



Transformação transfronteiriça de sociedades de responsabilidade limitada e a proteção dos credores: a Diretiva (UE) 2019/2121

João Espírito Santo *

Chen Chen **

1. Introdução

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

A Diretiva (UE) 2019/2121 resultou de uma proposta da

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

O presente escrito versa, em particular, sobre a proteção de credores da sociedade no contexto do regime da transformação transfronteiriça aprovado pela Diretiva (UE) 2019/2121.

Em artigo anterior, João Espírito Santo havia já abordado a proteção dos sócios para efeitos daquela mesma Diretiva, publicado na edição de 2021 desta Revista. O presente artigo recupera parte da estrutura central desse artigo de 2021 quanto aos enquadramentos da transformação transfronteiriça e da transformação interna.

** Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador do Centro de Investigação de Direito Privado.



Comissão Europeia, apresentada em setembro de 2018 [conjuntamente com o projeto de uma outra Diretiva, que viria a ser aprovado como Diretiva (UE) 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 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.

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*, “European Company and Financial Law Review”, vol. 16, 1-2 2019, 3-14; PAUL DAVIES/SUSAN EMMENEGGER/EILIS 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*, “European Company and Financial Law Review”, vol. 16, 1-2, 2019, 196-221; JESSICA SCHMIDT, *Cross-border Mergers, Divisions and Conversions: Accomplishments and Deficits of the Company Law Package*, “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’*, “European Company Law”, vol. 16, 1, 2019, 13-17; STEEF M. BARTMAN, *Editorial: The Adopted Proposal for an EU Directive on Cross-Border Operations: A Realistic Compromise*, “European Company Law”, vol. 16, 5, 2019, 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



II — A Diretiva (UE) 2019/2121 foi aprovada no enquadramento da realização da liberdade de estabelecimento (artigo 50.º, n.ºs 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 vigente da fusão transfronteiriça das mesmas sociedades, objeto, por último, em 2017, de agrupamento na Diretiva (UE) 2017/1132; a Diretiva entrou em vigor em 1 de janeiro de 2020 (artigo 5.º).

No *website* da União Europeia EUR-Lex - 32019L2121 - PT - EUR-Lex (europa.eu) há notícia da transposição da Diretiva (UE) 2019/2121, efetuada, apenas, por Malta, pese embora os documentos disponibilizados não abranjam o tema transformação transfronteiriça.

O presente escrito tem por objeto o regime europeu da transformação transfronteiriça no que, em particular, respeita à tutela dos interesse dos credores, 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 Código das Sociedades Comerciais (doravante, CSC) deverá passar à nomeação — doutrinária, pelo menos — de *transformação*

(EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions (COM(2018)0241 – C8-0167/2018 – 2018/0114(COD)).

⁴ Sobre o conteúdo *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*, “European Company and Financial Law Review”, vol. 16, 1-2 2019, 15-43.



interna, embora aqui se faça já uso dessa nomenclatura para facilitar a análise dos dois grupos normativos.

2. A transformação interna e a proteção dos credores

I — O direito português conhece o instituto da transformação de sociedades desde a publicação do CSC, em 1986.

A transformação de sociedades comerciais constitui, atualmente, objeto do Capítulo XI do Título I (*Parte Geral*) do CSC (artigos 130.º a 140.º-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 artigo 151.º, § 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 artigos 52.º e 54.º, ambos da Lei 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 artigos 116.º, proémio, e 49.º, 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 artigos 45.º a 61.º (Título V do Livro Primeiro), tendo mais tarde constituído objeto do Decreto-Lei n.º 42644, de 14 de Novembro de 1959]], não implicando, portanto, a dissolução da sociedade e a constituição de uma nova; JOSÉ TAVARES



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

entendia que a transformação de sociedades em nome coletivo ou em comandita simples (cf. o artigo 201.º do CCom1888) exigia o acordo unânime dos sócios, por aplicação direta do artigo 151, § 2.º do CCom, devendo tal solução valer, por maioria de razão, para a transformação de sociedades de responsabilidade limitada em sociedades de responsabilidade ilimitada.

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*”).



sociedade civil sob forma comercial de tipo diverso⁷. Da mesma forma, e porque o âmbito da transformabilidade prevista no n.º 1 do artigo 130.º 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 considerado o que preceituam os n.ºs 3 e 4 do artigo 1.º 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 artigo 130.º do CSC: uma sociedade constituída nos termos dos artigos 980.º e

⁷ O artigo 130.º corresponde, com poucas alterações, ao artigo 137.º 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 artigo 130.º] 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, pp. 313 e 314.



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 (artigo 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 (artigo 1.º, n.º 3, do CSC)⁸.

II – Doutrinariamente, a *transformação* apresenta um sentido amplo e um sentido restrito⁹. 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

⁸ Pronunciando-se também pela transformabilidade da sociedade civil simples em sociedade comercial, embora com argumentação divergente, RAÚL VENTURA, *Fusão, cisão, transformação de sociedades* cit. (nt. 4), 458.

⁹ 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.



restrito e técnico, por *transformação* entende-se apenas a modificação do tipo societário¹⁰. No direito português, a transformação, tal como se encontra delimitada nos n.ºs 1 e 2 do artigo 130.º do CSC, 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 artigo 130.º do CSC —, também a não toma em toda a extensão do sentido amplo. Mais do que isso, das normas em questão resulta

¹⁰ 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 “*Die 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.



que o instituto da transformação se circunscreve à *causa* ou *função económico-social típica do negócio jurídico sociedade*: não se admite que outras estruturas jurídico-empresariais (por exemplo, uma cooperativa) se transformem em sociedades¹¹, nem que uma sociedade se transforme numa estrutura empresarial não societária, diversamente do que é expressamente admitido nos ordenamentos alemão, espanhol e italiano¹².

O processo de transformação inicia-se com a elaboração do *relatório justificativo* a que se refere o n.º 1 do artigo 132.º do CSC¹³, dependendo a mesma de deliberação dos sócios, nos termos prescritos para o respetivo tipo societário (artigo 133, n.º 1, do CSC)¹⁴. 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

¹¹ No que respeita às cooperativas, a ilicitude da transformação é confirmada pelo artigo 111.º 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*.

¹² Para o direito alemão, cf. o § 191 da *UmwG* de 1994; para o direito espanhol, o artigo 346.º 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 artigos 2500-*septies* e 2500-*octies* do *Codice civile*, na redação do Decreto Legislativo n.º 6, de 17 de janeiro de 2003.

¹³ A atual redação deste preceito foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 8/2007, de 29 de março.

¹⁴ Cf. os artigos 194.º, n.º 1 (sociedades em nome coletivo), 265.º, n.ºs 1 e 3 (sociedades por quotas), 383.º, n.º 2, 386.º, n.ºs 3 e 4 (sociedades anónimas) e 476.º (sociedades em comandita simples).



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 n.º 1 do artigo 137.º do CSC, concebido para a proteção do sócio discordante do sacrifício de um direito seu *qua tale*, mas que a maioria pode sacrificar¹⁵.

III – Relativamente à proteção dos credores em caso de transformação, não existem no CSC normas idênticas às previstas para a fusão (artigos 101.º-A a 101.º-C). Assim, destacamos a

¹⁵ O preceituado no n.º 2 do artigo 133.º do CSC 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 Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’Economia*, (dir. de Francesco Galgano), VIII, Pádua: Cedam, 1985, 185-402, 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* cit. (nt. 7), 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”.



refração do princípio da proteção da integralidade do capital social, vertido nos impedimentos à transformação elencados nas alíneas a) e b) do artigo 131.º do CSC¹⁶.

O legislador também refratou o princípio de manutenção dos regimes preferenciais dos credores da sociedade nos artigos 138.º - a manutenção dos direitos detidos pelos credores obrigacionistas antes da transformação, que continuam a ser regulados pelas normas aplicáveis a esta espécie de credores, mesmo nos casos em que o tipo adotado pela sociedade transformada não comporte a emissão de obrigações¹⁷ - e 139.º, n.º 1 – os sócios continuam a ser

¹⁶ Articulada com as [“normas que regulam o processo de transformação e que visam garantir uma fiscalização do desiderato comentado”] [e.g., artigo 132.º, n.º 1, alínea a) do CSC]. [“Já as regras relativas à suficiência do património social têm como principal objectivo assegurar que, após a transformação, as novas participações sociais reflectem o valor do capital subscrito e subsistente.”] [cf. FRANCISCO MENDES CORREIA, Transformação de sociedades comerciais cit. (nt. 8), 149-151]. Sobre este ponto, vide também RAÚL VENTURA, Fusão, cisão, transformação de sociedades cit. (nt. 7), 482-484.

¹⁷ Sobre o artigo 138.º do CSC, RAÚL VENTURA, Fusão, cisão, transformação de sociedades cit. (nt. 7), 542-543 [“O art. 138.º resolveu a dificuldade pela forma que melhor protege os credores obrigacionistas, sem prejudicar a sociedade. Em vez de consentimento, cuja recusa pode conduzir ao reembolso inconveniente para a sociedade e até, pela antecipação, aos credores, ou de substituição de garantias (como se aventa em Itália), os credores obrigacionistas não são afetados: seja qual for o tipo que a sociedade transformada adopta: os direitos dos obrigacionistas anteriormente existentes mantêm-se e continuam a ser regulados pelas mesmas normas aplicáveis a essa espécie de credores. Esta norma implica que uma sociedade de tipo incompatível com a emissão de obrigações, seja devedora de créditos desse género, mas esse é o único meio – só acessível ao legislador – de resolver o problema: os credores obrigacionistas



responsáveis (pessoal e ilimitadamente) pelas dívidas contraídas anteriormente pela sociedade – do CSC. Ainda sobre a última norma referida, é possível distinguir dois casos de transformação:

- i. Sociedade de responsabilidade ilimitada (sociedade em nome coletivo ou sociedade comandita) transformada em sociedade de responsabilidade limitada (sociedade anónima ou sociedade por quotas) (n.º 1); e
- ii. Sociedade de responsabilidade limitada (sociedade anónima ou sociedade por quotas) transformada em sociedade de responsabilidade ilimitada (sociedade em nome coletivo ou sociedade comandita) (n.º 2).

Todavia, do conjunto normativo do artigo 139.º do CSC parece resultar que os credores poderão renunciar à responsabilidade dos sócios, tendo em conta que o referido preceito não prevê o consentimento à transformação por parte dos credores¹⁸.

não sofrem qualquer alteração dos seus direitos e a sociedade continua a devedoras nos termos anteriores.”].

¹⁸ Nesse sentido, RAÚL VENTURA, *Fusão, cisão, transformação de sociedades* cit. (nt. 7), 536.



3. Direito europeu e transformação transfronteiriça

I – Como se referiu, a Diretiva (UE) 2019/2121 alterou a Diretiva (UE) 2017/1132¹⁹.

O originário objeto da Diretiva (UE) 2017/1132 era, nos termos do seu artigo 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 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

¹⁹ Os artigos citados neste número e nos seguintes sem menção da origem pertencem à Diretiva (UE) 2017/1132, tal como modificada pela Diretiva (UE) 2019/2121.



setoriais, pelo que a aprovação da Diretiva de 2017 constitui, substancialmente, a reunião dessas regulações, tendo sido revogadas as Diretivas 82/891/CEE, 89/666/CEE, 2005/56/CE, 2009/101/CE, 2011/35/UE e 2012/30/UE, conforme sucessivamente alteradas (artigo 166.º/I da Diretiva (UE) 2017/1132).

A Diretiva (UE) 2019/2121 modificou o artigo 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 (UE) 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.º-A a 86.º-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” (artigo 86.º-A, n.º 1)²⁰.

III – Os n.ºs 2 e 3 do artigo 86.º-A do CSC 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 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

²⁰ Para uma apreciação crítica desfavorável quanto aos tipos de sociedades abrangidos, cf., entre outros, MATHIAS HABERSACK, *Sekundärrechtlicher grenzüberschreitender Formwechsel ante portas*, “ZHR”, 182, 5 (495-503) 499 [“[g]ewonnen wäre mit diesen “Tricksereien” nichts. Vor 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* cit. (nt. 2), 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.*”



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*[²¹]; *b) 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 c) 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 [artigo 86.º-B, n.º 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 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

²¹ No direito português, a transposição desta norma irá criar uma desarmonia valorativa com a do n.º 5 do artigo 161.º do CSC.



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 artigo 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 [artigo 86.º-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 (UE) 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-Membros²²)²³. 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 primeira abrange a modificação de um qualquer tipo societário num qualquer outro e até a modificação da sociedade civil em sociedade

²² 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*, “Revista de Direito das Sociedades”, n.º 2, 2019, 311.

²³ 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”, vol. 16, no. 4, (2019), 106-113, *passim*; PAULA DEL VAL TALENS, *Operaciones transfronterizas de sociedades* cit. (nt. 24), 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* cit. (nt. 2), 13 e 14.



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 carácter 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 (artigo 130.º, n.º 3, última parte, do CSC); a transformação transfronteiriça constitui operação – necessariamente – sem dissolução e liquidação da sociedade *de partida* [artigo 86.º-B(2)].

4. A transformação transfronteiriça: aspetos nucleares do regime da Diretiva (UE) 2019/2121

I – A regulação apresentada pela Diretiva (UE) 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.

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 (artigo 86.º-H, n.º 1), terminando o processo com o registo da deliberação (artigo 86.º-P); o centramento do poder de decisão da operação nos sócios evidencia paralelismo com a transformação interna do direito português (artigo 133.º, n.º 1, do CSC).

II – O projeto de transformação transfronteiriça está sujeito a um conjunto de menções mínimas obrigatórias, nos termos do artigo 86.º-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 n.º 1 do artigo 132.º 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 [artigo 86.º-D, alínea 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 [artigo 86.º-D, alínea 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 caso²⁴, e os estatutos, se estes forem objeto de um ato separado²⁵; há, portanto, paralelismo com o disposto, para a transformação interna do direito português, na alínea b) do n.º 1 do artigo 132.º do CSC.

O projeto deverá conter um conjunto de menções alinhadas com a proteção da situação jurídica particular dos sócios e dos credores²⁶; são elas: (i) os direitos conferidos pela sociedade

²⁴ 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.

²⁵ 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.

²⁶ 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



transformada aos sócios que gozam de direitos especiais²⁷ 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 [artigo 86.º-D, alínea e)]²⁸; (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 [artigo 86.º-D, alínea f]); (iii) quaisquer privilégios especiais concedidos aos membros dos órgãos de administração, de direção, de fiscalização ou de controlo da sociedade [artigo 86.º-D, alínea e)]²⁹; (iv) quaisquer incentivos ou subsídios recebidos pela sociedade no Estado-Membro de partida nos cinco anos anteriores [artigo 86.º-D, alínea f]); (v) informações sobre a compensação pecuniária oferecida aos sócios

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 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”.

²⁷ Esta determinação não tem paralelismo com o regime da transformação do direito interno português; tem-no, todavia, no regime da fusão, interna e transfronteiriça [artigos 98.º, n.º 1, alínea j), 117.º-B e 117.º-C, todos do CSC].

²⁸ No que respeita à transformação de direito interno português e aos obrigacionistas, cf. o artigo 138.º do CSC.

²⁹ Esta determinação não tem paralelismo com o regime da transformação de direito interno português; tem-no, todavia, no regime da fusão, interna e transfronteiriça [artigos 98.º, n.º 1, alínea l), 117.º-B e 117.º-C, todos do CSC].



nos termos do artigo 86.º-I [artigo 86.º-D, alínea i)], i.e., aos sócios que, tendo votado contra a proposta de transformação transfronteiriça submetida à assembleia geral, venham a exercer um direito de alienação potestativa das suas participações sociais³⁰, 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 trabalhadores³¹: (i) as prováveis repercussões da transformação transfronteiriça no emprego [artigo 86.º-D, alínea 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 artigo 86.º-L [artigo 86.º-D, alínea k)]. Estes aspetos sociais não têm paralelismo no regime da transformação interna e justificam-se, essencialmente, pelo caráter transfronteiriço da operação.

³⁰ Solução paralela, na fusão interna, na modalidade de *short-form merger*, no n.º 4 do artigo 116.º do CSC (sobre isto, cf. JOÃO ESPÍRITO SANTO, *Exoneração do sócio no direito societário-mercantil português*, Coimbra: Almedina, 2014, 545 e ss.)

³¹ *Supra*, n. 26.



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, “[...] *em especial, explicar as implicações da transformação transfronteiriça para a atividade futura da sociedade*” (artigo 86.º-E, n.º 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.

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 (artigo 86.º-E, n.º 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.

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 (artigo 86.º-E, n.º 9).

II – A informação destinada aos sócios obedece a um conteúdo *explicativo especial* quanto aos seguintes elementos: “[...] a) A *compensação pecuniária* [que a sociedade pagará aos sócios que, tendo votado contra a deliberação, exerçam, nos termos do artigo 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*” (artigo 86.º-E, n.º 3).

Esta informação especial dirigida aos 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 (artigo 86.º-E, n.º 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.

O relatório deverá ser disponibilizado eletronicamente, juntamente com o projeto de transformação, “[...] *se disponível* [...]”³², aos sócios e aos representantes dos trabalhadores ou,

³² Este segmento da norma, que os considerandos da Diretiva não explicitam, não é claro; parece que a *disponibilidade* se refere a uma versão eletrónica do projeto, não fazendo sentido que tal expressão se refira a própria existência, prévia, do



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 (artigo 86.º-E, n.º 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 (artigo 86.º-F, n.º 1, primeira parte); a norma não estabelece o *ponto de referência* da independência, que, todavia, surge no n.º 2 do artigo 86.º-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 da primeira parte do n.º 1 do artigo 86.º-F tem paralelismo, quanto à fusão interna do direito português, na do n.º 2 do artigo 99.º CSC.

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

projeto, uma vez que o mesmo há-de constituir o repositório das informações que dão base às que devem constar do relatório.



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 (artigo 86.º-F, n.º 1, segunda parte).

O relatório do perito não pode deixar de conter parecer do mesmo sobre a adequação da compensação pecuniária a que se referem a alínea i) do artigo 86.º-D e o n.º 1 do artigo 86.º-I; 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 (artigo 86.º-F, n.º 2).

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

O perito pode ser uma pessoa singular ou coletiva (artigo 86.º-F, n.º 1, última parte).



II – Os Estados-Membros devem estabelecer um regime particular de responsabilidade civil do perito (artigo 86.º-S, n.º 1).

Os Estados-Membros devem, ainda, 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*” [artigo 86.º-S, n.º 2, alínea b)]³³.

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

³³ 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 n.º 1 do artigo 86.º-F 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* cit. (nt. 2), 115.



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 (artigo 86.º-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 [artigo 86.º-G, 1, b)].

A norma do n.º 1 do artigo 86.º-G não tem paralelismo no regime da transformação interna de direito português, porquanto, não obstante a remissão do n.º 3 do artigo 132.º do CSC, para o seu artigo 101.º (*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 n.º 1 do artigo 99.º do CSC, não o está para a transformação.

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 [artigo 86.º-G, n.º 1, alínea b), II e III].

As medidas de publicidade a que se refere o n.º 1 do artigo 86.º-



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 artigo 86.º-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*” (artigo 86.º-G, n.º 2, I e II).

A norma do artigo 86.º-G, n.º 2, I, assenta numa *ratio* paralela à do n.º 4 do artigo 101.º do CSC, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 53/2011, de 13 de abril, transpondo a Diretiva 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.

III – 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 informações³⁴, com a antecedência mínima de um mês sobre a

³⁴ “[...] 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*



data da realização da assembleia geral, informações essas que devem ser disponibilizadas ao público pelo serviço de registo [artigo 86.º-G, n.º 3].

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

IV – 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 artigo 86.º-G sejam publicados no jornal oficial nacional ou através de plataforma eletrónica central, nos termos do seu n.º 3 do artigo 16.º (artigo 86.º-G, n.º 5).

Os Estados-Membros devem assegurar que as informações publicitadas nos termos do n.º 1 do ou do n.º 3 do artigo 86.º-G podem ser acedidos pelo público, gratuitamente, através do sistema de interconexão dos registos (cf. o artigo 16.º) (artigo 86.º-G, n.º 6, l).

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”.



Os Estados-Membros devem, ainda, assegurar que as taxas cobradas pelos atos registrais não excedem a recuperação dos custos da prestação dos serviços (artigo 86.º-G, n.º 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 (artigo 86.º-H, n.º 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*³⁵. Uma tal solução está alinhada com a da norma da primeira parte do n.º 1 do artigo 133.º do CSC.

Nos termos do n.º 3 do artigo 86.º-H 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

³⁵ 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”.



não superior 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.

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 artigo 86.º-L³⁶.

II – 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

³⁶ Cf. a nota anterior.



questão ou a alteração do ato constitutivo seja aprovada pelo sócio 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 artigo 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 n.º 4 do artigo 86.º-H pode, assim, ser exemplificada com a transformação transfronteiriça de uma *société para actions simplifiée* de direito francês (artigo l227-1 do *Code de*



commerce 2000³⁷) numa sociedade por quotas de direito português³⁸.

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 artigo 86.º-I, n.º 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 n.º 1 do artigo 86.º-I 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 n.º 4 do artigo 86.º-H está alinhada com a do n.º 2 do artigo 133.º do CSC, relativa à transformação interna, sendo,

³⁷ *Code de commerce 2000*, artigo l227-1: “[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”.

³⁸ Veja-se o n.º 1 do artigo 197.º 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”.



portanto, previsível que transposição portuguesa da Diretiva consagre norma paralela para a transformação transfronteiriça.

III – A Diretiva impõe uma limitação das causas de invalidade da deliberação de transformação transfronteiriça, impedindo que a mesma possa ser declarada, unicamente, com fundamento em ter sido inadequadamente fixada a compensação pecuniária a que se refere a alínea i) do artigo 86.º-D, ou em não terem as informações prestadas relativamente à compensação pecuniária cumprido os requisitos legais (artigo 86.º-H, n.º 5), regime que bem se compreende, atento o que vai disposto nos n.ºs 4 e 5 do artigo 86.º-I.

6. A proteção dos credores, na Diretiva (UE) 2019/2121, da sociedade a transformar

I – Tendo em conta a incerteza criada pelos diferentes regimes dos Estados-Membros em relação à proteção dos credores³⁹, sentiu-se a necessidade de estabelecer linhas gerais no artigo 86.º-J da Diretiva⁴⁰.

³⁹ De acordo com o considerando 23 da Diretiva, poderão estar abrangidos no conceito de credores a proteger – os trabalhadores atuais e antigos trabalhadores com direitos adquiridos a uma pensão profissional de pessoas que recebem prestações de um regime profissional de pensões.

⁴⁰ Cf. o considerando 22 da Diretiva: “[n]a sequência de uma operação transfronteiriça, os antigos credores da sociedade ou das sociedades que efetuam



De acordo com o n.º 1 do artigo 86.º-J da Diretiva, deve ser estabelecido pelo Estados-Membros um sistema adequado à proteção dos interesses dos credores. Neste âmbito, os créditos devem ser: (i) anteriores à publicação do projeto de transformação transfronteiriça; e (ii) vincendos à data referida no ponto anterior.

Em segundo lugar, os credores que não estejam satisfeitos com a proteção oferecida pela sociedade no projeto de transformação transfronteiriça poderão requerer as garantias adequadas à autoridade administrativa ou judicial competente até três meses após a publicação do referido projeto⁴¹. Estes credores têm o ónus de “[...] *demonstrar, de maneira credível, que a transformação compromete a satisfação dos seus créditos e que a sociedade não*

essa operação poderão ver o valor dos seus créditos afetados se, na sequência dessa operação, a sociedade, que é responsável pela dívida, passar a reger-se pela legislação de outro Estado-Membro. Atualmente, as regras em matéria de proteção dos credores variam de Estado-Membro para Estado-Membro, o que torna significativamente mais complexo o processo de operação transfronteiriça e conduz à incerteza, tanto para as sociedades implicadas como para os seus credores, quanto à recuperação ou à satisfação dos seus créditos.”

⁴¹ Para poder recorrer à autoridade competente, os credores devem notificar previamente a sociedade. Cf. o considerando 23 da Diretiva: “A fim de garantir a proteção adequada dos credores que estejam insatisfeitos com a proteção oferecida pela sociedade no âmbito do projeto e não tenham encontrado uma solução satisfatória com a sociedade, os credores que tenham previamente notificado a sociedade, deverão poder pedir as garantias adequadas à autoridade competente.”

Neste contexto, “ao avaliar essas garantias, a autoridade competente deverá ter em conta se o direito do credor contra a sociedade ou contra um terceiro tem, pelo menos, um valor equivalente e uma qualidade de crédito proporcional à que tinha antes da operação transfronteiriça e se pode ser invocado perante a mesma jurisdição.” (mesmo considerando).



lhes forneceu garantias adequadas” (artigo 86.º-J, n.º 1, II)⁴²⁻⁴³.

Estas medidas de tutela dos interesses dos credores não têm paralelismo no regime da transformação interna.

O n.º 2 do artigo 86.º-J da Diretiva prevê ainda a possibilidade de estabelecimento pelos Estados-Membros outra medida de proteção dos credores: o dever de apresentação de uma declaração de solvência, por parte do órgão de administração ou de direção da sociedade, afirmando que, com base nas informações de que dispõe à data e tendo realizado as diligências razoáveis, *“não tem conhecimento de qualquer razão pela qual a sociedade possa ser incapaz de cumprir, após o início da produção de efeitos da transformação, as obrigações que sobre ela impendam, na data em que sejam exigíveis”*.

Esta declaração deve: (i) ter em conta a situação financeira da sociedade há, pelo menos, um mês antes da data da publicação da mesma; e (ii) ser publicada com o projeto de transformação transfronteiriça⁴⁴.

⁴² As garantias devem estar sujeitas à condição de produção de efeitos da transformação transfronteiriça, que se encontra estabelecida no artigo 86.º-Q.

⁴³ Neste sentido, PAULA DEL VAL TALENS, *Operaciones transfronterizas de sociedades* cit. (nt. 24), 315.

⁴⁴ Sobre a declaração de solvência, cf. JESSICA SCHMIDT, *The Mobility Aspects* cit. (nt. 2), 16 “[t]he new solvency declaration may be an interesting option. The new approach with respect to the right to obtain additional safeguards has the crucial advantage that by including either a ‘creditor protection report’ or an equivalent payment right into the draft terms, the companies have the option of making sure from the outset that, on the one hand, the creditors are adequately protected and that, on the other hand, the cross-border transformation operation will not be



Por sua vez, o CSC (mais concretamente, o n.º 2 do artigo 132.º) apenas exige que, no relatório justificativo da transformação, a administração da sociedade assegure “[...] *que a situação patrimonial da sociedade não sofreu modificações significativas desde a data a que se reporta o balanço considerado ou, no caso contrário, indicar as que tiverem ocorrido.*”

Não obstante o disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 86.º-J da Diretiva, o direito do Estado-Membro de partida em matéria de cumprimento ou de garantia das obrigações pecuniárias ou não pecuniárias devidas a organismos públicos continua a ser aplicável (artigo 86.º-J, n.º 3).

II – Por fim, é ainda dada uma solução (de último recurso, crê-se) aos credores que detenham créditos anteriores à data de publicação do projeto de transformação transfronteiriça: a possibilidade de intentar uma ação contra a sociedade no Estado-Membro de partida⁴⁵, no prazo de dois anos após a produção de

delayed or even blocked by the creditors. However, some of the details are still in need of being ironed out. Moreover, it seems doubtful whether the privilege accorded to payments due to public bodies (Article 86k(4), 126b(4), 160m(5) CLD-D) is really warranted.”; PAULA DEL VAL TALENS, Operaciones transfronterizas de sociedades cit. (nt. 24), 315.

⁴⁵ “[...] *sem prejuízo das regras em matéria de competência decorrentes do direito da União ou do direito nacional ou de um acordo contratual. A opção de intentar uma tal ação é complementar a outras regras relativas à escolha do foro aplicáveis por força do direito da união.*”



efeitos da transformação⁴⁶ (artigo 86.º-J, n.º 4).

Não existe nenhuma norma no CSC que preveja esta possibilidade em caso de transformação interna.

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 (artigo 86.º-M, n.º 1)⁴⁷.

⁴⁶ Cf. o considerando 24 da Diretiva: “[...] *O período de proteção de dois anos fixado na presente diretiva relativamente à jurisdição a que podem recorrer os credores cujos créditos sejam anteriores à publicação do projeto de transformação transfronteiriça não deverá prejudicar a legislação nacional que determina o prazo de prescrição dos créditos.*”

⁴⁷ 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



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”* (artigo 86.º-M, n.º 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”* (artigo 86.º-M, n.º 3).

O cumprimento dos requisitos legais de instrução documental deve poder ser efetuado *online* (artigo 86.º-M, n.º 4).

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

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”.



sociedade, nos termos do n.º 7 do artigo 86.º-M; 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.

II – 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 [artigo 86.º-M, n.º 7, alínea a)]; ii. 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*” [artigo 86.º-M, n.º 7, alínea 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.

III – 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 nacional⁴⁸, permitindo 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 [...]*” (artigo 86.º-M, n.º 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*” (artigo 86.º-M, n.º 8)⁴⁹.

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

⁴⁸ 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 investigação adicionais”.

⁴⁹ 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* cit. (nt. 2), 15; próxima, PAULA DEL VAL TALENS, *Operaciones transfronterizas de sociedades* cit. (nt. 24), 318.



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 (artigo 86.º-M, n.º 9).

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 (artigo 86.º-M, n.º 10).

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 (artigo 86.º-M, n.º 11).

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 (artigo 86.º-M, n.º 12).

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

Na transposição da Diretiva, os Estados-Membros deverão assegurar que o certificado prévio à transformação transfronteiriça seja partilhado com as autoridades referidas no n.º 1 do artigo 86.º-O: 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 (artigo 86.º-N, n.º 1, I).

Os Estados-Membros deverão assegurar, ainda, que o certificado prévio à transformação transfronteiriça esteja disponível através do sistema de interconexão dos registos (artigo 86-N, n.º 1,



II), sendo o acesso ao certificado gratuito para as referidas autoridades (artigo 86-N, n.º 2),

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

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 (artigo 86.º-O, n.º 1, I).

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 artigo 86.º-L (artigo 86.º-O, n.º 1, II)⁵⁰.

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 artigo 86.º-H (artigo 86.º-O, n.º 2).

A instrução do procedimento deve poder ser realizada pelos

⁵⁰ A versão portuguesa da Diretiva não parece tecnicamente perfeita quanto à norma do artigo 86.º-O, n.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*.



interessados, integralmente, *online*, nos termos previstos pela própria Diretiva, no Título I, Capítulo III (artigo 86.º-O, n.º 3).

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-Membro de destino* [...]” determina que a mesma aprove a transformação transfronteiriça (artigo 86.º-O, n.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 (artigo 86.º-O, n.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

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 artigo 16.º (artigo 86.º-P, n.º 1).

A Diretiva impõe, todavia, um conteúdo mínimo de informação registral a cargo de cada um desses Estados-Membros (artigo 86.º-P, n.º 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.

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

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 artigo 86.º-Q (artigo 86.º-P, n.º 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 (artigo 86.º-P, n.º 3, segunda parte).



10. Efetividade e efeitos 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 artigos 86.º-M (Estado-Membro de partida) e 86.º-O (Estado-Membro de destino), nos termos do artigo 86.º-Q.

A efetividade da transformação transfronteiriça, nos termos regulados pelo direito do Estado-Membro de destino e pelo artigo 86.º-Q da Diretiva determina, nos termos do artigo 86.º-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 partida⁵¹;
- iii. Os direitos e as obrigações da sociedade decorrentes de

⁵¹ *Supra*, n.º 6.



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.

11. Invalidez 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 artigo 86.º-Q (artigo 87.º-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”⁵², objetivo que bem se compreende, atenta a confiança

⁵² 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



que o público deve poder depositar no sistema de registos.

II – A norma do artigo 86.º-Q necessita de articulação com a do n.º 5 do artigo 86.º-H (*invalidade da deliberação que aprova a transformação 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 artigo 86.º-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 artigo 86.º-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 á articulação dos efeitos do registo da ação com registos posteriores).

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”.



12. Nota conclusiva sobre a futura transposição portuguesa da Diretiva (UE) 2019/2121

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

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

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 operação, quer no que respeita aos grupos de interesses especialmente protegidos: sócios, trabalhadores e credores da(s) sociedade(s).

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, a sujeitos de direito privado regulados, em primeira linha pelo CSC (no que, obviamente, não seja diretamente regulado pelo direito da União) –, a aplicação do regime societário-comercial, 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 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.

II – 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, perifericamente, pelas soluções particulares da cada uma delas⁵³. 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 artigos 97.º-140.º-A, com exceção dos atuais artigos 117.º-A a 117.º-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 artigos 117.º-A a 117.º-L); seria, pois, nesta secção, que se distinguiram uma subsecção de disposições gerais relativas às operações transfronteiriças, bem como como três secções, relativas, cada uma delas, a uma operação (com ordenação paralela

⁵³ 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* cit. (nt. 2), 14.



às das operações internas), destina a acomodar os particularismos de cada uma.

III – No que em particular respeita à tutela dos credores da sociedade a transformar, a transposição da Diretiva para o direito nacional bem poderia constituir o ponto de partida para a intensificação do regime da proteção dos credores quanto à transformação interna, designadamente pela criação de meios de defesa paralelos aos constantes dos arts. 86_J, 1/II e 2, da Diretiva, cuja sobreposição em relação às soluções a que nos reportámos no antecedente n.º 2, III, não parece descabida e marcaria uma evolução no direito nacional em consonância com a experimentada no direito da União.

João Espírito Santo

Chen Chen



REVISTA DE DIREITO COMERCIAL

www.revistadedireitocomercial.com
2022-01-30