

A TRANSFERÊNCIA (INTER)NACIONAL DA SEDE DA
SOCIEDADE ANÓNIMA EUROPEIA

THE CROSS-BORDER TRANSFER OF THE EUROPEAN
COMPANY'S SEAT

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 4, febrero 2016, pp. 166 - 197.

Fecha entrega: 07/12/2015
Fecha aceptación: 15/01/2016

CÉSAR MANUEL FERREIRA PIRES
Professor de Direito Comercial
Universidade Lusófona do Porto (PT)
Cesar_Pires@hotmail.com

RESUMO: A Sociedade Anónima Europeia é uma realidade jurídica que permanece desconhecida no seio dos Estados-membros da União Europeia, apesar de constituir um instrumento jurídico que promove a liberdade de estabelecimento das sociedades. Neste artigo procura-se analisar a transferência da sede da Sociedade Anónima Europeia, demonstrando as virtudes e os problemas do regime jurídico constante do Regulamento (CE) n.º 2157/2001, de 8 de Outubro de 2001.

PALAVRAS-CHAVE: União Europeia; Sociedade Anónima Europeia; sede.

ABSTRACT: The European Company is a legal form that remains unknown within the Member States of the European Union, although it is a legal form that promotes freedom of establishment of companies. This article seeks to analyze the transfer of the European Company's seat, demonstrating the virtues and problems of the legal framework contained in Council Regulation (EC) No [2157/2001](#) of 8 October 2001.

KEY WORDS: European Union; European Company; seat.

SUMARIO: I. ENQUADRAMENTO DO OBJETO DE ESTUDO.- II. A LIBERDADE DE ESTABELECIMENTO NA UNIÃO EUROPEIA COMO PILAR PARA O SURGIMENTO DA SOCIEDADE ANÓNIMA EUROPEIA.- III. OS PRESSUPOSTOS FUNDAMENTAIS PARA A TRANSFERÊNCIA *(INTER)NACIONAL* DA SEDE DA SOCIEDADE ANÓNIMA EUROPEIA.- IV. OBSTÁCULOS E EQUÍVOCOS DO REGIME DA TRANSFERÊNCIA *(INTER)NACIONAL* DA SEDE DA SOCIEDADE ANÓNIMA EUROPEIA.- V. OS TERCEIROS FACE À TRANSFERÊNCIA *(INTER)NACIONAL* DA SEDE SOCIEDADE ANÓNIMA EUROPEIA.- VI. OS SÓCIOS MINORITÁRIOS FACE À TRANSFERÊNCIA *(INTER)NACIONAL* DA SEDE SOCIEDADE ANÓNIMA EUROPEIA.- VII. A NATUREZA DO REGISTO DA NOVA SEDE DA SOCIEDADE ANÓNIMA EUROPEIA.- VIII. RELEVÂNCIA DA SEDE ANTERIOR DA SOCIEDADE ANÓNIMA EUROPEIA DEPOIS DE CONCLUÍDO O PROCESSO DE TRANSFERÊNCIA.

I. ENQUADRAMENTO DO OBJETO DE ESTUDO.

A transferência internacional da sede social das sociedades constitui uma matéria envolta em grande polémica. Os Estados sempre manifestaram grande relutância à saída de investimento do seu território, assim como ao reconhecimento de sociedades constituídas ao abrigo da legislação de outros Estados (questão que se coloca com maior acuidade).

A transferência internacional da sede das sociedades é uma questão que está para além do estritamente jurídico; trata-se, também, de uma questão macroeconómica. O protecionismo dos Estados relativamente às sociedades localizadas no seu território está ligado a vários fatores, tais como o tributário, o social ou o laboral.

A afirmação de cada Estado além-fronteiras depende em larga medida da sua capacidade de aumento do Produto Interno Bruto e da redução do seu défice orçamental; este último com repercussões ao nível da convergência na União Europeia. Ora, tendo em conta que o Produto Interno Bruto será tanto mais incrementado quanto maior for o número de empresas constituídas e localizadas aquém-fronteiras e quanto menor for o número de saídas, cada Estado tenderá a adotar mecanismos que sejam os mais eficientes possíveis para alcançarem estes objetivos. Tais mecanismos podem ser de várias ordens, ou seja, quer através da criação de condições físicas necessárias à implementação ou manutenção de empresas no seu território (como criação de infraestruturas rodoviárias) ou através da celebração de contratos de investimento e/ou concessão de benefícios fiscais. Por outro lado, não obstante os benefícios fiscais que possam ser concedidos pelos Estados para

cativar as empresas, a verdade é que a implantação das empresas no seu território acaba sempre por gerar receitas fiscais elevadas, dado que na maior parte das vezes as empresas em causa têm um volume de negócios também muito elevado.

Não obstante, tais aspetos não impedem que as empresas saiam do território dos Estados onde se localizam e procurem estabelecer-se noutros. Por isso, os Estados tendem a consagrar determinados impedimentos jurídicos à mobilidade das sociedades através da proibição, ou limitação, da livre transferência da respetiva sede.

Mas, no seio da União Europeia, a transferência da sede das sociedades tem de ser entendida em estreita articulação com um dos seus pilares fundamentais – a liberdade de estabelecimento –. Várias foram as vezes em que o Tribunal de Justiça das Comunidades¹ foi chamado, no âmbito de reenvios prejudiciais, a pronunciar-se sobre a conformidade de determinadas normas legais internas dos Estados-membros com a liberdade de estabelecimento consagrada no Tratado CE. Na maioria dos casos declarou, em síntese, que a existência de uma legislação nacional que restringisse, injustificadamente, a liberdade de estabelecimento das sociedades, violava o Tratado CE².

A aprovação do Regulamento (CE) n.º 2157/2001, em 8 de Outubro de 2001³ veio contrariar, em certa medida, a Jurisprudência firmada nos Acórdãos *Inspire Art* e *Centros*, dado que o Regulamento exige que a transferência da sede seja acompanhada da transferência da administração central da Sociedade Anónima Europeia (SAE)⁴.

¹ Hoje, Tribunal de Justiça da União Europeia (abreviadamente TJ).

² O Acórdão *Daily Mail*, no ponto 1 da sua parte decisória refere que “os artigos 52º e 58º do Tratado (correspondendo, respectivamente, aos actuais art.º 49º e 54º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia - TFUE) devem ser interpretados no sentido de que, no estágio actual do direito comunitário, não conferem a uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-membro, e que neste tenha a sua sede social, o direito de transferir a sede da sua administração para outro Estado-membro.” (Proc. 81/87), in *Colectânea de Jurisprudência da União Europeia*, 198,8, página 05483.

No entanto, a Jurisprudência do Tribunal de Justiça (desde o Acórdão *Centros* – Proc. C-212/97 –, passando pelo Acórdão *Überseering* – Proc. C-208/00 –, até ao Acórdão *Inspire Art* – Proc. C-167/01) tem seguido o caminho de considerar incompatível com o Direito originário qualquer limitação à constituição de sucursais num país diferente da sede de uma sociedade, ao reconhecimento da capacidade jurídica de uma sociedade adquirida no Estado da constituição, assim como a imposição de requisitos adicionais para o exercício, por parte de uma sociedade, de uma atividade a título secundário.

³ De ora em diante, também, apenas Regulamento (CE) n.º 2157/2001 ou, simplesmente, Regulamento.

⁴ EBERS, M.: “Company law in Member States against the background of legal harmonisation and competition between systems”, *European Review of Private Law*, núm. 4,

Por outro lado, mesmo depois da aprovação do Regulamento, o TJ declarou que “Os artigos 43º (atual art.º 49º do TFUE) e 48º (atual art.º 54º do TFUE) do Tratado CE opõem-se a que, quando uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-membro no território do qual tem a sua sede social é considerada, segundo o direito de outro Estado-membro, como tendo transferido a sua sede efetiva para este Estado, este último não reconheça à referida sociedade a capacidade jurídica e, portanto, a capacidade judiciária perante os seus órgãos jurisdicionais nacionais para invocar os direitos resultantes de um contrato celebrado com uma sociedade estabelecida no referido Estado” (primeiro parágrafo da parte conclusiva do Acórdão *Überseering*, proferido em 5 de Novembro de 2002).

A questão que se pode colocar é a de saber se o regime jurídico estabelecido para a transferência da sede da SAE é compatível com a liberdade de estabelecimento caso se entenda, tal como no Acórdão *Überseering*, que as sociedades têm a liberdade de transferir a sua administração central para um Estado-membro sem que tenham de transferir a sua sede⁵.

Consideramos que, apesar do Acórdão *Überseering* ter sido proferido após a aprovação do Regulamento (CE) n.º 2157/2001, a obrigação imposta por este (a observância do princípio da unidade geográfica⁶, ou seja, a administração central da SAE tem de localizar-se no mesmo Estado-membro da sua sede) não viola o princípio da liberdade de estabelecimento.

O facto de o Regulamento exigir que a administração central da SAE se localize no mesmo Estado-membro da sua sede tem que ver com a necessária proteção dos credores sociais e com a necessidade de evitar a fraude fiscal.

Deste modo, ao contrário do que sucede com as sociedades direito nacional (cujas leis aplicáveis ao seu estatuto pessoal é determinada de acordo com o Direito Internacional Privado de um determinado Estado-membro), todas as SAE's têm a sua lei pessoal determinada por um instrumento legal de âmbito europeu que fixa, materialmente, as condições para a transferência da respetiva sede. Pelo que, sendo a salvaguarda do interesse geral uma preocupação europeia, não podia o Regulamento deixar de a incorporar.

2003, pp. 512 ss. Refere este autor que: “In contrast to the principles laid down in the *Überseering* decision, the SE [...] Statutes do not permit the registered office and the head office to be located in different Member States”. Acrescentando mais adiante: “As a result, European Companies [...] which are mainly active within the confines of one Member State cannot establish a mailbox company in order to choose a more beneficial legal regime.”

⁵ WYMEERSCH, E.: “Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo”, *Rivista delle Società*, ano 48, 2003, pp. 723 ss.

⁶ SAGASTI AURREKOETXEA, J. J.: “La constitución de la – Societas Europaea – SE”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 19, 2002, pp. 115 ss.

Aliás, o que o legislador europeu fez no Regulamento (CE) n.º 2157/2001 foi refletir as preocupações já demonstradas pelo TJ no próprio Acórdão *Überseering* e no Acórdão *Centros*. Nestes Acórdãos, os juízes do TJ, apesar de afirmarem que as legislações nacionais dos Estados-membros em causa eram incompatíveis com o princípio da liberdade de estabelecimento, não deixaram de afirmar que esses mesmos Estados-membros podiam adotar mecanismos tendentes a fazer face a determinados abusos ou fraudes, nomeadamente, sempre que a transferência da sede efetiva se operasse para prejudicar credores privados ou públicos estabelecidos no respetivo território.

É, pois, o próprio Regulamento que delimita a intervenção dos Estados-membros ao mínimo indispensável, ou seja, estes só se podem pronunciar pela oposição à transferência da sede da SAE, caso a mesma se fundamente em razões de interesse público (art.º 8º, n.º 14 do Regulamento). Concomitantemente, a liberdade de estabelecimento das SAE's dentro da União Europeia está garantida pela possibilidade de, em qualquer momento, se processar a transferência da sede estatutária (acompanhada da deslocalização da administração central), sem que tal transferência origine a dissolução destas sociedades de âmbito europeu.

Não obstante, a complexidade em que está envolto o regime jurídico aplicável às SAE's tem sido um dos fatores que mais tem contribuído para a reduzida procura deste tipo societário no seio de alguns Estados. Nos Estados onde o conhecimento deste tipo societário é maior, por existir maior divulgação do regime jurídico aplicável, o número parece elevar-se para patamares bem mais altos⁷. Nesse sentido, procuraremos com o presente estudo contribuir, de alguma forma, para um melhor conhecimento de um aspeto fundamental do regime jurídico: a transferência da sede da SAE.

⁷ Este é um dos factores apresentados como justificadores de um grande número de SAE's localizadas na República Checa e Alemanha. No entanto, o Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a aplicação do Regulamento (COM(2010) 676 final, de 17 de Novembro), apresenta outros motivos para a verificação de um elevado número de SAE's *inscritas* nestes Estados. Nestes Estados parecem existir SAE's «de prateleira», ou seja, sociedades sem existência económica que são, posteriormente, adquiridas por empresas que pretendem poupar tempo, reduzir os custos e evitar um processo de constituição complexo e incerto (eventualmente, com o intuito de se furtarem, também, à aplicação de regras atinentes ao envolvimento dos trabalhadores). Por seu turno, a diminuta implantação de SAE's em países como Portugal, Itália e Polónia, parece dever-se aos tecidos empresariais existentes nestes Estados, ou seja, pelo facto de serem constituídos primordialmente por pequenas e médias empresas.

II. A LIBERDADE DE ESTABELECIMENTO NA UNIÃO EUROPEIA COMO PILAR PARA O SURGIMENTO DA SOCIEDADE ANÓNIMA EUROPEIA.

A liberdade de estabelecimento na União Europeia insere-se numa questão mais ampla concernente à supressão das fronteiras entre os Estados-membros e dos obstáculos ao tráfego económico supranacional.

Num mercado que se quer único, global e com potencialidade para se impor para lá dos limites convencionais da própria União Europeia, torna-se imperioso ultrapassar os obstáculos existentes dentro desse mesmo espaço.

Assim, no que se refere às sociedades, é necessário que o legislador europeu consagre determinados direitos tendentes a atenuar as diferenças que possam existir entre estas entidades, derivadas da sua diferente localização dentro do espaço da União Europeia.

A liberdade de estabelecimento constitui um dos pilares fundamentais da União Europeia necessários à afirmação das sociedades comerciais europeias e, em última análise, à afirmação da própria União Europeia. Este entendimento foi sufragado pelo Tribunal de Justiça que, no Acórdão Reyners⁸, considerou que, após o termo do período de transição, o artigo 52º do Tratado CEE⁹ tinha efeito direto.

Embora o sentido e alcance da norma venha sendo determinado pela jurisprudência do TJ, poderíamos dizer que tal liberdade consiste no direito reconhecido aos nacionais de um Estado-membro de se fixarem no território de outros Estados-membros para aí exercerem uma atividade nas mesmas condições concedidas, por estes, aos seus nacionais¹⁰. No entanto, no domínio das sociedades comerciais, os ordenamentos jurídicos dos vários Estados-membros estabelecem diferentes abordagens ao seu reconhecimento, ou seja, se uns Estados abordam o assunto no domínio da nacionalidade¹¹, outros abordam-no no domínio mais amplo da determinação da lei aplicável ao seu estatuto pessoal (onde se afasta a referência à nacionalidade e se introduz a referência a sede ou domicílio).

⁸ O Acórdão Reyners refere que “estabelecendo para o termo do período de transição a realização da liberdade de estabelecimento, o artigo 52º [actual 49º TFUE] prevê assim uma obrigação de resultado concreta, cuja execução deveria ser facilitada, mas não condicionada, pela implementação de um programa de medidas progressivas” (cons. 26). E, mais adiante, diria mesmo, de modo excessivo, que “com efeito, depois do termo do período de transição, as diretivas previstas pelo capítulo relativo ao direito de estabelecimento tornaram-se supérfluas ...” (cons. 30).

⁹ Posteriormente deu lugar ao art.º 43º do Tratado CE e ao atual art.º 49º TFUE.

¹⁰ SILVA, João Calvão da, *Direito Bancário*, Almedina, 2001, p. 150 ss.

¹¹ ARROYO MARTÍNEZ, I. e MERCADAL VIDAL, F.: *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas* (coords. Ignacio Arroyo e José Miguel Embid), Vol. I, Editorial Tecnos, 2001, pp. 66 e ss.

As opções dos legisladores dos diferentes Estados, quanto à determinação da lei reguladora do estatuto pessoal das sociedades, podem ser diversas. Tal divergência de critérios pode constituir um entrave à liberdade de estabelecimento das sociedades no âmbito da União Europeia.

Mas, o que significa a liberdade de estabelecimento das sociedades comerciais?

O legislador europeu não apresenta uma noção específica de liberdade de estabelecimento para as sociedades; limita-se a consagrar tal liberdade equiparando-a à liberdade de estabelecimento concedida aos indivíduos com nacionalidade de um dos Estados-membros (art.º 54º, parágrafo 1º do TFUE).

Destarte, podem beneficiar da equiparação aos indivíduos nacionais de Estados-membros as sociedades¹²:

- 1) Cujas constituições tenham obedecido às disposições da lei de um dos Estados-membros; e
- 2) Tenham a sua sede social, administração central ou estabelecimento principal na União.

No que se refere ao primeiro requisito, a constituição da sociedade considerar-se-á válida desde que o ato de constituição e os estatutos da sociedade respeitem as exigências legais do Estado-membro em causa¹³. Em Portugal, o ato constituinte de sociedade deve ser reduzido a escrito e as assinaturas dos subscritores devem ser reconhecidas presencialmente (art.º 7º, n.º 1 do Código das Sociedades Comerciais português – CSC)¹⁴ e, posteriormente, registado na competente Conservatória do Registo Comercial portuguesa (art.º 3, a) do Código de Registo Comercial português - CRCCom).

¹² Apesar do presente estudo se debruçar sobre as sociedades comerciais não é de todo despidendo referir que a noção de sociedades no âmbito do Direito Europeu é bastante mais abrangente do que aquela que normalmente é apresentada pelos Direitos nacionais dos Estados-membros. Dispõe o art. 54º, 2º parágrafo do TFUE que “*por «sociedades» entendem-se as sociedades de direito civil ou comercial, incluindo as sociedades cooperativas, e as outras pessoas colectivas de direito público ou privado, com excepção das que não prossigam fins lucrativos*”.

¹³ MOTA PINTO, A.: “Apontamentos sobre a liberdade de estabelecimento das sociedades”, *Temas de Integração*, núm. 17, 2004, pp. 77 ss.

¹⁴ Note-se que até à entrada em vigor do Decreto-lei 76-A/2006, de 29 de Março, era exigida escritura pública. Países como o Luxemburgo exigem, ainda hoje, escritura pública para a constituição de sociedades anónimas, em comandita por acções ou de responsabilidade limitada (ou, como refere o art. 4º da Lei de 10 de Agosto de 1915, referente às sociedades comerciais, “*sont, à peine de nullité, formées par des actes notariés spéciaux*”).

Os Estados-membros não podem, por isso, impor quaisquer outros requisitos para a equiparação das sociedades aos indivíduos.

O advogado-geral La Pergola, no Acórdão *Centros*¹⁵ refere mesmo que em sede de reconhecimento da liberdade de estabelecimento às sociedades não há lugar para averiguações sobre a natureza e sobre os conteúdos das atividades que a empresa exerce ou se propõe exercer e que o dado jurídico-formal reveste uma importância decisiva¹⁶.

É evidente que uma interpretação deste género pode acarretar alguns riscos, nomeadamente, pode permitir que uma sociedade com mera sede estatutária num Estado-membro, mas com sede real e efetiva ou plenamente controlada por nacionais de um Estado não membro, beneficie da liberdade de estabelecimento¹⁷.

Mas, a verdade é que a Jurisprudência europeia tem desempenhado um papel fundamental com vista à efetiva aplicação do princípio da liberdade de estabelecimento às sociedades.

Ora, para uma melhor compreensão do alcance da liberdade de estabelecimento das sociedades na União Europeia, tenhamos em conta a orientação seguida no Acórdão *Centros*:

“Os artigos 52º [atual artigo 49º TFUE] e 58º [atual artigo 54º TFUE] do Tratado CE opõem-se a que um Estado-membro recuse o registo de uma sucursal de uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de outro Estado-membro, no qual aquela tem a sua sede, sem aí exercer atividades comerciais, quando a sucursal se destina a permitir à sociedade em causa exercer a totalidade da sua atividade no Estado em que esta sucursal será constituída, evitando constituir neste uma sociedade e eximindo-se assim

¹⁵ Acórdão proferido no processo C-212/97 (*Centros Ltd v.s. Erhvevs- og Selskabsstyrelsen*).

¹⁶ PARLEANI, G. : “La mise en concurrence des législations nationales des États membres de l’Union européenne pour constituer dans l’un d’eux une société inactive, qui agira dans un autre pays de l’Union par une succursale concentrant toute l’activité, n’est pas une fraude au droit de l’État de la succurselle”, *Revue de sociétés*, Dalloz, núm. 2, 1999, p. 394.

¹⁷ CALVO CARAVACA, A. L. e CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Editorial Colex, 2003, p. 122. Estes autores dão-nos notícia de uma tese segundo a qual “para que a sociedade possa considerar-se «estabelecida» num Estado-membro, esta sociedade deve apresentar um «vínculo efectivo e continuo com a economia de um Estado-membro». Esta tese foi aprovada pelos Programas gerais de 18 de Dezembro de 1962. No entanto, como afirmam estes autores, a formulação feita entronca de imediato com um obstáculo decorrente da imprecisão ou vaguidade do critério; haveria sempre a necessidade dos Estados-membros chegarem a um acordo com vista à delimitação do conceito, cujo alcance se mostra praticamente impossível visto que certos Estados-membros acolhem a “*incorporation theory*”.

à aplicação das normas de constituição de sociedades que aí são mais rigorosas em matéria de liberação de um capital social mínimo. Todavia, esta interpretação não exclui que as autoridades do Estado-membro em causa possam tomar qualquer medida adequada para prevenir ou sancionar as fraudes, tanto no que se refere à própria sociedade, se necessário em cooperação com o Estado-membro no qual esta foi constituída, como no que se refere aos sócios que se provasse que pretendem, na realidade, através da constituição de uma sociedade, eximir-se às suas obrigações perante credores privados ou públicos estabelecidos no território do Estado-membro em causa.”

Esta decisão constitui uma inversão na Jurisprudência europeia fixada no Acórdão *Daily Mail*¹⁸, que tomou em linha de conta a teoria da sede real e efetiva das sociedades comerciais.

Desde o Acórdão *Centros*¹⁹ que se vem discutindo se a teoria da sede real e efetiva é incompatível com o Direito Europeu. Para os países defensores da teoria da sede real e efetiva torna-se difícil aceitar que este Acórdão tenha pretendido firmar jurisprudência no sentido da incompatibilidade daquela teoria com o princípio da liberdade de estabelecimento.

Não obstante os argumentos que, então, eram carreados para defender uma ou outra posição²⁰, a verdade é que a Jurisprudência do Tribunal de Justiça tem vindo a estabelecer uma preferência pela teoria da constituição, quando se levantam problemas relacionados com a liberdade de estabelecimento das sociedades em *situações de imigração*. Assim, no Acórdão *Inspire Art*²¹ o TJ considerou incompatível com o direito à liberdade de estabelecimento a existência de uma legislação nacional que preveja requisitos adicionais para o exercício, por parte de uma sociedade, de uma atividade a título secundário, e no Acórdão *Überseering*²² afirmou que os artigos 43º e 48º do Tratado CE

¹⁸ Veja-se o ponto 1) da parte decisória deste Acórdão: “Os artigos 52.º [actual art.º 49º TFUE] e 58.º [actual art.º 54º TFUE] do Tratado devem ser interpretados no sentido de que, no estágio actual do direito comunitário, não conferem a uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-membro, e que neste tenha a sua sede social, o direito de transferir a sede da sua administração para outro Estado-membro.” (Proc. 81/87), *Colectânea de Jurisprudência da União Europeia*, 1988, p. 05483.

¹⁹ ROTH, W.-H.: “Centros in perspective: free movement of companies, private international law and community law”, *International Comparative Law Quarterly*, Vol. 52, Parte 1, 2003, p. 183.

SIEMS, M.: “Convergence, competition, Centros and conflicts of law”, *European Law Review*, Vol. 27, núm. 1, 2002. p. 48.

²⁰ SÁNCHEZ LORENZO, S.: “El derecho europeo de sociedades y la sentencia «Centros»: la relevancia de la «sede real» en el ámbito comunitario”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, 2000, pp. 120 ss.

²¹ Acórdão do TJ, de 30 Setembro de 2003 (Proc. C-167/01).

²² Acórdão TJ, de 5 de Novembro de 2002, (Proc. C-208/00).

impunham ao Estado-membro, onde uma determinada sociedade (com sede estatutária noutro Estado-membro) decidiu exercer a sua liberdade de estabelecimento, o respeito pela sua capacidade jurídica e, portanto, capacidade judiciária adquirida no Estado da Constituição.

Se por um lado se compreendem as posições assumidas em defesa da teoria da sede real e efetiva aquando da decisão proferida no Acórdão *Centros*, nomeadamente, com arrimo no instituto da fraude à lei e no dever de proteção de terceiros, a verdade é que os Acórdãos *Inspire Art* e *Überseering* parecem demonstrar que a teoria da constituição é aquela que melhor privilegia a liberdade de estabelecimento das sociedades e o objetivo do mercado único.

No Acórdão *Inspire Art*, o TJ veio, mais uma vez, colocar em discussão e reflexão um dos argumentos para a defesa da teoria da sede real e efetiva, ou seja, o de ser aquela que evita a possibilidade de fraude à lei e a existência de sociedades fictícias (ou “*pseudo foreign corporations*” para usar um termo norte americano). Consequentemente, parece resultar da Jurisprudência do TJ que estas questões não podem limitar a liberdade de estabelecimento das sociedades, quando muito fazem impender sobre os Estados-membros o poder-dever de adotarem mecanismos com vista a prevenir a sua existência.

Não concordamos, portanto, com a opinião de quem pretende justificar a relevância atribuída à teoria da sede real e efetiva com o facto do Direito europeu derivado atribuir, em alguns domínios²³, relevância ao instituto da fraude à lei. Quando tal referência é feita não tem como finalidade atribuir relevância à teoria da sede real e efetiva, mas sim introduzir uma exceção à regra (a teoria da constituição). Exceção esta que deve ser salvaguardada pelos Estados-membros, isoladamente ou em cooperação, sem nunca colocarem em causa um dos pilares em que assenta a construção de um mercado único, ou seja, sem colocarem em causa a liberdade de estabelecimento das pessoas físicas ou das pessoas jurídicas.

Aliás, a aplicação da lei da sede real e efetiva conduz à recusa do reconhecimento da personalidade jurídica da sociedade. Tomemos como exemplo uma sociedade anónima inglesa constituída regularmente de acordo com a lei inglesa, mas cuja administração central se situa na Alemanha. Os Tribunais alemães aplicam a esta sociedade o Direito alemão, perante o qual a mesma não cumpre as exigências previstas (em matéria de registo comercial, capital social mínimo ou proteção dos credores). Por esta razão os Tribunais alemães não reconhecem personalidade jurídica a esta sociedade. Trata-se de

²³ Diretiva 95/26/CE (referida por SÁNCHEZ LORENZO, S.: “El derecho europeo de sociedades y la sentencia «Centros»: la relevancia de la «sede real» en el ámbito comunitario”, cit., p. 153).

uma solução que atenta de forma grave contra os interesses dos sócios, que ficarão pessoalmente responsáveis²⁴.

Por seu turno, no Acórdão *Überseering*, tendo o TJ sido chamado a pronunciar-se, num reenvio prejudicial feito por um tribunal alemão, sobre se os artigos 43º e 48 do Tratado CE impunham ao Estado-membro, para o qual a sociedade decidiu transferir a sua sede efetiva, reconhecer a capacidade jurídica desta, adquirida ao abrigo da lei da sua constituição, respondeu a tal questão em sentido afirmativo e inequívoco.

Ora, a matéria colocada à consideração do TJ (a capacidade jurídica) insere-se no âmbito do estatuto pessoal das sociedades e, por isso, a posição tomada pelo TJ é demonstrativa de uma clara opção pela teoria da constituição, nas *situações de imigração*²⁵.

A jurisprudência europeia abala, assim, mais um dos pilares da teoria da sede real ou efetiva ao retirar-lhe a competência para regular a capacidade da sociedade para celebração de negócios.

As diferentes opções dos legisladores quanto à sede relevante para a determinação da lei aplicável às sociedades comerciais têm sido os principais fatores impeditivos de uma maior mobilidade das sociedades comerciais dentro da União Europeia. Por isso, durante décadas sentiu-se a necessidade de um novo impulso para promoção e consagração da liberdade de estabelecimento das sociedades.

Tal impulso foi dado pelo Regulamento (CE) n.º 2157/2001, do Conselho, de 8 de Outubro de 2001, que aprovou o estatuto da SAE. Com a aprovação deste instrumento legal, o legislador europeu criou um novo tipo de sociedade, de âmbito europeu, que se esperava ser um instrumento que fomentasse a mobilidade das sociedades comerciais dos diferentes Estados-membros (que era um dos objetivos pretendidos pela Décima Diretiva, aplicável às fusões internacionais de sociedades). Portanto, não é por acaso que a fusão de sociedades sujeitas a diferentes ordenamentos jurídicos foi uma das vias ou procedimentos previstos por aquele Regulamento para a criação de uma SAE e a possibilidade de transferência da sede da SAE de um Estado-membro para outro foi, expressamente, consagrada por este

²⁴ HOPT, K. J.: “L’entreprise et le droit européen – quelques réflexions sur la réglementation européenne de l’activité et de l’organisation de l’entreprise”, *Revue des Sociétés*, núm. 2, 2001, pp. 311 ss.

²⁵ Se quisermos usar as palavras de Parleani diremos que “ a competição legislativa temperada pela reserva do interesse geral dá talvez, finalmente, resultados animadores” (PARLEANI, G.: “La mise”, cit., p. 398.)

instrumento legal²⁶.

Aliás, a mais recente jurisprudência do TJ vem considerando (agora no domínio de uma *situação de emigração de sociedade*) que o Regulamento constitui um instrumento ao dispor das sociedades europeias para se estabelecerem livremente em qualquer Estado-membro. Com efeito, no Acórdão Cartésio²⁷, o TJ apesar de afirmar, à data, que “no estado atual do direito comunitário, os artigos 43.º CE e 48.º CE devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma regulamentação de um Estado-Membro que impede que uma sociedade constituída ao abrigo do direito nacional desse Estado-Membro transfira a respetiva sede para outro Estado-Membro conservando ao mesmo tempo a sua qualidade de sociedade de direito nacional do Estado-membro em conformidade com o qual foi constituída”, não deixa de considerar que o Regulamento constitui um importante instrumento fomentador da liberdade de estabelecimento, ainda que opere uma mudança de direito aplicável²⁸, por via da transferência da sede.

III. OS PRESSUPOSTOS FUNDAMENTAIS PARA A TRANSFERÊNCIA (INTER)NACIONAL DA SEDE DA SOCIEDADE ANÓNIMA EUROPEIA.

Conforme referido supra, a sede da SAE tem de se situar no mesmo Estado-membro da União Europeia onde se encontre situada a sua administração central. Não significa isto que a sede da SAE tenha que se manter inamovível a partir do momento em que, pela primeira vez, a SAE tenha estabelecido a sua sede num determinado Estado-membro.

A sede da SAE pode ser livremente transferida desde que, no essencial, se verifique o cumprimento das obrigações necessárias à proteção dos credores ou outros titulares de direitos em relação à SAE. Está bem de ver que, tendo a Jurisprudência do TJ chamado a atenção, ao longo dos tempos, para a necessidade de estabelecimento de mecanismos eficazes para fazer face a fraudes (nomeadamente fiscais), a transferência da sede da SAE só possa efetivar-se desde que estejam devidamente salvaguardados e garantidos esses interesses públicos.

²⁶ VELASCO SAN PEDRO, L. A. e SÁNCHEZ FELIPE, J. M.: “La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 19, 2002, pp. 15 ss.

²⁷ Acórdão do TJ, de 16 de Dezembro de 2008 (Proc. C-210/06). Este Acórdão é objecto várias críticas (veja-se: PEREIRA DIAS, R.: “O acórdão Cartesio e a liberdade de estabelecimento das sociedades”, *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 2, Março 2010, Vol. 3, pp. 215 ss..

²⁸ *Idem*, pontos 115 a 120 do Acórdão.

No entanto, os pressupostos de que depende a transferência da sede da SAE não se reconduzem, apenas e só, à garantia dos interesses ou direitos de terceiros.

Para que a SAE possa transferir a sua sede é necessário que o órgão de direção ou de administração (consoante a SAE esteja organizada segundo um modelo dualista ou um modelo monista, respetivamente) tome a iniciativa de elaborar um projeto de transferência. Se considerássemos apenas a letra do Regulamento seríamos levados a considerar que esta iniciativa pertenceria, exclusivamente, ao órgão de direção ou de administração da SAE. Tal interpretação resulta da letra do artigo 8º, n.º 2 conjugado com o n.º 4 do mesmo artigo, ou seja, nestas normas do Regulamento (CE) n.º 2157/2001 diz-se que a elaboração do projeto cabe ao órgão de direção ou de administração e, posteriormente, a Assembleia da SAE é chamada a *pronunciar-se sobre a transferência*.

Sem prejuízo dos resultados a que possa conduzir uma interpretação literal dos referidos preceitos, tendemos a considerar que o legislador europeu não pretendeu reservar para o órgão de direção ou de administração a competência exclusiva de iniciativa para a transferência da sede da SAE. Nada impede que a Assembleia se pronuncie e delibere, em termos gerais, sobre a conveniência da transferência da sede da SAE para um dos vários Estados-membros ou para um específico Estado-membro. Não vislumbramos razões válidas para considerar que a vontade do legislador tenha sido a de impedir que o órgão deliberativo se pronuncie sobre a transferência da sede da SAE *antes de elaborado o projeto por parte do órgão de direção ou de administração*.

Assim, o órgão deliberativo da SAE pode aprovar uma proposta no sentido de que o órgão executivo elabore um projeto de transferência da sede da SAE para um determinado Estado-membro, ou no sentido de que este órgão determine o Estado-membro para o qual a SAE deve transferir a sua sede (por se ter tornado estrategicamente errado continuar com a sede no mesmo Estado-membro daquele que se verificava à data da deliberação) e que, posteriormente, submeta à Assembleia o projeto elaborado, para que esta se pronuncie sobre ele.

Na verdade, entendemos que o legislador europeu ao dizer que a Assembleia é, em determinado momento, chamada a pronunciar-se sobre a transferência (n.º 4 do art.º 8 do Regulamento) pretendeu, apenas, dizer que, depois de elaborado o projeto de transferência da sede da SAE, a Assembleia é chamada a pronunciar-se sobre esse mesmo projeto.

Tomada a decisão de transferência da sede da SAE, por iniciativa do órgão

de direção ou de administração, ou por iniciativa da Assembleia, deve aquele elaborar o respetivo projeto onde conste (por referência ao momento da sua elaboração) a firma, a sede e o número de registo da SAE.

Estes elementos constituem o núcleo essencial para a identificação da própria SAE (nomeadamente, a sede).

Na verdade se considerarmos apenas a firma da SAE como identificativa da mesma poderemos alcançar um resultado indesejado. Se a SAE está sujeita ao regime jurídico estabelecido pelo Regulamento (CE) n.º 2157/2001 e aí nada se refere quanto ao carácter distintivo, à novidade ou exclusividade da firma, então, só restam as proteções que advêm das legislações nacionais dos Estados-membros.

A questão que de imediato se pode colocar é a de saber se a firma de uma determinada SAE deve ser distinta das demais SAE's e sociedades de direito nacional. Se considerarmos que, quanto a este aspeto, deve ser aplicada a lei nacional do Estado-membro da futura sede da SAE, da sede atual da SAE ou ambas as leis, o carácter distintivo da firma não fica garantido dado que nada, nem ninguém, nos garante que a mesma não seja suscetível de confusão com uma outra firma de uma outra SAE, ou de uma sociedade de direito nacional, com sede num terceiro Estado-membro.

Não sendo o objeto do presente trabalho o estudo do carácter distintivo das firmas, o que acabamos de referir coloca o papel da sede da SAE num plano de evidência, ou seja, uma determinada sociedade (SAE) pode ser distinguida das demais devido ao facto da sua sede se situar neste ou naquele Estado-membro.

Além das menções relativas à SAE, reportadas ao momento em que é elaborado o projeto de transferência da sede, devem constar deste a sede proposta para a SAE, os seus estatutos, as consequências que a transferência pode ter para o envolvimento dos trabalhadores²⁹, o calendário proposto para a transferência e todos os direitos relativos à proteção dos acionistas e/ou credores³⁰ (alíneas a) a e) do n.º 2 do art.º 8º do Regulamento).

No que se refere à nova sede proposta para a SAE refira-se, para já, que, de acordo como o Regulamento, a mesma deve situar-se no mesmo Estado-

²⁹ No que se refere ao envolvimento dos trabalhadores (uma das questões, senão a principal, que esteve na base dos repetidos adiamentos para aprovação do regime jurídico aplicável à SAE) limitar-nos-emos a dar notícia da Diretiva aprovada –a Diretiva 2001/86/CE, do Conselho, de 8 de Outubro de 2001 (publicada no JO L294, pp. 22 e ss., de 10/11/2001)–.

³⁰ Sobre esta questão ver infra ponto 5 e 6.

membro onde se situará a administração central da SAE³¹. Pelo que, na definição estratégica da transferência da sede, o órgão de direção ou de administração terá em conta, não só os custos emergentes da deslocalização da sede social, mas também os custos relacionados com a deslocalização da administração³².

Embora não seja provável (dado o âmbito de atuação da própria SAE), os “novos” estatutos propostos para SAE decorrentes da transferência da sua sede podem redundar em alterações de pequena monta. Para tanto, basta que os “velhos” estatutos da SAE não disciplinem matérias não reguladas ou parcialmente reguladas pelo Regulamento. Dito de outro modo, estando as matérias não reguladas, ou parcialmente reguladas no Regulamento, sujeitas à lei nacional do Estado-membro onde se situa a sede da SAE (art.º 9º, n.º 1, al. c) do Regulamento), só as disposições dos estatutos da SAE relativas a estas matérias é que poderão ter de se adaptar ao regime jurídico nacional do Estado-membro para o qual a SAE pretende transferir a sua sede.

Atento o que foi referido, não é de somenos importância a questão relativa à firma da SAE. A alínea b) do n.º 2 do art.º 8º do Regulamento parece abrir caminho a duas possibilidades decorrentes da transferência da sede da SAE:

A) a mudança da firma pode resultar da autonomia da vontade, ou seja, o órgão de direção ou de administração pode livremente propor uma nova firma para a SAE, justificando tal opção no relatório explicativo dos aspetos jurídicos e económicos da transferência da sede;

B) a mudança da firma pode resultar de uma imposição legal do ordenamento jurídico do Estado-membro para o qual a SAE pretende transferir a sua sede.

Por seu turno, o calendário proposto para a transferência da sede da SAE (al. d) do n.º 2 do art.º 8º do Regulamento) deve consagrar não só a data previsível a partir da qual esta transferência produz efeitos (data da inscrição

³¹ Como é óbvio, dado que no momento da elaboração do projecto a transferência da sede ainda não produziu efeitos, esta coincidência não tem que verificar-se. Neste momento trata-se, somente, de um plano de intenções elaborado pelo órgão de direcção ou de administração.

³² Esta questão deve, portanto, ser tida em conta antes da elaboração do próprio projecto de transferência da sede, sob pena de, no momento da elaboração do relatório explicativo e justificativo dos aspectos jurídicos e económicos da transferência (n.º3 do art. 8º do Regulamento), o órgão de direcção ou de administração ter de procurar fundamentos para algo já determinado. Embora não seja de prever que o órgão de direcção ou de administração possa chegar a uma situação idêntica a esta se a iniciativa da transferência for sua, o mesmo já não se pode dizer no caso da iniciativa para a transferência ser da Assembleia (que pode apresentar a proposta de transferência da sede sem necessidade de elaborar qualquer tipo de relatório, já que esta função cabe ao órgão executivo).

da nova sede da SAE no Registo do Estado-membro de destino), mas também todo o restante itinerário da transferência, nomeadamente, o período durante o qual os acionistas e credores da SAE podem analisar o projeto de transferência e o relatório elaborado pelo órgão de direção ou de administração, a data prevista para a publicação do próprio projeto e a data da reunião da Assembleia da SAE.

Deixando, para já, de parte os aspetos relativos à proteção dos credores e acionistas³³, uma das consequências imediatas da pretensão de transferência da sede da SAE é a necessidade de proceder à publicação do respetivo projeto (art.º 8º, n.º 6, 1ª parte, conjugado com o art.º 13º do Regulamento). Dada a existência de uniformização quanto às exigências de publicação de determinados atos levada a cabo pela Diretiva 68/151/CE³⁴ (substituída pela Diretiva 2009/101/CE³⁵), a forma de publicação do projeto de transferência da sede da SAE é determinada pelas disposições dos Estados-membros derivadas da transposição desta (s) Diretiva (s). Ora, as SAE's que tenham a sua sede em Portugal ficam sujeitas ao registo, do projeto de transferência da sua sede para outro Estado-membro, na Conservatória do Registo Comercial competente (art.º 3º, n.º 2, al. c) do CRCCom.) e à publicação do ato de registo no sítio de Internet de acesso público³⁶ (art.º 70º, n.º 1, al. a) e n.º 2 do CRCCom.)

Decorridos dois ou mais meses sobre a data da publicação do projeto, a Assembleia da SAE pode deliberar sobre a transferência da respetiva sede (art.º 8º, n.º 6 do Regulamento). Este prazo iniciar-se-á após a publicação do ato de registo do projeto no boletim nacional designado pelo Estado-membro da sede da SAE (art.º 3º, n.º 3 e 5 Diretiva 2009/101/CE).

A deliberação de transferência da sede da SAE deve ser tomada de acordo com as condições previstas no art.º 59º do Regulamento (*ex vi* o disposto na 2ª parte do n.º 6 do art.º 8º). Assim, segundo o Regulamento, o quórum deliberativo necessário para a aprovação da transferência da sede da SAE é igual ao quórum deliberativo exigido para a alteração dos estatutos da SAE, ou seja, pelo menos dois terços dos votos expressos.

No entanto, o Regulamento prevê que no caso da legislação nacional, do

³³ Sobre esta matéria ver *infra* epígrafes V e VI.

³⁴ Publicada no JO L065, de 14/03/68.

³⁵ Publicada no JO L258/11, de 01/10/2009.

³⁶ Nos termos da portaria 590-A/2005, de 14 de Julho, o sítio da Internet é o seguinte: www.mj.gov.pt/publicacoes (actualmente <http://publicacoes.mj.pt>) Não obstante o que vem consagrado no CRCCom quanto à publicação e ao registo, o legislador nacional não deixou de reafirmar essa necessidade (art. 4º, n.º 2, al. c) do Regime Jurídico português sobre a Sociedade Anónima Europeia – RJSAE).

Estado-membro da sede da SAE, aplicável às sociedades anónimas de direito interno consagrar uma maioria mais elevada, então, o quórum deliberativo passa a ser aferido pela lei nacional do Estado-membro da sede da SAE.

Ora, no que diz respeito à lei nacional portuguesa, o quórum deliberativo mais elevado exigido para a alteração do contrato de uma sociedade anónima é de dois terços dos votos emitidos (art.º 386º, n.º 3, conjugado com o art.º 383º, n.º 2 do CSC), ou seja, o quórum exigido pela lei nacional é igual àquele que é fixado pelo Regulamento.

Não obstante, a matéria concernente à transferência da sede das sociedades anónimas de direito português tem um tratamento autónomo no âmbito do CSC. A maioria exigida para a transferência da sede, de todas as sociedades de direito interno português, para o estrangeiro é de 75% dos votos correspondentes ao capital social (art.º 3º, n.º 5 do CSC), ou seja, três quartos dos votos emissíveis. Aliás, esta norma do CSC não deixa grande margem para dúvida quanto à sua aplicabilidade a todo o tipo de sociedades, ao referir que “a deliberação de transferência da sede prevista no número anterior deve obedecer aos requisitos para as alterações do contrato de sociedade, *não podendo em caso algum* ser tomada por menos de 75% dos votos correspondentes ao capital social”.

Destarte, apesar da transferência da sede implicar uma alteração do contrato de sociedade, a maioria exigida para a deliberação sobre aquela matéria é mais elevada do que a exigida para esta³⁷.

Atento o facto da percentagem de votos exigida para o quórum deliberativo ser reportada ao capital social, o quórum constitutivo será, também, de 75 % dos votos correspondentes ao capital social.

Posteriormente, a SAE deve efetuar as *démarches*, exigidas pela lei nacional do Estado-membro da sua sede, tendentes a provar, junto da entidade competente desse mesmo Estado-membro, que os interesses dos credores e titulares de outros direitos (incluindo os de entidades públicas) estão salvaguardados³⁸.

Cumpridos os requisitos exigidos pela lei nacional do Estado-membro da sede da SAE para a proteção dos sujeitos supra referidos, deve a entidade competente respetiva emitir um certificado comprovativo do cumprimento de todos os atos e formalidades prévios à transferência (n.º 8 do art.º 8º do

³⁷ VENTURA, R.: *Alterações ao contrato de sociedade*, Almedina, 1996, pp. 42 e ss.

³⁸ As SAE's com sede em Portugal devem cumprir os requisitos exigidos pelo art. 14º do RJSAE.

Regulamento)³⁹.

Segundo o disposto no art.º 8º, n.º 9 do Regulamento, depois de emitido o referido certificado pela entidade competente do Estado-membro da sede da SAE, e cumpridos os requisitos ou formalidades prévias exigidos pela lei nacional do Estado-membro da nova sede da SAE, pode ser efetivado o novo registo. Apesar da simplicidade da redação deste dispositivo legal julgamos que, além do certificado emitido pelo Estado-membro da sede da SAE, na maior parte dos Estados-membros o mesmo não poderá efetivar-se sem a apresentação da respetiva tradução oficial. As diferenças linguísticas entre a maioria dos Estados-membros impõem o controlo da legalidade do documento por uma questão de segurança jurídica.

IV. OBSTÁCULOS E EQUÍVOCOS DO REGIME DA TRANSFERÊNCIA (INTER)NACIONAL DA SEDE DA SOCIEDADE ANÓNIMA EUROPEIA.

No que se refere à transferência da sede da SAE, o Regulamento deixa a cada Estado-membro a possibilidade de prever, no seu ordenamento jurídico, que a transferência da sede da SAE de que resulte uma mudança do direito aplicável não produza os seus efeitos se, no prazo de dois meses após a publicação do projeto, uma entidade competente desse mesmo Estado-membro se lhe opuser (art.º 8º, n.º 14, primeiro paragrafo do Regulamento).

Trata-se de uma disposição legal que coloca em causa todo um regime legal construído com base na ideia de continuidade jurídica operante nos diversos ordenamentos jurídicos, ao consentir que os Estados-membros introduzam uma limitação à liberdade de estabelecimento, tornando, paradoxalmente, a mobilidade transfronteiriça da SAE ainda menos acessível do que para as sociedades de direito nacional⁴⁰.

No entanto, esta norma vai mais além do que a sua própria letra. O n.º 14 do art.º 8º do Regulamento não permite apenas que a lei nacional impeça a produção de efeitos da transferência da sede da SAE (que se verifica com o registo da SAE no Registo do Estado-membro da nova sede). Esta norma permite que se impeça a Assembleia de deliberar sobre tal assunto. Dito de

³⁹ De acordo com o art. 2º, n.º 1 do RJSAE, as entidades competentes para a emissão do referido certificado são as Conservatórias do Registo Comercial ou os notários. A emissão do certificado por estas entidades está dependente do cumprimento das formalidades prévias à transferência, incluindo o dever de obtenção de um certificado de não oposição por parte da autoridade da concorrência e da autoridade de supervisão ou de regulação sectorial que exerce esses poderes sobre a SAE (art. 10, *ex vi* o disposto no art. 15º, n.º 2 do RJSAE).

⁴⁰ COLANGELO, M.: “La «società europea» alla prova del mercato comunitario delle regole”, *Europa e diritto privato*, 2005, n.º 1, pp. 147 e ss.

outro modo, se a entidade competente do Estado-membro da sede da SAE tem dois meses após a publicação do projeto para se opor à transferência e a decisão da Assembleia só pode ser tomada passados dois meses sobre a data de publicação do projeto, então, quando este órgão deliberativo for chamado a pronunciar-se (e se o fizer) está já, nesse momento, a praticar atos inúteis.

Se, por um lado, se compreende a posição do legislador europeu em pretender que a SAE não fique, durante muito tempo, dependente da decisão da entidade competente para poder avançar com o processo de transferência da sede, por outro lado não se compreende que uma entidade estranha à vida societária possa pronunciar-se sobre um mero plano de intenções da SAE.

Imaginemos um projeto de transferência da sede de uma SAE em que, por hipótese, a entidade competente desse Estado-membro se oponha à transferência, mas a Assembleia da SAE se recuse a aprovar. Neste caso, a transferência nem chegava a ser aprovada pelo órgão deliberativo e, como tal, não haveria qualquer interesse público que exigisse tutela.

Diferentemente, imaginemos que sendo a Assembleia chamada a pronunciar-se sobre o projeto de transferência da sede acaba por o aprovar com alterações ou devolve ao órgão de direção ou de administração para que este proceda às alterações necessárias e exigidas por aquela. Caso estas alterações tivessem em vista corrigir eventuais violações do interesse público referido na parte final do n.º 14 do art.º 8º do Regulamento, a intervenção da entidade competente não teria qualquer sentido. Se quisermos fazer uma aproximação a uma matéria próxima desta, diríamos que a intervenção da autoridade competente do Estado-membro da sede da SAE é semelhante à intervenção do juiz do foro, no âmbito das demais relações privadas internacionais, quando lança mão da exceção de ordem pública internacional para impedir o “jogo” normal das normas de conflitos. Só que, enquanto no âmbito da ordem pública internacional, a doutrina maioritária vai no sentido de que esta exceção só deve operar no momento da verificação do resultado a que conduza a aplicação da lei estrangeira, no caso sobre que nos debruçamos a intervenção da autoridade competente do Estado-membro da sede da SAE tem lugar num momento em que a necessidade de tutela do interesse público ainda não é efetiva.

Ora, assim sendo, podemos dizer que o primeiro parágrafo, do n.º 14 do art.º 8º do Regulamento consagra uma conceção apriorística de interesse público, ou seja, o interesse público surge como uma espécie de lei de garantia diretamente aplicável a situações de potencial transferência da sede da SAE, independentemente de esta poder vir a efetivar-se ou não.

As preocupações que demonstramos quanto ao prazo estabelecido para

oposição da autoridade competente do Estado-membro da sede da SAE parecem, também, ter sido vistas pelo legislador português na aprovação do Regime Jurídico sobre a Sociedade Anónima Europeia – RJSAE.

Nos termos do RJSAE, o direito de oposição cabe à autoridade da concorrência e, nos casos em que a SAE esteja sujeita a supervisão, também à autoridade reguladora sectorial que exerça poderes de supervisão ou regulação sobre a mesma (art.º 15º, n.º 1 e art.º 8º, n.º 1 a 3, *ex vi* o disposto no art.º 15º, n.º 2 do RJSAE). Para obter o certificado de não oposição a SAE deve notificar as referidas autoridades, no prazo de 7 dias úteis após a aprovação do mesmo pela Assembleia Geral da SAE, de que pretende transferir a sede (art.º 8º, n.º 2 RJSAE).

Sem prejuízo da nossa concordância quanto ao *timing* para o exercício do direito de oposição (trinta dias contados desde a data da notificação que receberem as referidas autoridades – art.º 8º, n.º 4 do RJSAE), fixado pelo legislador nacional (atentas as razões acima expostas) receamos que a norma nacional possa ser colocada em causa por uma interpretação demasiado literal do preceito do Regulamento (que em termos literais fixa o prazo de oposição das entidades competentes em dois meses contados desde a data da publicação do projeto).

Mas, tomando como seguro que o problema da compatibilidade entre estes dois preceitos legais de fontes diferentes não é levantado, nos termos do RJSAE as autoridades competentes concedem um prazo não inferior a quinze dias para a SAE se pronunciar (n.º 4 do art.º 8). Tendo a SAE enviado a sua resposta à pretensão demonstrada pelas autoridades (ou por uma delas), estas devem, dentro de quinze dias contados desde a data da receção daquela, decidir fundamentadamente (art.º 8º, n.º 5 do RJSAE). Caso as autoridades competentes deixem passar algum dos prazos supra referidos preclui o direito de oposição (art.º 8º, n.º 6 do RJSAE).

No entanto, mesmo o regime jurídico criado pelo legislador nacional não está desprovido de equívocos. No caso de transferência da sede de uma SAE sujeita ao ordenamento jurídico português, uma Conservatória do Registo Comercial ou um Notário só pode emitir o certificado a que se refere o n.º 8 do art.º 8 do Regulamento desde que tenha sido emitido, previamente, um certificado de não oposição por parte da autoridade da concorrência e da respetiva autoridade de supervisão ou regulação. Segundo o art.º 10º (*ex vi* o disposto no art.º 15, n.º 2 do RJSAE), estas autoridades devem, no prazo de dez dias a contar da apresentação do pedido por parte da SAE, emitir certificado de não oposição. Ora, a questão que se coloca é a de saber se este prazo de dez dias corre a par dos prazos fixados no art.º 8º do RJSAE? Poderá a SAE, ao mesmo tempo que notifica as autoridades competentes

para o exercício do direito de oposição, notificá-los também para emitirem o certificado de não oposição?

Apesar da redação do art.º 10º do RJSAE não ser clara, consideramos que a sua interpretação deve ter em conta o estabelecido na parte final do n.º 6 do art.º 8º. Assim, estabelecendo-se neste dispositivo legal que “o decurso de qualquer dos prazos previstos nos números precedentes sem que as autoridades competentes procedam de acordo com o aí estabelecido vale como não oposição”, então, mesmo que a SAE notifique as autoridades competentes antes de decorrido qualquer dos referidos prazos (sem que as mesmas se pronunciem ou se pronunciem pela não oposição) estas só estão obrigadas a emitir o certificado de não oposição à transferência a partir do momento em que preclui o seu direito de se pronunciarem pela oposição; contando-se o prazo de dez dias, referido no art.º 10º, a partir da verificação desta preclusão.

Caso as autoridades competentes se pronunciem, fundamentadamente, pela oposição à transferência da sede da SAE, esta pode impugnar judicialmente a decisão no prazo de um mês contado a partir da data da notificação enviada para a sua sede (art.º 9º, n.º 4 do RJSAE).

V. OS TERCEIROS FACE À TRANSFERÊNCIA *(INTER)NACIONAL* DA SEDE SOCIEDADE ANÓNIMA EUROPEIA.

No que se refere aos terceiros afetados pela transferência da sede da SAE, o Regulamento apenas prevê, especificamente, a proteção de trabalhadores e credores.

Assim, no caso de a SAE ter assumido determinadas obrigações perante fornecedores ou clientes (imagine-se a celebração de um contrato de exclusividade relativamente a certos produtos), estes só podem fazer valer os seus direitos por via de uma ação judicial fundamentada em responsabilidade contratual.

Do mesmo modo, atento o disposto no n.º 15 do art.º 8º do Regulamento, tendemos a considerar que a existência de ações judiciais, baseadas quer em responsabilidade contratual, quer em responsabilidade extracontratual, intentadas contra a SAE e cuja existência de qualquer crédito seja aí colocada em causa, não podem impedir a SAE de transferir a sua sede, em virtude da inexistência da exigida analogia destes processos com os processos de dissolução, liquidação, insolvência ou suspensão de pagamentos.

No que se refere à proteção dos trabalhadores, o Regulamento estabelece que

o projeto de transferência da sede da SAE deve explicar as consequências que a mesma pode ter para o seu envolvimento (art.º 8º, n.º 2, al. c) do Regulamento), ou seja, quais os efeitos decorrentes da transferência da sede da SAE sobre “qualquer mecanismo, incluindo a informação, a consulta e a participação, através do qual os representantes dos trabalhadores possam influir nas decisões a tomar no âmbito da sociedade” (art.º 2º, al. h) da Diretiva 2001/86/CE do Conselho, de 8 de Outubro de 2001⁴¹). Acresce que, o órgão de direção ou de administração está obrigado a elaborar um relatório explicativo das consequências da transferência da sede da SAE sobre os trabalhadores, ou seja, o órgão de direção ou de administração há de explicar, nomeadamente, quais os créditos dos trabalhadores, quais os trabalhadores que irão ser despedidos (se for o caso) e quais os trabalhadores que, mantendo o seu vínculo, manterão o seu local de trabalho ou serão deslocalizados (art.º 8º, n.º 3 do Regulamento)⁴². Por seu turno, os trabalhadores têm a possibilidade de analisar, na sede da SAE, o respetivo projeto de transferência e o relatório elaborado pelo órgão de direção ou de administração (art.º 8º, n.º 4 do Regulamento).

Idêntica proteção é concedida aos credores comuns da SAE. Também em relação a estes é exigido que, quer o projeto de transferência da sede da SAE, quer o relatório elaborado pelo órgão de direção ou de administração, mencionem e expliquem todos os direitos e consequências dessa mesma transferência em relação a eles e que possam ser analisados na sede da SAE. Não obstante, nada é consagrado no Regulamento no que se refere à garantia do direito dos credores de analisarem os referidos documentos. Incumbe,

⁴¹ Esta Diretiva (publicada no JO L294, p. 22 e ss., de 10/11/2001) completa o estatuto da “Societas Europaea” no que respeita ao envolvimento dos trabalhadores. Este envolvimento dos trabalhadores deve ser assegurado através de um procedimento de negociação entre o órgão de direção ou de administração da SAE e os representantes dos trabalhadores (art. 3º desta Diretiva). Este procedimento de negociação está sujeito à lei nacional do Estado-membro em que se situa a sede da SAE. A sede da SAE foi, portanto, o critério atributivo da competência escolhido pela Diretiva (cujo fim é a tutela de interesses dos trabalhadores) para regular um procedimento colectivo de negociação.

Apesar do escopo da Diretiva ser a protecção dos trabalhadores e o critério utilizado para a determinação da lei aplicável ao procedimento de negociação ser uma lei cuja ligação poderá ser mais forte relativamente à SAE do que aos próprios trabalhadores (imaginemos que o centro de exploração da SAE se localiza noutro país), a verdade é que o Estado-membro onde se desenvolverá a negociação será naquele onde a SAE tem a sua sede.

Aliás, esta opção do legislador europeu não é de todo incoerente com o princípio da protecção dos trabalhadores, dado que mesmo no âmbito do contrato individual de trabalho internacional, tem sido defendida a aplicação da lei da sede da sociedade (*vide* GENS RAMOS, R. M.: *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, Almedina, 1991, pp. 941 e ss.)

⁴² Como é óbvio, tais aspectos devem conformar-se com a lei aplicável ao próprio contrato individual de trabalho (tema que, pela sua amplitude, nos limitamos, na nota anterior, a dar notícia da obra consagrada de ilustre professor Rui Moura Ramos).

por isso, ao legislador nacional de cada Estado-membro adotar os mecanismos necessários à efetiva garantia do referido direito.

Ora, apesar do Regulamento consagrar o direito, nada impede que as SAE's criem obstáculos factuais ao seu exercício. Um desses obstáculos cabe dentro da própria previsão do Regulamento, ou seja, a deslocalização da administração central. Vejamos.

O Regulamento nada refere quanto ao momento em que a SAE pode ou deve transferir a sua administração central. Se considerássemos que o Regulamento consagra a teoria da sede real ou efetiva numa vertente mais radical (ou seja, a SAE tem que ter, em qualquer momento, a sua sede estatutária no mesmo Estado-membro onde se situa a sua administração central) isso significaria que em nenhum momento a SAE poderia transferir a sua sede⁴³.

Não é, no entanto, a nosso ver, esta a ideia que subjaz ao regime jurídico aplicável às SAE's. Não havendo qualquer prazo ou data fixados para a deslocalização da administração central, nada impede que a SAE fixe uma data que seja anterior àquela que é fixada para o exercício, por parte dos credores, do direito de analisarem o projeto e o relatório. Isto implica que a SAE, mesmo que já tenha transferido a sua administração central⁴⁴ para o Estado-membro para o qual pretende transferir a sua sede, deve disponibilizar um espaço físico localizado no mesmo local onde se encontra situada a sua sede de modo a permitir que os credores analisem os referidos documentos.

No entanto, a verdade é que a SAE pode não disponibilizar esse espaço. Neste caso, quais os meios de reação que os credores têm para ver

⁴³ Aliás, esta hipótese, além de constituir algo de absurdo atendendo ao escopo do Regulamento, seria um contra-senso quando confrontada com a possibilidade transferência da sede.

⁴⁴ A administração central de uma sociedade deve considerar-se situada no local do seu centro de gravidade. O centro de gravidade da sociedade seria o local onde as decisões fundamentais da direcção empresarial se transformam em actos de gestão da empresa, ou seja, onde a vontade dos órgãos da sociedade se forma. Sem descuidar a dificuldade de delimitação deste conceito, o mesmo seria completado com determinados indícios, tais como:

- a) o local onde se situam as instalações da gerência ou da direcção da sociedade;
- b) o local habitualmente designado para as reuniões dos órgãos de direcção ou de gerência da sociedade;
- c) o local onde o público estabelece contacto com a sociedade;
- d) o local onde é recebida e expedida a correspondência, onde são celebrados contratos, emitidas facturas e onde são assinados outros documentos sociais.

(MOTA PINTO, A.: "Apontamentos sobre a liberdade de estabelecimento das sociedades (continuação)", *Temas de Integração*, núm. 18, 2004, pp. 150 ss.)

materializado o seu direito?

Com arrimo no Regulamento (art.º 64º) podíamos concluir que os credores interessados tinham a possibilidade de informar o Estado-membro da sede da SAE de que esta deixou de cumprir a obrigação prevista no art.º 7º e, conseqüentemente, esse Estado-membro adotaria as medidas necessárias para obrigá-la a regularizar a situação. Mas, a verdade é que estando a SAE, nesse momento, a transferir a sede, não pode ser obrigada a restabelecer a sua administração central, nem a fazer uma duplicação da operação de transferência da sede (conforme previsto na al. a), do n.º 1, do art.º 64º do Regulamento).

No que se refere ao ordenamento jurídico português, o RJSAE, embora consagre determinadas medidas com vista à proteção dos credores⁴⁵, nada

⁴⁵ Nomeadamente, os credores “podem declarar antecipadamente vencidos os seus créditos, devendo fazê-lo no prazo de 30 dias a contar da publicação do projecto de transferência de sede” (art. 14º, n.º 3, parte final do RJSAE). Além deste direito consagrado no RJSAE, os obrigacionistas têm direito de participar na Assembleia Geral convocada para discussão e votação da transferência da sede, desde que o contrato de sociedade não determine o contrário (art. 379º, n.º 2 do CSC). Esta possibilidade dos obrigacionistas participarem na discussão dos assuntos da ordem do dia está sempre posta em causa, porque no momento em que ela tiver lugar (dois meses após a publicação do projecto) eles já não podem declarar antecipadamente vencidos os seus créditos (dado que só o podem fazer no prazo de 30 dias após a publicação do projecto). Se tiver de existir uma decisão concertada dos obrigacionistas, ela deve ser tomada em Assembleia de Obrigacionistas, convocada antes de expirado o prazo para declararem vencidos os seus créditos perante a sociedade (art. 355º, n.º4 do CSC).

São diferentes as garantias consagradas em algumas legislações europeias.

Em França a lei distingue os credores obrigacionistas dos credores não obrigacionistas. Os credores obrigacionistas têm de ser obrigatoriamente chamados a pronunciar-se em Assembleia de Obrigacionistas, excepto se a sociedade oferecer a estes credores, mediante previa solicitação da sua parte, o reembolso dos títulos. A oferta de reembolso é objecto de publicação. Os obrigacionistas que não reclamem o reembolso dentro do prazo conservam a sua condição na sociedade, por respeito ao que está estabelecido no projecto de transferência de sede (art. L.229-2, paragrafo 5º do *Code de Commerce*). Os credores não obrigacionistas podem opor-se judicialmente à transferência da sede mas, mesmo que lhes seja dado provimento em tal impugnação, a sentença limita-se a declarar que a transferência não lhes é oponível, dado que a referida impugnação não impede a transferência da sede (art. L.229-2, paragrafo 6º do *Code de Commerce*); as disposições deste parágrafo não prejudicam a existência de acordos que permitam ao credor a exigência imediata do seu crédito.

Em Espanha, os credores que tenham os seus créditos garantidos não têm direito de oposição e os que não estejam vencidos, mas tenham nascido antes da publicação do projecto de transferência da sede, podem opor-se até que seja constituída garantia (art.º 334º, ex vi o disposto no art.º 462 da Ley de Sociedades de Capital, aprovada pelo Real Decreto Legislativo 1/2010). Quanto ao modo de exercício do direito de oposição, segundo o art.º 336º da Ley de Sociedades de Capital (*ex vi* o disposto no art. 462º) os credores podem opor-se à transferência da sede da SAE, desde que o façam no prazo de um mês a contar da publicação do projecto de transferência.

estipula tendo em vista a efetivação do direito de análise do projeto e do relatório.

É evidente que a SAE, para obter o certificado a que se refere o art.º 8º, n.º 8 do Regulamento tem de provar que os interesses dos credores foram devidamente protegidos. No entanto, a questão que se suscita de imediato é a de saber como é que os credores podem exercer ou comprovar que no devido tempo declararam pretender exercer os direitos que lhe são atribuídos ou, mesmo que o consigam, a quem devem dar o conhecimento desse facto?

Segundo o RJSAE as autoridades competentes para emitirem o certificado previsto no art.º 8º, n.º 8 do Regulamento são as Conservatórias do Registo Comercial ou os Notários portugueses (art.º 2º, n.º 1). Deste modo, deve admitir-se como possível o registo na Conservatória de factos impeditivos da emissão do certificado, nomeadamente, a consignação por parte dos credores de que tentaram exercer os seus direitos, mas que se debateram com obstáculos materiais (art.º 3º, n.º 2, al. i) do CRCom).

VI. OS SÓCIOS MINORITÁRIOS FACE À TRANSFERÊNCIA (*INTER*)NACIONAL DA SEDE SOCIEDADE ANÓNIMA EUROPEIA.

A definição de minoria não é unívoca e a sua tutela depende do tipo de minoria que possa surgir no caso concreto.

No entanto, para o que nos interessa, podemos dizer que a minoria (ou sócios minoritários) a tutelar é aquela que decorre do resultado da própria deliberação de transferência da sede. Assim sendo, se pretendêssemos avançar com uma definição de minoria para este caso *sub júdice* diríamos que ela é constituída por aqueles sócios que não partilham o parecer maioritário. Sócios minoritários serão “aqueles que, na votação efetuada, discordam da maioria – os dissidentes –” e “aqueles que nem sequer estiveram presentes na Assembleia Geral”⁴⁶.

A transferência da sede da SAE implica também uma modificação da lei aplicável às relações internas entre os sócios. A lei nacional do Estado-membro da nova sede pode alterar por completo os direitos e deveres entre os sócios, entre estes e a sociedade e, como vimos, oportunamente, entre a sociedade e os terceiros.

Atento o método utilizado pelo Regulamento para definir o regime jurídico

⁴⁶ TRIUNFANTE, A. M.: *A tutela das minorias nas Sociedades Anónimas – direitos de minoria qualificada / Abuso de direito*, Coimbra Editora, 2004, pp. 29 e ss.

aplicável à SAE, esta pode fundamentar o interesse na transferência da sede em razões de natureza estratégica, oportunidade de negócio ou, até mesmo, porque descobriu que uma lei de outro Estado-membro estabelece, em determinado momento, um regime mais favorável. Ora, o uso deste fundamento para a transferência da sede da SAE pode levar a que os sócios majoritários vejam na transferência da sede um meio para infligir danos ou obrigar à saída dos sócios minoritários.

Aqueles sócios que tenham o poder de decisão podem aproveitar o facto de existirem várias leis no “mercado europeu” para modificar a *lex societatis* (inicialmente escolhida como aplicável quer à SAE, quer às relações internas ou externas) em seu favor e em prejuízo dos outros sócios.

O busílis da questão está, por isso, em encontrar as melhores formas de garantia dos direitos dos sócios que votam contra a transferência da sede face à inevitabilidade dessa mesma transferência.

A forma de obviar a estes riscos é a eleição da lei da sede da SAE anterior à transferência, como lei aplicável a tais casos⁴⁷.

Neste sentido, o Regulamento (CE) n.º 2157/2001 estabelece que cabe ao Estado-membro onde a SAE tenha a sua sede a faculdade de adotar as medidas que considere necessárias para assegurar a proteção adequada dos sócios minoritários que se tenham pronunciado contra a transferência (art.º 8, n.º 5 do Regulamento).

Deixando-se aos Estados-membros a liberdade para adotarem ou não tais medidas de proteção poder-se-ia concluir que os sócios minoritários de uma SAE, com sede num determinado Estado-membro que não use tal faculdade, são discriminados em relação aos sócios minoritários de uma SAE com sede noutro Estado-membro que a use. Mas, tal conclusão seria precipitada. Os sócios minoritários quando decidiram constituir a SAE ou entraram no seu capital sabiam qual era a *lex societatis* e sabiam ou tinham obrigação de saber que, dentro das possibilidades conferidas por esta lei, uma delas era a transferência da sede da SAE para outro Estado-membro e quais os direitos que lhes eram atribuídos na eventualidade de uma decisão do género, contra a sua própria vontade.

Destarte, os Estados-membros que usarem a faculdade prevista Regulamento (CE) n.º 2157/2001 podem colocar os sócios que se tenham pronunciado

⁴⁷ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.: “El traslado del domicilio social al extranjero. Una visión facilitadora”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 2001, núm. 16, pp. 107 e ss.

contra a transferência em várias posições⁴⁸.

O RJSAE consagra a possibilidade de exoneração do sócio que tenha votado contra a transferência (art.º 13º). O sócio que pretenda usar da faculdade de se exonerar deve, nos trinta dias seguintes à deliberação da transferência da sede da SAE, manifestar por escrito à sociedade a vontade de o fazer (art.º 13º, n.º 2 com remissão para o art.º 7º, n.º 2 do RJSAE). A contrapartida a efetuar pela sociedade, salvo acordo das partes, é determinada por um revisor oficial de contas nomeado pela respetiva Ordem, que calcula a mesma de acordo com o estabelecido no art.º 1021º do Código Civil português e por referência ao momento da deliberação de transferência (art.º 7º, n.º 4).

No entanto, há que fazer uma distinção no que se refere à não realização da aquisição, consoante se trate de facto imputável à SAE ou ao sócio.

Na primeira hipótese, caso a sociedade promova o registo da transferência da SAE continua obrigada a adquirir a participação social do sócio, devendo compensá-lo pelos prejuízos sofridos (art.º 7º, n.º 7, *ex vi* o disposto no art.º 13, n.º 2 do RJSAE) e os administradores da SAE à data da transferência,

⁴⁸ A este respeito refere GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., ob. cit. na nota anterior, que a legislação nacional de um determinado Estado pode:

- a) conceder-lhes um direito de oposição absoluto (um direito de veto), de tal modo que caso não haja unanimidade, não se permite a mudança da «*lex societatis*»;
- b) conceder-lhes um direito de oposição relativo, de tal modo que se não estiverem de acordo com a decisão podem separar-se da sociedade e obter a sua contrapartida;
- c) não lhes conceder nenhum direito, de tal modo que a mudança da «*lex societatis*» se considere uma operação societária que têm de suportar, queiram ou não, todos os sócios se assim for deliberado pela maioria”.

E, acrescenta o autor, que a opção por uma destas soluções podia fundamentar-se num critério segundo o qual os sócios minoritários poderiam separar-se da sociedade se a mudança da *lex societatis* alterasse, realmente, a sua posição jurídica, mas já não quando a sociedade se submeta a uma lei equivalente à lei espanhola. “A regra assim formulada poderia ser mais justa, mas a sua implementação traz problemas notórios: a autoridade competente deveria comparar, em cada caso, o direito espanhol com o direito estrangeiro correspondente à nova «*lex societatis*», para comprovar como ficariam protegidos os sócios e se a mudança piora ou melhora a sua posição. Salvo em cenários onde fosse fácil esta comparação (por exemplo, na Europa), a sua prática implicaria custos de aplicação da norma muito elevados”.

Concordando com o autor no essencial da sua doutrina e atendendo a que, os julgadores nacionais dos diversos Estados-membros, no âmbito de outras relações privadas internacionais têm de lançar mão de diversas *lex causae*, a solução proposta poderia perfeitamente aplicar-se no âmbito da mudança da *lex societatis*. No entanto, verificamos que os legisladores nacionais dos Estados-membros não optam por esta solução e consagram, na sua maioria, a possibilidade dos sócios minoritários saírem da sociedade mediante uma contrapartida. Assim, acontece na Espanha, na França e na Irlanda (este último Estado-membro consagra, ainda, a possibilidade dos sócios obterem a anulação da transferência, desde que representem pelo menos, em termos nominais, 10% do capital – art. 12º, n.º 1. a) do *Statutory Instrument n.º 21 of 2007*).

bem como os administradores da SAE após a transferência, respondem solidariamente com esta (art.º 7º, n.º 8).

Na segunda hipótese, a SAE pode requerer à Conservatória do Registo Comercial ou ao Notário português que irá emitir o certificado do previsto no art.º 8º, n.º 8 do Regulamento que notifique o exonerando com vista à celebração do contrato de aquisição da sua participação (art.º 13º, n.º 4 RJSAE). Trata-se, por isso, de uma faculdade concedida à SAE para obrigar o sócio exonerando a alienar a sua participação⁴⁹. Caso a SAE não pretenda usar dessa faculdade, o sócio, decorridos trinta dias sobre o momento da determinação da contrapartida nada pode fazer sem o acordo da SAE, tendo em conta que este perde o direito à exoneração (art.º 7º, n.º 6, *ex vi* o disposto no art.º 13º, n.º 2 do RJSAE).

VII. A NATUREZA DO REGISTO DA NOVA SEDE DA SOCIEDADE ANÓNIMA EUROPEIA.

Verificados os pressupostos referidos anteriormente, e desde que tenha chegado a um acordo sobre o regime de envolvimento dos trabalhadores⁵⁰ a SAE pode requerer o registo da nova sede (art.º 8º, n.º 9 do Regulamento).

O Regulamento estabelece, assim, uma forma de reconhecimento automático das condições prévias necessárias para o registo da transferência da sede da SAE no Registo do Estado-membro de destino, mediante a apresentação de um certificado emitido pelo Registo do Estado-membro onde a SAE tenha a sua sede.

Esta técnica de verificação das condições necessárias para o reconhecimento da incorporação da sociedade, limitado à simples análise do certificado

⁴⁹ Esta faculdade não está prevista para o caso de constituição de uma SAE por fusão, apesar do regime previsto no art. 7º do RJSAE ser quase todo aplicável, com as necessárias adaptações, à exoneração do sócio por motivo de transferência da sede da SAE para outro Estado-membro (vide art. 13 do RJSAE).

⁵⁰ Esta exigência decorre da remissão feita pelo n.º 1 e n.º 2, al. c) do art. 8º do Regulamento para o seu art. 12º. Este dispositivo legal refere o seguinte, nos seus números 3 e 4:

“3. Para que uma SAE possa ser registada num Estado-membro que tenha usado da faculdade prevista no n.º 3 do artigo 7º da Diretiva 2001/86/CE, é necessário que, nos termos do artigo 4º da referida diretiva, se tenha chegado a um acordo sobre o regime de envolvimento dos trabalhadores, incluindo a participação, ou que nenhuma das sociedades participantes tenha sido regulada por regras de participação antes do registo da SAE.

4. Os estatutos da SAE não devem em caso algum ser incompatíveis com o regime definido para o envolvimento dos trabalhadores. Quando novas disposições estabelecidas nos termos da Diretiva 2001/86/CE forem incompatíveis com os estatutos existentes, estes devem ser alterados na medida do necessário.”

emitido pelo Registo estrangeiro é, também, uma realidade em Espanha, que tem vindo a abandonar a técnica conflitual (ou seja, aquela cuja validade da constituição /transferência da sociedade é aferida pela aplicação do Direito material estrangeiro designado pela norma de conflitos)⁵¹.

A partir do momento em que, nos termos da legislação nacional do Estado-membro da nova sede da SAE, esta se considere inscrita no Registo respetivo, a transferência da sua sede, assim como a alteração dos Estatutos, produzem os seus efeitos (artº8, nº10 do Regulamento).

O Registo da transferência visa, como em qualquer outro caso, dar publicidade ao ato. A partir deste momento a SAE considera-se situada no Estado-membro da nova sede para a generalidade dos efeitos jurídicos em que a localização seja relevante.

O Registo definitivo da nova sede da SAE é condição de eficácia da transferência⁵². Sem este Registo continua a considerar-se que a SAE se situa no Estado-membro da sede anterior ao processo de transferência.

Depois de efetuado o registo da nova sede da SAE, a entidade responsável pela nova inscrição (“o Registo”, segunda a letra do Regulamento) deve notificar a entidade antiga para que esta possa efetuar o respetivo cancelamento (artº8, nº11 do Regulamento).

O cancelamento do registo anterior pela entidade responsável desse Estado-membro assenta no princípio da confiança mútua, ou seja, o Registo do Estado-membro da anterior sede da SAE não necessita de verificar se foram cumpridos os requisitos exigidos pela lei nacional do Estado-membro da nova sede da SAE para poder efetuar o cancelamento; basta a notificação feita pelo Registo da nova inscrição⁵³.

O registo feito no Estado-membro da nova inscrição, assim como o cancelamento do anterior deve ser publicado de acordo com a legislação nacional de cada Estado-membro interveniente no processo de transferência da sede da SAE em cumprimento do estabelecido pela Diretiva 68/151/CEE⁵⁴ (artº8, nº12 do Regulamento com remissão para o seu artº13). Estamos, portanto, num momento de evolução da cooperação entre Registos na Europa, em que as dificuldades decorrentes da falta de proximidade entre

⁵¹ ARENAS GARCÍA, R.: “La función del registro mercantil en el Derecho Internacional de Sociedades”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2002, pp. 67 e ss.

⁵² *Vide* MOTA PINTO, C. A.: *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 1996, pp. 605 e ss.

⁵³ ARENAS GARCÍA, R.: “La función del registro mercantil en el Derecho Internacional de Sociedades”, cit., p. 73.

⁵⁴ Actualmente Diretiva 2009/101/CE, publicada no JO L258/11, de 01/10/2009.

estas entidades tendem a ser atenuadas. A alteração da Diretiva 68/151/CE, pela Diretiva 2003/58/CE, desempenhou um papel fundamental na supressão destas dificuldades, ao estabelecer a necessidade dos Estados-membros adotarem medidas para facilitar a consulta dos Registos Comerciais europeus, nomeadamente, através da criação de sítios de Internet onde constem os atos de Registo⁵⁵.

Ao contrário do que sucede com o projeto de transferência da sede da SAE, o registo e o cancelamento do registo anterior da SAE, que conclui o processo de transferência, é objeto de um aviso informativo a publicar no Jornal Oficial da União Europeia (artº14, n.º1, 1ª parte, do Regulamento)⁵⁶.

Embora este aviso informativo não tenha nada que ver com um modelo de Registo Central Europeu, deixou antever a possível evolução do processo de registo das sociedades – a existência de um futuro Registo supranacional associado a uma eficiente articulação com Registos nacionais dos Estados-membros.

Aliás, a existência de um Registo Central Europeu poderia desempenhar um papel importantíssimo na proteção dos interesses da própria SAE. A partir do momento em que transfere a sua sede, a SAE tem todo o interesse em que se proceda ao cancelamento (e respetiva publicação) do registo, no Registo da anterior sede. Caso a articulação entre o novo Registo e o antigo Registo não seja a melhor, a SAE vê-se na contingência de se sujeitar a que os terceiros possam invocar a antiga sede (artº8, nº13 de Regulamento). Ora, caso a SAE pudesse comunicar, a um Registo Central, a transferência da sua sede, com base num certificado emitido pelo Registo nacional do Estado-membro de destino, os terceiros deixariam de poder invocar a sede anterior mesmo que o Registo da sede anterior ainda não tivesse procedido ao seu cancelamento.

A realização destes intentos será operada no âmbito da interconexão de registos centrais dos Estados-membros, dos registos comerciais e dos registos de sociedades, ainda em fase de implementação⁵⁷.

⁵⁵ Sobre a criação de um espaço registal europeu, *vide* ARENAS GARCÍA, R.: “La función del registro mercantil en el Derecho Internacional de Sociedades”, cit., pp.74 e ss.

⁵⁶ Desse aviso constam a firma, o número, a data e o local de registo da SAE, a data, o local e o título da publicação, bem como a sede e o seu sector de actividade da SAE (art. 14º. n.º 1, 2ª parte, Regulamento).

⁵⁷ A Diretiva 2012/17/UE do Parlamento e do Conselho, de 13 de Junho de 2012 (que altera a Diretiva 89/666/CEE do Conselho e as Diretivas 2005/56/CE e 2009/101/CE do Parlamento Europeu e do Conselho), em articulação com o recentíssimo acto de execução levado a cabo pelo Regulamento de Execução (UE) 2015/884 da Comissão, de 8 de Junho de 2015, que estabelece especificações técnicas e procedimentos necessários ao sistema de interconexão dos registos criado pela Diretiva 2009/101/CE do Parlamento Europeu e do

VIII. RELEVÂNCIA DA SEDE ANTERIOR DA SOCIEDADE ANÓNIMA EUROPEIA DEPOIS DE CONCLUÍDO O PROCESSO DE TRANSFERÊNCIA.

Com o Registo da transferência da sede para outro Estado-membro, a SAE, para a generalidade dos efeitos de que depende a sua localização, passa a considerar-se situada nesse Estado-membro.

Consequentemente, o regime jurídico que lhe é aplicável a partir desse momento é o do Estado-membro da nova sede, nomeadamente, no que se refere a responsabilidade civil, laboral e fiscal.

Mas isto não significa que a SAE, no que concerne a litígios surgidos antes da sua inscrição no Registo da nova sede, não continue vinculada ao ordenamento jurídico do Estado-membro no qual estava localizada a sua sede anterior. Relativamente a estes litígios continua a considerar-se que a SAE tem a sua sede no Estado-membro da sede anterior (artº 8, nº 16 do Regulamento)⁵⁸.

Dado que na maior parte dos casos se entende que a palavra “litígio” está associada a litigância, consideramos que a aplicação o Regulamento sem uma análise comparativa da versão inglesa⁵⁹ pode conduzir a resultados bem distintos. Dado que na versão inglesa não se faz qualquer referência à ideia de litigância, mas sim a “causa de pedir”, tendemos a considerar que qualquer ação proposta contra a SAE (antes ou depois do registo da SAE no Estado-membro da nova sede) está sujeita ao ordenamento jurídico do Estado-membro da anterior sede, desde que a causa de pedir se reporte a um momento anterior àquele registo.

ÍNDICE

Conselho.

⁵⁸ A versão francesa não é muito diferente da versão portuguesa do Regulamento: “*Une SE qui a transféré son siège statutaire dans un autre État membre est considérée, aux fins de tout litige survenant avant le transfert tel qu’il est déterminé au paragraphe 10, comme ayant son siège statutaire dans l’État membre où la SE était immatriculée avant le transfert, même si une action est intentée contre la SE après le transfert.*”

⁵⁹ A redacção da versão inglesa é a seguinte: “*An SE which has transferred its registered office to another Member State shall be considered, in respect of any cause of action arising prior to the transfer as determined in paragraph 10, as having its registered office in the Member States where the SE was registered prior to the transfer, even if the SE is sued after the transfer.*”

BIBLIOGRAFÍA

ARENAS GARCÍA, R.: “La función del registro mercantil en el Derecho Internacional de Sociedades”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2002.

ARROYO MARTÍNEZ, I. e MERCADAL VIDAL, F.: *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas* (coords. Ignacio Arroyo e José Miguel Embid), Vol. I, Editorial Tecnos, 2001.

CALVO CARAVACA, A. L. e CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Editorial Colex, 2003.

COLANGELO, M.: “La «società europea» alla prova del mercato comunitario delle regole”, *Europa e diritto privato*, 2005, n.º 1.

EBERS, M.: “Company law in Member States against the background of legal harmonisation and competition between systems”, *European Review of Private Law*, núm. 4, 2003.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.: “El traslado del domicilio social al extranjero. Una visión facilitadora”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 16, 2001.

GENS RAMOS, R. M.: *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, Almedina, 1991.

HOPT, K. J. : “L’entreprise et le droit européen – quelques réflexions sur la réglementation européenne de l’activité et de l’organisation de l’entreprise”, *Revue des Sociétés*, núm. 2, 2001.

MOTA PINTO, A.: “Apontamentos sobre a liberdade de estabelecimento das sociedades”, *Temas de Integração*, núm. 17, 2004.

MOTA PINTO, C. A.: *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 1996.

PARLEANI, G. : “La mise en concurrence des législations nationales des États membres de l’Union européenne pour constituer dans l’ un d’eux une société inactive, qui agira dans un autre pays de l’Union par une succursale concentrant toute l’activité, n’est pas une fraude au droit de l’État de la succurselle”, *Revue de sociétés*, Dalloz, núm. 2, 1999.

PEREIRA DIAS, R.: “O acórdão Cartesio e a liberdade de estabelecimento das sociedades”, *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 2, Março 2010, Vol. 3.

BIBLIOGRAFÍA

ROTH, W.-H.: “Centros in perspective: free movement of companies, private international law and community law”, *International Comparative Law Quarterly*, Vol. 52, Parte 1, 2003.

SAGASTI AURREKOETXEA, J. J.: “La constitución de la – Societas Europaea – SE”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 19, 2002.

SÁNCHEZ LORENZO, S.: “El derecho europeo de sociedades y la sentencia «Centros»: la relevancia de la «sede real» en el ámbito comunitario”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, 2000.

SIEMS, M.: “Convergence, competition, Centros and conflicts of law”, *European Law Review*, Vol. 27, núm. 1, 2002.

SILVA, J. C. da: *Direito Bancário*, Almedina, 2001.

TRIUNFANTE, A. M.: *A tutela das minorias nas Sociedades Anónimas – direitos de minoria qualificada / Abuso de direito*, Coimbra Editora, 2004.

VELASCO SAN PEDRO, L. A. e SÁNCHEZ FELIPE, J. M.: “La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 19, 2002.

VENTURA, R.: *Alterações ao contrato de sociedade*, Almedina, 1996.

WYMEERSCH, E.: “Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo”, *Rivista delle Società*, ano 48, 2003.