

PORTUGAL

BREVE RESENHA (E APRECIÇÃO CRÍTICA) DA PROPOSTA DA COMISSÃO EUROPEIA PARA UMA DIRETIVA DA MOBILIDADE TRANSFRONTEIRIÇA DAS SOCIEDADES

Breve Resenha (e Avaliação Crítica) da Proposta da Comissão Europeia para uma Diretiva da Mobilidade Transfronteiriça das Sociedades

Está em preparação uma Diretiva que irá introduzir alterações relevantes no panorama europeu do direito das sociedades. Anos depois da harmonização das normas nacionais em matéria de fusões transfronteiriças, prevê-se agora uma revisão das regras aplicáveis a essas operações, bem como a introdução de um regime harmonizado para as transformações e cisões transfronteiriças. Do equilíbrio das soluções que venham a ser aprovadas dependerá a concretização destas importantes manifestações da liberdade de estabelecimento.

PALAVRAS-CHAVE

Mobilidade transfronteiriça; liberdade de estabelecimento; fusões, cisões e transformações transfronteiriças; Direito das sociedades da UE.

A Brief Summary (and Critical Analysis) of the European Commission Proposal for a Directive on the Company Cross-Border Mobility

A new Directive which will bring important changes to the European company law framework is under preparation. Years after the harmonisation of the national rules on cross-border mergers, a reform of such rules, along with the introduction of a new, harmonised, regime on cross-border conversions and divisions is now set to be approved. The actual exercise of these important forms of freedom of establishment depends on the ability to strike the right balance in the solutions that are finally approved.

KEY WORDS

Cross-border mobility; freedom of establishment; cross-border mergers, divisions and conversions; EU company law.

Fecha de recepción: 01-01-2019

Fecha de aceptación: 01-02-2019

INTRODUÇÃO

Depois de sucessivos avanços e recuos, a Comissão Europeia avançou, em 2018, com uma proposta de Diretiva (COM(2018) 241 final) com o fito de harmonizar as disposições legais dos Estados Membros em matéria de cisões transfronteiriças e transformações transfronteiriças (i.e., operações através das quais uma sociedade converte a forma jurídica sob a qual se encontra registada num determinado Estado-Membro de origem numa forma jurídica de um Estado-Membro de destino e transfere, pelo menos, a sua sede social para o último, mantendo a sua personalidade jurídica). Propôs também, no mesmo instrumento, uma reforma do regime das fusões transfronteiriças já introduzido no direito da União Europeia pela Diretiva 2005/56/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho (a chamada 10.^a Diretiva de Direito das Sociedades) e atualmente codificado na Diretiva (UE) 2017/1132, do Parlamento Europeu e do Conselho (a “**Diretiva 2017/1132**”).

E, como tantas vezes sucede neste tipo de questões ao nível europeu, sob a aparência de uma regulação meramente mecânica esconde-se, afinal, uma matéria da maior importância prática e simbólica, não

só para a forma como se entende o exercício das liberdades económicas no mercado único Europeu, como para a concretização dos direitos fundamentais consagrados nos documentos e tratados fundacionais da União.

ANTECEDENTES, MOTIVAÇÕES E OPORTUNIDADE DA PROPOSTA

A exposição de motivos da proposta de Diretiva invoca como principal fundamento para a intervenção nesta área a necessidade de facilitar o exercício da liberdade de estabelecimento. Com efeito, a interpretação e a aplicação do princípio da liberdade de estabelecimento, previsto nos artigos 49.^o e seguintes do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“**TFUE**”) tem guiado toda a discussão respeitante à mobilidade intracomunitária de sociedades e influencia decisivamente esta proposta.

Este princípio fundamental tem aplicação no reconhecimento da liberdade de qualquer sociedade europeia (ou, mais rigorosamente, de qualquer sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e que tenha a

sede social, administração central ou estabelecimento principal na União) se estabelecer e exercer atividade económica em qualquer Estado-Membro da União Europeia, em condições de não discriminação relativamente às sociedades desse Estado-Membro. É com base nesse princípio que é reconhecido aos agentes económicos no espaço da União um amplo espaço de liberdade de ação, permitindo-lhes beneficiar tanto da possibilidade de transferência intracomunitária de empresas como do livre exercício transfronteiriço da atividade económica.

Ao longo dos anos, a doutrina e, principalmente, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJEU”) aprofundaram as concretizações práticas deste princípio basilar, aplicando-o às várias formas de mobilidade transfronteiriça de sociedades. Cabe, a este respeito, ainda que de forma necessariamente telegráfica, evocar a linha jurisprudencial iniciada, sobretudo, nos famosos acórdãos *Centros* (Processo C-212/97), *Überseering* (Processo C-208/00) e *Inspire Art* (Processo C-167/01) e continuada por várias outras decisões incluindo - com especial relevo para a matéria em análise - o acórdão *Sevic* (Processo C-411/03). Neste último aresto, o TJEU reconheceu que as fusões transfronteiriças (situação em análise no caso), tal como outras operações societárias transfronteiriças, constituíam meios de exercício da liberdade de estabelecimento. Assim, quaisquer medidas nacionais restritivas daquelas operações deveriam ser consideradas como restrições à liberdade de estabelecimento e apenas poderiam ser aceites desde que estivessem preenchidas as condições estabelecidas na tradição jurisprudencial do TJEU (cfr. o acórdão *Reinhard Gebhard* (Processo C-55/94)): (i) não serem discriminatórias; (ii) responderem a razões imperativas de interesse geral; (iii) serem adequadas ao objetivo prosseguido; e (iv) não ultrapassarem o necessário para o atingir.

Esta corrente jurisprudencial foi corroborada e desenvolvida pelos acórdãos *VALE* (Processo C-378/10) e *Polbud* (Processo C-106/16) nos quais o TJEU declarou plenamente aplicável a liberdade de estabelecimento a transformações transfronteiriças de sociedades, não sendo conforme a essa liberdade a imposição, por um determinado Estado-Membro, de condições mais restritivas do que as aplicáveis à transformação de sociedades de lei nacional. E, numa clarificação importante, o TJEU confirmou que a liberdade de estabelecimento, nestes casos, é aplicável ainda que a sociedade em causa não tenha atividade no Estado-Membro de destino e que, portanto, apenas a sede estatutária (e não

também a sede efetiva) da sociedade seja transferida para esse Estado-Membro.

Se a jurisprudência do TJEU assumiu um papel fundamental na clarificação da posição das operações societárias transfronteiriças no quadro do exercício da liberdade de estabelecimento das sociedades, certo é que, no quotidiano da vida societária, a falta de um regime uniformizado aplicável a este tipo de operações sempre se traduziu numa dificuldade à concretização prática desta liberdade.

De facto, não obstante a aplicação direta dos artigos 49.º e seguintes do TFUE proteger, na teoria, o exercício da liberdade de estabelecimento sob a forma de operações societárias transfronteiriças, a verdade é que, na falta de harmonização, a incerteza quanto às regras procedimentais e materiais aplicáveis a essas operações, a falta de regulação das mesmas pelas leis nacionais e mesmo a existência de regras nacionais incompatíveis entre si constitui um obstáculo ao pleno exercício desta manifestação da liberdade de estabelecimento (cfr., por exemplo, o referido a este respeito na exposição de motivos da proposta de Diretiva e em SCHMIDT, JESSICA, *Cross-border mergers and divisions, transfers of seat: Is there a need to legislate?*, Estudo realizado para a Comissão JURI, junho de 2016 e REYNOLDS, STEPHANE, SCHERRER, AMANDINE e TRULI, EMMANUELA, *Ex-post analysis of the EU framework in the area of cross-border mergers and divisions*, Estudo para o Parlamento Europeu, dezembro de 2016).

Embora esta circunstância tenha sido ultrapassada com sucesso, no que respeita às fusões transfronteiriças, pela introdução da 10.ª Diretiva de Direito das Sociedades, que harmonizou as regras aplicáveis a essas operações (cfr., por exemplo, Bech-Bruun/Lexdale, *Study on the application of the cross-border mergers directive*, setembro de 2013), as cisões e transformações transfronteiriças continuaram a sofrer os efeitos dessa ausência de harmonização.

Como é assinalado pelos diversos estudos feitos a este respeito e pelas respostas às consultas públicas realizadas, os relativamente poucos exemplos de operações de cisão e transformação transfronteiriça operadas (ou, até, frustradas) com recurso direto aos princípios do TFUE constituem uma prova cabal das dificuldades com que estas operações se deparam na ausência de um quadro legal claro sobre a matéria.

Esta constatação constituiu uma das motivações para a preparação e apresentação da proposta por

parte da Comissão Europeia: remover os obstáculos à concretização da liberdade de estabelecimento neste tipo de operações e permitir que as sociedades realizem transformações e cisões transfronteiriças de forma ordenada, eficaz e eficiente, num quadro de elevada segurança jurídica.

Porém, da exposição de motivos e do próprio texto do clausulado proposto fica igualmente clara outra motivação essencial da proposta: prever um regime uniforme e adequado de proteção dos principais participantes na vida societária (trabalhadores, credores e sócios).

De facto, já em 2012 a Comissão Europeia se pronunciava no sentido da necessidade de reforma das regras materiais aplicáveis às fusões transfronteiriças (Plano de Ação relativo ao direito das sociedades europeu e ao governo das sociedades (COM/2012/0740 final)). E, na exposição de motivos da proposta, enuncia os principais inconvenientes da atual regulamentação das fusões transfronteiriças no espaço da União Europeia: (i) falta de harmonização das normas materiais (em particular sobre proteção de credores e sócios minoritários); (ii) ausência de um processo simplificado de fusão; (iii) insuficiente integração de ferramentas e processos digitais; e (iv) insuficiências na informação dada aos trabalhadores sobre estes processos.

As preocupações com os pontos acima referidos transparecem em todo o texto da proposta, sendo patentes igualmente nas regras propostas para as cisões e transformações transfronteiriças.

A PROPOSTA

Ponto prévio. Processo legislativo

A proposta foi apresentada pela Comissão no dia 25 de abril de 2018, tendo sido analisada pelo Grupo do Direito das Sociedades (no seio do Conselho da União Europeia) e pelo Parlamento Europeu. Após um período de análise e negociação entre as Instituições, foi anunciado pela Presidência do Conselho, em 22 de março de 2019, um acordo entre o Conselho e o Parlamento Europeu para um texto revisto da proposta, com ajustes refletindo as discussões sobre o tema entre as Instituições (versão inglesa disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_7426_2019_INIT&from=EN).

Não estando concluído, ainda, o processo legislativo, é possível que este texto venha a sofrer altera-

ções. No entanto, contando o mesmo com o acordo do Conselho e do Parlamento Europeu e com o apoio da Comissão, o mais provável é que a versão final da Diretiva não se afaste em demasia desta versão. É este texto revisto, e não a versão original da proposta emanada pela Comissão, que tomamos como ponto de partida para a análise da proposta.

— Transformações transfronteiriças

Âmbito de aplicação e circunstâncias impeditivas

O regime proposto para as transformações transfronteiriças (artigos 86.º-A e seguintes da Diretiva 2017/1132) seria aplicável às sociedades de responsabilidade limitada de quaisquer dos tipos enunciados no anexo II da Diretiva 2017/1132 (que inclui, no caso português, as sociedades anónimas, as sociedades em comandita por ações e as sociedades por quotas).

O novo capítulo que regulará estas operações começa por definir algumas circunstâncias impeditivas à transformação: não podem sujeitar-se a este tipo de operações sociedades em liquidação que já tenham iniciado o processo de distribuição de ativos aos seus sócios, ou sociedades sujeitas a instrumentos, poderes e mecanismos de resolução de instituições de crédito e de empresas de investimento. Para além destes casos, os Estados-Membros poderão decidir não aplicar as regras sobre transformações transfronteiriças a sociedades em situação de insolvência ou medidas de reestruturação preventivas respeitantes a insolvência ou resolução, ou sociedades em outras situações de liquidação.

Projeto de transformação e relatórios

O primeiro passo para a transformação será a preparação, pelo órgão de administração da sociedade, de um projeto de transformação transfronteiriça contendo os elementos fundamentais da transformação projetada (incluindo, entre outros aspetos, detalhes sobre a compensação pecuniária oferecida aos sócios que se oponham à transformação transfronteiriça e as salvaguardas oferecidas aos credores da sociedade (por exemplo, garantias pessoais ou reais)).

Para além do projeto, o órgão de administração terá, igualmente, de preparar um relatório dirigido aos sócios e aos trabalhadores da sociedade, com a justificação jurídica e económica da transformação e uma explicação das implicações da mesma para os trabalhadores e para os negócios futuros da sociedade (podendo o órgão de administração

apresentar um único relatório com duas secções - uma dirigida aos sócios e outra dirigida aos trabalhadores - ou dois relatórios, cada um deles dirigido a cada um destes grupos de *stakeholders*).

Não será exigida a secção do relatório dirigida aos sócios se todos os sócios tiverem acordado em dispensar este requisito, podendo os Estados-Membros, também, declarar este requisito inaplicável às sociedades com sócio único. Da mesma forma, a secção do relatório dirigida aos trabalhadores não será exigida se tanto a sociedade em questão como as suas filiais não tiverem trabalhadores, para além dos que façam parte do órgão de administração.

A secção do relatório dirigido aos trabalhadores conterà, em particular, uma explicitação do impacto da transformação nos trabalhadores da sociedade e das suas filiais, bem como de quaisquer medidas de salvaguarda propostas (quando aplicável), e a descrição de quaisquer alterações importantes nas condições de trabalho e nos locais em que a sociedade ou as suas filiais exercem a sua atividade.

O relatório acima referido deverá ser disponibilizado eletronicamente (juntamente com o projeto de transformação, se estiver disponível) aos sócios e aos representantes dos trabalhadores (ou aos trabalhadores, se não existirem representantes), pelo menos, seis semanas antes da data da assembleia geral que aprecie o projeto de transformação. Se o órgão de administração da sociedade receber, em tempo útil, pareceres dos representantes dos trabalhadores (ou dos trabalhadores, se não existirem representantes), deverão dar nota desse facto aos sócios e anexar os pareceres ao relatório em causa.

O projeto de transformação deverá ser examinado por um perito independente, que redigirá um relatório sobre o mesmo e apresentá-lo-á aos sócios com, pelo menos, um mês de antecedência relativamente à data da realização da assembleia geral que aprecie o projeto de transformação. Entre outras matérias, o relatório conterà um parecer sobre a adequação da compensação pecuniária oferecida aos sócios que se oponham à transformação transfronteiriça, tendo em conta o valor de mercado das participações na sociedade em questão antes do anúncio da transformação proposta ou a avaliação da sociedade (descontando o efeito da transformação proposta), calculado de acordo com métodos de avaliação geralmente aceites.

Como acontece para a secção do relatório do órgão de administração dirigida aos sócios, a fiscalização do projeto de transformação por perito indepen-

dente não será exigida se todos os sócios tiverem acordado em dispensar este requisito e os Estados-Membros podem declarar este requisito inaplicável às sociedades com sócio único.

Aos Estados-Membros caberá fixar regras que assegurem que o perito reúne condições de independência e que está livre de conflitos de interesse, e que o seu relatório é imparcial e objetivo, cumprindo os critérios legais e profissionais aplicáveis. As regras relativas à responsabilidade dos peritos pela sua intervenção neste processo serão, igualmente, definidas pela lei nacional.

Publicação e aprovação por assembleia geral

Pelo menos um mês antes da realização da assembleia geral que se pronuncie sobre o projeto de transformação, deverão ser publicados no registo do Estado-Membro de origem o projeto de transformação e um aviso aos sócios, credores e representantes dos trabalhadores (ou aos trabalhadores, se não existirem representantes) informando-os de que poderão fazer chegar à sociedade comentários ao projeto de transformação. Os Estados-Membros podem, igualmente, exigir que seja dada publicidade ao relatório do perito. Para além disso, é dada alguma margem aos Estados-Membros para possibilitarem ou exigirem a utilização de formas de publicitação da transformação projetada distintas do registo.

Tomando em consideração os relatórios e pareceres recebidos sobre a transformação projetada, a assembleia geral deliberará sobre o projeto de transformação.

Não poderá ser impugnada a deliberação de aprovação do projeto de fusão com fundamento na desadequação da compensação pecuniária oferecida aos sócios que se oponham à transformação transfronteiriça, bem como na irregularidade ou insuficiência das informações prestadas relativamente a essa compensação (sem prejuízo, obviamente, da possibilidade de os sócios recorrerem ao tribunal para que lhes seja reconhecido o direito a receber um montante superior ao fixado pelo órgão de administração).

Meios de tutela

Após a aprovação em assembleia geral, a proposta de Diretiva impõe que os Estados-Membros confirmem, pelo menos, aos sócios que tenham votado contra essa aprovação o direito a vender as suas participações, em contrapartida de uma adequada compensação pecuniária. A fixação desta compensação deve constar do projeto de transformação e a

explicação da mesma e a indicação da base para o seu cálculo é um dos elementos que deve constar do relatório dirigido aos sócios, bem como do relatório do perito independente.

A proposta prevê que os Estados-Membros coloquem em vigor um sistema adequado de proteção dos *credores* cujos créditos sejam anteriores à publicação do projeto de transformação, prevendo a possibilidade de os mesmos requererem à autoridade judicial ou administrativa competente a prestação, pela sociedade, de garantias adequadas que protejam a sua posição. Tal requerimento deverá ser apresentado no prazo de três meses a contar da publicação do projeto de transformação, devendo a pretensão dos credores ser aceite quando estes consigam demonstrar, de forma credível, que (i) a transformação faz perigar a satisfação dos seus créditos e que (ii) a sociedade não ofereceu salvaguardas suficientes. Para além desta medida, os Estados-Membros poderão exigir que o órgão de administração da sociedade emita uma declaração de solvência, a divulgar em conjunto com o projeto de transformação. Finalmente, é proposto que os Estados-Membros assegurem que os credores com créditos anteriores à publicação do projeto de transformação possam iniciar processos contra a sociedade para satisfação desses créditos nos tribunais do Estado-Membro de origem, no prazo de dois anos a contar da produção de efeitos da transformação (independentemente do disposto na lei ou de convenção em contrário).

No que diz respeito aos *trabalhadores*, para além do que atrás se referiu, deverão ser cumpridas os direitos de informação e consulta previstos nas Diretivas (CE) 2002/14 e (CE) 2009/38. Adicionalmente, em matéria de participação dos trabalhadores, a proposta contém um artigo com uma regulamentação com base na do atual artigo 133.º da Diretiva 2017/1132, que inclui, no entanto, alterações no sentido de assegurar que, após a conversão, é mantido um regime de participação resultante da transformação não menos favorável que o existente no Estado-Membro de origem.

Fiscalização da legalidade

Para que a transformação possa ser implementada, será necessária a obtenção de um certificado prévio à transformação, emitido por uma autoridade do Estado-Membro de origem. Prevê-se que essa autoridade fiscalize a legalidade da transformação à luz do direito do Estado-Membro de origem. A decisão sobre a emissão do certificado prévio deverá ser tomada num prazo máximo de três meses a contar

da receção, pela autoridade competente, dos documentos e informação respeitantes à aprovação da transformação em assembleia geral. Caso conclua que os requisitos e formalidades necessários à transformação não se encontram reunidos ou cumpridos, a autoridade não emitirá o certificado prévio e notificará a sociedade dos fundamentos da recusa, podendo dar à sociedade um prazo para a verificação ou cumprimento desses requisitos e formalidades.

Para além de uma fiscalização do cumprimento dos requisitos formais e dos procedimentos exigidos para a transformação, a proposta prevê que a autoridade seja impedida de emitir o certificado prévio caso se determine, de acordo com a lei nacional, que a transformação transfronteiriça está a ser tentada com propósitos abusivos ou fraudulentos com vista a evitar a aplicação do direito nacional ou da União Europeia, ou com fins criminosos. Caso tenha sérias suspeitas desse facto, e caso seja necessário analisar informação adicional ou promover atividades investigativas, a autoridade competente beneficiará de um prazo adicional para concluir a sua apreciação (um acréscimo máximo de três meses ou um prazo mais alargado em casos de especial complexidade). Na sua apreciação, a autoridade tomará em consideração todos os factos e circunstâncias relevantes, sendo a análise conduzida de forma casuística, de acordo com um procedimento regulado pela lei nacional do Estado-Membro.

Caso seja emitido, o certificado prévio será enviado às autoridades competentes do Estado-Membro de destino através do sistema de interconexão de registos estabelecido nos termos do artigo 22.º da Diretiva 2017/1132.

O certificado prévio atestará, de forma conclusiva, o cumprimento das formalidades e procedimentos para a transformação no Estado-Membro de origem, cabendo ao Estado-Membro de destino a fiscalização do cumprimento das formalidades e procedimentos para a transformação no Estado-Membro de destino (em especial, os relativos à constituição e registo de sociedades nesse estado e, quando aplicável, os mecanismos de participação dos trabalhadores exigidos de acordo com o regime previsto na proposta de Diretiva).

Registo e efeitos

A produção de efeitos da transformação (cuja data será regulada pelo Estado-Membro de destino, não podendo ser, no entanto, anterior à conclusão do processo de fiscalização da legalidade referida na

secção precedente) será notificada pelo registo do Estado-Membro de destino ao registo do Estado-Membro de origem - após o que o último cancelará a matrícula da sociedade no Estado-Membro de origem.

A transformação transfronteiriça operará uma sucessão universal de todos os ativos e passivos da sociedade, incluindo posições contratuais, créditos, direitos e obrigações (incluindo os resultantes de contratos de trabalho ou das relações laborais existentes à data de produção de efeitos da transformação).

Por último, num apontamento importante e consentâneo com a preocupação, inerente à redação da proposta, de impedir que este tipo de operação transfronteiriça seja utilizado como um expediente para abusos e ilegalidades, a proposta inclui uma disposição que deixa claro que o regime consagrado para as transformações transfronteiriças não prejudica a imposição de sanções e a tomada de medidas, pelos Estados-Membros, de acordo com as leis nacionais, após a data de produção de efeitos da transformação transfronteiriça, no campo do direito penal, da prevenção do financiamento do terrorismo, dos direitos sociais, da fiscalidade e da ação policial.

— Cisões transfronteiriças

Para além das transformações transfronteiriças, a outra operação societária que, caso a proposta da Comissão venha a ser aprovada, passa a ser contemplada na Diretiva 2017/1132, é a cisão transfronteiriça (artigos 160.º-A e seguintes). Abrangendo tanto as operações tradicionalmente designadas, entre nós, por operações de “cisão parcial”, como as operações em que há lugar à dissolução da sociedade cindida, a proposta visa abranger os casos de destaque do património de uma sociedade de um Estado-Membro para constituir uma ou mais sociedades sujeitas à lei de outro Estado-Membro. Não parecem estar abrangidas, pelo menos diretamente, as situações de cisão-fusão, como as contempladas no artigo 118.º, n.º 1, alínea c), do Código das Sociedades Comerciais.

As novas regras repetem, para as cisões transfronteiriças, quase a íntegra das regras dispostas na proposta para as transformações transfronteiriças (*mutatis mutandis*). São, de facto, substancialmente as mesmas as soluções respeitantes às circunstâncias impeditivas da operação, às regras de procedimento respeitantes ao projeto, à prestação de informação aos sócios e trabalhadores, ao relatório

do perito independente, à publicação e aprovação por assembleia geral e ao registo da operação, bem como os meios de tutela ao dispor dos sócios minoritários, credores e trabalhadores.

Algumas especificidades da regulação proposta para as cisões transfronteiriças justificam, ainda assim, um apontamento:

- (i) o conteúdo do projeto de cisão deverá conter informação adicional, nomeadamente no que respeita à data a partir da qual as pessoas a quem sejam atribuídas participações nas sociedades resultantes da cisão terão direito a lucros, à descrição precisa dos ativos e passivos que serão destacados e à avaliação desses ativos e passivos, à alocação de participações e ao rácio de troca utilizado;
- (ii) a clarificação de que o direito de exoneração de sócios minoritários apenas se aplica aos sócios a quem, em resultado da implementação da cisão projetada, seriam atribuídas participações em sociedades de um Estado-Membro distinto do Estado-Membro da sociedade cindida (podendo, no entanto, os Estados-Membros optar por estender o seu âmbito de aplicação a outros sócios);
- (iii) a consagração da responsabilidade solidária da sociedade cindida, caso não seja dissolvida, pelas dívidas que sejam transmitidas para as sociedades resultantes da cisão e que não sejam satisfeitas pelas últimas, até ao limite do valor do ativo líquido transmitido para cada uma dessas sociedades.

— Fusões transfronteiriças

Tratando-se da única operação societária transfronteiriça já regulada na Diretiva 2017/1132 (artigos 118.º e seguintes), as alterações ao regime das fusões transfronteiriça propostas trarão menor novidade.

A proposta começa por acrescentar uma nova modalidade à definição de «fusão»: a operação pela qual uma ou mais sociedades transferem os seus ativos e passivos para outra sociedade já existente, sem a emissão de novas ações por esta última, desde que uma pessoa detenha, direta ou indiretamente, a totalidade das ações das sociedades objeto de fusão ou os sócios das sociedades objeto de fusão detenham as suas ações na mesma proporção em todas as sociedades objeto de fusão.

De seguida, relativamente ao procedimento propriamente dito, a proposta visa ajustar o atual regi-

me, consagrando algumas soluções implementadas nos novos regimes das transformações e cisões transfronteiriças (atrás resumidas) que não têm acolhimento na versão atual da Diretiva 2017/1132. Tal acontece, entre outras matérias, na definição das circunstâncias impeditivas da transformação, no regime da publicação dos projetos de fusão transfronteiriça, nas exigências de preparação do(s) relatório(s) dirigido(s) aos sócios e aos trabalhadores e no seu conteúdo, nas medidas de proteção de sócios minoritários, credores e trabalhadores, nos procedimentos de fiscalização do projeto de fusão e nas regras sobre registo comercial.

Merecem especial destaque, pela sua importância, as seguintes novidades:

- (i) a consagração da necessidade de os órgãos de administração das sociedades intervenientes na fusão transfronteiriça prepararem um relatório dirigido aos sócios e aos trabalhadores das sociedades intervenientes, nos mesmos termos em que esta formalidade é prevista para as transformações e cisões transfronteiriças;
- (ii) o estabelecimento do direito de exoneração dos sócios minoritários que tenham votado contra a fusão transfronteiriça, através da venda das suas participações em contrapartida do recebimento de uma compensação pecuniária (que, ao contrário do que acontece no caso das transformações transfronteiriças - mas não no caso das cisões transfronteiriças -, os Estados-Membros podem permitir que seja substituída por uma compensação em espécie);
- (iii) o reforço das garantias dos credores, com regras semelhantes às constantes dos capítulos aplicáveis às transformações e cisões transfronteiriças; e
- (iv) a introdução de regras que impedem a impugnação da deliberação social que aprove o projeto de fusão com fundamento na desadequação da compensação pecuniária oferecida aos sócios para exercício do direito de exoneração ou da relação de troca aplicável às participações sociais dos sócios nas sociedades intervenientes na fusão, sem prejuízo da exigência de viabilização de meios de reação contra cálculos errados ou irregulares das compensações ou relações de troca aplicadas na fusão.

Por último, devemos também assinalar a existência de uma disposição que, em linha com o que acontece com as transformações e cisões transfronteiriças, salvaguarda os poderes dos Estados-Membros

para aplicar sanções e medidas *ex post* relativamente a abusos ou ilegalidades praticadas com recurso às fusões transfronteiriças.

BREVE ANÁLISE CRÍTICA E CONCLUSÃO

O contexto atual de incerteza jurídica (comprovado pelo reduzido número de operações desta natureza e pela litigiosidade e pelos obstáculos colocados por parte das autoridades nacionais a este tipo de operações) faz com que, na maioria dos casos, o exercício da liberdade de estabelecimento por via de cisões ou transformações transfronteiriças seja excessivamente difícil e oneroso. A introdução de um regime harmonizado em matéria de cisões e transformações transfronteiriças é, consequentemente, uma boa notícia.

Com efeito, se tomarmos a experiência das fusões transfronteiriças como modelo, é razoável assumir que a introdução de um regime harmonizado (quaisquer que sejam as soluções de regime concretamente adotadas, dentro de uma margem de razoabilidade) aumentará significativamente o número destas transações.

Quanto à análise às soluções propostas em matéria de procedimento, deve ter-se sempre em mente o facto de a liberdade de estabelecimento reconhecida às sociedades ser uma decorrência da aplicação direta do TFEU, não carecendo de qualquer tipo de harmonização legislativa para merecer a devida tutela por parte dos Estados-Membros. Esta circunstância tem, desde logo, uma consequência importante: quaisquer regras materiais de direito derivado que limitem ou condicionem a liberdade de estabelecimento devem cumprir requisitos exigentes de proporcionalidade e adequação, na prossecução de objetivos relevantes de interesse geral, de forma a não prejudicarem em excesso a efetivação dessa liberdade.

É a esta luz que devem ser vistas as regras propostas. Observando a versão da proposta de março de 2019, verificamos que, felizmente, muitas das opções mais criticáveis da proposta original da Comissão não tiveram acolhimento. É o caso da regra que previa que o perito com a responsabilidade de emitir um relatório sobre os projetos de transformação e cisão transfronteiriça fosse nomeado pela autoridade competente para fiscalizar a legalidade do processo (em Portugal, os serviços de registo comercial). É, igualmente, o caso das anteriores regras respeitantes ao controlo *ex ante* da

legalidade destas operações transfronteiriças, que na versão original da proposta faziam recurso ao nebuloso conceito dos “*expedientes artificiais*” como circunstância impeditiva à emissão do necessário certificado prévio pelas autoridades do Estado-Membro de origem. Foi também alargado o âmbito de aplicação do regime para abarcar operações de cisão com mais do que uma sociedade beneficiária (em Estados-Membros distintos), as quais estavam excluídas do texto original da proposta.

Alguns pontos continuam, no entanto, a merecer reflexão, entre os quais os seguintes:

- (i) é de duvidoso mérito a opção de restringir a regulação da mobilidade transfronteiriça às *sociedades de responsabilidade limitada*, ficando a dúvida sobre se o âmbito da mesma deveria ser estendido a todas as sociedades, na aceção do artigo 54.º do TFUE (é certo que esta restrição não preclui juridicamente o recurso, por outras sociedades, a fusões, cisões e transformações transfronteiriças no exercício da sua liberdade de estabelecimento - mas mantém os entraves práticos atualmente existentes);
- (ii) as regras relativas à proteção de credores não são claras relativamente aos efeitos do requerimento para prestação de garantias adequadas (designadamente, se o certificado prévio pode ser emitido pelo Estado-Membro de origem na pendência do prazo conferido aos credores para solicitarem essa prestação - ou enquanto está pendente uma decisão quanto a esse pedido por parte da autoridade competente);

(iii) os prazos previstos para a realização dos vários atos prévios à conclusão das três operações transfronteiriças parecem demasiado largos, o que implica que um processo deste tipo se tenha de arrastar, pelo menos, durante vários meses até que esteja concluído, colocando assim em causa a proporcionalidade das medidas de salvaguarda propostas;

(iv) é difícil prever como seria exercida a competência de fiscalização da legalidade que a proposta atribui às autoridades do Estado-Membro de origem, no que respeita à prevenção de operações realizadas com propósitos fraudulentos ou abusivos (parecendo esta competência materialmente mais próxima de uma função jurisdicional ou de supervisão e algo desadequada às funções tradicionalmente asseguradas, por exemplo, pelos serviços de registo - que são, atualmente, as entidades designadas por parte dos Estados-Membros (incluindo Portugal) para a fiscalização dos processos de fusão transfronteiriça).

Pode ser que estas e outras questões que a proposta levanta sejam resolvidas até à sua aprovação. Em todo o caso, independentemente do desfecho final, parece difícil que não se estabeleça em breve, finalmente, um regime harmonizado para a mobilidade transfronteiriça das sociedades, o que não pode deixar de se saudar.

MIGUEL RODRIGUES LEAL (*)

(*) Abogado del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Lisboa)