

ÍNDICE GERAL

	Págs
PLANO GERAL.....	5
PRINCIPAIS ABREVIATURAS E SIGLAS UTILIZADAS.....	7
PREFÁCIO	9
<i>Paulo Câmara/Miguel Brito Bastos</i> — O Direito da aquisição de empresas: uma introdução.....	13
<i>António Teles/João Carmona Dias</i> — Garantia na alienação de empresa.....	65
<i>Nuno Moura Roldão/Ana Guedes Teixeira</i> — O processo de auditoria legal.....	107
<i>Sofia Carreiro</i> — A fusão.....	127
<i>Paulo Câmara</i> — As ofertas públicas de aquisição.....	157
<i>Pedro Furtado Martins</i> — Efeitos da aquisição de empresas nas relações de trabalho.....	211
<i>Miguel Gorjão-Henriques</i> — A aquisição de empresas no direito da concorrência: Nótulas sobre as concentrações.....	263
<i>Ana Filipa Morais Antunes</i> — A aquisição tendente ao domínio total no direito societário e no direito dos valores mobiliários.....	313
<i>Rui Simões</i> — A aquisição de empresas insolventes.....	371
<i>Fernando Oliveira e Sá</i> — A determinação contingente do preço de aquisição de uma empresa através de cláusulas <i>earn-out</i>	401
<i>Paulo Câmara/Miguel Brito Bastos</i> — A transposição da directiva das fusões e aquisições de instituições financeiras.....	417
BIBLIOGRAFIA.....	463
APRESENTAÇÃO DOS AUTORES.....	485

A FUSÃO

SOFIA CARREIRO

SUMÁRIO: § 1.º Enquadramento; § 2.º Definição e modalidades de fusão; § 3.º Fusão interna; 3.1. A evolução recente do Direito Português; 3.2. Procedimentos de fusão; § 4.º Fusão internacional (ou transfronteiriça); 4.1. Âmbito de aplicação do regime; 4.2. Procedimento — Fiscalização preventiva e fiscalização sucessiva; § 5.º Efeitos e natureza jurídica da fusão.

§ 1.º ENQUADRAMENTO

1. O Código Comercial português de 1888 regulou, pela primeira vez entre nós, o instituto da fusão, prevendo nos seus artigos 124.º a 127.º as normas aplicáveis à fusão entre duas ou mais sociedades. A origem destes artigos encontra-se no Códice di Comercio italiano de 1882, em relação ao qual o Código Português nada inovou.

Entre nós, o regime previsto no Código Comercial de 1888 esteve em vigor até à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 598/73, de 8 de Novembro, o qual veio regular quer a fusão, quer a cisão de sociedades.

Em 1986, o Código das Sociedades Comerciais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro ⁽¹⁾, veio regular a disciplina das fusões e das cisões, a qual se manteve em vigor com as alterações introduzidas pela reforma de 2006 (Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 28-A/2006, de 26 de Maio),

⁽¹⁾ Pertencem ao Código das Sociedades Comerciais (designado abreviadamente por CSC), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro, e sucessivamente alterado, as normas citadas sem indicação de fonte.

pelo Decreto-Lei n.º 8/2007, de 17 de Janeiro, e mais recentemente pela Lei n.º 19/2009, de 12 de Maio, pelo Decreto-Lei n.º 185/2009, de 12 de Agosto, e pelo Decreto-Lei n.º 49/2010, de 19 de Maio.

2. A fusão configura um importante instrumento da prática jurídica, nomeadamente de reestruturação, integração e aquisição de empresas, que tem assumido recentemente um papel de relevo no comércio jurídico. Constitui, em regra, uma forma de optimização da utilização dos recursos das sociedades envolvidas, com a consequente maximização dos resultados e a eventual redução dos custos administrativos e de gestão. Normalmente, dá lugar, ainda, a uma redução das obrigações legais e inerentes custos ⁽²⁾.

A consagração do instituto da fusão representa a regulamentação, pela lei, do processo jurídico de concentração económica por excelência ⁽³⁾.

§ 2.º DEFINIÇÃO E MODALIDADES DE FUSÃO

1. Fusão é o procedimento através do qual se alcança a reunião, numa só, de duas ou mais sociedades, ainda que de tipo diferente. Através da fusão, reúnem-se, numa só sociedade, o conjunto dos elementos pessoais e patrimoniais, ou seja, o conjunto dos activos e do passivo, de duas ou mais sociedades, de tal forma que passa a existir apenas uma sociedade e os sócios das sociedades que se extinguem passam a ser sócios da sociedade incorporante ⁽⁴⁾.

2. Apesar de não conter uma definição de fusão, o artigo 97.º do CSC, dá uma noção de fusão no n.º 1 do artigo 97.º ao referir que duas

⁽²⁾ Tais como revisões de contas, publicações e declarações fiscais.

⁽³⁾ Cf. a este propósito, PINTO FURTADO, *Curso de Direito das Sociedades*, Livraria Almedina, Coimbra (2004), pp. 547-552, e PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 4.ª Edição, Almedina (2010), p. 848.

⁽⁴⁾ Cf. RAÚL VENTURA, *Fusão, Cisão, Transformação de Sociedade, Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Almedina (1990), pp. 14-18; PINTO FURTADO, *ob. cit.*, pp. 545-547.

ou mais sociedades podem fundir-se numa só (i) mediante a transferência global do património de uma ou mais sociedades para outra e a atribuição aos sócios daquelas de partes, acções ou quotas desta (alínea *a*) do n.º 4 do artigo 97.º) ou (ii) mediante a constituição de uma nova sociedade para a qual se transferem globalmente os patrimónios das sociedades fundidas, sendo aos sócios destas atribuídas partes, acções ou quotas da nova sociedade (alínea *b*) do n.º 4 do artigo 97.º).

A fusão pode dar-se, assim, por transferência global do património de uma ou mais sociedades para outra (sociedade incorporante) ou mediante a constituição de uma nova sociedade em que se fundem as sociedades pré-existentes. Sendo só um, o instituto da fusão, pode, como se viu, assumir duas modalidades diferentes, a fusão por incorporação e a fusão por constituição de nova sociedade (para alguns fusão por concentração ou fusão simples ⁽⁵⁾).

A Terceira Directiva do Conselho de 1978, aplicável às sociedades anónimas, previa no seu artigo 2.º, estas duas espécies de fusão. Nesta data, a legislação nacional em vigor, o Decreto-Lei n.º 598/73, de 8 de Novembro, regulava a fusão para qualquer tipo de sociedade existente. Mais tarde, com a publicação do CSC, em 1986, tal tendência continuou a verificar-se, daí a inserção sistemática da regulamentação da fusão na parte geral do Código, Título I, Capítulo VIII, que versa sobre as alterações ao contrato de sociedade.

3. Não obstante faltar, como assinalado, um conceito normativo de fusão, nos artigos dedicados à matéria, o CSC, delimita o conceito de fusão. Assim, no seu n.º 1, esclarece que a fusão pode ocorrer entre duas ou mais sociedades, ainda que estas sociedades sejam de tipo diferente. A esta fusão chamam, alguns autores, “fusão heterogénea”, embora esta expressão não tenha reconhecimento na lei. Numa fusão deste tipo, a sociedade resultante da fusão permanecerá com o tipo da sociedade incorporante (a não ser que esta, concomitantemente com a fusão, altere também o seu tipo social), ou com o tipo escolhido pelos sócios das sociedades intervenientes, no caso de a fusão ser mediante a

⁽⁵⁾ Cf. a este propósito, MIGUEL J. A. PUPO CORREIA, *Direito Comercial, Direito da Empresa*, Ediforum, Edições Jurídicas, Lda., Lisboa (2007), p. 289.

constituição de nova sociedade. No primeiro caso, a sociedade incorporante continuará, tal como até àquele momento, a reger-se pelo pacto social pelo qual se regia, permanecendo a estrutura de administração e fiscalização adoptada em vigor e os membros dos órgãos sociais nomeados para o exercício desses cargos em exercício. Ainda que a sociedade incorporante seja uma sociedade por quotas sem órgão de fiscalização e as sociedades incorporadas sociedades anónimas (por natureza, com uma estrutura mais complexa), a estrutura da incorporante será adoptada sem alterações e os mandatos dos membros dos órgãos sociais das sociedades incorporadas caducarão por efeito da fusão.

4. Problemática distinta e que é resolvida pelo Código, é a que diz respeito à possibilidade de as sociedades dissolvidas poderem ou não fundir-se. À primeira vista, poder-se-ia questionar se este tipo de fenómeno societário se deveria aplicar às sociedades em liquidação. Por definição, uma sociedade que se encontra em liquidação não exerce actividade, só se encontrando o liquidatário autorizado a continuar temporariamente a actividade da sociedade, se para tal for especificamente autorizado por deliberação dos sócios (cf. alínea *a*) do n.º 2 do artigo 152.º do CSC). A sociedade dissolvida sobrevive com vista a cumprir as suas obrigações. Encontrando-se estas cumpridas, dever-se-á proceder à partilha do activo restante pelos sócios.

Poderia questionar-se se o preceito autorizaria somente a fusão de sociedades dissolvidas com sociedade em actividade ou a fusão de sociedades dissolvidas com sociedade também dissolvida (a primeira alternativa resultaria aliás de uma interpretação literal dos n.ºs 2 dos artigos 3.º e 4.º da Terceira Directiva) ⁽⁶⁾.

O n.º 2 do artigo 97.º é claro. As sociedades dissolvidas podem fundir-se com outras sociedades, dissolvidas ou não, ainda que a liquidação seja feita judicialmente, se preencherem os requisitos de que depende o regresso ao exercício da actividade social. Os requisitos para a tomada da deliberação de regresso à actividade consistem em o passivo da sociedade encontrar-se liquidado (com excepção dos créditos cujo reembolso na liquidação for expressamente dispensado pelos res-

⁽⁶⁾ Cf., a propósito, RAÚL VENTURA, *ob. cit.*, pp. 25-31.

pectivos titulares), não se manter alguma causa de dissolução e o saldo da liquidação cobrir o capital social (salvo redução deste).

Resta saber o que acontece à sociedade dissolvida (que sendo incorporante) absorve outras sociedades (dissolvidas ou não). O Código não responde a esta questão, mas não podemos deixar de entender que, por força da fusão, neste caso, a sociedade deixa de estar em liquidação. Se admitíssemos, caso contrário, que a sociedade continuaria em processo de liquidação, estaríamos a admitir que a fusão se realizasse apenas para que os sócios pudessem partilhar entre si os activos fundidos antes do encerramento da liquidação. Ora, isto corresponderia a um desvirtuar do instituto da fusão. Ao exigir-se que a sociedade dissolvida preencha os requisitos necessários para regressar à actividade, visa-se exactamente que este instituto da fusão se possa aplicar a sociedades que possam regressar à actividade, não as obrigando, no entanto, a fazê-lo como acto prévio à fusão, que se relevaria completamente desnecessário face ao objectivo que pode ser atingido unicamente através de um único acto, a fusão ⁽⁷⁾.

§ 3.º FUSÃO INTERNA

Até há bem pouco tempo a nossa lei regulava unicamente a fusão interna, ou seja, a fusão entre duas ou mais sociedades cuja lei pessoal é a lei portuguesa.

Ora, de acordo com o artigo 3.º do CSC, as sociedades têm como lei pessoal a lei do Estado onde se encontre situada a sede principal e efectiva da sua administração. Ao referirmo-nos a fusão interna, pretendemos identificar a fusão entre duas ou mais sociedades que se rejam pelo Direito português. Esta norma de conflitos suscita, desde logo, várias dúvidas, entre as quais se encontram aqueles casos em que a administração não se encontra no sítio da sede registada da sociedade.

Hoje em dia, no entanto, em resultado do fenómeno dos grupos de sociedades, é frequente que a sociedade-mãe, cuja administração se situe

⁽⁷⁾ Neste sentido, Cf. RAÚL VENTURA, *ob. cit.*, pp. 28-29.

noutro país possa tomar decisões de administração relevantes para as filiais. Discutir-se-á, nestes casos, qual a lei aplicável às filiais.

Por forma a obviar a esta questão, tem vindo a defender-se que a sede da administração é o lugar onde decisões fundamentais da direcção são convertidas em actos de administração corrente ⁽⁸⁾.

Naturalmente que, na grande maioria dos casos, e de um ponto de vista prático, a sede estatutária acaba por ser a sede considerada para efeito de resolução de conflito de leis aplicáveis.

A nossa lei resolve, pelo menos parcialmente, a questão, ao estipular que a sociedade que tenha a sede estatutária em Portugal não pode, contudo, opor a terceiros a sua sujeição a lei diferente da lei portuguesa.

Do exposto decorre que a nossa lei era omissa no que diz respeito à fusão entre sociedades cujas sedes principais e efectivas da administração se localizassem em Portugal e outras sociedades, cujas sedes principais e efectivas da administração não se localizassem em Portugal, as chamadas fusões internacionais ou transfronteiriças.

3.1. A evolução recente do Direito Português

Anteriormente à reforma do CSC de 2006, a fusão (a par, aliás, da cisão) era tida como um procedimento de relativa complexidade administrativa, o que o tornava relativamente moroso.

Fruto da recente evolução legislativa, que se iniciou exactamente com a publicação do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março (que deu corpo à reforma de 2006), o processo de fusão foi alvo de algumas medidas que visaram, essencialmente, a sua simplificação administrativa.

Em três momentos sucessivos, que corresponderam às três recentes alterações ao CSC, procedeu-se à simplificação dos procedimentos de fusão.

Assim, para além do Decreto-Lei n.º 8/2007, de 17 Janeiro, e do Decreto-Lei n.º 19/2009, de 12 de Maio (que, para além de alterar as

⁽⁸⁾ Cf. sobre este tema, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Almedina (2009), pp. 63-81.

disposições existentes, introduziu a disciplina das fusões transfronteiriças), mais recentemente, o Decreto-Lei n.º 185/2009, de 12 de Agosto, veio introduzir novas medidas de simplificação dos procedimentos de fusão.

Deste modo, de uma situação em que, para concretizar uma fusão, eram necessários três actos de registo (do projecto de fusão, das deliberações das Assembleias Gerais das sociedades participantes que aprovam a fusão e da fusão) e cinco publicações — e não quatro como refere o preâmbulo do referido Decreto-Lei n.º 76-A/2006 — (do registo do projecto na Conservatória, do anúncio aos sócios e credores sociais, da convocatória para as Assembleias Gerais que aprovam a fusão, do registo da deliberação e, finalmente, da fusão), todas na 3.ª Série do *Diário da República*, passou-se a uma situação em que, para concretizar uma fusão, são suficientes dois actos de registo e duas publicações electrónicas.

Eliminou-se, também, o procedimento que obrigava ao envio de cartas registadas com aviso de recepção a todos os credores sociais, o que no caso de algumas sociedades, tais como instituições de crédito ou seguradoras, se revelava perfeitamente desproporcionado face ao objectivo de aviso aos credores, sendo inclusivamente muitas vezes desrespeitado e eliminou-se, ainda, a obrigatoriedade de a fusão revestir a forma de escritura pública.

3.2. Os procedimentos de fusão

Actualmente, para concretizar uma fusão, são necessários os passos seguintes:

1. *Elaboração e registo do projecto de fusão*

Compete aos órgãos de administração das sociedades intervenientes, a elaboração do projecto de fusão. Funcionando a fusão muitas vezes como um instrumento de aquisição de empresas, é natural que o projecto de fusão resulte, muitas vezes, do culminar de um processo negocial, em que pode discutir-se desde pormenores até ao essencial da operação, como, por exemplo, a decisão sobre qual a sociedade incorporante e incorporada(s), aos critérios de avaliação subjacentes à relação de troca,

até aos membros que integrarão os corpos sociais após a concretização da fusão.

Para as sociedades anónimas, o CSC previu, em especial, na alínea *m*) do artigo 406.º, a competência do órgão de administração para deliberar sobre projectos de fusão, de cisão e de transformação da sociedade. O projecto de fusão tem, deste modo, que ser aprovado pelo órgão de administração das sociedades intervenientes, ou seja, pela maioria dos membros do Conselho de Administração ou gerentes, ou por uma maioria mais exigente, caso assim os estatutos o prevejam.

Resultando, como se disse, muitas vezes, de um complexo processo negocial ao qual as administrações das sociedades intervenientes têm acesso, com partilha de informações confidenciais entre as sociedades, quer no que diz respeito à vida e estrutura das sociedades, quer quanto ao próprio negócio em si, o Código preocupa-se com a utilização para fins ilícitos desta informação partilhada durante o processo negocial e prevê especificamente, no n.º 3 do artigo 449.º, a aplicação da disciplina do abuso de informação privilegiada aos casos de emissão de acções e obrigações das sociedades participantes na fusão e das sociedades que com ela estejam em relação de domínio ou de grupo, em resultado de fusão ⁽⁹⁾.

Sendo o projecto elaborado em conjunto pelas administrações das sociedades, isto significa que o projecto é único e comum a todas as sociedades participantes, não podendo, por isso, ser elaborados projectos que contenham diferenças ou quaisquer reservas por parte de alguma das administrações ⁽¹⁰⁾.

O artigo 98.º do CSC faz o elenco dos elementos que têm que constar obrigatoriamente do projecto de fusão. Estes elementos visam essencialmente dar a conhecer aos sócios e aos credores, os elementos jurídicos e económicos subjacentes à fusão.

Uma questão não tratada pela lei é a da forma do projecto de fusão. Em atenção aos elementos mínimos que devem constar do projecto,

⁽⁹⁾ Cf. sobre este tema e regime aplicável, PAULO CÂMARA, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Almedina, 2009, pp. 1067-1074.

⁽¹⁰⁾ Cf. sobre este tema, DIOGO COSTA GONÇALVES, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Almedina, 2009, p. 332.

afigura-se, todavia, pacífico, que o projecto de fusão deve revestir a forma escrita. Desde a publicação do Decreto-Lei n.º 185/2009, de 12 de Agosto, é possível o projecto de fusão ser elaborado através de modelo electrónico disponível em página na Internet, que permita a entrega de todos os documentos necessários e a promoção imediata do registo do projecto. A Portaria n.º 1256/2009, de 14 de Outubro, veio regulamentar os termos e condições da disponibilização dos modelos electrónicos de projecto de fusão (e cisão), que se encontram disponíveis no sítio da Internet com o endereço www.empresonline.pt, mantido pelo Instituto dos Registos e do Notariado, I.P. Acrescenta, ainda, o n.º 2 do artigo 2.º da referida portaria que os modelos referidos no número anterior são meramente exemplificativos, podendo o seu conteúdo ser adaptado pelos interessados.

As informações obrigatórias que devem constar do projecto de fusão são as que se encontram mencionadas nas alíneas *a*) a *m*) do n.º 1 do artigo 98.º do CSC. Para além dos elementos informativos gerais, tais como a identificação das sociedades intervenientes e da participação que alguma das sociedades tenha no capital de outra, revelam-se da maior importância para os credores sociais, a obrigatoriedade de inclusão de um balanço das sociedades intervenientes (alínea *d*) do n.º 1 do artigo 98.º), o qual poderá ser o balanço do último exercício, desde que tenha sido encerrado nos seis meses anteriores à data do projecto de fusão ou um balanço reportado a uma data que não anteceda o primeiro dia do terceiro mês anterior à data do projecto de fusão (n.º 2 do mesmo artigo).

Os motivos, condições e objectivos da fusão são relevantes quer para os credores sociais, quer para os sócios. Os motivos, condições e objectivos englobam a referência aos aspectos jurídicos, económicos, financeiros ou de qualquer outro tipo que possam ser relevantes para o conhecimento da operação quer pelos sócios, quer pelos credores sociais.

Fulcral é também a indicação dos critérios de avaliação adoptados, bem como as bases para a relação de troca. A lei não faz menção aos métodos ou critérios a utilizar na avaliação dos patrimónios das sociedades intervenientes. A fiscalização dos métodos usados é feita pelos próprios sócios, que podem ou não aprovar a fusão e pelas entidades que levam a cabo a fiscalização do projecto. De acordo com o n.º 4

do artigo 99.º do Código das Sociedades Comerciais, os revisores elaborarão relatórios donde constará o seu parecer fundamentado sobre a adequação e razoabilidade da relação de troca das participações sociais, o qual deverá especificar os métodos seguidos na definição da relação de troca proposta e a justificação da aplicação ao caso concreto dos métodos utilizados pelo órgão de administração das sociedades ou pelos próprios revisores, os valores encontrados através de cada um desses métodos, a importância relativa que lhes foi conferida na determinação dos valores propostos e as dificuldades especiais com que se tenham deparado nas avaliações a que procederam. Naturalmente que os critérios a usar na avaliação têm que ser aceites e reconhecidos como critérios adequados à avaliação do património das sociedades e devem respeitar as normas relativas à formação do capital social ⁽¹¹⁾. Deste modo, o valor atribuído a cada sociedade interveniente com base nos métodos utilizados vai dar origem a um determinado valor por cada acção em que o capital social se divide. Ora, acontece que nestes casos de fusão, a posição relativa de cada sócio/accionista não vai influenciar o valor a atribuir às acções de que o mesmo é titular, pois a todas as participações sociais representativas de determinado capital social é atribuído o mesmo valor, nem tão-pouco influenciar de algum modo a relação de troca de participações sociais nem o valor da quota ou o número de acções a atribuir a esse sócio/accionista em virtude da fusão.

2. Fiscalização

O projecto de fusão é sujeito a fiscalização pelo órgão de fiscalização das sociedades intervenientes, bem como também por um revisor oficial de contas ou por uma sociedade de revisores oficiais de contas independente de todas as sociedades intervenientes.

Com a reforma de 2006, o Código passou a prever a possibilidade de dispensa do exame do projecto de fusão pelo perito independente, desde que todos os sócios estejam de acordo com essa dispensa (n.º 6 do artigo 99.º do CSC).

⁽¹¹⁾ Neste sentido, Cf. RAÚL VENTURA, *ob. cit.*, pp. 79 e ss.

A Directriz 2007/63/CE, de 13 de Novembro, veio, entretanto, estabelecer que não é exigida a análise do projecto de fusão, nem é exigido um relatório de peritos se todos os accionistas e os portadores de outros títulos que confirmam direito de voto das sociedades que participam na fusão a isso tiverem renunciado. O prazo para a transposição desta Directriz era trinta e um de Dezembro de 2008.

A Lei n.º 19/2009, de 12 de Maio, que procedeu à transposição daquele texto para a nossa ordem jurídica interna, não foi tão longe e veio esclarecer no n.º 6 do artigo 99.º do CSC, que não são exigidos o exame do projecto de fusão referido no n.º 2 (ou seja, o exame por perito independente) e os relatórios previstos no n.º 4 (relatórios dos revisores) se todos os sócios e portadores de outros títulos que confirmam direito de voto de todas as sociedades que participam na fusão os dispensarem. Somente no caso da fusão simplificada (artigo 116.º), ou seja, no caso de incorporação por uma sociedade de outra de cujas partes, quotas ou acções aquela seja a titular de, pelo menos, 90%, directamente ou por pessoas que detenham essas participações por conta dela mas em nome próprio, é que o nosso Código dispensa quanto a todas as sociedades intervenientes (e não só quanto à(s) incorporada(s) como fazia antes da reforma de 2006), os relatórios dos órgãos sociais e dos peritos.

3. Registo do projecto e anúncios aos sócios e credores sociais e convocatórias das Assembleias Gerais

O registo do projecto de fusão é obrigatório. O registo é feito por depósito (artigo 14.º do Regulamento do Registo Comercial), por oposição ao registo feito por transcrição.

Antes da reforma de 2006, a publicação dos anúncios aos credores sociais era feita autonomamente, pelo que, para além da convocatória das Assembleias Gerais, era necessário, também, proceder à publicação, pela forma prevista (publicação no *Diário da República* e em jornal local ou, na falta deste, num dos jornais mais lidos) do anúncio do registo do projecto de fusão e da possibilidade de o projecto e documentação anexa poderem ser consultados nas sedes das sociedades.

A reforma de 2006 veio simplificar este regime, através da eliminação da obrigatoriedade de publicação dos anúncios aos sócios e cre-

dores sociais. Passou a prever-se que da convocatória para a assembleia geral constasse a menção de que o projecto de fusão e documentação anexa podem ser consultados, na sede de cada sociedade, pelo sócios e credores sociais, quais as datas designadas para a assembleia geral e que os credores sociais se podem opor à fusão nos termos previstos no artigo 101.º-A do CSC. Nesse sentido, a convocatória deveria conter a indicação de que constitui um aviso aos credores.

O Decreto-Lei n.º 185/2009, de 12 de Agosto, veio alterar novamente o regime dos anúncios e convocatórias, tendo estabelecido que a convocatória deve mencionar que o projecto e a documentação anexa podem ser consultados, na sede da sociedade, pelos respectivos sócios e credores sociais e qual a data designada para a assembleia. No que diz respeito à menção de que os credores sociais se podem opor à fusão, estabelece o n.º 5 do artigo 100.º na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 185/2009, que a publicação do registo do projecto é promovida de forma oficiosa e automática pelo serviço de registo e contém a indicação de que os credores se podem opor à fusão nos termos do artigo 101.º-A do CSC. Esta alteração tem como consequência que o aviso aos credores tenha deixado de ser uma obrigação das sociedades intervenientes na fusão, para as quais era obrigatório a promoção do referido anúncio com vista à notificação dos credores sociais da fusão em si mesma e da possibilidade de os mesmos se oporem a esta, caso da mesma resultassem prejuízos para a realização dos seus direitos, tendo este anúncio passado a revestir carácter oficioso.

No que diz respeito à convocatória da assembleia geral que aprova o projecto de fusão, a alteração do Código em 2006 ficou aquém daquilo que a doutrina já há muito vinha reclamando e aplicando. Decorria da anterior redacção do n.º 2 do artigo 100.º do CSC e assim permaneceu, que a assembleia geral para aprovação do projecto de fusão deveria ser convocada nos termos legais, para se reunir decorrido pelo menos um mês sobre a data da publicação da convocatória. Continuou, após as alterações de 2006, a manter a redacção que obrigava a que a convocatória fosse publicada (nos moldes previstos para a convocação nas sociedades anónimas em que as acções são ao portador) e que a assembleia reunisse pelo menos um mês decorrido sobre a publicação da convocatória.

Ora, já na versão anterior à reforma de 2006, alguns autores defendiam, um pouco à revelia da letra da lei, que aquela disposição que estipulava a obrigatoriedade de convocar a assembleia nos termos previstos naquele artigo, deveria ser interpretada de forma a contemplar a excepção de a assembleia poder deliberar de acordo com outra das formas previstas no artigo 54.º do CSC. Sendo a convocatória um instrumento exclusivamente destinado aos sócios, não conseguia alcançar-se a vantagem de obrigar a sociedade a publicar um anúncio com a convocatória para se reunir decorrido que fosse um mês sobre a publicação dessa convocatória, quando poderia proceder-se à convocação por carta registada com aviso de recepção, no caso das sociedades por quotas e das sociedades anónimas, quando todas as acções sejam nominativas, bem como reunir e deliberar ao abrigo do previsto no artigo 54.º, quer em assembleias universais, quer tomando deliberações unânimes por escrito ⁽¹²⁾. Ainda que se colocasse a questão da necessidade de o projecto de fusão e demais documentos deverem estar à disposição dos sócios e credores das sociedades antes da tomada de decisão, a situação não diferiria daquelas em que sendo tomadas deliberações em assembleias universais, os documentos devam estar à disposição para consulta dos accionistas na sede da sociedade, durante os quinze dias anteriores à data da assembleia geral (cf. artigo 289.º do CSC).

O legislador em 2007, através do Decreto-Lei n.º 8/2007, de 17 de Janeiro, foi mais além do que o legislador de 2006 e veio estabelecer no n.º 5 do artigo 100.º (actualmente n.º 6), que o disposto nos n.ºs 2 e 3 (regime das convocatórias), não obsta à utilização de outras formas de comunicação aos sócios, nos termos previstos para cada tipo de sociedade, bem como à tomada da deliberação nos termos previstos no artigo 54.º, desde que fosse publicado um aviso aos credores com o teor referido no n.º 3. Por maioria de razão, a versão actual deste n.º 5 (actual n.º 6 do artigo 100.º), que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 185/2009, de 12 de Agosto, deixou de conter a exigência de que fosse publicado um aviso aos credores pois, como vimos supra, este aviso deixou de ser obrigação da sociedade e passou a ser feito officiosamente.

⁽¹²⁾ Em sentido contrário, veja-se RAÚL VENTURA, *ob. cit.*, pp. 100-101.

A partir da publicação do registo do projecto, os sócios, credores, e representantes dos trabalhadores ou quando estes não existirem, os trabalhadores de qualquer das sociedades participantes na fusão ⁽¹³⁾, têm o direito de consultar, na sede de cada uma delas, determinados documentos a que faz referência n.º 1 do artigo 101.º do CSC e de obter, sem encargos, cópia integral destes.

4. *Deliberações das Assembleias Gerais de aprovação da fusão*

Reunida a assembleia geral, a administração começará por declarar expressamente se desde a elaboração do projecto de fusão houve mudança relevante nos elementos de facto em que ela se baseou e, no caso afirmativo, quais as alterações no projecto que se tornam necessárias. Esta declaração prévia da administração é necessária para que os sócios possam deliberar acerca da fusão. É uma declaração expressa a realizar pelo órgão de administração, tanto mais importante quanto se verifiquem alterações nos elementos de facto, que não poderá ser uma mera declaração sem justificação, mas deverá ser uma declaração justificativa das alterações relevantes e, caso assim seja, das consequentes alterações de que o projecto de fusão deveria ser alvo.

Tendo havido mudança relevante, a assembleia delibera se o processo de fusão deve ser renovado ou se prossegue na apreciação da proposta de fusão.

Devem então, neste caso, os sócios deliberar se a administração deve refazer o projecto de fusão, iniciando-se, assim, todo o procedimento supra descrito, ou se, deverá a assembleia dar seguimento à ordem de trabalhos, passando-se a apreciar a proposta de fusão, a qual poderá ser ou não aprovada.

A deliberação de fusão é tomada, salvo disposição especial dos estatutos, nos termos previstos para a alteração do contrato de sociedade (cf. n.º 3 do artigo 265.º e n.º 2 do artigo 383.º do CSC para as maiorias necessárias, no caso de sociedades por quotas e sociedades anónimas, respectivamente).

⁽¹³⁾ Quanto aos trabalhadores esta possibilidade foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 8/2007 e corrigida pelo Decreto-Lei n.º 185/2009.

5. *Outorga do acto que formaliza a fusão*

Com a reforma de 2006, deixou de exigir-se que o acto que formaliza a fusão seja realizado por escritura pública. A redacção do artigo 106.º anterior à reforma de 2006, estipulava que, aprovada a fusão pelas várias assembleias gerais, competia às administrações das sociedades participantes outorgarem a escritura de fusão.

O artigo 106.º (forma e disposições aplicáveis) passou a prever, na redacção que lhe foi dada pela Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, que se a fusão se realizar mediante a constituição de nova sociedade, devem observar-se as disposições que regem essa constituição, salvo se outra coisa resultar da sua própria razão de ser. Acrescentava que, se a fusão se realizar mediante a transferência global do património de uma ou mais sociedades para outra, o acto de fusão deve revestir a forma exigida para a transmissão dos bens da sociedade incorporada.

O Decreto-Lei n.º 8/2007, de 17 de Janeiro, clarificou esta disposição, acrescentando que, para além de dever revestir a forma exigida para a transmissão dos bens das sociedades incorporadas o acto de fusão deve, no caso de constituição de nova sociedade, a forma exigida para a transmissão dos bens das sociedades participantes na fusão. Naturalmente que esta era a interpretação que não poderia deixar de impor-se ao intérprete, na medida em que nenhuma razão existia aqui para a lei consagrar um regime diferente para o caso da fusão mediante a constituição de nova sociedade.

A questão de imediato levantada aquando da alteração ao artigo 106.º do CSC que acarretou a desnecessidade de a fusão ser formalizada por escritura pública, diz respeito à necessidade de existir ou não um documento que seja demonstrativo da vontade das sociedades se fundirem, para além das deliberações das sociedades que aprovam a fusão, nos casos em que não é necessária a escritura pública.

Ora, sempre foi nossa opinião que, contendo as deliberações de aprovação do projecto de fusão (analisadas em conjunto com o projecto de fusão proposto), todos os elementos que são essenciais ao conhecimento da operação, não vemos razão para que se exija que tenha que existir um documento adicional através do qual se formalize a fusão.

A declaração de que não houve oposição à fusão, deverá fazê-la a administração de cada uma das sociedades participantes, aquando do pedido de registo da fusão (artigo 111.º do CSC) em documento que deve ser também levado a registo.

Neste sentido aponta também a letra do artigo 111.º, do qual resulta que, deliberada a fusão por todas as sociedades participantes, sem que tenha sido deduzida oposição no prazo previsto no artigo 101.º-A, ou tendo sido deduzida, se tenha verificado algum dos factos previstos no n.º 1 do artigo 111.º-B, deve ser requerida a inscrição da fusão no registo comercial por qualquer dos administradores das sociedades participantes na fusão ou da nova sociedade (que se constitui pela fusão).

A dúvida aqui poderia surgir no caso de fusão com constituição de nova sociedade, da conjugação deste regime, com o regime previsto para a constituição de sociedades (n.º 1 do artigo 7.º do Código das Sociedades Comerciais) que exige que o contrato de sociedade seja reduzido a escrito e as assinaturas dos seus subscritores reconhecidas presencialmente, salvo se forma mais solene for exigida para a transmissão dos bens com que os sócios entram para a sociedade, devendo, neste caso, o contrato revestir essa forma, sem prejuízo do disposto em lei especial. À primeira vista, poderíamos ser levados a concluir que no caso da fusão simples (na terminologia de alguns), deveriam aplicar-se à constituição da sociedade, as disposições do n.º 1 do artigo 7.º do CSC. Pensamos, no entanto, que a questão é resolvida pelo próprio artigo 7.º que, no seu n.º 4, manda aplicar ao caso de constituição de sociedade por fusão, as disposições especiais previstas na lei ⁽¹⁴⁾. Conclui-se, deste modo, que o caso da constituição de sociedade por fusão constitui uma excepção ao regime do n.º 1 do artigo 7.º, como o próprio refere no seu n.º 4.

6. Registo da fusão

O registo da fusão é feito por transcrição (artigo 53.º-A do Código do Registo Comercial e da alínea *m*) do artigo 10.º do Regulamento do Registo Comercial).

⁽¹⁴⁾ No mesmo sentido, mas com argumento diverso, Cf. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Almedina, 2009, pp. 382-383.

Estipula o artigo 111.º do CSC que “(...), deve ser requerida a inscrição da fusão no registo comercial por qualquer dos administradores das sociedades participantes na fusão ou da nova sociedade”.

Esta redacção foi introduzida pela reforma de 2006. A questão que se colocava e que não foi clarificada em 2006 dizia respeito à necessidade de a promoção do registo ser ou não efectuada em todas as sociedades intervenientes na fusão, incorporante e incorporada(s) (no caso da fusão por incorporação), nova sociedade constituída por fusão e sociedades que integraram a nova sociedade (no caso de fusão mediante a constituição de nova sociedade). Embora houvesse quem defende-se, mesmo antes da reforma de 2006, que o registo quanto à(s) sociedade(s) incorporada(s) e às sociedades fundidas na nova sociedade deveria ser oficioso ⁽¹⁵⁾, tal não resultava da letra da lei.

Raúl Ventura ⁽¹⁶⁾ defendia que, uma vez que materialmente não era possível efectuar simultaneamente todos os registos, deveria encontrar-se meio de os correlacionar, para que todos produzam efeitos ao mesmo tempo e, além disso, os terceiros interessados não sejam enganados pela subsistência temporária de alguns deles. Defendia, assim, aquele autor que, no silêncio da lei, deveria ser adoptado o sistema em vigor na Alemanha, que consistia em impedir que a fusão fosse inscrita no registo da sociedade incorporante ou nova sociedade, enquanto não fosse inscrita no registo das sociedades incorporadas ou fundidas. A inscrição nas sociedades absorvidas deveria conter a menção de que a fusão só produziria efeitos com a inscrição no registo de comércio da sede da sociedade incorporante (ou nova sociedade). De seguida, o tribunal da sede da incorporante (ou nova sociedade) deveria comunicar oficiosamente ao tribunal da sede das incorporadas ou fundidas a data da inscrição da fusão no registo da incorporante (ou nova sociedade). Recebida esta comunicação, o tribunal da sede das incorporadas deveria comunicar oficiosamente ao registo das incorporadas ou absorvidas que a data da inscrição da fusão no registo da absorvente e enviar ao tribunal da sede desta, para conservação, os documentos de que era depositário.

⁽¹⁵⁾ MARIA EMA A. BACELAR A. GUERRA, *Código do Registo Comercial Anotado*, 2.ª Edição *Actualizada*, Ediforum, Edições Jurídicas, Lda., 1997, pp. 95-96.

⁽¹⁶⁾ RAÚL VENTURA, *ob. cit.*, pp. 217-220.

Em Portugal, durante a vigência do CSC, mesmo após a reforma de 2006, a *praxis* jurídica ditava que o registo da fusão devesse ser requerido em relação à sociedade incorporante e à nova sociedade, conjuntamente com o pedido de registo do cancelamento da inscrição da(s) sociedade(s) incorporada(s) ou fundidas, embora o primeiro não ficasse dependente da feitura dos últimos.

Em 2007, o legislador veio recuperar o regime que esteve em vigor com o Decreto-Lei n.º 598/73, tendo esclarecido esta questão ao criar o novo artigo 67.º-A do Código do Registo Comercial do qual consta que “o registo da fusão ou da nova entidade resultante da fusão determina a realização oficiosa do registo da fusão nas entidades incorporadas ou fundidas na nova entidade.” Esta era uma alteração necessária para que a segurança jurídica se encontre assegurada. À luz do regime anterior poderia acontecer que, não sendo cancelada a inscrição da(s) sociedade(s) incorporada(s) por não ter sido requerida, as mesmas permanecessem como sociedades “activas” no registo comercial, pondo em causa a segurança jurídica que constitui exactamente um dos princípios basilares que o registo comercial visa assegurar.

§ 4.º FUSÃO INTERNACIONAL (OU TRANSFRONTEIRIÇA)

Como se disse, até há bem pouco tempo, mais exactamente Maio de 2009, a lei era omissa quanto à regulamentação do regime das fusões internacionais ou transfronteiriças. No entanto, desde 16 de Dezembro de 2007 que Portugal se encontrava em incumprimento, por atraso na transposição da Directiva n.º 2005/56/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de Outubro de 2005 relativa a essa matéria. A referida directiva impunha aos Estados-Membros que o fizessem até 15 de Dezembro de 2007. Portugal veio, finalmente, a criar o regime aplicável às fusões transfronteiriças, em Maio de 2009, através da Lei n.º 19/2009, de 12 de Maio, a qual transpõe para a ordem jurídica interna a referida directiva.

4.1. Âmbito de aplicação do regime

Antes de mais, importa definir o que se entende por fusão transfronteiriça para aplicação do regime previsto nos artigos 117.º-A a 117.º-L do CSC.

O n.º 1 do artigo 117.º-A do CSC estabelece que a fusão transfronteiriça se realiza mediante a reunião, numa só, de duas ou mais sociedades desde que uma das sociedades participantes na fusão tenha sede em Portugal e outra das sociedades participantes na fusão tenha sido constituída de acordo com a legislação de um Estado-Membro, nos termos da Directiva n.º 2005/56/CE e tenha a sede estatutária, a administração central ou o estabelecimento principal no território da Comunidade.

Várias questões relativas ao âmbito de aplicação desta disposição se levantam aqui:

- (i) Como se disse, de acordo com o n.º 1 do artigo 117.º-A, o regime previsto nesta secção aplica-se à fusão entre duas ou mais sociedades com sede em Portugal e sociedade ou sociedades que tenham sido constituídas de acordo com a legislação de um Estado-Membro e tenham a sede estatutária, a administração central ou o estabelecimento principal no território da Comunidade. Acrescenta o artigo 117.º-B que, são aplicáveis às sociedades com sede em Portugal, participantes num processo de fusão transfronteiriça, as disposições daquela secção e subsidiariamente as disposições relativas às fusões internas.

O legislador criou, neste artigo, uma nova norma de conflitos no que diz respeito à aplicação do regime das fusões transfronteiriças. O artigo 3.º do CSC continha já o critério de definição da lei pessoal. E este critério não tem que ver com a sede estatutária, mas sim com a sede principal e efectiva da administração.

Por outro lado, não pode dizer-se que este “enviesamento” decorre da directiva comunitária, na medida em que esta define exactamente, como seu âmbito de aplicação, a fusão de sociedades de responsabilidade limitada constituídas de acordo com a legislação de um Estado-Membro e cuja sede estatutária, administração central ou estabelecimento principal se situe no território da Comunidade, desde que, pelo menos duas dessas sociedades, sejam regidas pelas legislações de diferentes Estados-Membros.

A falta de harmonização sistemática desta nova secção do Código com a restante disciplina do Código está relacionada

com a capacidade das entidades oficiais para a prática dos actos de fiscalização preventiva e sucessiva exigíveis por força da aplicação do regime das fusões transfronteiriças, tal como verificaremos *infra*.

- (ii) A disciplina prevista nas disposições supra referidas (nomeadamente os artigos 117.º-A e 117.º-B do CSC), em conjunto com o artigo 3.º do CSC, pode, outrossim, ser causadora de várias dúvidas interpretativas.

Assim, poderá questionar-se se se aplicará a disciplina dos artigos 117.º-A e ss. do CSC a uma fusão de sociedade que não tenha a sede estatutária em Portugal, mas tenha aqui a sede principal e efectiva da sua administração. De acordo com o previsto nos artigos 117.º-A e 117.º-B parece que não, embora tal conclusão não esteja de acordo com a previsão do artigo 3.º do CSC que define a lei pessoal aplicável às sociedades.

Ora, parece-nos que não poderá deixar de fazer-se aqui uma interpretação correctiva das previsões dos artigos 117.º-A e 117.º-B, sob pena de a uma sociedade que tenha a sede da sua administração efectiva em Portugal (cuja lei pessoal é a lei portuguesa por força do disposto no artigo 3.º do CSC), não ser aplicável o regime estabelecido para as fusões transfronteiriças, por essa sociedade não ter a sede estatutária em Portugal, nem tão-pouco ser-lhe aplicável a lei do Estado em que se situe a sua sede estatutária, por esta entender que a lei aplicável é, como razoável, a da sede da administração. Deverá, deste modo, salvo melhor opinião, interpretar-se esta norma de conflitos em harmonia com a disciplina do artigo 3.º do CSC. Naturalmente que esta interpretação causará problemas de ordem prática, nomeadamente no que diz respeito à competência das entidades oficiais para a fiscalização da legalidade da fusão transfronteiriça, que deverão ser resolvidos por via legislativa.

- (iii) Outra questão que diverge das anteriores, mas que também se relaciona com o âmbito de aplicação das normas constantes dos artigos 117.º-A e ss., diz respeito à manutenção da omissão de uma norma de conflitos que preveja a lei aplicá-

vel à fusão entre sociedade(s) cuja lei pessoal seja a portuguesa (de acordo com o artigo 3.º do CSC) e outra(s) sociedade(s) que não tenha(m) sido constituída(s) de acordo com a legislação de um Estado-Membro na acepção da Directiva n.º 2005/56/CE, nem tenham a sua sede estatutária, a administração central ou o estabelecimento principal no território da Comunidade. Ou seja, a fusão em que uma ou mais das sociedades participantes tem como lei pessoal a lei portuguesa e uma ou mais das sociedades intervenientes não tem a sede estatutária, a administração central ou o estabelecimento principal no território da Comunidade. Por exclusão, todas as restantes situações que não sejam de fusão interna ou transfronteiriça, na acepção do CSC.

Sendo o CSC omissivo quanto a esta matéria, devemos saber que posição tem o direito português face a um fenómeno desta natureza e, nomeadamente, se este tipo de fusão, não se encontrando previsto, é ou não permitido pelo direito português, o que arrasta, desde logo, a questão da produção de efeitos daquele tipo de fusão.

Ora, de acordo com o artigo 2.º do CSC, os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma desta lei aplicável aos casos análogos e, na sua falta, segundo as normas do Código Civil sobre o contrato de sociedade no que não seja contrário nem aos princípios gerais da presente lei, nem aos princípios informadores do tipo adoptado.

Casos análogos são as fusões internas e não as transfronteiriças, na medida em que a estas se aplica um regime próprio que resulta directamente de uma directiva comunitária e cuja aplicação, pelas especialidades que contém, pressupõe a existência de um regime similar no outro Estado em que se localiza a(s) sociedade(s) interveniente(s).

Princípio fundamental também para o direito português, é o princípio da liberdade. De acordo com o princípio da liberdade, que constitui a regra no Direito Privado, por oposição ao princípio da competência (que constitui, por sua vez, a regra no Direito Administrativo), pode fazer-se tudo aquilo que a lei não proíbe. A aplicação deste princípio ao caso em

apreço não pode deixar de nos levar à conclusão de que a fusão internacional entre sociedade(s) cuja lei pessoal é a portuguesa e sociedade(s), cuja lei pessoal não é a lei portuguesa nem a lei de algum Estado-Membro, não sendo proibida pela nossa legislação, é permitida de acordo com o direito português, sendo aplicáveis à sociedade interveniente neste processo cuja lei pessoal é a lei portuguesa, as normas previstas para a fusão interna, com as adaptações que se revelem necessárias.

4.2. Procedimento — Fiscalização preventiva e fiscalização sucessiva

No que diz respeito ao procedimento previsto no Código para as fusões transfronteiriças, o mesmo encontra-se previsto nos artigos 117.º-C a 117.º-J. A forma de fiscalização da legalidade da fusão transfronteiriça dá-se essencialmente em dois momentos, os quais podemos definir como fiscalização preventiva e fiscalização sucessiva ⁽¹⁷⁾.

A fiscalização prévia consta da alínea *a*) do n.º 2 e do n.º 3 do artigo 117.º-G. Esta fiscalização tem como objectivo a verificação do cumprimento das formalidades prévias à fusão, em face da lei aplicável, do projecto comum registado e publicado e dos relatórios dos órgãos da sociedade e dos peritos que, no caso, devam existir. A entidade responsável por este controlo prévio é o registo comercial, entidade que deverá emitir o certificado prévio. Tal como refere o n.º 3 daquele artigo, a emissão deste certificado só se aplica às sociedades com sede em Portugal, quer estas actuem como sociedade incorporante ou incorporada o que, como referimos anteriormente, cria uma nova regra de aplicação da lei pessoal, divergente da norma geral constante do artigo 3.º do Código. Nesse sentido, o n.º 1 do artigo 10.º da Directiva n.º 2005/56/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de Outubro de 2005, prevê que “Cada

⁽¹⁷⁾ DIOGO COSTA GONÇALVES, *Fusões Transfronteiriças. A Transposição da 10.ª Directriz e a Proposta de Lei n.º 236/X, Revista de Direito das Sociedades, Ano I (2209) — Número 2*, pp. 374-375.

Estado-Membro designará o tribunal, o notário ou outra autoridade competente para fiscalizar a legalidade da fusão transfronteiriça relativamente à parte do processo respeitante a cada uma das sociedades objecto de fusão e que estão abrangidas pela sua legislação nacional”.

A fiscalização sucessiva, ao contrário da preventiva, só acontece nos casos em que a sociedade resultante da fusão (quer seja a incorporante, no caso de fusão por incorporação, ou a nova sociedade, no caso de fusão mediante constituição de nova sociedade), tenha a sede em Portugal. Esta fiscalização é feita aquando do pedido de registo definitivo da fusão, o qual deve ser feito pelas sociedades participantes na fusão, acompanhado do certificado referido na alínea *a*) do n.º 2 do artigo 117.º-G, do projecto comum de fusão transfronteiriça aprovado pela assembleia geral, no prazo de seis meses a contar da emissão do referido certificado prévio.

Finalmente, o Código do Registo Comercial no seu novo artigo 67.º-A, introduzido também pela Lei n.º 19/2009, de 12 de Maio, veio resolver a questão da comunicação oficiosa da fusão também no caso da fusão transfronteiriça, determinando que o registo da fusão transfronteiriça na entidade incorporante ou o registo da nova entidade resultante da fusão transfronteiriça determina a a realização do registo da fusão nas entidades incorporadas ou fundidas na nova entidade, no que diz respeito às sociedades com sede em Portugal. Por outro lado, estabelece-se ainda que o serviço que efectue o registo da fusão transfronteiriça notifica desse facto e do consequente início de produção de efeitos da fusão, os serviços de registo competentes dos Estados-Membros onde estejam sediadas sociedades participantes. Finalmente, a recepção por qualquer serviço de registo comercial de notificação do início da produção de efeitos de fusão transfronteiriça, efectuada por serviço de registo competente de Estado-Membro, determina a realização oficiosa do registo da fusão transfronteiriça nas sociedades participantes na fusão que tenham sede em território nacional.

Só através destas regras que estabelecem obrigações oficiosas é possível assegurar a segurança jurídica, que no caso das fusões transfronteiriças seria ainda mais facilmente defraudável do que nas fusões internas.

§ 5.º EFEITOS E NATUREZA JURÍDICA DA FUSÃO

A primeira questão que se coloca nesta matéria é a de determinar quais os efeitos da fusão. Imediatamente de seguida, importa saber o momento em que aqueles efeitos se produzem.

De acordo com o previsto no artigo 112.º do CSC, com a inscrição da fusão no registo comercial, extinguem-se as sociedades incorporadas ou, no caso de constituição de nova sociedade, todas as sociedades fundidas, transmitindo-se os seus direitos e obrigações para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade e os sócios das sociedades extintas, tornam-se sócios da sociedade incorporante ou da nova sociedade.

Questão unânime na nossa doutrina, embora discutida noutros ordenamentos, diz respeito ao momento de produção dos efeitos da fusão, quer internamente, quer quanto a terceiros. Em tese, poderia defender-se que a fusão produz os seus efeitos ao nível interno na data em que a mesma fosse deliberada pelas assembleias gerais das sociedades intervenientes (se bem que, neste caso, teria que encontrar-se outra solução para os casos de fusão simplificada, em que a fusão não depende da prévia deliberação das assembleias).

À luz da disciplina do artigo 112.º do nosso código não pode deixar de considerar-se que a fusão produz efeitos com o registo comercial. O artigo 112.º sob a epígrafe “efeitos da fusão” define que: “Com a inscrição da fusão no registo comercial:

- a) Extinguem-se as sociedades incorporadas ou, no caso de constituição de nova sociedade, todas as sociedades fundidas, transmitindo-se os seus direitos e obrigações para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade;
- b) os sócios das sociedades extintas tornam-se sócios da sociedade incorporante ou da nova sociedade.”

Esta norma encontra-se, aliás, em sintonia com o artigo 5.º do CSC que define que “as sociedades gozam de personalidade jurídica e existem como tais a partir da data do registo definitivo do contrato pelo qual se constituem, sem prejuízo do disposto quanto à constituição de sociedades por fusão, cisão ou transformação”.

Poderia ainda discutir-se se os efeitos se dão sucessiva ou simultaneamente. No primeiro caso, existiria um momento em que os direitos e obrigações já se teriam transmitido para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade, sem que os sócios daquelas já tivessem adquirido participações sociais no capital da sociedade incorporante ou da nova sociedade. No entanto, do artigo 112.º parece resultar que os efeitos da fusão se dão simultaneamente com a inscrição da fusão no registo comercial, ou seja, extinguem-se as sociedades incorporadas ou, no caso de constituição de nova sociedade, todas as sociedades fundidas, transmitindo-se os seus direitos e obrigações para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade e, simultaneamente, os sócios das sociedades extintas, tornam-se sócios da sociedade incorporante ou da nova sociedade.

A distinção mais imediata é aquela que divide os efeitos da fusão entre efeitos patrimoniais (que dizem respeito ao património das sociedades envolvidas) e efeitos pessoais (aquisição da qualidade de sócio da sociedade incorporante ou da nova sociedade) ⁽¹⁸⁾.

Discute-se, ainda, se a fusão importa a dissolução sem liquidação quer das sociedades incorporadas, quer das sociedades fundidas na nova sociedade. Do n.º 1 do artigo 3.º da Terceira Directiva do Conselho de 1978 resulta que fusão mediante incorporação é “a operação pela qual uma ou várias sociedades, por meio de uma dissolução sem liquidação, transferem para outra todo o seu património activo e passivo (...)”. O n.º 1 do artigo 4.º da Terceira Directiva, por sua vez, refere que entende-se por fusão mediante a constituição de nova sociedade a “operação pela qual várias sociedades, por meio da sua dissolução sem liquidação, transferem para uma sociedade que elas constituem todo o seu património activo e passivo (...)”.

Esta tese da dissolução sem liquidação não foi acolhida na nossa lei. De facto, em nenhum momento o CSC trata a fusão como uma operação que acarreta a dissolução sem liquidação da(s) sociedade(s) incorporada(s) ou das sociedades fundidas. Para a nossa lei, a dissolução constitui uma modificação da relação jurídica criada pelo contrato

⁽¹⁸⁾ Cf. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Almedina, 2009, pp. 388 e ss.

de sociedade, que tem como consequência a sociedade entrar em liquidação. Os factos que dão origem a essa modificação são exclusivamente os que o CSC previu, nos quais não se inclui a fusão. A dissolução não tem um efeito extintivo, apenas dá origem à liquidação que, essa sim, tem como efeito final a extinção da sociedade liquidada.

Do ponto de vista material, o que acontece na fusão é que os direitos e obrigações que eram das sociedades incorporadas ou fundidas passam a ser da sociedade incorporante ou da nova sociedade, nos exactos termos em que o eram das primeiras. Isto acontece por efeito da fusão e não por efeito de qualquer outro mecanismo legal que se possa ficcionar.

Os autores alemães explicam este fenómeno através do recurso à teoria da sucessão universal (“*totale Universalsukzession*”). O património transmite-se como universalidade, com os direitos e obrigações que o constituem, sucedendo-se a sociedade incorporante ou a nova sociedade às sociedades incorporadas ou fundidas.

Também a Terceira Directiva do Conselho de 1978, no n.º 1 do artigo 19.º, refere que “a fusão produz *ipso iure* e simultaneamente os seguintes efeitos:

- a) A transmissão universal do conjunto do património activo e passivo da sociedade incorporada para a sociedade incorporante, tanto no que a estas respeita, como relativamente a terceiros;
- b) Os accionistas da sociedade incorporada tornam-se accionistas da sociedade incorporante;
- c) A sociedade incorporada extingue-se.”

Outra teoria quanto à natureza da fusão é a que encara a fusão como acto modificativo do pacto social. Esta teoria tem a sua origem em Itália e nasce por contraposição à teoria da sucessão universal.

Sendo um acto modificativo das sociedades participantes, não poderia a fusão acarretar um efeito extintivo das sociedades incorporadas ou fundidas. Como resolver então a questão, relativamente à sociedade incorporada? Uma das teses mais divulgada é a de Simonetto. De acordo com Diogo Costa Gonçalves, para Simonetto, a fusão consistia na reunião dos elementos patrimoniais e pessoais da sociedade

fundida numa única entidade societária, reunião esta que consistia numa modificação do pacto social⁽¹⁹⁾. A fusão não extinguiria a sociedade (incorporada ou fundida), pois é um acto modificativo do pacto social, mas impede a individualidade jurídica da sociedade fundida.

Entre nós, também Pinto Furtado, refere que a “extinção das sociedades fundidas não integra verdadeira dissolução, constituindo em nossa opinião mais propriamente uma simples cessação de existência autónoma, que aproxima a fusão da transformação, afastando-se da dissolução com liquidação”. Mais recentemente, Diogo Costa Gonçalves (*ob. cit.*) desloca a questão para a interpretação da expressão “dissolução sem liquidação” prevista na Terceira Directriz. Para o autor, que conclui que a fusão goza de uma autonomia conceptual e de regime, “impõe-se, portanto, uma interpretação da locução “dissolução sem liquidação” não num qualquer sentido técnico mas antes no núcleo teleológico fundamental que a mesma visa garantir. E esse núcleo é o seguinte: (i) a fusão consubstancia um acto extintivo da sociedade fundida; (ii) a fusão garante uma transmissão de património diferente, no modo e na natureza, daquela que resulta das normais formas de extinção das sociedades comerciais; (iii) a transmissão patrimonial e a extinção da sociedade fundida são efeitos concomitantes e constituem uma mesma unidade jurídica, teleológica e causal.

Em nossa opinião, a fusão, sendo um instituto jurídico autónomo, previsto e regulado pela lei, não é reconduzível a qualquer outro instituto.

Deste modo, não se produzem com a fusão, os efeitos da dissolução, ainda que sem liquidação. Não nos parece, também, que estejamos perante um “acto modificativo ou transformador das sociedades existentes e, como tal, subsumível à dogmática da alterabilidade do pacto social”⁽²⁰⁾. O elemento essencial não é o da alterabilidade do pacto social. De facto, nalguns casos de fusão, como o da fusão simplificada (artigo 116.º do CSC), provavelmente não estaremos perante qualquer

⁽¹⁹⁾ DIOGO COSTA GONÇALVES, *Fusão, Cisão e Transformação de Sociedades Comerciais, A Posição Jurídica dos Sócios e a Delimitação do Status Viae*, Edições Almedina, 2008, pp. 122 e ss.

⁽²⁰⁾ DIOGO COSTA GONÇALVES, *Fusão, Cisão e Transformação de Sociedades Comerciais, A Posição Jurídica dos Sócios e a Delimitação do Status Viae*, cit., p. 127.

alteração ao pacto social, podendo, inclusivamente, a fusão ser realizada sem prévia deliberação das assembleias gerais das sociedades intervenientes (desde que a convocação da assembleia geral não tenha sido requerida por sócios detentores de 5% do capital social).

O CSC não importou a tese da “dissolução sem liquidação”.

Por outro lado, no que diz respeito à sistemática, a disciplina da fusão vem regulada, no CSC, após as alterações ao contrato do contrato, num capítulo diferente, não integrando, assim, ainda que em termos sistemáticos, as alterações ao contrato de sociedade.

Tal como *supra* referido, do ponto de vista substancial, o que acontece na fusão é que os direitos e obrigações que eram das sociedades incorporadas ou fundidas passam a ser da sociedade incorporante ou da nova sociedade, nos exactos termos em que existiam nas primeiras, extinguindo-se as sociedades incorporadas ou fundidas. Transmitem-se, por mero efeito da fusão, os direitos e obrigações que pertenciam às sociedades incorporadas ou fundidas, salvo aqueles que sejam, por natureza, *intuitu personae* ou cuja caducidade opere por efeito da fusão.

Parece, então, que a construção dogmática que melhor define a natureza jurídica da fusão é a tese germânica da “*totale Universalsukzession*”, ou seja, sucessão universal. E não se diga que esta tese “ignora o elemento pessoal societário e a real vontade dos sócios e introduz na dogmática da alterabilidade das sociedades uma nota exclusivamente civilista cujo contributo para a real compreensão do instituto em causa fica aquém da evolução *supra* analisada”⁽²¹⁾. A modificação na esfera jurídica dos sócios, por efeito da fusão e, nomeadamente, a aquisição pelos sócios das sociedades incorporadas ou fundidas de participações sociais na sociedade incorporante ou na nova sociedade, é conciliável com a doutrina da sucessão universal dos direitos e obrigações da sociedade incorporante ou da nova sociedade. Aliás, a participação social a adquirir pelos sócios das sociedades incorporadas ou fundidas na sociedade incorporante ou na nova sociedade deverá corresponder exactamente ao valor dos activos e passivo que são transmitidos mediante a transferência global do património, por efeito da fusão, para a sociedade

⁽²¹⁾ DIOGO COSTA GONÇALVES, *Fusão, Cisão e Transformação de Sociedades Comerciais, A Posição Jurídica dos Sócios e a Delimitação do Status Viae*, cit., pp. 127 e ss.

incorporante (cf. alínea *a*), do n.º 2 do artigo 97.º do CSC) ou para a nova sociedade (cf. alínea *b*), do n.º 2 do artigo 97.º do CSC), pois são os sócios daquelas sociedades que adquirem a participação social na sociedade incorporante ou na nova sociedade e não as próprias sociedades incorporadas ou fundidas.

ABSTRACT

At present merging is one of the most important instruments foreseen in corporate law for the restructuring and acquisition of companies. It represents a way of maximising all the resources of the participating companies.

In this study we have looked at both kinds of mergers (by transfer of the assets and liabilities from one or more companies to another company or through the creation of a new company to which the existing ones merge their *patrimonium*).

We have focused on domestic mergers, whose legal framework has been subject to several changes in view of the simplification of the procedure, and on cross-border mergers (deriving from the European directive 2005/56/CE).

One of the most debated issues regarding mergers still relates to the effects (transfer of assets and liabilities, acquisition of securities or shares in the incorporating company by the shareholders of the incorporated companies, and extinction of the incorporated companies) and to the nature of the merger. As to this last debate, we have defended that the most adequate doctrine is the one of “*totale Universalsukzession*”.

ADENDA AO ARTIGO “A FUSÃO” EM VIRTUDE DA PUBLICAÇÃO DO DECRETO-LEI
N.º 53/2011, DE 13 DE ABRIL

§ 1.º Contexto; objecto do Decreto-Lei n.º 53/2011, de 13 de Abril e início de vigência

O Decreto-Lei n.º 53/2011, de 13 de Abril alterou o Código das Sociedades Comerciais quanto aos deveres de informação exigíveis em caso de fusão e de cisão e transpôs para a ordem jurídica interna a Directiva 2009/109/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Setembro, quanto aos requisitos em matéria de relatórios e documentação em caso de fusão e de cisão (cf. n.º 1 e 2 do artigo 1.º do referido Decreto-Lei, no qual se delimita o objecto do mesmo). A eliminação da exigência de determinados elementos de informação, tais como o balanço e os relatórios dos órgãos sociais e dos peritos foi estabelecida para os casos de cisão-dissolução. Aproveitou-se, ainda, para alterar o artigo 105.º do CSC, passando a prever-se que, em caso de exoneração dos sócios, a contrapartida possa ser calculada por um revisor oficial de contas designado pela Ordem, caso não haja acordo entre as partes quanto à nomeação, deixando de prever-se a necessidade de recurso a tribunal.

Esta alteração legislativa ocorre no seguimento da recente evolução da legislação relativa às fusões e cisões e tem como objectivo principal a simplificação dos procedimentos de fusão e cisão, nomeadamente no que diz respeito aos deveres de informação, bem como a redução dos custos administrativos inerentes a estes procedimentos. As alterações que decorrem do citado Decreto-Lei entram em vigor no dia 30 de Junho de 2011.

§ 2.º As alterações ao regime jurídico da fusão: em especial, os deveres de informação

1. O balanço das sociedades intervenientes é um dos documentos que deve constar obrigatoriamente do projecto de fusão – alínea d) do n.º 1 e n.º 2 do artigo 98.º do CSC. Permite-se agora que o balanço a constar do projecto de fusão possa ser, para além do balanço do último exercício, desde que tenha sido encerrado nos seis meses anteriores à data do projecto de fusão, ou um balanço reportado a uma data que não anteceda o trimestre anterior à data do projecto de fusão, também o balanço do primeiro semestre do exercício em curso à data do projecto de fusão, caso a sociedade esteja obrigada a divulgar contas semestrais nos termos do n.º 1 do artigo 246.º do Código dos Valores Mobiliários. Ou seja, permite-se que este tipo de sociedades não tenham que elaborar um balanço especial para efeitos de fusão, podendo apresentar, para o efeito, o balanço do primeiro semestre do exercício em causa à data do projecto de fusão. Este balanço tem um prazo de validade idêntico ao que o balanço anual tem para estes efeitos, ou seja, seis meses.

2. Adita-se, ainda, um novo n.º 5 ao artigo 98.º do CSC, que confirma os deveres de informação a respeitar quando a atribuição de valores mobiliários, por ocasião de uma fusão, seja qualificada como oferta pública.

3. Altera-se o n.º 1 do artigo 100.º (registo e publicação do registo e convocação da assembleia), passando a mencionar-se que o projecto de fusão será publicado imediatamente após o registo. Ora, esta alteração tem que significar que o projecto de fusão é publicado na íntegra, pois, já resultava do disposto no n.º 5 do artigo 100.º do CSC, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 185/2009, que a publicação do registo do projecto é promovida de forma oficiosa e automática pelo serviço de registo e contém a indicação de que os credores se podem opor à fusão nos termos do artigo 101.º-A do CSC.

4. Como corolário do direito à informação, o artigo 101.º do CSC previa já o direito de os sócios, credores e representantes dos trabalhadores, ou caso estes não existissem, os próprios trabalhadores, consultarem na sede das sociedades intervenientes, determinados documentos sobre a fusão e deles obter cópia integral. Através da alteração ora publicada, veio estabelecer-se que estas cópias podem ser facultadas por correio electrónico, desde que o sócio tenha comunicado previamente à sociedade o seu consentimento para a utilização de meios electrónicos para a comunicação de informações respeitantes à sociedade.

No entanto, a sociedade deixa de estar obrigada, quer a facultar cópia, quer a fazer o envio por correio electrónico, caso disponibilize os mesmos no seu sítio da internet a partir do registo e até um ano após a realização da assembleia geral de aprovação do projecto de fusão. Claro que, embora a lei não o refira, caso não haja assembleia de aprovação do projecto de fusão, como se verifica quando estamos perante uma fusão simplificada, este prazo não pode deixar de contar-se da data do registo definitivo da fusão.

5. Em especial quanto aos deveres de informação aos sócios, criou-se a obrigação para os órgãos de administração de prestar reciprocamente informações antes da data da assembleias geral, acerca de qualquer mudança relevante nos elementos de facto em que se baseou o projecto de fusão. Esta é uma forma de os sócios de cada uma das sociedades se encontrarem informados acerca das mudanças relevantes que possam ter ocorrido nas sociedades participantes na fusão de que não sejam sócios, permitindo-se desta forma às administrações das sociedades que proponham as alterações que se tornam necessárias e, aos sócios das sociedades intervenientes, que o seu voto seja fundamentado na informação recebida não só em relação à sociedade de que são sócios, mas quanto a todas as sociedades intervenientes no processo. Esta obrigação é fundamental para que os sócios possam estar em condições de, no momento do voto, conhecerem todas as condições actuais da