

GRUPOS DE SOCIEDADES

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

Pelo Doutor Raul Ventura

Conclusão

VII. — INSTRUMENTOS DE ORGANIZAÇÃO JURÍDICA DO GRUPO

- VII.1. — *Anexação. A Eingliederung alemã. Noção, forma e efeitos.*
- VII.2. — *Idem. A intégration francesa. Noção, forma e efeitos*
- VII.3. — *Idem. A anexação no Projecto Preliminar de Directiva.*
- VII.4. — *Contrato. Beherrschungsvertrag*
- VII.5. — *Idem. Contrat d'affiliation*
- VII.6. — *Idem. Contrato de predomínio*

VII.1. — *Eingliederung* é um instituto criado e regulado pelos §§ 319 a 327 AktG. *Eingliederung* aparece traduzido por incorporação, integração, anexação. «Incorporação», termo preferido pelo Dr. Alberto Pimenta na sua tradução da AktG, é susceptível de criar confusões com a fusão por incorporação; «integração» pode dar a errada ideia de que a sociedade perde a sua individualidade jurídica; usarei, pois, anexação, mas conservarei «integração» quando me reportar à «intégration» prevista no projecto francês.

São pressupostos da *Eingliederung*:

- o tipo das sociedades, que devem ser sociedades por acções (*Aktiengesellschaften*);
- a sede da sociedade principal, que deve ser na Alemanha;
- a posse, à data da anexação, por uma sociedade (que virá a ser a *sociedade principal*, *Hauptgesellschaft*) ou de todas as acções da sociedade anexada (§ 319) ou de acções da sociedade anexada no valor nominal global de 95 % do capital desta (§ 320).

A anexação duma sociedade a outra efectua-se por deliberações das suas assembleias gerais (daí, na literatura aparecerem por vezes referências a grupos organizados por deliberação da assembleia, em contraposição a grupos organizados por acordos ou contratos). No caso do § 320 (95 % mínimo de capital), o processo começa, quanto à sociedade a anexar, por uma convocatória que deve conter a firma e a sede da futura sociedade principal e à qual deve ser junta uma declaração dessa sociedade principal em que esta ofereça aos accionistas que se afastem, acções dela própria em substituição das acções de que eles são titulares e, além disso, em certas hipóteses, uma compensação monetária.

A deliberação tomada na assembleia da sociedade a anexar só é válida se a assembleia geral da futura sociedade principal consentir na anexação e esta deliberação necessita de uma maioria que perfaça, pelo menos, três quartas partes do capital representado em assembleia, sem prejuízo de os estatutos poderem exigir uma maioria mais elevada de capital e outros requisitos.

A anexação fica operada pela inscrição no registo comercial.

A anexação duma sociedade a outra é uma situação reversível. Ela pode terminar nos casos e com os efeitos previstos no § 327.

São quatro os casos em que anexação pode terminar:

1. Por deliberação da assembleia geral da sociedade anexada (na realidade, a decisão parte da sociedade principal, visto que esta possui todas as acções da sociedade anexada e a assembleia geral desta é uma mera formalidade que atesta a vontade daquela).

2. Se a sociedade principal deixar de ser uma sociedade por acções com sede no território nacional.

3. Se já não se encontrarem em poder da sociedade principal todas as acções da sociedade anexada.

4. Por dissolução da sociedade principal.

No terceiro dos referidos casos, a sociedade deve comunicar o facto, imediatamente e por escrito à sociedade anexada, cujo Vorstand requererá imediatamente a inscrição no registo comercial, do termo da anexação e respectivos motivos, bem como da data em que ele ocorreu.

Poder de direcção. Por força do § 323, a sociedade principal tem o direito de dar instruções ao Vorstand da sociedade incorporada, relativamente à gestão da sociedade.

O preceito especifica quais as normas do regime análogo de grupo constituído por contrato de domínio, que são e não são aplicáveis nesta hipótese.

Assunção de prejuízos. Por força do § 324 (3) a sociedade principal é obrigada a compensar qualquer prejuízo demonstrado no balanço da sociedade anexada, na medida em que ele exceda o montante da reserva legal.

Situação dos accionistas. Quando a anexação da sociedade ocorra tendo a sociedade principal a totalidade das acções da sociedade anexada, não há evidentemente nenhuma alteração na situação dos accionistas. Quando a anexação ocorra nas circunstâncias previstas pelo § 320, produzem-se relativamente aos accionistas da sociedade anexada dois efeitos: a transferência das acções para a sociedade principal; a constituição do direito dos accionistas a uma indemnização adequada.

As acções da sociedade anexada que não estejam já na posse da sociedade principal são transferidas para esta por mero efeito da anexação e no momento em que esta é inscrita no registo comercial. A transferência dos títulos das acções é, para este efeito, irrelevante; enquanto não forem entregues à sociedade principal, esses títulos apenas servem para garantir o direito à indemnização.

A indemnização é, em princípio, constituída por acções da sociedade principal, mas, se a sociedade anexada for uma sociedade dependente, os seus accionistas podem escolher entre

acções da sociedade principal ou uma indemnização em dinheiro. Quer para um quer para outro caso, são estabelecidas regras para a determinação do montante da indemnização (para que a indemnização se considere adequada, na terminologia do § 320); quando se trate de acções da sociedade principal, devem ser adoptados os critérios que presidem à relação de troca no caso de fusão por incorporação, podendo, tal como nesta, haver algum excesso a pagar em dinheiro; quando se trate de indemnização em dinheiro, devem ser tomadas em conta a situação patrimonial e as possibilidades de rendimento da sociedade na altura da deliberação da sua assembleia geral sobre a anexação.

Caso não seja oferecida indemnização ou esta não seja considerada adequada, pode qualquer accionista interessado requerer, dentro de certo prazo, a fixação judicial.

Situação dos credores. Os credores da sociedade anexada são tutelados por dois meios: o direito de exigir caução e a responsabilidade da sociedade principal.

Pelo § 321, aos credores da sociedade anexada cujos créditos se tenham constituído antes de o registo da anexação ter sido anunciado — exceptuados aqueles que no caso de falência tenham direito de pagamento preferencial sobre uma massa de affectação especial, que tenha sido criada pelos preceitos legais para sua protecção e seja controlada pelo Estado — deve ser dada caução, se eles se apresentarem para tal fim dentro de seis meses a contar do anúncio, a não ser que possam exigir o pagamento.

O § 322 cria a responsabilidade solidária da sociedade principal para com os credores da sociedade anexada, tenham as obrigações sido constituídas antes ou depois da anexação. Qualquer acordo em contrário é ineficaz para com terceiros.

Os trechos 2 e 3 desse § 322 regulam as excepções que a sociedade principal pode opor aos credores da sociedade anexada e o trecho 4 contém uma disposição de importantes efeitos práticos: não pode mover-se execução contra a sociedade principal com base num título exequível contra a sociedade anexada.

VII.2. — A Proposta COUSTÉ, no seu relatório, confessa expressamente a influência alemã do seu Título IX, «Sociétés

intégrées». A «intégration» francesa não distingue conforme a participação atinja ou não os 100 %, pois o disposto no Título IX começa a aplicar-se logo que uma sociedade por acções, com sede em França, nos departamentos ou territórios do ultramar, detenha, directa ou indirectamente, pelo menos 95 % do capital duma outra sociedade que tenha a sua sede em França ou nos departamentos ou territórios do ultramar (art. 47.º).

A iniciativa da anexação parte da sociedade a integrar, a qual pode, nas condições de quorum e maioria determinadas para a modificação dos seus estatutos, decidir a integração.

Como confessado estímulo para que a sociedade dependente tome a decisão da integração, o art. 55.º prevê que os accionistas externos desta reclamem um contrato de afiliação. A prestação compensadora prevista para o caso de existir este contrato será, nesta hipótese, retroactiva ao dia em que a participação da sociedade dominante atingiu 95 %, mas não mais do que cinco exercícios anteriores à data da reclamação. Não havendo acordo sobre as condições do contrato de afiliação, cada accionista externo poderá accionar judicialmente a sociedade dominante, para que elas sejam fixadas.

Depois de ter sido tomada a decisão de anexação pela sociedade dependente, a sociedade dominante deve, num prazo e segundo as modalidades a fixar por decreto, propor aos accionistas da sociedade dependente a troca das suas acções contra as suas próprias acções. A relação de troca é fixada em condições iguais às da fusão. Na falta de acordo entre a sociedade dominante e os accionistas da sociedade dependente, a relação de troca ou o montante da indemnização em numerário será determinada por um perito designado pelo tribunal, nas condições a fixar por decreto.

Novidade da Proposta COUSTÉ é a regulamentação da sociedade unipessoal resultante da integração (arts. 51.º a 54.º). Em primeiro lugar, é preciso que a sociedade anexada não seja dissolvida por se ter tornado unipessoal. Em segundo lugar, a Proposta providencia quanto à administração da sociedade unipessoal: nomeação de representantes para a administração (os quais, sendo vários, poderão formar um comité de direcção, semelhante aos conselhos de administração); decisão sobre as

modificações dos estatutos pela sociedade dominante, sem necessidade de reunião de assembleia geral.

VII.3. — No Projecto Preliminar de Directiva, a anexação de sociedades aparece regulamentada nos arts. 19.º e 20.º, dentro da alínea relativa ao contrato de predomínio, e nos arts. 44.º e 45.º, na alínea relativa ao grupo fora do contrato de predomínio. Os arts. 19.º e 20.º remetem, como se verá para outros artigos do Projecto, dos quais apenas indicarei agora sumariamente o objecto, pois serão analisados nos lugares próprios.

Relativamente à Eingliederung, aqueles artigos do Projecto Preliminar mostram logo duas diferenças: não é feita distinção conforme a sociedade anexante já possua 100 % ou possua apenas percentagem inferior ao capital da sociedade anexada; segundo, não é estabelecido nenhum regime especial quanto a assunção de prejuízos, accionistas, credores, instruções, applicando-se, pois, o regime estabelecido para os casos de contrato de predomínio (ou do grupo fora do contrato de predomínio). Também não é criado algum regime especial para a sociedade depois de anexada, semelhante ao da Proposta COUSTÉ.

Pressuposto da applicação do art. 19.º é a posse, directa ou indirecta, de 90 % ou mais do capital da sociedade. Ocorrido esse pressuposto, a contraparte do contrato de domínio tem um direito de adquirir acções e dois deveres: um dever de communicação e um dever de adquirir acções.

Por força do art. 19.º parágrafo 1, a contraparte contratual que tenha adquirido, directa ou indirectamente, noventa por cento do capital da sociedade pode exigir, nas condições constantes do art. 10.º (indemnização adequada em dinheiro e/ou troca de acções) e salvo o disposto no artigo 20.º (cujo conteúdo será adiante exposto), a satisfação dos restantes accionistas livres em dinheiro ou a troca das suas acções. Aplicam-se as disposições dos arts. 12.º a 15.º e 17.º parágrafos 1 e 2 (processo para o caso de aquisição obrigatória de acções por simples efeito do contrato de predomínio). Com a publicação da oferta de indemnização, em conformidade com o art. 15.º, as acções dos accionistas livres são transferidas de direito para a contraparte contratual.

Até aqui é patente a semelhança com a Eingliederung. A parte final do art. 19.º parágrafo 1 diz que os títulos correspondentes a essas acções conferem à contraparte contratual, até ao momento da sua entrega, apenas o direito à indemnização em dinheiro ou à troca de acções o que também corresponde ao disposto no § 320(4) AktG, se for corrigida uma possível gralha ou do próprio Projecto ou do texto italiano de que me servi, pois não é a «contraparte contratual» que tem direito à indemnização ou à troca, mas sim os accionistas livres. Aliás, o correspondente art. 44.º do Projecto está correcto.

Por força do parágrafo 2, a contraparte deve comunicar imediatamente à sociedade a aquisição ocorrida e compreendida no citado montante. O órgão de direcção da sociedade deve publicar a comunicação, em conformidade com o art. 3.º da Directiva 68/151/CEE.

O parágrafo 3 do art. 19.º cria um direito dos accionistas livres e um correspondente dever da sociedade dominante, mas em termos diferentes dos da Proposta COUSTÉ, pois o Projecto Preliminar está a prever uma anexação quando já haja um contrato de predomínio (contrat d'affiliation, na Proposta COUSTÉ). Depois da publicação efectuada em conformidade com o parágrafo 2, qualquer accionista livre pode por sua vez exigir que a contraparte lhe adquira as acções. A contraparte contratual deve fazer-lhe uma oferta, dentro dum prazo, adequado e em conformidade com o art. 10.º, salvo o disposto no art. 20.º Essa contraparte deve ao mesmo tempo comunicar-lhe se e em que condições indemnizou, no ano precedente à oferta, outros accionistas livres, por aplicação do mesmo parágrafo. Se o accionista livre recusar a oferta, a autoridade judiciária decidirá definitivamente, a pedido do accionista livre, o montante da indemnização em dinheiro ou a relação de troca. O pedido deve ser feito dentro dum mês a contar do recebimento da oferta. A decisão da autoridade judiciária, depois de transitada em julgado, será publicada pelo órgão de direcção da sociedade, em conformidade com o art. 3.º da Directiva 68/151/CEE.

Suponho que este art. 19.º beneficiaria se sofresse alguns retoques. Por exemplo, não está clara a articulação entre o

direito da contraparte contratual de exigir a aquisição das acções e o direito do accionista livre de exigir que as suas acções sejam adquiridas pela contraparte.

O art. 20.º do Projecto Preliminar prevê uma hipótese especial de anexação, resultante do funcionamento de preceitos que, partindo apenas da celebração do contrato de predomínio, obrigam a outra parte contratual a adquirir acções (ou lhe permitem que as adquira) dos accionistas livres. A tal hipótese especial, o art. 20.º adapta o regime criado no art. 19.º

Se, decorrido o prazo estabelecido no art. 18.º parágrafo 1, alíneas *a*) ou *b*), a contraparte contratual adquirir directa ou indirectamente (por esse processo só poderá ter adquirido directamente, mas podia já ter posse indirecta dalgumas acções) noventa por cento ou mais do capital da sociedade, pode exigir a satisfação dos restantes accionistas livres, em dinheiro, ou a troca das suas acções, nas condições publicadas conforme o art. 15.º ou o art. 17.º parágrafo 2 *d*). Ela deve, na semana seguinte ao decurso do prazo referido no art. 18.º, parágrafo 1, *a*) ou *b*), fazer saber à sociedade se pretende exercer tal direito.

O órgão directivo da sociedade deve publicar imediatamente tal comunicação, em conformidade com o art. 3.º da Directiva 68/151/CEE, indicando o montante da indemnização em dinheiro ou a relação de troca das acções.

Se a contraparte contratual fez saber que quer adquirir as acções dos accionistas livres, com a publicação de tal comunicação em conformidade com o parágrafo 2, as acções dos accionistas livres são transferidas de direito para a contraparte contratual. Aplica-se o disposto no art. 19.º quanto ao valor dos títulos enquanto não forem entregues.

Se a contraparte contratual comunicou a sua intenção de não se prevalecer do direito de adquirir as acções dos accionistas livres, qualquer destes pode, no prazo de um mês a contar da publicação de tal comunicação, exigir por sua vez a venda ou a troca das suas acções conforme as condições publicadas.

Os arts. 44.º e 45.º reproduzem, com ligeiras diferenças de redacção, os arts. 19.º e 20.º, passando-os para a hipótese de o grupo não se basear em contrato de predomínio; por exem-

plo, em vez de «contraparte contratual» falam em «empresa dominante».

Comparando resumidamente o regime de anexação de sociedades criado no Projecto Preliminar e os regimes da lei alemã e da proposta francesa observa-se:

a) Na AktG e na Proposta COUSTÉ, a *Eingliederung* e a *intégration* constituem modos de organizar juridicamente um grupo de sociedades.

No Projecto Preliminar, a aquisição voluntária ou forçada de acções pela parte dominante pode suceder num grupo já organizado juridicamente por um contrato de predomínio ou num grupo que não necessita de qualquer modo, de iniciativa dos interessados, de organização jurídica, pois esta resulta simplesmente da lei, atentos certos factos.

b) Na AktG, na Proposta COUSTÉ e no Projecto Preliminar, a sociedade anexada mantém — mesmo quando a totalidade do seu capital pertença à sociedade dominante — a sua individualidade jurídica.

c) A diferença ressaltada na alínea a) explica que no sistema alemão sejam expressas consequências jurídicas da organização do grupo por meio de *Eingliederung*, enquanto no sistema do Projecto Preliminar a anexação em nada altera o regime jurídico do grupo que já estava formado.

O Estatuto de S.E., quarta secção, «Retrait des actionnaires libres», arts. 238a e 238b coincide com as citadas disposições do Projecto Preliminar e, para evitar repetições, não o descrevi separadamente.

VII.4. — O grupo (de subordinação) pode ser constituído por meio de contrato — *Beherrschungsvertrag*, contrat d'affiliation, contratto di predominio (na versão italiana do Projecto Preliminar).

O *Beherrschungsvertrag* é definido como um contrato pelo qual uma sociedade por acções ou uma sociedade em comandita por acções submete a direcção da sua sociedade a uma outra empresa (AktG § 291).

Dos arts. 3.º e 4.º da Proposta COUSTÉ resulta que o contrat d'affiliation é um contrato que estabelece o laço jurídico

entre as sociedades componentes do grupo, laço esse consistente na direcção única da empresa dominante.

Pelo art. 8.º do Projecto de Directiva, a sociedade por acções pode submeter, mediante contrato escrito (contrato de predomínio) a sua própria gestão à direcção duma outra empresa.

É de notar que todos estes contratos são celebrados entre duas sociedades ou uma sociedade e uma empresa, sem tomar necessariamente em conta a existência doutros contratos semelhantes entre a empresa dominante e empresas dominadas por ela ou entre a empresa dominante e outras empresas independentes, com as quais ela tenha formado grupos paritários. Assim, uma sociedade dependente doutra, que com esta celebre um contrato de domínio, pode vir a encontrar-se em relações de grupo com várias outras, sem ter tido com estas qualquer negócio de empresa ou até sem ter tido com estas qualquer relação de facto.

Na lei alemã, a disciplina da celebração, alteração e termo é comum a todos os contratos de empresa, embora com referências limitadas a certos desses contratos (§§ 293 a 299).

Um contrato de empresa só é eficaz com a autorização da assembleia geral da sociedade dependente. A deliberação necessita, pelo menos, de uma maioria de três quartas partes do capital representado na assembleia. Se a outra parte for uma sociedade por acções ou em comandita por acções, o contrato só é eficaz se a assembleia geral dessa sociedade também consentir; é exigido o mesmo quorum deliberativo.

O contrato deve ser celebrado por escrito e tem de estar patente aos accionistas, nos escritórios da sociedade, a partir da convocação da assembleia geral que deve deliberar sobre o consentimento. São ordenadas ainda outras providências para informação dos accionistas.

Pela inscrição no registo comercial o contrato torna-se eficaz.

A alteração do contrato só pode ser feita com formalidades paralelas às da celebração, mas aparece um relevante aspecto novo: a necessidade duma deliberação especial dos accionistas externos (§ 295(2)).

O contrato pode ser denunciado por escrito no final do exercício ou do período estabelecido no contrato para a prestação de contas e pode ser rescindido por motivos graves, sem observância de qualquer prazo.

O conteúdo do contrato deduz-se antes de mais da sua própria noção; por ele uma sociedade por acções ou em comandita por acções submete a sua própria direcção a uma outra empresa. Além disso, porém, vê-se pelos §§ 304(I) e 305(I) que o contrato de domínio deve garantir aos accionistas externos ou livres, como adequada compensação, uma parte dos lucros determinada e anual e bem assim deve declarar a obrigação de o contraente, a requerimento de um accionista externo ou livre, adquirir as acções deste contra uma adequada indemnização estipulada no contrato. A estes aspectos voltarei adiante pormenorizadamente.

VII.5. — Declara o art. 4.º da Proposta COUSTÉ, que «O laço de grupos inter-sociedades estabelece-se em direito por um contrato chamado de afiliação /.../. Ainda no mesmo artigo encontra-se o que parece ser a indicação do conteúdo do contrat d'affiliation: «Pelo contrato de afiliação, a sociedade afiliada obriga-se, em contrapartida das garantias conferidas em virtude dos Títulos III, IV e V da presente lei aos seus accionistas e sócios, ao seu pessoal e aos seus credores, a obedecer às ordens de direcção da sociedade dominante em conformidade com as disposições do Título VI da presente lei».

Esta última parte do art. 4.º pode, na técnica jurídica clássica, suscitar fortes dúvidas. Ela menciona dois elementos indiscutíveis: de um lado, é verdade que, segundo a Proposta, uma vez celebrado o contrat d'affiliation, os accionistas, os sócios, o pessoal e os credores gozam da protecção concedida nos títulos acima mencionados; de outro lado, verdade é também que, celebrado o contrat d'affiliation, a sociedade dependente — ou melhor, os seus órgãos — ficam sujeitos às ordens de direcção da sociedade dominante. A dúvida reside na ligação entre esses dois elementos, que na redacção do projecto parece ser uma relação sinalagmática, mas que na realidade não o é. A sociedade dependente, mantida como tal, não fica sujeita

às instruções da sociedade dominante *porque ou tendo em contrapartida que determinadas protecções são concedidas aos seus accionistas, sócios, trabalhadores ou credores. Não interessam, porém, agora esses rigores de técnica, mas sim a descrição do condicionamento do contrat d'affiliation e das suas vicissitudes.*

O art. 7.º da Proposta começa por uma regra de forma: O contrat d'affiliation deve ser celebrado por escrito e em tantos exemplares quantas as partes contraentes. Passo em claro o aspecto pouco curial de, ao que parece, o número de exemplares poder determinar a nulidade do contrato, mas detenho-me na suposição de haver mais de duas partes, às quais pertençam igual número de exemplares. Isso mostra que o contrato de afiliação não é concebido como um negócio apenas bilateral, entre a sociedade dominante e *uma* sociedade dependente, mas também como um possível contrato plurilateral, abrangendo simultaneamente várias sociedades dependentes e, portanto, um só contrato poder organizar «en droit» um grupo numeroso.

O segundo trecho do art. 7.º estabelece os requisitos de aprovação do contrat d'affiliation por parte da(s) sociedade(s) dependente(s): ele deve ser aprovado pelos sócios da sociedade dependente nas condições previstas para as modificações estatutárias desta. É curioso que nenhum condicionalismo seja estabelecido para a aprovação do contrat d'affiliation por parte da sociedade dominante, apesar dos efeitos que, quanto a esta, o contrato pode produzir e embora se preveja que comissários e órgãos de trabalhadores da sociedade dominante dêem parecer sobre o contrato.

O art. 8.º determina que os comissários de contas da sociedade dominante e da sociedade afiliada se pronunciem sobre as modalidades do contrato e relação de troca de acções. Não vale a pena entrar em pormenores, bastando notar que essas formalidades preparam o exercício de direitos dos accionistas, conforme o art. 13.º

O disposto quanto às modificações do contrato é normal, pois limita-se a remeter para o condicionamento da celebração (art. 11.º).

Além da resolução judiciária do contrato, por falta de cumprimento do lado da empresa dominante, o art. 12.º prevê

o termo do contrato «quand le lien défini à l'article premier de la présente loi disparaît». O art. 1.º define, como se viu, a relação de domínio e de dependência e o termo desta irá, por sua vez, determinar o termo do contrato de afiliação. Parece muito simples, mas receio que na realidade não o seja, pois a sorte dum contrato pelo qual o domínio é juridicamente organizado ficaria dependente das contingências dum domínio simplesmente de facto.

VII.8. — No Projecto Preliminar, o conteúdo do contrato de predomínio resulta da definição dada pelo art. 8.º — submeter a própria gestão à direcção duma outra empresa — e do art. 9.º, que manda estabelecer no contrato a oferta aos accionistas pelo menos duma indemnização em conformidade com o art. 10.º e duma compensação anual em conformidade com o art. 11.º

É exigida a forma escrita e o contrato deve ser aprovado pelo órgão de vigilância e pela assembleia geral da sociedade dependente. Se a contraparte é uma sociedade por acções constituída segundo o direito dum Estado membro, é necessária também aprovação do seu órgão de vigilância e da sua assembleia geral. Os requisitos de maioria são remetidos para o que for disposto na Quinta Directiva.

O contrato, a acta de aprovação do órgão de vigilância e a acta da deliberação da assembleia geral devem ser publicados, conforme estabelecido na Directiva 68/151/CEE.

As alterações do contrato devem ser feita por forma semelhante à da celebração.

A resolução do contrato está regulada no art. 28.º, que distingue conforme ela é consensual ou unilateral.

VIII. — APRESENTAÇÃO PÚBLICA DO GRUPO

VIII.1. — *Publicidade da existência do grupo ou de relações de dependência.*

VIII.2. — *Descoberta dos negócios possivelmente influenciados pela entidade dominante.*

VIII.3. — *Contas consolidadas do grupo.*

VIII.1. — Mencionei acima as preocupações da doutrina no sentido da *transparência* do grupo ou até das relações de simples dependência. Todos — accionistas, credores, trabalhadores, público em geral — devem ter conhecimento da existência do grupo ou da dependência e, em certos aspectos, do funcionamento das sociedades vinculadas dessa maneira.

Devem ser distinguidos dois aspectos: as providências tomadas para a publicidade da existência do grupo ou das relações de dependência; as providências tomadas para o conhecimento dos negócios ou medidas em que a influência dominante se manifestou ou pode ter manifestado e a expressão contabilística da unidade do grupo.

Quando o grupo está organizado com base num instrumento jurídico, é prescrita a publicidade desse instrumento. Assim, para o caso de anexação, a *Eingliederung* deve ser registada (AktG § 319(4) e § 320(4)), como o deve ser também a *intégration* (Proposta COUSTÉ, art. 50.º). No caso de contrato de domínio, afiliação ou predomínio, também este está sujeito às formalidades de registo e publicação, normais em cada sistema — AktG § 294, registo de todos os contratos de empresa, incluindo o contrato de domínio; Proposta COUSTÉ, art. 38.º, registo do contrat d'affiliation; Projecto Preliminar, art. 15.º, publicidade do contrato de predomínio nos termos da Directiva 68/151/CEE.

Nem só, porém, os instrumentos de organização jurídica dos grupos estão sujeitos a publicidade. No Estatuto de S.E., cujo sistema tantas vezes tenho referido, o art. 226.º dispõe que a Sociedade Anónima Europeia que se tornar empresa de grupo, dominante ou dependente, deve imediatamente fazer-se matricular como tal no registo europeu de comércio e deve publicar esse facto nos jornais da sociedade, indicando, se disso for caso, o nome da empresa dominante do grupo.

No Projecto Preliminar, dentro da alínea dedicada ao grupo fora do contrato de predomínio, o art. 35.º determina que «a sociedade que se tornar empresa dependente de grupo deve proceder sem demora a uma publicação em conformidade com as disposições do art. 3.º da Directiva 68/151/CEE, de 9 de

Março de 1968, mencionando a denominação da empresa dominante do grupo».

Também no decorrer da vida do grupo vão sendo fornecidas indicações sobre a composição deste. Assim, o § 334 AktG determina que no relatório das operações do Konzern devem ser mencionadas as empresas pertencentes a este, com graus de pormenorização que seria muito longo reproduzir aqui, e variam conforme as sedes das sociedades esteja ou não situada em território nacional; o art. 44.º da Proposta COUSTÉ dispõe que a sociedade deve anexar ao seu balanço um mapa, cujo modelo será fixado por decreto, a fim de tornar patente a lista e a natureza dos contratos de afiliação que tenha celebrado bem como o estabelecimento ou a declaração por sentença dos laços de dependência que ela tem com outras sociedades.

VIII.2. — Passando ao segundo dos aspectos acima referidos, a exposição concreta dos negócios ou medidas em que se manifestou ou pode ter-se manifestado a influência duma entidade dominante tem o lugar próprio nos casos em que o grupo não tenha sido organizado por um instrumento jurídico, portanto, nos grupos de facto e nos casos de simples dependência. O assunto é tão delicado na prática que transcreverei os aliás extensos textos, omitindo apenas aquilo que de todo em todo me pareça sem interesse.

Começo pela Proposta COUSTÉ, por o preceito dedicado ao assunto ser muito sintético.

O art. 41.º determina que «em qualquer sociedade, os comissários de contas têm o dever de apresentar cada ano um relatório especial sobre a execução dos contratos de afiliação celebrados pela sociedade, ou sobre as consequências no decurso do exercício do estabelecimento ou da verificação por sentença de laços de dependência que tenham vindo ao seu conhecimento».

A AktG dedica quatro parágrafos da secção relativa à «Responsabilidade no caso de não existir um contrato de domínio» ao relatório e exame das relações entre as empresas associadas. Este processo inicia-se com um relatório do Vorstand, continua com um exame desse relatório por peritos, ao qual

se segue um exame pelo Aufsichtsrat, podendo ainda haver um exame extraordinário ordenado pelo tribunal.

Se não existir um contrato de domínio (§ 312) o Vorstand de uma empresa dependente tem de apresentar, nos primeiros três meses do exercício, um relatório sobre as relações da sociedade com as empresas associadas.

No relatório tem de mencionar-se todos os negócios jurídicos que a sociedade tenha efectuado, no exercício anterior, com a empresa dominante ou com uma empresa associada a ela ou por solicitação ou no interesse desta empresa, e todas as outras medidas que ela tenha tomado ou deixado de tomar no exercício anterior por solicitação ou no interesse desta empresa.

Quanto aos negócios jurídicos, devem indicar-se as prestações e as contra-prestações e quanto às medidas, devem indicar-se as razões por que foram tomadas e as suas vantagens e desvantagens para a sociedade.

Quanto à compensação de prejuízos, deve indicar-se, em pormenor, como a compensação efectivamente se operou durante o exercício, ou que vantagens se concederam à sociedade.

No final do relatório, o Vorstand deve declarar se a sociedade, segundo as circunstâncias dele conhecidas, na altura em que os negócios foram efectuados, ou em que as medidas foram tomadas ou deixadas de tomar, recebeu uma adequada compensação por cada negócio jurídico e não foi prejudicada pelo facto de as medidas terem sido ou não terem sido tomadas.

O relatório do Vorstand sobre as relações com as empresas associadas deve ser submetido aos peritos de contas da sociedade (§ 313), ao mesmo tempo que as contas anuais e o relatório sobre elas.

Os peritos devem examinar:

1. Se as indicações de factos feitas no relatório são exactas;
2. Quanto aos negócios jurídicos mencionados no relatório, se, tendo em conta as circunstâncias conhecidas na altura em que foram celebrados, a prestação paga pela sociedade não foi excessivamente elevada; caso o tenha sido, se os prejuízos foram compensados;

3. Se, quanto às medidas indicadas no relatório, não existem quaisquer circunstâncias que imponham uma apreciação essencialmente diferente daquela que foi feita pelo Vorstand.

Os peritos têm de fazer um relatório escrito sobre os resultados do exame.

Os peritos devem assinar o seu relatório e apresentá-lo ao Vorstand. No mesmo parágrafo são regulados os pormenores das notas a apresentar pelos peritos, conforme aprovem ou não aprovem o relatório do Vorstand.

O Vorstand deve apresentar ao Aufsichtsrat o relatório sobre as relações com as empresas associadas e o relatório pericial (§ 314). Todos os membros do Aufsichtsrat têm o direito de tomar conhecimento do relatório. O Aufsichtsrat deve examinar o relatório sobre as relações entre as empresas associadas e consignar no seu próprio relatório à assembleia geral os resultados desse exame. Ele deve, além disso, tomar posição, nesse relatório, quanto aos resultados do exame efectuado pelos peritos, sobre as relações com as empresas associadas.

Se os peritos tiverem lançado uma nota de aprovação, ela deve ser incluída no relatório e, se a tiverem recusado, esta circunstância deve ser expressamente mencionada.

Na conclusão do relatório, o Aufsichtsrat deve declarar se, segundo os resultados finais do seu exame, há objecções a fazer contra o esclarecimento do Vorstand na conclusão do relatório sobre as relações com as empresas associadas.

A requerimento de um accionista, o tribunal deve nomear peritos extraordinários para examinar as relações negociais da sociedade com a empresa dominante ou com empresas a ela associadas (§ 315) se:

1. Os peritos tiverem limitado ou recusado a nota de aprovação ao relatório sobre as relações com as empresas associadas;

2. O Aufsichtsrat tiver declarado que há objecções a fazer contra os esclarecimentos do Vorstand na conclusão do relatório sobre as relações com as empresas associadas;

3. O próprio Vorstand tiver declarado que a sociedade foi prejudicada por certos negócios jurídicos ou por certas medidas, sem que o prejuízo tenha sido compensado.

Estes preceitos da AktG têm correspondência parcial em dois preceitos do Projecto Preliminar, que vou transcrever para no final proceder a uma comparação.

Art. 2.º: 1.a) — Se uma sociedade por acções é dominada por uma pessoa, quer se trate duma empresa, dum accionista ou dum terceiro, no sentido do artigo 1.º da Parte I da presente Directiva, os seus revisores de contas devem apresentar um relatório especial pelo qual se veja se a sociedade estipulou com a pessoa que a domina ou com outra empresa dominada por tal pessoa negócios jurídicos que tenham importância essencial para a sociedade. No relatório devem ser mencionadas também as principais medidas e decisões tomadas pela sociedade no exercício findo, por iniciativa da pessoa dominante. Se a pessoa dominante é uma empresa e se tal empresa publicou os lucros anuais conseguidos nos últimos dois exercícios, também tais montantes devem figurar no relatório.

b) Se um ou mais negócios jurídicos, medidas ou decisões referidas no parágrafo 1 são prejudiciais para a sociedade, deve fazer-se menção delas no relatório; desde que se trate de negócios jurídicos, deve indicar-se também o nome da outra parte.

2. O relatório deve estar à disposição de todos os accionistas pelo menos a partir do dia do envio da convocatória da assembleia geral que discute ou delibera sobre o balanço e destino dos lucros anuais conseguidos ou a partir do dia da publicação da convocatória. O relatório deve ser publicado juntamente com o balanço e nas mesmas modalidades.

Art. 3.º 1. A autoridade judiciária ou uma autoridade competente segundo a legislação nacional pode, a pedido dum accionista, dum credor ou duma representação dos trabalhadores, designar um ou mais revisores especiais;

a) desde que o relatório especial contenha indicações em conformidade com o art. 2.º, parágrafo 1 a) e os resultados da sociedade nos últimos dois exercícios sejam sensivelmente inferiores aos da empresa dominante e desde que os resultados da sociedade depois da celebração dos contratos seja consideravelmente inferior aos resultados dos últimos dois exercícios.

b) desde que o relatório especial contenha indicações em conformidade com o art. 2.º, parágrafo 1 b);

c) desde que sejam indicadas circunstâncias que autorizem a considerar que, por iniciativa da pessoa dominante, a sociedade tenha celebrado negócios jurídicos ou tenha tomado medidas ou decisões que lhe sejam prejudiciais.

2. Antes de nomear os revisores especiais, a autoridade judiciária ou outra entidade competente deve consultar os órgãos de direcção e de vigilância e os revisores de contas da sociedade.

3. O revisor especial deve determinar se a sociedade sofreu um prejuízo por motivo dos negócios jurídicos, das medidas ou das decisões acima referidas, e se a pessoa dominante exerceu uma influência em tal sentido.

4. Os revisores especiais devem apresentar um relatório escrito sobre os resultados do seu exame, relatório que deve ser publicado segundo as disposições do art. 3.º da directiva n.º 68/151/CEE, de 9 de Março de 1968.

5. Os revisores especiais têm o direito de obter da sociedade e da pessoa dominante todas as informações e os documentos necessários e úteis e de proceder a todos os exames necessários.

6. O tribunal decide discricionariamente se e em que medida as despesas relativas ao exame ou os eventuais adiantamentos devem ficar a cargo da sociedade, da pessoa dominante ou do requerente.

7. Não são prejudicadas as normas nacionais destinadas a disciplinar outros processos que prevejam também um controlo especial da sociedade.

Não contando com a extensão das entidades consideradas dominantes para este efeito — aspecto de que tratarei separadamente — a principal observação resultante da comparação entre os preceitos alemães e os do Projecto Preliminar é que este, sob a capa duma aparente simplificação do sistema, eliminou do processo os órgãos da sociedade dependente e substituiu-os pelos revisores ou peritos de contas. O órgão de direcção da sociedade, naturalmente colocado na melhor situação para conhecer as circunstâncias em que foram celebrados negócios jurídicos ou tomadas ou deixadas de tomar medidas, não

tem de relatar cois alguma; o órgão de vigilância não vigia neste capítulo.

Pelo Projecto Preliminar, o relatório básico é logo da competência de peritos de contas e esse relatório é logo publicado, sem se terem pronunciado sobre eles nem órgão da sociedade dependente nem a entidade dominante.

A legitimidade para requerer judicialmente o exame extraordinário é alargada, além dos accionistas, aos credores e a representações dos trabalhadores mas não é acessível aos órgãos da sociedade dependente, ao menos como uma espécie de recurso contra o relatório dos peritos ordinários. Também no exame extraordinário a última palavra — e seguida de imediata publicação — cabe aos peritos especiais, embora a intervenção judicial para a nomeação destes justificasse uma apreciação final dos problemas em sentença do mesmo tribunal.

VIII.3. — Em todos os textos que tenho vindo a estudar, está prescrita a organização de contas consolidadas do grupo. Não vou referir tais textos, porque está a ser elaborada no âmbito da CEE uma directiva sobre o assunto.

A Proposta de Sétima Directiva sobre o balanço consolidado (refiro-me ao texto da Proposta apresentada pela Comissão ao Conselho em 4 de Maio de 1976; tenho notícia de que este texto já sofreu algumas modificações, que por enquanto desconheço em pormenor) distingue duas espécies de ligações entre empresas e duas espécies de grupos de empresas ou sociedades.

São consideradas empresas associadas uma empresa sobre a qual outra empresa exercer directa ou indirectamente uma influência notável; presume-se que uma empresa é associada a outra quando esta última detém directa ou indirectamente 20 % ou mais do capital da primeira ou dos votos inerentes às quotas emitidas por esta (art. 1.º).

São consideradas empresas controladas as empresas sobre as quais outras, ditas controlantes, podem exercer directa ou indirectamente uma influência dominante; presume-se que uma empresa é controlada por outra quando esta última, directa ou indirectamente, a) detém a maioria do capital subscrito

da empresa; b) dispõe da maioria dos votos atribuídos às quotas emitidas pela empresa; c) pode designar mais de metade dos membros do órgão de administração, de direcção ou de vigilância (art. 2.º).

Nos dois casos é, portanto, prevista uma influência, que no primeiro caso deve ser *notável*, no segundo caso deve ser *dominante*; no primeiro caso tem de ser *actual*, no segundo caso pode ser *actual* ou *potencial*.

Uma empresa controlante e uma ou mais empresas controladas por ela formam um grupo se a empresa controlante exerce efectivamente a sua influência dominante, de modo que o conjunto de tais empresas se encontra submetido à direcção unitária da empresa controlante; quando a empresa é controlada por outra, segundo a definição da directiva, presume-se que a empresa controlante e a empresa controlada formam um grupo (art. 3.º).

As empresas que não estejam ligadas por um vínculo de dependência formam igualmente um grupo se o conjunto de tais empresas está sujeito a uma direcção única (art. 4.º).

As empresas que não estejam ligadas por um vínculo de dependência formam igualmente um grupo se o conjunto de tais empresas está sujeito a uma direcção única (art. 4.º).

Deixando agora as hipóteses de sub-grupos, de maneira geral o projecto de 7.ª Directiva dispõe que uma empresa que controla um grupo, com sede no interior da comunidade, é obrigada a redigir um balanço de grupo e um relatório sobre a gestão do mesmo, desde que a empresa controlante ou uma empresa controlada seja uma sociedade anónima, uma sociedade em comandita por acções ou uma sociedade de responsabilidade limitada (nossa sociedade por quotas).

O balanço consolidado do grupo é composto por três partes: estado patrimonial consolidado do grupo; conta consolidada de lucros e perdas do grupo; notas explicativas. Para a estrutura do estado patrimonial e da conta de lucros e perdas, valem as disposições da Quarta Directiva, que já entrou em vigor, com particularidades resultantes do carácter consolidado do grupo. Acresce o relatório sobre a gestão do grupo, que deve

conter indicações sobre o andamento da gestão e sobre a situação geral do grupo.

Para pormenores sobre o Projecto de Sétima Directiva, v. JACOB cit. e LIGUORI, *Il bilancio consolidato de gruppo nella proposta di settima direttiva comunitaria*, in Riv. Soc. 1978, págs. 761 e segs.

IX. — GRUPOS PARITÁRIOS

IX.1. — *Na Lei alemã*

IX.2. — *No Projecto Preliminar de Directiva*

IX.2. — Já vimos que o § 18(2) AktG dispõe «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».

Dispondo dessa maneira, o preceito não deixa dúvida quanto ao Gleichordnungskonzern constituir uma modalidade de Konzern, aplicando-se as mesmas regras salvo se, por natureza, deverem ser exceptuadas.

O § 18(2) não aponta nenhum meio — necessário ou não — para que seja formada a direcção única ou unitária; por isso a doutrina — por exemplo, WURDINGER, *Aktien und Konzernrecht*, pág. 261 — considera indiferente o meio e admite, por exemplo, que a direcção unitária resulte: apenas de uma «união pessoal» nos órgãos de administração das duas sociedades; de um contrato obrigacional (em contraposição a contrato de organização) pelo qual as empresas se comprometem a harmonizar a gestão dos seus negócios (*Intezereessengemeinschaftsvertrag*); da constituição de um órgão comum de gerência; até da constituição duma outra sociedade encarregada de definir a política global das empresas participantes.

Quando o grupo paritário é constituído por meio de contrato e mesmo quando neste contrato está incluída a criação dum órgão comum de gerência, esse contrato não é um contrato de empresa, no sentido da AktG e distingue-se de todos estes. Do contrato de domínio distingue-se nitidamente pela posi-

ção paritária (e não dominante-dominanda), a qual deve reflectir-se no órgão comum de gerência, porventura existente, em cujo seio as resoluções serão tomadas por maioria formada ou pelos votos de uma ou pelos votos de outra ou outras empresas.

Pode, contudo, o contrato constitutivo do Konzern paritário aproximar-se dos contratos de empresa. O *Gewingemeinschaftsvertrag*, na forma mais ampla, leva as empresas contratantes a pôr em comum os seus lucros; quando duas empresas estabelecem contratualmente um programa económico comum, da qual cada uma extrairá proveitos, ainda não há contrato de empresas, o qual existirá se as empresas estipularem que serão geridas por conta comum.

IX.2. — Na secção F da Parte II, arts. 56.º e 57.º, o Projecto de Directiva ocupa-se do «Grupo de empresas em situação paritária».

Como a epígrafe indica, esses artigos pressupõem que as sociedades participantes nesta modalidade de grupo sejam *independentes*, pelo menos no sentido de que entre essas várias sociedades não existam relações de dependência, tais como são definidas no Projecto; não é claro se essas sociedades podem ser dependentes de uma mesma outra sociedade ou dependentes de sociedades distintas. O art. 56.º começa por dizer «uma sociedade por acções independente pode estipular por escrito com uma outra sociedade independente...».

Para que o conceito de grupo não varie essencialmente entre os grupos de subordinação e os grupos paritários, torna-se indispensável que, uma vez que nos segundos não existem os laços de dependência existentes no primeiro, subsista o outro elemento — a direcção unitária. Natural é, pois, a continuação do art. 56.º: «... um contrato pelo qual as duas empresas aceitam sujeitar-se a uma direcção unitária, sem que isso comporte a dependência de uma ou da outra».

O instrumento de constituição do grupo paritário é um contrato entre as empresas; o art. 56.º serve para indicar genericamente o conteúdo do contrato e validar a sua celebração, observada a forma escrita.

O art. 57.º contém apenas regras complementares. O con-

trato deve ser aprovado pelo órgão de vigilância e pela assembleia geral da sociedade. Antes da deliberação da assembleia geral, o órgão directivo da sociedade deve explicar o contrato. O contrato deve ser publicado, pelo modo prescrito na Directiva 68/151/CEE e a publicação determina a sua eficácia. Para a dissolução e resolução do contrato, são mandadas aplicar regras previstas para idênticos factos quanto ao contrato de predomínio.

Relativamente ao Gleichordnungskonzern, notam-se o meio necessariamente contratual de constituição e a falta de clareza dos efeitos, Neste último aspecto, afigura-se-me que a colocação dos arts. 56.º e 57.º (bem como o seu reduzido conteúdo) não tornam aplicáveis ao grupo paritário nenhuma das disposições da Directiva, pois não existem nelas disposições gerais sobre grupos e todas as disposições do Projecto Preliminar visam expressamente grupos de subordinação, quer de direito quer de facto.

X. — PODER DE DIRECÇÃO E RESPONSABILIDADE QUANTO A INSTRUÇÕES

X.1. — *Poder de direcção e dever de acatar instruções.*

X.2. — *Responsabilidade pelas instruções dadas e pelo acatamento destas.*

X.1. — Nos textos que tenho vindo a analisar, as instruções emanadas da empresa dominante e dirigidas à empresa dependente são encaradas sob vários aspectos: o aspecto do poder de dar instruções e correlativo dever de as cumprir; o aspecto das instruções dadas sem base em poder específico; o aspecto do efeito danoso ou não, dessas instruções relativamente à sociedade dependente; o aspecto do carácter permanente ou não das instruções. Dalguns desses aspectos já tratei a propósito do grupo de facto e da simples dependência.

Em nenhum dos textos legislativos agora considerados, actuais ou projectados, é reconhecido o poder de dar instruções sem ter sido criado por um instrumento apropriado ou sem ter ocorrido um facto especial, do qual a lei o faz decorrer.

Na Lei alemã, o § 308 dispõe: «(1) Se existir um contrato de domínio, a empresa dominante tem o direito de dar instruções ao Vorstand acerca da direcção da sociedade.

«Se o contrato nada dispuser em contrário, também podem ser dadas instruções que sejam desvantajosas para a sociedade, se tais instruções servirem os interesses da pessoa dominante ou das empresas associadas em Konzern com ela e a sociedade.

«(2) O Vorstand tem de acatar as instruções da empresa dominante; e não tem o direito de se recusar a seguir uma instrução pelo facto de ela, no seu entender, não servir os interesses da empresa dominante ou das empresas associadas em Konzern com ela e com a sociedade, a não ser que a instrução não sirva patentemente tais interesses.

«(3) Se forem dadas instruções ao Vorstand no sentido de efectuar um negócio que só possa ser celebrado com o consentimento do Aufsichtsrat da sociedade e esse consentimento não for dado dentro dum prazo razoável, o Vorstand deve comunicar esse facto à sociedade dominante.

«Se a empresa dominante repetir a instrução, depois desta comunicação, o consentimento do Aufsichtsrat já não é necessário; se a empresa dominante tiver um Aufsichtsrat, a instrução só pode ser repetida com o consentimento deste.»

O Estatuto de S.E. trata das instruções no art. 240.º, cujo parágrafo 1 dispõe: «A partir da última publicação feita de harmonia com o art. 237.º parágrafo 1, a empresa de grupo dominante pode dar ao órgão de administração da sociedade de grupo dependente instruções que este último tem o dever de seguir.»

Esta redacção, de 1975, é bastante diferente da de 1970, que não criava expressamente um direito de dar instruções, embora dele se pudesse depreender que, em certas circunstâncias, existia um dever de obediência a instruções. O art. 240.º, na nova redacção, é expresso quanto à existência do direito a que corresponde o dever de obediência por parte do órgão de direcção da sociedade dependente.

A referência à publicação em jornais da sociedade, de harmonia com o art. 237.º, é muito mais que o cumprimento duma formalidade, pois a publicação tem por objecto a indemnização

e a anuidade compensatória a que os accionistas têm direito; o direito de dar instruções e o dever de lhes obedecer só vigoram, portanto, a partir da data em que os accionistas livres têm conhecimento das suas garantias efectivas.

Os parágrafos 2 e 3 do art. 240.º regulam o caso de o cumprimento da instrução necessitar da intervenção doutro órgão da sociedade: se a empresa de grupo dominante é uma S.E. e o cumprimento do negócio necessita do consentimento do órgão de vigilância, o qual o recusa, as instruções não devem ser seguidas sem ser obtido o consentimento do órgão de vigilância da S.E.; se a empresa de grupo dominante é uma empresa de direito nacional, os poderes conferidos pelo art. 66.º ao conselho de vigilância duma S.E. dependente do grupo não são afectados, salvo se os trabalhadores da S.E. e doutras sociedades do grupo dominadas por seu intermédio estiverem representados nos órgãos da empresa de grupo dominante, de maneira equivalente à prevista para a S.E.

Na Proposta COUSTÉ, os arts. 27.º e seguintes — Título VI, «Funcionamento do grupo» — dispõem como segue:

A sociedade afiliada é obrigada a executar as ordens de direcção que lhes dirige a sociedade dominante em virtude do poder de decisão a ela conferido pelo contrato de afiliação;

Ela deve, contudo, recusar as ordens cuja execução constituiria uma violação do contrato de afiliação ou uma infracção das disposições penais cuja aplicação a lei não tem por efeito afastar (art. 27.º);

As ordens de direcção não podem ser dadas senão pelos órgãos qualificados da sociedade dominante aos órgãos qualificados da sociedade afiliada (art. 28.º);

Se a execução da ordem de direcção necessitar do consentimento do conselho de administração ou do conselho de vigilância ou da assembleia geral ordinária da sociedade afiliada, e este consentimento não for dado num prazo razoável, a sociedade dominante tem o direito de reiterar a ordem de direcção, que deverá então receber execução mesmo sem o consentimento (art. 29.º).

As ordens de direcção podem impor à sociedade afiliada qualquer transferência de activos, qualquer prestação ou entrega

em proveito da sociedade dominante ou doutras sociedades do grupo. Elas podem incluir a obrigação de celebrar convenções e de praticar quaisquer actos mesmo quando estas operações são susceptíveis de causar prejuízo à sociedade afiliada (art. 30.º);

As ordens de direcção podem igualmente impor à sociedade afiliada transferências de lucros de exercício, em proveito da sociedade dominante ou doutras sociedades do grupo (art. 31.º),

O art. 23.º do Projecto Preliminar de Directiva estabelece: «1.a) Desde a data de publicação do contrato conforme o disposto no art. 15.º, a outra parte contratual pode dar ao órgão directivo da sociedade instruções vinculantes. b) (remissão para futuros preceitos da projectada Quinta Directiva, no sentido de excluir a sua aplicação).

«2. Se a instrução respeitar a um acto para o qual é necessária a autorização do órgão de vigilância da sociedade e este último recusar concedê-la, a necessidade de autorização deixa de existir se a instrução for dada uma segunda vez, salvo o caso de o órgão de vigilância ter tido em conta os interesses dos trabalhadores e estes não estarem representados de maneira equivalente na parte contrária. Se a contra-parte for uma sociedade por acções constituída segundo o direito de um dos Estados membros, a instrução só pode ser dada uma segunda vez com autorização do órgão de vigilância dessa sociedade».

O art. 23.º respeita aos casos em que existe contrato de domínio. O art. 48.º, na eorrelação já muitas vezes estabelecida, repete aquele art. 23.º, com ligeiras alterações de redacção, resultantes de nesse caso não haver contrato de domínio, tais como o direito de dar instruções nascer — tal como no Estatuto de S.E. — da publicação das garantias dos accionistas livres.

Uma comparação dos pontos mais relevantes dessas regulamentações fornece os seguintes resultados:

O *fundamento jurídico* do direito ou poder de dar instruções é na Lei alemã o contrato de domínio, no Estatuto de S.E. e no art. 48.º do Projecto Preliminar o facto de terem sido concedidas as garantias aos accionistas livres, na Proposta COUSTÉ o contrato de afiliação, no art. 23.º do Projecto Preliminar o contrato de predomínio.

O *objecto* do direito ou poder é a emanação de ordens ou instruções. Só a Proposta COUSTÉ apresenta uma epumeração, embora exemplificativa, de instruções ou ordens possíveis. O direito de dar instruções não encontra *limitações* no possível prejuízo que elas possam causar à sociedade; a Lei alemã admite expressamente que elas sejam desvantajosas, a Proposta COUSTÉ susceptíveis de causar prejuízo.

Ao direito ou poder de dar instruções corre ponde necessariamente um *dever de obediência* e cumprimento, nos precisos termos do primeiro, nomeadamente dentro dos termos do instrumento que lhe dá origem. A Lei alemã reforça esse dever de obediência quando só justifica a recusa de cumprimento por parte dos órgãos da sociedade dependente, desde que as instruções recebidas não sirvam *patentemente* os interesses da sociedade dominante ou das outras empresas do grupo.

As ordens são *dirigidas* ao órgão de direcção da sociedade dependente. A Lei alemã indica expressamente o Vorstand; o Estatuto de S.E. fala em órgão de administração; a Proposta COUSTÉ usa a expressão «órgãos qualificados», talvez para englobar a variedade de órgãos directivos admitidos para as sociedades francesas; o Projecto Preliminar emprega «órgão directivo» e «órgão de direcção».

O dever de cumprimento das instruções emanadas da sociedade dominante ficaria comprometido se estivesse sujeito às contingências do *consentimento ou autorização* para um acto, a dar ou negar por outro órgão da sociedade dependente. A Lei alemã refere-se ao Aufsichtsrat, o Estatuto de S.E. e o Projecto Preliminar ao órgão de vigilância, a Proposta COUSTÉ vai até à assembleia geral. O remédio para a dificuldade consiste na repetição da ordem da sociedade dominante, com dispensa do consentimento recusado ou não dado, embora a lei alemã e o Projecto Preliminar tomem a precaução de substituir o consentimento do órgão da sociedade dependente por um consentimento do órgão da sociedade dominante para a ordem ser dada segunda vez.

Ponto que não aparece claramente tratado é o de saber se a direcção unitária e o correspondente direito de dar instruções são apenas um direito ou também um dever da empresa domi-

nante. Nenhuma dúvida quanto à situação da sociedade dependente quando não receba instruções — os seus órgãos actuarão como se a sociedade não fizesse parte dum grupo e, portanto, devendo cumprir os critérios legais de gestão da sua sociedade. A dúvida consiste em saber se a sociedade dominante tem o *dever* de dar instruções, ou seja, de orientar a sociedade dependente, e como essa dúvida já foi levantada nos comentadores alemães, poderia ter sido — mas não foi — esclarecida nos projectos posteriores.

X.3. — Ao direito de dar instruções andam ligadas responsabilidades dos representantes legais da empresa dominante e dos representantes legais da sociedade dependente.

O § 309 AktG começa por enunciar os deveres dos representantes legais da sociedade dominante: «Se existir um contrato de domínio, os legais representantes da empresa dominante (no comerciante em nome individual, o dono) têm para com a sociedade o dever de, ao dar instruções a esta, aplicar o cuidado de um gestor ordenado e consciencioso».

A esse preceito corresponde no Projecto Preliminar, o art. 24.º: «Os representantes legais da outra parte contratante, ao exercerem o direito de dar instruções e conformidade com o art. 23.º devem utilizar a diligência dum bom administrador e curar os interesses do grupo e dos seus trabalhadores». Este art. 24.º, bem como os arts. 25.º e 26.º, de que adiante falaremos, são mandados, pelo art. 49.º, aplicar aos casos em que o grupo não se baseia num contrato de predomínio.

Afigura-se necessário algum esforço para conciliar esses preceitos com a faculdade de dar instruções prejudiciais à sociedade dependente. O dever de usar a diligência de bom administrador ou o cuidado de gestor ordenado e consciencioso terão de ser reportados à gestão do grupo e não de cada uma das suas parcelas, na medida em que as instruções desvantajosas forem legais.

Se os representantes legais da empresa dominante infringirem o referido dever, são obrigados a indemnizar, solidariamente, a sociedade, pelos prejuízos daí resultantes. Em caso

de dúvida sobre se eles usaram o cuidado de um gestor ordenado e consciencioso, incumbe-lhes o ónus da prova (AktG § 309(2)).

Pelo art. 25.º do Projecto Preliminar, «Ao exercerem o direito de dar instruções em conformidade com o art. 23.º, os representantes legais da outra parte contratante são responsáveis para com a sociedade pelos danos derivados da violação das obrigações que lhes cabem em conformidade com o art. 24.º».

Tanto aquele § 309 como este art. 25.º contêm ainda preceitos de regulamentação pormenorizada da responsabilidade enunciada nos seus primeiros parágrafos, cuja reprodução aqui seria destituída de interesse.

O § 310 AktG trata da responsabilidade de membros de órgãos da sociedade dependente. Eles respondem solidariamente, a par dos responsáveis da sociedade dominante, se tiverem agido com infracção dos seus deveres. Em caso de dúvida sobre se eles usaram do cuidado de um gestor ordenado e consciencioso, incumbe-lhes o ónus da prova. A obrigação de indemnizar por parte dos membros do Vorstand da sociedade não existe se a actuação ocasionadora dos prejuízos provier de uma instrução que, nos termos do § 304, alínea 2, tinha de ser acatada.

A exclusão da responsabilidade dos órgãos directivos da sociedade dependente, quando actuam em conformidade com as instruções emanadas da sociedade dominante, nos termos em que o dever de obediência lhes é atribuído por lei, figura no art. 33.º da Proposta COUSTÉ e no art. 26.º do Projecto Preliminar.

XI. — PROTECÇÃO DA SOCIEDADE (PROTECÇÃO INDIRECTA DE ACCIONISTAS E CREDORES)

XI.1. — *Providências que tutelam directamente a sociedade e providências que tutelam directamente accionistas e credores.*

XI.2. — *Tutela directa da sociedade.*

XI.1. — Deixando agora a formação do grupo por meio de anexação de sociedades e observando, nos quatro textos apreciados, a incidência das providências vigentes e projectadas quanto aos interesses protegidos, esta é múltipla: umas tutelam

directamente a sociedade dependente, outras tutelam directamente accionistas da sociedade dependente, outras tutelam directamente credores da sociedade dependente e outras protegem interesses dos trabalhadores desta.

É, no entanto, claro que as providências do primeiro género tutelam indirectamente interesses dos accionistas e dos credores. Na verdade, elas visam conseguir que o património da sociedade seja recomposto, apesar de ou por causa da actuação da sociedade ou empresa dominante, na medida considerada justa; portanto, são protegidos indirectamente os interesses daqueles a quem a composição do património social afecta direitos actuais ou potenciais: os credores da sociedade, que pelos bens desse património serão satisfeitos, e os accionistas, quanto aos seus direitos sociais patrimoniais.

O sistema alemão é fértil em providências atribuíveis a um ou outro desses géneros. Assim, no caso de haver contrato de domínio, protegem directamente interesses da sociedade dependente (e indirectamente interesses dos accionistas e credores desta) os preceitos relativos à reserva legal da sociedade dependente, à assunção de prejuízos da sociedade dependente, pela sociedade dominante, à responsabilidade da sociedade dominante, dos representantes legais desta e dos representantes legais da sociedade dependente pelo exercício do poder de direcção; no caso de não haver contrato de domínio, as regras respeitantes à compensação dos prejuízos causados por negócios influenciados pela empresa dominante e à responsabilidade se faltar essa compensação protegem directamente a sociedade. Mas, no caso de contrato de domínio, a compensação exigível pelos accionistas e o resgate de acções protegem directamente os accionistas.

O Estatuto de S.E. renuncia a proteger directamente a sociedade dependente e protege por via directa accionistas e credores desta e o mesmo faz a Proposta COUSTÉ.

O Projecto Preliminar de Directiva concede protecção directa à sociedade dependente quanto a prejuízos causados por uma entidade dominante fora de um grupo de empresas; quando existe um grupo de empresas, quer baseado num contrato de predomínio quer de facto, atribui a accionistas e cre-

dores protecção directa, mas ao mesmo tempo protege directamente a sociedade contra perdas anuais.

XI.2. — Algumas das medidas estabelecidas pela Lei alemã para proteger directamente a sociedade já foram por mim expostas a propósito do tratamento dos grupos de facto e do poder de direcção e correspondente responsabilidade. Restam duas providências, desencadeadas por contrato de domínio ou contrato de entrega de lucros.

O § 300 AktG prescreve que na reserva legal devem inscrever-se, em lugar da quantia indicada no § 110(2),1 (ou seja, a vigésima parte do saldo positivo anual deduzido dos prejuízos vindos do ano anterior, até que a reserva atinja a décima parte do capital social, ou a importância mais elevada indicada nos estatutos) o seguinte: 1. se existir um contrato de entrega de lucros, do qual, sem a entrega dos lucros, resulte um saldo positivo anual insuficiente para cobrir os prejuízos transportados no exercício anterior, a quantia equivalente à décima parte do capital social, ou à percentagem mais elevada desse capital, determinada nos estatutos, mas, em todo o caso, nunca inferior à quantia estabelecida no n.º 2, se for necessária para preencher a reserva dentro dos primeiros cinco exercícios, iniciados durante a vigência do contrato ou após a execução dum aumento de capital; 2. se existir um contrato de entrega parcial de lucros, a quantia que, deduzida a entrega de lucros, teria de ser inscrita na reserva legal nos termos do § 150(2),1; 3. se existir um contrato de domínio, sem que a sociedade também seja obrigada a entregar todos os seus lucros, a quantia que é necessária, nos termos do n.º 1, para preencher a reserva legal, mas pelo menos, a quantia estabelecida no § 150(2),1 ou, se a sociedade for obrigada a entregar, em parte, os seus lucros, a estabelecida no n.º 2.

O § 302 trata da assunção pela empresa dominante de prejuízos da sociedade dependente, Se existir um contrato de domínio ou um contrato de entrega de lucros, o outro contraente tem de compensar o deficit anual que, por qualquer razão, se verifique durante a vigência do contrato, sempre que este não for compensado por terem sido retiradas das reservas livres

quantias que nela tenham sido investidas durante o mesmo período.

Como explica LUTTER cit. pág, 10, «Isto significa que, independentemente das causas das perdas (quer estas derivem de directrizes prejudiciais da empresa controlante quer derivem do andamento desfavorável dos negócios) a sociedade dependente não pode sofrer nunca perdas definitivas. Sempre que pelo balanço se verifique uma perda, imediatamente surge para a sociedade dependente um direito à correspondente cobertura, por parte da empresa dominante. A empresa dominante tem legitimidade para dispor como lhe agrade da sociedade dependente, mas sempre que no fim do exercício se mostra uma perda desta, tal perda deve ser coberta integralmente pela empresa dominante, seja qual for a situação económica desta».

No Projecto Preliminar de Directiva há a este respeito dois preceitos, nenhum dos quais é para mim inteiramente claro. O art. 22.º dispõe: «1, A sociedade tem, relativamente à contraparte contratual, um direito à compensação de todas as perdas anuais sofridas durante o período de validade do contrato, sempre que, durante tal período, a perda não seja compensada com lucros ou com a atribuição do montante correspondente à reserva legal ou a reservas livres. Tal direito torna-se exigível na cessação do contrato. 2. Durante o período de validade do contrato, a compensação torna-se exigível se for declarada a insolvência da sociedade», Faz-se, pois, uma espécie de balanço das vantagens e desvantagens do contrato de domínio: de um lado, as perdas de exercício, doutro lado, os lucros dos exercícios (e aquilo que se retirou das reservas da sociedade) e apurando-se um saldo negativo, a contraparte contratual terá de compensar a sociedade; tal balanço só é, porém, efectuado em duas ocasiões: ou no termo do contrato ou, antes deste facto, se a sociedade se tornar insolvente e por isso for preciso fazer valer tal direito. A minha dúvida reporta-se à cumulação de tal providência com a acção directa dos credores sociais contra a empresa dominante; aquela providência parece desnecessária desde que existe esta acção.

O art, 47.º reproduz substancialmente o regime criado pelo art. 22.º, mas afigura-se-me descabida a frase «no momento

da cessação do contrato» («a sociedade dependente do grupo pode exigir à empresa dominante, no momento da cessação do contrato, a compensação de qualquer perda», etc.). Por definição, a alínea *D*, onde se insere o art. 47.º, trata do grupo *fora do contrato de predomínio* e, portanto, não percebo qual o contrato cuja cessação está prevista no art. 47.º, para desencadear o direito de compensação das perdas anuais.

XII. — PROTECÇÃO (DIRECTA) DOS ACCIONISTAS

XII.1. — *Accionistas protegidos*

XII.2. — *Meios de protecção*

XII.3. — *Compensação anual*

XII.4. — *Direito à alienação de acções*

XII.1. — Abordando a protecção dos accionistas da sociedade dependente, convirá observar que os accionistas *protegidos* são, nos quatro textos de que tenho vindo a ocupar-me, delimitados de várias maneiras e recebem designações diferentes.

Na Lei alemã, os accionistas a quem são atribuídos direitos por serem considerados necessitados de protecção são chamados *aussenstehenden Aktionäre* (o Dr. Alberto Pimenta traduz por «accionistas dissidentes», que talvez não exprima perfeitamente a ideia). Ponto de referência é um contrato de domínio ou de entrega de lucros e portanto os accionistas a proteger são aqueles que não sejam a outra parte contratante ou que não estejam de tal modo ligados com ela que os seus interesses sejam satisfeitos pelo próprio contrato.

O Estatuto de S.E. fala em accionistas *livres*, mas não os define.

A Proposta COUSTÉ usa accionistas ou sócios *externos* e no art. 5.º define-os como os accionistas ou sócios da sociedade afiliada que não têm participação no capital dominante que ultrapasse 1 por cento do capital e que não participem, de direito ou de facto, na direcção do grupo.

O Projecto Preliminar de Directiva preferiu «accionistas *livres*» e define-os no art. 9.º como todos os accionistas da socie-

dade, exceptuados aqueles que formem a outra parte contratual, não sendo, contudo, considerado accionista livre, na hipótese de possuir acções da sociedade, a empresa que domine a contraparte contratual, a empresa ligada à contraparte contratual por um contrato de predomínio ou de atribuição de lucros, a empresa de grupo ligada com a outra parte contratual no sentido do art. 31.º, a empresa que possua todas as acções da outra parte contratual.

XII.2. — Em todos os textos aqui analisados, a protecção dos accionistas é efectuada por duas ordens de providências:

— a atribuição periódica duma importância em dinheiro, como rendimento das acções (designá-la-ei por «compensação»; é chamada *Ausgleichszahlung* na Lei alemã, *annuité compensatoire* no Estatuto de S.E., *allocation compensatrice* na Proposta Cousté, *conguaglio* na versão italiana do Projecto Preliminar);

— a atribuição dum direito à alienação de acções (adiante veremos se há melhor nome).

A obrigação da parte da empresa dominante de atribuir aos accionistas a compensação é imprescindível parte do contrato de domínio (AktG § 304(1), completado pela alínea (3), que declara nulo o contrato que, violando o disposto na alínea (1), não preveja absolutamente nenhuma compensação); do contrato de afiliação (Proposta COUSTÉ, art. 13.º); do contrato de predomínio (Projecto Preliminar, art. 9.º, 1). Está igualmente prevista, sem precedência de contrato, como decorre do respectivo sistema, no Estatuto de S.E., arts. 228.º, n.º 2 e 231.º

A promessa de aquisição de acções é exigida como parte integrante dos referidos contratos pelos mesmos preceitos da AktG, da Proposta COUSTÉ e do Projecto Preliminar. Além disso, porém, o direito à alienação é estabelecido, sem dependência de contrato, pelo art. 228.º, n.º 1 do Estatuto de S.E. e pelos arts. 6.º e 36.º do Projecto Preliminar.

A articulação entre as duas providências obrigatoriamente prometidas pela empresa dominante ou a que esta fica sujeita por força da lei é feita pela opção dos accionistas. Nuns textos parte-se da compensação obrigatória para a alienação facultativa (AktG, §§ 304 e 305); noutros parte-se da alienação e permite-se

a escolha da compensação (Estatuto de S.E., art. 228.º), mas a escolha entre um e outro meio de protecção cabe sempre ao accionista — AktG § 305(1), Estatuto de S.E., art. 228.º, n.º 2; Proposta COUSTÉ, art. 18.º; Projecto Preliminar, art. 18.º

XII.3. — A compensação deve ser — para usar a expressão alemã — *adequada*. Para que ela o seja, são fixados critérios e criados processos de determinação.

Consoante o § 304(1) AktG, como Ausgleichszahlung deve assegurar-se, pelo menos, o pagamento anual da quantia que, segundo a precedente rendabilidade da sociedade e a sua previsível rendabilidade futura, se prevê que poderia atribuir-se, em média, como dividendo, a cada acção, tendo em conta as adequadas amortizações e reavaliações, mas não a constituição de reservas livres. Se o outro contraente for uma sociedade por acções ou em comandita por acções, também pode ser assegurado como Ausgleichszahlung o pagamento da quantia que eventualmente competiria às acções da outra sociedade como dividendo, tendo pelo menos o respectivo valor nominal.

Se a compensação prevista no contrato não for adequada, deve o tribunal fixar a que será contratualmente devida, se isso lhe for requerido, e se o contrato prever uma compensação adequada segundo a alínea 2 proposição 2, é ele que a fixa, nos termos desse preceito.

Qualquer accionista externo tem direito a requerer. O requerimento só pode ser apresentado dentro de dois meses a contar do dia em que, nos termos do § 10 do Código Comercial, o regime da existência do contrato ou de uma alteração deste se considere anunciado.

Se o tribunal fixar a compensação, o outro outorgante pode denunciar o contrato, dentro de dois meses a contar do trânsito em julgado da decisão, sem observância de um prazo de denúncia.

O Estatuto de S.E., que colocou em primeiro lugar o direito à alienação das acções, na sua redacção de 1970 simplificava muito o montante da compensação: limitava-se a dizer que as anuidades compensatórias são reportadas ao valor nominal das acções e as «notas» ao art. 231.º explicavam que não valia a

pena criar sistemas de determinação da compensação adequada, porque a escolha cabe ao accionista e este, caso não lhe ofereçam uma anuidade que o convença a deixar de exigir a aquisição das suas acções, optará por esta. Na redacção de 1975 mudou de critério, e passou a fixar as bases para o cálculo da anuidade compensatória.

Na Proposta COUSTÉ a opção pela allocation compensatrice — art. 19.º — deve ser oferecida aos accionistas ou sócios externos da sociedade filiada juntamente com o regulamento terminal. O montante é estabelecido conforme o rendimento passado da sociedade filiada e as perspectivas futuras desta, tanto quanto possível aproximado do montante com o qual o accionista poderia contar se a sociedade tivesse ficado independente. Pode também oferecer-se um montante proporcional aos futuros dividendos da sociedade dominante, ou ainda um montante representativo duma fracção fixa dos lucros consolidados do exercício.

Quando adiante tratar da alienação das acções referirei as possíveis contestações do montante da compensação.

Novidade da Proposta COUSTÉ, cujo efeito prático é duvidoso, visto a entidade dominante dispor duma influência *dominante*, é privar de direito de voto as acções mantidas pelos accionistas externos que optaram pela compensação.

Os arts. 11.º e 37.º do Projecto Preliminar seguiram as linhas gerais dos textos alemão e francês: a compensação que a outra parte contratual (ou a empresa dominante, se não houver contrato) deve pagar anualmente será pelo menos igual à importância que, com base nos resultados precedentes da sociedade e tendo em conta as perspectivas futuras, poderia ser distribuída como dividendo médio a cada acção; se a outra parte contratual for uma sociedade por acções independente, pode esta calcular a compensação em função também do dividendo correspondente às suas acções. A relação de troca (subentenda-se que neste caso não há troca real, mas apenas um cálculo dos valores das acções das duas sociedades) deve ser para tal fim calculada como se se tratasse duma troca de acções em caso de fusão.

XII.4. — O segundo meio de protecção dos accionistas consiste *grosso modo* no direito de o accionista exigir que a empresa ou entidade dominante adquira as suas acções, em determinadas condições.

A situação jurídica do accionista e reflexamente da empresa dominante a este respeito aparece descrita na AktG como uma obrigação da empresa dominante de adquirir as acções contra uma adequada indemnização; no Estatuto de S.E. como uma obrigação de indemnizar o accionista em troca da tomada (reprise) das suas acções; na Proposta COUSTÉ como um «droit de retrait» do accionista, mas fala também numa «indemnité» a receber por este; no Projecto Preliminar, como obrigação de pagar uma adequada indemnização contra a entrega das acções.

É saliente o termo «indemnização», mas tenho dúvidas sobre a sua curialidade, sobre o termo correcto a usar e sobre a natureza jurídica da operação.

Basicamente, sucede que um accionista não quer continuar na sociedade, porque esta tomou uma deliberação — a qual vai ser devidamente executada — que ele não reputa, por qualquer motivo, conforme aos seus interesses (ou está criada uma situação de facto vista pelo accionista com a mesma desconfiança); pretende por esse facto apartar-se da sociedade e a lei concede-lhe esse direito. O accionista não vai, todavia, exercer tal direito contra a *sua* sociedade, ou seja, a sociedade dependente, mas contra a entidade dominante que terá influenciado a deliberação e possivelmente virá a beneficiar dela.

Na doutrina, esse direito do accionista tem sido qualificado como um *droit de retrait* em sentido amplo (ANNE PETITPIERRE-SAUVAIN, ob. cit. pág. 150; além desse livro, para os problemas relativos à protecção dos accionistas externos, v. WÉSELY, *Mehrheit und Minderheit in der Aktiengesellschaft unter besonderere Berücksichtigung des Rechts der verbundenen Unternehmen* e BÉJOT, *La protection des actionnaires externes dans les groupes de sociétés en France et en Allemagne*). Considerando como *droit de retrait* em sentido estrito o direito concedido ao accionista externo, na sequência de certas deliberações da assembleia geral, de exigir que a sociedade lhe adquira as suas acções, e considerando que o elemento essencial está na

retirada do accionista e não na entidade que providenciará quanto à contrapartida da participação retirada, admite aquela doutrina um *droit de retrait* em sentido amplo, em casos como o agora considerado.

A lei portuguesa conhece casos em que o accionista por sua iniciativa se afasta da sociedade, como o direito de exoneração (Código Civil, art. 1002) e o direito de o sócio de sociedade por quotas se apartar da sociedade (LSQ, art. 41.º § 4.º). São, porém, casos em que o reembolso a que o sócio tem direito incumbe à própria sociedade donde o sócio se exonera ou aparta.

Se a tradução literal da expressão inglesa «right to be bought up» não fosse ridícula em português, seria ela a minha preferida. À falta de melhor, direi «direito à alienação das acções» ou «direito a que a entidade dominante adquira as acções».

Suponho que as referências a «indenização» derivam da circunstância de o accionista ser colocado, sem o seu acordo, numa situação que o leva a alienar as suas acções, mas não me parece que a palavra esteja usada num sentido técnico do qual possam ser extraídas consequências, designadamente ser ela utilizada para a construção técnica da hipótese. Com essa ressalva, usarei a palavra «indenização» quando os textos a empregarem.

Vejamos o objecto dessa «indenização». Em todos os textos ela pode consistir ou em dinheiro ou em títulos; variam as circunstâncias em que podem ser oferecidos uns ou outros desses bens.

O § 305(2) AktG manda que o contrato estipule como indenização o seguinte:

1. Se o outro contraente for uma sociedade por acções não dependente e não em posse maioritária, ou uma sociedade em comandita por acções com sede no território nacional, a entrega de acções dessa sociedade;

2. Se o outro contraente for uma sociedade por acções dependente ou em posse maioritária e a empresa dominante (subentenda-se, a empresa dominante desse outro contraente) for uma sociedade por acções ou uma sociedade em comandita por acções com sede no território nacional, quer a entrega de

acções da sociedade dominante ou com participação maioritária, quer uma indemnização em dinheiro;

3. Em todos os outros casos, um pagamento em dinheiro. No Estatuto de S.E., art. 228.º, n.º 1, está também prevista a oferta de indemnização em dinheiro ou em acções, conforme várias circunstâncias.

Novidade trazida pela Proposta COUSTÉ é a troca das acções da sociedade dependente por acções, obrigações convertíveis em acções ou obrigações ordinárias. Os arts. 15.º e 16.º indicam os casos em que a oferta pode ser feita em títulos ou deve ser feita em dinheiro, os quais variam conforme a sociedade é ou não dependente doutra, a espécie da sociedade e o local da sua sede.

O art. 10.º do Projecto Preliminar (caso de existência de contrato de predomínio, mas para o qual remete o art. 6.º relativo a dependência fora do grupo) começa por impor a oferta duma adequada indemnização em dinheiro. No entanto,

a) se a contraparte é uma sociedade por acções independente constituída em conformidade com o direito de um dos Estados membros, ela pode propor, em substituição da indemnização em dinheiro, a troca das acções dos accionistas livres por acções ou obrigações, convertíveis ou não, da sociedade dominante; a proposta pode também deixar aos accionistas livres a escolha entre a indemnização em dinheiro e a troca das suas acções;

b) se a contraparte é uma sociedade por acções independente, não constituída segundo o direito dum Estado membro, também ela pode propor aos accionistas livres a escolha entre uma indemnização em dinheiro e a troca das suas acções por acções ou obrigações, convertíveis ou não.

O art. 36.º do Projecto Preliminar reproduz (para os casos de grupo fora do contrato de predomínio) o disposto no art. 10.º, mas com uma diferença: as acções ou obrigações, convertíveis ou não, oferecidas pela empresa dominante são acções ou obrigações da *sociedade dominante do grupo*, a qual pode não ser a sociedade oferente. Vimos nos textos acima referidos situações desse género, mas parece estranho que, no caso do art. 36.º, não seja permitida a oferta de acções ou obrigações da própria dominante, se esta por sua vez for dependente doutra. Este

aspecto talvez esteja relacionado com o complicado art. 50.º, onde se prevê a hipótese de uma sociedade dependente (do grupo) ser controlada pela sociedade dominante (do grupo) mediante uma ou outras empresas do grupo; é, pois, uma hipótese de domínio indirecto. Nessa hipótese, essas outras empresas através das quais é estabelecido o domínio entre as duas primeiramente consideradas podem fazer as ofertas previstas no art. 36.º, ou seja, a indemnização e a compensação. A partir da publicação da oferta duma dessas sociedades, opera-se uma espécie de fixação e, portanto, os outros efeitos — poder de dar instruções, responsabilidade por essas instruções — produzem-se quanto a essa sociedade e só essa.

A articulação entre as várias opções deixadas aos accionistas livres é feita pelo art. 18.º do Projecto Preliminar, que, em resumo, dispõe: «o accionista que pretenda a indemnização (em dinheiro ou em acções ou obrigações) deve exigi-la dentro de um prazo, que é de três meses a contar da publicação do contrato, salvo se tiver havido recurso ao tribunal, pois neste caso será de um mês a partir da publicação da decisão judicial; os accionistas que não tenham exigido a indemnização têm direito à compensação anual; as duas partes contratantes são solidariamente responsáveis pelo pagamento da indemnização em dinheiro e pela compensação; pela troca de acções é responsável a contraparte contratual.

É comum a todos os textos aqui considerados a preocupação de que os accionistas obtenham realmente contrapartida adequada, quer quanto à compensação quer quanto à chamada indemnização a receber pelas suas acções. Usam-se para o efeito exames por peritos, ou nomeados pela sociedade ou nomeados pelo tribunal, e recursos a decisões judiciais. Seria muito longo e julgo que sem interesse reproduzir aqui os preceitos dos quatro textos sobre o assunto e por isso apenas descreverei o processo usado pelo Projecto Preliminar para a hipótese de contrato de domínio (reproduzido, com ligairas adaptações, quanto aos grupos fora do contrato de predomínio).

O órgão de direcção da sociedade dependente (art. 12.º) tem o dever de nomear um ou mais peritos de contas independentes (que podem ser os peritos encarregados da revisão de

contas da sociedade) para redigir um relatório destinado aos accionistas sobre a adequação das propostas. A requerimento de um ou mais accionistas livres da sociedade, o tribunal pode nomear um ou mais peritos, se não for considerada assegurada a imparcialidade dos nomeados pela sociedade. No seu relatório, devem os peritos declarar se, na sua opinião, as propostas da contraparte contratual são conformes aos preceitos da Directiva e se são adequados. Além disso, são exigidas várias menções concretas: a) no caso de indemnização em dinheiro, o montante do património líquido da sociedade calculado com base nos valores reais, o valor de rendimento da sociedade, tendo em conta as perspectivas futuras, os critérios de avaliação do património líquido e do valor de rendimento; no caso de troca de acções: a relação entre os patrimónios líquidos das sociedades calculados com base nos valores reais; a relação dos valores de rendimento das sociedades, tendo em conta as perspectivas futuras; os critérios de avaliação dos patrimónios líquidos e dos valores de rendimento; no caso de pagamento duma compensação anual, os elementos para o cálculo do dividendo médio, quer, conforme os casos, em relação à sociedade dependente quer à sociedade dominante.

O órgão de direcção da sociedade redige um relatório em que expõe o seu próprio ponto de vista sobre o relatório dos peritos e as suas conclusões (art. 13.º).

Depois do contrato aprovado, e no prazo de um mês a contar da sua publicação, um accionista livre pode pedir à autoridade judiciária que examine se a indemnização ou a compensação são adequados (art. 17.º). É deixado às legislações nacionais regular o processo judicial para este efeito, mas são apontados certos passos obrigatórios desse processo. Esse artigo termina por um preceito que já encontramos e que se justifica pela possível mudança que a fixação judicial de montantes pode trazer à vontade de contratar: se a indemnização ou a compensação anual são fixados pela autoridade judiciária, a contraparte contratual pode denunciar sem pre-aviso o contrato, no prazo de um mês, contado do dia em que a decisão transitou em julgado.

XIII, — PROTECÇÃO DIRECTA DOS CREDORES

XIII. — Já vimos que no sistema alemão só está prevista a protecção directa dos credores da sociedade dependente na hipótese de ter terminado um contrato de domínio ou um contrato de entrega de lucros.

Nesse sistema, os credores da sociedade dependente são indirectamente tutelados através das providências tomadas para a manutenção do património social: assunção de prejuízos pela empresa dominante; indemnização de prejuízos causados pelo exercício da influência da empresa dominante.

A hipótese especial acima referida está prevista no § 303 AktG, cujo primeiro trecho dispõe: «No final de um contrato de domínio ou de um contrato de entrega de lucros, o outro contraente tem de prestar caução a favor dos credores da sociedade cujos direitos se tenham constituído antes da inscrição do termo do contrato no registo comercial se considerar anunciada nos termos do art. 10.º do Código Comercial, se estes se lhe dirigem, para este fim, dentro de seis meses após o anúncio da inscrição. Os credores devem ser avisados desse direito no anúncio do registo».

Esta tutela de credores é ainda um reflexo da existência e do funcionamento do contrato de domínio ou de entrega de lucros; a situação em que a sociedade possa ter ficado, por causa da empresa dominante, quando esse contrato terminar, justifica que os credores cujos créditos tenham sido constituídos antes de o termo do contrato ter sido tornado público possam, se nisso tiverem interesse, requerer a prestação de caução a seu favor,

No Estatuto de S.E., a protecção dos credores das empresas que, num grupo, sejam dependentes, está contida no art. 239.º, do seguinte teor: «1. A empresa de grupo dominante responde pelas obrigações da sociedade de grupo dependente, 2, A acção não pode, contudo, ser exercida contra a empresa de grupo dominante senão depois de o credor ter infrutiferamente colocado em mora, por escrito, a sociedade de grupo dependente, para satisfazer o seu crédito».

Pode este regime ser considerado drástico, mas não pode ser apodado de confuso. Nenhuma distinção, nem de natureza nem de tempo, é estabelecida entre os débitos da sociedade dependente; a sociedade dominante responde por todos, a partir do momento em que se tornou dominante.

Os autores do projecto de Estatuto não escondem que esta responsabilidade conduz a «um certo excesso em favor do credor», mas consideram-na justificada «por causa das possibilidades de intervenção da empresa dominante na gestão da empresa dominada». O sistema de cobertura, pela empresa dominante, das perdas da empresa dependente foi inteiramente excluído pelos autores do Estatuto, com preferência da responsabilidade directa da empresa dominante «porque esta tem a vantagem de o credor poder também accionar a empresa que tem a responsabilidade económica da situação do seu devedor», vantagem que é um facto claríssimo, mas que, salvo o devido respeito, não constitui justificação aceitável.

A única atenuação encontra-se na prévia tentativa de satisfação pela sociedade directamente responsável.

Atenuação formalmente menos exigente, mas praticamente com valor aproximado, encontra-se na Proposta COUSTÉ, cujo art. 24.º dispõe: «A sociedade dominante responde, solidariamente com a sociedade dependente, por qualquer dívida desta, vencida antes do exercício antecedente ser encerrado e que continue exigível três meses depois da aprovação das contas do dito exercício». Plena cominação de responsabilidade solidária da empresa dominante, sem atenção à data, anterior ou posterior ao início do domínio, de constituição do débito ou da natureza desta; o simples decurso de um outro prazo a contar da aprovação das contas de exercício da sociedade dependente, torna o débito exigível à sociedade dominante.

O art. 24.º aplica-se no caso de haver contrato de afiliação; na hipótese de não existir tal contrato, não podem os credores da sociedade dependente agir directamente contra a sociedade dominante, a não ser no caso de responsabilidade desta, nos termos do art. 37.º, que já acima referi.

Os direitos dos credores, segundo o Projecto Preliminar

de Directiva, em caso de simples dependência fora dum grupo de empresas, art. 4.º, n.º 2, foram acima expostos.

Conforme o seu sistema, já explicado, de criação de regimes paralelos, o Projecto Preliminar volta a tratar dos direitos dos credores em dois lugares distintos, consoante haja contrato de predomínio ou o grupo se tenha formado fora do contrato de predomínio.

Para o primeiro caso, o art. 21.º dispõe: «1. A contraparte contratual responde pelas obrigações da sociedade nascidas antes da celebração do contrato e durante o período de validade deste. 2. A acção contra a contraparte contratual pode apenas ser proposta se o credor tiver sem resultado colocado em mora, por escrito, a sociedade».

Para o segundo caso, vale o art. 46.º: «1. A empresa dominante do grupo responde pelas obrigações contraídas pela sociedade dependente. 2. A acção contra a empresa dominante do grupo pode ser proposta apenas se o credor tiver sem resultado colocado em mora, por escrito, a sociedade».

A diferença das hipóteses básicas determina as diferenças de redacção, a mais importante das quais respeita ao nascimento da obrigação. O art. 21.º, pressupondo a existência dum contrato de predomínio, refere-se ao tempo anterior à celebração desse contrato e ao tempo de validade deste; o art. 46.º, por não haver um contrato de predomínio que possa servir como ponto de referência, abrange todas as obrigações da sociedade dependente.

A responsabilidade da empresa dominante não é meramente subsidiária, pois não é exigido que os bens da sociedade dependente tenham sido previamente excutidos.

XIV — PROTECÇÃO DE TRABALHADORES

XIV. — O art. 100.º do Estatuto de S.E. determina que seja constituída uma comissão europeia de empresa em qualquer S.E. que tenha pelo menos dois estabelecimentos situados em diferentes Estados membros, cada um com o mínimo de 50 trabalhadores.

São comissões formadas por trabalhadores e têm as funções estabelecidas no Estatuto correspondentes às das comissões de trabalhadores de empresas, dos direitos nacionais.

Os arts. 130.º e seguintes do mesmo Estatuto prevêem a formação da comissão de empresa de grupo numa S.E. que seja a sociedade dominante dum grupo, tal como definido no art. 223.º, desde que o grupo compreenda pelo menos dois estabelecimentos com sede nos Estados membros e tendo pelo menos 50 trabalhadores cada. O mesmo se aplica no caso de a S.E. ser ela própria dominada por outra empresa dentro dum grupo, a não ser que os trabalhadores da S.E. e das empresas de grupo dependentes dela estejam representados nessa empresa por um órgão equivalente à comissão de empresas de grupo de S.E.

Os artigos seguintes regulam a composição, competência direitos da comissão e deles parece-me mais interessante, por mostrar a articulação dessa com outras comissões, o art. 134.º, onde se dispõe que: a comissão de grupo de empresas tem por missão defender os interesses dos trabalhadores que exerçam a sua actividade no grupo dominado pela S.E.; a competência da comissão de empresa de grupo abrange apenas assuntos respeitantes ao grupo ou a várias empresas do grupo e que não possam ser resolvidas pelos órgãos representativos dos trabalhadores existentes nas empresas do grupo; a comissão de empresas do grupo não pode negociar nem celebrar acordos respeitantes às condições de trabalho a não ser que uma convenção colectiva europeia a autorize expressamente a celebrar acordos complementares.

O relatório da Proposta COUSTÉ prevê que a entrada duma sociedade num grupo suscite, relativamente aos trabalhadores desta, duas ordens de problemas:

— manutenção dos contratos de trabalho e das vantagens adquiridas por efeito desses contratos e/ou das convenções colectivas;

— representação dos trabalhadores das empresas dependentes junto da empresa dominante.

A proposta só se ocupa da segunda ordem de problemas, para os quais estabelece duas providências: a representação dos

trabalhadores da sociedade dependente no comité de empresa do grupo; o destino das acções ou outros títulos da sociedade dependente recebidos ou adquiridos pelos trabalhadores nesta qualidade.

O art. 25.º cria, junto da sociedade dominante, uma comissão central de grupo, cujo parecer deve ser obrigatoriamente pedido pelos órgãos de direcção ou de gestão desta sociedade, sempre que as decisões, previstas em certos diplomas, respeitem a uma ou mais sociedades afiliadas e não apenas à sociedade dominante.

A comissão central de grupo é composta por membros designados pelas comissões de empresa das sociedades afiliadas e da sociedade dominante, em função do número de trabalhadores desta sociedade, nas condições que serão fixadas por decreto.

Os pareceres e decisões da comissão central de grupo impõem-se às comissões de empresa das sociedades afiliadas e da sociedade dominante.

O art. 26.º prevê que os trabalhadores da sociedade afiliada tenham recebido ou adquirido acções desta, em circunstâncias contempladas em certos preceitos legais, e regula, em termos que não vale a pena pormenorizar, o regime das próprias acções ou da compensação em dinheiro que, por aquelas acções, os trabalhadores venham a receber da sociedade dominante.

Nenhum dos outros textos analisados trata de aspectos relativos a trabalhadores, mas na Alemanha há que mencionar outros diplomas. A Lei de Cogestão (Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer, de 4 de Maio de 1976) § 1 atribui um direito de cogestão aos trabalhadores de certas empresas, definida pelo seu tipo jurídico e pelo número de trabalhadores (2 000).

O § 5 respeita ao Konzern e dispõe (deixando agora os casos de sociedades em comandita, de que o parágrafo também trata) que, se uma empresa referida no § 1 for a empresa dominante dum Konzern, os trabalhadores das empresas de Konzern consideram-se como trabalhadores da empresa dominante, para os efeitos da aplicação dessa pena à empresa dominante.

Também a Betriebsverfassungsgesetz, na redacção de 18 de Janeiro de 1972, prevê a criação embora facultativa, duma comissão de grupo de empresas, Konzernbetriebsrat. O § 54 estabelece que num Konzern, tal como definido no § 18(1) AktG, um Konzernbetriebsrat pode ser criado por resolução das comissões centrais de empresa, desde que esta resolução obtenha aprovação de comissões das empresas dependentes onde trabalhem pelo menos 75 % da totalidade dos trabalhadores do Konzern. Dos preceitos relativos a essa comissão de grupo destaca o § 58, relativo à competência: a comissão de grupo de empresas terá competência para assuntos que afectem o grupo ou duas ou mais das suas empresas dependentes, que as comissões das empresas não sejam capazes de resolver com estas, mas aquela comissão de grupo não será considerada um órgão superior às comissões de empresas.

XV — OUTROS CONTRATOS DE EMPRESA

XV. — Seria muito longo reproduzir aqui toda a regulamentação alemã dos contratos de empresa. Limitar-me-ei a relatar os preceitos do Projecto Preliminar de Directiva, antepondo uma observação quanto ao sistema.

A Lei alemã define os contratos de empresa nos §§ 291 e 292. As várias Secções que começam no § 293 regulam globalmente os contratos de empresa, de modo que alguns desses preceitos aplicam-se a todos os contratos de empresa, enquanto outros preceitos são aplicáveis apenas aos tipos de contratos de empresa neles expressamente mencionados.

O Projecto Preliminar de Directiva regula separadamente, como vimos, o contrato de domínio e depois regula, também separadamente, o contrato de entrega de lucros; finalmente, agrupa os outros tipos de contratos de empresa. O disposto quanto ao contrato de domínio constitui a regulamentação básica; quanto aos outros, o Projecto Preliminar procede por meio de remissões.

Dos contratos de empresa previstos e regulados pelos arts. 58.º e seguintes do Projecto Preliminar, não é imposta

aos Estados membros a aceitação; na suposição de que uma legislação nacional já aceite ou venha a aceitar alguns desses contratos, torna-se obrigatório que a respectiva regulamentação se conforme com os preceitos da Directiva.

O art. 58.º prevê a estipulação dum contrato pelo qual uma sociedade por acções se obriga a entregar os seus próprios lucros anuais a uma outra empresa (AktG § 291(1), Gewinnabführungsvertrag, que inclui também expressamente o contrato pelo qual uma sociedade por acções ou uma sociedade em comandita por acções se comprometa a explorar a sua empresa por conta de outra). É feita remissão para a disciplina do contrato de predomínio no respeitante à estipulação, às modificações, à dissolução e à rescisão do contrato. Especificamente, é disposto o seguinte: a quota máxima dos lucros que pode ser entregue em virtude do contrato não pode ser superior ao saldo anual existente antes da entrega, deduzidas as importâncias eventualmente levadas a perdas do exercício precedente e a reserva legal (importado do § 301 AktG).

No art. 59.º estão previstos dois tipos de contrato de empresa: *a)* o contrato pelo qual uma sociedade por acções se compromete a pôr em comum, no todo ou em parte, os próprios lucros anuais ou os lucros anuais de algum seu estabelecimento, com o lucro anual de outras sociedades ou de outros estabelecimentos destas, com o fim de os subdividir entre as partes do contrato (AktG, § 292(1), Gewinngemeinschaftsvertrag: «... se obrigue a pôr em comum os seus lucros ou o lucro de certos negócios seus, no todo ou em parte, com os lucros de outra empresa ou de certos negócios de outra empresa, para partilha de um lucro comum»); *b)* faz locação de toda a sua empresa a uma outra ou de qualquer modo efectua a concessão desta (AktG § 292(3), Betriebspachtvertrag, Betriebsüberlassungsvertrag: «... dar de arrendamento os negócios da sua empresa a uma outra ou lhos transfira de qualquer forma»).

Destes contratos, são reguladas por meio de remissão para o contrato de predomínio a modificação, a dissolução e a resolução. Autonomamente é prescrito que os contratos devem revestir a forma escrita e ser aprovados pelo órgão de vigilância e pela assembleia geral da sociedade, devendo antes da

deliberação da assembleia geral o órgão directivo da sociedade explicar o contrato; o contrato deve ser publicado, nos termos da Directiva n.º 68/151/CEE, tornando-se o contrato eficaz a partir dessa publicação.

O art. 61.º contempla uma hipótese especial: se entre uma sociedade por acções dependente e a pessoa que a domina ou uma outra sociedade de tal pessoa for celebrado um contrato abrangido pelo art. 59.º, 1, b) (contrato de arrendamento ou de concessão da empresa) aplicam-se várias disposições relativas ao contrato de predomínio, mas não os arts. 1.º a 6.º, ou seja, os preceitos que especificamente disciplinam as consequências do domínio fora do grupo de empresas.

XVI. — LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE GRUPOS DE SOCIEDADES

XVI. — A exposição de direito brasileiro que vou fazer tem carácter meramente descritivo e para ela utilizei apenas a própria Lei e um artigo de FABIO CONDER COMPARTATO, *Les groupes de sociétés dans la nouvelle loi brésilienne des sociétés par actions* — Riv. Soc. 1978, pág. 845.

Além do motivo que logo de início disse ser óbvio para proceder a esta exposição, veremos que estas normas têm interesse em si mesmas, pelo modo original como foram colocados e como são resolvidos certos problemas.

Antes de expor a disciplina dos grupos de sociedades, transcreverei dois artigos relativos ao accionista controlador, por se tratar de matéria também acima versada.

A Lei de Sociedades Anónimas — Lei n.º 6404, de 15 de Dezembro de 1976 — dedica os arts 116.º e 117.º ao «accionista controlador», estabelecendo o primeiro os seus deveres e o segundo as suas responsabilidades.

O corpo do art. 116.º define accionista controlador: «Entende-se por accionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

- a) É titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de

modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia;

b) Usa efectivamente seu poder para dirigir as actividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia».

Os deveres do accionista controlador aparecem no § único do art. 116.º:

«O accionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objecto e cumprir a sua missão social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais accionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que actua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender».

O accionista controlador responde pelos danos causados por actos praticados com abuso de poder (art. 117.º).

As modalidades de exercício abusivo de poder estão enumeradas no art. 117.º § 1.º e são:

a) Orientar a companhia para fim estranho ao objecto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra entidade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos accionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional;

b) Promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outros, vantagem indevida, em prejuízo dos demais accionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;

c) promover a alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adopção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízos a accionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;

d) Eleger administrador ou fiscal que sabe inepto, moral ou tecnicamente;

e) Induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar acto ilegal, descumprindo seus deveres definidos nesta

lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação na assembleia geral;

f) Contratar com a companhia, directamente ou através doutrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas;

g) Aprovar ou fizer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade.

No caso da alínea e) do § 1.º, o administrador ou o fiscal que praticar o acto ilegal responde solidariamente com o accionista controlador (2.º).

O accionista controlador que exerce cargo de administrador ou fiscal tem também os deveres e responsabilidades próprias do cargo (§ 3.º).

O Capítulo XX da Lei n.º 6404 é epigrafado «Sociedades coligadas, controladoras e controladas». A sua Secção I, por sua vez intitulada «Informações no relatório da administração», depois de determinar no corpo do art. 243.º que o relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício, define nos §§ 1 e 2 sociedades coligadas e sociedades controladas; são coligadas as sociedades quando uma participa com dez por cento ou mais, do capital da outra, sem controlá-la; considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, directamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócios que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

A Secção II ocupa-se da «Participação recíproca» e não nos interessa agora. A Secção III é importante para os nossos propósitos e ocupa-se da «Responsabilidade dos administradores e das sociedades controladoras». O art. 245.º estabelece a responsabilidade dos administradores das sociedades interligadas; começa por fixar a regra dos deveres dos administradores — os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cum-

prindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se as houver, observem condições estritamente cumulativas, ou com pagamento compensatório adequado —; em seguida passa à responsabilidade — e respondem perante a companhia pelas perdas e danos resultantes de actos praticados com infracção do disposto neste artigo.

O art. 246.º trata especificamente da responsabilidade da sociedade controladora, mas socorre-se do disposto nos arts. 116.º e 117.º acima transcritos: «A sociedade controladora será obrigada a reparar os danos que causar à companhia por actos praticados com infracção do disposto nos arts. 111.º e 117.º». Os parágrafos do mesmo artigo referem-se à acção de indemnização, que pode ser proposta ou por accionistas que representem cinco por cento ou mais do capital social ou por qualquer accionista, desde que preste caução pelas custas e honorários de advogado devidos no caso de vir a acção a ser julgada improcedente. Por curiosidade, anoto que, pelo § 2, a sociedade controladora será condenada a pagar honorários de vinte por cento.

Passo em claro várias Secções do Capítulo XX; a Secção IV, «Demonstrações financeiras», por o seu interesse ser reduzido para a Europa, perante o Projecto de 7.ª Directiva da CEE; a Secção VI, «Alienação do controle» e a Secção VII, «Aquisição de controlo mediante oferta pública», por respeitarem a assuntos de que já me ocupei em estudos publicados, e a Secção VIII, «Incorporação de sociedade controlada», cujo estudo tem lugar próprio a respeito das fusões de sociedades.

Interesse muito especial, sob vários pontos de vista, tem a Secção V, intitulada «Subsidiária integral». Como diz o autor acima citado, o Brasil adoptou a wholly-owned subsidiary (mas não a one-man company). Se bem percebo o disposto nos arts. 251.º e 252.º, a nova lei brasileira permite a constituição duma sociedade como subsidiária integral doutra sociedade (entenda-se «sociedade» como sociedade anónima, no sentido brasileiro de «companhia») e bem assim que uma sociedade se torne subsidiária de outra de modo integral.

A constituição inicial e directa duma sociedade como subsidiária integral doutra sociedade é permitida pelo corpo do art. 251.º: «A companhia pode ser constituída, mediante escri-

tura pública, tendo como único accionista sociedade brasileira». É a consagração plena e despida de preconceitos da sociedade unipessoal *constituída* como instrumento de gestão.

Uma vez admitida a constituição directa da subsidiária integral, logicamente é de admitir que se mantenha como sociedade subsidiária integral uma sociedade de que outra adquiriu a totalidade das acções. O art. 251.º § 2 dispõe: «A companhia pode ser convertida em subsidiária integral mediante aquisição, por sociedade brasileira, de todas as suas acções, ou nos termos do art. 252.º». Consequentemente, é necessário que, apesar da unipessoalidade, a sociedade subsidiária integral não se dissolva e, embora isso já se depreenda do art. 251.º, está expressamente prescrito no art. 206.º, I, *d*).

A submissão de uma sociedade, por deliberação maioritária, ao regime de subsidiária integral é permitida pelo art. 252.º Fala este preceito em «incorporação de todas as acções do capital social ao património de outra companhia brasileira», o que — apesar do termo «incorporação» — distingue esta hipótese da fusão por incorporação e a coloca no lado da *Eingliederung* e *intégation* europeias, a que eu acima chamei anexação.

Por esse art. 252.º, a incorporação de todas as acções do capital social ao património de outra companhia brasileira, para convertê-la em subsidiária integral, será submetida à deliberação da assembleia geral das duas companhias mediante protocolo e justificação, nos termos dos arts. 224.º e 225.º

A assembleia geral da companhia incorporadora, se aprovar a operação, deverá autorizar o aumento de capital, a ser realizado com as acções a serem incorporadas e nomear os peritos que as avaliarão; os accionistas não terão direito de preferência para subscrever o aumento de capital, mas os dissidentes poderão retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor das suas acções, nos termos do art. 230.º

A assembleia geral da companhia cujas acções houverem de ser incorporadas somente poderá aprovar a operação pelo voto de metade, no mínimo, das acções com direito de voto, e se a aprovar, autorizará a directoria a subscrever o aumento de capital da incorporadora, por conta dos seus accionistas; os dissidentes da deliberação terão direito de retirar-se da com-

panhia mediante o reembolso do valor das suas acções, nos termos do art. 230.º

Aprovado o laudo de avaliação pela assembleia geral da incorporadora, efectivar-se-á a incorporação e os titulares das acções incorporadas receberão directamente da incorporadora as acções que lhes couberem.

A Lei brasileira só fala em *grupos de sociedades*, quando estes são constituídos nos termos do art. 265.º: «A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objectos, ou a participar de actividades ou empreendimentos comuns. A sociedade controladora, ou de comando do grupo, deve ser brasileira, e exercer, directa ou indirectamente, e de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como titular de direitos de sócio ou accionista, ou mediante acordo com outros sócios ou accionistas.

Talvez influenciado pelo modo como na Europa são colocados estes problemas e sobretudo pela distinção entre grupos de facto e grupos de direito ou organizados, COMPARATO, no estudo acima citado, entende que a lei brasileira contém no Capítulo XX, que acima sumariei, uma regulamentação dos grupos de facto, enquanto o Capítulo XXI, que começa com o citado art. 265.º, regula o grupo de direito. Pode constituir simples questão de palavras designar ou não por grupo de facto o conjunto de sociedades que, nos termos e para os efeitos do Capítulo XX, são consideradas coligadas ou controladas; importante será, como questão de substância, definir rigorosamente os preceitos jurídicos aplicáveis a esse «grupo de facto» ou cuja aplicação decorra das situações de coligação ou de controlo. No entanto, afigura-se-me que a distinção entre grupo de facto e grupo de direito (simplesmente «grupo» na terminologia da lei brasileira) não permite apreender a essência da disciplina do «grupo».

Na verdade, a nova lei brasileira não encara o grupo de sociedades como uma situação de facto cujos efeitos perniciosos importa evitar ou corrigir, mas sim como uma realidade económica que interessa estruturar. Ora, nos sistemas europeus,

a distinção entre grupo de factos e grupo organizado assenta na identidade das situações de facto e na igualdade ou grande semelhança dos efeitos nos dois casos, como suponho ter ficado bem nítido a propósito do sistema adoptado pelo Projecto Preliminar de Directiva. Entrando-se no campo da estruturação do grupo, como faz a Lei brasileira, adopta-se um ponto de vista que, por definição, exclui os grupos de facto, ou pelo menos altera a natureza destes, que passariam a ser grupos de facto se estruturassem como os verdadeiros grupos (ou grupos de direito), sem obediência aos requisitos que para isso a lei prescrevesse. Parece-me serem grupos de facto, entendidos desta maneira, que o art. 267.º teve em vista, ao dispor «somente os grupos organizados de acordo com este capítulo poderão usar designação com as palavras «grupo» ou «grupo de sociedades».

Instrumento de constituição do grupo é, como diz o art. 265.º, uma convenção, cujo objecto é genericamente estabelecido no art. 266.º: «As relações entre as sociedades, a estrutura administrativa do grupo e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades filiadas serão estabelecidas na convenção do grupo, mas cada sociedade conservará personalidade e patrimónios distintos» e especificado no art. 269.º, do seguinte teor:

«O grupo de sociedades será constituído por convenção aprovada pelas sociedades que o componham, a qual deverá conter:

- I — a designação do grupo;
- II — a indicação da sociedade de comando e das filiais;
- III — as condições de participação das diversas sociedades;
- IV — o prazo de duração, se o houver, e as condições de extinção;
- V — as condições para admissão de outras sociedades e para retirada das que o componham;
- VI — os órgãos e cargos da administração do grupo, suas atribuições e as relações entre a estrutura administrativa do grupo e as sociedades que o componham;

- VII — a declaração de nacionalidade do controlo do grupo;
VIII — as condições para alteração da convenção.

Parágrafo único. Para os efeitos do número VII, o grupo de sociedades considera-se sob o controlo brasileiro se a sua sociedade de comando está sob o controlo de:

- a) Pessoas naturais residentes ou domiciliadas no Brasil;
- b) pessoas jurídicas de direito público interno; ou
- c) Sociedade ou pessoas brasileiras que, directa ou indirectamente, estejam sob o controlo das pessoas referidas nas alíneas a) e b)».

A convenção de grupo deve ser aprovada com observância das normas para alteração do contrato social ou do estatuto; os sócios ou accionistas dissidentes da deliberação de se associar a grupo têm direito, nos termos do art. 137.º, ao reembolso das suas acções ou quotas (arts. 270.º e § único).

Considera-se constituído o grupo a partir da data do arquivamento, no registo do comércio da sede da sociedade de comando, da convenção de constituição do grupo ou outros documentos (art. 271.º).

A convenção deve definir a estrutura administrativa do grupo de sociedades, podendo criar órgãos de deliberação colegiada e cargos de direcção geral. A representação das sociedades perante terceiros, salva disposição expressa na convenção de grupo; caberá exclusivamente aos administradores de cada sociedade, de acordo com os respectivos estatutos e contratos sociais (art. 272.º e § único).

De importância muito especial revestem-se os arts. 273.º e 276.º Pelo primeiro, «Aos administradores das sociedades filiadas, sem prejuízo das suas atribuições, poderes e responsabilidades, de acordo com os respectivos estatutos ou contratos sociais, compete observar a orientação geral estabelecida e as instruções expedidas pelos administradores do grupo que não importem violação da lei ou da convenção de grupo». Pelo outro, «A combinação de recursos e esforços, a subordinação dos interesses de uma sociedade aos de outra, ou do grupo, e a participação em custos, receitas ou resultados de actividades ou empreendimentos, somente poderão ser opostos aos sócios

minoritários das sociedades filiadas nos termos da convenção do grupo». Seguem-se no art. 276.º três parágrafos, o primeiro definindo accionistas minoritários como todos os sócios da filiada, com excepção da sociedade de comando e das demais filiadas do grupo; o segundo, mandando determinar no balanço de exercício de cada sociedade interessada a distribuição de custos, receitas e resultados e as compensações entre sociedades, prevista na convenção de grupo; o terceiro, atribuindo aos sócios minoritários da filiada acção contra os administradores desta e contra a sociedade de comando do grupo para haver reparação de prejuízos resultantes de actos praticados com infracção das normas deste artigo, observado o disposto nos parágrafos do art. 246.º

Os accionistas minoritários — «accionistas livres» ou «externos» noutras terminologias — apenas dispõem de acção no caso de violação da convenção de grupo, o que em princípio está certo, pois a convenção de grupo só pode estar em vigor se tiver sido aprovada por eles. Tem, contudo, cabimento a observação de COMPARATO, ob. cit., no sentido de a convenção não poder assumir character leonino, ficando uma sociedade filiada no grupo condenada perpetuamente a funcionar sem lucros ou a transferir integralmente os seus lucros para sociedades do grupo.

Duas outras disposições, sobre as quais não vale a pena entrar em pormenores, mandam o grupo de sociedades publicar, além das demonstrações financeiras referentes a cada uma das companhias que o compõem, demonstrações consolidadas, compreendendo todas as sociedades do grupo (art. 275.º) e permitem que o funcionamento do conselho fiscal da companhia filiada a grupo, quando não for permanente, seja pedido por accionistas não controladores que representem no mínimo, cinco por cento das acções ordinárias, ou das acções das acções ordinárias, ou das acções preferenciais sem direito de voto (art. 277.º).