

Portugal

O RECONHECIMENTO DOS SCHEMES OF ARRANGEMENT PÓS BREXIT

Luís Bértolo Rosa e Diana Nunes

Advogados del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Lisboa)

O Reconhecimento dos Schemes of Arrangement pós Brexit

Os schemes of arrangement consistem numa figura híbrida entre um acordo entre devedor e credores e um mecanismo judicial de reestruturação, há muito sedimentada no direito inglês, e que veio a ser paulatinamente utilizada por sociedades inglesas e estrangeiras, em especial após a grande crise financeira de 2007-2008. Antes do Brexit, discutia-se se o reconhecimento dos schemes of arrangement deveria ser feito ao abrigo dos regulamentos da União Europeia em matéria de insolvência, sobre decisões em matéria civil ou comercial ou enquanto acordo que estabelece obrigações contratuais. Com a concretização do Brexit, foi relançada a discussão sobre o reconhecimento dos schemes of arrangement fora do Reino Unido, impondo-se uma reanálise da questão ao abrigo de outros instrumentos jurídicos de direito internacional público e privado e, também, de direito interno.

PALAVRAS-CHAVE:

SCHEMES OF ARRANGEMENT, REESTRUTURAÇÃO, INSOLVÊNCIA, BREXIT, REGULAMENTO 1346/2000, REGULAMENTO 44/2001, REGULAMENTO 1215/2012, REGULAMENTO 848/2015, REGULAMENTO ROMA I, CONVENÇÃO DE LUGANO DE 2007, CONVENÇÃO DA HAIA DE 30 DE JUNHO DE 2005, CÓDIGO DA INSOLVÊNCIA E DA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Recognising schemes of arrangement after Brexit

Schemes of arrangement are a hybrid figure, long established in English law, that include an agreement between the debtor and its creditors and a judicial mechanism for restructuring. They have been gradually used by English and foreign companies, especially after the 2007-08 financial crisis. Before Brexit, there was a debate as to whether schemes of arrangement should be recognised under European Union insolvency regulations, in judgments in civil or commercial matters, or as an agreement establishing contractual obligations. After Brexit,

the debate on the recognition of schemes of arrangement outside the United Kingdom has surfaced again, and the issue is being re-examined under other legal instruments of public and private international law and, particularly, of national law.

KEYWORDS:

SCHEMES OF ARRANGEMENT, RESTRUCTURING, INSOLVENCY, BREXIT, REGULATION 1346/2000, REGULATION 44/2001, REGULATION 1215/2012, REGULATION ROME I, LUGANO CONVENTION 2007, HAGUE CONVENTION OF 30 JUNE 2005, INSOLVENCY AND RESTRUCTURING CODE, CIVIL PROCEDURAL CODE.

FECHA DE RECEPCIÓN: 1-8-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 2-8-2023

Rosa, Luís Bértolo; Nunes, Diana (2023). O Reconhecimento dos Schemes of Arrangement pós Brexit. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 62, pp. 164-180 (ISSN: 1578-956X).

1. Enquadramento

Os *schemes of arrangement* são uma forma de reestruturação há muito sedimentada no direito inglês — desde o século XIX —, nos termos da qual uma sociedade e os seus credores e/ou acionistas acordam em determinadas medidas de reestruturação¹, sendo posteriormente objeto de homologação por um Tribunal.

De acordo com o disposto no § 895² da Parte 26 do *Companies Act 2006*, um *arrangement* consiste na “reorganisation of the company’s share capital by the consolidation of shares of different classes or by the division of shares into shares of different classes, or by both of those methods”.

Como veremos em maior detalhe, os *schemes of arrangement* são um mecanismo de reestruturação especialmente simples, flexível e eficiente² — desde logo, pela inexistência de quaisquer requisitos relativamente ao conteúdo das medidas de reestruturação ou reorganização do *arrangement* —, o que motivou o incremento da sua utilização ao longo dos anos por sociedades com sede dentro e fora do Reino Unido³, especialmente desde a crise financeira de 2007-2008. Isto é, os *schemes of arrangement* foram sucessivamente procurados por sociedades com sede fora do Reino Unido quando as alternativas oferecidas pelos respetivos sistemas domésticos de insolvência não contemplavam uma solução igualmente simples, flexível e eficiente para uma reestruturação (do passivo, do ativo ou de ambos) e que permitisse que essa reestruturação tivesse lugar antes de a sociedade entrar em situação de insolvência ou de insolvência iminente ou provável.

Sendo os *scheme of arrangement* uma figura híbrida entre um acordo entre devedor e credores e um mecanismo judicial de reestruturação, era muito discutível qual o enquadramento que os mesmos deveriam merecer no âmbito dos diversos Regulamentos da União Europeia potencialmente aplicáveis, até à concretização do *Brexit*⁴.

No pós-Brexit, deixando de se aplicar ao Reino Unido os referidos Regulamentos da União Europeia, a resposta para a questão do reconhecimento dos *schemes of arrangement* passou a ter que ser analisada de um prisma de direito internacional privado convencional — em particular, na Convenção de Lugano de 2007 e na Convenção de Haia de 30 de junho de 2005 —, mas,

sobretudo, à luz do direito internacional privado de cada Estado-Membro, o que, no caso português, convocará a aplicação das normas relevantes do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas e do Código de Processo Civil.

2. O reconhecimento de schemes of arrangement

2.1. Considerações gerais: os schemes of arrangement ingleses

Recorrendo às palavras de Jo Windsor, “un scheme es un procedimiento legal que permite a una sociedad llegar a un acuerdo o compromiso con sus miembros o acreedores (o cualquier clase de ellos) que, en caso de ser aprobado por la mayoría de los destinatarios y tras su aprobación judicial, resultará vinculante para ellos, hayan o no votado a favor del mismo”⁵.

Os *schemes of arrangement* caracterizam-se por permitir, com um elevado grau de flexibilidade, que as partes convençionem as medidas de reestruturação que melhor se adequam ao caso concreto (quer se trate de reestruturação societária e/ou de reestruturação de dívida, entre outros). Assim, podemos encontrar *schemes of arrangement* que sejam *creditor-focused*, prevendo essencialmente medidas de reestruturação e de recuperação de dívida vencida (como, por exemplo, extensões de maturidade ou perdões de dívida ou, ainda, a transmissão de ativos⁶, ou *member-focused*, nos casos em que estabelecem medidas de reestruturação societária, com alterações ao capital social e/ou ao funcionamento e organização dos órgãos societários⁷. De igual modo, os *schemes of arrangement* podem envolver a transferência total ou parcial da sociedade ou dos seus bens, assim como a sua fusão com uma outra sociedade, ou mesmo a sua liquidação.

Uma particularidade relevante dos *schemes of arrangement* prende-se com a circunstância de permitirem que todas as medidas de reestruturação ou reorganização sejam discutidas, aprovadas e implementadas sem que a sociedade tenha que suspender as suas operações ou que fazer intervir um terceiro na condução dos seus negócios, já que os administradores mantêm pleno controlo sobre a sociedade. Aliás, uma sociedade não precisa de estar insolvente ou em situação de insolvência provável ou iminente para se submeter a um *arrangement*, o que permite salvaguardar o valor da empresa antes de entrar em incumprimento com os seus credores e, conseqüentemente, assegurar uma recuperação mais eficiente para os mesmos.

Atualmente, os *schemes of arrangement* estão regulados na Parte 26 do *Companies Act 2006* e envolvem, em regra, três fases.

A primeira fase inicia-se com um pedido dirigido ao Tribunal para que convoque uma assembleia de credores e/ou de acionistas (ou de classes de credores e/ou acionistas, conforme o caso⁸, a fim de submeter um *arrangement* a votação. Em regra, o *arrangement* é elaborado pelo conselho de administração da sociedade e posteriormente apresentado aos credores e/ou acionistas que irão intervir no mesmo⁹. Contudo, têm legitimidade para formular esse pedido a sociedade devedora, qualquer credor ou sócio e, ainda, o liquidatário ou o administrador da insolvência, caso a sociedade se encontre em liquidação ou insolvente¹⁰. A convocação da assembleia de credores e/ou de acionistas deve ser sempre acompanhada de uma declaração, indicando quais os efeitos

pretendidos com o *arrangement* e qual o impacto que o *arrangement* terá para os direitos ou interesses dos administradores e/ou financiadores da sociedade, em particular nos casos em que esse impacto seja distinto daquele que resultará para os demais credores¹¹.

Verificados os respetivos requisitos processuais acima elencados, passar-se-á à segunda fase: a realização da assembleia de credores e/ou de acionistas. Esta assembleia destina-se à discussão e aprovação do *arrangement* proposto, para que o será necessário reunir votos favoráveis de 75% dos credores ou acionistas convocados, pessoalmente ou através de procurador¹² ou, sendo formadas classes, se todas as classes votarem a favor do plano (aplicando-se o critério de 75% para a aprovação dentro de cada classe)¹³.

Por sua vez, a terceira fase consistirá na homologação, designada de *court sanction*, do acordo alcançado em sede de assembleia de credores e/ou de acionistas. Assim, tendo obtido a maioria de aprovação acima referida, o Tribunal poderá homologar o *arrangement*. A homologação do *arrangement* depende ainda da apreciação do Tribunal se o *arrangement* inclui alguma disposição com impacto sobre a situação de um credor que não tenha aprovado o mesmo¹⁴ e, tal como apontado pela doutrina, se o *arrangement* corresponde a um acordo que um gestor criterioso — *an intelligent and honest man*¹⁵ — razoavelmente aprovaria. Ademais, o Tribunal tem poderes para promover reestruturações ou fusões societárias¹⁶. Em caso de homologação, o *arrangement* é vinculativo para todos os credores ou acionistas (ou classe de credores ou de acionistas, conforme o caso) e para a própria sociedade¹⁷. O *arrangement* aprovado pelos credores e/ou acionistas (ou respetivas classes) e homologado pelo Tribunal só produzirá efeitos depois de depositado no Registrar of Companies¹⁸.

2.2. O reconhecimento de schemes of arrangement pré-brexit

A flexibilidade e eficiência dos *schemes of arrangement* é desde há muito reconhecida por vários operadores no mercado europeu, que, ao longo dos anos, procuraram nesta figura uma forma de reestruturação. Com efeito, não raras vezes sociedades com sede fora do Reino Unido — mas relativamente às quais os tribunais ingleses entendiam manter jurisdição, por estar verificada uma conexão com este ordenamento jurídico — recorreram aos *schemes of arrangement*.

Admitindo que estão verificados os respetivos requisitos de competência internacional¹⁹ e que não está em causa uma prática de forum shopping²⁰, a questão essencial que se colocava (e, como veremos adiante, continua a colocar) prende-se com o reconhecimento e execução dos *schemes of arrangement* noutros Estados-Membros da União Europeia.

Antes de avançar, cumpre sublinhar que, quando aludimos ao “reconhecimento dos *schemes of arrangement*”, estamos naturalmente a referir-nos ao reconhecimento das decisões judiciais proferidas pelos tribunais britânicos no quadro desse procedimento e, em especial, ao reconhecimento da decisão de homologação (*sanction*) do *arrangement*, pois é (só) ela que confere eficácia ao *arrangement* aprovado pela maioria dos acionistas e/ou credores da sociedade. É neste sentido que nos referimos e nos referiremos, por facilidade de expressão, ao “reconhecimento dos *schemes of arrangement*”.

Previamente à saída do Reino Unido da União Europeia, as respostas para este problema procuravam-se, essencialmente, em três instrumentos jurídicos: (i) o Regulamento (CE) n.º 1346/2000, de 29 de maio de 2000, relativo aos processos de insolvência ("*Regulamento 1346/2000*") e, posteriormente, o Regulamento (UE) 2015/848, de 20 de maio de 2015 ("*Regulamento 848/2015*"), (ii) o Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial ("*Regulamento 44/2001*") e, posteriormente, o Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012 ("*Regulamento 1215/2012*") e (iii) o Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais ("*Regulamento Roma I*").

Quanto ao Regulamento 1346/2000, refira-se que, nos termos do seu artigo 2.º, alínea a), este apenas se aplica aos processos de insolvência identificados no seu Anexo A, no qual não estavam incluídos os *schemes of arrangement* ingleses. O mesmo se verificava relativamente ao Regulamento 848/2015, cujo artigo 1.º, alínea a), contém uma disposição idêntica e cujo Anexo A omitia os *schemes of arrangement*. Assim, os *schemes of arrangement* estavam fora do âmbito de aplicação tanto do Regulamento 1346/2000 como do seu sucessor, o Regulamento 848/2015²¹.

No que concerne o Regulamento 44/2001, era igualmente duvidosa a sua aplicação aos *schemes of arrangement*, na medida em que este expressamente exclui do seu âmbito de aplicação "as falências, as concordatas e os processos análogos" (cfr. artigo 1.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento 44/2001)²² e poder-se-ia concluir que os *schemes of arrangement* configuram processos análogos aos processos de insolvência. E, mesmo admitindo-se que os *schemes of arrangement* estariam abrangidos pelo âmbito de aplicação do Regulamento 44/2001, um segundo problema surge quanto à interpretação do artigo 22.º, n.º 2, do referido diploma, nos termos do qual um Estado-Membro tem competência exclusiva "em matéria de validade, de nulidade ou de dissolução das sociedades ou outras pessoas colectivas que tenham a sua sede no território [desse] Estado-Membro, ou de validade ou nulidade das decisões dos seus órgãos"²³. Entendendo-se que os *schemes of arrangement* poderiam configurar uma decisão dos órgãos sociais de uma determinada sociedade, ter-se-ia então que concluir que os tribunais ingleses apenas teriam competência para homologar *arrangements* relativamente a sociedades com sede em Inglaterra ou no País de Gales, os quais seriam reconhecidos nos termos dos artigos 32.º e seguintes do Regulamento 44/2001²⁴ e que estaria afastado o reconhecimento de *arrangements* relativos a sociedades estrangeiras, atento o disposto no artigo 35.º, n.º 1, do Regulamento 44/2001²⁵. As questões mantiveram-se também ao abrigo do Regulamento 1215/2012, que veio revogar o Regulamento 44/2001, mas que não sofreu alterações de relevo quanto ao tema que aqui nos ocupa.

Por fim, a respeito do Regulamento Roma I, a resposta não era igualmente clara, por se poder entender que os *schemes of arrangement* estariam excluídos do seu âmbito de aplicação material nos termos do artigo 1.º, n.º 2, alínea f), do referido diploma, que exclui "as questões reguladas pelo direito das sociedades e pelo direito aplicável a outras entidades dotadas ou não de personalidade jurídica, tais como a constituição, através de registo ou por outro meio, a capacidade jurídica, o funcionamento interno e a dissolução de sociedades e de outras entidades dotadas ou não de personalidade jurídica, bem como a responsabilidade pessoal dos sócios e dos titulares dos órgãos que agem nessa qualidade relativamente às obrigações da sociedade ou entidade".

Significa, assim, que em nenhum destes instrumentos jurídicos se encontrava uma resposta absolutamente clara e inequívoca relativamente ao reconhecimento dos *schemes of arrangements* britânicos noutros Estados-Membros da União Europeia^{26,27}. Contudo, com o Brexit, impõe-se agora que a questão seja analisada à luz de outros instrumentos jurídicos de direito internacional público e privado e, em especial, de direito interno.

2.3. O reconhecimento de schemes of arrangement pós-brexit

Em virtude do Brexit, tanto o Regulamento 1215/2012 (“Bruxelas I bis”) como o Regulamento 848/2015 (insolvência) deixaram de se aplicar ao Reino Unido. Recorde-se que estes dois Regulamentos não são de aplicação universal, o que significa que, em regra (e salvo disposição em contrário), apenas cobram efeito quando a lei ou o tribunal por eles designado for a lei ou o tribunal de um Estado-Membro da União Europeia. Não sendo este o caso, aplicam-se as regras das convenções internacionais em matéria judiciária e, na sua falta, as regras de direito interno dos Estados²⁸.

Para obviar a este inconveniente e facilitar a circulação (*i.e.*, o reconhecimento) das decisões dos tribunais britânicos nos diferentes países europeus, o Reino Unido solicitou a adesão à Convenção de Lugano de 2007²⁹, da qual são partes a Dinamarca, a Islândia, a Noruega, a Suíça e a própria União Europeia. Porém, a União Europeia bloqueou a adesão do Reino Unido, por considerar que a Convenção de Lugano era uma medida de promoção do mercado interno no quadro da relação UE-EFTA/EEE e que, sendo o Reino Unido um país terceiro sem ligação especial ao mesmo, a cooperação judiciária civil deveria ser promovida através das Convenções da Haia³⁰.

Deste modo, o único instrumento em vigor entre o Reino Unido e a União Europeia em matéria de cooperação judiciária civil é a Convenção da Haia de 30 de junho de 2005, relativa aos acordos de eleição de foro. Trata-se, porém, de uma convenção de âmbito relativamente limitado, exigindo não só que as partes tenham celebrado um pacto de jurisdição como também que esse pacto seja exclusivo, isto é, atribua competência aos tribunais de um Estado Contratante com exclusão de quaisquer outros.

Podemos, por isso, afirmar que, em grande medida, a questão do reconhecimento dos *schemes of arrangement* deixou de poder ser analisada à luz de um direito *supranacional uniforme*, como eram os Regulamentos 848/2015 e 1215/2012 da União Europeia, e passou a ter de ser abordada à luz do direito interno de cada Estado-Membro. Daí a importância de analisar *se e de que forma* os *schemes of arrangement* podem ser reconhecidos à luz do direito português, o que constitui o objeto dos próximos capítulos.

2.4. O reconhecimento em Portugal de schemes of arrangement pós-Brexit

2.4.1. O REGIME DO CÓDIGO DA INSOLVÊNCIA E DA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (“CIRE”) regula, nos artigos 288.º e seguintes, o reconhecimento em Portugal de “*processos de insolvência estrangeiros*”.

Neste contexto, “*estrangeiro*” significa que o processo de insolvência em apreço corre termos num Estado que não é membro da União Europeia, uma vez que, de contrário, aplicar-se-ia o Regulamento 1215/2012. Ora, após o Brexit, o *scheme of arrangement* constitui inequivocamente um processo “*estrangeiro*”, na aceção que acabamos de referir. Pergunta-se, porém, se também pode ser qualificado como um “*processo de insolvência*” para este efeito.

Parece seguro afirmar que o *scheme of arrangement* não possui as características próprias de um processo de insolvência em sentido estrito, na medida em que não pressupõe que a sociedade objeto do *arrangement* se encontre impossibilitada de cumprir as suas obrigações ou com capitais próprios negativos nem tem como desiderato a satisfação dos credores.

Porém, parece-nos também que o conceito de “*processo de insolvência*”, quando empregado nos artigos 288.º e seguintes do CIRE, poderá ser suscetível de aplicação analógica (quicá, mera interpretação extensiva) a processos pré-falimentares que têm como objetivo a recuperação ou a reestruturação do passivo do devedor. Com efeito, no direito internacional privado europeu, o conceito de insolvência tem sido empregado em sentido muito amplo, como atesta o Regulamento 848/2015, que se aplica indiferentemente a processos de insolvência *stricto sensu* e a processos cuja finalidade consiste em “*evitar a insolvência do devedor ou a cessação das suas atividades*”³¹. Se este tipo de processos não se considerar abrangido pelos artigos 288.º e seguintes do CIRE, haverá uma *desarmonia* assinalável entre o direito internacional privado português e europeu, porquanto as situações pré-insolvenciais que, no direito internacional privado europeu, são equiparadas à insolvência e reguladas em conjunto com ela, estariam excluídas desse mesmo regime no direito internacional privado português. Semelhante exclusão pode ter sérios inconvenientes para o devedor “*estrangeiro*” (*i.e.*, aquele cujo centro dos principais interesses se situar fora da União Europeia) que pretenda recorrer a um processo de recuperação ou preventivo da insolvência, por duas ordens de razão principais:

- i. Primeiro, porque obriga o devedor a requerer a revisão de todas as sentenças proferidas pelo tribunal “*estrangeiro*” no âmbito do processo de recuperação “*estrangeiro*”, nos termos do disposto nos artigos 978.º e seguintes do Código de Processo Civil (“*CPC*”). Ora, o processo de revisão consagrado no CPC estabelece requisitos mais exigentes do que os previstos no CIRE e apresenta a desvantagem assinalável de ser um “*processo de partes*”, obrigando o devedor a individualizar as pessoas “*contra quem pretende fazer valer a sentença*”, o que conflitua com a tendencial universalidade dos processos de recuperação, que afetam todos ou, pelo menos, um elevado número de credores do devedor, nem sempre totalmente determinados. Do ponto de vista prático, poderá ser muito difícil ao devedor identificar todos os credores contra os quais pretende fazer valer, em Portugal, as decisões tomadas no processo de recuperação estrangeiro. Além de que os tribunais poderão ser confrontados com processos de revisão com dezenas ou centenas de requeridos, tantos quantos os credores contra os quais o devedor pretende fazer valer a sentença estrangeira em Portugal.
- ii. Segundo, devido à incerteza quanto à determinação do direito aplicável segundo as regras de conflito portuguesas, uma vez que, afastado o princípio da universalidade da *lex fori concursus* consagrado para o processo de insolvência no artigo 276.º do CIRE, não é claro qual a lei que regula as medidas de reestruturação aprovadas no processo de recuperação (*v.g.*, a *lex contractus*, a lei pessoal do devedor, a *lex fori* do tribunal onde pende o processo, etc.).

Por todos estes motivos, inclinamo-nos para uma interpretação ampla dos artigos 288.º e seguintes do CIRE, estendendo o conceito de “*processo de insolvência*” de modo a abranger os processos de recuperação e preventivos da insolvência.

Assim sendo, resta saber se os *schemes of arrangement* são qualificáveis como processos de recuperação de empresa, preventivos da insolvência, e, como tal, passíveis de subsunção ao conceito amplo de “*processo de insolvência*” dos artigos 288.º e seguintes do CIRE.

A nosso ver, haverá que distinguir os *schemes of arrangement* tradicionais da sua “nova versão”, os denominados *restructuring plans*. Os *schemes of arrangement* tradicionais, previstos na Parte 26 do *Companies Act 2006*, foram o mecanismo a que as empresas europeias recorreram após a crise financeira de 2007-2008 para reestruturar o seu passivo e evitar a insolvência, valendo ao Reino Unido o epíteto de “capital europeia das reestruturações”³². Os novos “*restructuring plans*”, introduzidos em junho de 2020 e previstos na Parte 26-A do *Companies Act 2006*, são bastante semelhantes aos *schemes of arrangement*, na medida em que também visam alcançar um “*compromise or arrangement*” entre a sociedade e (uma maioria d)os seus credores ou acionistas, que, depois de homologado (*sanctioned*) pelo tribunal, será eficaz em relação a todos. As principais novidades residem no facto de os “*restructuring plans*” (i) se circunscreverem a sociedades em dificuldades financeiras (“*companies in financial difficulty*”), tendo como propósito prevenir, mitigar ou ultrapassar essas dificuldades, e (ii) admitirem o *cross-class cram-down*, valendo-lhes o qualificativo de “*super schemes*”.

Posto isto, os *schemes of arrangement* tradicionais não são, parece-nos, qualificáveis como um “*processo de insolvência*” para efeitos do disposto nos artigos 288.º e seguintes do CIRE. O primeiro motivo que nos leva a afastar essa qualificação prende-se com o facto de os *schemes* tradicionais serem um processo judicial cujo objeto e finalidade não se circunscreve à recuperação de empresas em dificuldades, à reestruturação do passivo ou à prevenção da insolvência. Além de o recurso a um *scheme* tradicional não pressupor que a empresa acesse dificuldades financeiras, não existem limitações quanto ao objeto e teor do *arrangement* a homologar pelo tribunal, o qual pode consistir em medidas de reestruturação societária, fusões, transferências de ativos, etc. O segundo motivo prende-se com o facto de, no direito inglês, os *schemes of arrangement* tradicionais serem matéria de direito societário e não de direito da insolvência e recuperação de empresas. Não se trata apenas da circunstância de estarem regulados no *Companies Act 2006* e de se aplicarem apenas a *companies*. Trata-se da posição formal do Reino Unido, ao fazer introduzir, no Considerando 16 do Regulamento 848/2015, uma precisão que visava distinguir os *schemes of arrangement* tradicionais dos processos de insolvência e recuperação de empresas: “os processos que se baseiam no direito geral das sociedades não exclusivamente consagrado às situações de insolvência não deverão considerar-se baseados nas leis no domínio da insolvência”³³. Sucede que, na qualificação de um instituto jurídico estrangeiro, como é caso dos *schemes of arrangement*, o intérprete deve ter em consideração “o conteúdo e função” que o mesmo desempenha no ordenamento jurídico de origem (artigo 15.º do Código Civil). Ora, como flui do exposto, parece lícito concluir que o “conteúdo e função” que os *schemes of arrangement* tradicionais desempenham no ordenamento jurídico do Reino Unido não se reconduz à recuperação de empresas e à prevenção da insolvência, mas antes à *reorganização interna ou externa das sociedades comerciais, seja a que nível for*. Em terceiro e último lugar, parece-nos que poderia haver uma certa incoerência em

qualificar os *schemes of arrangement* tradicionais como “*processos de insolvência*” depois do Brexit quando nunca o haviam sido anteriormente, enquanto os Regulamentos 1346/2000 e 848/2015 ainda se aplicavam ao Reino Unido.

Em contraponto, pensamos que os novos *restructuring plans*, previstos na Parte 26-A do *Companies Act 2006* e vocacionados para sociedades em dificuldades financeiras, configuram “*processos de insolvência*” (na aceção ampla que preconizamos) para efeitos do disposto nos artigos 288.º e seguintes do CIRE. Com efeito, os *restructuring plans* só se aplicam nos casos em que a sociedade “*enfrente ou venha provavelmente a enfrentar dificuldades financeiras que afetam, afetarão ou poderão afetar a sua capacidade de continuar a desenvolver a sua atividade*” e em que a finalidade do *compromise or arrangement* consista em “*eliminar, reduzir, prevenir ou mitigar os efeitos*” de qualquer uma das supramencionadas dificuldades financeiras³⁴. Parece-nos, por isso, que este novo tipo de *schemes of arrangement* desempenha, no ordenamento jurídico inglês, uma função de recuperação de empresas e de prevenção da insolvência, aplicando-se exclusivamente a casos de insolvência, insolvência iminente ou situação económica difícil³⁵. Ora, segundo a interpretação que preconizamos, o conceito de “*processo de insolvência*” empregado nos artigos 288.º e seguintes do CIRE abrange este tipo de institutos jurídicos, que visam prevenir a insolvência. Além disso, o argumento histórico no sentido da não equiparação a processos de insolvência, retirado do Considerando 16 do Regulamento 848/2015, não é aplicável a estes *restructuring plans*, na medida em que a consagração dos mesmos só teve lugar em 2020, sendo, por isso, muito posterior ao aludido Regulamento. Acresce ainda o facto de os novos *restructuring plans*, embora localizados sistematicamente “*no direito geral das sociedades*” inglês (*Companies Act 2006*), se encontrarem exclusivamente vocacionados para situações de insolvência ou análogas, contrariamente ao que sucedia com os *schemes of arrangement* tradicionais.

Em síntese, entendemos que o regime de reconhecimento previsto nos artigos 288.º e seguintes do CIRE não é aplicável aos *schemes of arrangement* tradicionais, previstos na Parte 26 do *Companies Act 2006*, mas é-o relativamente aos novos *restructuring plans*, previstos na Parte 26-A do *Companies Act 2006*.

No caso dos *schemes of arrangement* tradicionais, isto significa que o reconhecimento dos mesmos passará necessariamente pelo processo especial de revisão de sentença estrangeira, regulado nos artigos 978.º e seguintes do CPC.

No caso dos novos *restructuring plans*, significa que o reconhecimento será recusado pelo tribunal português nos casos previstos nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 288.º do CIRE. Neste contexto, importa chamar a atenção para a alínea a), da qual resulta que o tribunal português só pode reconhecer a sentença que homologa um *restructuring plan* ao abrigo da Parte 26-A do *Companies Act 2006* se a competência do tribunal britânico se fundar num dos critérios referidos no artigo 7.º do CIRE. Ora, estando em causa sociedades (*companies*), os critérios relevantes são, em alternativa, a sede do devedor ou o centro dos seus principais interesses (*i.e.*, o lugar onde o devedor administra o seu património de forma habitual e cognoscível por terceiros). Por conseguinte, só deverá ser reconhecido em Portugal um *restructuring plan* (Parte 26-A do *Companies Act 2006*) oriundo do Reino Unido se o devedor (*in casu*, a sociedade) estiver sedado no Reino Unido ou aí tiver o centro dos seus principais interesses. De contrário, o reconhecimento deverá ser negado.

2.4.2. O REGIME DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Como vimos no capítulo anterior, o reconhecimento em Portugal dos *schemes of arrangement* que apelidámos de “tradicionais” (por contraposição aos novos *restructuring plans*) terá de ser efetuado através do processo de revisão de sentenças estrangeiras, previsto nos artigos 978.º e seguintes do CPC. Naturalmente, a sentença revidenda será a decisão do tribunal britânico que homologa (*sanction*) o *arrangement*, conferindo a este última eficácia e força vinculativa.

A ação de revisão é dirigida contra as pessoas “*contra as quais se pretende fazer valer a sentença*”, que ocupam a posição de requeridos no âmbito do processo, devendo ser proposta no Tribunal da Relação da área onde estas pessoas se encontram domiciliadas ou sedeadas (artigo 979.º do CPC). Havendo pessoas domiciliadas ou sedeadas em distritos judiciais diferentes, prevalece o domicílio ou sede do maior número (artigo 82.º do CPC). Saliente-se que a circunstância de a ação de revisão ser um “processo de partes”, dirigido contra pessoas determinadas, pode constituir uma desvantagem prática significativa para o reconhecimento de *schemes of arrangement*, designadamente quando os mesmos afetem ou sejam suscetíveis de afetar número muito elevado de pessoas (*v.g.*, os credores de determinada sociedade), nem sempre perfeitamente determinadas ou facilmente determináveis.

Posto isto, o sistema português de revisão de sentenças estrangeiras é meramente formal, o que significa que, em princípio, os tribunais portugueses não sindicarão o mérito da decisão estrangeira e limitar-se-ão a verificar, nalguns casos oficiosamente e, noutras, por iniciativa dos requeridos ou do Ministério Público, se a mesma satisfaz certos requisitos formais, designadamente os previstos no artigo 980.º do CPC.

Percorrendo o elenco do artigo 980.º do CPC, deparamos com quatro requisitos que merecem referência especial a propósito do reconhecimento, em Portugal, de *schemes of arrangement* britânicos. É sobre eles que nos debruçaremos nos parágrafos seguintes.

Em primeiro lugar, o *scheme of arrangement* não pode ser reconhecido se versar sobre matérias da competência exclusiva dos tribunais portugueses, as quais se encontram discriminadas no artigo 63.º do CPC. Entre essas matérias avulta a insolvência e a revitalização de sociedades com sede em Portugal (cfr. artigo 63.º, alínea e), do CPC). Coloca-se, então, a questão de saber se um *scheme of arrangement* pode ser qualificado como *matéria de insolvência ou de revitalização* de uma sociedade. Se a resposta for afirmativa, significa que um *scheme of arrangement* relativo a uma sociedade com sede em Portugal não pode ser reconhecido no nosso País. Porém, parece-nos não ser esse o entendimento correto. Como explicámos no capítulo anterior, os *schemes of arrangement* são um mecanismo de índole societária e de geometria variável, cujo objeto e finalidade não se circunscreve à recuperação de empresas em dificuldades, à reestruturação do passivo ou à prevenção da insolvência. No direito internacional privado da União Europeia, os *schemes of arrangement* não eram considerados um processo de insolvência ou de recuperação de empresas, como atesta o facto de estarem excluídos do âmbito de aplicação dos Regulamentos 1346/2000 e 848/2015. Assim sendo, até por uma questão de coerência e harmonia do ordenamento jurídico, parece-nos que os *schemes of arrangement* não devem ser qualificados como *matéria de insolvência ou revitalização* para efeitos da alínea e) do artigo 63.º do CPC e da consequente atribuição de competência exclusiva aos tribunais portugueses. Significa isto que, a nosso ver, o artigo 63.º do

CPC, em particular a sua alínea e), não constitui obstáculo ao reconhecimento em Portugal de um *schemes of arrangement* britânico.

Em segundo lugar, o *scheme of arrangement* não pode ser reconhecido se a competência do tribunal britânico tiver sido provocada em fraude à lei, ou seja "*com manipulação dos elementos de facto ou de direito dos quais dependa o estabelecimento da competência internacional do tribunal de origem*"³⁶. Trata-se de uma análise que terá de ser feita *caso-a-caso*, atendendo às circunstâncias concretas do mesmo. Porém, importa ter presente que o direito inglês prevê um conjunto muito amplo de pressupostos atributivos de competência internacional em matéria de *schemes of arrangement*. Assim sendo, antecipamos que, na maioria dos casos, seja relativamente fácil a uma sociedade preencher pelo menos um desses pressupostos, sem necessitar de "*manipular*" quaisquer elementos de facto ou de direito ou, pelo menos, sem necessitar de fazê-lo ostensivamente. Admitimos, por isso, que raramente se verifique, na prática, um caso de fraude à lei que obste ao reconhecimento dos *schemes of arrangement*.

Em terceiro lugar, o *scheme of arrangement* não pode ser reconhecido se, no processo que culminou na prolação da sentença homologatória (*court sanction*), não tiverem sido observados os princípios do contraditório e da igualdade das partes. Sem prejuízo de a análise ter de ser feita *caso-a-caso*, em função da forma como decorreu o *scheme of arrangement* concreto, importa sublinhar que a estrutura do processo obedece, em abstrato, ao princípio do contraditório, na medida em que, previamente à homologação do *arrangement*, o tribunal realiza uma audiência na qual todos os interessados têm o direito de participar e se pronunciar sobre a homologação ou a sua recusa^{37,38}.

Em quarto e último lugar, o *scheme of arrangement* não pode ser reconhecido se "*conduzir a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado Português*". A este propósito, cumpre ter presente que a reserva de ordem pública internacional deve ser aplicada a título absolutamente excepcional, em casos de ofensa grave ao núcleo de princípios estruturantes do ordenamento jurídico português³⁹. Do mesmo modo, cumpre ter presente que o ordenamento jurídico português admite que sejam adotadas medidas de reestruturação do passivo de um devedor sem o acordo de todos os credores individualmente afetados, desde que essas medidas tenham sido aprovadas por uma maioria de credores e sejam objeto de controlo jurisdicional. É o que acontece, por exemplo, no quadro do processo especial de revitalização e é também o que pode acontecer no quadro de um *scheme of arrangement*. Assim sendo, parece-nos que o reconhecimento de um *scheme of arrangement* não conduzirá, *a priori*, a qualquer resultado *manifestamente incompatível* com a ordem pública internacional do Estado Português. Claro está, porém, que esta conclusão *a priori* terá sempre de ser confirmada em função das características de cada *scheme of arrangement* em concreto.

Para concluir, resta aludir brevemente ao privilégio da nacionalidade, consagrado no n.º 2 do artigo 983.º do CPC. Em apertada síntese, se o requerido for uma pessoa singular ou coletiva de nacionalidade portuguesa, pode obstar ao reconhecimento dos *schemes of arrangement* se invocar e provar cumulativamente que (i) a decisão lhe teria sido mais favorável se o tribunal britânico tivesse aplicado o direito material português e que, (ii) de acordo com o direito internacional privado português, o direito material português seria aplicável ao caso.

Como é bom de ver, o privilégio da nacionalidade constitui uma exceção de prova bastante difícil, em virtude da complexidade dos seus requisitos, sobretudo no contexto dos *schemes of arrangement*. Com efeito, não é de todo claro qual o critério de determinação do *direito material aplicável* a um *scheme of arrangement*. Suponha-se que o *arrangement* introduz alterações nas obrigações contratuais do devedor, como por exemplo um perdão ou redução de créditos ou uma moratória. Deverá, por este simples facto, qualificar-se o *scheme of arrangement* como matéria do foro da lei reguladora das obrigações (*lex contractus*)? Convocar-se-á o Regulamento Roma I? Esta parece ter sido a posição perfilhada por vários especialistas em direito internacional privado alemães: nas obrigações reguladas pelo direito inglês, o *scheme of arrangement* aplicar-se-ia por integrar a *lex contractus*⁴⁰. Salvo o devido respeito, temos as maiores reservas quanto a esta solução. Primeiro, porque o Regulamento Roma I exclui expressamente do seu âmbito de aplicação "*as questões reguladas pelo direito das sociedades*", como nos parece ser inequivocamente o caso dos *schemes of arrangement*. Segundo, porque as medidas resultantes do "*arrangement*" não resultam do acordo das partes (como é próprio do Regulamento Roma I), mas da decisão de um tribunal, podendo inclusivamente contrariar a vontade do credor. Terceiro, porque esta tese, levada até às últimas consequências, implicaria que os *schemes of arrangement* só se aplicassem quando a lei reguladora das obrigações afetadas fosse a lei inglesa, uma vez que integrariam o "estatuto obrigacional". Ora, esta conclusão contraria a finalidade dos *schemes of arrangement*, que são um instrumento de *reestruturação do capital e/ou do passivo* de uma sociedade e, como tal, não podem estar na dependência da lei aplicável às obrigações a reestruturar, sob pena de gerar um puzzle de impossível solução.

Aqui chegados, cumpre reconhecer que são mais as dúvidas do que as respostas no que se refere à determinação do direito material aplicável às medidas previstas no *scheme of arrangement*, pelo que seria temerário tomar, para já, uma posição. Limitamo-nos, por isso, a registar que o privilégio da nacionalidade poderá constituir um sério obstáculo ao reconhecimento de *schemes of arrangement*, sobretudo quando a lei aplicável à obrigação for a lei portuguesa e a sociedade visada pelo *scheme* não se encontrasse numa situação económica difícil ou de insolvência iminente ou atual, uma vez que, fora destas três situações, o ordenamento jurídico português não admite a reestruturação de obrigações sem o acordo do credor.

Resta-nos concluir, dizendo que, apesar de tudo, nos parece genericamente viável o reconhecimento um *scheme of arrangement* em Portugal através do processo especial de revisão de sentença estrangeira regulado no CPC, pese embora reconhecendo que poderá não ser a solução ideal do ponto de vista da celeridade e simplicidade.

3. Conclusão

Na década posterior à grande crise financeira de 2007-2008, o *scheme of arrangement* britânico foi um instrumento privilegiado de recuperação preventiva de sociedades sedeadas noutros Estados-Membros da União Europeia, sobretudo aqueles que não dispunham de mecanismos pré-insolvenciais de reestruturação de dívida.

Em virtude da sua natureza híbrida, de raiz societária e independente da situação económico-financeira da empresa, o *scheme of arrangement* não foi considerado um processo de natureza insolvencial nem se lhe aplicaram os regulamentos europeus de insolvência 1346/2000 e 848/2015. A grande vantagem da inaplicabilidade destes regulamentos foi a de permitir aos tribunais britânicos continuar a aplicar as suas próprias regras de competência internacional para conhecer de *schemes of arrangement* de sociedades estrangeiras. Caso contrário, só teriam competência para conhecer de *schemes* relativos a empresas cujo centro dos principais interesses (COMI) estivesse localizado no Reino Unido. A grande desvantagem residiu no facto de os *schemes of arrangement* não beneficiarem do reconhecimento automático atribuído pelos regulamentos europeus de insolvência às decisões proferidas nos processos por eles abrangidos. Deste modo, nunca foi inteiramente claro qual o fundamento do reconhecimento dos *schemes of arrangement* britânicos nos restantes Estados-Membros da União Europeia, sem prejuízo de ter acabado por prevalecer o entendimento de que se aplicariam as regras dos Regulamentos de Bruxelas I e I bis ao reconhecimento da decisão de homologação (*court sanction*) do *arrangement*.

Após o Reino Unido ter abandonado a União Europeia (o chamado “Brexit”), a questão do reconhecimento dos *schemes of arrangement* britânicos nos Estados-Membros continua a colocar-se, mas agora à luz de um enquadramento jurídico totalmente distinto, uma vez que os regulamentos europeus deixaram de se aplicar às decisões dos tribunais britânicos e a adesão do Reino Unido à Convenção de Lugano de 2007 parece estar adiada *sine die*.

Neste breve ensaio, concluímos que os *schemes of arrangement* que tenham sido instaurados junto dos tribunais britânicos após o término do período de transição do Brexit (ocorrido em 31 de dezembro de 2020) não poderão beneficiar do regime de reconhecimento previsto nos artigos 288.^o e seguintes do CIRE, razão pela qual a sentença que os homologar carecerá de ser revista e confirmada nos termos dos artigos 978.^o e seguintes do CPC para produzir efeitos em Portugal, o que — embora se afigure abstratamente viável — acarretará previsivelmente maiores dificuldades práticas do que sucedia anteriormente.

Concluímos ainda que a nova modalidade de *schemes of arrangement*, denominados de *restructuring plans* e introduzidos em 2020 na Parte 26-A do *Companies Act*, configura um processo preventivo da insolvência e, como tal, está sujeita ao regime de reconhecimento dos artigos 288.^o e seguintes do CIRE, donde resulta que os *restructuring plans* só podem ser reconhecidos em Portugal se o devedor estiver sediado no Reino Unido ou aí tiver o centro dos seus principais interesses.

Resta apontar que, de 2007 em diante, a generalidade dos Estados-Membros consagraram nos seus ordenamentos jurídicos procedimentos de recuperação preventiva pré-insolvenciais, mais ou

menos inspirados nos *schemes of arrangement* britânicos. Este facto, conjugado com as iniciativas legislativas em curso por parte da União Europeia, permitem supor que a necessidade das empresas europeias recorrerem a *schemes of arrangement* junto dos tribunais britânicos tenderá a ser cada vez menor. A nosso ver, esta tendência acentuar-se-á com as dificuldades acrescidas no reconhecimento pelos Estados-Membros dos *schemes of arrangement* britânicos em virtude do Brexit e da conseqüente inaplicabilidade do Regulamento de Bruxelas I bis.

Não obstante, qualquer que venha a ser a relevância futura dos *schemes of arrangement* para as empresas europeias, parece poder afirmar-se que o seu sucesso despertou a atenção dos legisladores europeus para a premente necessidade de prever mecanismos de reestruturação preventiva dos devedores, evitando o recurso ao processo de insolvência, e contribuiu, assim, para a expansão e generalização desse tipo de mecanismos nos ordenamentos jurídicos da Europa continental. Nessa medida, deve-se (também) aos *schemes of arrangement* um dos desenvolvimentos mais positivos e importantes do direito falimentar a nível europeu nas últimas décadas.

Notas

- 1 Cfr. ELMS, Lynda e CAMACHO, Teresa (2012). Schemes of arrangement: to what extent has the new Spanish scheme been inspired by its English equivalent? *Corporate Rescue and Insolvency*, Vol. 5, pp. 180 a 182. No mesmo sentido, PAYNE, Jennifer (2013). Cross-border Schemes of Arrangement and Forum Shopping. *European Business Organization Law Review*, 14, p. 564.
- 2 Como referem Angél Carrasco Perera e Elisa Torralba Mendiola, os schemes of arrangement são uma demonstração do “*natural pragmatismo y deferencia hacia los poderes discrecionales del juez*” do ordenamento jurídico inglês. Para mais desenvolvimentos, cfr. CARRASCO PERERA, Ángel e TORRALBA MENDIOLA, Elisa (2011). «Schemes of Arrangement» ingleses para sociedades españolas: una crítica. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, pp. 349 a 362.
- 3 Cfr. PAYNE, Jennifer (2013), *op. cit.*, pp. 564 e 565, fazendo especial referência ao caso Re Rodenstock GmbH, no âmbito do qual a sociedade de direito alemão Rodenstock GmbH se submeteu a um scheme of arrangement, justificando a competência internacional dos tribunais ingleses por ter sido essa a lei e jurisdição de eleição entre a sociedade e o seu principal credor, o que veio a ser admitido pelo High Court.
- 4 Utilizamos a expressão «Brexite» para nos referirmos à saída do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte da União Europeia e da Comunidade Europeia da Energia Atômica, materializada no Acordo 2019/C 384 I/01, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1580206007232&uri=CELEX%3A12019W/TXT%2802%29>.
- 5 Cfr. WINDSOR, Jo (2011). Una Visión Panorámica de los Schemes of Arrangement Ingleses. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal – Anales de Doctrina, Praxis Jurisprudencia y Legislación*, p. 554.
- 6 Como refere Jo Windsor, os schemes of arrangement podem contemplar cram-down schemes (alteração das condições de pagamento das dívidas, incluindo perdões de dívida), pre-pack schemes (transferência de negócio para um terceiro) ou distribution schemes (pagamento de dívidas mediante distribuição de ativos pelos credores). Para mais desenvolvimentos, cfr. WINDSOR, Jo (2011), *op. cit.*, pp. 556 e 557.
- 7 Neste sentido, cfr. PAYNE, Jennifer (2013), *op. cit.*, p. 564.
- 8 As classes poderão ser formadas para reunir os credores e/ou acionistas por grupos de interesses, nos casos em que se revele particularmente difícil obter o voto de todos os credores e/ou acionistas de forma individual. Sobre esta matéria, cfr. PAYNE, Jennifer (2013), *op. cit.*, p. 566.
- 9 Cfr. PAYNE, Jennifer (2013), *op. cit.*, pp. 565 e 566.
- 10 Cfr. § 896, (1) e (2) da Parte 26 do Companies Act 2006.
- 11 Cfr. § 897, (1) a (3) da Parte 26 do Companies Act 2006.
- 12 Cfr. § 899, (1) da Parte 26 do Companies Act 2006.
- 13 Cfr. PAYNE, Jennifer (2013), *op. cit.*, p. 566.
- 14 Cfr. § 899, (5) da Parte 26 do Companies Act 2006.
- 15 Cfr. ELMS, Lynda e CAMACHO, Teresa (2012), *op. cit.*, pp. 180 a 182. Em sentido semelhante, *vid.* PAYNE, Jennifer (2013), *op. cit.*, p. 567, afirmando a citada autora que o Tribunal tem a faculdade de não homologar um arrangement se entender que a maioria dos credores que compõem uma determinada classe não votou de acordo com o interesse comum dessa mesma classe. Igualmente sobre esta questão, esclarecem Angél Carrasco Perera e Elisa Torralba Mendiola que “*el juez sancionará el compromiso o arreglo, si éste resulta ser justo y razonable en el trato de todos los intereses divergentes*”. Para mais desenvolvimentos, cfr. CARRASCO PERERA, Ángel e TORRALBA MENDIOLA, Elisa (2011), *op. cit.*, p. 349.
- 16 Cfr. § 899, (4) da Parte 26 do Companies Act 2006.
- 17 Cfr. § 899, (3) da Parte 26 do Companies Act 2006.
- 18 Cfr. § 900 e 901A a 901L da Parte 26 do Companies Act 2006. Neste sentido, *vid.* PAYNE, Jennifer (2013), *op. cit.*, p. 566.
- 19 Como esclarece Jennifer Payne, os tribunais ingleses têm admitido ter jurisdição para homologar schemes of arrangement apresentados por sociedades com sede fora do Reino Unido, desde que (i) possam ser consideradas sociedades (“companies”), ao abrigo do disposto no Insolvency Act 1986, o que inclui também sociedades estrangeiras, e (ii) exista conexão suficiente com a Inglaterra ou País de Gales (por exemplo, mediante a existência de atividade comercial, a propriedade de bens, ou até mesmo quando a lei inglesa é a lei aplicável aos contratos celebrados com os credores). Cfr. PAYNE, Jennifer (2013), *op. cit.*, pp. 569 a 571. Quanto à experiência espanhola, veja-se CARRASCO PERERA, Ángel e TORRALBA MENDIOLA, Elisa (2011), *op. cit.*, p. 350, afirmando que “*se discute aún si es legítimo que un juez inglés pueda aprobar un scheme concerniente a una sociedad deudora que no tiene en aquella jurisdicción su centro de intereses principales* [COMI, en la jerga del Reglamento sobre Procedimientos de Insolvencia-RPI] o un establecimiento, que permitiera abrir allí un procedimiento de insolvencia territorial”.
- 20 Para mais desenvolvimentos sobre este tema, cfr. PAYNE, Jennifer (2013), *op. cit.*, pp. 564 a 589. Em particular, esta autora argumenta que “*the approach of the EU has not been to harmonise insolvency laws, or preinsolvency restructuring arrangements, but rather to attempt to unify the national rules on jurisdiction. While this remains the case, diversity among Member States as to their restructuring regimes is likely to lead companies like Rodenstock to seek to make use of mechanisms in other Member States that are perceived to be more valuable and beneficial as a restructuring tool*”. Não obstante, à presente data, com a publicação da Diretiva (UE) 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019 — já transposta para o ordenamento jurídico português pela Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro —, e a nova proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, publicada em 7 de dezembro de 2022, parece-nos que há efetiva preocupação por parte da União Europeia em harmonizar os regimes da insolvência dos Estados-Membros, como mecanismo de promoção da União dos Mercados de Capitais. De resto, sublinha-se apenas que com a saída do Reino Unido da União Europeia as diretivas acima referidas deixaram de lhe ser aplicáveis.

21 Sobre esta questão, afirmam ainda Angél Carrasco Perera e Elisa Torralba Mendiola que, uma vez que os schemes of arrangement (i) não exigem que a sociedade esteja numa situação de insolvência (ou, sequer, de insolvência iminente ou provável) e (ii) podem contemplar um acordo de reestruturação societária ou de qualquer outra espécie, totalmente distinto dos propósitos típicos de liquidação ou reestruturação de passivo de um processo de insolvência, o Regulamento 1346/2000 é manifestamente inaplicável. Para mais desenvolvimentos, CARRASCO PERERA, Ángel e TORRALBA MENDIOLA, Elisa (2011), *op. cit.*, pp. 352 a 355.

22 Cuja redação se manteve inalterada no Regulamento 1215/2012.

23 Correspondente ao atual artigo 24.º, 2) do Regulamento 1215/2012.

24 Correspondentes aos artigos 36.º e seguintes do Regulamento 1215/2012.

25 Nos termos do artigo 35.º, n.º 1, do Regulamento 44/2001, “as decisões não serão igualmente reconhecidas se tiver sido desrespeitado o disposto nas secções 3, 4 e 6 do capítulo II ou no caso previsto no artigo 72.º”. Esclareça-se que a norma do artigo 22.º, n.º 2, do Regulamento 44/2001, relativa à competência exclusiva do Estado-Membro da sede em matéria de dissolução de sociedades está incluída na secção 6 do referido regulamento. De igual modo, no artigo 45.º, n.º 1, alínea e), subalínea ii), “a pedido de qualquer interessado, o reconhecimento de uma decisão é recusado se a decisão desrespeitar o disposto no Capítulo II, Secção 6”. A diferença consiste na circunstância de o Tribunal do Estado-Membro em que se requer o reconhecimento já não ter poderes para, oficiosamente (isto é, sem o “pedido de qualquer interessado”), recusar o reconhecimento, com base na violação de normas de competência estabelecidas no Regulamento.

26 Para mais desenvolvimentos sobre esta questão, ainda que com especial foco sobre o reconhecimento dos schemes of arrangement no ordenamento jurídico espanhol, cfr. CARRASCO PERERA, Ángel e TORRALBA Mendiola, Elisa (2011), *op. cit.*, pp. 359 a 362.

27 No contexto da União Europeia, está agora em discussão uma nova proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que visa harmonizar certos aspetos do direito da insolvência, a propósito da qual nos parece relevante destacar — pela sua afinidade com o tema dos schemes of arrangement — a proposta de regulamentação dos processos pre-pack. Estes processos também tiveram origem jurisprudencial no direito inglês e têm vindo a ser admitidos paulatinamente nos ordenamentos jurídicos de outros Estados-Membros, como a Espanha e os Países Baixos. Os processos pre-pack consistem essencialmente em processos sumários de liquidação da empresa devedora (no todo ou em parte) e visam, através de um processo competitivo de venda, preparar, negociar e antecipar o mais possível a venda da empresa ou unidade produtiva ao melhor proponente antes da abertura formal do processo de insolvência. O principal objetivo dos processos pre-pack é, então, permitir a liquidação da empresa de forma célere, em condições de mercado e assegurando a continuidade da empresa, em resultado da situação provável de insolvência do devedor. Independentemente do caminho que a proposta de diretiva ainda terá que percorrer — bem como da transposição que vier a ser feita nos ordenamentos internos de cada um dos Estados-Membros —, vemos a regulamentação dos processos pre-pack como um passo adicional a fim de consagrar mecanismos simplificados e eficientes de reestruturação de empresas a nível da União Europeia. Do mesmo modo, as questões relativas ao forum shopping e à inexistência de um mecanismo de reconhecimento e execução automática dos schemes of arrangement poderiam ficar ultrapassadas com a implementação dos processos pre-pack, sujeitos a regras uniformes, estruturadas e consistentes, dentro da União Europeia, sendo certo, porém, que em virtude do Brexit a diretiva que vier a ser aprovada não será aplicável ao Reino Unido. O texto da proposta de diretiva pode ser consultado no seguinte link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022PC0702>.

28 Cfr., a título de exemplo, o parágrafo 44 do Relatório Virgós-Schmidt, a propósito da Convenção relativa aos Processos de Insolvência de 23-11-1995, antecessora dos Regulamentos 1346/2000 e 848/2015: “the Convention (...) covers only the «intra-Community effects» of insolvency proceedings. The Convention governs only internal conflicts of the Community with two further limitations: (a) the Convention does not govern all intra-Community conflicts. It covers only cases where the centre of the debtor’s main interests is located in a Contracting State. When the centre of the debtor’s main interests is outside the territory of a Contracting State, the Convention does not apply. In such a case, it is up to the private international law of Member States to decide whether insolvency proceedings may be opened against the debtor and on the rules and conditions to be applied; (...) (b) Even when the centre of a debtor’s main interests is in a Contracting State and the Convention is applicable, its provisions are restricted to relations with other Contracting States. Where non-Member States are concerned, it is the responsibility of each Member State to define the appropriate conflict rules”.

29 Convenção relativa à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, assinada em Lugano, a 30-10-2007.

30 Cfr. a comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho de 04-05-2021, COM(2021) 222, disponível em eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0222.

31 Cfr. artigo 1.º, n.º 1, segundo parágrafo, do Regulamento 848/2015.

32 Cfr. MCCORMACK, Gerard (2022). *EU Insolvency Law - Cross Border Insolvency Law in Comparative Focus*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, p. 17: “schemes of arrangement contributed to the UK becoming the restructuring capital of Europe with financially stretched foreign companies flocking to the UK to restructure their debts by means of a scheme of arrangement”.

33 Cfr. RINGE, Wolf-Georg (2016). Article 3. In Bork, Reinhard e van Zwielen, Kristin, *Commentary on the European Insolvency Regulation*, Oxford University Press, 148, § 3.104, escreve o seguinte: “In the run-up to the 2015 reform, when policy-makers sought to extend the scope of the EIR 2000, the UK government insisted that schemes of arrangement should not be covered by the EIR. They were successful in defending this position, and new Recital 16 clarifies that «proceedings that are based on general company law not designed exclusively for insolvency situations should not be considered to be based on laws relating to insolvency» and hence not within the scope of the EIR recast”.

34 Cfr. § 901A do Companies Act 2006, introduzido pelo Corporate Insolvency and Governance Act 2020: “(1) The provisions of this Part [leia-se, Part 26-A] apply where conditions A and B are met in relation to a company. (2) Condition A is that the company has encountered, or is likely to encounter, financial difficulties that are affecting, or will or may affect, its ability to carry on business as a going concern. (3) Condition B is that (a) a compromise or arrangement is proposed between the company and (i) its creditors, or any class of them, or (ii) its members, or any class of them, and (b) the purpose of the compromise or arrangement is to eliminate, reduce or prevent, or mitigate the effect of, any of the financial difficulties mentioned in subsection (2).”

35 Este entendimento vai ao encontro da posição assumida pelo High Court of Justice of England and Wales, Chancery Division, em *Re Gategroup Guarantee Limited* [2021] EWHC 304, segundo a qual um scheme of arrangement ao abrigo da Parte 26-A do Company Act 2006 (um “restructuring plan”) estava excluído do âmbito de aplicação da Convenção de Lugano de 2007 por consubstanciar um caso de “falência, concordata e outros processos análogos” (cf. artigo 1.º, n.º 2, alínea b), da Convenção de Lugano de 2007).

36 Cfr. ABRANTES GERALDES, António dos Santos, PIRES DE SOUSA, Luís Filipe e PIMENTA, Paulo, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. II, p. 427.

37 Este problema terá sido suscitado, pela primeira vez, por uma decisão do tribunal de segunda instância de Celle, na Alemanha, o qual recusou reconhecer a decisão homologatória do tribunal britânico, considerando que a mesma não devia ser qualificada como uma sentença na aceção do Regulamento 44/2001 (em vigor naquela época), por, entre outros motivos, o processo não revestir natureza contraditória. No entanto, a posição do tribunal de Celle quanto à natureza não-contraditória dos schemes of arrangement ficou, tanto quanto sabemos, isolada, desde logo porque o próprio Supremo Tribunal Federal Alemão concluiu o contrário, em sede de recurso, no seu acórdão de 15-02-2012 - IV ZR 194/09. Cfr. PAYNE, Jennifer (2013), *op. cit.*, pp. 584-586.

38 Quanto a este tema, Ángel Maria Ballesteros Barros escreve o seguinte: *"la resolución dictada por el tribunal inglés sancionando el SoA [scheme of arrangement] habrá sido dictada tras una fase procesal contradictoria, con posibilidad de debate contradictorio en el curso de la audiencia de los acreedores afectados por el SoA y con posibilidad de apelación ante los tribunales superiores ingleses frente a la resolución emitida antes de que se someta a reconocimiento la misma"*. Cfr. BALLESTEROS BARROS, Ángel María (2011). El reconocimiento en España del Scheme of Arrangement de derecho inglés tras el Brexit. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 13, n.º 1, p. 78. No mesmo sentido, vide PAYNE, Jennifer (2013), *op. cit.*, pp. 566-567 e 585.

39 Quanto a esta matéria, o Supremo Tribunal de Justiça já teve ocasião de afirmar o seguinte, no seu acórdão de 26-09-2017, processo n.º 1008/14.4YRLSB.L1.S1: *"Mesmo que não seja possível determinar, a priori, o conteúdo da cláusula geral da ordem pública internacional, é latamente consensual a ideia de que o mesmo é enformado pelos princípios estruturantes da ordem jurídica, como são, desde logo, os que, pela sua relevância, integram a Constituição em sentido material, pois são as normas e princípios constitucionais, sobretudo os que tutelam direitos fundamentais, que não só enformam como também conformam a ordem pública internacional do Estado, o mesmo sucedendo com os princípios fundamentais do Direito da União Europeia e ainda com os princípios fundamentais nos quais se incluem os da boa-fé, dos bons costumes, da proibição do abuso de direito, da proporcionalidade, da proibição de medidas discriminatórias ou espoliadoras, da proibição de indemnizações punitivas em matéria cível e os princípios e regras basilares do direito da concorrência, tanto de fonte comunitária, quanto de fonte nacional."*

40 Cfr. SWIERCZOK, Arthur (2014). Recognition of English Solvent Schemes of Arrangement in Germany. *The King's Student Law Review*, Vol. 5, no. 1 (Spring 2014), p. 91: *"Although, as seen, a solvent SoA [scheme of arrangement] is not a new contract, it may still constitute one way of extinguishing the obligations in the sense of Art. 12(1)(d) Rome I. And, in fact, this view is largely shared by the academic literature. The consequence of this is that, where the contractual obligations affected by the SoA are governed by English law, the effects of the SoA are also determined by English law. In other words, the choice of English law as the lex contractus for the obligations in question implies an ex ante subjection under a possible English SoA including its substantive effects. However, a German Court is obliged to recognise these substantive law effects under Rome I"*. Pela nossa parte, não podemos concordar com este Autor, nem com a tese que perfilha. As medidas previstas no scheme of arrangement só cobram eficácia em virtude da decisão judicial homologatória. Consequentemente, as medidas previstas no scheme não podem ser reconhecidas pelo simples facto de a lei reguladora da obrigação ser a lei inglesa, uma vez que isso implicaria reconhecer eficácia a uma sentença britânica sem a mesma ter sido revista e confirmada, ou por outra forma reconhecida.