



Transformação transfronteiriça de sociedades de responsabilidade limitada e tutela dos sócios: a Diretiva (EU) 2019/2121

João Espírito Santo*

1. Introdução

I - Foi publicada no Jornal Oficial da União Europeia de 12 de dezembro de 2019 (n.º L 321/11) a Diretiva n.º 2019/2121, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de novembro de 2019 (*Diretiva da Mobilidade*), que altera a Diretiva (EU) 2017/1132, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2017.

A Diretiva n.º 2019/2121 resultou de uma proposta da Comissão Europeia, apresentada em setembro de 2018 [conjuntamente com o projeto de uma outra Diretiva, que viria a ser aprovada com o n.º 2019/1151, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, (incorporação de soluções digitais)], genericamente designada como *Company Law Package*¹, concebida para a promoção da mobilidade das sociedades de capitais e da liberdade de estabelecimento na União Europeia², e que pode considerar-se

* Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Doutor em Direito; Licenciado em História; Advogado.

¹ COM/2018/241 final - 2018/0114 (COD).

² Em geral, sobre o *Company Law Package* de 2018, cf., CHRISTOPH TEICHMANN, C., “The Company Law Package – Content and State of Play”, em *European Company*



como o mais significativo projeto de desenvolvimento do Direito Europeu das Sociedades desde o *Action Plan* de 2003. A proposta da Comissão foi recebida com reservas pelo Parlamento Europeu, que produziu um documento compromissório em abril de 2019³.

II - A Diretiva n.º 2019/2121 foi aprovada no enquadramento da realização da liberdade de estabelecimento (art. 50, 1 e 2, do TFUE).

A Diretiva introduz dois novos institutos societários-europeus: a transformação transfronteiriça⁴ e a cisão transfronteiriça de sociedades de responsabilidade limitada, além de alterar o regime

and Financial Law Review, Vol. 16, 1-2 (2019), 3-14; PAUL DAVIES/SUSAN EMMENEGGER/EILÍS FERRAN/GUIDO FERRARINI/ KLAUS J. HOPT/NIAMH MOLONEY/ADAM OPALSKI/ALAIN PIETRANCOSTA/MARKUS ROTH, ROLF SKOG/ MARTIN WINNER/JAPP WINTER/EDDY WYMEERSCH, “The Commission’s 2018 Proposal on Cross-Border Mobility – An Assessment”, em *European Company and Financial Law Review*, vol. 16, no. 1-2 (2019), 196-221;

JESSICA SCHMIDT, “Cross-border Mergers, Divisions and Conversions: Accomplishments and Deficits of the Company Law Package”, em *European Company and Financial Law Review*, Vol. 16, 1-2, (2019), 222-272, e “The Mobility Aspects of the EU Commission’s Company Law Package: Or – ‘The Good, the Bad and the Ugly’ ”, (2019), *European Company Law*, 16-1, 13-17; STEEF M. BARTMAN, “Editorial: The Adopted Proposal for an EU Directive on Cross-Border Operations: A Realistic Compromise”, (2019), *European Company Law*, 16-5, 140-142.

³ P8_TA(2019)0429 Cross-border conversions, mergers and divisions ***I/European Parliament legislative resolution of 18 April 2019 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions (COM(2018)0241 – C8-0167/2018 – 2018/0114(COD)).

⁴ Sobre o conteúdo do *Company Law Package* de 2018, em particular no que se refere à transformação transfronteiriça, cf. FRANCISCO GARCIMARTÍN/ ENRIQUE GANDÍA, “Cross-Border Conversions in the EU: The EU Commission *Proposal*”, em *European Company and Financial Law Review*, vol. 16, 1-2 (2019), 15-43.



vigente da fusão transfronteiriça das mesmas sociedades, objeto, por último, em 2017, de agrupamento na Diretiva (EU) 2017/1132; a Diretiva entrou em vigor em 1 de janeiro de 2020 (art. 5.º).

O presente escrito tem por objeto o regime europeu da transformação transfronteiriça no que, em particular, respeita à tutela dos interesses típicos dos sócios *qua tale*, procedendo a comparações com o regime da transformação do vigente direito societário português pretendendo antecipar soluções de transposição para o direito interno; após a transposição da Diretiva, o regime atual do CSC deverá passar à nomeação — doutrinária, pelo menos — de *transformação interna*, embora aqui se faça já uso dessa nomeação para facilitação da análise dos dois grupos normativos.

2. Transformação interna e tutela dos sócios

I - O direito português conhece o instituto da transformação de sociedades desde a publicação do Código das Sociedades Comerciais (doravante: CSC), em 1986.

A transformação de sociedades comerciais constitui, atualmente, objeto do Capítulo XI do Título I (*Parte Geral*) do CSC (arts. 130 a 140-A)⁵. O n.º 1 do primeiro dos preceitos citados

⁵ O CCom1888 não disciplinava especificamente a transformação de sociedades, pese embora o facto de o seu art. 151, § 2.º, referir a hipótese, para o caso das sociedades em nome coletivo, exigindo que a *variação ou modificação da espécie de sociedade* fosse deliberada por unanimidade; os arts. 52 e 54, ambos da Lei



determina que as sociedades constituídas segundo um tipo comercial (art. 1.º, n.º 2, do CSC) podem, salvo diversa disposição legal ou estipulação contratual, adotar posteriormente um outro desses tipos.

Centrada que está a previsão da norma no *tipo comercial* da sociedade, dela resulta a possibilidade de transformação de uma sociedade comercial de certo tipo (art. 1.º, n.º 2, do CSC) numa sociedade comercial de um qualquer outro tipo — não sendo, portanto, duvidosa, perante a ordem jurídica portuguesa, a

das Sociedades por Quotas (1901; doravante: LSQ), previam, respetivamente, a transformação de uma sociedade anónima em sociedade por quotas e a transformação de uma sociedade de outro tipo numa sociedade por quotas, para evitar a falência. Neste quadro legal, foi sustentado por JOSÉ TAVARES, *Sociedades e empresas comerciais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1924, 584 e ss., por um lado, que as transformações que constituíam objeto daquelas normas da LSQ não poderiam deixar de considerar-se, atentas as respetivas redações, como de dissolução com constituição de novas sociedades, mas, por outro lado, que as restantes transformações de sociedades deveriam considerar-se como alterações do pacto social, sujeitas ao regime dos arts. 116, proémio, e 49, 5.º, ambos do CCom1888 [registo comercial da *modificação nos estatutos*, entre outros atos; no CCom1888, a matéria do registro comercial continha-se, originariamente, nos arts. 45 a 61 (Título V do Livro Primeiro), tendo mais tarde constituído objeto do DL n.º 42644, de 14 de Novembro de 1959)], não implicando, portanto, a dissolução da sociedade e a constituição de uma nova; JOSÉ TAVARES entendia que a transformação de sociedades em nome coletivo ou em comandita simples (cf. o art. 201 do CCom1888) exigia o acordo unânime dos sócios, por aplicação direta do 151, § 2.º do CCom1888, devendo tal solução valer, por maioria de razão, para a transformação de sociedades de responsabilidade limitada em sociedades de responsabilidade ilimitada.



admissibilidade da chamada *transformação regressiva*⁶ —, bem como a licitude de transformação de uma sociedade civil sob forma comercial (art. 1.º, n.º 3, do CSC) de um certo tipo numa sociedade

⁶ A *transformação regressiva* constitui um conceito de cunho doutrinário, significativo da transformação de uma sociedade de responsabilidade limitada (tipos societários modernos) numa sociedade de responsabilidade ilimitada ou mista (tipos societários de tradição medieval) ou, dito de outro modo, de uma sociedade de um tipo tecnicamente denso e evoluído, numa de tipo menos evoluído. A transformação regressiva está também admitida no direito alemão, no § 226 da *Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts*, de 28 de Outubro de 1994 (doravante: *UmwG*), sistematicamente integrado nas disposições especiais sobre a transformação de sociedades de capitais (*“Eine Kapitalgesellschaft kann auf Grund eines Umwandlungsbeschlusses nach diesem Gesetz nur die Rechtsform einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, einer Personenhandelsgesellschaft, einer Partnerschaftsgesellschaft, einer anderen Kapitalgesellschaft oder einer eingetragenen Genossenschaft erlangen”*).



civil sob forma comercial de tipo diverso⁷⁻⁸. Da mesma forma, e porque o âmbito da transformabilidade prevista no art. 130, n.º 1, do CSC, parece estender-se a todas as sociedades reguladas no código, não existem razões para excluir a possibilidade da transformação de sociedades comerciais em sociedades civis sob forma comercial (do tipo pré-existente ou de outro), que, todavia, e

⁷ O art. 130 corresponde, com poucas alterações, ao art. 137 do Projeto [“Código das Sociedades (Projecto)”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 327 (junho, 1983), 43 e ss.]. Sobre a noção e as modalidades de transformação previstas no CSC, cf. RAÚL VENTURA, *Fusão, cisão, transformação de sociedades/Comentário ao Código das Sociedades Comerciais (Parte geral; artigos 97.º a 140.º)*, Coimbra: Almedina, 1990, 416 e ss., no qual pode ler-se que: “[e]xistem [...] no CSC duas espécies ou modalidades de transformação, conforme a sua estrutura jurídica: numa modalidade — que a redacção do [...] n.º 3 [do art. 130] mostra ter sido considerada a normal — a transformação não provoca dissolução (extinção) da sociedade e, portanto, a sociedade é a mesma, antes e depois da transformação; noutra modalidade — excepcional, pois não resulta simplesmente da lei, como a primeira, dependendo de deliberação dos sócios — a sociedade sujeita a transformação dissolve-se (extingue-se), nascendo uma nova sociedade e operando entre ambos [sic] um fenómeno de sucessão universal”; DIOGO COSTA GONÇALVES, *Fusão, cisão e transformação de sociedades comerciais. A posição jurídica dos sócios e a delimitação do statuto viae*, Coimbra: Almedina, 2008, 313 e 314.

⁸ Sobre a transformação de sociedades no direito anterior ao CSC, com referências à divisão da doutrina sobre o seu efeito extintivo, ou não, cf. ANTÓNIO CAEIRO, “Breves notas sobre a transformação de sociedades anónimas em sociedades por quotas”, em *Temas de Direito das Sociedades*, Coimbra: Almedina, 1984, 229 e ss.; RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, “Transformação de sociedades”, in *BMJ*, 218, 1972, 76 e ss.; RAÚL VENTURA, *Fusão, cisão, transformação de sociedades/Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, cit., 440 e ss.; FRANCISCO MENDES CORREIA, *Transformação de sociedades comerciais*, Coimbra: Almedina, 2009, 59 e ss.



considerado o que preceitua o art. 1.º, n.ºs 3 e 4, do CSC, só pode admitir-se quando acompanhada da correspondente alteração do objeto social, passando este a consistir exclusivamente na realização de atos civis.

A admissibilidade da transformação estende-se também às sociedades civis simples, contempladas no n.º 2 do art. 130 do CSC: uma sociedade constituída nos termos dos arts. 980 e seguintes do Código Civil (doravante, CC) pode posteriormente adotar algum dos tipos comerciais de sociedade; literalmente, o preceito abrange apenas a transformação da sociedade civil simples em sociedade civil sob forma comercial, muito embora não pareça que possa duvidar-se da possibilidade de transformação de uma sociedade civil simples em sociedade comercial, por identidade de razão com a hipótese expressamente contemplada, uma vez que o efeito jurídico decorrente é paralelo ao desta [a aplicação do regime jurídico correspondente ao tipo em questão, independentemente de o objeto consistir exclusivamente, ou não, na realização de atos civis (art. 1.º, n.ºs 1, 2 e 4, do CSC)], e desde que a transformação seja acompanhada de uma correlativa modificação do objeto social, passando este a consistir, simultânea ou exclusivamente, na realização de atos de comércio (art. 1.º, n.º 3, do CSC)⁹.

⁹ Pronunciando-se também pela transformabilidade da sociedade civil simples em sociedade comercial, embora com argumentação divergente, RAÚL VENTURA, *Fusão, cisão, transformação de sociedades/Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, cit., 458 [*“É sabido que a natureza civil do objecto da sociedade não impede a constituição desta sob forma comercial, ou seja, inscrevendo-a em algum dos tipos enumerados no art. 1.º, n.º 2, CSC (...). Naturalmente, também o facto de a sociedade ter objecto civil não constitui obstáculo para a citada transformação. A eventual mudança para um objecto de natureza comercial*



II - Doutrinariamente, a *transformação* apresenta um sentido amplo e um sentido restrito¹⁰. Em sentido amplo, entendem-se como *transformações* de uma sociedade as modificações que podem ocorrer em relação a diversos aspetos, como a sua causa, a sua natureza, civil ou comercial, no seu objeto, no seu estatuto pessoal, na sua organização interna ou no seu tipo. Em sentido restrito e técnico, por *transformação* entende-se apenas a modificação do tipo societário¹¹. No direito português, a

acompanha a transformação, mas não é imposta por esta”]. Sobre a problemática da transformação da sociedade comercial ou civil sob forma comercial em sociedade civil simples (questão que não constitui objeto do art. 130 do CSC), cf. também RAÚL VENTURA, ob. cit., 462 e ss., que nega a sua licitude perante a lei portuguesa.

¹⁰ Nesse sentido, e entre a muita doutrina sobre a transformação de sociedades, GARRIGUES/URÍA, *Comentario a ley de sociedades anónimas*, II, 3.ª ed. (revista, corrigida e atualizada por Aurelio Menendez/Manuel Olivencia), Madrid: Imprenta Aguirre, 1976, 690 e 691.

¹¹ A distinção entre um sentido amplo e um sentido restrito da expressão *transformação* tem um significado particular na *UmwG* alemã de 1994, que com essa designação abrange as chamadas *modificações estruturais* das sociedades (mas não apenas das sociedades), incluindo a fusão, a cisão, a cedência de património e a modificação do tipo (transformação em sentido restrito); sobre esta questão, cf., entre outros, SEMLER/STENGEL, *Umwandlungsgesetz* (introdução), AA. VV., (coord. de Johannes Semler/Arndt Stengel), Munique: C. H. Beck, 2003; WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht: ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts*, II – *Recht der Personengesellschaften*, Munique: C. H. Beck, 2004, II, 530-532 [referindo que “[d]ie einzelner Gesetzesvorschriften verstanden früher unter ‘Umwandlung’ lediglich den Wechsel der Rechtsform bei Identität des Rechtsträgers. Die Gesetz von 1994 erstreckt den Umwanlungsbegriff auf andere Strukturänderungen, wie Verschmelzungen oder Spaltungen sowie ersatzweise Gesamtvermögensübertragungen, um alle diese Vorgänge in einem eizigen Gesetz zusammenfassen zu können”]. Na verdade, a lei alemã filia-se numa



tendência doutrinária atual que concebe a *transformação* como instituto geral de Direito Privado, admitindo o *trânsito* de uma estrutura empresarial entre tipos causalmente diversos (transformação heterogénea), sem perda de identidade. Nessa tendência se filiam já o direito societário italiano posterior à reforma de 2003 e espanhol, em resultado da aprovação da Lei n.º 3/2009, de 3 de abril. Temos, assim, por provável que uma idêntica evolução venha a suceder no ordenamento jurídico português, sendo que se evidenciam já na doutrina nacional entendimentos *de iure condito* no sentido da autonomia da transformação como instituto geral de Direito Privado (nesse sentido, FRANCISCO MENDES CORREIA, ob. cit., *passim*), o que reduziria a transformação de sociedades comerciais de um certo tipo em sociedades de tipo diverso a uma espécie de um mais vasto género, concluindo pela admissibilidade geral de transformações heterógenas de estruturas empresariais não societárias em sociedades e vice-versa [nesse sentido, cf. FRANCISCO MENDES CORREIA, *Transformação de sociedades comerciais, passim*; apesar de PINTO FURTADO (*Curso de Direito das Sociedades*, 5.ª ed., (colab. de Nelson Rocha), Coimbra: Almedina, 2004, 540 e ss.) ser por vezes referenciado na doutrina como sustentando esse princípio geral, não cremos que tal seja o caso, uma vez que o A. se limita a uma confirmação de que são de verdadeira *transformação* os casos como tal qualificados pelo legislador, dentro e fora do CSC, o que não significa que admita a transformação como mero produto da autonomia privada, isto é, que não seja legalmente sancionada. Não cremos, porém, que o ordenamento jurídico português conheça atualmente um princípio geral de transformabilidade entre estruturas jurídicas empresariais, mesmo que limitadamente às que são juridicamente personalizadas, muito embora a argumentação substancial nesse sentido não possa aqui ser desenvolvida, por não ter cabimento na economia do presente escrito; formalmente, porém, sempre se poderá dizer que, a ser de outra forma, não se compreenderia que o legislador afirme por vezes expressamente a licitude da transformação e o seu sentido (cf., por exemplo, o art. 11, n.ºs 1 e 2, do DL n.º 148/90, de 9 de Maio, permitindo, respetivamente, a transformação de Agrupamentos Complementares de Empresas em Agrupamentos Europeus de Interesse Económico e vice-versa) e, em certos casos, a proíba expressamente (cf., por exemplo, o art. 111 do Código Cooperativo), dados normativos que não são compatíveis com a afirmação daquele princípio geral, tal como não são



transformação, tal como se encontra delimitada no art. 130, n.ºs 1 e 2, do SCS, tem o significado de modificação do tipo societário mercantil ou de adoção de um tipo societário-mercantil por sociedade civil simples, com ou sem alteração do objeto respetivo. O sentido legal da transformação prevista naqueles preceitos legais, se não emprega a aceção doutrinária restrita da expressão *transformação* — em razão do que vai disposto no n.º 2 do art. 130 do CSC —, também a não toma em toda a extensão do sentido amplo. Mais do que isso, das normas em questão resulta que o instituto da transformação se circunscreve à *causa* ou *função económico-social típica do negócio jurídico sociedade*¹²: não se admite que outras estruturas jurídico-empresariais (por exemplo, uma cooperativa) se *transformem* em sociedades¹³, nem que uma sociedade se transforme numa estrutura empresarial não societária, diversamente do que é expressamente admitido nos

significativos de princípio inverso, porque seria desnecessário permitir ou proibir o que estivesse no âmbito do princípio geral. Cremos, assim, que o sentido do n.º 1 do art. 130 é o de que as sociedades com tipo comercial (art. 1.º, n.ºs 1 e 4) só podem transformar-se numa sociedade comercial com tipo diverso (nesse sentido, RAÚL VENTURA, *Fusão, cisão, transformação de sociedades/Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, cit., 430 e ss.; RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal no direito português*, Coimbra: Almedina, 277 e 278, n. 261).

¹² Em geral, sobre a *causa* do negócio jurídico, cf., entre outros, CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 5.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 377 e ss.; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS/PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.ª ed., Coimbra: Almedina, 2020, 311 e ss.

¹³ No que respeita às cooperativas, a ilicitude da transformação é confirmada pelo art. 111 do Código Cooperativo, aprovado pela Lei n.º 119/2015, de 31 de agosto, que, precisamente, comina a nulidade da transformação de uma cooperativa em *qualquer tipo de sociedade comercial*.



ordenamentos alemão, espanhol e italiano¹⁴.

O *processo* de transformação inicia-se com a elaboração do *relatório justificativo* a que se refere o art. 132, n.º 1, do CSC¹⁵, dependendo a mesma de deliberação dos sócios, nos termos prescritos para o respetivo tipo societário (art. 133, n.º 1, do CSC)¹⁶. Adicionalmente, a lei exige para a validade da deliberação de transformação que implique para todos ou alguns sócios a assunção de responsabilidade ilimitada, a aprovação pelos sócios que devam assumir essa responsabilidade; o preceito visa, portanto, a transformação em sociedade em nome coletivo ou em comandita, simples ou por ações, podendo dele inferir-se que a responsabilidade limitada do sócio é indisponível pela maioria, sendo-lhe estranha a tutela do sócio configurada no direito de exoneração originariamente estabelecido no art. 137, n.º 1, concebido para a proteção do sócio discordante do sacrifício de um direito seu *qua tale*, mas que a maioria pode sacrificar¹⁷.

¹⁴ Para o direito alemão, cf. o § 191 da *UmwG* de 1994; para o direito espanhol, o art. 346 da *Ley de sociedades de capital*, aprovada pelo Real Decreto Legislativo n.º 1/2010, de 2 de Julho, e, para o direito italiano, os arts. 2500-*septies* e 2500-*octies* do *Codice civile*, na redação do Decreto Legislativo n.º 6, de 17 de Janeiro de 2003.

¹⁵ A atual redação deste preceito foi introduzida pelo DL n.º 8/2007, de 29 de março.

¹⁶ Cf. os arts. 194, n.º 1 (sociedades em nome coletivo), 265, n.ºs 1 e 3 (sociedades por quotas), 383, n.º 2, 386, n.ºs 3 e 4 (sociedades anónimas) e 476 (sociedades em comandita simples).

¹⁷ O preceituado no art. 133, n.º 2, corresponde à consagração de uma das teses presentes na doutrina italiana sobre os requisitos da deliberação de transformação de sociedades de capitais em sociedades (comerciais) de pessoas (cf., entre outros, TANTINI, “Trasformazione e fusione delle società” in *Trattato di*



3. Direito europeu e transformação transfronteiriça

I - Como se referiu, a Diretiva n.º 2019/2121 alterou a Diretiva (UE) 2017/1132¹⁸.

O originário objeto da Diretiva (UE) 2017/1132 era, nos termos do seu art. 1.º, o estabelecimento de medidas relativas ao seguinte: (i) a “[...] *coordenação das garantias que, para proteção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados - Membros às sociedades, na aceção do artigo 54.º, segundo parágrafo, do Tratado, no que respeita à constituição da sociedade anónima, bem como à conservação e às modificações do seu capital social, a fim de tornar equivalentes essas garantias*”; (ii) a “[...] *coordenação das garantias que, para proteção dos interesses dos*

Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia, (dir. de Francesco Galgano), VIII, Pádua: Cedam, 1985, 185-402VIII, 211; CAGNASSO, *La trasformazione delle società*, Milão: Giuffrè, 1990, 138 e 139). Em sentido substancialmente idêntico ao expresso no texto, RAÚL VENTURA (*Fusão, cisão, transformação de sociedades/Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, cit., 497 e 498): “[a] *justificação do preceito reside em nenhum sócio poder impor a outro a passagem de responsabilidade limitada a responsabilidade ilimitada. E ainda mais inconcebível seria a discriminação, por obra da maioria, entre os sócios, para atribuir a uns responsabilidade pessoal e ilimitada, a que outros escapariam. [...] o direito de exoneração é concedido no CSC independentemente de todos ou alguns sócios virem ou não a assumir responsabilidade pessoal. A meu ver justifica-se plenamente que o sócio cuja responsabilidade pessoal resultaria da transformação não seja forçado a optar entre suportar tal responsabilidade ou sair da sociedade e que, portanto, a defesa se situa na invalidade da deliberação maioritária*”.

¹⁸ Os artigos citados neste número e nos seguintes sem menção da origem pertencem à Diretiva (UE) 2017/1132, tal como modificada pela Diretiva (EU) 2019/2121.



sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-Membros às sociedades, na aceção do artigo 54.º, segundo parágrafo, do Tratado, no que respeita à publicidade, à validade das obrigações contraídas por sociedades por ações e sociedades de responsabilidade limitada e à nulidade destas, a fim de tornar equivalentes essas garantias”; (iii) a “[...] publicidade das sucursais criadas num Estado-Membro por certas formas de sociedades reguladas pelo direito de outro Estado”; (iv) a “[...] fusão das sociedades anónimas; (v) as “[...] fusões transfronteiriças das sociedades de responsabilidade limitada”; e, (vi) as “cisões de sociedades anónimas”.

As matérias em causa tinham sido antes objeto de diretivas setoriais, pelo que a aprovação da Diretiva de 2017 constitui, substancialmente, a reunião dessas regulações, tendo sido revogadas as Diretivas números 82/891/CEE, 89/666/CEE, 2005/56/CE, 2009/101/CE, 2011/35/UE e 2012/30/UE, conforme sucessivamente alteradas (art. 166/I da Diretiva n.º 2017/1132).

A Diretiva n.º 2019/2121 modificou o art. 1.º da Diretiva de 2017, nos seguintes termos “[...] [n]o artigo 1.º, o sexto travessão passa a ter a seguinte redação:/ - transformações transfronteiriças, fusões transfronteiriças e cisões transfronteiriças das sociedades de responsabilidade limitada”.

II - A Diretiva n.º 2019/2121 redenominou o Título II da Diretiva de 2017 (fusão e cisão de sociedades de responsabilidade limitada), que a passou a ser a seguinte: transformação, fusão e cisão de sociedades de responsabilidade limitada.

Ao referido título acrescentou-se, assim, a *transformação*, cujo regime material corresponde a um conjunto de disposições



numeradas 86-a a 86-t (20 artigos), agrupadas num novo capítulo, numerado “-I”, que antecede o Capítulo I, relativo à fusão.

O referido conjunto normativo tem o seu âmbito de aplicação delimitado “[...] às transformações de sociedades de responsabilidade limitada constituídas de acordo com o direito de um Estado-Membro, e cuja sede estatutária, administração central ou estabelecimento principal se situe no território da União, em sociedades de responsabilidade limitada regidas pelo direito de outro Estado-Membro” (art. 86-A, 1)¹⁹.

III - O art. 86-A, 2 e 3, contêm outras delimitações, injuntivas; o regime “[...] não se aplica às transformações transfronteiriças que envolvam uma sociedade cujo objeto seja o investimento coletivo de capitais obtidos junto do público, que funcione segundo o princípio

¹⁹ Para uma apreciação crítica desfavorável quanto aos tipos de sociedades abrangidos, cf., entre outros, MATHIAS HABERSACK, “Sekundärrechtlicher grenzüberschreitender Formwechsel ante portas”, em ZHR, 182, 5 (495-503) 499 [“[v]or diesem Hintergrund ist es nur folgerichtig, dass die Kommission nun in Art. 86a ff. GesRRL – wenn auch leider nur für Kapitalgesellschaften – die aus der Niederlassungsfreiheit entwickelten EuGH-Grundsätze über eine Angleichung der nationalen Umwandlungsrechte umzusetzen beabsichtigt“]; JESSICA SCHMIDT, “The Mobility Aspects of the EU Commission’s Company Law Package: Or – ‘The Good, the Bad and the Ugly’ ”, (2019), *European Company Law*, 16-1, 13: [...] it is regrettable that the entire new EU legal framework is restricted to limited liability companies. [...] Freedom of establishment – and thus the freedom to merge, divide and convert⁷ – is enjoyed not only by limited liability companies, but by all legal entities within the meaning of Article 54 TFEU; consequently, the EU legislator should provide a clear and secure EU legal framework for all of these legal entities to effectively exercise their freedom of establishment by carrying out cross-border mergers, divisions and conversions. [...] The existence of a real practical and economic need for this can hardly be denied.”



da diversificação dos riscos e cujas participações sejam, a pedido dos portadores, resgatadas ou reembolsadas, direta ou indiretamente, a partir dos ativos dessa sociedade. São equiparadas a tais resgates ou reembolsos as medidas adotadas por essa sociedade para garantir que o valor em bolsa das suas unidades de participação não se desvie sensivelmente do seu valor líquido”; além do mais, os Estados-Membros devem assegurar a desaplicação do regime “[...] a sociedades em qualquer das seguintes circunstâncias: a) A sociedade está em liquidação e começou a distribuir ativos aos seus sócios[²⁰];/ A sociedade é objeto de instrumentos, poderes e mecanismos de resolução previstos no título IV da Diretiva 2014/59/EU”.

IV - A Diretiva admite que os Estados-Membros possam desaplicar o regime da transformação transfronteiriça a sociedades *“a) Sujeitas a processos de insolvência ou regimes de reestruturação preventiva; b) Sujeitas a processos de liquidação diferentes dos referidos no n.º 3, alínea a); ou/ Sujeitas a medidas de prevenção de crises na aceção do artigo 2.º, n.º 1, ponto 101, da Diretiva 2014/59/EU”.*

V - Ao conjunto normativo da Diretiva relativo à fusão transfronteiriça preside um grupo de definições [art. 86-B, 2)], de que se salientam, agora, duas: (i) a de *transformação transfronteiriça: “[...] uma operação pela qual uma sociedade, sem ser dissolvida ou liquidada ou entrar em liquidação, converte a forma jurídica sob a qual se encontrar registada num Estado-Membro de partida numa forma jurídica do Estado-Membro de*

²⁰ No direito português, a transposição desta norma irá criar uma desarmonia valorativa com a do art. 161, 5, do CSC.



destino, que consta da lista do anexo II, e transfere, pelo menos, a sua sede estatutária, para este último Estado-Membro, mantendo a sua personalidade jurídica”; e, (ii) a de sociedade, no sentido que aí releva: “uma sociedade de responsabilidade limitada de um dos tipos enumerados no anexo II e que é objeto de uma transformação transfronteiriça”.

A inclusão da *manutenção da personalidade jurídica* da sociedade na definição legal da operação é de duvidoso acerto técnico, uma vez que tal constitui um resultado do próprio regime criado pela Diretiva.

VI - No que respeita à delimitação dos tipos societários abrangidos pelo regime da transformação transfronteiriça, cabe assinalar, pela remissão do art. 86-B, 2, para o Anexo II, que, no tocante ao direito português, estão abrangidas a sociedade anónima, a sociedade em comandita por ações e a sociedade por quotas.

VII - O caráter transfronteiriço da transformação predisposta na Diretiva demarca-a da operação de transformação societária puramente interna, i.e., que parte de uma sociedade de direito português e lhe modifica o tipo, mantendo a sociedade a lei pessoal portuguesa.

O caráter transfronteiriço de uma transformação (art. 86-B, 2) determina-se em função de três requisitos cumulativos: (i) a alteração do tipo societário de um Estado-Membro, sem que se verifique dissolução e liquidação da sociedade, para um tipo societário de outro Estado-Membro, com manutenção da personalidade jurídica; (ii) que os tipos societários da pré e da pós-transformação sejam de responsabilidade limitada e enumerados



no Anexo II da Diretiva 2017/1132 (num exemplo, a sociedade anónima de direito português que pretende *continuar* como *sociedad comanditaria por acciones* de direito espanhol); e, (iii) que se verifique transferência internacional da sede estatutária para o Estado-membro *de destino*, pelo menos (não sendo, portanto, tratada como elemento de transformação transfronteiriça, a mera deslocação da sede efetiva entre Estados-Membros²¹)²². O primeiro dos elementos é o *transformativo*, embora o seja apenas de um ponto de vista formal; o terceiro, o *transfronteiriço*.

A transformação interna constitui instituto de maior amplitude material do que a correspondente da Diretiva, na medida em que a

²¹ Próxima, PAULA DEL VAL TALENS, “Operaciones transfronterizas de sociedades en la Unión Europea La Directiva (UE) 2019/2121, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas”, em *Revista de Direito das Sociedades*, 2019, 2, 311.

²² Sobre o papel de antecipação do *case law* do Tribunal de Justiça da União relativamente à consecução legislativa do objetivo de uma livre opção pelo estabelecimento da sede estatutária da sociedade num Estado-Membro, enquanto a sede efetiva se mantém no Estado-Membro da *incorporação*, através de atividade desenvolvida por uma sucursal, cf. ANDREA VICARI, *European Company Law*, Berlim/Boston: De Gruyter, 2021, 21 e ss.; cf. também DANIELE FABRIS, “European Companies ‘Mutilated Freedom’. From the Freedom of Establishment to the Right of Cross-Border Conversion”, *European Company Law*, 16-4 (2019), 106-113, *passim*; PAULA DEL VAL TALENS, “Operaciones transfronterizas de sociedades en la Unión Europea La Directiva (UE) 2019/2121, cit., 305 e ss. Lamentando que o *pacote da mobilidade* não tenha sido aproveitado para a harmonização das regras de conflitos da União quanto ao direito aplicável às sociedades, JESSICA SCHMIDT, “The Mobility Aspects of the EU Commission’s Company Law Package: Or – ‘The Good, the Bad and the Ugly’ ”, cit., 13 e 14.



primeira abrange a modificação de um qualquer tipo societário num qualquer outro e até a modificação da sociedade civil em sociedade comercial ou sob forma comercial, o que não sucede com a segunda, que a limita - quer à *partida* quer à *chegada* - aos tipos societários de responsabilidade limitada enumerados no Anexo II.

Na verdade, a essência da transformação da Diretiva não está na modificação do tipo da sociedade da pré e da pós-transformação, mas antes no caráter transfronteiriço da operação, querendo com isso dizer que a adoção, no Estado-Membro de destino, de um tipo societário funcionalmente equivalente àquele que a sociedade tinha no Estado-Membro de partida (num exemplo, de sociedade por quotas portuguesa para *GmbH* alemã), sem dissolução e liquidação da primeira, constitui uma operação de transformação regulada pela Diretiva, não obstante o *paralelismo* dos tipos das pré e da pós-transformação.

Um outro aspeto no qual se revela uma maior amplitude do instituto societário português é o de que este comporta duas modalidades: com e sem dissolução e liquidação da sociedade a transformar (art. 130, 3, última parte, do CSC); a transformação transfronteiriça constitui operação - necessariamente - sem dissolução e liquidação da sociedade *de partida* [art. 86-b), 2].

4. Transformação transfronteiriça: aspetos nucleares do regime da Diretiva (UE) 2019/2021

I - A regulação apresentada pela Diretiva n.º 2019/2121 para a transformação permite identificar tal *operação* como como um



facto jurídico complexo de produção sucessiva ou processo, no termo do qual se efetiva a conversão de uma sociedade, sem dissolução e/ou liquidação, da forma jurídica sob a qual se encontra registada num Estado-Membro de partida, na forma jurídica do Estado-Membro de destino, que constam da lista do anexo II, e transfere, pelo menos, a sua sede estatutária, para este último Estado-Membro, com manutenção da personalidade jurídica.

II - O referido processo inicia-se, formalmente, com a aprovação de um projeto de transformação transfronteiriça pela administração da sociedade; a transformação transfronteiriça depende de deliberação dos sócios (art. 86-H, 1), terminando o processo com o registo da deliberação (art. 86-P); o centramento do poder de decisão da operação nos sócios evidencia paralelismo com a transformação interna do direito português (art. 133, 1, do CSC).

III - O projeto de transformação transfronteiriça está sujeito a um conjunto de menções mínimas obrigatórias, nos termos do art. 86-D da Diretiva; a competência para a elaboração do projeto pertence ao órgão de administração ou direção.

No que respeita à competência para iniciar o processo da operação de transformação e ao ato que marca tal início, existe algum paralelismo regulatório entre a transformação transfronteiriça e a transformação interna do direito português; nos termos do art. 132, 1, do CSC, cabe à administração da sociedade organizar um relatório justificativo da transformação, instruído com um balanço do último exercício e com o projeto de contrato pelo qual a sociedade passará a reger-se.

No regime da Diretiva, o projeto deverá incluir a indicação da forma jurídica e da denominação da sociedade no Estado-Membro



de partida e do lugar da sua sede estatutária nesse Estado-Membro [art. 86-D, a)], bem como da forma jurídica e da denominação propostas para a sociedade transformada no Estado-Membro de destino e da localização proposta da sua sede estatutária nesse Estado-Membro [art. 86-D, b)]; a conjugação desses dois aspetos liga os elementos *transformativo* e *transfronteiriço* da operação.

O projeto deverá incluir o ato constitutivo da sociedade no Estado-Membro de destino, se for o caso²³, e os estatutos, se estes forem objeto de um ato separado²⁴; há, portanto, paralelismo com o disposto, para a transformação interna do direito português, no art. 132, 1, b), do CSC.

O projeto deverá conter um conjunto de menções alinhadas com a proteção da situação jurídica particular dos sócios e dos credores²⁵; são elas: (i) os direitos conferidos pela sociedade

²³ O sentido da ressalva legal não é inteiramente claro, parecendo dever ser a mesma interpretada como reportando-se à possibilidade de o direito do Estado-Membro de destino da sociedade transformada não exigir, para a conclusão da operação, novo ato constitutivo.

²⁴ Para uma apreciação da distinção entre *ato constitutivo* e *estatutos*, cf. RAÚL VENTURA, *Alterações do contrato de sociedade/Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, 2.ª ed. (reimp.), Coimbra: Almedina, 1996, 28 e ss.

²⁵ Para enquadramento, cf. o considerando 12 da Diretiva: “[p]ara permitir que todos os interesses legítimos das partes interessadas sejam tomados em consideração durante o procedimento aplicável à operação transfronteiriça, a sociedade deve elaborar e publicar o projeto da operação proposta, que contém as informações mais importantes sobre esta. [...] Essas informações deverão incluir, pelo menos, a forma jurídica prevista para a sociedade ou sociedades, o ato constitutivo, se for caso disso, os estatutos, o calendário indicativo proposto para a operação e informações sobre quaisquer garantias oferecidas aos sócios e aos credores. Deverá ser publicado um aviso no registo informando os sócios, os



transformada aos sócios que gozam de direitos especiais²⁶ e aos portadores de títulos diferentes dos representativos do capital social da sociedade (por exemplo, obrigacionistas), ou as medidas propostas em relação a tais situações jurídicas [art. 86-D, e)]²⁷; (ii) quaisquer garantias oferecidas aos credores, como sejam garantias ou cauções (parecendo que o que está em causa são garantias especiais, i.e., de que os credores não gozem genericamente e em função dessa qualidade [art. 86-D, f]); (iii) quaisquer privilégios especiais concedidos aos membros dos órgãos de administração, de direção, de fiscalização ou de controlo da sociedade [art. 86-D, e)]²⁸; (iv) quaisquer incentivos ou subsídios recebidos pela sociedade no Estado-Membro de partida nos cinco anos anteriores [art. 86-D, f)]; (v) informações sobre a compensação pecuniária oferecida aos sócios nos termos do artigo 86.º-I [art. 86-D, i)], i.e., aos sócios que, tendo votado contra a proposta de transformação transfronteiriça submetida à assembleia geral, venham a exercer um direito de

credores e os representantes dos trabalhadores, ou, caso não existam tais representantes, os próprios trabalhadores, de que podem apresentar observações sobre a operação proposta. Os Estados-Membros poderão igualmente decidir que o relatório do perito independente, exigido pela presente diretiva, tem de ser publicado”.

²⁶ Esta determinação não tem paralelismo com o regime da transformação do direito interno português; tem-no, todavia, no regime da fusão, interna e transfronteiriça [arts. 98, 1, j), 117-B e 117-C, todos do CSC].

²⁷ No que respeita à transformação de direito interno português e aos obrigacionistas, cf. o art. 138 do CSC.

²⁸ Esta determinação não tem paralelismo com o regime da transformação de direito interno português; tem-no, todavia, no regime da fusão, interna e transfronteiriça [arts. 98, 1, l), 117-B e 117-C, todos do CSC].



alienação potestativa das suas participações sociais²⁹, qualificado, no considerando 13 da Diretiva, na versão portuguesa, como *exoneração*, a que corresponde, na versão inglesa, *right to exit the company*.

Por fim, o projeto deverá conter um conjunto de menções alinhadas com a proteção da situação jurídica dos trabalhadores³⁰: (i) as prováveis repercussões da transformação transfronteiriça no emprego [art. 86-D, j)]; e, (ii), e for caso disso, as informações sobre os procedimentos mediante os quais se determinam os regimes de participação dos trabalhadores na definição dos seus direitos de participação na sociedade transformada, ao abrigo do art. 86 -L (k) [art. 86-D, k)]. Estes aspetos sociais não têm paralelismo no regime da transformação interna e justificam-se, essencialmente, pelo carácter transfronteiriço da operação.

4.1. O relatório da administração da sociedade destinado aos sócios

I - Para além do projeto de transformação fronteiriça, a Diretiva determina que o órgão de administração ou direção deverá elaborar um relatório destinado aos sócios e aos trabalhadores, no qual “[...] *explique e justifique os aspetos jurídicos e económicos da transformação transfronteiriça, e explique as implicações da transformação transfronteiriça para os trabalhadores*”, devendo,

²⁹ Solução paralela, na fusão interna, na modalidade de *short-form merger*, no art. 116, 4, do CSC (sobre isto, cf. JOÃO ESPÍRITO SANTO, *Exoneração do sócio no direito societário-mercantil português*, Coimbra: Almedina, 2014, 545 e ss.)

³⁰ *Supra*, n. 25.



“[...] em especial, explicar as implicações da transformação transfronteiriça para a atividade futura da sociedade” (art. 86-E,1). Trata-se, portanto, no que respeita aos sócios, de um especial dever de informação a cargo do órgão de administração ou direção, que visa, naturalmente, habilitá-los ao exercício informado do direito de voto sobre a proposta de deliberação da transformação transfronteiriça.

II - O relatório deve desagregar a informação destinada aos sócios, por um lado, e aos trabalhadores (*secções* do relatório), por outro, podendo a administração decidir a elaboração de dois relatórios, sendo um destinado aos sócios e, o outro, aos trabalhadores (art. 86-E, 2/II).

Cada uma das *secções* do relatório, ou, sendo o caso, cada um dos relatórios, deve conter explicitações específicas, que consideram, em particular, a situação jurídica relativa aos interesses típicos de cada um dos grupos de interessados na operação.

III - Quer a informação destinada aos sócios quer a destinada aos trabalhadores podem, perante a verificação de pressupostos particulares, ser dispensadas; verificando-se, em concreto, tais pressupostos particulares em relação a ambos os grupos de interessados, torna-se inexigível o próprio relatório (art. 86-E, 9).

IV - A informação destinada aos sócios obedece a um conteúdo *explicativo especial* quanto aos seguintes elementos: “[...] a) *compensação pecuniária* [que a sociedade pagará aos sócios que, tendo votado contra a deliberação, exerçam, nos termos do art. 86-I, 1, o direito de alienação das participações] e o método utilizado para a sua determinação; b) *As implicações da transformação transfronteiriça para os sócios*; c) *Os direitos e as vias de recurso de*



que dispõem os sócios, nos termos do artigo 86-I\I” (art. 86-E, 3).

Esta informação especial dirigida os sócios pode ser dispensada se todos os sócios nisso concordarem, sendo que os Estados-Membros podem excluir as sociedades unipessoais do âmbito deste especial dever de informação aos sócios (art. 86-E, 4), soluções que se explicam por se tratar de casos nos quais se não verifica, quanto aos sócios, um *confronto* entre grupos de maioria e de minoria, potenciadores de conflitos de interesses.

V - O relatório deverá ser disponibilizado eletronicamente, juntamente com o projeto de transformação, “[...] *se disponível* [...]”³¹, aos sócios e aos representantes dos trabalhadores ou, inexistindo estes, aos próprios trabalhadores, com a antecedência mínima de seis semanas antes da data da realização assembleia geral convocada para deliberar sobre a proposta de transformação transfronteiriça (art. 86-E, 6).

4.2. A intervenção de perito independente: fiscalização do projeto

I - O projeto de transformação transfronteiriça elaborado pelo órgão de administração ou direção da sociedade deverá ser escrutinado por um perito independente, que deve elaborar um relatório destinado aos sócios (art. 86-F, 1, primeira parte); a norma não estabelece o *ponto de referência* da independência, que,

³¹ Este segmento da norma, que os considerandos da Diretiva não explicitam, não é claro; parece que a *disponibilidade* se refere a uma versão eletrônica do projeto, não fazendo sentido que tal expressão se refira a própria existência, prévia, do projeto, uma vez que o mesmo há-de constituir o repositório das informações que dão base às que devem constar do relatório.



todavia, surge no n.º 2 do art. 86-S: o perito é “[...] é independente da sociedade que solicita o certificado prévio à transformação e com esta não tem qualquer conflito de interesses”, devendo os Estados-Membros dispor de regras internas para o efeito.

A norma do art. 86-F, 1, primeira parte, tem paralelismo, quanto à fusão interna do direito português, na do art. 99, 2, do CSC.

O relatório deixa de ser legalmente exigível se os sócios deliberarem, por unanimidade, a sua dispensa (art. 86-F, 3, primeira parte), podendo ainda os Estados-Membros isentar as sociedades unipessoais da obrigatoriedade da elaboração do relatório (art. 86-F, 3, segunda parte).

II - O relatório do perito deverá ser disponibilizado aos sócios com a antecedência mínima de um mês relativamente à data da assembleia geral convocada para deliberar sobre o projeto de transformação transfronteiriça (art. 86-F, 1, segunda parte).

III - O relatório do perito não pode deixar de conter parecer do mesmo sobre a adequação da compensação pecuniária a que se referem os arts. 86-D, i), e 86-I, 1; o juízo da adequação deve considerar “[...] o eventual preço de mercado das participações sociais na sociedade antes do anúncio do projeto de transformação ou o valor da sociedade, excluindo o efeito da transformação projetada, determinado segundo métodos de avaliação geralmente aceites”, enquadrando-o em elementos obrigatórios mínimos: i. a indicação do método ou dos métodos seguidos para determinar a compensação pecuniária proposta; ii. a declaração de que o método ou os métodos seguidos são adequados para o cálculo da compensação pecuniária, a indicação do valor obtido utilizando esses métodos e a emissão de um parecer sobre a importância



relativa concedida a esses métodos para determinar o valor fixado; e, iii. a descrição das dificuldades especiais de avaliação eventualmente encontradas (art. 86-F, 2).

IV - Para a elaboração do relatório, o perito poderá obter da sociedade as informações que se mostrem necessárias (art. 86-F, 2, última parte).

V - O perito pode ser uma pessoa singular ou coletiva (art. 86-F, 1, última parte).

VI - Os Estados-Membros devem estabelecer um regime particular de responsabilidade civil do perito (art. 86-S, 1).

VII - Os Estados-Membros devem estabelecer regras visando assegurar que o parecer do perito é emitido “[...] *com vista a prestar assistência à autoridade competente de acordo com os requisitos de independência e imparcialidade impostos pelo direito e pelas normas profissionais a que o perito está sujeito*” [art. 86-S, 2, b)]³².

³² Deve aqui assinalar-se o conteúdo do considerando 38 da Diretiva, nos termos do qual “[a] autoridade competente deverá poder recorrer a um perito independente para avaliar o pedido de obtenção de um certificado prévio à operação apresentado pela sociedade. Os Estados-Membros deverão estabelecer regras para garantir que o perito, ou a pessoa coletiva por conta da qual o perito opera, é independente da sociedade que solicita o certificado prévio à operação. O perito deverá ser nomeado pela autoridade competente e não deverá ter qualquer ligação, passada ou atual, à sociedade em causa que possa afetar a sua independência.” Não fica inteiramente claro se a autoridade competente pode socorrer-se, para o exercício das suas competências, de perito diverso daquele a que se refere o art. 86-F, 1, da Diretiva; a admitir-se uma resposta positiva, a hipótese não tem expressa cobertura no articulado. Considerando a norma em causa problemática, JESSICA SCHMIDT, “The Mobility Aspects of the EU



4.3. Publicidade

I - A projetada operação de transformação transfronteiriça deverá ser publicitada pela sociedade antes da realização da assembleia geral convocada para deliberar sobre o projeto; a publicidade exigida compreende a disponibilização registral e a publicação do projeto, no Estado-Membro de partida da operação e com a antecedência mínima de um mês sobre a data da assembleia geral convocada para deliberação sobre a proposta de transformação transfronteiriça (art. 86-G).

Essas medidas de publicidade abrangem ainda um aviso dirigido aos sócios, credores e representantes dos trabalhadores ou, se não existirem representantes destes, aos próprios trabalhadores, de que podem apresentar à sociedade, até cinco dias úteis antes da data da realização da assembleia geral, observações sobre o projeto [art. 86-G, 1, b)].

A norma do art. 86-G, 1, não tem paralelismo no regime da transformação interna de direito português, porquanto, não obstante a remissão do art. 132, 2, do CSC, para o seu art. 101 (fusão), o procedimento só contempla a disponibilização do projeto e dos documentos conexos aos sócios, credores e trabalhadores ou seus representantes e não o registo do mesmo, que, estando legalmente determinado para a operação de fusão no art. 99, 1, do CSC, não o está para a transformação.

Commission's Company Law Package: Or – 'The Good, the Bad and the Ugly' ", cit., 115.



II - A Diretiva admite que os Estados-Membros possam alargar as medidas de publicidade ao relatório do perito independente, devendo, em tal caso, assegurar, na transposição, que possam ser excluídas do âmbito da publicitação as informações confidenciais [art. 86-G, 1, b), II e III].

III - As medidas de publicidade a que se refere o n.º 1 do art. 86-G podem ser objeto de isenção pelos Estados-Membros dentro de certos condicionalismos: “[...] *se num período contínuo com início, pelo menos, um mês antes da data da reunião da assembleia geral a que se refere o artigo 86.º-H e com termo não anterior à conclusão dessa reunião, a [...] sociedade disponibilizar ao público, gratuitamente no seu próprio sítio web, os documentos a que se refere [...]*” o n.º 1 do art. 86-G; a isenção pode ser acompanhada, na transposição da Diretiva, de requisitos ou condições, que, todavia, não podem exceder “[...] *os que sejam necessários para garantir a segurança do sítio Web e a autenticidade dos documentos, e [...] sejam proporcionados à concretização desses objetivos*” (art. 86-G, 2, I e II).

A norma do art. 86-G, 2, I, assenta numa *ratio* paralela à do art. 101, 4, do CSC, introduzido pelo DL n.º 53/2011, de 13 de abril, transpondo a Diretiva n.º 2009/109/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Setembro, que alterou as Diretivas 77/91/CEE, 78/855/CEE e 82/891/CEE do Conselho e a Diretiva 2005/56/CE, no que respeita aos requisitos em matéria de relatórios e documentação em caso de fusões ou de cisões

IV - Sendo a publicidade do projeto de transformação transfronteiriça e do aviso assegurada por publicação de tais documentos no sítio *Web* da sociedade, deverá esta, ainda assim,



apresentar a registo, no Estado-Membro de partida, um conjunto de informações³³, com a antecedência mínima de um mês sobre a data da realização da assembleia geral, informações essas que devem ser disponibilizadas ao público pelo serviço de registo [art. 86-G, 3].

V - Os requisitos de publicidade anteriormente referidos devem poder ser integralmente cumpridos eletronicamente, em linha (art. 86-G, 4).

VI - Além das medidas de publicidade já referidas, os Estados-Membros podem exigir que o projeto de transformação transfronteiriça ou as informações a que se refere o n.º 3 do art. 86-G sejam publicados no jornal oficial nacional ou através de plataforma eletrónica central, nos termos do seu art. 16, 3 (art. 86-G, 5).

VII - Os Estados-Membros devem assegurar que as informações publicitadas nos termos do n.º 1 do ou do n.º 3 do art. 86-G podem ser acedidos pelo público, gratuitamente, através do sistema de

³³ “[...] a) A forma jurídica e a denominação da sociedade e o lugar da sua sede estatutária no Estado-Membro de partida, e a forma jurídica e a denominação propostas para a sociedade transformada no Estado-Membro de destino e o lugar proposto da sua sede estatutária nesse Estado-Membro; b) O registo em que foram depositados os atos, a que se refere o artigo 14.º, relativos à sociedade e o seu número nesse registo; c) Uma indicação das disposições relativas ao exercício dos direitos dos credores, dos trabalhadores e dos sócios; e d) Os dados do sítio Web a partir do qual possam ser obtidos em linha e gratuitamente o projeto de transformação transfronteiriça, o aviso a que se refere o n.º 1 e o relatório do perito independente, assim como informações completas sobre as disposições a que se refere a alínea c) do presente número”.



interconexão dos registos (cf. o art. 16) (art. 86-G, 6, I).

VIII - Os Estados-Membros devem, ainda, assegurar que as taxas cobradas pelos atos registrais não excedem a recuperação dos custos da prestação dos serviços (art. 86-G, 6, II), o que tem o óbvio sentido de impedir que a operação seja dificultada aos interessados pela verificação de custos administrativos desproporcionados.

5. A deliberação de transformação transfronteiriça

I - A efetivação da deliberação transfronteiriça depende de deliberação dos sócios (art. 86-H, 1), solução que, rejeitando que possa a mesma ser decidida pelo órgão de administração da sociedade, constitui óbvio meio tutela dos interesses típicos dos sócios *qua tale*³⁴. Uma tal solução está alinhada com a da norma do art. 133, 1, primeira parte, do CSC.

II - Nos termos do art. 86-H, 3, da Diretiva, os Estados-Membros deverão assegurar que a aprovação do projeto de transformação transfronteiriça e de qualquer alteração ao mesmo exige uma maioria de votos favoráveis não inferior a dois terços e não superior

³⁴ Cf. o considerando 16 da Diretiva: “[a] assembleia geral dos sócios da sociedade [...] deverá deliberar sobre a aprovação do projeto e das necessárias alterações aos atos constitutivos, incluindo os estatutos, da sociedade com base no projeto e nos relatórios. É importante que o limiar da maioria exigido para essa votação corresponda a um número suficientemente elevado de votos, para assegurar que a decisão é tomada por uma sólida maioria. Além disso, os sócios deverão ter direito de voto igualmente sobre disposições atinentes à participação dos trabalhadores, se se tiverem reservado esse direito durante a assembleia geral”.



a 90% “[...] *dos votos correspondentes quer às participações sociais representadas quer ao capital subscrito representado na assembleia geral*”; trata-se, portanto, da exigência de quórum deliberativo de maioria qualificada, fixado, em termos de possível variação entre um limite mínimo e um limite máximo.

A fórmula da versão portuguesa da norma não prima pela clareza, sendo mais clara a versão inglesa, qual pode ler-se que “[...] *the approval of the draft terms of the cross-border conversion [...] requires a majority of not less than two thirds but not more than 90 % of the votes attached either to the shares or to the subscribed capital represented at the general meeting [...]*”; vê-se, assim, que a variação da maioria deliberativa na disponibilidade dos Estados-Membros se situa entre dois terços das (de todas) as participações e 90% do capital subscrito representado na assembleia geral; na versão portuguesa a expressão *representadas* referida às participações sociais está, manifestamente, a mais, obscurecendo o sentido da norma.

Os limites mínimo e máximo da formação do quórum deliberativo têm, portanto, pontos de referência diferentes, sendo que a articulação geral das soluções é razoável, considerando que o âmbito de aplicação da Diretiva abrange sociedades de responsabilidade limitada, num espectro que cobre tipos societários adaptados a empresas de pequena e média dimensão económica, bem como tipos adaptados a empresas de grande dimensão, com necessidades de financiamento que podem chegar mesmo à subscrição pública em mercado regulamentado.

Assim, o limite mínimo do quórum deliberativo fixado pela Diretiva - votos correspondentes a dois terços das participações -



impede que a deliberação possa ter tomada por uma maioria simples dos direitos de voto atribuídos ao conjunto dos sócios, impedindo-a, *ad maius*, por uma maioria simples dos votos correspondentes às participações representadas na assembleia geral que não constituam a universalidade das mesmas.

O limite máximo do quórum deliberativo fixado pela Diretiva impede que os Estados-membros estabeleçam que a aprovação dependa de uma deliberação unânime, seja a unanimidade fixada com referência aos votos correspondentes às participações de todos os sócios, seja a unanimidade fixada com referência aos votos correspondentes às participações representadas na assembleia, o que leva particularmente em conta, nas sociedades com elevado número de sócios, a dificuldade em conseguir reuni-los a todos e, bem assim, que uma inexpressiva minoria dos sócios não deva poder bloquear a pretensão de transformação transfronteiriça de uma expressiva maioria.

III - A assembleia geral pode subordinar a efetivação da transformação transfronteiriça da sociedade à condição de a mesma expressamente adotar as disposições sobre a participação os trabalhadores na operação a que se refere o art. 86-L³⁵.

IV - Tendo a aprovação de uma cláusula do projeto ou qualquer alteração do ato constitutivo da sociedade a transformar o efeito de aumentar as obrigações económicas a cargo de um sócio, relativamente à sociedade ou a terceiros, poderão os Estados-Membros exigir, nesse circunstancialismo, que a cláusula em questão ou a alteração do ato constitutivo seja aprovada pelo sócio

³⁵ Cf. a nota anterior.



em causa, desde que o mesmo “[...] *esteja impossibilitado de exercer os direitos estabelecidos no art. 86.º-I*”. Uma vez mais, a versão portuguesa da Diretiva não nos parece exata; na versão inglesa, impossibilitado corresponde a *unable*, que, à vista do sentido da norma, tem melhor correspondência com *impedido*; na verdade, o que está em causa é a constituição de um meio de tutela do interesse típico do sócio em não ter as suas obrigações aumentadas contra a sua vontade, nos casos em que a lei lhe não atribua um direito de alienação potestativa da(s) sua(s) participação(ões) em consequência da deliberação positiva da fusão transfronteiriça. A *impossibilidade* a que se refere a versão da Diretiva em língua portuguesa corresponde, portanto, à ausência, na esfera jurídica do sócio, do direito de alienação potestativa da(s) sua(s) participação(ões).

A norma refere-se a uma cláusula do projeto de transformação ou qualquer alteração do ato constitutivo da sociedade objeto de transformação; o primeiro segmento tem como conteúdo, pelo menos, o que se estatui nas diversas alíneas do art. 86-D, pelo que, à vista do que dispõem as alíneas b) e c), é manifesto que a falta de consentimento do sócio onerado pode impedir, pelo mínimo, a eficácia da deliberação.

A previsão da norma do art. 86-H, 4, pode, assim, ser exemplificada com a transformação transfronteiriça de uma *société par actions simplifiée* de direito francês (art. 1227-1 do *Code de commerce 2000*³⁶) numa sociedade por quotas de direito

³⁶ *Code de commerce 2000*, art. 1227-1: “[u]ne *société par actions simplifiée* peut être instituée par une ou plusieurs personnes qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leur apport”.



português³⁷.

Segundo cremos, o âmbito da norma limita-se à proteção dos sócios que, tendo comparecido à assembleia geral, se abstiveram, ou que não compareceram à mesma, quando, na transposição da Diretiva, o Estado-Membro de partida não faça uso da faculdade prevista no art. 86-I/, 1/II (*Os Estados-Membros também podem prever que os outros sócios da sociedade gozem do direito a que se refere o primeiro parágrafo*); em tal caso, a norma nacional de transposição do art. 86-I, 1, impedirá, para tais sócios, a aquisição do direito de alienação potestativa da(s) participação(ões), porque exige que o sócio haja votado contra a deliberação, mas, na medida em que, em resultado da transformação transfronteiriça, sejam aumentadas as obrigações económicas a cargo do sócio abstencionista ou faltoso, e exista norma nacional que determine que a cláusula em questão ou a alteração do ato constitutivo seja aprovada por esse(s) sócio(s), existe aí meio de tutela contra a imposição de um sacrifício patrimonial contra a vontade do onerado.

A norma do art. 86-H, 4, está alinhada com a do art. 133, 2, do CSC, relativa à transformação interna, sendo, portanto, previsível que transposição portuguesa da Diretiva consagre norma paralela para a transformação transfronteiriça.

IV - A Diretiva impõe uma limitação das causas de invalidade da deliberação de transformação transfronteiriça, impedindo que a

³⁷ Veja-se o art. 197, 1, do CSC: “[n]a sociedade por quotas o capital está dividido em quotas e os sócios são solidariamente responsáveis por todas as entradas convencionadas no contrato social, conforme o disposto no artigo 207.º”



mesma possa ser declarada, unicamente, com fundamento em ter sido inadequadamente fixada a compensação pecuniária a que se refere o artigo 86.º-D, alínea i), ou em não terem as informações prestadas relativamente à compensação pecuniária cumprido os requisitos legais (art. 86-H, 5), regime que bem se compreende, atento o que vai disposto no art. 86-I, 4 e 5.

6. A situação jurídica dos sócios da sociedade projetada transformar em termos transfronteiriços: proteção de minorias

I - A Diretiva assegura que os sócios que tenham votado contra a proposta de transformação, na assembleia geral convocada para o efeito, não tenham de suportar, nessa qualidade, os efeitos da deliberação, positiva, de transformação transfronteiriça. Com efeito, determina-se, no n.º 1 do art. 86-I, que os Estados-Membros devem assegurar que “[...] *pelo menos os sócios de uma sociedade que votaram contra a aprovação do projeto de transformação transfronteiriça têm o direito de alienar as suas participações sociais mediante compensação pecuniária adequada, nas condições estabelecidas nos n.ºs 2 a 5*”.

O objeto da proteção legal é, pois, o interesse do sócio na manutenção da lei pessoal da sociedade³⁸ (pelo menos na

³⁸ Próxima, PAULA DEL VAL TALENS, “Operaciones transfronterizas de sociedades en la Unión Europea La Directiva (UE) 2019/2121, cit., 313.



perspetiva da sua determinação pelo critério da sede estatutária³⁹).

A norma impõe que os Estados-Membros consagrem, para os sócios que, tendo comparecido à assembleia geral, hajam votado contra a proposta, um direito de alienação potestativa das suas participações sociais, que deve ter compensação pecuniária adequada. O sujeito passivo da posição jurídica ativa do sócio é a própria sociedade, como resulta da norma do n.º 4 (*compensação pecuniária oferecida pela sociedade*). O sublinhar deste aspeto pode parecer excessivo no contexto geral do art. 86-I, da Diretiva, mas a verdade é que no direito societário português, o instituto do direito de exoneração conhece vários meios técnicos de concretização⁴⁰, além da aquisição da participação pela própria sociedade. O sistema da Diretiva parece impor um simples *de minimis*: os Estados-Membros deverão consagrar para os minoritários que hajam votado contra a aprovação do projeto um direito de alienação potestativa da(s) sua(s) participação(ões) à sociedade, mas não parece que lhes esteja vedada a possibilidade de consagração de outros meios técnicos de concretização da *saída* do sócio⁴¹, desde que a sociedade não goze da faculdade de se desobrigar da aquisição, por outros meios estarem legalmente

³⁹ Sobre isto, cf. JOÃO ESPÍRITO SANTO, *Exoneração do sócio no direito societário-mercantil português*, cit., 591 e ss.

⁴⁰ Sobre isto, cf. JOÃO ESPÍRITO SANTO, *Exoneração do sócio no direito societário-mercantil português*, cit., 868 e ss.

⁴¹ Próxima, PAULA DEL VAL TALENS, "Operaciones transfronterizas de sociedades en la Unión Europea La Directiva (UE) 2019/2121, cit., 313; JESSICA SCHMIDT, "The Mobility Aspects of the EU Commission's Company Law Package: Or – 'The Good, the Bad and the Ugly' ", cit., 16, afirma-o com uma segurança da qual não compartilhamos.



consagrados, nem parece admissível a consagração da *stock market exception* de tipo americano, ou seja a desobrigação da aquisição da(s) participação(ões) por a(s) participação(ões) estão admitidas a negociação em mercado regulamentado⁴².

Por ora, deve notar-se que: (i) a regra, quanto aos sócios por ela abrangidos, constitui para os Estados-Membros um outro *de minimis*, expressamente assumido no segundo parágrafo do n.º 1 do art. 86-I, e, (ii) que a compensação é, necessariamente, pecuniária⁴³.

O aspeto *de minimis* admite, em abstrato, que os Estados-Membros atribuam tal direito a todos os sócios que não tenham votado favoravelmente a deliberação (incluindo, portanto, os que não participaram da assembleia geral e, bem assim, os abstencionistas⁴⁴), só não sendo coerente que o atribuam aos sócios que a votaram favoravelmente. Relativamente ao direito societário português, a proximidade do objeto da proteção da norma do art. 86-I, 1, da Diretiva, com o da norma do n.º 5 do art. 3.º do CSC (conjugada com a norma do 1, primeira parte, do mesmo

⁴² Sobre a *stock market exception* e a construção teórica que lhe está na base — *teoria ou hipótese do mercado eficiente* —, cf., entre outros, WERTHEIMER, “The shareholders appraisal remedy and how courts determine fair value”, em *Duke Law Journal*, 47, 1998 (Fevereiro), 633, n. 103; Nota Editorial “A reconsideration of the stock market exception to the dissenting shareholder’s right of appraisal”, em *Michigan Law Review*, 74 (1975/1976), 1040-1043; JOÃO ESPÍRITO SANTO, *Exoneração do sócio no direito societário-mercantil português*, cit., 416 e ss.

⁴³ No mesmo sentido, PAULA DEL VAL TALENS, “Operaciones transfronterizas de sociedades en la Unión Europea La Directiva (UE) 2019/2121, cit., 314.

⁴⁴ Solução paralela à do art. 3.º, 5, e, bem assim, à do original art. 137, 1, ambos do CSC.



artigo), que temos por analogicamente aplicável à deliberação de -
mera - transferência internacional da sede estatutária da
sociedade⁴⁵.

II — A Diretiva admite que “[...] *a oposição expressa ao projeto de transformação transfronteiriça, a intenção dos sócios de exercerem o seu direito de alienar as respetivas participações sociais, ou ambas, sejam adequadamente documentadas, o mais tardar aquando da assembleia geral* “[...] que delibere sobre a aprovação do projeto de transformação transfronteiriça; a redação da norma sugere uma delimitação subjetiva do direito à alienação potestativa das participações sociais em termos mínimos, i.e., atribuído apenas a sócios que votem contra a proposta (art. 86-I, 1/III), sendo a sua *ratio* permitir o cálculo, o mais tardar aquando da realização da assembleia, calcular o impacto financeiro do efetivo exercício do referido direito⁴⁶.

III - A densificação do regime do direito de alienação potestativa surge nos números 2 a 5 do art. 86-I: (i) o direito é exercido mediante declaração à sociedade, em prazo que não pode ultrapassar um mês após a realização da assembleia geral que aprovou o projeto de transformação; (ii) a declaração deve poder ser efetuada por via eletrónica, o que tem em vista facilitar aos

⁴⁵ JOÃO ESPÍRITO SANTO, *Exoneração do sócio no direito societário-mercantil português*, cit., 601.

⁴⁶ Cf. o considerando 19 da Diretiva: “[a]s sociedades deverão poder calcular, na medida do possível, os custos relacionados com a operação transfronteiriça. Os sócios deverão, por conseguinte, ser obrigados a declarar à sociedade se decidiram exercer o direito de alienar as suas participações sociais. [...]”



sócios o exercício do direito⁴⁷; (iii) o prazo de pagamento da compensação pecuniária não pode ultrapassar dois meses após a data em a que transformação se torna efetiva (art. 86-Q); (iv) os sócios que entendam não ter sido a compensação oferecida adequadamente fixada, devem poder reivindicar uma compensação adequada suplementar perante a autoridade nacional competente, e nos termos do direito interno do Estado-Membro e em prazo por este fixado; (vi) os Estados-membros podem prever — não estando, todavia, a tal vinculados — que uma decisão definitiva quanto à concessão de compensação pecuniária suplementar seja eficaz em relação a todos os sócios que tenham declarado à sociedade o exercício do direito de alienar as participações; e, (vii) os Estados-Membros devem prever que os direitos dos sócios cima referidos se rejam pelo direito do Estado-Membro de partida e que os seus tribunais detenham competência exclusiva para dirimir os litígios relativos a tais direitos.

IV - A tutela da minoria dissidente composta pelo reconhecido direito de alienação potestativa da(s) sua(s) participação(ões) à sociedade suscita - no seu paralelismo com o direito societário português - a questão dogmática de saber se tal direito é, materialmente, de *exoneração do sócio*⁴⁸, o que releva para efeitos

⁴⁷ A norma não é inteiramente clara quanto à limitação do exercício do direito a tal meio, parecendo-nos, antes, que, sendo a sua *ratio* a de facilitar o exercício do direito pelo sócios que o detêm, os Estados-Membros poderão, adicionalmente, na transposição, admitir outros meios de exercício do mesmo.

⁴⁸ *Supra*, 4. Para uma apreciação da questão apenas na perspetivação do regime da Diretiva e em termos não harmonizáveis com os do direito português, PAULA DEL VAL TALENS, “Operaciones transfronterizas de sociedades en la Unión Europea La Directiva (UE) 2019/2121, cit., 313.



de saber se, no contexto da transposição, poderá tal direito considerar-se abrangido numa dogmática geral da exoneração do sócio.

Na ponderação da resposta à questão formulada começaremos por notar que os direitos expressamente qualificados no direito privado português como de *exoneração* - societária - se constituem (i) como produto legal exclusivo [art. 1002, n.º 1, do CC, ou *quase* exclusivo de uma vontade formada e declarada pelo sócio, arts. 185, n.º 1, *a*), e 229, n.º 1, ambos do CSC] ou (ii) em consequência da verificação de factos particulares, entre os que avultam deliberações maioritárias da assembleia geral, nas quais o sócio tenha sido vencido [*v. g.*, de transferência da sede efetiva da sociedade para o estrangeiro (art. 3.º, n.º 5), de aumento de capital a subscrever total ou parcialmente por terceiros, tratando-se de sociedade por quotas [art. 240, n.º 1, *a*)]; factos diversos de deliberações, cuja verificação constitui na esfera jurídica do sócio um direito de exoneração encontramos no art. 45, n.º 1 (erro, dolo, coação e usura).

Segundo entendimento que já sustentámos alhures⁴⁹, o elemento radiciário da exoneração do sócio reside no seu exercício *contra a sociedade*, sobre a qual impende, em consequência do mesmo, o dever de lhe liquidar a participação social. Assim sendo, o direito de alienação potestativa admitido pela Diretiva pode qualificar-se como de exoneração do sócio *proprio sensu* no contexto do direito societário português, podendo, portanto, ser recolhido à sua dogmática própria, na perspetiva abstrata de poder

⁴⁹ JOÃO ESPÍRITO SANTO, *Exoneração do sócio no direito societário-mercantil português*, cit., 699 e ss.



beneficiar do critério analógico na interpretação das regras que compõem o respetivo regime jurídico ou na integração das eventuais lacunas do mesmo.

7. Verificação da legalidade da transformação transfronteiriça pelo Estado-Membro de partida: emissão e transmissão do certificado prévio

7.1. Procedimento relativo à emissão do certificado

I - A operação de transformação transfronteiriça está sujeita a verificação prévia de legalidade por tribunal, notário ou outra autoridade designada pelo Estado-Membro de partida, no que respeita à parte da operação que se rege pelo seu direito e para emitir um certificado prévio à transformação, que comprove o cumprimento de todas as “[..] condições pertinentes e a boa execução de todos os procedimentos e formalidades [...] nesse Estado-Membro (art. 86-M, 1)⁵⁰.

⁵⁰ Cf. o considerando 33 da Diretiva: “[n]o intuito de assegurar uma repartição equilibrada das atribuições entre os Estados Membros, assim como um controlo ex ante eficaz e eficiente das operações transfronteiriças, as autoridades competentes dos Estados Membros da sociedade ou das sociedades que efetuam a operação transfronteiriça deverão ter competências para emitir certificados prévios à transformação [...] (a seguir designados ‘certificado prévio à operação’). As autoridades competentes do Estado Membro da sociedade ou das sociedades resultantes da operação transfronteiriça não deverão poder concluir os procedimentos relativos à operação transfronteiriça sem aquele certificado”.



II - O requerimento do certificado prévio deve ser acompanhado de elementos mínimos de instrução, que os Estados-Membros devem assegurar na transposição da Diretiva, a saber: *“a) O projeto de transformação transfronteiriça; b) O relatório e o parecer anexo, se for caso disso, a que se refere o artigo 86.º-E, bem como o relatório a que se refere o artigo 86.º-F, se estiverem disponíveis; c) Quaisquer observações apresentadas nos termos do artigo 86.º-G, n.º 1; e, d) Informação sobre a aprovação pela assembleia geral a que se refere o artigo 86.º-H”* (art. 86-M, 2).

A Diretiva faculta aos Estados-Membros que exijam a instrução do requerimento do certificado prévio com elementos adicionais, a saber: *“a) O número de trabalhadores à data da elaboração do projeto de transformação transfronteiriça; b) A existência de filiais e a respetiva distribuição geográfica; [e] c) Informação sobre o cumprimento das obrigações da sociedade para com os organismos públicos”* (art. 86-M, 3).

III - O cumprimento dos requisitos legais de instrução documental deve poder ser efetuado *on line* (art. 86-M, 4).

IV - A verificação prévia de legalidade da operação deve ser concluída no prazo de três meses após a receção dos documentos legalmente exigidos para o efeito e, bem assim, da informação da aprovação do projeto de transformação pela assembleia geral da sociedade, nos termos do art. 86-M, 7; bem interpretada, a norma tem o sentido de fixar um prazo, aplicável a uma autoridade de fiscalização, que só deve considerar-se em curso na medida em que a referida autoridade esteja habilita pelo requerente a pronunciar-se e, portanto, apenas a partir da completude da instrução.

V - O procedimento administrativo relativo ao certificado



termina: i. com o deferimento, traduzido na emissão do certificado prévio, quanto a autoridade fiscalizadora conclua que “ [...] a transformação transfronteiriça cumpre todas as condições pertinentes e que foram respeitados todos os procedimentos e formalidades necessários [...]” à realização da operação [art. 86-M, 7, a)]; ou, caso a autoridade conclua que “*não foram respeitados todos os procedimentos e formalidades necessários, a autoridade competente não emite o certificado prévio à transformação e informa a sociedade dos fundamentos da sua decisão*” [art. 86-M, 7, b)], o que, bem interpretada a norma, tem o significado de um indeferimento do certificado requerido, que, todavia, pode ser ultrapassado pela concessão de prazo à sociedade para “[...] *cumprir as condições pertinentes ou [...] respeitar os procedimentos e as formalidades [...]*”, o que, naturalmente, não devendo constituir exercício de faculdade discricionária, deve obter dos Estados-Membros o necessário enquadramento legal.

VI - A Diretiva antecipa, especialmente, que a operação de transformação transfronteiriça sirva propósitos abusivos ou fraudulentos, por meio dos quais se pretenda fraudar ou evitar a aplicação do direito da União ou do direito nacional⁵¹, permitindo

⁵¹ Cf. o considerando 34 da Diretiva: “[a] autoridade competente deverá avaliar o cumprimento de todas as condições pertinentes e a boa execução de todos os procedimentos e formalidades naquele Estado-Membro e deverá decidir, no prazo de três meses após a apresentação do pedido pela sociedade, se emite um certificado prévio à operação, a menos que a autoridade competente tenha sérias dúvidas que indiquem que a operação transfronteiriça persegue fins abusivos ou fraudulentos que conduzem ou visam conduzir à fraude ou à evasão ao direito da União ou ao direito nacional, ou fins criminosos, e a avaliação exija que sejam tidas em conta informações adicionais ou a realização de atividades de



que a apreciação do requerido possa considerar “[...] *fatores indicativos que tenham chegado ao conhecimento da autoridade competente no âmbito da fiscalização [...], nomeadamente através da consulta das autoridades pertinentes [...]*” (art. 86-M, 9) e determinando que seja assegurado pelos Estados-Membros o indeferimento do requerido quando a autoridade conclua “[...] *que a transformação transfronteiriça persegue fins abusivos ou fraudulentos que conduzem ou visam conduzir à fraude ou à evasão ao direito da União ou ao direito nacional, ou fins criminosos*” (art. 86-M, 8)⁵².

Na apreciação da verificação de uma pretensão que possa visar fins abusivos, fraudulentos, ou evitar a aplicação do direito da União ou nacional, ou criminosos, a autoridade administrativa deve considerar factos e circunstâncias pertinentes de que venha a tomar conhecimento e que resultem de fonte alheia à informação transmitida pelo requerente, “[...] *nomeadamente através da consulta das autoridades pertinentes [...]*”, sem que, todavia, os possa considerar isoladamente, antes devendo fazer uma avaliação casuística, segundo procedimento a regular pelo direito nacional (art. 86-M, 9).

investigação adicionais”.

⁵² Considerando que as preocupações da Comissão são compreensíveis, mas que “[...] *this new ‘anti-abuse’ regime is highly problematic in several aspects*”, JESSICA SCHMIDT, “The Mobility Aspects of the EU Commission’s Company Law Package: Or – ‘The Good, the Bad and the Ugly’ ”, cit., 15; próxima, PAULA DEL VAL TALENS, “Operaciones transfronterizas de sociedades en la Unión Europea La Directiva (UE) 2019/2121, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas”, cit., 318.



VII - Na apreciação da verificação de uma pretensão que possa visar fins abusivos, fraudulentos, de evitar a aplicação do direito da União ou nacional ou criminosos, e sendo necessário considerar informações suplementares ou realizar outras diligências de investigação, o prazo geral de três meses para a conclusão do procedimento pela autoridade administrativa pode ser prorrogado por um máximo de três meses (art. 86-M, 10).

VIII - A Diretiva admite, ainda, que, não sendo possível a conclusão do procedimento, devido à sua complexidade, nos prazos inicial e da prorrogação, deve ser garantida a notificação do requerente, antes do decurso de tais prazos, quanto aos motivos de eventuais atrasos (art. 86-M, 11).

IX - No exercício da atividade de fiscalização relativa à emissão do certificado prévio, deve ser assegurado pelos Estados-Membros que a autoridade competente para a sua emissão do certificado prévio possa consultar outras autoridades cuja área de competência inclua os domínios abrangidos pela operação de transformação transfronteiriça (*v.g.*, autoridades com competência em matéria fiscal, laboral e de segurança social), incluindo do Estado-Membro de destino, e obter das mesmas as informações e os documentos necessários à fiscalização da legalidade da operação, no âmbito de um regime processual que os Estados-Membros devem estabelecer; a faculdade de recolha dessas informações e documentos deve poder ser, igualmente, exercida em relação à própria sociedade (art. 86-M, 12).

X - Saliente-se, por último, o conteúdo do considerando 40 da Diretiva: “[o]s *Estados-Membros deverão prever garantias processuais em conformidade com os princípios gerais do acesso à*



justiça, incluindo prever a possibilidade de recorrer das decisões das autoridades competentes nos processos relativos a operações transfronteiriças, a possibilidade de adiar a data em que o certificado prévio à operação produz efeitos para permitir que as partes intentem uma ação no tribunal competente, e a possibilidade de obter a concessão de medidas cautelares, se for caso disso”, que, todavia, não tem correspondência no articulado.

7.2. Transmissão do certificado

I - Na transposição da Diretiva, os Estados-Membros deverão assegurar que o certificado prévio à transformação transfronteiriça seja partilhado com as autoridades referidas no art. 86-O, 1: o tribunal, o notário ou outra autoridade competente para a fiscalização da legalidade da transformação transfronteiriça no que diz respeito à parte do procedimento que se rege pelo direito do Estado-Membro de destino e para a aprovação da transformação transfronteiriça (art. 86-N, 1/I).

II - Os Estados-Membros deverão assegurar, ainda, que o certificado prévio à transformação transfronteiriça esteja disponível através do sistema de interconexão dos registos (art. 86-N, 1/II), sendo o acesso ao certificado gratuito para as referidas autoridades (art. 86-N, 2).



8. Verificação da legalidade da operação de transformação transfronteiriça pelo Estado-Membro de destino

I - A operação de transformação transfronteiriça está sujeita a verificação de legalidade por tribunal, notário ou outra autoridade designada pelo Estado-Membro de destino, no que respeita à parte do procedimento que se rege pelo seu direito e para a aprovação da transformação transfronteiriça (art. 86-O, 1/I).

II - A referida autoridade deverá assegurar, em particular, que a sociedade resultante da transformação respeita as disposições do respetivo Estado-Membro sobre a constituição e o registo de sociedades e, bem assim, que os acordos relativos às participações dos trabalhadores cumprem o regime do art. 86-L (art. 86-O, 1/II)⁵³.

III - Para efeitos da verificação da legalidade da transformação transfronteiriça, a sociedade deverá apresentar à autoridade do Estado-Membro de destino o projeto aprovado pela assembleia geral, a que se refere o art. 86-H (art. 86-O, 2).

IV - A instrução do procedimento deve poder ser realizada pelos interessados, integralmente, *on-line*, nos termos previstos pela própria Diretiva, no Título I, Capítulo III (art. 86-O, 3).

V - A verificação pela autoridade competente do Estado-Membro de destino de que a operação cumpre “[...] *todas as condições pertinentes as formalidades devidamente preenchidas no Estado-*

⁵³ A versão portuguesa da Diretiva não parece tecnicamente perfeita quanto à norma do art. 86-O, 1/II, que refere *disposições* relativas à participação dos trabalhadores em paralelo com uma referência a *disposições* legais de direito nacional; a versão inglesa *distingue* entre *provisions* e *arrangements*.



Membro de destino [...]” determina que a mesma aprove a transformação transfronteiriça (art. 86-O, 4), sendo que o certificado prévio emitido pelo autoridade do Estado-Membro de partida constitui comprovativo concludente da boa execução desses procedimentos e formalidades prévias à transformação, aplicáveis no Estado-Membro de partida (art. 86-O, 5), o que significa que a atestação da autoridade do Estado-Membro de partida não pode ser contraditada pela do Estado-Membro de destino.

9. Registo(s) da transformação transfronteiriça

I - Os aspetos da publicidade registral relativos à transformação transfronteiriça são regulados pelo direito dos Estados-Membros de partida e de destino relativamente a cada um dos seus territórios, nos termos predispostos no art. 16 (art. 86-P, 1).

II - A Diretiva impõe, todavia, um conteúdo mínimo de informação registral a cargo de cada um desses Estados-Membros (art. 86-P, 2/proémio):

- i. Quanto ao Estado-Membro de destino, que o registo da sociedade da pós-transformação é o resultado de uma transformação transfronteiriça e a data do mesmo.
- ii. Quanto ao Estado-Membro de partida, que o cancelamento ou a retirada da sociedade transformada constitui o resultado de uma transformação transfronteiriça e a data dos mesmos;
- iii. Nos registos do Estado-Membro de partida e do Estado-



Membro de destino, respetivamente, o número de registo, a denominação e a forma jurídica da sociedade, e o número de registo, a denominação e a forma jurídica da sociedade transformada.

III - As informações referidas devem estar acessíveis ao público através do sistema de interconexão dos registos (art. 86-P, 2, segunda parte).

IV - Os Estados-Membros deverão assegurar que o serviço de registo do Estado-Membro de destino notifique o Estado-Membro de partida, através do sistema de interconexão dos registos, de que a transformação transfronteiriça produziu efeitos, o que se produz no enquadramento do art. 86-Q (art. 86-P, 3, primeira parte).

Os Estados-Membros deverão assegurar, também, que logo que o Estado-Membro de partida receba a notificação referida, proceda ao imediato cancelamento ou retirada do registo da sociedade transformada (art. 86-P, 3, segunda parte).

10. Efetividade da transformação transfronteiriça

A cronologia da efetividade da transformação transfronteiriça é regulada pelo direito do Estado-Membro de destino; a data da efetividade deve ser posterior à da realização da verificação da legalidade da operação a que se referem os arts. 86-M (Estado-Membro de partida) e 86-O (Estado-Membro de destino), nos termos do art. 86-Q.



11. Efeitos da transformação transfronteiriça

A efetividade da transformação transfronteiriça, nos termos regulados pelo direito do Estado-Membro de destino e pelo art. art. 86-Q da Diretiva determina, nos termos do art. 86-R da mesma, que:

- i. Todo o património ativo e passivo da sociedade, incluindo a totalidade dos contratos, créditos, direitos e obrigações, passa a constituir o património da sociedade transformada;
- ii. Os sócios da sociedade da pré-transformação continuam a ser sócios da sociedade transformada, salvo os que, por efeito do exercício do direito de alienação potestativa, hajam deixado de ser sócios, mediante aquisição da(s) mesma(s) pela sociedade ou como resultado de outro meio técnico de execução do *cash-exit* previsto pelo direito nacional do Estado-Membro de partida⁵⁴
- iii. Os direitos e as obrigações da sociedade decorrentes de contratos de trabalho ou de relações de trabalho existentes à data em que a transformação transfronteiriça começa a produzir efeitos passam a ser da sociedade transformada.

⁵⁴ *Supra*, 6.



12. Invalidade da transformação transfronteiriça

I - A Diretiva veda a possibilidade da declaração de invalidade ou invalidação da transformação transfronteiriça após a produção de efeitos a que se refere o art. 86-Q (art. 87-T/I; a norma refere-se apenas à *nulidade*, mas o sentido juridicamente relevante da expressão deve ser tomado em termos amplos, como *invalidade*, abrangendo quaisquer causas que a possam produzir, atendendo à *ratio* da limitação).

Com efeito, lê-se no considerando 50 da Diretiva que “[a] fim de garantir a segurança jurídica, não deverá ser possível declarar a nulidade de uma operação transfronteiriça que tenha produzido efeitos de acordo com o procedimento previsto na presente diretiva”⁵⁵, objetivo que bem se compreende, atenta a confiança que o publico deve poder depositar no sistema de registos.

II - A norma do art. 86-Q necessita de articulação com a do art. 86-H, 5 (invalidade da deliberação que aprova a transformação

⁵⁵ Que prossegue nos seguintes termos: “[...] [t]al restrição não deverá prejudicar as competências dos Estados-Membros, nomeadamente em matéria de direito penal, prevenção e luta contra o financiamento do terrorismo, direito social, fiscalidade e aplicação da lei nos termos do direito nacional, em especial se as autoridades competentes ou outras autoridades pertinentes verificarem, depois de a operação transfronteiriça ter produzido efeitos, nomeadamente graças a novas informações substanciais, que a mesma foi criada para fins abusivos ou fraudulentos que conduzem ou visam conduzir à fraude ou à evasão ao direito da União ou ao direito nacional, ou para fins criminosos. Neste contexto, as autoridades competentes poderão igualmente avaliar se o limiar nacional aplicável para a participação dos trabalhadores do Estado-Membro da sociedade que realiza a operação transfronteiriça foi atingido ou ultrapassado nos anos seguintes à operação transfronteiriça”.



transfronteiriça); a segunda tem apenas por objeto a deliberação, o que não sucede com a primeira (que tem por objeto, também, outros atos, designadamente de registo, cujos vícios, pudessem, hipoteticamente, refratar-se na invalidade da operação); a segunda norma limita os fundamentos da invalidade da deliberação, mas não a impede com outros fundamentos, diversos dos que elenca; já a primeira impede da declaração de invalidade ou invalidação da transformação transfronteiriça após a produção de efeitos a que se refere o art. 86-Q, mas não enquanto tais efeitos se não produzirem, o que aponta para uma *possibilidade cronológica* de invalidação que se situa entre a aprovação da deliberação a data a que se refere o art. 86-Q (e que, para efeitos de assegurar coerência valorativa-sistemática, deverá conduzir os Estados-Membros à consagração, pelo menos enquanto Estados-membros de destino da sociedade transformada, da exigência de registo das ações judiciais, anteriores à data da produção de efeitos da operação, e à articulação dos efeitos do registo da ação com registos posteriores).

13. Nota conclusiva sobre a futura transposição portuguesa da Diretiva (EU) 2019/2121

I - Termina-se o presente escrito com uma nota relativa à transposição da Diretiva n.º 2019/2121, o que, nos termos do seu art. 3.º, 1, deverá ocorrer até 31 de janeiro de 2023.

II – Sobre este aspeto, começa por considerar-se que a Diretiva, se, por um lado, introduziu os institutos da transformação e da cisão transfronteiriças, por outro lado, modificou o regime da fusão



transfronteiriça.

III – No regime particular de cada uma dessas operações (sendo que o presente escrito só tem por objeto um segmento do regime da transformação transfronteiriça) há vastos conjuntos normativos convergentes, quer no que respeita ao *iter* processual da operação e ao procedimento administrativo de verificação da legalidade da mesma, quer no que respeita aos grupos de interesses especialmente protegidos: sócios, trabalhadores e credores da(s) sociedade(s).

IV – Considerando que tais operações implicam sempre, *ex ante* e *ex post*, e desde que o direito português seja o aplicável em termos de regras de conflitos, sujeitos de direito privado regulados, em primeira linha, pelo Código das Sociedades Comerciais (no que, obviamente, não seja diretamente regulado pelo direito da União), parece-nos adequado que a sede de regulação das operações transfronteiriças de transformação, fusão e cisão se assente naquele código, continuando a solução pela qual o legislador português optou na transposição do primeiro regime da fusão transfronteiriça, na sequência da Diretiva n.º 2005/56/CE, de 26 de outubro de 2005 (Lei n.º 19/2009, de 12 de maio), aditando uma secção II ao Capítulo IX do Título I.

V – A vasta comunhão de regimes das operações transfronteiriças justifica e torna desejável, para evitar a multiplicação de regras paralelas, a constituição de um grupo normativo de regulação central, servido, periféricamente, pelas



soluções particulares da cada uma delas⁵⁶. Julgamos, mesmo, que a solução sistematicamente mais adequada para a transposição da Diretiva e a sua articulação com o direito interno seria a da redenominação do atual capítulo IX do Título I do CSC para *Fusão, cisão e transformação de sociedades* (admitindo que o legislador não pretenderá alterar a existente ordenação das três operações, que assenta no caráter paradigmático da primeira), dividindo-se o mesmo em duas secções, sendo a primeira relativa à *Fusão, cisão e transformação internas de sociedades* (compreendendo ao atuais arts. 97-140-A, com exceção dos atuais arts. 117-A a 117-L) e, a segunda, relativa à *Fusão, cisão e transformação transfronteiriças de sociedades* (secção que, com as alterações necessárias, compreenderia a matéria atualmente objeto dos arts. 117-A a 117-L); seria, pois, nesta secção, que se distinguiram uma subsecção de disposições gerais relativas às operações transfronteiriças, bem como como outras três secções, relativas, casa uma delas, a uma operação (com ordenação paralela às das operações internas), destinada a acomodar os particularismos de cada uma delas.

João Espírito Santo

⁵⁶ Criticando negativamente – e com razão - a solução da Diretiva precisamente por não ter sido essa a opção de sistematização dos regimes da transformação, fusão e cisão transfronteiriças, e que se justificava, JESSICA SCHMIDT, “The Mobility Aspects of the EU Commission’s Company Law Package: Or – ‘The Good, the Bad and the Ugly’ ”, cit., 14.