



CATÓLICA PORTO

O novo regime simplificado das Fusões Transfronteiriças

Diretiva 2005/56/CE

Dissertação de Mestrado
Universidade Católica Portuguesa – Polo Foz
Faculdade de Direito
Orientada por Doutor José Engrácia Antune

António Palma Nogueira

Porto, 2015

“Toda a teoria deve ser feita para poder ser posta em prática, e toda a prática deve obedecer a uma teoria. Só os espíritos superficiais desligam a teoria da prática, não olhando a que a teoria não é senão uma teoria da prática, e a prática não é senão a prática de uma teoria”.

Fernando Pessoa

Agradecimentos

A nível pessoal:

Ao meu pai.

À minha mãe.

À Isabel,

A nível académico:

Ao meu orientador, o Doutor José Engrácia Antunes pela sua disponibilidade e pela orientação feita.

Lista de Abreviaturas

AG: Assembleia Geral

Art.: artigo

CC: Código Civil

CE: Conselho Europeu

CS: Capital Social

CSC: Código das Sociedades Comerciais

EM: Estados Membros

UE: União Europeia

OJ: Ordenamento Jurídico

PE: Parlamento Europeu

ss: seguintes

TFUE: Tratado de Funcionamento da União Europeia

TJUE: Tribunal de Justiça da União Europeia

Índice

Agradecimentos.....	3
Lista de Abreviaturas	4
Índice.....	5
1. Introdução	6
1.1. Justificação, objetivos e contributos da tese	6
1.2. Plano geral da tese	7
1.3. Definições.....	7
1.4. Conclusão	10
2. Evolução histórica.....	10
2.1. Liberdades dos cidadãos da UE.....	10
2.2. Personalidade jurídica das Sociedades Comerciais.....	11
2.3. Proposta da décima diretiva de 1985	12
2.4. Casos e decisões judiciais.....	12
2.5. Conclusão	13
3. Novo regime simplificado das fusões transfronteiriças.....	14
3.1. Diretiva 2005/56/CE.....	15
3.1.1. Fase preparatória	17
3.1.2. Fase decisória	19
3.1.3. Fase executiva	21
3.2. Dificuldades nas fusões transfronteiriças	24
3.2.1. Direito de exoneração dos sócios minoritários.....	24
3.2.2. Participação dos trabalhadores.....	25
3.2.3. Protecção dos credores das sociedades objecto de fusão.....	26
4. Conclusões	27
5. Bibliografia	28
6. Anexos.....	32

1. Introdução

1.1. Justificação, objetivos e contributos da tese

Justificação

A problemática das fusões transfronteiriças é um tema da atualidade, ainda com alguns caminhos complexos e todavia sem uma clara definição interpretativa jurídica por alguns dos intervenientes nestes processos. Neste sentido, optamos por dedicar-lhe o tema desta tese no interesse de um maior conhecimento numa matéria que terá cada vez mais preponderância no seio das relações intracomunitárias. Abordada esta questão numa profundidade de acessibilidade aclaratória tornaria menos complicadas algumas decisões de gestão que poderiam estar condicionadas por alguma errada ou menos clara interpretação jurídica.

Assim, juntamente com o meu orientador decidimos pelo desenvolvimento desta tese através de uma abordagem explicativa ao que será a interpretação e aplicação actual da legislação em matéria das fusões transfronteiriças.

Objetivos

Dar a conhecer o processo e a legislação, por si de elevada complexidade, que abrange e regula esta matéria, de forma mais simplificada, contribuindo a uma maior acessibilidade na interpretação jurídica sobre fusões transfronteiriças, no âmbito da decisão societária com o devido suporte na correcta interpretação legislativa.

Contributos

Visto ser um tema não só da actualidade como também de futuro, alertar para a necessidade de simplificar normas jurídicas capazes de manter a equidade das decisões societárias, mantendo o necessário equilíbrio a nível fiscal entre as diferentes nações que compõem a comunidade económica europeia, a par de um maior equilíbrio na defesa dos sócios minoritários e dos trabalhadores das empresas alvos das ditas fusões.

Ajudar a criar a necessidade de uma maior profundidade normativa, mais simplista e mais equitativa, na perspectiva da abordagem sobre a coabitação destas fusões transfronteiriças com o maior respeito pelos diferentes interesses nacionais e respeitando os seus diferentes ordenamentos jurídicos, tanto a nível fiscal, como económico, passando ainda pela abordagem dos sócios e dos trabalhadores.

1.2. Plano geral da tese

A presente tese, para além deste capítulo introdutório, é constituída por mais quatro capítulos:

- No capítulo 2, efetua-se um resumo da evolução histórica que culminou com a criação da Diretiva 2005/56/CE, ou seja, do novo regime simplificado de fusões transfronteiriças.

- No capítulo 3, apresenta-se o sistema desse novo regime, apresentando-se uma proposta de simplificação processual aclaratória, sempre em constante conjugação entre os artigos da Diretiva e do Código das Sociedades Comerciais (visto que a Diretiva foi transposta para o ordenamento jurídico nacional, introduzindo alterações ao CSC).

- No capítulo 4, efetua-se uma análise crítica à transposição da Diretiva e à fraca ou pouca simplificação do processo, pelo menos no oj Português. Apresentam-se ainda as conclusões mais relevantes em termos de contribuição, implicações práticas e possíveis sugestões para estudo.

1.3. Definições

Apresentam-se, de seguida, definições de termos técnico-jurídicos utilizados ao longo da dissertação, com recurso a diplomas jurídicos, diretivas ou a autores reconhecidos.

Fusão: Podemos verificar pelo nº 1 do artigo 97º do Código das Sociedades Comerciais que “duas ou mais sociedades, ainda que tipo diverso, podem fundir-se mediante a

reunião numa só.” No nº 4 do mesmo artigo podemos ainda verificar os dois tipos existentes de fusão, por incorporação e por constituição¹.

Fusão por incorporação: “Mediante a transferência global do património de uma ou mais sociedades para outra e a atribuição aos sócios daquelas de partes, ações ou quotas desta”; (alínea a) do nº 4, do artigo 97º do CSC)

Fusão por constituição: Plasmado na alínea b) do artigo referido acima “mediante a constituição de uma nova sociedade, para a qual se transferem globalmente os patrimónios das sociedades fundidas, sendo aos sócios destes atribuídos partes, ações ou quotas da nova sociedade”².

Fusões transfronteiriças: Segundo Alberto Javier Tapia Hermida³ “Estamos perante uma fusão intracomunitária de sociedades de responsabilidade limitada quando duas ou mais sociedades constituídas ou com domicílio em diversos Estados Membros da União Europeia e cujas ações se negociam em um ou mais mercados regulados de valores situados na UE se fundem por absorção ou criação de uma nova sociedade, sempre que sejam tipos sociais com direito a fundir-se de acordo com a legislação nacional”. É entendimento do autor que existem duas formas típicas de fusão, a fusão constitutiva de uma nova sociedade e a fusão constitutiva ou modificadora de uma sociedade já existente. Este tipo de fusões está regulado na Diretiva 2005/56/CE, em conjugação com os artigos 97º e ss do Código das Sociedades Comerciais.⁴

Sociedades Comerciais: “(...) originariamente concebida como um agrupamento voluntário de indivíduos que através da formação de um fundo patrimonial comum, exercem uma actividade económica lucrativa: desde a origem até aos nossos dias, a

¹ “(...) duas modalidades básicas de fusão: a fusão por incorporação e a fusão por concentração. Na fusão por incorporação, uma sociedade preexistente mantém-se, absorvendo uma outra; na fusão por concentração, duas ou mais entidades preexistentes transferem as suas posições jurídicas para uma entidade, criada a esse propósito.” – Cordeiro, António Menezes – Manual de Direito das Sociedades – 2ª edição 2007 – Almedina – página 959

² A fusão de sociedades está regulada nos artigos 97º e seguintes do Código das Sociedades Comerciais (Capítulo IX)

³ Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil -
METODOS DE CONCENTRACION TRANSFRONTERIZA INTRACOMUNITARIA DE SOCIEDADES
COTIZADAS: FUSIONES, OPAS Y OTROS MÉTODOS ALTERNATIVOS. LAS DIRECTIVAS 2004/25/CE Y
2005/56/CE

⁴ “São aplicáveis às sociedades com sede em Portugal participantes num processo de fusão transfronteiriça as disposições introduzidas pela Lei n.º 19/2009 e, subsidiariamente, as relativas às fusões internas, em especial no que toca ao processo de tomada de decisão relativo à fusão, à protecção dos credores das sociedades objecto de fusão, dos obrigacionistas e dos direitos dos trabalhadores que não sejam regulados por lei especial.” (O novo regime jurídico das fusões transfronteiriças, artigo PLMJ, pág. 2)

sociedade transformou-se no «protótipo da empresa em nome colectivo» (...)” (Antunes, J. Engrácia).⁵

Sociedade de responsabilidade limitada: “Uma sociedade cujo capital é representado por acções, com personalidade jurídica, que possua um património distinto que responda, por si só, pelas dívidas da sociedade e que esteja submetida, pela sua legislação nacional, a condições em matéria de garantias, tais como previstas pela Diretiva 68/151/ CEE⁶, tendo em vista a proteção dos interesses tanto dos sócios como de terceiros;” (artigo 2º, nº1, alínea b) da Diretiva 2005/56/CE).

Teorias da sede⁷: São teorias perfilhadas pelos EM para determinar a nacionalidade das sociedades, as quais são compostas pelas teorias da sede estatutária e da incorporação.

Teoria da sede estatutária: “é aplicável às sociedades a legislação do país onde se situe a sua sede”.

Teoria da incorporação: “cada sociedade é regida pela lei do país da sua constituição, reconhecendo-se, portanto, como existentes, as sociedades (validamente) constituídas de acordo com a legislação de outro país”.

Capital Social: “Por um lado, na sua vertente formal, o capital social é o elemento do pacto [cfr. Artigo 9º, nº1, alínea f), do CSC], que se consubstancia numa cifra tendencialmente estável – representativa da soma dos valores nominais das participações sociais fundadas em entradas de bens -, necessariamente expressa em euros (cfr. Artigo 14º do CSC), e que – inscrita no lado direito do balanço – determina o valor em que o activo deve superar o passivo. Por outro, agora na acepção real, é constituído por uma massa de bens – não determinada qualitativamente – que é uma fracção ideal do património líquido e se destina a cobrir o valor do capital social nominal (...)”⁸

⁵ Retirado de: Direito das Sociedades de José Engrácia Antunes.

⁶ Ou uma das sociedades incluídas no artigo 1º desta Diretiva

⁷ Retiradas de tese “As origens da Directriz 2005/56/CE e o “novo” processo de fusão simplificado”.

⁸ Domingues, Paulo de Tarso – Do Capital Social, Noção, princípios e funções – 2ª edição – universidade de Coimbra – 2004 – Página 54

1.4. Conclusão

Determinada a problemática em questão para o desenvolvimento desta tese, deve ser salientada e reforçada a mensagem da necessidade de uma melhor estruturação na interpretação jurídica tanto da Diretiva que regula as Fusões transfronteiriças como de outras normas que se lhe apliquem.

Pelo facto de estarmos perante a complexidade legislativa, provavelmente muitas decisões empresariais poderão ser avaliadas de forma menos equitativa e quiçá de forma muito distinta aos próprios interesses dos accionistas ou sócios das respectivas empresas. Essas decisões, tanto no curto como no médio prazo, poderão ser prejudiciais aos interesses nacionais dos membros da UE pois não existe um suporte fiscal, administrativo, laboral e político unificado que possa ser enquadrado numa política tão sensível de Diretiva única.

Para uma melhor compreensão sobre o estado actual do tema que se aborda, apresenta-se de seguida uma breve resenha sobre a evolução histórica destas fusões.

2. Evolução histórica

2.1. Liberdades dos cidadãos da UE

A Diretiva 2005/56/CE não foi a primeira abordagem a este tema tão importante na vida das sociedades comerciais, nesta temática das fusões, no âmbito da convivência entre distintas sociedades comerciais e a implicação prática no futuro das mesmas, após o processo da fusão propriamente dita.

Para se compreender esta evolução histórica da Diretiva, será de assinalar-se a importância sobre as liberdades concedidas aos cidadãos da União Europeia, ou seja, a criação de um mercado comum. Como estávamos perante uma grande necessidade da criação deste mercado, criaram-se as liberdades de circulação de (1) pessoas, (2) bens, (3) serviços e de (4) capitais.

Destas liberdades⁹, assim concedidas aos cidadãos da EU, remarca-se para o desenvolvimento desta tese a da liberdade de estabelecimento, pois o que esteve em causa na criação da Diretiva foi esta liberdade de estabelecimento de sede das sociedades.

2.2. Personalidade jurídica das Sociedades Comerciais

Propomos abordar de seguida a personalidade jurídica das sociedades comerciais e a implementação feita, aquando da criação da CEE, da livre circulação de bens, pessoas, serviços e capitais.

Esta personalidade jurídica¹⁰ das sociedades está regulada no artigo 5º do Código das Sociedades Comerciais¹¹. Pode-se afirmar que estas são sujeitos com personalidade própria, com capacidade para exercer direitos e contrair obrigações.

A questão sobre o problema da nacionalidade das sociedades comerciais é aqui abordada através das teorias da sede estatutária e da constituição.

Com a controvérsia gerada em torno das nacionalidades das sociedades foi decidido adoptar-se a via convencional, na qual os Estados-membros decidiam entre si negociações destinadas a garantir o reconhecimento das sociedades.

⁹ Hoje em dia “A livre circulação dos trabalhadores é um princípio fundamental consagrado no artigo 45.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e desenvolvido na legislação secundária da UE e na jurisprudência do Tribunal de Justiça. Ao abrigo deste princípio, os cidadãos da UE têm direito a:

procurar emprego noutro país da UE; trabalhar noutro país da UE sem necessitar de uma autorização de trabalho; residir noutro país da UE para aí procurar emprego ou trabalhar; permanecer noutro país da UE mesmo após aí ter deixado trabalhar; usufruir do mesmo tratamento que os nacionais do país em questão no que se refere ao acesso ao emprego, condições de trabalho e todos os outros benefícios sociais e fiscais. Os cidadãos da UE também podem transferir determinados tipos de cobertura médica e social para o país para o qual se mudam para procurar emprego ou trabalhar.

Na sua generalidade, o princípio da livre circulação de trabalhadores estende-se igualmente aos países do Espaço Económico Europeu: Islândia, Liechtenstein e Noruega.

As pessoas que exercem determinadas actividades profissionais podem obter o reconhecimento das suas qualificações profissionais no estrangeiro.

As regras de coordenação da segurança social da UE protegem os direitos das pessoas que mudam de país na UE, cobrindo igualmente a Islândia, o Liechtenstein, a Noruega e a Suíça.”

- <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=457&langId=pt>

¹⁰ “A sociedade adquire, por conseguinte, personalidade jurídica a partir do seu registo definitivo na Conservatória do Registo Comercial e passa, então, a ser susceptível de titularidade de direitos e obrigações e a ter capacidade de direito.” – Almeida, António Pereira De, - Sociedades Comerciais – 3ª edição – Coimbra Editora – 2003 – página 32.

¹¹ “Artigo 5º - Personalidade – As sociedades gozam de personalidade jurídica e existem como tais a partir da data do registo definitivo do contrato pelo qual se constituem, sem prejuízo do disposto quanto à constituição de sociedades por fusão, cisão ou transformação de outras.”. Então sabemos e podemos concluir que a personalidade jurídica da sociedade é individual e não se confunde com a dos seus sócios.

2.3. Proposta da décima diretiva de 1985

Propõe-se de seguida a abordagem ao enquadramento sobre o caminho percorrido para criar este novo regime, teoricamente, simplificado de fusões transfronteiriças

O início ficou registado pelas diversas tentativas frustradas que houve ao longo dos tempos para se chegar a um consenso e a uma lei uniforme que viesse a regular as fusões internacionais e a, no fundo, quebrar todas as barreiras que existiam. Com esta base e após outras tentativas frustradas (a terceira directiva – 78/855/CE), acabou por surgir uma proposta de Diretiva (de 1985) relativa às fusões de sociedades anónimas, mas que também esta não foi mais do que uma tentativa frustrada, sendo mais tarde retirada. Não obteve assim o efeito prático de execução tal como se pretendia.

Após enormes obstáculos criados provavelmente pela frustração de várias tentativas, todas elas sem êxito, foi decidida a contratação de um grupo de peritos com o objectivo de que pudessem emitir um parecer sobre um conjunto de soluções, possibilidades e recomendações de modo a que se alcançasse um plano de acção que culminasse no sucesso pretendido, a criação de uma Diretiva que regulasse as fusões transfronteiriças. Estes peritos criaram um relatório de modo a terem sucesso.¹²

Entre outras, uma das controvérsias residia na questão sobre a participação dos trabalhadores nas fusões de sociedades anónimas. O consenso foi alcançado e desta forma viram resolvidas uma das partes que presidia o conflito até então existente. Inicia-se assim com êxito o processo relativo à Diretiva 2005/56/CE.

2.4. Casos e decisões judiciais

Como referido, ao longo dos tempos o TJUE foi várias vezes consultado para resolver conflitos sobre o tema. Esta evolução dos casos foi resolvendo as questões que viriam aparecendo, relativas às transferências de sedes e fusões¹³, tais como os confirmados nos acórdãos Daiy Mail (anexo 1), acórdão Centros (anexo 2), acórdão Sevic (anexo 3) e acórdão VALE (anexo 4).

¹² Este documento ficou conhecido como relatório Winter II.

¹³ Retirado de: BAUERREIS, Jochen – Law Research Seminar – Esade Law School - Aspectos generales de la movilidad de las sociedades en el marco del derecho europeo – outubro, 2012 (powerpoint).

Nestes acórdãos estão muitas questões resolvidas, porém crê-se que o acórdão mais importante para o tema desta tese terá sido o Sevic. A importância deste é grande, visto que terá sido o primeiro acórdão a decidir algo sobre as fusões transfronteiriças em concreto. Este acórdão foi conhecido praticamente ao mesmo tempo da publicação da Diretiva 2005/56/CE e veio mostrar que o Direito Comunitário permitia que a fusão fosse feita e inscrita no registo comercial da Alemanha.

O acórdão Sevic veio decidir igualmente à Diretiva das fusões transfronteiriças, apesar desta ainda não ter sido transposta no Direito interno de alguns países e o prazo para o fazerem ainda não ter terminado. Com isto, podemos observar que este é o primeiro acórdão relativo às fusões transfronteiriças (até aí seriam mais sobre as questões de transferência de sede).

2.5. Conclusão

Conclui-se que o caminho percorrido para conseguir uma norma que englobasse todos os Estados-membro da União Europeia relativamente ao tema das fusões transfronteiriças foi longo e o seu processo foi conturbado, polémico e difícil.

Verifica-se que quase sempre que se chegava a um consenso, havia algo que o refutava e anulava, como por exemplo a participação dos trabalhadores.

Realmente comprova-se que não é fácil criar normas comunitárias, pois os ordenamentos jurídicos nacionais têm as suas próprias normas e cada uma destas tem de ser respeitada. Caso contrário terá de se chegar a um entendimento para que não seja totalmente anulada.

Ainda assim, crê-se que a resposta comunitária relativamente a estes assuntos, nitidamente necessários, como se provou pelos casos apresentados, deve ser mais rápida e eficaz, de modo a que não tenha de se recorrer ao TJUE para que se pronuncie sem que realmente exista um grande conflito de interesses. O resultado mais satisfatório, para que não existisse tanto recurso ao TJUE deveria estar não só na contínua formação dos peritos de normas jurídicas, como na simplificação destas, ou pela sua interpretação ou pela criação de novas normas.

3. Novo regime simplificado das fusões transfronteiriças

As funções transfronteiriças estão reguladas hoje em dia pelo regime simplificado da Diretiva 2005/56/CE, de 26 de Outubro de 2005, do Parlamento Europeu e do Conselho e foi transposta para o regime português a 12 de Maio de 2009 pela Lei nº19/2009. Apesar de esta transposição ter sido tardia¹⁴, trouxe várias alterações ao Código das Sociedades Comerciais, assim como ao Código do Registo Comercial e, para além disso, introduziu um conjunto de regras especiais quanto à definição de participação dos trabalhadores nas sociedades resultantes de fusões transfronteiriças no nosso ordenamento jurídico.

No artigo 2º da Diretiva de 2005 temos também uma definição do que é fusão¹⁵ e deve-se também referir que só estão abrangidas as fusões transfronteiriças nos termos desta Diretiva se ambas as sociedades tiverem a sua sede em países EM.

No nº 2 do preâmbulo da Diretiva constatamos que esta serve para facilitar “as fusões transfronteiriças das sociedades de responsabilidade limitada de diferentes Estados-Membros, tal como nela definimos. As legislações dos Estados-Membros deverão permitir a fusão transfronteiriça de sociedades capitais nacionais com sociedades de responsabilidade ilimitada de outros Estados-Membros, se a legislação nacional dos Estados-Membros em questão permitir fusões entres esses tipos de sociedade”.

O ordenamento jurídico português, após a Lei 19/2009 assistiu a pequenas alterações e o regime das fusões transfronteiriças está regulado nos artigos 117º-A CSC. e seguintes. Este artigo dá-nos uma noção e âmbito das mesmas¹⁶.

¹⁴ Portugal era um dos 11 países da EU que ainda não tinha transposto a Diretiva até à presente data, que deveria ter sido transposta até Dezembro de 2007.

¹⁵ «**Fusão**», a operação pela qual: a) Uma ou mais sociedades, sendo dissolvidas sem liquidação, transferem todos os seus ativos e passivos para outra sociedade já existente — a sociedade incorporante — mediante atribuição aos respetivos sócios de ações ou títulos representativos do capital social dessa sociedade e, se aplicável, de uma quantia em dinheiro não superior a 10% do valor nominal ou, na ausência de valor nominal, do valor contabilístico dessas ações ou títulos; b) Duas ou mais sociedades, sendo dissolvidas sem liquidação, transferem todos os seus ativos e passivos para uma sociedade que constituem — a nova sociedade — mediante a atribuição aos respetivos sócios de ações ou títulos representativos do capital social desta nova sociedade e, se aplicável, de uma quantia em dinheiro não superior a 10% do valor nominal ou, na ausência de valor nominal, do valor contabilístico dessas ações ou títulos; c) Uma sociedade, sendo dissolvida sem liquidação, transfere todos os seus ativos e passivos para a sociedade detentora da totalidade das ações ou outros títulos representativos do seu capital social.” – Artigo 2º da Diretiva.

¹⁶ «**Noção e âmbito** - 1 - A fusão transfronteiriça realiza-se mediante a reunião numa só de duas ou mais sociedades desde que uma das sociedades participantes na fusão tenha sede em Portugal e outra das sociedades participantes na fusão tenha sido constituída de acordo com a legislação de um Estado membro, nos termos da Diretiva n.º 2005/56/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro, e tenha a sede estatutária, a administração central ou o estabelecimento principal no território da Comunidade. 2 - As sociedades em nome colectivo e as sociedades em comandita simples não podem participar numa fusão transfronteiriça.” - Artigo 117º - A do CSC.

Através de uma publicação de Fábio Castro Russo, observamos uma questão interessante, de modo a percebermos melhor o âmbito de aplicação da Diretiva – “Outras fusões internacionais (por ex., fusão por incorporação de uma sociedade sujeita à lei pessoal brasileira) não estão contempladas no âmbito de aplicação deste regime, sem prejuízo de serem possíveis à luz do consignado no art. 33º, nº 4, CC, segundo o qual «[a] fusão de entidades com leis pessoal diferente é apreciada em face de ambas as leis pessoais». Claro está que as dificuldades de ordem prática serão de monta.

Em face do que se disse inicialmente, a *differentia specifica* da fusão transfronteiriça está no respectivo âmbito de aplicação. Na verdade, e porque há uma única noção de fusão, seja ela interna ou transfronteiriça, o regime aplicável à fusão transfronteiriça e, com ressalva das especialidades impostas pelos arts. 11º-A e segs. (designadamente o complexo sistema de fiscalização da fusão aqui vigente), o da fusão interna, como aliás decorre do disposto no art. 117º-B. Assim, por ex., à elaboração do projecto de fusão aplicar-se-á o art. 117º-C (específico da fusão transfronteiriça), bem como o art. 98º, que respeita ao «regime geral» (ou seja, ao regime da fusão interna).

A esta luz, não suscita especiais dificuldades que, tal como a fusão interna, também a fusão transfronteiriça possa ocorrer por incorporação (incluindo de sociedade totalmente detida pela sociedade incorporante como prevê o art. 117º-I) ou por constituição de uma nova sociedade”¹⁷.

Após este esclarecimento, ir-se-á prosseguir para uma breve evolução histórica do regime, ao que se seguirá uma análise detalhada deste e ainda das suas dificuldades; participação dos trabalhadores e o direito de exoneração dos sócios minoritários.

3.1. Diretiva 2005/56/CE

Esta Diretiva veio tentar simplificar o regime das fusões transfronteiriças das sociedades de responsabilidade limitada.

O novo regime, como foi já referido anteriormente, trouxe algumas mudanças no ordenamento jurídico português e passaremos então a expor o processo.

¹⁷ Retirado de – Fusão e cisão de sociedades (Portugal) de Fábio Castro Russo, pág 605.

Após investigação e diversas pesquisas pôde-se verificar que existe um processo que tem de ser seguido, porém é um processo algo confuso e complexo.

Optou-se nesta dissertação por desenvolver uma proposta de simplificação aclaratória sobre o processo do próprio regime simplificado (que já seria supostamente simples) e dividi-lo por diferentes fases.

Propõe-se assim uma divisão dos trâmites da fusão transfronteiriça pelas seguintes três fases (anexo 6):

Primeira fase, a que denominamos **preparatória**:

1. O projecto comum de fusão;
2. O registo do projecto;
3. Convocação da AG;

Segunda fase, **decisória**:

4. Duplo controlo da legalidade
 - 4.1 Emissão de um certificado prévio;
 - 4.2 Fiscalização da Legalidade da fusão transfronteiriça;

Terceira fase, **executiva**:

5. Registo da fusão nos serviços do Registo Comercial.

Após explicação e desenvolvimento deste processo abordar-se-ão três dificuldades associadas a este tipo de fusão:

- a) A participação dos trabalhadores;
- b) Direito de exoneração dos sócios minoritários;
- c) Oposição dos credores¹⁸.

¹⁸ “(...) quanto à difícil compatibilização dos interesses daqueles com os interesses das próprias sociedades fundidas e cindidas, plasmada na atribuição aos primeiros de um direito de oposição judicial; (...)” – Antunes, José A.

A Lei 19/2009 de 12 de Maio veio introduzir não só a aplicação da Diretiva 2005/56/CE, como também algumas alterações ao CSC.

3.1.1. Fase preparatória

Como já identificado, as fusões transfronteiriças estão reguladas nos artigos 117º - A e ss do CSC. No artigo 117º - C, está presente o primeiro trâmite do processo – **o projeto comum de fusão** – e lê-se “o projeto comum da fusão (...) artigo 98¹⁹ (...)” em conjugação com o 5º da Diretiva.

Posto isto, vimos como deve ser elaborado o projeto e o que este deve conter.

Engrácia – Direito das Sociedades Comerciais, perspectivas do seu ensino – Almedina – 2000 – página 126, nota de rodapé 322.

¹⁹ “**Projeto de fusão - 1** - As administrações das sociedades que pretendam fundir-se elaboram, em conjunto, um projeto de fusão donde constem, além de outros elementos necessários ou convenientes para o perfeito conhecimento da operação visada, tanto no aspeto jurídico como no aspeto económico, os seguintes elementos: **a)** A modalidade, os motivos, as condições e os objetivos da fusão, relativamente a todas as sociedades participantes; **b)** O tipo, a firma, a sede, o montante do capital e o número de matrícula no registo comercial de cada uma das sociedades, bem como a sede e a firma da sociedade resultante da fusão; **c)** A participação que alguma das sociedades tenha no capital de outra; **d)** O balanço de cada uma das sociedades intervenientes, donde conste designadamente o valor dos elementos do ativo e do passivo a transferir para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade; **e)** As partes, ações ou quotas a atribuir aos sócios da sociedade a incorporar nos termos da alínea a) do n.º 4 do artigo anterior ou das sociedades a fundir nos termos da alínea b) desse número e, se as houver, as quantias em dinheiro a atribuir aos mesmos sócios, especificando-se a relação de troca das participações sociais; **f)** O projeto de alteração a introduzir no contrato da sociedade incorporante ou o projeto de contrato da nova sociedade; **g)** As medidas de proteção dos direitos de terceiros não sócios a participar nos lucros da sociedade; **h)** As modalidades de proteção dos direitos dos credores; **i)** A data a partir da qual as operações da sociedade incorporada ou das sociedades a fundir são consideradas, do ponto de vista contabilístico, como efetuadas por conta da sociedade incorporante ou da nova sociedade; **j)** Os direitos assegurados pela sociedade incorporante ou pela nova sociedade a sócios da sociedade incorporada ou das sociedades a fundir que possuem direitos especiais; **l)** Quaisquer vantagens especiais atribuídas aos peritos que intervenham na fusão e aos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização das sociedades participantes na fusão; **m)** Nas fusões em que seja anónima a sociedade incorporante ou a nova sociedade, as modalidades de entrega das ações dessas sociedades e a data a partir da qual estas ações dão direito a lucros, bem como as modalidades desse direito. **2** - O balanço referido na alínea d) do número anterior pode ser: **a)** O balanço do último exercício, desde que tenha sido encerrado nos seis meses anteriores à data do projecto de fusão; **b)** Um balanço reportado a uma data que não anteceda o trimestre anterior à data do projecto de fusão; ou **c)** O balanço do primeiro semestre do exercício em curso à data do projecto de fusão, caso a sociedade esteja obrigada a divulgar contas semestrais nos termos do n.º 1 do artigo 246.º do Código dos Valores Mobiliários. **3** - O projecto ou um anexo a este indicará os critérios de avaliação adoptados, bem como as bases de relação de troca referida na alínea e) do n.º 1. **4** - O projecto de fusão pode ser elaborado através de modelo electrónico disponível em página na Internet que permita a entrega de todos os documentos necessários e a promoção imediata do registo do projecto, nos termos a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça. **5** - Quando a atribuição de valores mobiliários, por ocasião de uma fusão, seja qualificada como oferta pública, o conteúdo do projecto de fusão deve ainda obedecer ao disposto no Regulamento (CE) n.º 809/2004, da Comissão, de 29 de Abril, ou, em alternativa, conter informações consideradas pela CMVM equivalentes às de um prospecto, para efeitos do disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 134.º do Código dos Valores Mobiliários.” – Artigo 98º CSC.

No artigo 117º C²⁰ verificamos que existem ainda outros pressupostos a cumprir neste projeto comum de fusão transfronteiriça.

Uma vez concluído, está no artigo 117º - E do CSC que “a participação de sociedades com sede em Portugal numa fusão transfronteiriça está sujeita às exigências de forma, assim como ao registo e à publicação prevista para as fusões internas (...)”.

Desta forma remetemos para o artigo 100º do CSC e a verificação de que o projeto de fusão tem de ser registado e publicado.

Fica quase finalizado o processo do projeto comum de fusão transfronteiriça e existe uma forma de publicação específica deste que se encontra regulada no artigo 6º²¹ da Diretiva 2005/56/CE.

Existem dois relatórios para finalizar o processo, um deles referente aos órgãos da administração ou da direção, destinado aos sócios onde se explica e se justifica os aspetos jurídicos e económicos da fusão em causa e as suas implicações. O segundo relatório é feito por peritos independentes pelo menos um mês antes da data da reunião da AG, é também destinado aos sócios e é um relatório²² de exame ao projeto comum.

Para terminar a primeira fase (preparatória) do processo contemplamos no artigo 9º da Diretiva que existe a **convocação de uma AG** onde “após ter tomado conhecimento dos relatórios previstos nos artigos 7º e 8º, a assembleia geral de cada uma das sociedades objeto de fusão decidirá sobre a aprovação do projeto comum da fusão

²⁰ “Projetos comuns de fusões transfronteiriças - O projeto comum de fusão transfronteiriça deve conter os elementos referidos no artigo 98.º e ainda: a) As regras para a transferência de ações ou outros títulos representativos do capital social da sociedade resultante da fusão transfronteiriça; b) A data do encerramento das contas das sociedades que participam na fusão utilizadas para definir as condições da fusão transfronteiriça; c) Se for caso disso, as informações sobre os procedimentos de acordo com os quais são fixadas as disposições relativas à intervenção dos trabalhadores na definição dos respetivos direitos de participação na sociedade resultante da fusão transfronteiriça; d) As prováveis repercussões da fusão no emprego.” – Artigo 117º-C do CSC.

²¹ “Publicação - **1.** Para cada uma das sociedades objecto de fusão, o projecto comum de fusão transfronteiriça deve ser divulgado da forma prevista pela legislação de cada Estado-Membro, nos termos do artigo 3.º da Directiva 68/151/CEE, pelo menos um mês antes da data da reunião da assembleia geral que decidirá dessa fusão. **2.** Para cada uma das sociedades objecto de fusão, e sem prejuízo de quaisquer requisitos adicionais impostos pela lei do Estado-Membro a que a sociedade se encontra sujeita, serão publicados no jornal oficial desse Estado-Membro os seguintes elementos: **a)** O tipo, a firma e a sede estatutária de cada uma das sociedades objecto de fusão; **b)** O registo em que foram depositados os actos referidos no n.º 2 do artigo 3.º da Directiva 68/151/CEE relativos a cada uma das sociedades objecto de fusão, bem como o respectivo número de inscrição nesse registo; **c)** A indicação, relativamente a cada uma das sociedades objecto de fusão, das regras de exercício dos direitos dos credores e, se for caso disso, dos sócios minoritários das sociedades objecto de fusão, bem como o endereço em que podem ser obtidas, gratuitamente, informações exaustivas sobre essas regras.” – artigo 6º Diretiva 2005/56/CE.

²² O relatório de peritos independentes está regulado no artigo 8º da Diretiva de 2005 e aí regula-se em que termos pode e deve ser pedido e no nº3 os elementos que incluirá (sendo estes os previstos no nº2 do artigo 10º da Diretiva 78/855/CEE do Conselho, de 9 de Outubro de 1978.

transfronteiriça²³. Nesta AG, os sócios podem requerer “que lhe sejam prestadas as informações de que necessite para formar uma opinião fundamentada sobre os assuntos a submeter à deliberação”²⁴.

Concluído o processo comum, dá-se seguimento ao **registo** deste, tal como nas fusões internas. Este registo é necessário para que se passe à fase seguinte do processo e à emissão do certificado prévio (de que falaremos de seguida). Este registo está regulado no artigo 100º do CSC e deve ser efectuado no Registo Comercial para as sociedades portuguesas que participem no processo de fusão transfronteiriço.

3.1.2. Fase decisória

Terminada a fase preparatória, passamos à fase decisória. Nesta fase foi onde se instituiu uma das principais inovações, na qual passou a haver um **duplo controlo de legalidade**, em primeiro lugar uma **emissão de um certificado prévio** que é feito após o registo do projeto de fusão transfronteiriça onde se comprova o cumprimento dos atos e formalidades anteriores à fusão; em segundo lugar existe uma **fiscalização da legalidade da fusão transfronteiriça**.

Este duplo controlo está regulado nos artigos 10º e 11º da Diretiva 2005/56/CE e no artigo 117º - G do CSC.

“A grande novidade deste regime consiste na introdução de um sistema de controlo de legalidade que, em Portugal, será exercido pelo Registo Comercial. Este sistema engloba duas fases de controlo:

- a) Controlo Prévio. A entidade responsável pela fiscalização deverá emitir um certificado prévio em relação a cada uma das sociedades participantes que tenham sede em Portugal, atestando o cumprimento das formalidades prévias à fusão, em face das disposições legais aplicáveis, do projecto

²³ Isto pode-se também verificar no artigo 117º-F do CSC – “Aprovação do projeto de fusão 1 - O projeto comum de fusão transfronteiriça deve ser aprovado pela assembleia geral de cada uma das sociedades participantes. 2 - Aplicam-se à aprovação do projecto comum de fusão pelas assembleias gerais das sociedades participantes com sede em Portugal as disposições dos artigos 102.º e 103.º 3 - A assembleia geral de qualquer das sociedades participantes pode subordinar a realização da fusão transfronteiriça à condição de serem aprovadas nessa assembleia as disposições relativas à participação dos trabalhadores na sociedade resultante da fusão transfronteiriça. “

²⁴ Baxe, Domingos Salvador André – A tutela dos Direitos dos Sócios em Sede de Fusão, Cisão e Transformação das sociedades – Dissertação de tese – Almedina – 2010 – página 94.

comum registado e publicado e dos relatórios dos órgãos da sociedade e dos peritos que, no caso, devam existir. Da conjugação deste artigo 117º - G com o novo artigo 74º do Código do Registo Comercial, resulta (como refere Diogo Costa Gonçalves: revista do Direito das Sociedades, 2009, nº 2 págs. 337-339) que a fiscalização prévia tem por objecto os actos que integram o processo de fusão em momento anterior à aprovação do projecto pela Assembleia Geral de cada uma das sociedades participantes;

- b) Controlo Sucessivo. Tendo a sociedade resultante da fusão sede em Portugal, será ainda controlada a legalidade da fusão transfronteiriça no âmbito do seu registo. Trata-se nesta fase de, em especial, verificar que o projecto comum de fusão transfronteiriça foi aprovado, nos mesmos termos, pelas sociedades participantes e que foram fixadas as disposições relativas à participação dos trabalhadores nos casos aplicáveis.

Para efeitos da realização do controlo mencionado na alínea b) supra, tendo este lugar, o pedido de registo de fusão transfronteiriça deverá ser apresentado ao serviço do registo comercial, acompanhado do certificado prévio (emitido em cada um dos Estados membros relevantes) e do projecto comum da fusão transfronteiriça aprovado pela Assembleia Geral, no prazo de seis meses após a emissão do certificado (a lei refere que a apresentação será feita pelas «sociedades participantes», embora não pareça plausível que seja outra que não a sociedade incorporante a fazê-lo tendo em atenção a configuração desta segunda fase de controlo).

O serviço que efectuar o registo de fusão transfronteiriça notifica desse facto e do consequente início da produção de efeitos da fusão os serviços dos registos competentes dos Estados membros da União Europeia onde estejam sediadas as sociedades participantes”²⁵

Segundo apresenta Alberto Javier Tapia Hermida apercebemo-nos que neste tipo de concentrações (entenda-se fusões) deve-se ter em conta a necessidade de harmonizar

²⁵ Retirado de ALTERAÇÕES AO REGIME DAS FUSÕES - Atualidade Jurídica Uría Menéndez / 24-2009, págs 102 e 103. – www.uria.com/documentos/publicaciones/2387/documento/articuloUM.pdf?id.3046

regulações nacionais duplamente porque as sociedades participantes estão sujeitas tanto ao Direito Comunitário como ao ordenamento jurídico nacional²⁶.

Concluimos que este duplo controlo fiscaliza em duas partes, na primeira temos o certificado prévio à fusão onde há um controlo mais interno e na segunda parte temos um controlo mais externo relativo à fiscalização da legalidade das fusões transfronteiriças.

Dá-se assim por terminada a fase decisória e passaremos a abordar a fase executiva.

3.1.3. Fase executiva

Inicia-se esta terceira e última fase do processo com o registo²⁷ da própria fusão e onde passa esta a ter os seus efeitos e consequências.

O **registo da fusão transfronteiriça** está regulado no artigo 13º da Diretiva 2005/56/CE e pelo artigo 117º-H do CSC, onde está que o registo tem de ser efectuado no Registo Comercial e que passa a produzir os seus efeitos previstos no artigo 112º²⁸ do CSC, o qual deve ser analisado em conjugação com o artigo 117º - L do mesmo Código e concluimos que a partir do momento do seu registo a fusão não pode ser declarada nula²⁹). Ainda encontramos no artigo 13º da Diretiva que as regras em matéria

²⁶ Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil - METODOS DE CONCENTRACION TRANSFRONTERIZA INTRACOMUNITARIA DE SOCIEDADES COTIZADAS: FUSIONES, OPAS Y OTROS MÉTODOS ALTERNATIVOS. LAS DIRECTIVAS 2004/25/CE Y 2005/56/CE – página 8

²⁷ “d) Registo e publicação do projecto de fusão – À fiscalização do projecto segue-se o registo do mesmo (arts. 100º, nº1, 1ªp., CSC, e 3º, nº1, al p). CRegCom) e respectiva publicação (arts. 100º, nºs 1, 2ªp., e 5, CSC, e 70º, nº1, al a), CRegCom). Como o registo de que aqui se trata ocorre por depósito («mero arquivamento dos documentos que titulam factos sujeitos a registo», no dizer do art 53º-A, nº5, CRegCom), não há qualquer controlo de legalidade do projecto de fusão por parte dos serviços do registo comercial (art 47º CRegCom). Assim se compreende que o registo em apreço seja praticamente imediato, dando ocorrer no próprio dia em que for pedido (art. 54º, nº3, CRegCom).

Ainda no que tange à publicação do projecto, o aditamento introduzido no final do art. 100º, nº1, pelo DL nº53/2011 («sendo de imediato publicado») implique que hoje em dia não só o registo do projecto deva ser publicado, conforme resultava já do art- 100º, nº5, mas também o próprio projecto. A diferença é de vulto e, como é óbvio, de molde a propiciar um maior conhecimento do conteúdo do projecto de fusão.” - Retirado de – Fusão e cisão de sociedades (Portugal) de Fábio Castro Russo, página 599.

²⁸ Efeitos do registo – “Com a inscrição da fusão no registo comercial: a) Extinguem-se as sociedades incorporadas ou, no caso de constituição de nova sociedade, todas as sociedades fundidas, transmitindo-se os seus direitos e obrigações para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade; b) Os sócios das sociedades extintas tornam-se sócios da sociedade incorporante ou da nova sociedade.” – Artigo 112º CSC

²⁹ Segundo Fábio Castro Russo, “O direito societário português estabelece ainda expressamente a responsabilidade dos membros do órgão de administração e do órgão de fiscalização (se existente) de cada uma das sociedades participantes na fusão pelos danos causados à sociedades e aos seus sócios credores, acaso não tenha sido observada a «diligência de um gestor criterioso e ordenado» (art. 114º, nº1), não sendo essa responsabilidade posta em causa pela

de publicidade são determinadas pela legislação de cada um dos EM a que estavam sujeitas as sociedades objecto da fusão de acordo com o artigo 3º da Diretiva 68/151/CEE³⁰.

Por último, estão reguladas no artigo 14º da Diretiva 2005/56/CE as consequências da fusão transfronteiriça onde estas são separadas para o caso das sociedades se fundirem numa já existente (nº 1) e, por outro lado, no caso de se constituírem numa nova sociedade (nº 2). As principais diferenças são, por um lado, tudo da sociedade incorporada passa para a sociedade incorporante e a primeira deixa de existir, por outro lado passa tudo para a nova sociedade e ambas as sociedades participantes na fusão deixam de existir.

extinção da(s) sociedade(s) incorporadas ou das sociedades fundidas (art. 114º, nº2). Atenta essa extinção, o art. 115º contempla regras específicas destinadas à efectivação da responsabilidade em tal cenário.

Quanto à nulidade da fusão (art. 117º), o aspecto central a reter tem que ver com as restrições postas à respectiva declaração, por confronto com o que sucede no direito privado comum. Em primeiro lugar, os fundamentos de nulidade são apenas dois, ambos previstos no art.117ç, nº1: a «inobservância da forma legalmente exigida» (que, pelas já exposta, terá perdido relevância) ou a «prévia declaração de nulidade ou anulação de alguma das deliberações das assembleias gerais das sociedades participantes» (não obstante prévia, poderá ocorrer no mesmo processo). Em segundo lugar a acção pela qual se peça a declaração de nulidade da fusão «só pode ser proposta enquanto não tiverem sido sanados os vícios existentes» (p. ex., mediante renovação da deliberação nula ou anulável, sempre que ela seja possível – cf. Art. 62º), «mas nunca depois de decorridos seis meses a contar da publicação da fusão definitivamente registada ou da publicação da sentença transitada em julgado que declare nula ou anule alguma das deliberações das referidas assembleias gerais» (art. 117º, nº2), pondo-se assim em causa a regra segundo a qual a nulidade pode ser invocada a todo o tempo (art. 286º CC). Por fim, e tendo em vista a protecção de terceiros, o nº5 do art. 117º introduz um desvio à regra dos efeitos retroactivos e restitutivos da declaração de nulidade constante do art 289º, nº1, CC: na fusão por incorporação, «os efeitos dos actos praticados pela sociedade incorporante depois da inscrição da fusão no registo comercial e antes da decisão declarativa da nulidade não são afectados por esta»; na fusão por constituição de nova sociedade (que, dada a nulidade da fusão nunca existiu), pelas obrigações por ela contraídas «respondem as sociedades fundidas» (que, portanto, nunca se extinguiram).” – artigo Fusão e Cisão de Sociedades (Portugal), páginas 603 e 604.

³⁰ Artigo 3º DL 68/151/CEE - “1. Em cada Estado-membro será aberto um processo, seja junto de um registo central, seja junto de um registo comercial ou de um registo das sociedades, para cada uma das sociedades que aí estiverem inscritas.2. Todos os actos e todas as indicações que estão sujeitos a publicidade, nos termos do artigo 2º, serão arquivados no processo ou transcritos no registo; o objeto das transcrições no registo deve, em qualquer caso, constar do processo.3. A cópia integral ou parcial de qualquer acto ou indicação mencionado no artigo 2º pode ser obtida por pedido escrito, mas o seu custo não pode ser superior ao custo administrativo. As cópias enviadas serão certificadas «conformes», salvo se o requerente dispensar tal certificação.4. Os actos e as indicações referidos no nº 2 serão objeto, no boletim nacional designado pelo Estado-membro, de publicação integral ou por extrato, ou sob a forma de uma menção que assinala o arquivamento do documento no processo ou a sua transcrição no registo.5. Os actos e as indicações não são oponíveis a terceiros pela sociedade antes de efectuada a publicação referida no nº 4, exceto se a sociedade provar que esses terceiros tinham conhecimento deles. Todavia, relativamente às operações efectuadas antes do décimo sexto dia seguinte ao da publicação, tais actos e indicações não são oponíveis aos terceiros que provem terem estado impossibilitados de ter conhecimento deles.6. Os Estados-membros tomarão as medidas necessárias para evitar qualquer discordância entre o conteúdo da publicação na imprensa e o conteúdo do registo ou do processo. Todavia, em caso de discordância, o texto publicado na imprensa não é oponível a terceiros; estes podem, no entanto, prevalecer-se do texto publicado, salvo se a sociedade provar que eles tiveram conhecimento do texto arquivado no processo ou transcrito no registo.7. Os terceiros podem, além disso, prevalecer-se sempre dos actos e indicações relativamente aos quais não tenham ainda sido cumpridas as formalidades de publicidade, salvo se a falta de publicidade os privar de efeitos.”

Podemos dar por concluído o processo de fusão transfronteiriça e como funciona. No entanto, não podemos deixar de referir uma ressalva importante do processo. Em primeiro lugar estão as incorporações efectuadas por uma sociedade totalmente pertencente a outra e a fusão por aquisição tendente ao domínio total³¹. Ao analisar uma obra de José Engrácia Antunes, concluímos que “dum ponto de vista económico, o domínio total representa uma técnica de concentração intersocietária que se situa algures a meio caminho entre o grupo constituído por contrato de subordinação (art. 493.º) e a fusão (art. 97.º) (...).”³² Estes dois regimes estão regulados nos artigos 117º - I, 117º - J do CSC e no artigo 15º da Directiva.

Conjugando os artigos verifica-se que existem “formalidades simplificadas”³³ para ambos os regimes. O primeiro caso aplica-se a uma fusão de duas sociedades quando a incorporada pertence totalmente à incorporante, ou seja, a sociedade incorporante detém 100% das quotas ou ações da incorporada e examinamos aqui que não são aplicadas algumas das disposições obrigatórias nas fusões transfronteiriças normais.

A segunda situação está presente nos casos em que a sociedade incorporante não dispõe totalmente das quotas ou acções da sociedade incorporada, mas detém pelo menos 90% do capital social correspondente a estas.

É normal e faz sentido que exista este regime simplificado que faça com que haja disposições não aplicáveis nestas situações porque as sociedades já sabem tudo sobre a sociedade incorporada, em caso de que pretendam a fusão é uma decisão unilateral, não fazendo sentido, como exemplo, pedir-se relatórios de contas ou trocas de participações sociais.

³¹ “(...) Sempre que uma sociedade detenha, directa ou indirectamente, inicial ou supervenientemente, a totalidade das partes sociais de uma outra, teremos entre ambas uma relação de grupo por domínio total (arts. 488º. -491º).” – Antunes, José A. Engrácia – Os grupos de sociedades – Almedina – Coimbra 1993 – página 706.

³² Antunes, José A. Engrácia – A aquisição tendente ao domínio total – Coimbra Editora -2001 – página 15

³³ Epígrafe do artigo 15º da Directiva 2005/56/CE

3.2. Dificuldades nas fusões transfronteiriças

3.2.1. Direito de exoneração dos sócios minoritários

Este novo direito de exoneração dos sócios³⁴ está regulado no nº2 do artigo 4º da Diretiva 2005/56/CE que veio criar dois novos números no artigo 16º do Código das Sociedades Comerciais – 4 e 5³⁵ – onde presenciamos como funciona o direito de exoneração.

Conclui-se que passa a existir uma nova protecção aos sócios minoritários que estejam contra a fusão transfronteiriça.

Ao direito de exoneração³⁶ aplicamos as regras do artigo 105º do CSC relativas a este direito nas fusões internas e para poderem utilizar este direito, os sócios minoritários (detentores de 10% ou menos do capital social da sociedade incorporada) têm de votar contra o projecto de fusão expresso na Assembleia Geral da sociedade.

Apesar disto, no nº 3 do artigo 116º CSC³⁷ indica-se que a fusão pode ser registada sem prévia deliberação das AG - criou-se esta forma devido à simplificação – porém, nestes casos, na alínea d) está previsto que se não for convocada a AG podem os sócios

³⁴ Definição – “Tal como na generalidade dos contratos, também no contrato de sociedade, os seus sujeitos, em situações justificadas, têm o direito de unilateralmente se desvincularem da relação jurídica estabelecida - o direito de exoneração. Se o equilíbrio acordado sofre alterações, se já não é possível atingir a finalidade perseguida, se a liberdade de vinculação se vem a revelar viciada, ou se o tempo decorrido esvaneceu a força criadora da vontade negociada, o direito deve assegurar ao sócio descontente a possibilidade de recuperar a sua liberdade de acção. A planta de edificação do contrato tem de prever o número de saídas suficientes para que ninguém permaneça prisioneiro na construção realizada, em caso de necessidade de abandono justificado. Neste livro analisam-se as situações em que é possível a um sócio numa sociedade por quotas retirar-se da sociedade e descreve-se o modo como se processa essa saída imposta por sua única vontade.” – Sinopse Direito de Exoneração dos Sócios nas Sociedades por Quotas – João Cura Mariano – Almedina – Monografias – 2005

³⁵ “ (...) **4** - Os sócios detentores de 10 % ou menos do capital social da sociedade incorporada, que tenham votado contra o projecto de fusão em assembleia convocada nos termos da alínea d) do número anterior, podem exonerar-se da sociedade. **5** - À exoneração pedida nos termos do número anterior aplica-se o disposto no artigo 105.º” – nºs 4 e 5 do artigo 116º CSC.

³⁶ “(...) Se o interesse correspondente à vontade originalmente formada e exteriorizada era o de ser sócio da sociedade, aquela que agora se evidencia é de deixar de ser sócio dessa mesma sociedade, o que vale por dizer de extinguir a sua vinculação societária(...) – Espírito Santo, João – Exoneração do sócio no direito societário-mercantil português – tese – Almedina – 2014 – página 35

³⁷ “ (...) **3** - A fusão pode ser registada sem prévia deliberação das assembleias gerais, desde que se verifiquem cumulativamente os seguintes requisitos: a) No projeto de fusão seja indicado que não há prévia deliberação de assembleias gerais, caso a respetiva convocação não seja requerida nos termos previstos na alínea d) deste número; b) (Revogado) c) Os sócios tenham podido tomar conhecimento, na sede social, da documentação referida no artigo 101.º, a partir, pelo menos, do 8.º dia seguinte à publicação do registo do projeto de fusão e disso tenham sido avisados no mesmo projeto ou simultaneamente com a comunicação deste; d) Nos 15 dias seguintes à publicação do registo do projeto de fusão não tenha sido requerida, por sócios detentores de 5% do capital social, a convocação da assembleia geral para se pronunciar sobre a fusão. (...)” – nº 3 do artigo 116º CSC.

detentores no mínimo de 5%³⁸ do CS requerer nos 15 dias subsequentes à publicação do registo do projecto de fusão a convocação da Assembleia Geral para se pronunciarem sobre a fusão.

3.2.2. Participação dos trabalhadores

Esta Diretiva 2005/56/CE apresentou neste ponto um grande entrave à sua escrita, pois foi deveras complicado chegar a um consenso entre os Estados Membros quando se discutiu a participação dos trabalhadores nas fusões transfronteiriças.

Não existe uma verdadeira definição na Diretiva de 2005 sobre isto, apenas uma remissão para a definição existente na alínea k) do artigo 2º da Diretiva 2001/86/CE.

Foi criado o artigo 16º da Diretiva 2005/56/CE que estabelece um regime alternativo definido um número de regras aplicáveis à participação dos trabalhadores, nos seguintes casos³⁹:

- i) Quando pelo menos uma das sociedades envolvidas na fusão tiver nos seis meses antecedentes ao projecto de fusão uma média superior a 500 trabalhadores que esteja gerida de acordo com a participação de trabalhadores⁴⁰;
- ii) “Quando a lei nacional não preveja o mesmo nível de participação que o aplicável nas sociedades objecto de fusão ou não preveja que os trabalhadores dos estabelecimentos situados nos outros Estados membros

³⁸ Estes 5% podem ser detidos isoladamente por um sócio ou por um conjunto de vários.

³⁹ Nº 2 do artigo 16º da Diretiva de 2005 – “2. No entanto, não são aplicáveis as eventuais disposições relativas à participação dos trabalhadores no Estado-Membro em que se encontra situada a sede estatutária da sociedade resultante da fusão transfronteiriça se pelo menos uma das sociedades objecto de fusão tiver, durante os seis meses que antecedem a publicação do projecto de fusão transfronteiriça referido no artigo 6.o, um número médio de trabalhadores superior a 500 e for gerida segundo um regime de participação dos trabalhadores na acepção da alínea k) do artigo 2.o da Directiva 2001/86/CE, ou se a legislação nacional aplicável à sociedade resultante da fusão transfronteiriça: **a)** Não prever pelo menos o mesmo nível de participação dos trabalhadores que o que se aplica às sociedades objecto de fusão, avaliado por referência à proporção de representantes dos trabalhadores que fazem obrigatoriamente parte do órgão de administração ou de fiscalização ou dos seus comités, ou do órgão de direcção responsável pelas unidades lucrativas da sociedade; ou, **b)** Não prever que os trabalhadores dos estabelecimentos da sociedade resultante da fusão transfronteiriça situados noutros Estados-Membros possam exercer direitos de participação iguais aos dos trabalhadores empregados no Estado-Membro em que está situada a sede estatutária da sociedade resultante da fusão transfronteiriça.”

⁴⁰ Retirado de: Article WOOLRIDGE, Frank - EMPLOYEE PARTICIPATION UNDER THE CROSS-BORDER MERGERS DIRECTIVE – September/October 2006

possam exercer os mesmos direitos de participação que os trabalhadores empregados no Estado membro da sede”⁴¹

Sabemos que nos casos da fusão transfronteiriça onde exista uma sociedade com sede⁴² em Portugal, a partir do n.º 1 do artigo 16.º da Diretiva de 2005, estão submetidos às eventuais regras vigentes relativos à participação dos trabalhadores previstos na lei nacional.

Para uma maior compreensão deste assunto teríamos de aprofundar o seu estudo e a Diretiva 2001/86/CE, o que se poderá aprofundar numa futura tese de doutoramento.

3.2.3. Protecção dos credores das sociedades objecto de fusão

No artigo 117.º-B que “são aplicáveis às sociedades com sede em Portugal (...) as disposições relativas às fusões internas, em especial (...) à protecção dos credores das sociedades objeto de fusão (...)”.

Remeteremos assim para os artigos 101.º-A até 101.º-D do CSC e aí se depara regulado este tema, onde se encontra o processo da oposição dos credores à fusão, os efeitos desta e a sua protecção⁴³.

No n.º 5 do artigo 100.º do CSC, está plasmada uma protecção aos credores, visto que expõe “a publicação do registo do projecto é promovida de forma oficiosa e automática

⁴¹ Retirado de artigo PLMJ - O NOVO REGIME JURÍDICO DAS FUSÕES TRANSFRONTEIRIÇAS – www.plmj.com/xms/files/newsletters/2009/junho/O_NOVO_REGIME_JURIDICO_DAS_FUSOES_TRANSFRONTEIRICAS.pdf - página 3

⁴² “A sede da sociedade é o local onde a sociedade se considera situada para a generalidade dos efeitos jurídicos em que a localização seja relevante.” – Correia, Luis Brito – Direito Comercial, Sociedades Comerciais, Vol II – 3ª tiragem 1997 –

⁴³ “(...) No que toca aos credores das sociedades participantes, a sua tutela passa essencialmente pelo direito de oposição que lhes é atribuído nos termos do art. 101.º-A, cujo fundamento é o prejuízo que da fusão derive para a realização dos seus direitos (anteriores à publicação do registo do projecto). Por assim ser, o direito de consulta é, de algum modo e em termos práticos, pressuposto do exercício do direito de oposição – será através da consulta dos documentos previstos nas várias als. Do art. 101.º, n.º1, que os credores das sociedades participantes poderão aferir do eventual prejuízo para eles resultante da fusão. Os credores potencialmente prejudicados dispõem do prazo de um mês após a publicação do registo do projecto para deduzir oposição judicial à fusão (art 1488.º CPC), desde que «tenham solicitado à sociedade a satisfação do seu crédito ou a prestação de garantia adequada, há pelo menos 15 dias, sem que o seu pedido tenha sido atendido» (art. 101.º-A). Assim, através da dedução de oposição impedirão a inscrição definitiva da fusão no registo comercial (art. 101.º-B) e, atento o carácter constitutivo do registo, a própria fusão, até que se verifique algum dos factos previstos nas várias als. Do art. 101.º-B.(...)” – Retirado de artigo Fusão e Cisão de Sociedades (Portugal), página 600, Fábio Castro Russo

pelo serviço de registo e contém a indicação de que os credores se podem opor à fusão nos termos do artigo 101º-A”.

4. Conclusões

Concluimos com esta tese que o legislador português na transposição que fez para o ordenamento jurídico português, foi somente a letra da lei da Diretiva 2005/56/CE, ficando todo o processo regulado de forma não tão simples como seria suposto, podendo até induzir em erro as pessoas durante o processo.

Analisa-se também o facto de ter havido alterações em alguns artigos, consumadas pela transposição da Diretiva, o que poderia não ter sido decidido. Ao invés, poderiam ter-se criado artigos novos, conseguindo-se deste modo dar saída à simplificação do processo.

O objetivo principal seria que o legislador português transpusesse a norma para o ordenamento jurídico português para simplificar o processo das fusões transfronteiriças de sociedades de responsabilidade limitada. Terá havido aqui alguma falha e propõe-se uma nova revisão à transposição ou criação de um capítulo no CSC (na parte das fusões transfronteiriças) que separasse o processo e realmente o simplificasse, não criando dúvidas ao leitor.

Conclui-se no final desta dissertação que a criação da norma que regula o regime simplificado de fusões transfronteiriças teve um processo bastante longo e demorado, que poderá, em certos momentos, ter travado algumas fusões de serem feitas.

Ainda podemos referir através do Capítulo 2 que é difícil a criação de normas europeias, porque tem de se ter cuidado com os variados ordenamentos jurídicos nacionais dos Estados-membro.

Passando ao processo, concluimos que a transcrição não conseguiu realmente simplificar o processo, apesar da transposição se encontrar à letra da lei, poderia ter-se procurado uma melhor estruturação, no sentido de se obter como resultado uma superior simplificação processual.

As fusões transfronteiriças contribuem em muito para a economia dos países e do mundo e tem-se vindo a registar um maior fluxo de fusões. Por isso, defende-se nesta

tese que sendo simples o entendimento do processo, poderiam existir ainda mais fusões, logo uma maior participação económica (anexo 5).

5. Bibliografia

Doutrina:

ALMEIDA, António Pereira De, - Sociedades Comerciais – 3ª edição (aumentada e actualizada) – Coimbra Editora – Fevereiro, 2003;

ANTUNES, José A. Engrácia – A Aquisição Tendente Ao Domínio Total, Da Sua Constitucionalidade – Coimbra Editora – Maio, 2001;

ANTUNES, José A. Engrácia – Direito das Sociedades – 2ª edição – Porto 2011.

ANTUNES, José A. Engrácia – Direito Das Sociedades Comerciais, Perspectivas Do Seu Ensino – Almedina – Julho, 2000;

ANTUNES, José A. Engrácia – Os Grupos de Sociedades – Almedina – 1993;

BAUERREIS, Jochen – Law Research Seminar – Esade Law School - Aspectos generales de la movilidad de las sociedades en el marco del derecho europeo – Outubro, 2012 (*powerpoint*);

BAXE, Domingos Salvador André – A tutela dos Direitos dos Sócios em Sede de Fusão, Cisão e Transformação das Sociedades – Almedina – Dissertação de Tese – Março, 2010;

BOTELHO, Maria de Deus Maio Madalena – Tese – “As origens da Directriz 2005/56/CE e o “novo” processo de fusão simplificado – UCP Porto – Maio, 2013.

CORDEIRO, António Menezes – Manual de Direito das Sociedades I – 2ª edição – Almedina – Abril, 2007;

CORREIA, Luis Brito – Direito Comercial, Sociedades Comerciais, Vol II – 3ª tiragem – AAFDL – 1989;

DOMINGUES, Paulo de Tarso – Do Capital Social, Noção, princípios e funções – 2ª edição – universidade de Coimbra – Abril, 2004;

ESPIRITO SANTO, João – Exoneração do sócio no direito societário-mercantil português – Almedina – teses – Junho, 2014;

TAPIA HERMIDA, Alberto Javier - Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil - METODOS DE CONCENTRACION TRANSFRONTERIZA INTRACOMUNITARIA DE SOCIEDADES COTIZADAS: FUSIONES, OPAS Y OTROS MÉTODOS ALTERNATIVOS. LAS DIRECTIVAS 2004/25/CE Y 2005/56/CE;

Artigos científicos:

Article WOOLRIDGE, Frank - EMPLOYEE PARTICIPATION UNDER THE

Artigo PLMJ – O novo regime jurídico das fusões transfronteiriças – Junho 2009

Artigo Quatrecasas, Gonçalves Pereira – O novo regime jurídico aplicável às fusões transfronteiriças;

Artigo Uria Menendez – Alterações ao regime das fusões;

CROSS-BORDER MERGERS DIRECTIVE – September/October 2006;

NEVES, João Carvalho Das – Reestruturação das empresas, Papel das fusões e aquisições na internacionalização da economia - Documento utilizado no VI Congresso dos ROC – Lisboa – 1997;

RUSSO, Fábio Castro – Fusão e cisão de Sociedades (Portugal);

Endereços electrónicos:

<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=457&langId=pt> ;

www.uria.com/documentos/publicaciones/2387/documento/articuloUM.pdf?.id.3046 ;

www.plmj.com/xms/files/newsletters/2009/junho/O_NOVO_REGIME_JURIDICO_D_AS_FUSOES_TRANSFRONTEIRICAS.pdf - página 3 ;

<http://eurlex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31968L0151&from=PT>

Acórdãos:

Acórdão Centros:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5108eac788aef428d8cdab77cd2fada32.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNbNb0?docid=44462&pageIndex=0&doclang=PT&dir=&occ=first&part=1&cid=9966>;

Acórdão Daily Mail:

<http://adsr.pt/images/pdfs/arquivo/jurisprudencia-ue/Acordao-Daily-Mail.pdf>;

Acórdão Sevic:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d508c35a96bed84db5b29da88a60809193.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuOc3n0?text=&docid=57066&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=58073> ;

Acórdão VALE:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=124998&doclang=PT>

Legislação:

Código Civil;

Código das Sociedades Comerciais;

Código do Registo Comercial;

Diretiva 2001/86/CE;

Diretiva 2005/56/CE;

Diretiva 68/151/ CEE;

Diretiva 78/855/CEE;

Tratado de Funcionamento da União Europeia.

6. Anexos

Anexo 1. Acórdão Daily Mail

“1. Por despacho de 6 de Fevereiro de 1987, entrado na Secretaria do Tribunal em 19 de Março seguinte, o High Court of Justice, Queen's Bench Division, submeteu ao Tribunal, nos termos do artigo 177.º do Tratado CEE, quatro questões prejudiciais relativas à interpretação dos artigos 52.º e 58.º do referido Tratado, bem como da Directiva 73/148 do Conselho, de 21 de Maio de 1973, relativa à supressão das restrições à deslocação e à permanência dos nacionais dos Estados-membros na Comunidade, em matéria de estabelecimento e de prestação de serviços (JO L 172, p. 14).

2 Essas questões foram suscitadas no âmbito de um litígio entre a sociedade Daily Mail and General Trust PLC, recorrente no processo principal (a seguir designada por «recorrente»), e o Tesouro britânico, visando, nomeadamente, fazer com que este último admita que a recorrente não está sujeita a qualquer obrigação de obter uma autorização nos termos da legislação fiscal britânica para poder deixar de estar domiciliada no Reino Unido, a fim de se estabelecer nos Países Baixos.

3 Resulta do processo que, de acordo com a legislação britânica em matéria de direito das sociedades, uma sociedade como a recorrente, constituída em conformidade com essa legislação e com sede social (registered office) no Reino Unido, pode instalar a sua direcção e a sua administração central fora do Reino Unido sem perder a sua personalidade jurídica ou a sua qualidade de sociedade britânica.

(...)

O TRIBUNAL, pronunciando-se sobre as questões que lhe foram submetidas pelo High Court of Justice, Queen's Bench Division, conforme decisão de 6 de Fevereiro de 1987, declara:

1) Os artigos 52.º e 58.º do Tratado devem ser interpretados no sentido de que, no estado actual do direito comunitário, não conferem a uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-membro, e que neste tenha a sua sede social, o direito de transferir a sede da sua administração para outro Estado-membro.

2) A Directiva 73/148 do Conselho, de 21 de Maio de 1973, relativa à supressão das restrições à deslocação e à permanência dos nacionais dos Estados-membros na Comunidade, em matéria de estabelecimento e de prestação de serviços, deve ser interpretada no sentido de

que as suas disposições não conferem a uma sociedade o direito de transferir a sede da sua administração para outro Estado-membro.”⁴⁴

Anexo 2. Acórdão Centros

“1 Por despacho de 3 de Junho de 1997, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 5 de Junho seguinte, o Fløjesteret colocou, nos termos do artigo 177.º do Tratado CE, uma questão prejudicial sobre a interpretação dos artigos 52.º, 56.º e 58.º do mesmo Tratado.

2 Esta questão foi suscitada no âmbito de um litígio que opõe a Centros Ltd (a seguir «Centros»), «private limited company» registada em 18 de Maio de 1992 em Inglaterra e no País de Gales, à Erhvervs-og Selskabsstyrelsen (direcção-geral do comércio e das sociedades), dependente do Ministério do Comércio dinamarquês, a propósito da recusa desta administração de registar na Dinamarca uma sucursal da Centros.

3 Resulta dos autos da causa principal que a Centros não exerceu qualquer actividade desde a sua criação. Dado que a legislação do Reino Unido não sujeita as sociedades de responsabilidade limitada a qualquer exigência relativa à constituição e à liberação de um capital social mínimo, o capital social da Centros, que se cifra em 100 UKL, não foi liberado nem colocado à disposição da sociedade. Está dividido em duas quotas detidas pelo Sr. e pela Sr.a Bryde, nacionais dinamarqueses residentes na Dinamarca. A Sr.a Bryde é directora da Centros, cuja sede se situa no Reino Unido, no domicílio de um amigo do Sr. Bryde.

4 Em direito dinamarquês, a Centros, na qualidade de «private limited company», é considerada uma sociedade por quotas estrangeira. As regras em matéria de registo de sucursais («filialer») de tais sociedades são fixadas pela anpartsselskabslov (lei das sociedades por quotas).

(...)

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA, pronunciando-se sobre a questão submetida pelo Højesteret, por despacho de 3 de Junho de 1997, declara:

Os artigos 52.º e 58.º do Tratado CE opõem-se a que um Estado-Membro recuse o registo de uma sucursal de uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de outro Estado-Membro, no qual aquela tem a sua sede, sem aí exercer actividades comerciais, quando a sucursal se destina a permitir à sociedade em causa exercer a totalidade da sua actividade no Estado em que esta sucursal será constituída, evitando constituir neste uma sociedade e eximindo-se assim à aplicação das normas de constituição de sociedades que aí são mais rigorosas em matéria de liberação de um capital social mínimo. Todavia, esta interpretação não

⁴⁴ Retirado de: <http://adsr.pt/images/pdfs/arquivo/jurisprudencia-ue/Acordao-Daily-Mail.pdf>

exclui que as autoridades do Estado-Membro em causa possam tomar qualquer medida adequada para prevenir ou sancionar as fraudes, tanto no que se refere à própria sociedade, se necessário em cooperação com o Estado- -Membro no qual esta foi constituída, como no que se refere aos sócios que se provasse que pretendem, na realidade, através da constituição de uma sociedade, eximir-se às suas obrigações perante credores privados ou públicos estabelecidos no território do Estado-Membro em causa.”⁴⁵

Anexo 3. Acórdão Sevic

“1 O pedido de decisão prejudicial tem por objecto a interpretação dos artigos 43.º CE e 48.º CE.

2 Foi apresentado no âmbito de um recurso que a SEVIC Systems AG (a seguir «SEVIC»), sociedade com sede em Neuwied (Alemanha), interpôs de uma decisão do Amtsgericht Neuwied que indeferiu o seu pedido de inscrição no registo comercial nacional da fusão entre a recorrente e a Security Vision Concept SA (a seguir «Security Vision»), sociedade com sede no Luxemburgo, pelo facto de o direito alemão relativo às transformações das sociedades apenas prever a fusão de sociedades com sede na Alemanha.

(...)

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Grande Secção) declara:

Os artigos 43.º CE e 48.º CE opõem-se a que, num Estado-Membro, a inscrição no registo comercial nacional de uma fusão, por dissolução de uma sociedade sem liquidação e por transmissão universal do seu património para outra sociedade, seja genericamente recusada quando uma das duas sociedades tem a sua sede noutra Estado-Membro, apesar de essa inscrição ser possível, respeitadas certas condições, quando ambas as sociedades que participam na fusão têm sede no território do primeiro Estado-Membro.”⁴⁶

⁴⁵ Retirado de:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5108eac788aef428d8cdab77cd2fada32.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNbNb0?docid=44462&pageIndex=0&doclang=PT&dir=&occ=first&part=1&cid=9966>

⁴⁶ Retirado de:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d508c35a96bed84db5b29da88a60809193.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuOc3n0?text=&docid=57066&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=58073>

Anexo 4. Acórdão VALE

(...)

“ Litígio no processo principal e questões prejudiciais

9 - A VALE Costruzioni Srl (sociedade de responsabilidade limitada de direito italiano, a seguir «VALE Costruzioni»), constituída por ato de 27 de setembro de 2000, foi inscrita no registo comercial de Roma (Itália) em 16 de novembro de 2000. Em 3 de fevereiro de 2006, requereu o cancelamento da sua inscrição no referido registo, indicando a sua intenção de transferir a sua sede social para a Hungria e de aí prosseguir a sua atividade e cessar a sua atividade em Itália. A autoridade competente do registo comercial em Roma deferiu este pedido e cancelou o registo desta sociedade em 13 de fevereiro de 2006. Como resulta dos autos, no registo, sob a epígrafe «Cancelamento do registo e transferência de sede», encontra-se a seguinte inscrição: «a sociedade foi transferida para a Hungria».

10 - Dado que a sociedade constituída originalmente em Itália, segundo o direito italiano, tinha decidido transferir a sua sede social para a Hungria e operar a partir desse país segundo o direito húngaro, o diretor da VALE Costruzioni e outra pessoa singular aprovaram em Roma, em 14 de novembro de 2006, os estatutos da VALE Építési kft (uma sociedade de responsabilidade limitada de direito húngaro, a seguir «VALE Építési») para efeitos da sua inscrição no registo comercial húngaro. Além disso, liberaram o capital requerido, segundo a lei húngara, para a inscrição no registo.

11 - Em 19 de janeiro de 2007, o representante legal da VALE Építési apresentou um pedido de registo da sociedade ao Fővárosi Bíróság [Tribunal da Comarca de Budapeste, Hungria, operando como cégbíróság (tribunal do comércio)]. No seu pedido, mencionou a VALE Costruzioni como antecessora jurídica da VALE Építési.

12 - O Fővárosi Bíróság, decidindo em primeira instância na qualidade de tribunal do comércio, indeferiu o pedido de registo. Em segunda instância, o Fővárosi ítélőtábla (Tribunal Regional de Budapeste), após recurso da VALE Építési, confirmou o despacho de indeferimento. Segundo esse órgão jurisdicional, por força das regras do direito comercial húngaro, uma sociedade constituída e registada em Itália não pode transferir a sua sede para a Hungria e não pode ser inscrita no registo comercial húngaro sob a forma requerida. Segundo esse órgão jurisdicional, de acordo com as regras do direito húngaro em vigor, só os elementos taxativamente enumerados nos artigos 24.º a 29.º da Lei n.º V de 2006 podem figurar no registo comercial e, como tal, não é possível mencionar como antecessora jurídica uma sociedade que não seja húngara.

13 - A VALE Építési interpôs um recurso de cassação para o Legfelsőbb Bíróság (Supremo Tribunal da Hungria), pedindo a anulação da decisão de indeferimento e que fosse ordenada a

inscrição da sociedade no registo comercial. Alega que o despacho recorrido viola as disposições diretamente aplicáveis dos artigos 49.º TFUE e 54.º TFUE.

14 - A este respeito, salienta que este despacho não tem em conta a diferença fundamental entre, por um lado, a transferência internacional da sede social de uma sociedade sem alteração do direito nacional aplicável e, por outro, a transformação internacional de uma sociedade. Ora, o Tribunal de Justiça, no seu acórdão de 16 de dezembro de 2008, *Cartesio* (C-210/06, Colet., p. I-9641), reconheceu claramente esta diferença.

15 - O órgão jurisdicional de reenvio confirmou a decisão do Fővárosi ítéltábla e salientou que a transferência da sede social de uma sociedade regulada pelo direito de outro Estado-Membro, neste caso, a República Italiana, com uma reconstituição da sociedade segundo o direito húngaro e a menção da sua antecessora jurídica italiana, como pede a VALE Építési, não pode ser admitida, no direito húngaro, como uma transformação, pois as normas nacionais sobre transformações apenas se aplicam a situações internas. Todavia, interroga-se sobre a compatibilidade de tal legislação com a liberdade de estabelecimento, salientando que o caso em apreço é diferente do processo que deu origem ao acórdão *Cartesio*, já referido, na medida em que, neste caso, a questão se prende com a transferência da sede de uma sociedade com alteração do direito nacional aplicável e manutenção da personalidade jurídica, ou seja, uma transformação transfronteiriça.

16 - Nestas circunstâncias, o Legfelsőbb Bíróság decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) O Estado-Membro de acolhimento deve ter em consideração o disposto nos artigos [49.º TFUE e 54.º TFUE] quando uma sociedade constituída noutro Estado-Membro (Estado[...] de origem) para aí transfira a sua sede, sendo — por esse motivo — cancelada a sua inscrição no registo do Estado-Membro de origem, aprovando os seus sócios um novo pacto social, elaborado em conformidade com o direito do Estado[...] de acolhimento, e pedindo a referida sociedade a sua inscrição no registo comercial do Estado-Membro de acolhimento em conformidade com o direito deste último?

2) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão, devem os artigos [49.º TFUE e 54.º TFUE] ser interpretados no sentido de que se opõem a uma regulamentação ou prática de um Estado-Membro (de acolhimento) que nega a uma sociedade legalmente constituída em conformidade com o direito de outro Estado-Membro (de origem) o direito de transferir a sua sede social para o Estado[...] de acolhimento e aí continuar a exercer a sua atividade ao abrigo do direito deste último?

3) Para a resposta à segunda questão, importa ter em conta o motivo pelo qual o Estado-Membro de acolhimento recusa a inscrição da sociedade requerente no registo comercial, e mais concretamente:

— o facto de no pacto social entregue no Estado[...] de acolhimento a sociedade mencionar como sua antecessora jurídica a sociedade constituída no Estado-Membro de origem, em cujo registo comercial a sua inscrição foi cancelada, e solicitar que a referida antecessora seja mencionada como a sua própria antecessora jurídica no registo comercial do Estado[...] de acolhimento, bem como

— a questão de saber se, em caso de transformação internacional intracomunitária, o Estado[...] de acolhimento é obrigado, quando examina um pedido de registo de inscrição de uma sociedade no seu registo comercial, a ter em conta o ato através do qual o Estado-Membro de origem averbou a transferência da sede social no seu registo comercial e, em caso de resposta afirmativa, em que medida?

4) Pode o Estado-Membro de acolhimento examinar um pedido de registo de inscrição no seu registo comercial, apresentado por uma sociedade que procedeu a uma transformação internacional intracomunitária, aplicando as disposições do seu direito interno que regulam a transformação das sociedades a nível nacional, ou seja, exigindo que a sociedade em causa satisfaça todos os requisitos que o seu direito interno impõe em caso de transformação nacional (por exemplo, elaboração de um balanço e de um inventário dos ativos) ou, pelo contrário, impõem os artigos [49.º TFUE e 54.º TFUE] que este Estado introduza uma distinção entre as transformações internacionais intracomunitárias e as transformações a nível nacional e, em caso de resposta afirmativa, em que medida?»

(...)

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Terceira Secção) declara:

1) Os artigos 49.º TFUE e 54.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação nacional que, embora preveja que as sociedades de direito interno têm a faculdade de se transformarem, não permite, de forma geral, a transformação de uma sociedade de direito de outro Estado-Membro em sociedade de direito nacional através da constituição desta última.

2) Os artigos 49.º TFUE e 54.º TFUE devem ser interpretados, no contexto de uma transformação transfronteiriça de uma sociedade, no sentido de que o Estado-Membro de acolhimento tem o direito de determinar o direito interno pertinente quanto a tal operação e de aplicar as disposições do seu direito nacional relativas às transformações internas que regulam a constituição e o funcionamento de uma sociedade, tais como as exigências quanto à preparação de um

balanço e de um inventário de ativos. Todavia, os princípios da equivalência e da efetividade opõem-se, respetivamente, a que o Estado-Membro de acolhimento

¾ recuse, para as transformações transfronteiriças, a menção da sociedade que solicitou a transformação como «antecessora jurídica» se tal menção da sociedade antecessora no registo comercial se encontrar prevista para as transformações internas e

¾ recuse ter devidamente em conta os documentos emitidos pelas autoridades do Estado-Membro de origem quando do procedimento de registo da sociedade.”

Anexo 5. Artigo de Doutor João Carvalho das Neves

(...)

“4. Tendências recentes das fusões e aquisições transfronteira. As fusões e aquisições são, tipicamente, um fenómeno económico que ocorre por vagas. Nos últimos anos tem-se verificado uma vaga de crescimento das fusões e aquisições, não só a nível interno de cada país, como a nível de operações transfronteira.

Também se verifica que à medida que as indústrias se globalizam, as fusões e aquisições transfronteira têm um peso cada vez maior no volume total das transacções (isto é de aquisição de empresas). A actual vaga de fusões e aquisições transfronteira podem explicar-se por razões específicas inerentes a cada empresa e a cada sector, mas há mudanças globais de mercado que forcem este comportamento empresarial, nomeadamente:

- a) As sucessivas etapas de integração das economias dos países da União Europeia;
- b) A globalização dos mercados e produtos;
- c) O desenvolvimento tecnológico e os investimentos que lhe estão associados exigem uma gestão de concepção do produto, marketing, produção e distribuição, adequada à rentabilização do investimento, passando por economias de escala e alargamento do campo de acção da empresa;
- d) A disponibilidade de capitais para investimento e a inovação financeira tem concebido produtos financeiros que se adaptam aos riscos dos investimentos e suportam operações de tomada de controlo que há alguns anos atrás seriam impensáveis;
- e) A tendência para a privatização das empresas, em particular nos países de leste, originou um volume de transacções impossíveis noutra contexto.

Estas forças de mercado explicam, em parte, a ocorrência de muitas das fusões e aquisições internacionais, de onde se destacam as indústrias farmacêuticas, químicas, alimentação e bebidas, banca, seguradoras, e outras instituições financeiras, eléctricas, electrónicas, gás e petróleo.

De acordo com um estudo recente (Zelade, 1996) as aquisições internacionais estão a desviar-se dos mercados emergentes (v.g. China) em favor de países mais desenvolvidos, como é o caso do Reino Unido. Há, no entanto, um grande volume de aquisições internacionais na Rússia e na América Latina.

Nos anos oitenta, muitas empresas americanas e europeias, viam Espanha e Portugal como países de destino pelo seu baixo custo de mão-de-obra. Com a queda do muro de Berlim desviaram a sua atenção para os países de Leste. Parece que essa fase está a passar e que os países ibéricos voltam a suscitar o interesse dos investimentos internacionais.

EUA, Reino Unido e China são os países que sofrem maior volume de aquisições por empresas estrangeiras e os três maiores oferentes são por sua vez os EUA, Reino Unido e Canadá. Esta unidade de medida é, no entanto, pouco clara da importância das fusões e aquisições na reestruturação de uma economia doméstica. Um rácio mais conveniente seria o valor das transacções (de fusões e aquisições) em relação ao Produto Interno Bruto do País ou ainda a sua comparação com o investimento de raiz. Quaisquer destes indicadores não podem ser aplicados em Portugal, por não existirem estatísticas das fusões e aquisições ocorridas no país.⁴⁷

⁴⁷ Retirado de: REESTRUTURAÇÃO DE EMPRESAS Papel das fusões e aquisições na internacionalização da economia de Prof. Doutor João Carvalho das Neves. Instituto Superior de Economia e Gestão; Documento apresentado no VI Congresso dos ROC Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 1997. Páginas 3, 4 e 5

Anexo 6. Esquema Criado do Processo da Fusão Transfronteiriça

