coexistindo num Estado membro os dois regimes, o contrato de predomínio terá por única função criar a relação de dependência, ou, por outras palavras, o estatuto orgânico do grupo de empresas será aplicável quando se verifique um de dois factos: ou a existência de um contrato de predomínio ou uma relação de dependência sem tal contrato. É isso que realmente sucede. Comparando os dois regimes artigo por artigo — e vê-lo-emos a cada passo quando analisarmos os dois regimes — a coincidência só é quebrada por ligeiras diferenças de redacção exigidas pela diferença formal das hipóteses básicas. Assim, o Projecto Preliminar efectuou uma simbiose do sistema alemão e do sistema do Estatuto de S.E.

Outra dificuldade existe, porém, relativamente à alínea A. A introdução explicativa nada refere quanto ao carácter vinculativo ou não, para os Estados membros, dos preceitos dessa alínea A, mas da redacção destes depreende-se que vinculam os Estados. Se assim for, o quadro complica-se, pois poderá suceder que

- um Estado inclua na sua legislação os preceitos das alíneas A e B, que são vinculantes para ele, mas não os da alínea D;
- um Estado inclua na sua legislação os preceitos das alíneas A, B e D.

Na primeira hipótese, poder-se-á perguntar se os preceitos da Alínea A não constituem na realidade uma reprodução, mais ou menos sintética, dos preceitos da Alínea D, na previsão de que algum Estado não venha a adoptar estes últimos.

Na segunda hipótese, haverá que definir a função que, dentro dum ordenamento nacional, ficam tendo simultaneamente preceitos correspondentes à alínea A e à alínea D do Projecto Preliminar.

III.6. — Relativamente ao direito holandês, segundo CAL-KOEN, *The legal treatment of groups of companies and relationships among parent enterprises — The Netherlands*, in *International Business Lawyer*, Setembro de 1980, págs. 223 e seguintes, o conceito de grupo de sociedades não é desconhecido na Holanda. É possível estabelecer linhas de conduta e acordos dentro dum grupo de sociedades, contanto que esses acordos não violem o direito imperativo ou os estatutos da sociedade. Os direitos dos accionistas minoritários são limitados a obter a anulação de deliberações violadoras da «boa fé» ou um inquérito aos negócios da sociedade. Percorrendo a descrição feita por este autor, encontram-se notícias de legislação, jurisprudência e doutrina que confirmam aquelas conclusões, mas simultaneamente mostram a limitada influência do grupo de sociedades. Desse quadro destaca-se, contudo, o art. 342.º do Livro II do Código Civil (1978); estando noutros artigos desse Código estabelecida a obrigação de a sociedade publicar uma descrição exacta da posição financeira das suas subsidiárias e afiliadas, aquele art. 343.º dispensa a publicação desde que a

sociedade dominante faça uma declaração pública de que será responsável pelas dívidas contratuais da sociedade subsidiária.

III.7. — Em Itália não existe ainda uma disciplina jurídica do grupo de sociedades ou empresas, entendido à maneira da lei alemã ou do Projecto Preliminar de Directiva.

A Lei de 7 de Junho de 1974 n.º 216 impôs o dever de comunicação de participações que atinjam certos montantes, regulou as participações recíprocas entre sociedades (art. 5.º) e, por meio de alteração do art. 2359.º Codice Civile e aditamento de um art. 2359.º *bis*, definiu sociedades controladas e sociedades coligadas e regulou a aquisição de acções ou quotas da sociedade controlante por sociedades controladas (art. 6.º). Mantiveram-se em vigor os arts. 2360.º e 2361.º Codice Civile, o primeiro dos quais proíbe a subscrição recíproca de acções e o segundo limita a aquisição de participações noutras sociedades.

Um pouco mais além — ousadamente se atendermos ao campo de aplicação, pois são abrangidas sociedades apenas coligadas, com participações mínimas de 10% ou, para sociedades com acções cotadas em bolsa, 20% — vai o art. 10.º dessa Lei n.º 216, quando adita o seguinte ao art. 2424.º Codice Civile: «Em anexo ao balanço devem ser enumeradas as participações em sociedades controladas ou coligadas indicando para cada uma o valor nominal e o valor atribuído em balanço. Devem além disso ser apensadas cópias integrais do último balanço das sociedades coligadas.»

III.8. — O direito inglês desconhece disciplina jurídica do grupo de sociedades semelhantes à criada pela Lei alemã ou à projectada nos outros três textos analisados (utilizo a exposição de PENNINGTON, *Groups of companies* cit., a qual é anterior aos Companies Act 1967 e 1980, mas estes não alteraram o quadro básico, salvo num ponto que adiante mencionarei).

São evidentemente conhecidas ligações entre sociedades e de dois tipos: *holding companies*, *joint ventures*.

Holding company é uma sociedade que *ou* controla a composição do board of directores doutra sociedade *ou* possui mais

de metade do «equity share capital» doutra sociedade. (Companies Act 1948, art. 154). Considera-se que uma sociedade controla a composição do board of directors doutra sociedade quando aquela, por algum meio (cláusulas dos articles of association da subsidiária, contrato entre as duas sociedades, posse por uma da maioria dos votos possíveis numa assembleia geral da outra) não dependente de qualquer outra pessoa pode nomear ou destituir os titulares da totalidade ou da maioria dos directores da subsidiária.

A outra espécie de grupo — semelhante no continente ao grupo paritário ou à filial comum — resulta da formação duma sociedade em que duas sociedades possuem um número igual de acções.

As sociedades componentes dum grupo, no sentido indicado, mantêm as suas personalidades jurídicas autónomas como «corporations» e o facto de todas tenderem para um interesse unitário é irrelevante para o direito. As transacções entre sociedades do mesmo grupo são tratadas como se ocorressem entre estranhos. Em dois casos excepcionais a holding company responde por obrigações da sua subsidiária: se o número de accionistas destas for reduzido a menos de sete; o caso de uma subsidiária funcionar como *trustee* ou *agent* da holding.

Das regras especiais da holding destaco uma, pela proximidade com outros regimes já analisados: a obrigação de as holding companies apresentarem contas consolidadas do grupo.

No Companies Act 1980 aparece uma regra que não é específica das subsidiary companies, mas que pode vir a ter forte impacto nestas, do ponto de vista do funcionamento do grupo. O art. 75.º dispõe que qualquer accionista pode requerer ao tribunal uma ordem com fundamento em que os negócios da sociedade estão a ser ou foram conduzidos de maneira injustamente prejudicial aos interesses dalguma parte dos accionistas (incluindo pelo menos o requerente) ou em que qualquer acto ou omissão, actual ou projectado, da sociedade é ou seria prejudicial dessa maneira. O requerimento, com idênticos fundamentos, pode ser também da iniciativa do Secretário de Estado, em certas circunstâncias. Se o Tribunal se convencer

do bom fundamento do requerimento pode emitir a ordem que considerar adequada para dar remédio às queixas recebidas.

Finalmente, lembro que o art. 209.º do Companies Act 1948 permite que, em certos casos, uma sociedade adquirente de pelo menos 90 % das acções de outra force os accionistas restantes a venderem as suas acções, bem como estes podem forçar o accionista maioritário a comprar-lhas.

IV — CONCEITO JURÍDICO DE GRUPO

IV.1. — Definições

IV.2. — A direcção unitária como elemento do conceito

IV.3. — Certificação do grupo

IV.1. — Apesar das dificuldades, os legisladores consideram possível e necessário definir os grupos de empresas ou sociedades.

AktG § 18: «(1) Se uma empresa dominante e uma ou mais empresas dependentes estiverem ligadas sob a direcção unitária da empresa dominante, constituem um Konzern; cada uma das empresas é uma empresa de Konzern /.../».

(2) Se empresas juridicamente autónomas estiverem agrupadas sob uma direcção unitária sem que uma dependa da outra, também constituem um Konzern.»

Uma definição de grupo de sociedades aparece no art. 223.º, 1 do Estatuto de S.E.: «Uma empresa dominante e uma ou várias sociedades dependendo dela formam um grupo no sentido do presente Estatuto se o conjunto dessas empresas está colocado sob a direcção única da empresa dominante e se uma destas empresas é uma S.E. Cada uma destas empresas é uma empresa de grupo.»

Durante a apreciação da Proposta de Estatuto pelo Parlamento Europeu, foi proposta (JOREAU-MARIGNÉ e HOU-GARDY) uma outra definição do grupo de sociedades: «Uma empresa dominante e uma ou mais empresas dominadas por ela, independentemente do facto de estarem ou não ligadas à legislação dos Estados membros, constituem um grupo para os efeitos do presente Estatuto se nisso consentirem livremente,

em particular se são reunidas sob a direcção única da empresa dominante ou se existirem entre elas laços de tal maneira estreitos que a empresa dominada perdeu substancialmente a sua autonomia económica e finalmente, se uma das empresas é uma S.E.». Simultaneamente foi proposta a eliminação da presunção de grupo, que veremos estar consignada no art. 223.º, 2.

O Parlamento Europeu rejeitou esta proposta de modificação e manteve a redacção do projecto. Aquela proposta retirava ou atenuava grandemente o carácter automático do grupo e dos efeitos a ele ligados, pois fazia intervir elementos subjectivos, mediante os quais uma empresa poderia deixar de estar sujeita à disciplina do grupo; rejeitada ela, da definição constam apenas elementos objectivos, cuja verificação necessariamente acarreta a aplicação da disciplina prescrita.

No art. 3.º da Proposta COUSTÉ é dada uma definição bem sintética: «Les sociétés dominante et dépendante forment un groupe quand elles sont réunies sous la direction unique de la société dominante».

O Projecto Preliminar de Directiva, por causa da especialidade do seu sistema, desdobra a definição por dois artigos: art. 8.º — «A sociedade por acções pode submeter, mediante contrato escrito (contrato de predomínio) a própria gestão à direcção duma outra empresa. Tais empresas formam assim um grupo»; art. 33.º, 1 — «Uma empresa dominante e uma ou mais sociedades por acções dependentes dela formam um grupo se todas estas empresas se encontram sob a direcção única da empresa dominante».

IV.2. — O único elemento do conceito de grupo de sociedades ou de empresas comum em todos os preceitos e projectos, para todas as modalidades de grupo, é a *direcção unitária* das sociedades ou empresas. Em vez de *unitária* essa direcção aparece algumas vezes apelidada de *única*, palavras que, pelo menos em português, não são sinónimas. A benefício do que ulteriormente será dito, prefiro chamar-lhe *unitária*.

Nenhum destes preceitos ou projectos fornece alguma adicional elucidação do que seja «direcção unitária». Em ano-

tações oficiais ou oficiosas aos textos, encontram-se afirmações sobre a impossibilidade, inconveniência ou inoportunidade duma maior precisão daquele conceito. Assim, no Documento interno da CEE n.º 548/XIV/71-F, «Observações preliminares relativas aos trabalhos para a coordenação das legislações sobre grupos de empresas», afirma-se que «a definição legal da direcção única não é possível nem oportuna» e tenta-se justificar essa afirmação dizendo que se trata dum processo interno da empresa, que pode, para o efeito da qualificação da direcção, ser melhor julgado «por aqueles que actuam responsabilmente no grupo e aqueles que têm função de fiscalização (revisores de contas)».

As notas ao Estatuto de S.E. (redacção de 1970) navegam em águas muito semelhantes, mas dão aos juízes maior importância do que aos peritos de contas: «Necessidades económicas fazem parecer indicado que não se defina esta noção, a fim de deixar aos tribunais uma larga margem de interpretação»; o inconveniente da inicial incerteza jurídica seria compensado pela vantagem duma interpretação e duma aplicação flexíveis desta noção.

O relatório da Proposta COUSTÉ é bastante mais optimista a este respeito e chega a mostrar-se categórico quanto ao que seja a direcção unitária ou única. Afirma esse relatório que a noção de direcção única está ligada à noção de unidade de decisão; é da unidade de direcção que avançarão, ao longo da vida do grupo, as directrizes que guiarão a gestão e assegurarão, em função do interesse global, a unidade económica. A seguir, apresenta exemplos mais ou menos elucidativos, parte dos quais transcrevo, para o que possam servir num campo onde é tão grande a falta de elementos: trata-se do exercício do poder de decisão de que dispõe a sociedade dominante, qualquer que seja a natureza deste poder (financeiro, humano, etc.); este exercício não exclui uma larga descentralização e não implica obrigatoriamente a existência duma célula única de tomada de decisões; é claro, por exemplo, que uma sociedade holding que assegura o financiamento dos projectos de investimento detém o poder de decisão e assegura pessoalmente o exercício desse poder, uma vez que é ela a dispenseira dos capi-

tais necessários. E assim sucessivamente, até por fim se ler que a maior parte das vezes a planificação a longo prazo, o financiamento, o desenvolvimento são dirigidos de forma centralizada e que a administração do grupo tende por vezes a ser confiada a uma holding especializada.

Vejam-se do trabalho doutrinário efectuado sobre textos vigentes podemos retirar algo mais concreto.

Em primeiro lugar, há a notar a existência de afirmações e de presunções *legais* de direcção unitária.

O § 18(1) AktG declara «As empresas entre as quais existir um contrato de domínio ou das quais uma esteja anexada (eingliedert) a outra são encaradas tal como se estivessem agrupadas sob uma direcção unitária». Há aqui, pelo menos, uma presunção *iuris et de iure* de direcção unitária, pois isso é mais curial do que pensar que o preceito integrou nas empresas de Konzern empresas que se encontrem naquelas duas situações e não estejam sujeitas a uma direcção unitária, apesar de esta ser elemento essencial do Konzern.

Uma presunção *tantum iuris* é estabelecida na parte final do mesmo § 18(1): «Presume-se que uma empresa dependente constitui um Konzern com a empresa dominante». É compreensível que o domínio, só por si, não implique a direcção unitária, pois pode conceber-se que certas formas de domínio de direito não se traduzam em nenhuma direcção da sociedade dependente (como sucederá no caso de o domínio existir mas não ser usado), e bem assim que o domínio seja exercido e se exprima numa direcção da sociedade dependente, mas não numa direcção unitária, como sucederá se o domínio for exercido sem qualquer atenção a outros interesses que não sejam os da sociedade dependente, nomeadamente sem qualquer interferência do que possa ser interesse da sociedade dominante. Mas, por outro lado, também se compreende a presunção *tantum iuris* estabelecida por aquele preceito, pois é natural que a dependência duma sociedade relativamente a outra seja usada de modo a obter uma coligação dos interesses de ambas (ou a dar primazia ao interesse da dominante), dirigindo-a unitariamente.

Presunções da existência de grupo, a partir da relação domínio-dependência, existem também no Estatuto de S.E., art. 223.º,

n.º 2, na Proposta COUSTÉ, art. 3.º, no Projecto Preliminar, art. 33.º, n.º 2.

A existência dessas presunções reduz sensivelmente a importância da determinação da direcção unitária, a qual fica reduzida a) ao interesse da justificação da inclusão directa no grupo das empresas entre as quais exista um contrato de domínio ou uma das quais esteja anexada a outra; b) à ilisão da presunção *tantum iuris* de que uma empresa dependente constitui um grupo com a empresa dominante; c) à prova da direcção unitária para que constituam um grupo empresas que não dependam uma da outra.

Direcção unitária não significa substituição dos órgãos directivos de uma sociedade pelos órgãos da outra nem decisões tomadas conjuntamente por uns e outros. Os órgãos das sociedades agrupadas mantêm-se formalmente autónomos, e, portanto, a direcção unitária tem de manifestar-se no sentido ou para com os órgãos das sociedades dependentes.

Nota comum na doutrina germânica é a equivalência dos meios pelos quais é exercida a direcção unitária. Quando se trata de grupos igualitários, esses meios não podem, manifestamente, ser específicos duma relação de dependência, mas podem ser de vários géneros: criação dum órgão comum de administração; coincidência pessoal dos membros dos órgãos directivos; contratos entre as empresas pelas quais estas se obrigam a harmonizar as suas gestões. Quando se trata de grupos de subordinação, estes meios contratuais estão, por natureza excluídos (sem prejuízo dos «contratos de empresa» que possam criar a subordinação e a direcção unitária), mas são possíveis encontros, discussões, conselhos dos órgãos de sociedades (ficando a última palavra aos órgãos da sociedade dominante), a coincidência de administradores e, em última análise, a ordem pura e simples.

É muito citada a explicação dada pelo RegE, ao justificar o § 18, no sentido de ser bastante a política de negócios das sociedades agrupadas em especiais questões básicas de gestão, mas esta fórmula tem sido posta em dúvida por alguns autores, como BIEDENKOPF e KOPPENSTEINER (Kölner Kommentar, pág. 156), que não consideram claras nem a distinção entre

política de negócios e questões básicas, nem o que significam uma e outras.

A divergência principal na doutrina alemã respeita à unidade económica do grupo. Segundo alguns autores (Kölner Kommentar cit.) a característica diferencial do Konzern é o agrupamento de empresas juridicamente independentes numa *unidade económica*. Para outros, (WÜRDINGER, Grosskommentar, pág. 158; Aktien und Konzern Recht, pág. 260), para que se forme um Konzern não é necessária uma organização tão forte que se constitua uma empresa conjunta, na qual as sociedades cuja individualidade jurídica é preservada, funcionem como partes dependentes da empresa total.

Seja-me permitido terminar este assunto e introduzir o próximo transcrevendo uma observação, dotada de certa graça e alguma verdade, feita por LIGUORI, Riv. Soc. 1978, pág. 782, a propósito dos conceitos usados no Projecto Preliminar de Directiva e das explicações dadas pela Comissão quanto à dificuldade ou impossibilidade de definir alguns dos seus elementos: «O discurso resume-se assim: 1) a «fatispecie» da dependência tem de ser definida, mas não vem definida; 2) «a definição legal da direcção única não é nem possível nem oportuna»; 3) «a direcção única manifesta-se com a dependência» que, ponto 1), é indefinível. Talvez o legislador comunitário tenha querido aplicar por analogia a lei lógica da dupla negação — o hipernegativo dos Estóicos — e da não definição da não definição tenha pensado retirar a definição do grupo».

IV.3. — As dificuldades prováveis na determinação da existência do grupo e da pertença duma sociedade a um grupo levaram o Estatuto de S.E. a instituir uma espécie de acção declarativa, no art. 225.º, como depois fez o art. 34.º do Projecto Preliminar, que dispõe: «1. A empresa pode dirigir-se à autoridade judiciária, para que esta decida se ela é empresa de grupo, para os efeitos do art. 33, parágrafo 1.

2. Se a empresa não o fizer, tal decisão pode ser pedida:

a) por aqueles accionistas que na hipótese de a sociedade ser dependente do grupo, seriam accionistas livres que detinham conjuntamente pelo menos 5 por cento do capital, dedu-

zidas as acções pertencentes directamente ou indirectamente à empresa que seria de considerar dominante do grupo ou que possam ser-lhe atribuídas conforme o artigo 1, parágrafo 3, da Parte I da presente directiva;

b) pelos credores, se a empresa que seria de considerar dominante do grupo não observar as obrigações decorrentes dos artigos 46.º e 47.º

3. O direito de perguntar à autoridade judiciária se uma sociedade é sociedade dependente de um grupo pertence às instituições, organizações ou pessoas, ao nível de tal sociedade que, no caso afirmativo, participariam na composição do órgão de vigilância ou de direcção ou de qualquer outro órgão preposto à representação dos interesses dos trabalhadores a nível duma empresa de grupo dominante de tal sociedade.

4. A autoridade judiciária decide depois de ter ouvido as empresas interessadas. Se disso for caso, ela estabelece a data a partir da qual a empresa é empresa de grupo».

V. — ESPÉCIES DE GRUPOS

V.1. — *As espécies.*

V.2. — *A relação domínio-dependência como elemento duma das espécies.*

V.3. — *Grupo de facto e simples dependência.*

V.1. — Da exposição sumária de sistemas acima feita resalta a existência de várias espécies de grupos de empresas ou sociedades, para as quais usarei, por enquanto, a nomenclatura corrente.

Atendendo às relações entre os sujeitos do grupo, há grupos que estão organizados de modo a que os sujeitos tenham entre si relações de igualdade (grupos paritários, Gleichordnungskonzern) e grupos em que os sujeitos estão entre si em relações de domínio-dependência (grupos de subordinação ou dependência, Unterordnungskonzern).

Atendendo à existência de actos destinados a organizar o grupo, temos os casos em que não existem tais actos — grupos usualmente chamados *de facto* — e os casos em que existem

tais actos, os quais, por simetria, aparecem muitas vezes designados por *grupos de direito*, designação a que pessoalmente ponho reservas.

Atendendo ao acto destinado a organizar o grupo, há grupos formados por anexação (*Eingliederung*, *intégration*) e grupos formados por contrato.

As duas primeiras classificações são paralelas. Em princípio, tanto o grupo paritário como o grupo de subordinação podem ser grupo de facto ou grupo de direito, Dever-se-á, contudo, ter em conta que, num certo sistema, podem não ser admitidos — no sentido de não serem reconhecidos como produtores de efeitos jurídicos — os grupos de facto, ou os paritários, ou os de subordinação.

Buscando essas modalidades nos textos que tenho vindo a analisar, todas elas se encontram na AktG.

O Estatuto da S.E. trata apenas de grupos de subordinação e, segundo a leitura corrente, só de grupos de facto. Neste segundo aspecto, há, todavia, algo a esclarecer. É indubitável que o Estatuto de S.E. trata apenas de grupos de subordinação, prescindindo da distinção entre grupos de direito e grupos de facto, com o alcance que tal distinção tem noutros sistemas, como o alemão; bem assim, falta nesse Estatuto a previsão de qualquer contrato que organize o grupo e o submeta a um especial regime jurídico. Nesse sentido poder-se-á dizer que o Estatuto contempla grupos de facto. Contudo, já alguém achou mais curial dizer que o Estatuto de S.E. só contempla grupos de direito (*DABIN, Faut-il ... cit., hág. 28*), observação que se baseia na circunstância de efeitos ligados no sistema alemão à constituição do grupo de direito aparecerem prescritos no Estatuto de S.E., embora ligados a um *Tatbestand* que, no direito alemão, seria o grupo de facto.

A Proposta COUSTÉ ocupa-se apenas de grupos de subordinação e, dentro destes, tanto de grupos de direito como de grupos de facto.

O sistema do Projecto Preliminar, cuja ambiguidade notei logo ao expô-lo sumariamente, não pode ser destrinchado com tanta simplicidade porque, antes de mais e como já vimos, não impõe aos Estados membros a adopção total das disciplinas

nele previstas e, portanto, podem variar num Estado membro as modalidades de grupos que, em seguimento da futura Directiva, podem coexistir.

Encarado globalmente o Projecto Preliminar, pode dizer-se que:

a) contempla grupos paritários e grupos de subordinação;
b) admite a organização do grupo mediante contrato, mas a anexação é um facto com alcance jurídico diverso do que tem no sistema alemão;

c) regula o grupo de facto — no sentido de grupo que não está organizado por contrato — mas fá-lo em termos paralelos aos do Estatuto de S.E., que, como vimos, permitem duvidar se realmente esse grupo deve ser chamado «de facto» ou de «direito».

Salvo o Projecto de 7.^a Directiva da CEE, que adiante referirei, os textos legislativos vigentes e projectados, não abrem distinções conforme a dimensão do grupo. Seja qual for o critério utilizado nesses textos para definir o grupo, ele poderá conduzir à qualificação como grupo de uma associação de apenas duas sociedades, como por exemplo está expresso no art. 223.^o do Estatuto de S.E., e resulta dos conceitos dos contratos de domínio, ou equivalentes nos outros sistemas, e das presunções fundadas na relação domínio-dependência. No entanto, vezes se têm levantado para inquirir se não seria caso de distinguir grupos gigantes, grupos consideráveis, grupos restritos, como para as empresas, autonomamente consideradas, se distinguem grandes, médias, pequenas empresas (SINAY, in *Droit des Groupes de sociétés*, pág. 73). Por curiosidade, noto haver quem chame «pequenos» a grupos de empresas que contam até 100 (cem) sociedades (em contraposição aos supergrupos, que chegam a muitas centenas de sociedades — WALSH, *Analyse de la structure d'un groupe français*, na mesma colectânea, pág. 18).

No art. 24.^o do Projecto de 7.^a Directiva da CEE, aliviam-se os deveres de publicidade de balanços consolidados para grupos de empresas de pequenas dimensões, mas os montantes fixados reduzem a aplicação desses benefícios e parece haver pedidos para que os pequenos e médios grupos sejam exonerados da

obrigação de redigir um balanço consolidado (JACOB, *Il progetto della settima direttiva: consolidamento e bilancio mondiale, in Quarta e la settima direttiva della CEE*, pág. 93).

V.2. — O elemento diferenciador da modalidade praticamente mais interessante dos grupos é a dependência duma sociedade ou empresa relativamente a outra sociedade ou empresa.

Sobre esse assunto escrevi alguma coisa em «Participações dominantes: alguns aspectos do domínio de sociedades por sociedades», Rev. Ordem Advogados, 1979. Aqui farei apenas uma resenha e uma breve comparação dos conceitos de domínio e dependência nos textos que tenho vindo a examinar.

Na AktG, esses conceitos encontram-se no § 17, com remissão para o § 16: «Empresas dependentes são empresas juridicamente autónomas, sobre as quais uma outra empresa (empresa dominante) pode exercer, imediata ou mediadamente, uma influência dominante. Presume-se que uma empresa em posse maioritária é dependente da que nela participa em maioria». Segundo o § 16(1), se a maioria das acções de uma empresa juridicamente autónoma pertencer a outra empresa ou se a maioria dos direitos de voto (participação maioritária) competir a outra empresa, esta empresa é uma empresa em posse maioritária e a outra empresa uma empresa com participação maioritária nela.

Os ditos conceitos, quanto à Sociedade Anónima Europeia, estão no art. 6.º do Estatuto. Empresa dominante é uma empresa juridicamente autónoma, sobre a qual uma outra empresa, designada por empresa dominante, pode exercer, directamente ou indirectamente, uma influência dominante, sendo uma das duas empresas interessadas uma S.E. Considera-se em qualquer caso uma empresa como dependente duma outra, quando esta tem, directa ou indirectamente, possibilidade, relativamente à primeira: a) de dispor de mais de metade dos votos inerentes ao conjunto dos títulos emitidos; b) de designar mais de metade dos membros do seu órgão de direcção ou do seu órgão de vigilância. Presume-se uma influência dominante quando

uma empresa tem, directa ou indirectamente, uma participação maioritária no capital duma outra empresa.

Da Proposta COUSTÉ interessam-nos agora os arts. 1.º e 2.º Quando uma sociedade dispõe sobre uma outra sociedade de uma influência que lhe permita exercer sobre esta, directa ou indirectamente, por meios de direito ou de facto, o poder de decisão, a primeira é dita sociedade dominante e a segunda sociedade dependente. Uma sociedade é, salvo prova em contrário, presumida dependente duma outra sociedade quando esta dispõe, directa ou indirectamente, na primeira de mais de 50 % dos votos inerentes ao conjunto dos direitos sociais. Esta presunção não poderá designadamente ser invocada se os estatutos da sociedade afiliada prevêm que certas decisões de gestão das sociedades devem ser tomadas por uma maioria superior aos votos de que dispõe, directa ou indirectamente, a sociedade dominante.

No Projecto Preliminar de Directiva, as definições de empresa dominante e de empresa dependente aparecem, na Parte I, arts. 1.º e 2.º: «Para os efeitos da presente Directiva são empresas dependentes aquelas empresas sobre as quais uma outra empresa (empresa dominante) pode exercer directa ou indirectamente, uma influência dominante, 2. Presume-se que uma empresa é dependente duma outra, se esta, directa ou indirectamente: a) detém uma participação maioritária no capital; b) dispõe de mais de metade dos votos; c) tem a possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou do órgão de vigilância. 3. Entre as quotas de capital da empresa dominante são computadas também as que pertencem a uma empresa que actue por conta da empresa dominante ou duma empresa dependente desta». Art, 2.º: «Se várias empresas, em virtude de um acordo, ou por outras vias, puderem exercer em comum uma influência predominante relativamente a outra empresa, cada uma delas é uma empresa dominante e a outra é dependente».

Uma comparação entre os citados preceitos, sem entrar em pormenores, mostra que:

— em todas é pressuposta a autonomia jurídica das em-

presas agrupadas; a Proposta COUSTÉ não vinca esse aspecto, mas ele está implícito na referência a «sociedades»;

— em todos é admitido tanto o domínio directo como o domínio indirecto;

— em todos constitui elemento essencial a influência dominante, que uma sociedade exerce ou pode exercer sobre a outra; apenas a Proposta COUSTÉ caracteriza um pouco mais precisamente a influência duma sociedade sobre outra, referindo-se a uma influência que permita exercer o poder de decisão;

— em todos aparecem presunções de domínio e dependência;

— é comum a todos a presunção de domínio pelo poder de voto, mais de metade dos votos que na sociedade possam ser contados;

— a presunção baseada na detenção de mais de metade do capital (independentemente dos votos que lhe correspondem) aparece na lei alemã e na Proposta COUSTÉ;

— a presunção retirada da possibilidade de designar mais de metade dos membros dos órgãos de direcção e/ou de vigilância aparece autonomamente no Estatuto de S.E. e no Projecto Preliminar de Directiva; digo autonomamente porque essa possibilidade pode decorrer do poder de voto, já contemplado noutra presunção, mas também pode derivar de acordos ou de disposição estatutária; noto que o órgão de vigilância que estes preceitos têm em vista não é o nosso conselho fiscal, mas sim órgão do género do Aufsichtsrat alemão ou do conseil de surveillance francês;

— é variável a força das presunções que, nuns casos são *iuris et de iure* e noutros casos são *tantum iuris*; apenas a Proposta COUSTÉ refere expressamente um meio de ilidir uma presunção.

V.3. — Teoricamente, a distinção entre *simples dependência* e *grupo de facto* é simples de fazer. A dependência é um dos elementos da *fattispecie* «grupo», a qual só estará completa quando àquele se juntar um outro elemento, a direcção unitária.

Essa diferença atenua-se, porém, quando funcionam presunções legais, que já vimos existirem. Desde que, por força

de um texto legal, a existência de relações de dependência faça presumir a existência de «grupo», uma distinção de disciplinas jurídicas — uma especificamente decorrente da simples dependência e outra também especificamente ligada ao «grupo» — só terá interesse para aquelas hipóteses em que a presunção seja ilidida e, provando-se a falta de direcção unitária, possa funcionar autonomamente a disciplina derivada da simples dependência.

Esta conclusão só será, contudo, válida, caso se demonstre que, no sistema jurídico considerado, a *fattispecie* mais complexa — grupo — absorve a *fattispecie* menos complexa — simples dependência — de modo a ser aplicável apenas a disciplina estabelecida para a primeira. Diferente será, se num sistema jurídico as disciplinas das duas *fattispecie* deverem ser cumuladas ou pelo menos conjugadas. Veremos este problema quanto à AktG e quanto ao Projecto Preliminar.

A referida diferença alarga-se se encarmos os sujeitos das relações consideradas. Afigura-se-me que todos os conceitos de «grupo» de que os textos legislativos, actuais e projectados, se têm servido, pressupõem a homogeneidade dos sujeitos: um grupo de *empresas* (abstraindo, portanto, do carácter individual ou social da empresa); um grupo de *sociedades*. O mesmo não sucede, porém, quanto à influência dominante-dependência, cujo conceito tem sido alargado a sujeitos heterogêneos; de um lado, uma sociedade dependente, mas de outro lado, ou uma sociedade, ou uma empresa, ou um sócio ou um terceiro.

Quando se lide com a «dependência» assim alargada, alarga-se também o quadro das eventuais conexões (ou desconexões) de disciplinas:

— os sujeitos da relação de dependência coincidem com os sujeitos do grupo de facto (empresas ou sociedades);

— os sujeitos da relação de dependência (simples accionistas ou terceiros) não coincidem com os sujeitos do grupo de facto (empresas ou sociedades).

Na primeira hipótese, a única especialidade relativamente ao que ficou dito acima é o conteúdo da disciplina das relações de simples dependência, de modo a que, de um lado, se har-

monize com a disciplina do grupo de facto (ou ceda perante esta) e, de outro lado, com a extensão dos sujeitos.

Na segunda hipótese, além da observação agora feita quanto à primeira hipótese, haverá que justificar a extensão do conceito de «dependência» a esses outros sujeitos

Tudo isto se complicará se, atendendo aos sujeitos, for variado o conceito de dependência, hipótese em que será necessário comparar as várias fatispecie que, conforme os sujeitos, produzirão ou os mesmos efeitos ou efeitos diversos.

VI. — EFEITOS DO GRUPO DE FACTO, SIMPLES DOMÍNIO E EXERCÍCIO, EM GERAL, DE INFLUÊNCIA

VI.1. — *Campo de aplicação de certos preceitos. Simples dependência e/ou grupos de facto.*

VI.2. — *Idem. Simples domínio entre empresas e exercício, em geral, de influência.*

VI.3. — *Consequências do exercício da influência dominante. Na Lei alemã*

VI.4. — *Idem. Na Proposta COUSTÉ*

VI.5. — *Idem. No Projecto Preliminar.*

VI.1. — Como acima observei e adiante se comprovará, são três as realidades que, fora do grupo organizado por meio de instrumento jurídico adequado, teremos de confrontar:

— a existência dum grupo de facto (isto é, um grupo desprovido de instrumento jurídico (voluntário) de organização;

— a existência de simples relações de domínio-dependência entre empresas, sem formação de grupo;

— a existência de influência para a prática de actos pela sociedade.

A primeira tarefa consiste em determinar quais os preceitos que, em cada um dos sistemas, são aplicáveis a cada uma das hipóteses. A segunda tarefa consistirá na exposição, conforme os preceitos aplicáveis, determinados pela primeira investigação,

dos efeitos produzidos por cada uma das referidas situações de facto.

Os §§ 311 a 318 AktG estão subordinados a uma epígrafe que exprime exactamente o seu campo de aplicação: «Responsabilidade no caso de não existir um contrato de domínio». Logo por aí se vê que o campo de aplicação desses preceitos é mais vasto do que o grupo de facto.

O § 311 começa por dizer «Se não existir um contrato de domínio, uma empresa dominante não pode usar a sua influência, no sentido de levar uma sociedade por acções dependente, etc.» e em todos os parágrafos seguintes, com relevo para o § 317, é pressuposto apenas um elemento positivo, a relação domínio-dependência, a que deverá acrescer um elemento negativo, a falta de contrato de domínio. Ficam, portanto, abrangidos: a) os casos de grupo de facto; b) os casos de simples domínio-dependência.

É certo que, para ser desencadeada a aplicação destes preceitos, será indispensável um outro elemento — o uso da influência — mas o uso da influência não constitui só por si, como se viu, a direcção unitária, indispensável no Konzern.

Por outro lado, é também certo que o § 18(1) faz presumir que uma empresa dependente constitui um Konzern com a empresa dominante, mas essa presunção não modifica substancialmente o que acabo de dizer. Apenas acontece que, dentro do campo de aplicação dos §§ 311 e seguintes, mais espaço é ocupado pelo grupo de facto, dada a existência da presunção, mas como esta é ilidível, continua nesse campo a haver espaço para os casos em que a presunção seja ilidida. Na prática, a presunção nem chega a funcionar para esse efeito, pois os referidos parágrafos aplicam-se logo que esteja provado o facto conhecido, do qual a ilação será tirada.

No Estatuto de S.E. toda a disciplina respeita a grupos de sociedades (empresas); não são contempladas as relações de simples domínio-dependência. Nesse Estatuto, como já sabemos, há dúvidas quanto à qualificação dos grupos como grupos de facto ou de direito e, na análise de cada traço da disciplina

jurídica estabelecida, a que procederei, aproximarei o Estatuto dos outros textos que se ocupam dos grupos de direito.

Duvidosa a este respeito afigura-se-me a Proposta COUSTÉ, cujo Título VII é epigrafado «Exercice du pouvoir de décision sans contrat d'affiliation» e cujo art. 34.º diz «... qualquer sociedade dominante, no sentido do artigo primeiro da presente lei, que exerce sobre a sociedade dependente o poder de decisão, sem celebração e publicação prévias dum contrato de afiliação, deve à sociedade dependente reparação de qualquer dano causado. Ela não poderá exonerar-se dessa responsabilidade invocando o interesse do grupo, embora real, que determinou o exercício do poder de decisão».

Se a «poder de decisão» não dever ser dado um sentido tal que o equipare à direcção unitária — e já sabemos que as instruções dadas como consequência do domínio sobre a sociedade dependente não constituem só por si a direcção unitária — parece que teríamos até aqui uma situação igual à prevista na lei alemã, mas a dificuldade nasce do art. 6.º, que dispõe: «Os grupos de sociedades não afiliadas estão submetidos às disposições do Título VII da presente lei, sob reserva do Título IX relativa às sociedades integradas». A menção claríssima a «grupos de sociedades» pode, contudo, ser interpretada em dois sentidos: ou o Título VII abrange todos os casos de domínio-dependência, incluindo aqueles em que, por acrescer a direcção unitária, há grupo de sociedades — hipótese em que o artigo 6.º tem o intuito de tornar patente essa inclusão (nesse sentido inclina a frase do relatório «autrement dit quel est le régime des sociétés liées par un rapport de dépendance sans avoir passé entre elles de contrat d'affiliation»); ou o art. 6.º tem o intuito de definir o âmbito do Título VII e então este não abrangerá os casos de domínio sem estabelecimento de direcção única (casos em que seja ilidida a presunção criada pelo art. 3.º).

A Parte II Alínea A do Projecto Preliminar denomina-se «A dependência da sociedade por acções fora de um grupo de empresas». A terminologia usada pelo Projecto Preliminar não é uniforme; as observações que acompanham o articulado falam para as hipóteses cobertas pelos arts. 1.º a 7.º em «grupos de sociedades». A letra dos preceitos é, no entanto, suficiente-

mente clara para nos apercebermos de que eles estabelecem uma regulamentação que se baseia no domínio-dependência, sem exigir a existência dum grupo de empresas. Tomando essa hipótese como certa, poderia perguntar-se — sobretudo por causa da epígrafe da alínea — se os arts. 1.º a 7.º são *também* aplicáveis ao grupo de facto. Afigura-se-me que esses artigos abrangem as duas hipóteses e que a epígrafe na realidade significa «fora do grupo, ou porque falta um elemento para o grupo ou porque não se atende a esse elemento».

O alcance real dessa alínea *A* depende da medida em que os Estados membros acolherem nas legislações internas os preceitos da Directiva. Se um Estado membro reproduzir o preceituado na alínea *A*, na alínea *B* e na alínea *D*, o disposto naquela primeira alínea só se aplicará a casos de domínio sem existência de grupo, mesmo de facto, pois este estará regido pela alínea *D*. Se um Estado importar para a sua legislação apenas o preceituado nas alíneas *A* e *B*, então o disposto na alínea *A* aplica-se tanto a relações de simples domínio como a grupos de facto (estes, não por serem grupos, mas porque, sendo grupos de subordinação, um dos seus elementos é a relação de domínio).

As observações acima referidas fornecem explicação dos intuitos desses arts. 1.º a 7.º: «A regulamentação do estatuto dos grupos de empresas aparece por isso introduzida por normas que tornem mais severas as disposições aplicáveis à actividade de grupos de sociedades que operem fora da normativa prevista (arts. 1 a 7). As sociedades por acções dependentes são mais protegidas de influências prejudiciais exercidas por quem as domina, quer se trate duma empresa, dum accionista ou dum terceiro».

As disposições desses artigos 1.º a 7.º constituem, pois, um incentivo para que as empresas adoptem os procedimentos previstos nas outras secções do Projecto ou seja, que se organizem como grupos de empresas; incentivo que consiste em evitar a responsabilidade pessoal da entidade dominante e outras desagradáveis consequências para essa entidade e também para pessoas ligadas à entidade dominante ou à sociedade dependente.

Mas adiante veremos que esses sete artigos têm papel mais importante do que o de simples dissuasor.

VI.2. — Vimos até aqui quais os preceitos, dos textos analisados, que se aplicam nos casos de terem sido constituídos grupos de facto ou de existirem entre empresas simples relações de domínio-dependência.

Pode, porém, suceder que, nalguns dos ordenamentos considerados, haja ainda disposições que, de maneira geral, prevejam o exercício duma influência sobre actos de órgãos ou representantes da sociedade. Tais preceitos podem ter campo de aplicação em parte coincidente e em parte distinto do núcleo de preceitos anteriormente vistos. Distinção haverá, antes de mais, na extensão dos preceitos, caso uns tomem em conta apenas o exercício da influência por uma empresa sobre outra empresa e outros atendam à influência exercida por qualquer entidade, mesmo que não seja uma empresa, sobre uma sociedade.

Poderá mesmo suceder que o sistema seja formado a partir duma ideia geral de apreciação da influência exercida, por quem quer que seja, sobre uma empresa ou uma sociedade.

Exemplifico com *Untersuchen zur Reform des Konzernrechts — Bericht der Studienkommission des Deutschen Juristentag* (já acima citado e que passarei a designar como DJT-Konzernrecht). Numa das secções do DJT de 1957 discutiu-se a necessidade de providências de natureza jurídico-societária a tomar a respeito do Konzern e dessa discussão nasceu uma comissão, composta por eminentes juristas alemães, durante cujos trabalhos foi publicado o Regierungsentwurf da nova Lei das Sociedades por Acções. O relatório da comissão só foi publicado em 1967, já depois de publicada a AktG de 1965, mas o texto daquele não foi refundido, aditando-se-lhes apenas breves anotações sobre o acolhimento nessa Lei de propostas da Comissão.

Logo no primeiro capítulo do DJT-Konzernrecht é afirmado que, sejam quais forem as distinções que na prática possam existir dentro das relações que possibilitam uma influência sobre uma empresa, elas podem reconduzir-se a cinco Tatbestandsgruppen, o primeiro dos quais é constituído por relações de dependência sem ligações de Konzern.

Essa hipótese, ali denominada *schlichte Abhängigkeit*, simples dependência, caracteriza-se pela existência duma relação entre uma empresa e alguém, que está em posição de tomar uma influência dominante sobre essa empresa alheia, sem que tal influência seja exercida no quadro duma direcção unitária (ou porque esse alguém não utiliza a sua possibilidade de influência ou porque, embora a utilize, não dirige unitariamente a empresa dependente).

O aspecto agora importante é essa palavra «alguém». Logo a seguir, a comissão discorda do RegE, que só atribuía relevância ao domínio-dependência entre empresas, e sustenta que qualquer pessoa (quer isoladamente, quer juntamente com outras, a quem esteja ligada por negócios especiais ou por meio de sindicatos de voto) pode exercer, embora não seja empresário, uma influência dominante sobre uma empresa e bem assim que não existe diferença relevante conforme a influência dominante pertença a uma pessoa física ou a uma pessoa jurídica, de direito privado ou de direito público.

Coerentemente, propõe a modificação de preceitos do RegE, por exemplo, onde este (§ 16) dizia «Empresas dependentes são empresas juridicamente autónomas sobre as quais uma outra empresa (empresa dominante) directa ou indirectamente pode exercer uma influência dominante», o DJT-Konzernrecht propõe: «Empresas dependentes são empresas juridicamente autónomas sobre as quais alguém, directa ou indirectamente, pode exercer uma influência dominante».

Assente essa extensão da dependência, torna-se logicamente necessário determinar os efeitos jurídicos produzidos por tal forma de dependência, quer formando um regime autónomo quer aproveitando em maior ou menor medida os efeitos prescritos para o grupo de facto ou até para o grupo de direito. A isso são dedicadas muitas páginas do DJT-Konzernrecht, que seria impossível reproduzir aqui. No entanto, e para facilitar comparações, anoto uma afirmação básica: perante relações de dependência, o direito deve garantir que também no exercício das possibilidades de influência existentes é assegurado o interesse próprio da sociedade dependente e o seu desenvolvimento quanto a actos actual ou potencialmente prejudiciais

para a sociedade, por parte da pessoa dominante a, respeito dos quais são propostas várias providências: proibição legal expressa de induzir uma sociedade dependente a praticar actos ou tomar providências que lhes sejam prejudiciais; relatório especial do Vorstand da sociedade dependente sobre todos os negócios jurídicos celebrados com o accionista dominante e sobre todas as medidas que foram tomadas por indução do accionista dominante; exame desse relatório por peritos e pelo Aufsichtsrat; responsabilidade do accionista dominante à semelhança de um órgão (no caso de uma empresa dominante, também responsabilidade dos seus representantes legais); transparência duma dependência iniciada ou existente, por meio de comunicações e publicações.

A AgtG 1965 não consagrou o sistema proposto por DJT-Konzernrecht, pois os preceitos relativos a empresas coligadas, incluindo os § 311 a 318, não contemplam mais do que relações entre empresas. Essa Lei contém, todavia, um § 117, único duma secção «Utilização da influência sobre a sociedade», que convém conhecer, em si mesma e nas relações com o domínio entre empresas.

O § 117 AktG 1965, cujo antecedente é o § 101 AktG 1937, determina no seu primeiro trecho: «Quem, utilizando conscientemente a sua influência sobre a sociedade, determinar um membro do Vorstand ou do Aufsichtsrat, um procurador ou um gestor geral de negócios a actuar em detrimento da sociedade ou dos seus accionistas, é responsável para com a sociedade pelos prejuízos resultantes dessa actuação. É ainda obrigado a indemnizar os accionistas dos prejuízos que daí lhes resultarem, se eles, independentemente dos prejuízos que lhes tenham advindo através do prejuízo da sociedade, também forem prejudicados.»

O § 117 continua com pormenorizadas regras sobre responsabilidade da pessoa que influenciou as decisões, as quais veremos mais adiante. Agora procurarei descrever o Tatbestand, sobretudo dando algumas indicações sobre os seus três elementos essenciais: «Wer», «Benutzung eines Einflusses», «bestimmen».

Quem é responsável? Pode ser responsável qualquer pessoa que se encontre em situação que torne possível a influência.

É, portanto, a influência que na realidade condiciona o círculo das pessoas que podem incorrer em responsabilidade; do lado destas pessoas, apenas haverá que esclarecer que tanto podem ser pessoas físicas ou pessoas jurídicas, estas influenciando evidentemente através dos seus órgãos. Olhando as pessoas pela sua posição *na* sociedade, influente pode ser um accionista, mas também pode ser um administrador quando sujeito passivo da influência for um Prokurist ou um Handlungsbevollmchtig. Olhando as pessoas pelas suas relações *com* a sociedade, sujeito activo da influência relevante pode ser quem disponha de facto dessa influência, tais como financiadores, fornecedores ou partes em contratos doutra natureza. A doutrina está dividida quanto à influência resultante de meras relações pessoais; para alguns autores basta até o simples conhecimento entre as pessoas.

O preceito supõe que a pessoa *usou* a influência que tem, mas esse uso é suficiente; não é necessário, por exemplo, que a influência seja expressamente anunciada ou declarada ou que esse uso tome formas em si mesmo abusivas ou por outros motivos condenáveis.

O uso da influência deve ser pelo menos conscienté; o sujeito activo deve pelo menos saber que tem a influência, que está a utilizá-la, que a utiliza relativamente a um sujeito passivo detentor de uma das qualidades previstas na lei, que o uso dessa influência vai determinar a prática dum acto prejudicial à sociedade ou a accionistas desta. Não é exigível o conhecimento do montante do prejuízo.

O uso da influência pelo sujeito activo deve ser determinante da acção do sujeito passivo da influência. Entre o uso da influência e a acção prejudicial deve haver uma relação de causalidade, como idêntica relação deve haver entre a acção e o prejuízo, mas esta apura-se nos termos gerais.

O prejuízo na acção influenciada pode recair ou sobre a sociedade ou sobre accionistas. Se o prejuízo é sofrido pela sociedade, sofrem-no também indirectamente os accionistas, mas estes só têm legitimidade autónoma na hipótese prevista na parte final do preceito, cuja letra claramente mostra tratar-se de prejuízo directo do accionista, ou seja, em primeiro lugar, prejuízo como accionista e não em qualquer outra qualidade

que ele tenha relativamente à sociedade (credor, por exemplo), em segundo lugar, que seja afectado directamente um seu interesse (um caso exemplificado na doutrina é o de um accionista maioritário levar o Aufsichtsrat a não distribuir dividendos, a fim de, pela redução de valor das acções, aquele poder adquirir as acções dos accionistas minoritários).

O campo de aplicação do § 117 é por ele próprio limitado no trecho 7, mediante a exclusão do uso da influência em três hipóteses:

1. O exercício do direito de voto em assembleia geral (exclusão criticada por parte da doutrina, por considerar insuficiente o direito de impugnação de deliberação estabelecido no § 243 II);

2. O poder de direcção com fundamento num contrato de domínio;

3. O poder de direcção duma sociedade principal (§ 319), relativamente à sociedade anexada.

Olhando estas exclusões, verifica-se que foram contempladas hipóteses de Konzern, quando fundadas em contrato de domínio, mas não o Konzern de facto, tratado nos §§ 311 e seguintes. Com o argumento de não ter sido excluído expressamente este tipo de Konzern e com outros argumentos retirados dos trabalhos preparatórios da AktG, a doutrina adopta prevalentemente a opinião segundo a qual o § 317 não constitui uma disposição especial relativamente ao § 117 e, portanto, os dois preceitos devem ser cumulados.

Acima transcrevi o art. 1.º da Parte II, Alínea A do Projecto Preliminar de Directiva. Não posso assegurar que, de facto, tenha sido a sua redacção influenciada pelo DJT-Konzernrecht ou pelos autores deste, mas se não há consequência, há pelo menos grande coincidência.

Em primeiro lugar, a extensão das entidades responsáveis — «uma pessoa, quer se trate duma empresa, de um accionista ou dum terceiro». E esta extensão não aparece por acaso. Nas observações lê-se que o grupo de trabalho esteve amplamente de acordo sobre o facto de a tutela da sociedade dependente, quanto a influências prejudiciais, não dever limitar-se à «empresa» dominante mas dever ser estendida a todas as «pessoas.» O § 117

AktG adopta, como vimos, idêntica extensão, mas o requisito seguinte é tipicamente DJT-Konzernrecht.

Com efeito e em segundo lugar, o art. 1.º admite, em pé de igualdade, o *domínio duma sociedade* por qualquer das referidas «pessoas». Não é encarado, como no § 117, o uso duma influência sobre um membro do órgão ou representante da sociedade, mas sim o exercício dum domínio sobre a sociedade, que tanto pode provir duma empresa como de um accionista ou de um terceiro.

A seguir, nota-se que, ao contrário do previsto no § 117, não está em causa apenas a responsabilidade originada por um acto avulso prejudicial à sociedade. O art. 1.º impõe à pessoa dominante um dever positivo de «tutelar o interesse da sociedade».

O § 117 deve ter servido de fonte para as exclusões — «fora da assembleia geral» corresponde à exclusão da responsabilidade pelo exercício do voto em assembleia geral; «sem ser autorizada a dirigir a referida sociedade em conformidade com o art. 23.º ou com o art. 48.º» corresponde à exclusão do poder de direcção com fundamento num contrato de domínio, aqui alargada ao art. 48.º, por também nesse caso existir um poder de dar instruções juridicamente reconhecido.

Finalmente, a coincidência com o DJT-Konzernrecht manifesta-se também no tipo de responsabilidade da pessoa dominante — como se fosse órgão da sociedade.

Duvido muito da curialidade deste art. 1.º do Projecto Preliminar, mas não quero afastar-me da função de mero expositor que desde o início me atribuí.

VI.3. A) *Hipóteses abrangidas pelos §§ 311 a 318 AktG.*

Para os casos em que sejam de aplicar os §§ 311 a 318 AktG, a regra fundamental encontra-se no § 311 (1): «Se não existir um contrato de domínio, uma empresa dominante não pode usar a sua influência no sentido de levar uma sociedade por acções ou uma sociedade em comandita por acções, sua dependente, a empreender um negócio prejudicial para ela, ou, em seu prejuízo, a tomar ou deixar de tomar medidas, a não ser que o prejuízo seja compensado.

«(2) Se a compensação não tiver, efectivamente, lugar durante o exercício, deve fixar-se o mais tardar até ao fim do exercício em que a sociedade dependente sofreu o prejuízo, quando e através de que vantagem ele tem de ser compensado. A sociedade dependente disporá de um direito de acção relativamente às vantagens fixadas por meio de compensação».

Segue-se por ordem de importância o § 317: «Se uma empresa dominante levar uma sociedade dependente com a qual não tenha qualquer contrato de domínio a praticar um negócio jurídico prejudicial para esta, ou, em prejuízo desta, a tomar ou deixar de tomar uma medida, sem que o prejuízo seja efectivamente compensado até ao fim do exercício ou sem que seja concedido à sociedade dependente o direito a uma determinada vantagem compensatória, a sociedade é obrigada a indemnizar os prejuízos daí resultantes.

«É obrigada também a indemnizar por perdas e danos os accionistas, na medida em que eles próprios sejam prejudicados, abstraindo do prejuízo que lhes advém através da sociedade.

«(2) A obrigação de indemnizar não existe se até um gestor ordenado e prudente de uma sociedade dependente teria efectuado o negócio jurídico, ou teria tomado ou deixado de tomar, as medidas.

«(2) Em conjunto com a empresa dominante respondem solidariamente, os representantes legais da empresa que tenham levado a sociedade a efectuar o acto jurídico ou a tomar a medida.

«(4) É aplicável o § 209, alíneas 3 a 5».

Relativamente à interpretação destes dois parágrafos a doutrina alemã confessa dificuldades e manifesta discordâncias em grau pouco usual. Na prática ou as dificuldades são aplanadas ou os preceitos estão votados ao esquecimento, pois HOFFMANN, estudo cit. na Int. Bus. Lawyer, 1980, pág. 220, informa não ter havido até hoje «caso em que isto acontecesse».

Limitar-me-ei a acentuar alguns pontos, interessantes para a comparação com outros textos.

São indiferentes os meios pelos quais a empresa dominante leva a sociedade dependente a tomar a conduta prejudicial; podem ir desde uma instrução dada sem base legal até ao exer-

cício de voto na assembleia geral, passando pela existência no órgão administrativo da sociedade dependente de representantes da empresa dominante. Manifestamente tem de haver um nexo de causalidade entre a influência e a conduta.

Aparecem referidos dois prejuízos possíveis, um da sociedade, outro de accionistas. Quanto ao prejuízo da sociedade, deve ser patrimonial e previsível e a respectiva acção pode ser intentada por accionistas, se o não for pela sociedade, conforme a alínea (4). O prejuízo do accionista referido na parte final da alínea (1) é o prejuízo próprio e específico, independentemente da redução do valor das suas acções causado pelo prejuízo da sociedade; na doutrina apresenta-se o exemplo de um accionista membro do Aufsichtsrat que deixe de receber, por causa do prejuízo da sociedade, participação nos lucros a que teria direito.

Não há referência nenhuma expressa aos credores da sociedade dependente; estes podem, contudo, accionar obliquamente a empresa dominante, ao abrigo do § 309 (4) para o qual remete o § 317(4).

Embora não possa aqui tratar de questões muito pormenorizadas, refiro brevemente dois problemas importantes para a compreensão deste regime (sobre elas, com desenvolvimento, BÉJOT, *La protection des actionnaires externes dans les groupes de sociétés en France et en Allemagne*, págs. 169 e seguintes; um terceiro problema relativo à relação entre os § 117 e 311-318 já foi acima considerado).

A redacção do § 311 permite uma dúvida quanto à licitude do prejuízo da sociedade dependente. Claramente, se a empresa dominante incitar a sociedade dependente a empreender um negócio prejudicial ou a tomar ou a deixar de tomar medidas, em seu prejuízo, sem compensar o prejuízo, violou o § 311 e está sujeita a indemnizar nos termos do § 317. Como se relacionam, porém, a proibição de incitar ao acto prejudicial e a compensação do prejuízo — é lícito prejudicar, compensando, ou é sempre ilícito o prejuízo, constituindo a compensação uma das sanções possíveis? A doutrina dominante inclina-se no primeiro sentido.

O § 243(2) permite que um accionista impugne uma deliberação da assembleia geral com fundamento em que um accionista procurou, através do exercício do voto, conseguir para si ou para um terceiro, vantagens particulares em prejuízo da sociedade ou dos outros accionistas, se a deliberação for susceptível de conseguir tal objectivo; isto, porém, não se aplica se a deliberação assegurar aos outros accionistas uma compensação equivalente aos seus prejuízos.

O problema consiste em saber se o § 243 se cumula ou não com o § 311 e, portanto, se um accionista externo pode ou não impugnar a deliberação da assembleia com base no § 243, apesar do disposto no § 311. Na prática, nenhum problema surgirá se a empresa dominante assegurar logo a compensação aos accionistas externos, pois nessa hipótese não existe direito de impugnação, nos próprios termos do § 243; mas se a empresa dominante assim tiver de proceder para evitar a impugnação, perde sentido a faculdade concedida pelo § 311 (2) de a compensação ser fixada no fim do exercício. Salvo o devido respeito, parece terem razão aqueles autores que consideram o § 311 uma lei especial e por isso afastam a aplicação do § 243, mas já existe uma decisão do OLG de Frankfurt em sentido contrário.

B) Hipóteses abrangidas pelo § 117

Transcrevi acima o § 117(1) e acrescentei algumas indicações quanto à sua interpretação. Ficou, portanto, claro que desse preceito decorre uma obrigação de indemnizar ou a sociedade prejudicada ou accionistas prejudicados.

Agora referirei, das restantes alíneas do § 117, apenas dois aspectos: 1.º — responsabilidade dos membros do Vorstand e do Aufsichtsrat da sociedade prejudicada; estes respondem, solidariamente e em conjunto com a pessoa influente, se actuarem com infracção dos seus deveres; caso seja discutível se eles usaram da diligência de um gerente ordenado e consciencioso, incumbem-lhes o ónus da prova; não existe dever de indemnizar a sociedade nem os accionistas se o acto se basear numa deliberação regular da assembleia geral; a circunstância de o acto ter sido autorizado pelo Aufsichtsrat não exclui a obrigação

de indemnizar; 2.º — acção dos credores da sociedade dependente: o direito à indemnização a favor da sociedade também pode ser exercido pelos credores desta se não conseguirem desta qualquer satisfação; relativamente aos credores, o direito de indemnização não pode ser excluído nem através de renúncia, ou de transacção da sociedade, nem pela circunstância de o acto se basear numa deliberação da assembleia geral; se tiver sido aberta falência sobre o património da sociedade, o direito dos credores é exercido pelo administrador da massa falida na pendência do respectivo processo.

VI.4. — Na Proposta COUSTÉ, o art. 34.º dispõe: «Sem prejuízo da aplicação do art. 226.º da Lei n.º 66-537, de 24 de Julho de 1966 e das outras regras do direito comum, assegurando a protecção do interesse social, qualquer sociedade dominante, no sentido do art. 1.º da presente lei, que exerce sobre a sociedade dependente o poder de decisão sem celebração e publicação prévias dum contrato de afiliação, deve à sociedade dependente reparação de qualquer prejuízo causado.

«Ela não poderá exonerar-se desta responsabilidade invocando o interesse do grupo, embora real, que determinou o exercício do poder de decisão».

O regime desta Proposta é mais condensado e simples do que o da Lei alemã. Também aqui a obrigação principal tem a sociedade dependente por contraparte, mas do prejuízo passa-se imediatamente à indemnização, sem a fase intermédia da compensação efectiva ou assegurada. Não pode suscitar-se neste caso a dúvida acima vista quanto à legalidade do prejuízo compensado. A parte final parece constituir uma cautela, talvez escusada, pois nada permitia supor que a invocação do interesse do grupo de facto exonerasse dessa responsabilidade.

O art. 35.º trata da acção de indemnização, a qual é acessível a accionistas que representem 10 % do capital ou detenham acções com valor nominal de 1 milhão de francos. Novidade em matéria de legitimidade para esta acção é a sua atribuição aos «comités de empresa», embora segundo termos a fixar em decreto.

A responsabilidade não recai, contudo, apenas sobre a sociedade dominante; responsáveis são também os dirigentes da sociedade dominante e da sociedade dependente. O art. 36.º permite que, concorrentemente com a acção proposta contra a sociedade dominante ou depois de esta ter sido julgada procedente, seja, nas mesmas condições daquela outra acção, proposta acção para fazer recair sobre os dirigentes de direito ou de facto da sociedade dominante a totalidade ou parte da indemnização atribuída ou a atribuir à sociedade dependente.

Nem todos os pormenores deste preceito são claros para mim. Designadamente o conceito de «dirigentes de facto» da sociedade dependente, que, se for interpretado latamente, pode abranger as pessoas que exerçam influência dominante sobre a sociedade dominante.

O art. 36.º comina ainda a responsabilidade dos dirigentes de direito ou de facto (tenho aqui também a dúvida acima referida, acrescentando que «dirigente de facto» da sociedade dependente parece ser a sociedade dominante) da sociedade dependente, mas agora a responsabilidade só existe se estes dirigentes admitiram o exercício do poder de decisão da sociedade dominante sem terem notificado esta para previamente celebrar e publicar um contrato de afiliação.

Paralelamente à parte final do art. 34.º, também no art. 36.º está disposto que os dirigentes de direito ou de facto das sociedades dominantes e dependentes não poderão exonerar-se da sua responsabilidade argumentando terem agido no interesse do grupo, mesmo que este fosse real.

O art. 37.º compreende as três espécies de sujeitos passivos da obrigação de indemnizar previstos nos artigos anteriores: a própria sociedade dominante, os dirigentes desta, e os dirigentes da sociedade dependente. Contra todos estes e por interesse próprio podem agir os credores da sociedade dependente, na medida que, dentro de prazo a fixar por decreto, não tenham conseguido ser satisfeitos pela sociedade dependente.

VI.5. — O regime estabelecido pelos arts. 1.º a 6.º da Parte II do Projecto Preliminar excede muito tudo quanto acabou de

ser visto noutros textos, para os casos de grupo de facto, de simples dependência e de exercício, em geral, de influência.

O art. 1.º n.º 2 só traz a novidade de submeter a responsabilidade para com a sociedade, da pessoa que exerceu influência em contravenção do disposto no art. 1.º, ao regime estabelecido (terá de se subentender: em cada legislação nacional), para a responsabilidade civil dos órgãos de direcção duma sociedade por acções independente, em vez de criar regras autónomas para esta responsabilidade. A eficácia prática deste artigo 2.º só poderá ser apurada perante as normas das legislações nacionais para as quais ele remete.

Para além dessa novidade, o art. 2.º estende a responsabilidade, como já vimos noutros textos, aos representantes legais da empresa dominante (se dominante for uma empresa), a não ser que demonstrem não ter agido com culpa, e aos membros dos órgãos de direcção da sociedade dependente.

Os arts. 2.º e 3.º respeitam à certificação dos negócios prejudiciais e refiro-os noutro lugar.

O art. 4.º retoma o direito à indemnização pertencente à sociedade e legitima para a acção accionistas e credores (estes, quando não tenham podido obter da sociedade satisfação).

As grandes inovações encontram-se nos arts. 5.º e 6.º. Vale a pena transcrevê-los:

Art. 5.º: «1. Se do relatório de fiscalização consoante o art. 3.º parágrafo 3 se concluir que a pessoa dominante não observou o dever que lhe incumbe por virtude do art. 1.º, a autoridade judiciária pode, desde que o considere necessário para os fins da tutela da sociedade ou dos seus accionistas:

a) Suspender totalmente ou em parte, das suas funções um ou mais membros do órgão de direcção ou de vigilância da sociedade;

b) Designar provisoriamente novos membros do órgão de direcção ou de vigilância da sociedade;

c) Proibir que os interessados cumpram ulteriormente contratos considerados prejudiciais ou exigir a revogação de medidas prejudiciais, prescrevendo nos dois casos uma multa para o caso de falta de observância da proibição ou da ordem.

«2. Antes de pronunciar as injunções mencionadas no parágrafo 1, a autoridade judiciária deve ouvir os membros do órgão de direcção e de vigilância da sociedade, os revisores especiais e, na medida do possível, a pessoa dominante.»

Art. 6.º «Se do exame previsto no art. 3.º parágrafo 3, se concluir que a pessoa dominante não observou a obrigação que lhe incumbe em virtude do art. 1.º, qualquer accionista da sociedade dependente pode, no prazo de dois meses a contar da publicação do relatório mencionado no art. 3.º parágrafo 3, exigir que a pessoa dominante lhe faça oferta, dentro dum prazo adequado, de adquirir as suas acções nas condições fixadas pelo art. 10.º Se o accionista recusar a oferta, a autoridade judiciária decide em última instância, a requerimento do accionista, sobre o montante da indemnização em dinheiro, ou sobre a relação de troca. O requerimento deve ser apresentado dentro do prazo de um mês a contar da data do recebimento da oferta. A decisão da autoridade judiciária, transitada em julgado, é publicada em conformidade com o art. 3.º da Directiva 68/151/CEE, de 9 de Março de 1968».

Nada de semelhante havia nos textos anteriores.

Pelo art. 5.º, as consequências do exercício de uma influência, em sentido prejudicial à sociedade, uma só vez que seja e qualquer que seja a natureza do prejuízo, podem acarretar profundas mudanças nos órgãos de administração da sociedade dependente. E nada se diz quanto às pessoas que, perante a autoridade judiciária, podem desencadear tal mecanismo.

Pelo art. 6.º, temos transportada para este caso a protecção dos accionistas externos, que o próprio Projecto Preliminar estabelece em casos de contrato de domínio ou de grupos de facto (ou de direito?), segundo o «estatuto orgânico dos grupos». Também aqui o uso da influência, em um só caso e independentemente da gravidade do prejuízo causado à sociedade, tem a consequência extrema de a pessoa dominante — e não se esqueça que essa pessoa pode ser uma empresa, um accionista ou um terceiro — adquirir forçadamente as acções de accionistas externos, que delas queiram desfazer-se. E nem uma palavra sobre a correlação do art. 6.º com o art. 1.º, n.º 2, de modo que, ao que parece, a pessoa dominante pode ser forçada,

por um lado, a indemnizar a sociedade, e por outro lado, a adquirir as acções dos accionistas externos — os quais se a pessoa dominante for um terceiro, podem ser todas as acções emitidas pela sociedade.

Tudo isto com base numa verificação feita por um revisor de contas (art. 3.º, n.º 3; a autoridade judiciária só se pronuncia sobre o montante da contrapartida, art. 6.º).

O art. 7.º contempla o caso de influência interdependente, nos termos do art. 2.º da Parte I. Se várias empresas exercem em comum uma influência dominante no sentido do art. 2.º da Parte I da Directiva, a responsabilidade prevista no art. 1.º da Parte II da Directiva incumbe a cada uma destas empresas «in solido», a menos que as empresas estejam autorizadas em conformidade com o art. 29.º ou o art. 53.º a dirigir em comum a sociedade por acções. Aplicam-se as disposições dos arts. 1.º a 6.º da Parte II da Directiva. No caso do art. 6.º, as empresas dominantes estabelecem de comum acordo, tendo em conta as circunstâncias referidas no art. 10.º, quais delas devem apresentar a oferta de indemnização em dinheiro ou por troca de acções.

(Continua)