

Da transmissão da responsabilidade contraordenacional na fusão por incorporação: análise crítica do acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 5 de março de 2015

DR. CRISTIANO DIAS

SUMÁRIO: 1. *Antecedentes*. 2. *Breves considerações sobre a fusão*: 2.1. *Enquadramento*; 2.2. *Conceito e tipos de fusão*; 2.3. *Tramitação*; 2.4. *Efeitos*. 3. *Do pedido de decisão prejudicial*. 4. *Da decisão do Tribunal de Justiça*. 5. *Apreciação crítica*: 5.1. *Delimitação do objeto*; 5.2. *Património passivo e responsabilidade contraordenacional*; 5.3. *Da transmissão do património passivo*; 5.4. *Proteção de terceiros*; 5.5. *Conclusões*.

1. Antecedentes

A jurisprudência da União Europeia fica, no ano de 2015, marcada pelo acórdão proferido pela Quinta Secção do Tribunal de Justiça da União Europeia datado de 5 de março relativamente à transmissão da responsabilidade em caso de fusão mediante incorporação de sociedades comerciais (“Acórdão”).

O Acórdão reporta-se ao processo número C-343/13¹ que teve por objeto um pedido de decisão prejudicial, que deu entrada no Tribunal de Justiça da União Europeia² em 24 de junho de 2013, apresentado pelo Tribunal de Tra-

¹ A decisão encontra-se disponível em <http://curia.europa.eu>. Encontram-se igualmente disponíveis no mesmo sítio as conclusões do Advogado-Geral, Melchior Wathelet, apresentadas em 12 de novembro de 2014 (“Conclusões do Advogado-Geral”).

² Para maior desenvolvimento sobre o Tribunal de Justiça da União Europeia, vd. FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 367-384; MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Introdução ao Contencioso da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 45-65; e MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União Europeia – História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 197-208.

balho de Leiria³, no âmbito de uma decisão proferida por este tribunal em 14 de março de 2013.

O litígio em causa teve como intervenientes a sociedade Modelo Continente Hipermercados, S.A. (“Modelo-Continente”)⁴ por um lado, e a Autoridade para as Condições de Trabalho – Centro Local do Lis (“ACT”)⁵, por outro.

Em termos gerais, a ACT condenou a Modelo-Continente por infrações cometidas no âmbito do direito do trabalho português pela Good and Cheap – Comércio Retalhista S.A. (“Good and Cheap”)⁶, antes desta sociedade ter sido incorporada na Modelo-Continente através de uma fusão.

Em concreto, a ACT realizou, no dia 15 de fevereiro de 2011, uma inspeção à Good and Cheap relativamente ao registo das horas de trabalho prestadas pelos seus trabalhadores efetuado nos meses de dezembro de 2010 e janeiro de 2011. Através dessa inspeção, a ACT constatou que a Good and Cheap se encontrava a infringir regras do Código do Trabalho⁷ relativas ao número de horas de trabalho consecutivas e número de horas de descanso entre os períodos de trabalho.

³ Nos termos do artigo 267.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia, na versão consolidada pela Decisão 2012/419/UE do Conselho Europeu, de 11 de julho de 2012, que alterou o Estatuto de Maiote perante a União Europeia, que estabelece: “O *Tribunal de Justiça da União Europeia* é competente para decidir, a título prejudicial: a) *Sobre a interpretação dos Tratados*; b) *Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União*. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal. Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível.”

⁴ A Modelo-Continente é uma sociedade anónima de direito português que se dedica ao comércio retalhista e armazenista no sector da alimentação desde 1985, tendo sido a primeira cadeia de hipermercados em Portugal. Hoje conta com mais de uma centena de estabelecimentos comerciais por todo o país.

⁵ A ACT é um serviço do Estado que tem como missão a promoção da melhoria das condições de trabalho em todo o território continental através da fiscalização do cumprimento das normas de direito do trabalho, promoção de políticas de prevenção dos riscos profissionais e controlo do cumprimento da legislação relativa à segurança e saúde no trabalho.

⁶ A Good and Cheap era uma sociedade anónima de direito português que se dedicava ao comércio retalhista e armazenista em supermercados e em hipermercados.

⁷ Na redação dada pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, que aprovou a revisão do Código do Trabalho aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto.

Neste contexto, foi imputada à Good and Cheap a violação das seguintes disposições do Código do Trabalho⁸:

Artigo 213.º, número 1: “O período de trabalho diário deve ser interrompido por um intervalo de descanso, de duração não inferior a uma hora nem superior a duas, **de modo a que o trabalhador não preste mais de cinco horas de trabalho consecutivo**, ou seis horas de trabalho consecutivo caso aquele período seja superior a 10 horas”⁹.

Artigo 214.º, número 1: “O trabalhador tem direito a um período de descanso de, pelo menos, onze horas seguidas entre dois períodos diários de trabalho consecutivos.”

Consequentemente, a ACT condenou a Good and Cheap por violação das regras laborais portuguesas segundo as quais (i) os trabalhadores não podem prestar trabalho por mais de cinco horas consecutivas e (ii) que os trabalhadores têm direito a um período de descanso de, no mínimo, onze horas seguidas entre dois períodos de trabalho.

Esta situação conduziu a que a ACT lavrasse os autos de notícia respeitantes a estas violações contra a Good and Cheap com intenção de aplicar as respetivas coimas. Os autos de notícia foram lavrados no dia 7 de março de 2011, tendo contudo a ACT apenas procedido à notificação dos respetivos autos à Good and Cheap no dia 4 de abril de 2011¹⁰. Os autos de notícia aplicaram à Good and Cheap duas coimas (“Coimas”), uma por cada violação¹¹.

No entanto, após a *supra* referida inspeção e antes de serem aplicadas as Coimas, a Modelo-Continente e a Good and Cheap registaram na Conservatória do Registo Comercial, em 31 de março de 2011, uma fusão, nos termos da qual a Good and Cheap seria fundida por incorporação na Modelo-Continente, conduzindo necessariamente à sua extinção¹².

⁸ Vd. ponto 20 das Conclusões do Advogado-Geral.

⁹ Negrito nosso.

¹⁰ Vd. ponto 11 do Acórdão e ponto 20 das Conclusões do Advogado-Geral.

¹¹ Foram aplicadas as seguintes coimas: (1) Coima pela violação da proibição de os trabalhadores prestarem trabalho por mais de cinco horas consecutivas no valor de € 459,00 (quatrocentos e cinquenta e nove euros), correspondente ao auto de notícia número 161100188; e (2) Coima pela violação do direito dos trabalhadores a um período de descanso de, pelo menos, onze horas seguidas entre dois períodos de trabalho, correspondente ao auto de notícia número 161100190. Vd. ponto 22 das Conclusões do Advogado-Geral.

¹² O respetivo projeto de fusão tinha sido registado perante a Conservatória do Registo Comercial em 22 de fevereiro de 2011, e respetivamente publicado no portal das publicações do Ministério da Justiça [<https://publicacoes.mj.pt>]. Vd. ponto 10 do Acórdão e ponto 19 das Conclusões do Advogado-Geral.

Perante isto, em 24 de setembro de 2012, a ACT decidiu-se pela aplicação das Coimas à Modelo-Continente pelas infrações acima referidas cometidas pela Good and Cheap¹³.

Em virtude desta condenação, a Modelo-Continente decidiu recorrer da condenação para o Tribunal de Trabalho de Leiria, alegando a incompatibilidade entre o direito nacional e o direito da União Europeia, nomeadamente do artigo 112.º do Código das Sociedades Comerciais com o artigo 19.º da Diretiva 2011/35, de 5 de abril de 2011.

Conforme veremos melhor abaixo, em termos gerais, a Modelo-Continente recorreu da condenação com base no fundamento de que não se transmite para a sociedade incorporante, por efeito da fusão por incorporação, a responsabilidade da sociedade incorporada que apenas emerge, de forma definitiva, depois da fusão, ainda que os factos originadores dessa responsabilidade tenham sido praticados antes da fusão.

O Tribunal de Trabalho de Leiria não conseguiu decidir se, numa situação de fusão por incorporação, “*a transmissão universal do conjunto do património ativo e passivo da sociedade incorporada para a sociedade incorporante pode incluir a transferência, para a sociedade incorporante, da responsabilidade pelo pagamento das coimas aplicadas por infrações de natureza contraordenacional cometidas pela sociedade incorporada antes da fusão*”¹⁴.

Foi neste contexto que o Tribunal de Trabalho de Leiria deduziu um pedido de decisão prejudicial¹⁵ ao Tribunal de Justiça da União Europeia respeitante a esta matéria.

¹³ Para maior desenvolvimento deste procedimento, vd. pontos 23 a 25 das Conclusões do Advogado-Geral.

¹⁴ Vd. ponto 14 do Acórdão.

¹⁵ Atualmente, o processo das questões prejudiciais encontra-se previsto no artigo 267.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia e constitui o meio contencioso que tem por objetivo a garantia da uniformidade na interpretação e na aplicação do Direito da União Europeia, sendo que visa igualmente a tutela jurídica dos particulares através de correta e válida interpretação e aplicação do Direito da União Europeia ou a revelação da desconformidade entre o Direito nacional e o Direito da União Europeia. Recorrendo às palavras de MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA: “*este meio contencioso configura-se como um instrumento de cooperação entre o TJUE, por um lado, e os tribunais nacionais, de acordo com o qual estes últimos podem ou devem, consoante o caso, nas causas sujeitas à sua apreciação e decisão em que esteja em causa a aplicação de uma norma ou princípio de Direito de União, e quando o considerem ser necessário para a sua decisão do litígio, colocar ao TJUE uma questão prejudicial que pode incidir sobre a interpretação ou validade do Direito da União Europeia passível de tal interpretação ou apreciação de validade nos termos do artigo 267.º do TFUE.*” Vd. MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Introdução ao Contencioso da União Europeia*, cit., p. 124. Para maior desenvolvimento sobre questões prejudiciais de interpretação e de apreciação de validade do Direito da União Europeia, bem como de questões prejudiciais obrigatórias e facultativas, vd. *idem*, pp. 124-126.

2. Breves considerações sobre a fusão

2.1. Enquadramento

Antes de avançarmos para o âmbito do pedido de decisão prejudicial deduzido pelo Tribunal de Trabalho de Leiria e para a análise da decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, importa enunciar breves notas sobre a fusão em geral e sobre a fusão por incorporação em particular.

No Direito da União Europeia, a matéria de fusão de sociedades comerciais é atualmente regulada pela Diretiva 2011/35/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2011, relativa às fusões das sociedades anónimas (“Diretiva 2011/35”)¹⁶.

Esta Diretiva 2011/35 procedeu à revogação do antigo regime da fusão de sociedades que constava da Terceira Diretiva 78/855/CEE do Conselho, de 9 de outubro de 1978, fundada na alínea g) do número 3 do artigo 54.º do Tratado CEE e relativa à fusão das sociedades anónimas, conforme alterada, pela última vez, pela Diretiva 2009/109/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de setembro de 2009¹⁷ (“Terceira Diretiva”).

Conforme se pode ver abaixo, as questões prejudiciais levantadas pelo Tribunal de Trabalho de Leiria remetem sempre para a conjugação do direito nacional com a Diretiva 2011/35. Ora, conforme refere o Tribunal de Justiça da União Europeia¹⁸, a Diretiva 2011/35 não se encontrava em vigor à data

¹⁶ Alterada pela Diretiva 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, que estabelece um enquadramento para a recuperação e a resolução de instituições de crédito e de empresas de investimento e que altera a Diretiva 82/891/CEE do Conselho, e as Diretivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e os Regulamentos (UE) n.º 1093/2010 e (UE) n.º 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho.

¹⁷ Diploma que, por sua vez, altera as Diretivas 77/91/CEE, 78/855/CEE e 82/891/CEE do Conselho e a Diretiva 2005/56/CE no que respeita aos requisitos em matéria de relatórios e documentação em caso de fusões ou de cisões.

¹⁸ Vd. pontos 21 e 22 do Acórdão.

dos factos¹⁹, razão pela qual deve ter-se em consideração para análise e resposta das questões prejudiciais a Terceira Diretiva e não a Diretiva 2011/35²⁰.

No entanto, uma vez que os principais artigos para a discussão em causa, nomeadamente os artigos 3.º e 19.º, são os mesmos em ambas as Diretivas, seja na numeração, seja na redação, a referência a uma ou a outra Diretiva acabar por perder relevância, pois a solução é a mesma independentemente de qual das Diretivas se aplique.

No plano nacional, a matéria da fusão de sociedades encontra-se atualmente prevista no Capítulo IX da Parte Geral do Código das Sociedades Comerciais²¹, mais propriamente nos artigos 97.º a 117.º²².

2.2. *Conceito e tipos de fusão*

A fusão²³, a par da cisão²⁴ e da transformação²⁵ de sociedades, consiste numa vicissitude societária que implica uma alteração da situação *ab initio* da sociedade, acarretando, por isso, de certa forma, uma alteração do equilíbrio societá-

¹⁹ Leia-se: da infração (dezembro de 2010 e janeiro de 2011), da inspeção (15 de fevereiro de 2011), da fusão por incorporação (31 de março de 2011) e da notificação da aplicação das Coimas à Good and Cheap (4 de abril de 2011). A data relevante não é a da aplicação das Coimas à Modelo-Continente (24 de setembro de 2012), mas a data da prática dos factos originadores da infração em causa. Recorde-se que a Diretiva 2011/35 apenas entrou em vigor no dia 1 de julho de 2011. Vd. artigo 33.º da Diretiva 2011/35.

²⁰ O Advogado-Geral, nas suas conclusões, apesar de a fusão ter-se realizado ao abrigo do regime da Terceira Diretiva, preferiu referir-se apenas à Diretiva 2011/35, seguindo de perto o que foi feito pelo Tribunal de Trabalho de Leiria e pelas próprias partes do processo. Vd. ponto 5 das Conclusões do Advogado-Geral.

²¹ Antes da entrada em vigor do atual Código das Sociedades Comerciais, o regime jurídico da fusão era regulado pelo Decreto-Lei n.º 598/73, de 8 de novembro, tendo sido no Código Comercial de 1888 que surgiu a primeira referência legislativa à fusão de sociedades. Para maior desenvolvimento, vd. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2.ª edição (Coordenação), Almedina, Coimbra, 2014, pp. 333-336, e JOANA VASCONCELOS, *A cisão de sociedades*, Universidade Católica Portuguesa, (2001), pp. 77-86.

²² A fusão transfronteiriça encontra-se igualmente regulada no Código das Sociedades Comerciais nos artigos 117.º-A a 117.º-L, tendo sido introduzida pela Lei n.º 19/2009, de 12 de maio, em transposição das Diretrizes n.º 2005/56/CE, de 26 de outubro, e 2007/63/CE, de 13 de novembro, do Parlamento Europeu e do Conselho.

²³ Sobre a fusão, vd., entre outros, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades I – Parte geral*, 3.ª edição, Ampliada e Atualizada, Almedina, Coimbra, pp. 1125-1135; PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 896-904; DIOGO COSTA GONÇALVES, *Fusão, Cisão e Transformação de Sociedades Comerciais – A Posição Jurídica dos Sócios e a Delimitação do Statu Viae*, Almedina, Coimbra, 2009; JOSÉ DRAGO, *Fusão de Sociedades Comerciais -*

rio e do *status* do sócio. Podemos dizer que a fusão consubstancia um fenómeno de alterabilidade das sociedades comerciais²⁶.

A fusão consiste no facto de, em princípio²⁷, “*duas ou mais sociedades, ainda que de tipo diverso, podem fundir-se mediante a sua reunião numa só*”²⁸.

Esta “reunião” de duas ou mais sociedades numa só pode ocorrer de duas formas: (i) por fusão por incorporação, ou (ii) por fusão por concentração²⁹.

Segundo o Código das Sociedades Comerciais³⁰, a fusão por incorporação corresponde à transferência global do património de uma sociedade para outra e à atribuição aos sócios daquela de partes, ações ou quotas desta³¹.

No plano da legislação da União Europeia, a Diretiva 2011/35 e a Terceira Diretiva definem a fusão por incorporação como “*a operação pela qual uma ou*

Notas Práticas, Almedina, Coimbra, (2007); e EDUARDO FONDEVILA ROCA, *Fusiones y Adquisiciones como instrumentos estratégicos del empresario*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1997.

²⁴ A cisão de sociedades corresponde à situação inversa da fusão, i.e. consiste “*na separação patrimonial realizada no âmbito de uma sociedade, que origina o aparecimento de duas ou mais sociedades em substituição da sociedade que realiza a operação*” (Vd. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais*, cit., p. 904). Pelo que uma sociedade pode (a) destacar parte do seu património para com ela constituir outra sociedade (*cisão simples*), (b) dissolver-se e dividir o seu património, sendo cada uma das partes resultantes destinada a constituir uma nova sociedade (*cisão-dissolução*), ou (c) destacar partes do seu património ou dissolver-se, dividindo o seu património em duas ou mais partes, para as fundir com sociedades já existentes ou com partes do património de outras sociedades, separadas por idênticos processos e com igual finalidade (*cisão-fusão*). Em termos gerais, o processo necessário para que possa ocorrer uma cisão de sociedades é idêntico ao processo de fusão que será melhor referido abaixo. Cf. artigos 118.º, n.º1, 123.º, 124.º, 126.º a 129.º do CSC.

²⁵ A transformação de sociedades consiste no facto de uma sociedade constituída *ab initio* segundo um dos tipos enumerados no Código das Sociedades Comerciais (sociedade em nome coletivo, sociedade por quotas, sociedade anónima ou sociedade em comandita simples ou por ações) passar a adotar outro desses tipos societários, diferente do inicial (*transformação formal*). Se assim for deliberado pelos sócios, podemos ainda ter, excepcionalmente, uma transformação em que o seu processo implica necessariamente a extinção da sociedade transformada e a criação de uma nova sociedade de outro tipo societário que sucede à sociedade extinta de forma global e automática (*transformação extintiva*). Cf. artigo 130.º, n.ºs 1 e 5 do CSC.

²⁶ Vd. o nosso, *Direitos Especiais dos Sócios*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 351-355.

²⁷ A fusão não será possível, nomeadamente, a partir da data da petição de apresentação da sociedade à insolvência ou do pedido de declaração da sociedade. Cf. artigo 97.º, n.º2 do CSC.

²⁸ Cf. artigo 97.º, n.º1 do CSC.

²⁹ Vd. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades I – Parte geral*, cit., p. 1125.

³⁰ Cf. artigo 97.º, n.º4, alínea a) do CSC.

³¹ Um exemplo de fusão por incorporação é a designada fusão inversa (“*reverse merger*”) que consiste na absorção da sociedade dominante (a sociedade-mãe) pela sociedade dominada (sociedade-filha). Vd. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais*, cit., p. 900, e EDUARDO FONDEVILA ROCA, *Fusiones y Adquisiciones como instrumentos estratégicos del empresario*, cit., p. 142.

várias sociedades, por meio de uma dissolução sem liquidação³², transferem para outra todo o seu património ativo e passivo, mediante a atribuição aos acionistas da sociedade ou das sociedades incorporadas de ações da sociedade incorporante e, eventualmente, de uma quantia em dinheiro não superior a 10% do valor nominal das ações assim atribuídas ou, na falta de valor nominal, do seu valor contabilístico³³.

Por outro lado, a fusão por concentração³⁴ corresponde à constituição de uma nova sociedade, para a qual se transferem globalmente os patrimónios das sociedades fundidas, sendo aos sócios destas atribuídas partes, ações ou quotas da nova sociedade³⁵.

Conforme resulta do acima exposto, a fusão no caso em apreço corresponde a uma fusão por incorporação, na medida em que ocorreu uma transferência global do património da Good and Cheap para a Modelo-Continente, não se tendo verificado a constituição de uma nova sociedade para a qual fossem, porventura, transferidos globalmente os patrimónios das duas sociedades fundidas.

2.3. *Tramitação*

Em termos gerais, a realização de um processo de fusão envolve necessariamente que sejam observados uma série de trâmites, nomeadamente as seguintes fases: (1) fase da elaboração, (2) fase da fiscalização, (3) fase da aprovação em assembleia geral dos sócios e (4) eventual fase de oposição dos credores.

Em primeiro lugar, tem de ser elaborado um projeto de fusão pela administração das sociedades intervenientes que terá de conter os seguintes elementos³⁶: (a) a modalidade, os motivos, as condições e os objetivos da fusão, (b) o tipo, a firma, a sede, o montante do capital e o número de matrícula no registo

³² No entanto, segundo o número 2 do artigo 3.º da Diretiva 2011/35 e da Terceira Diretiva, a “*legislação de um Estado-membro pode prever que a fusão mediante incorporação possa igualmente ser efetuada quando uma ou várias das sociedades incorporadas se encontrem em liquidação, desde que esta possibilidade seja dada apenas às sociedades que não tenham ainda iniciado a partilha dos ativos entre os seus acionistas*”.

³³ Vd. artigo 3.º, número 1 da Diretiva 2011/35 e da Terceira Diretiva.

³⁴ Cf. artigo 97.º, n.º4, alínea b) do CSC.

³⁵ A Diretiva 2011/35 e a Terceira Diretiva definem fusão por concentração (ou utilizando a expressão das Diretivas, “*fusão mediante constituição de uma nova sociedade*”) como “*a operação pela qual várias sociedades, por meio de uma dissolução sem liquidação, transferem para uma sociedade que elas constituem todo o seu património ativo e passivo, mediante a atribuição aos acionistas de ações da nova sociedade e, eventualmente, de uma quantia em dinheiro não superior a 10% do valor nominal das ações assim atribuídas ou, na falta de valor nominal, do seu valor contabilístico*”. Cf. artigo 4.º, n.º1 da Diretiva 2011/35 e da Terceira Diretiva.

³⁶ Cf. artigo 98.º, n.º1 do CSC.

comercial de cada uma das sociedades, bem como a sede e a firma da sociedade resultante da fusão, (c) a participação que alguma das sociedades tenha no capital de outra, (d) o balanço de cada uma das sociedades intervenientes, (e) as partes, ações ou quotas a atribuir aos sócios da sociedade a incorporar e, se as houver, as quantias em dinheiro a atribuir aos mesmos sócios, especificando-se a relação de troca das participações sociais, (f) o projeto de alteração a introduzir no contrato da sociedade incorporante ou o projeto de contrato de sociedade da nova sociedade, conforme o caso, (g) as medidas de proteção dos direitos de terceiros não sócios a participar nos lucros da sociedade e de proteção dos direitos dos credores, (h) a data a partir da qual as operações da sociedade incorporada ou das sociedades a fundir são consideradas como efetuadas por conta da sociedade incorporante ou da nova sociedade, conforme o caso, (i) os direitos assegurados pela sociedade incorporante ou pela nova sociedade a sócios da sociedade incorporada ou das sociedades a fundir que possuem direitos especiais, (j) quaisquer vantagens especiais atribuídas aos peritos que intervenham na fusão e aos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização das sociedades participantes na fusão, e (l) as modalidades de entrega das ações dessas sociedades e a data a partir da qual estas ações dão direito a lucros, bem como as modalidades desse direito, quando a sociedade incorporante ou a nova sociedade seja uma sociedade anónima.

Depois de elaborado com este teor, o projeto de fusão é fiscalizado pelos órgãos de fiscalização das sociedades ou por um revisor oficial de contas ou por uma sociedade de revisores independente de todas as sociedades intervenientes³⁷. Não existindo nenhum obstáculo, o projeto de fusão é registado, procedendo-se à sua imediata publicação³⁸.

Posteriormente, o projeto de fusão deve ser submetido a deliberação dos sócios de cada uma das sociedades intervenientes, em assembleia-geral convocada³⁹ para reunir, com esse propósito, no prazo de um mês sobre a data da publicação da convocatória⁴⁰. Verificando-se a aprovação do projeto de fusão pelas sociedades visadas, procede-se ao seu registo definitivo, ocorrendo a sua imediata publicação.

No entanto, os credores das sociedades alvo de fusão têm um mês a contar da publicação do registo do projeto de fusão para deduzirem oposição judicial à fusão, alegando créditos anteriores à publicação do projeto de fusão e que esta consubstancia um prejuízo para a satisfação dos seus créditos, desde que tenham

³⁷ Cf. artigo 99.º do CSC.

³⁸ Cf. artigo 100.º, n.º1 do CSC e artigo 3.º, alínea p) do CRC.

³⁹ Sobre a convocatória, vd. artigo 100.º, n.ºs 3 e 4 do CSC.

⁴⁰ Cf. artigo 100.º, n.º2 do CSC.

solicitado a satisfação destes mesmos créditos à sociedade há pelo menos 15 dias e tal não tenha sido atendido⁴¹.

2.4. *Efeitos*

Posto isto, não ocorrendo entraves⁴² e decorrendo todo o processo normalmente, é deliberada a fusão pelas assembleias gerais das sociedades intervenientes, sendo posteriormente promovido o seu registo⁴³.

Desta forma, de acordo com o artigo 112.º do Código das Sociedades Comerciais, concluído o registo constitutivo da fusão por incorporação produzem-se os seguintes efeitos⁴⁴:

- (1) a extinção das sociedades incorporadas, transmitindo-se os seus direitos e obrigações para a sociedade incorporante⁴⁵; e
- (2) os sócios das sociedades extintas tornam-se sócios da sociedade incorporante ou da nova sociedade⁴⁶⁻⁴⁷.

No plano do Direito da União Europeia, o número 1 do artigo 19.º da Diretiva 2011/35 e da Terceira Diretiva estabelece que, em específico, a fusão por incorporação origina essencialmente a produção de três efeitos:

⁴¹ Cf. artigo 101.º-A do CSC. Vd. efeitos da oposição, artigo 101.º-B do CSC.

⁴² Nomeadamente, preenchidos os requisitos do artigo 103.º, n.º2 do CSC, no sentido de que tenha sido obtido o consentimento dos sócios prejudicados, para que se possa registar a fusão, quando esta: “a) aumentar as obrigações de todos ou alguns dos sócios; b) afetar direitos especiais de que sejam titulares alguns sócios; c) alterar a proporção das suas participações sociais em face dos restantes sócios da mesma sociedade, salvo na medida em que tal alteração resulte de pagamentos que lhes sejam exigidos para respeitar disposições legais que imponham valor mínimo ou certo de cada unidade de participação”. Para maior aprofundamento desta matéria, vd. o nosso, *Os Direitos Especiais dos Sócios*, cit., pp. 356 – 373.

⁴³ Cf. artigo 111.º do CSC.

⁴⁴ Para desenvolvimento sobre o fenómeno económico subjacente à fusão de empresas e sobre os efeitos da fusão nos direitos dos acionistas em geral, vd. FERNANDO AUGUSTO REIS DIAS, *A Protecção do Accionista na Fusão de Sociedades*, Universidade Católica Portuguesa, (2003), pp. 6-14 e 142-223.

⁴⁵ Caso se trate de uma fusão por concentração, as sociedades fundidas são extintas e os direitos e obrigações transmitem-se para a nova sociedade. Cf. artigo 112.º, alínea a) do CSC.

⁴⁶ Cf. artigo 112.º, alínea b) do CSC.

⁴⁷ A inscrição do registo da fusão na Conservatória do Registo Comercial produz ainda outros efeitos, nomeadamente, a possibilidade de os sócios que votaram contra a fusão exercerem o seu direito de exoneração, obrigando a sociedade a adquirir ou fazer adquirir a sua participação social, no prazo de um mês a contar da deliberação da fusão. Cf. artigo 105.º do CSC.

- (1) A transmissão universal do conjunto do património ativo e passivo da sociedade incorporada para a sociedade incorporante, tanto no que a estas respeita, como relativamente a terceiros;
- (2) acionistas da sociedade incorporada tornam-se acionistas da sociedade incorporante⁴⁸; e
- (3) sociedade incorporada extingue-se.

3. Do pedido de decisão prejudicial⁴⁹

Conforme foi referido acima, perante a factualidade apresentada, o Tribunal de Trabalho de Leiria teve dúvidas se, num cenário de fusão por incorporação, a transmissão universal do património ativo e passivo da sociedade incorporada para a sociedade incorporante, inclui a transmissão da responsabilidade pelo pagamento de coimas emergentes de infrações de natureza contraordenacional cometidas pela sociedade incorporada antes dessa fusão.

Em função disto, o Tribunal de Trabalho de Leiria deduziu ao Tribunal de Justiça da União Europeia, em 24 de julho de 2013, um pedido de decisão prejudicial⁵⁰ composto pelas seguintes questões⁵¹:

- (1) À luz do Direito da União Europeia, nomeadamente do artigo 19.º, número 1, alínea a), da Diretiva 2011/35, a fusão de sociedades implica um regime de transmissão da responsabilidade contraordenacional para a sociedade incorporante por factos cometidos pela sociedade incorporada anteriormente ao registo da fusão?
- (2) Poderá uma sanção de natureza contraordenacional ser considerada crédito de terceiros (neste caso o Estado por infração das normas do regime das contraordenações) para efeitos de aplicação da Diretiva 2011/35 transferindo-se o alegado crédito (coima) por sanção contraordenacional e de que será credor o Estado para a sociedade incorporante?

⁴⁸ Sem prejuízo disto, o número 2 do mesmo artigo estabelece que: “Nenhuma ação da sociedade incorporante é dada em troca de ações da sociedade incorporada que sejam possuídas: a) Quer pela própria sociedade incorporante, quer por uma pessoa que actue em nome próprio, mas por conta da sociedade; b) Quer pela própria sociedade incorporada, quer por pessoa que actue em nome próprio, mas por conta da sociedade.”

⁴⁹ Para maior desenvolvimento sobre este tema, vd. MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Introdução ao Contencioso da União Europeia*, cit., pp. 124-131.

⁵⁰ Para além da Modelo-Continente e do Governo português, os Governos alemão, húngaro e austríaco e a Comissão Europeia apresentaram observações escritas, conforme se poderá ver melhor abaixo. Vd. ponto 28 das Conclusões do Advogado-Geral.

⁵¹ Vd. ponto 15 do Acórdão.

- (3) Não será o entendimento de que o artigo 112.º do CSC não implica a extinção do procedimento por contraordenação praticada anteriormente à fusão nem da coima que lhe tenha/venha a ser aplicada, contrária à Diretiva 2011/35 que estabelece os efeitos da fusão de sociedades estabelecendo-se assim uma interpretação extensiva do preceito contrária aos princípios do Direito da União Europeia, nomeadamente o artigo 19.º da Diretiva?
- (4) Não será este entendimento uma violação do princípio de que não pode existir contraordenação sem responsabilidade objetiva (mitigada) ou culposa da entidade incorporante?

Sem prejuízo de ter considerado a quarta questão inadmissível, em virtude de ter por objeto a interpretação de princípios do direito português e ser desprovida de qualquer referência ao Direito da União Europeia, o Tribunal de Justiça da União Europeia acabou por apreciar as restantes questões⁵².

Enunciado o teor do pedido de decisão prejudicial, vejamos então os termos da decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia.

⁵² A admissibilidade de certas questões foi colocada em causa, por um lado, pelo Governo alemão que considerou que tanto a terceira como a quarta questão tinham por objeto a interpretação do direito português, e por outro lado, pelo Governo austríaco que considerou que a segunda questão era meramente hipotética, pois retrata uma situação em que a coima foi aplicada antes da fusão, ao contrário do que aconteceu no processo em causa, e ainda que a quarta questão, por se relacionar com a responsabilidade penal, não é regulada pela Diretiva 2011/35 e, por isso, não tem nexos com o Direito da União Europeia conforme é exigido pelo artigo 51.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. No entanto, o Tribunal de Justiça da União Europeia, na esteira do que já tinha sido a opinião do Advogado-Geral, não considerou que a segunda questão fosse meramente hipotética, pois entende que não se depreende da segunda questão que esta vise uma situação em que a coima tenha sido aplicada antes da fusão. Por outro lado, a terceira questão visa obter a interpretação do artigo 19.º da Diretiva 2011/35 de forma a aferir se a interpretação do artigo 112.º do Código das Sociedades Comerciais é contrária ou não ao Direito da União Europeia, pelo que também em relação a esta o Tribunal de Justiça da União Europeia, bem como o Advogado-Geral, entenderam que a questão era admissível. O Tribunal de Justiça da União Europeia e o Advogado-Geral apenas vieram dar razão a estas críticas no que concerne à quarta questão, por entender que esta tem por objeto a interpretação de princípios do direito português e é desprovida de qualquer referência ao direito da União Europeia, pelo que não competindo ao Tribunal de Justiça da União Europeia pronunciar-se sobre a interpretação de regras do direito nacional ou sobre a interpretação dada pelos tribunais portugueses, a quarta questão tem de ser considerada inadmissível e excluída de qualquer apreciação. Vd. pontos 16 a 20 do Acórdão e pontos 31 a 34 das Conclusões do Advogado-Geral.

4. Da decisão do Tribunal de Justiça

No entender do Tribunal de Justiça da União Europeia, para que se possa dar respostas às questões prejudiciais levantadas pelo Tribunal de Trabalho de Leiria é preciso determinar se a responsabilidade contraordenacional de uma sociedade deve ser considerada parte do património passivo dessa sociedade, sendo que, neste caso, se trata da obrigação de pagamento de uma coima fixada, em definitivo, após a fusão por incorporação da sociedade incorporada relativamente a infrações cometidas por esta antes da fusão⁵³.

Conforme refere o Tribunal de Justiça da União Europeia⁵⁴, na esteira do defendido pelos intervenientes do processo, é pacífico que uma coima fixada por decisão definitiva antes da fusão por incorporação de duas sociedades que não tenha sido ainda paga seja considerada como parte integrante do património passivo da sociedade que é incorporada.

Outra questão é a de saber se, tal como acontece neste caso, numa situação em que a coima é apenas fixada de forma definitiva depois da fusão por incorporação das sociedades, o não pagamento da coima consubstancia património passivo da sociedade que é incorporada. Os Governos português e húngaro e a Comissão Europeia⁵⁵ entenderam que também neste caso o não pagamento da coima é parte do património passivo da sociedade, enquanto que a Modelo-Continente e o Governo alemão entenderam o contrário.

Perante esta questão, o Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu, com recurso ao artigo 19.º, número 1 da Terceira Diretiva, que a responsabilidade contraordenacional deveria ser considerada património passivo da sociedade incorporada, conduzindo necessariamente à sua transmissão para a sociedade incorporante em virtude da fusão. Aliás, o Tribunal de Justiça da União Europeia considerou que se a responsabilidade não fosse transmitida da sociedade incorporada para a sociedade incorporante, enquanto parte do património passivo da sociedade incorporada, então a responsabilidade extinguia-se⁵⁶, o que não seria admissível.

Por isso, o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu que a “*fusão por incorporação implica a transmissão, para a sociedade incorporante, da obrigação de pagar*”

⁵³ Vd. ponto 24 do Acórdão.

⁵⁴ Vd. ponto 25 do Acórdão.

⁵⁵ Para maior desenvolvimento sobre a Comissão Europeia, vd. FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, cit., pp. 342-359; e MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União Europeia – História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, cit., pp. 180-197.

⁵⁶ Vd. ponto 28 do Acórdão.

*uma coima aplicada por decisão definitiva, depois da referida fusão, por infrações ao direito do trabalho cometidas pela sociedade incorporada antes da referida fusão*⁵⁷.

5. **Apreciação crítica**

5.1. *Delimitação do objeto*

O ponto central deste caso prende-se com a questão de se saber se a fusão de duas sociedades com recurso à modalidade de fusão por incorporação implica ou não a transmissão da sociedade incorporada para a sociedade incorporante da obrigação de pagamento de uma coima aplicada depois de registada a fusão mas que se refere a infrações emergentes de condutas praticadas pela sociedade incorporada antes da fusão.

No caso concreto, importa determinar se a fusão por incorporação da Good and Cheap na Modelo-Continente origina uma transmissão da obrigação pelo pagamento das Coimas da primeira para a segunda, quando o Estado-Português, na qualidade de credor e através da ACT, apenas fixou, em definitivo, o pagamento dessas Coimas depois da fusão, apesar de os factos que geraram as Coimas terem ocorrido antes da fusão.

Como vimos acima, o Tribunal de Justiça da União Europeia, no seguimento do defendido pelo Advogado-Geral, entendeu que, em geral, a responsabilidade contraordenacional da sociedade incorporada transmite-se para a sociedade incorporante por efeito da fusão por incorporação e, em especial, que a responsabilidade por pagamento das Coimas da Good and Cheap transmitiu-se para a Modelo-Continente por efeito da fusão por incorporação, apesar de os factos que geraram as Coimas terem ocorrido antes da fusão.

No nosso entendimento, a análise desta questão implica que se aborde individualmente os seguintes pontos: (1) o conceito de “*património passivo*” para efeitos da alínea a) do número 1 do artigo 19.º da Diretiva 2011/35⁵⁸, (2) se a sociedade incorporante é responsável pelo pagamento de coimas que emergem de infrações cometidas pela sociedade incorporada antes da fusão por incorporação, mas que só foram aplicadas em definitivo após essa mesma fusão, e (3) o âmbito de tutela dos terceiros conferido pelo regime de fusão de sociedades.

⁵⁷ Vd. ponto 35 do Acórdão.

⁵⁸ Recorde-se que, como dito acima, quando se refere ao artigo 19.º da Diretiva 2011/35, tal engloba também uma referência ao antigo regime incluído na Terceira Diretiva, uma vez que as disposições são iguais.

5.2. *Património passivo e responsabilidade contraordenacional*

Como vimos acima, resulta do artigo 19.º, número 1, alíneas a) e c) da Diretiva 2011/35 e da anterior Terceira Diretiva que a fusão por incorporação conduz necessariamente à transmissão universal do conjunto de património ativo e passivo da sociedade incorporada para a sociedade incorporante, bem como a extinção da sociedade incorporada⁵⁹.

Perante isto, importa, desde logo, determinar o que se entende por *património passivo* para efeitos do artigo 19.º, número 1, alínea a) da Diretiva 2011/35 e da anterior Terceira Diretiva. Em concreto, importa determinar se uma responsabilidade contraordenacional fundada na obrigação de pagamento de uma coima deve ser tida em conta como parte do património passivo da sociedade incorporada.

De facto, a Diretiva 2011/35 não consagra uma definição de “património passivo”, nem estabelece uma remissão expressa para o direito interno dos Estados-Membros tendo em vista a sua definição⁶⁰. Tal como não acontecia na Terceira Diretiva⁶¹.

Para o Governo austríaco, a responsabilidade contraordenacional está excluída do conceito de património passivo, uma vez que o artigo 19.º, número 1, alínea a) da Diretiva 2011/35 apenas é aplicável à responsabilidade civil, pelo que tendo as Coimas uma natureza de responsabilidade contraordenacional com carácter penal estão necessariamente fora do âmbito de aplicação deste regime⁶².

⁵⁹ Vd. EDUARDO FONDEVILA ROCA, *Fusiones y Adquisiciones como instrumentos estratégicos del empresario*, cit., p. 131.

⁶⁰ Não obstante, conforme refere o ponto 27 do Acórdão, “*decorre tanto das exigências da aplicação uniforme do direito da União como do princípio da igualdade que os termos de uma disposição do direito da União que não contenha uma remissão expressa para o direito dos Estados-Membros para determinar o seu sentido e o seu alcance devem normalmente ser objeto, em toda a União Europeia, de uma interpretação autónoma e uniforme, que deve ser procurada tendo em conta o contexto da disposição e do objetivo prosseguido pela regulamentação em causa*”. Para maior desenvolvimento, vd. notas 8 e 9 das Conclusões do Advogado-Geral.

⁶¹ Vd. a Quarta Diretiva 78/660/CEE do Conselho, de 25 de julho de 1978, baseada no artigo 54.º, n.º 3, alínea g), do Tratado e relativa às contas anuais de certas formas de sociedades, entretanto revogada pela Diretiva 2013/34/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, relativa às demonstrações financeiras anuais, às demonstrações financeiras consolidadas e aos relatórios conexos de certas formas de empresas, que altera a Diretiva 2006/43/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Para maior desenvolvimento, vd. pontos 55 a 59 e nota 15 das Conclusões do Advogado-Geral.

⁶² Vd. ponto 38 e 46 das Conclusões do Advogado-Geral.

Para a Modelo-Continente e para o Governo alemão, a “*transmissão universal, no momento de uma fusão por incorporação, do conjunto do património ativo e passivo da sociedade incorporada à sociedade incorporante, como previsto pelo artigo 19.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2011/35, inclui a transmissão das dívidas da sociedade incorporada*”⁶³. Ou seja, é transmitida todo o tipo de responsabilidade da sociedade incorporada para a sociedade incorporante, sendo que a responsabilidade contraordenacional é tida como património passivo.

Para os Governos português e húngaro e para a Comissão Europeia, a transmissão prevista na alínea a) do número 1 do artigo 19.º da Diretiva 2011/35 tem um carácter universal pelo que implica que inclua todo o tipo de responsabilidade da sociedade incorporada, ou seja, “*uma coima deve ser considerada um crédito do Estado, que esta diretiva visa proteger enquanto credor. A referida coima faz, portanto, parte do passivo de uma sociedade incorporada por fusão e, nesse sentido, é transmitida à sociedade incorporante.*”⁶⁴.

Para o Advogado-Geral, o património passivo corresponde “*ao conjunto das dívidas que oneram o conjunto dos bens e das obrigações de uma mesma pessoa, entendido no sentido de que forma uma universalidade de direito*”⁶⁵. Razão pela qual, no seu entender, o âmbito de aplicação deste artigo abrange “*qualquer dívida possível, independentemente da sua origem e da natureza da responsabilidade civil, penal ou quase penal, desde que se trate da responsabilidade da própria sociedade incorporada e que a mesma se possa traduzir num valor monetário*”⁶⁶. Por estas razões, o Advogado-Geral entende que “*todas as dívidas que oneram uma sociedade participante numa fusão, incluindo dívidas a favor do Estado, fazem parte do seu património passivo e são, portanto, automaticamente e sem quaisquer outras condições, transmitidas à sociedade que resulta da fusão*”⁶⁷.

Na nossa opinião, apesar de a Diretiva 2011/35 e a anterior Terceira Diretiva não definirem, expressamente, o que se deve entender por “património passivo” da sociedade incorporada para efeitos do artigo 19.º, não nos parece que exista margem para levantar grandes dúvidas que este conceito inclui a responsabilidade contraordenacional⁶⁸.

⁶³ Vd. ponto 36 das Conclusões do Advogado-Geral.

⁶⁴ Vd. ponto 40 das Conclusões do Advogado-Geral.

⁶⁵ Vd. ponto 48 das Conclusões do Advogado-Geral.

⁶⁶ Vd. ponto 49 das Conclusões do Advogado-Geral.

⁶⁷ Vd. ponto 52 das Conclusões do Advogado-Geral.

⁶⁸ Atualmente, o regime geral das contraordenações encontra-se previsto Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, que no seu artigo 1.º estabelece que “*constitui contra-ordenação todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima*”. Ou seja, constitui uma contra-ordenação qualquer facto para o qual esteja prevista na lei a aplicação de uma coima. Para maior desenvolvimento, vd. MANUEL SIMAS SANTOS e JORGE LOPES DE SOUSA, *Contra-Ordenações, Ano-*

Não podemos aceitar a posição do Governo austríaco no sentido de que a Diretiva 2011/35 quando, no seu artigo 19.º, número 1, alínea a), se refere à transmissão universal do passivo da sociedade incorporada trata-se apenas da responsabilidade civil da sociedade incorporada, deixando de fora a responsabilidade contraordenacional⁶⁹. Essa interpretação não tem correspondência com a letra da lei, nem com a *ratio* da disposição em causa. Ora vejamos.

A alínea a) do número 1 do artigo 19.º da Diretiva 2011/35 e da anterior Terceira Diretiva refere expressamente “transmissão universal do património passivo” da sociedade incorporada. Ora, se se utiliza a expressão “transmissão universal do património passivo”, então isto só pode significar que a fusão por incorporação implica a transmissão de todo e qualquer passivo, pelo que terá de incluir todo o tipo de responsabilidades da sociedade incorporada.

Desta forma, não existe margem, nem fundamento para alegar que está apenas em causa a transmissão da responsabilidade civil e não também a transmissão da responsabilidade penal e contraordenacional. Esta distinção nem é defendida pela Modelo-Continente nas suas observações escritas, onde, conforme consta acima, refere que, por via da alínea a) do número 1 do artigo 19.º ocorre uma transmissão das dívidas da Good and Cheap para a Modelo-Continente, devido à fusão por incorporação.

De facto, fazer essa distinção, conforme o Governo austríaco o faz, seria incoerente e desprovido de sentido, uma vez que estar-se-ia a fazer uma distinção quando a própria lei não a faz. Se a *ratio* da disposição fosse a de estabelecer apenas a transmissão da responsabilidade civil, por certo que a redação do artigo seria diferente e conteria expressamente que a fusão por incorporação implica a transmissão da responsabilidade civil da sociedade incorporada para a sociedade incorporante. O que não acontece neste caso e mesmo que acontecesse não seria possível destrinçar as razões subjacentes a essa distinção, pois, conforme veremos abaixo, se a sociedade incorporada se extingue, a não transmissão das suas responsabilidades implica necessariamente que estas igualmente se extingam.

Outro argumento que demonstra que a “transmissão universal do património passivo” engloba todo o tipo de passivo e de responsabilidade da sociedade incorporada é a versão inglesa do artigo 19.º, número 1, alínea a) da Diretiva 2011/35 que estabelece que “*A merger shall have the following consequences ipso*

tações ao Regime Geral, 6.ª edição, Áreas Editora, 2011, pp. 47 a 84; e SÉRGIO PASSOS, *Contra-Ordenações, Anotações ao Regime Geral*, 3.º edição (Revista e Atualizada), Almedina, Coimbra, 2009.
⁶⁹ Vd. neste sentido, sobre o teor do artigo 112.º do CSC, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 19 de junho de 2002 (Processo n.º 0035024 – Relator: SARMENTO BOTELHO), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

*jure and simultaneously: (a) the transfer, both as between the company being acquired and the acquiring company and as regards third parties, to the acquiring company of **all the assets and liabilities** of the company being acquired; (...)*⁷⁰.

O recurso à expressão “all liabilities” demonstra que não existem margem para dúvidas que a responsabilidade contraordenacional corresponde indiscutivelmente a uma “liability”⁷¹ da sociedade incorporada⁷².

Em sentido idêntico, a alínea a) do artigo 112.º do Código das Sociedades Comerciais consagra igualmente a transmissão dos direitos e obrigações para a sociedade incorporante, bem como a extinção da sociedade que é incorporada.

Apesar de não ter prevalência sobre o disposto na Diretiva 2011/35, o artigo 112.º do Código das Sociedades Comerciais também não prevê qualquer distinção sobre as responsabilidades que são ou não transmitidas para a sociedade incorporante, uma vez que a alínea a) do artigo refere apenas a transmissão⁷³ dos direitos e obrigações⁷⁴ da sociedade incorporada para a incorporante. Razão pela qual se deve entender que se transmitem todos os direitos, todas as obrigações, todas as responsabilidades da sociedade incorporada para a sociedade incorporante por efeito da fusão por incorporação⁷⁵.

Em Portugal, esta questão já foi também bastante discutida tendo sido alvo de um acórdão uniformizador de jurisprudência: o Acórdão n.º 5/2004 (Processo n.º 4208/2003) de 2 de junho de 2004 (“Acórdão Uniformizador”)⁷⁶.

⁷⁰ Negrito nosso.

⁷¹ Note-se que o termo “liability” significa “o estado de alguém ser legalmente responsável por algo” (“*the state of being legally responsible for something*”). Vd. Oxford Advanced Learner’s Dictionary, 9th Edition, Oxford University Press, 2015, p. 896.

⁷² No mesmo sentido, vd. pontos 50 e nota 13 das Conclusões do Advogado-Geral.

⁷³ Sobre a infeliz utilização da expressão “transmissão” pelo artigo 112.º do CSC e a teoria da sucessão universal e a teoria do ato modificativo, vd. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades I – Parte geral*, cit., pp. 1131-1135; e DIOGO COSTA GONÇALVES, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2.ª edição (Coordenação: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO), cit., pp. 413-414 e 416, e do mesmo autor, *Fusão, Cisão e Transformação de Sociedades Comerciais – A Posição Jurídica dos Sócios e a Delimitação do Statuo Viae*, cit., pp. 117-133.

⁷⁴ Conforme refere DIOGO COSTA GONÇALVES, “direitos e obrigações” correspondem a “(...) todas as situações jurídicas anteriormente tituladas pelas sociedades incorporadas ou fundidas, seja qual for a sua classificação técnico-formal”. Vd. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2.ª edição (Coordenação: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO), cit., p. 413.

⁷⁵ Vd. neste sentido o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de outubro de 2011 (Processo n.º 32/05.2TAPCV.C2.S1 - Relator: ARMINDO MONTEIRO) e o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 10 de fevereiro de 2010 (Processo n.º 0925/09 - Relator: ALFREDO MADUREIRA), ambos disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

⁷⁶ Vd. Diário da República - I Série-A, n.º144, de 21 de junho de 2004, pp. 3786-3796.

O objeto da discussão prendia-se com a questão de saber se a extinção da sociedade incorporada por efeito da fusão extingue a responsabilidade contraordenacional da sociedade incorporada por infrações cometidas antes da fusão.

O principal argumento utilizado no sentido da extinção da responsabilidade contraordenacional da sociedade incorporada prendia-se com o facto de o artigo 32.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro (“Regime Geral das Contraordenações”)⁷⁷ estabelecer que são subsidiariamente aplicáveis as normas do Código Penal, e, por conseguinte, o artigo 128.º do Código Penal estabelecer que a morte do agente extingue o procedimento criminal⁷⁸. Desta forma, defendia-se, com recurso à analogia, que a extinção da sociedade incorporada extingue também os procedimentos contraordenacionais que lhe sejam imputados equiparando-se a extinção da pessoa coletiva à morte da pessoa física, uma vez que a responsabilidade penal é intransmissível segundo o artigo 30.º, número 3 da Constituição da República Portuguesa⁷⁹.

O Acórdão Uniformizador veio desmontar a ideia segundo a qual a “extinção” de uma pessoa colectiva pode ser equiparada à “morte” de uma pessoa física. Segundo o Acórdão Uniformizador, a “morte, que faz cessar a personalidade da pessoa singular, faz também, natural e necessariamente, extinguir a responsabilidade criminal e por contra-ordenações, porque esta é inerente à pessoa e à sua capacidade de acção, de vontade e de culpa e não pode transmitir-se para além da vida, como se transmite para os sucessores responsabilidades de outra natureza que integrem o complexo dos direitos e deveres jurídicos de uma pessoa”, por outro lado a “extinção de uma pessoa colectiva, diversamente, por ser uma criação instrumental do direito, pode não determinar, por si mesma, que nada de si permaneça, continuando alguma substância afecta ao desempenho, ainda, sob uma outra perspectiva jurídico-funcional, das finalidades da pessoa colectiva que foram a sua razão de ser”, pelo que a “morte, relevante no sentido normativo e especificamente no campo penal, não é, como se salientou, pensável senão em relação aos seres humanos”.

Ainda na mesma perspectiva, o Acórdão Uniformizador refere que a “fusão significa, pois, ao contrário da «morte», perspectiva de melhor e mais sustentada continuidade económica, por redução de riscos, obtenção de economias de escala e racionalização, obtenção de complementaridade tecnológica, redução da ameaça competitiva, superação

⁷⁷ “Em tudo o que não for contrário à presente lei aplicar-se-ão subsidiariamente, no que respeita à fixação do regime substantivo das contra-ordenações, as normas do Código Penal.”

⁷⁸ “A morte do agente extingue tanto o procedimento criminal como a pena ou a medida de segurança.”

⁷⁹ Vd. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 19 de junho de 2002 (Processo n.º 0035024 – Relator: SARMENTO BOTELHO), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

de barreiras de ingresso no caso de internacionalização e benefício dos conhecimentos das empresas incorporadas”⁸⁰.

Perante isto, por entender que não estavam reunidos os pressupostos necessários para se considerar a analogia das soluções, pois a morte da pessoa física não é equiparável à extinção da pessoa coletiva⁸¹, o Supremo Tribunal de Justiça fixou a jurisprudência no sentido de que “*A extinção, por fusão, de uma sociedade comercial, com os efeitos do artigo 112.º, alíneas a) e b), do Código das Sociedades Comerciais, não extingue o procedimento por contra-ordenação praticada anteriormente à fusão, nem a coima que lhe tenha sido aplicada*”.

No entanto, ainda antes do Acórdão Uniformizador⁸², já a maioria da jurisprudência nacional era do entendimento de que, com base no disposto no artigo 112.º do Código das Sociedades Comerciais, a responsabilidade contraordenacional da sociedade incorporada não se extingue por efeito da fusão por incorporação, mas transmite-se à sociedade incorporante.

A título de exemplo, refira-se o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 17 de novembro de 2003 (Processo n.º 0210458 – Relator: Machado da Silva)⁸³ que corroborou o entendimento do Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 31 de janeiro de 2002⁸⁴, no sentido de que “*tendo uma sociedade bancária sido incorporada, por fusão, numa outra, esta é responsável pelos ilícitos contraordenacionais cometidos pela primeira, não se extinguindo com o acto da fusão o procedimento contraordenacional que seja devido*”, pois “*o art. 112.º, alínea a), do*

⁸⁰ O Supremo Tribunal de Justiça refere ainda no Acórdão Uniformizador que “*Já se deixou avançado que a transmissão da responsabilidade por contra-ordenações, no caso de fusão de sociedades, não estando excluída pela natureza das coisas, também não está impedida pela dimensão relevante do princípio da intransmissibilidade da responsabilidade penal (e, por aplicação derivada, por contra-ordenação), que está construído para as pessoas físicas. O princípio tem aplicação quando puder dizer-se como é o caso da pessoa física – que nada fica de si mesma para além da morte e que, conseqüentemente, a transmissão da responsabilidade só poderia eventualmente ocorrer (sucessão) para outra pessoa física e juridicamente diversa; poderá dizer-se, em linguagem marcada num registo antejurídico, que a pessoa transporta, leva consigo, suporta, a responsabilidade sem que possa transferir um tal ónus para outrem. Diverso é, porém, quer pela imediata configuração material quer pela racionalidade intrínseca ao princípio, o plano em que opera fusão das sociedades: aqui a sociedade que (instrumentalmente) se extingue, constituída por corpus (património) e sócios, permanece com todos estes elementos de substância que continua a transportar e a levar consigo para o novo «lugar jurídico» em que toda a sua substância (realidade material e pessoal) vai instalar-se.*”

⁸¹ Vd. neste sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 4 de fevereiro de 2004 (Processo n.º 9963/2002-4 – Relator: PAULA SÁ FERNANDES), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

⁸² Vd. no mesmo sentido e posteriormente ao Acórdão Uniformizador, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 18 de abril de 2005 (Processo n.º 0446183 – Relator: FERNANDES ISIDORO), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

⁸³ Disponível em <http://www.dgsi.pt>.

⁸⁴ Vd. Coletânea de Jurisprudência de 2002, Tomo I, pp. 62–63.

C.S.C., ao determinar a extinção das sociedades fundidas, não deixa de transmitir para a sociedade incorporante (ou para a nova sociedade resultante da fusão) todos os direitos e obrigações da(s) sociedade(s) extinta(s). O que significa que, praticada uma infração por esta, é aquela responsável, como se a infração tivesse sido por si cometida. A aludida responsabilidade, por força da lei, passa da sociedade que fundou para aquela em que se incorporou (ou que de novo nasceu)”.

Ainda no mesmo sentido, refira-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 4 de fevereiro de 2004 (Processo n.º 9963/2002-4 – Relator: PAULA SÁ FERNANDES)⁸⁵ que decidiu no sentido de que “quando uma sociedade, que é arguida num processo de contra-ordenação, é incorporada, por fusão, numa outra, não se extingue a responsabilidade contra-ordenacional, que, através da fusão é assumida pela sociedade incorporante”, uma vez que “não estando a responsabilidade contra-ordenacional dependente da personalidade jurídica, mas antes da existência do ente colectivo, e que aquela realidade permanece viva na sociedade incorporante, concluímos que não houve uma verdadeira extinção do ente colectivo no âmbito da actividade do qual foi detectada a infração, tendo apenas sido incorporada numa outra sociedade, e permanecendo assim vivo o ente colectivo a quem foi aplicada coima, a responsabilidade é agora da sociedade incorporante, porque a ela se transmitiu toda a realidade sociológica que aquele pressunha, ou seja, a sociedade incorporante ao assumir toda a realidade da sociedade incorporada assumiu igualmente todas as suas responsabilidades, caso assim não se entenda, seria permitir toda a espécie de fraude e de impunidade, decorrente da fusão das empresas, o que não foi certamente a intenção do legislador, com o regime da fusão das sociedades comerciais”.

Desta forma e retomando ao caso em apreço, somos da opinião que, para efeitos do artigo 19.º da Diretiva 2011/35, a responsabilidade contraordenacional, tal como todas as demais responsabilidades da sociedade incorporada, encontra-se incluída no conceito de património passivo, pelo que essa responsabilidade é necessariamente transmitida para a sociedade incorporante. Não existe, por isso, qualquer incompatibilidade entre o artigo 19.º da Diretiva 2011/35 e o artigo 112.º do Código das Sociedades Comerciais, daí que a resposta à terceira questão do pedido prejudicial tenha de ser negativa. Por outro lado, a resposta às duas primeiras questões, pelas razões já enunciadas e pelo que será melhor explicitado abaixo, terá de ser positiva.

Assim, sem prejuízo da análise seguinte, no que se refere ao âmbito do património passivo conforme estabelecido na alínea a) do número 1 do artigo 19.º da Diretiva 2011/35, a obrigação de pagamento das Coimas transmitiu-

⁸⁵ Disponível em <http://www.dgsi.pt>.

-se da Good and Cheap para a Modelo-Contidente por efeito da fusão por incorporação.

5.3. *Da transmissão do património passivo*

Como vimos, parece-nos ponto assente que o património passivo referido na alínea a) do número 1 do artigo 19.º da Diretiva 2011/35 inclui todo o tipo de responsabilidade que a sociedade incorporada tenha e, por isso, essa responsabilidade é transmitida à sociedade incorporante por efeito da fusão por incorporação.

Posto isto, importa agora determinar se a transmissão da responsabilidade contraordenacional da sociedade incorporada para a sociedade incorporante ocorre quando a fixação definitiva da responsabilidade surge num momento posterior à fusão por incorporação, apesar de ter por base infrações cometidas pela sociedade incorporada antes da fusão.

Ou seja, importa saber se é abrangida pelo artigo 19.º da Diretiva 2011/35 uma coima emergente de factos anteriores à fusão por incorporação, mas fixada de forma definitiva depois ao registo da fusão.

Recorde-se que, no presente caso, a ACT apenas aplicou as Coimas à Modelo-Contidente a 24 de setembro de 2012, tendo a fusão por incorporação da Good and Cheap na Modelo-Contidente ocorrido em 31 de março de 2011 e os factos originadores da aplicação das Coimas ocorrido em dezembro de 2010 e janeiro de 2011.

Apesar de ter aceitado, como vimos acima, que a responsabilidade contraordenacional faz parte do conceito de património passivo para os efeitos previstos na alínea a) do número 1 do artigo 19.º da Diretiva 2011/35 sendo, por isso, transmitida da sociedade incorporada para a sociedade incorporante por efeito da fusão por incorporação, a Modelo-Contidente alegou que “*uma coima contraordenacional aplicada a esta última [sociedade incorporada] só pode ser considerada um crédito do Estado – e, por conseguinte, uma dívida da sociedade incorporada – a partir do momento em que o Estado dispõe de uma decisão, administrativa ou judicial, definitiva, no sentido de que tem força executória. Ora, no caso vertente, a fusão ocorreu antes da adoção desta decisão e, por conseguinte, a responsabilidade contraordenacional da Good and Cheap pelas infrações ao direito do trabalho em causa não se transmitiu à MCH*”⁸⁶.

⁸⁶ O Governo alemão adotou este mesmo entendimento. Vd. ponto 36 das Conclusões do Advogado-Geral.

No entender da Modelo-Continente, o facto de a decisão definitiva sobre a aplicação das Coimas ter ocorrido depois da fusão por incorporação implica necessariamente que a obrigação pelo pagamento das Coimas não se tenha transmitido para a Modelo-Continente. Para a Modelo-Continente, só existe uma responsabilidade contraordenacional depois de serem aplicadas as Coimas através de decisão definitiva, tendo esta ocorrido depois da fusão, não é possível que haja uma transmissão da responsabilidade para a Modelo-Continente. Pelo que, no seu entendimento, a Modelo-Continente não é responsável pelo pagamento das Coimas.

Já o Advogado-Geral entende que as dívidas emergentes de factos ocorridos antes da fusão fazem parte do património passivo da sociedade que é incorporada e, por conseguinte, são transmitidas para a sociedade incorporante⁸⁷. Pelo que se encontra plenamente preenchida a alínea a) do número 1 do artigo 19.º da Diretiva 2011/35.

Não concordamos com o entendimento defendido pela Modelo-Continente, segundo o qual não existe uma transmissão da responsabilidade pelo pagamento das Coimas da Good and Cheap para a Modelo-Continente porque a aplicação definitiva das Coimas ocorreu depois da fusão por incorporação.

Este entendimento é desprovido de qualquer sentido, pelo que não o podemos acompanhar. Ora vejamos.

Como vimos acima, a fusão por incorporação implica que uma sociedade se incorpore noutra sociedade, originando uma transmissão universal do conjunto do seu ativo e passivo, bem como os sócios da sociedade incorporada passam a integrar-se no universo acionista da sociedade incorporante. Tanto o artigo 19.º, número 1 da Diretiva 2011/35 como o artigo 112.º do Código das Sociedades Comerciais estabelecem que, além disso, a fusão por incorporação implica necessariamente a extinção da sociedade incorporada.

Desta forma, a partir de 31 de março de 2011 (data do registo da fusão) o património ativo e passivo da Good and Cheap transmitiu-se universalmente para a Modelo-Continente. Isto significa (i) a transmissão de todos os bens e de todas as dívidas, bem como (ii) a extinção da Good and Cheap que deixou de existir como pessoa coletiva. Ou seja, quando a 24 de setembro de 2012, a ACT aplicou as Coimas à Modelo-Continente, fê-lo porque houve uma fusão por incorporação e porque a Good and Cheap já não existia, mas toda a sua realidade foi transmitida para a Modelo-Continente.

⁸⁷ Vd. ponto 54 das Conclusões do Advogado-Geral.

Ora, o facto da aplicação definitiva das Coimas apenas ter ocorrido depois da fusão, não pode implicar que a exoneração da responsabilidade da Modelo-Continente pelo pagamento das Coimas ao Estado português.

Em primeiro lugar, a aplicação das Coimas teve como origem infrações cometidas pela Good and Cheap antes da fusão e até já existia um procedimento aberto pela ACT contra a Good and Cheap antes do registo da fusão, em virtude da inspeção da ACT que ocorreu em 15 de fevereiro de 2011.

Perante esta factualidade, não se pode afirmar que estamos perante uma situação completamente desconhecida da Good and Cheap e que poderia (se é que não foi) ter sido perfeitamente transmitida à Modelo-Continente, para que esta se pudesse, caso assim o entendesse, salvaguardar de alguma forma, tendo em vista não ser eventualmente responsabilizada pelo pagamento das Coimas⁸⁸.

Por outro lado, se a responsabilidade não se transmitisse da sociedade incorporada para a sociedade incorporante, isto significaria que a responsabilidade se extinguiria, pois a sociedade incorporada por efeito da fusão extinguiu-se.

Tal situação não se compagina com o regime da fusão por incorporação, uma vez que, se perante a fusão as eventuais responsabilidades da sociedade incorporada não se transmitissem para a sociedade incorporante e fossem extintas, então isso significaria que a fusão por incorporação seria um mecanismo que permitiria à sociedade incorporada ver-se exonerada de todas as responsabilidades que emergissem de infrações cometidas anteriormente à fusão⁸⁹. Esta solução perverteria todo o sistema da fusão por incorporação e seria altamente lesivo aos interesses do Estado em causa⁹⁰, que devido à fusão por incorporação realizada pela sociedade incorporada, veria a responsabilidade pelo pagamento das coimas extinguir-se⁹¹.

⁸⁸ Perante a realidade que existia ao tempo da fusão e tendo em consideração que tinha sido realizada uma inspeção da ACT na Good and Cheap, não se pode defender que não existiria o risco de a qualquer altura a Good and Cheap poder ser, porventura, condenada ao pagamento de Coimas. Desta forma, não nos parece que se poderá também negar a transmissibilidade da responsabilidade pelo pagamento das Coimas com base no facto de ser um evento imprevisível para a Modelo-Continente.

⁸⁹ Vd. neste sentido ponto 33 do Acórdão.

⁹⁰ Conforme refere o Ministério Público no recurso que deu origem ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 18 de abril de 2005 (Processo n.º 0446183 – Relator: FERNANDES ISIDORO): *“Esta solução não é a mais adequada, pois deixa na mão da sociedade arguida a faculdade de legitimamente, mediante uma operação de engenharia jurídica, frustrar a pretensão punitiva do Estado, continuando, porém, o seu corpus a existir e a poder gerar lucros, posto que sobre outro nome e nova identidade”*.

⁹¹ Vejam-se os exemplos elencados pelo Advogado-Geral no ponto 60 das suas Conclusões: (1) *“na véspera da fusão de duas sociedades petrolíferas, uma delas provoca uma catástrofe ambiental devido a um derramamento de petróleo no mar. Se aceitássemos a interpretação segundo a qual, para poder ser transferida para a sociedade incorporante, uma dívida da sociedade devedora deve existir, ser certa e exigível antes da fusão,*

Conforme refere o Advogado-Geral⁹², a extinção da responsabilidade seria contrária à natureza própria da fusão por incorporação, conforme definida no artigo 3.º, número 1 da Diretiva 2011/35, pois nesse contexto a fusão consiste na transferência global do património da sociedade incorporada para a sociedade incorporante.

O Governo alemão considera que a data de referência para a determinação do montante do património ativo e passivo a transmitir é a data em que a fusão se torna efetiva⁹³. Esta posição não pode ser seguida, uma vez que ignora o facto de o património passivo não se algo automático que se obtém com uns simples cálculos. Em geral, é sempre difícil de determinar com toda a segurança que uma determinada sociedade não tem dívidas para com terceiros⁹⁴, pois podem surgir contingências que se reportem a factos antigos mas que se manifestem muito tempo depois, como é o caso em apreço. A forma de proteção dos novos proprietários da sociedade não é excluindo a responsabilidade da sociedade incorporada, mas salvaguardar os seus interesses em acordos que limitem a sua responsabilidade, como veremos melhor abaixo.

Desta forma, a data de registo da fusão não pode ser a data de referência para determinação do património activo e do passivo da sociedade incorporada. Essa data de referência em concreto não existe, pois as dívidas conhecidas e as dívidas não conhecidas na data de registo da fusão transmitem-se para a sociedade incorporante, sem prejuízo de esta e os seus acionistas se protegerem previamente quanto a essas dívidas não conhecidas.

Outra questão que se poderia discutir seria se a finalidade inerente à condenação da sociedade incorporada, na qualidade de entidade empregadora, ao pagamento de uma coima por infração das regras laborais em causa não deixa de se extinguir em virtude da fusão por incorporação. A existência da responsabilidade contraordenacional baseia-se no facto de a Good and Cheap ter infringido as regras sobre o intervalo de descanso e o descanso diário dos seus trabalhadores, sendo que a finalidade da condenação ao pagamento das Coimas é preventiva, ou seja, transmitir ao agente que cometeu a infração a ideia de que não deve voltar a cometê-la. Ora, a questão que se coloca é se o facto de as

a Administração não teria nenhum meio de aplicar as coimas previstas pelo seu direito do ambiente, e as partes lesadas não poderiam ser indemnizadas;” e (2) “*na sequência de uma fusão como a que está em causa no processo principal, a Administração Fiscal descobre que a sociedade incorporada praticou durante vários anos um plano de otimização fiscal abusivo. Caso a mesma interpretação fosse aplicável, a Administração Fiscal não teria nenhum meio de cobrar o imposto não pago*”.

⁹² Vd. ponto 61 das Conclusões do Advogado-Geral.

⁹³ Vd. ponto 37 das Conclusões do Advogado-Geral.

⁹⁴ Como é óbvio, não nos referimos às dívidas fiscais em que é possível obter certidões de inexistência de dívidas.

coimas terem sido aplicadas à Modelo-Continente (entidade que não cometeu as infrações) e, presumindo-se, que esta não comete nenhuma destas infrações, podendo até os trabalhadores que transitaram de uma sociedade para a outra estarem agora em melhores condições laborais, ainda faz sentido o pagamento das Coimas?

Entendemos que sim. Em virtude da fusão por incorporação, a atividade da Good and Cheap passou a ser desenvolvida pela Modelo-Continente, porém, tal como acontece nestes casos, toda a complexa organização e gestão da sociedade permanece com contornos idênticos, nomeadamente os trabalhadores mantêm-se.

Ora, se o substrato pessoal que formavam a sociedade incorporada se mantém, tal como o seu património, não é pelo facto de ter ocorrido uma alteração societária com a fusão por incorporação que desaparece a necessidade de advertir a sociedade para o cumprimento das regras laborais em causa. De facto, uma vez que a estrutura ainda que com diferenças se mantém, a aplicação da coima não se torna inócua, pois a sociedade poderá cometer o mesmo tipo de infrações, pelo que continua presente e justificável a finalidade preventiva associada à condenação ao pagamento das Coimas⁹⁵.

Perante isto, somos da opinião de que a obrigação de pagar as Coimas transmitiu-se da sociedade incorporada (Good and Cheap) para a sociedade incorporante (Modelo-Continente) por efeito da fusão por incorporação, sendo que o facto de a aplicação definitiva das Coimas ter ocorrido após a fusão nada altera, na medida em que os factos que originaram as Coimas foram praticados antes da fusão⁹⁶.

Caso assim não fosse, a finalidade da Diretiva 2011/35 estaria de certa forma desvirtuada, na medida em que a coordenação do instituto da fusão de sociedades entre o direito dos Estados-Membros visa a proteção dos interesses dos sócios e dos terceiros aquando de uma fusão por incorporação.

⁹⁵ Vd. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 4 de fevereiro de 2004 (Processo n.º 9963/2002-4 – Relator: PAULA SÁ FERNANDES), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

⁹⁶ Outra questão que se pode colocar é: e se estivéssemos perante uma fusão por constituição de nova sociedade? Na nossa opinião, a solução apresentada seria a mesma, pois as contingências, direitos e obrigações das sociedades fundidas, em virtude da sua dissolução, são absorvidas pela nova sociedade e é sobre esta que recaem todas as responsabilidades, conforme resulta da alínea a) do artigo 112.º do Código das Sociedades Comerciais. Vd. EDUARDO FONDEVILA ROCA, *Fusiones y Adquisiciones como instrumentos estratégicos del empresario*, cit., p. 134.

5.4. **Proteção de terceiros**

Decorre dos Considerandos 4⁹⁷, 5⁹⁸ e 7⁹⁹ da Diretiva 2011/35¹⁰⁰ que a coordenação do regime da fusão de sociedades entre as várias legislações dos Estados-Membros visa essencialmente a proteção dos interesses dos sócios e dos terceiros aquando de uma fusão. Desta forma, a finalidade inerente ao regime da fusão de sociedades estabelecido na Diretiva 2011/35 visa sobretudo a proteção dos sócios das sociedades em causa, bem como dos terceiros.

Se não existem dúvidas sobre quem são os sócios¹⁰¹ das sociedades intervenientes, o mesmo já não se poderá dizer sobre quem são estes “terceiros” que merecem uma tutela no âmbito da fusão das sociedades comerciais.

Em regra, nesta matéria os “terceiros” costumam corresponder essencialmente aos “credores” e aos “portadores de outros títulos das sociedades participantes na fusão”. São estes terceiros que merecem uma tutela específica no âmbito da Diretiva e também do Código das Sociedades Comerciais em matéria de fusão de sociedades.

Além do exposto nos Considerandos acima mencionados, a Diretiva 2011/35 estabelece que a “*legislação dos Estados-Membros deve prever um sistema adequado de proteção dos interesses dos credores das sociedades participantes na fusão relativamente aos créditos anteriores à publicação do projeto de fusão e ainda não vencidos no momento desta publicação*”¹⁰², sendo que “*para esse efeito, a legislação dos Estados-Membros deve prever, pelo menos, que os credores em causa tenham o direito de obter garantias adequadas caso a situação financeira das sociedades participantes numa fusão torne essa proteção necessária e esses credores não disponham já de tais garantias*”¹⁰³.

⁹⁷ “A proteção dos interesses dos sócios e de terceiros requer uma coordenação da legislação dos Estados-Membros a respeito da fusão das sociedades anónimas, e é conveniente introduzir na legislação de todos os Estados-Membros o instituto da fusão.”

⁹⁸ “No quadro dessa coordenação, é particularmente importante assegurar aos acionistas das sociedades participantes na fusão uma informação adequada, e tanto quanto possível objetiva, e garantir uma proteção apropriada dos seus direitos. Contudo, não é necessário exigir uma análise do projeto das condições da concentração por um perito independente para os acionistas se todos os acionistas concordarem em prescindir dessa análise.”

⁹⁹ “Os credores, incluindo os obrigacionistas, e os portadores de outros títulos das sociedades participantes na fusão deverão ser protegidos de modo a evitar que a realização da fusão prejudique os seus interesses.”

¹⁰⁰ Tal como já decorria de forma semelhante dos Considerandos da Terceira Diretiva.

¹⁰¹ Cf. artigo 11.º da Diretiva 2011/35.

¹⁰² Cf. artigo 13.º, número 1 da Diretiva 2011/35. Vd. ainda artigo 13.º, número 1 da Terceira Diretiva.

¹⁰³ Cf. artigo 13.º, número 2 da Diretiva 2011/35. Vd. ainda artigo 13.º, número 2 da Terceira Diretiva.

Em sentido idêntico, o Código das Sociedades Comerciais também consagra algumas disposições específicas quanto aos credores no âmbito da fusão de sociedades.

Em especial, os credores das sociedades participantes na fusão cujos créditos sejam anteriores à publicação da fusão podem deduzir uma oposição judicial à fusão, no prazo de um mês após a publicação do registo do projeto de fusão, com fundamento no prejuízo que dela derive para a realização dos seus direitos, desde que tenham solicitado à sociedade a satisfação do seu crédito ou a prestação de garantia adequada há pelo menos 15 dias sem que o seu pedido tenha sido atendido¹⁰⁴⁻¹⁰⁵.

Encontramos também referências aos “portadores de outros títulos das sociedades participantes na fusão” na Diretiva 2011/35, que estabelece que “os portadores de títulos que não sejam ações, dotados de direitos especiais, devem beneficiar, na sociedade incorporante, de direitos, pelo menos, equivalentes àqueles de que beneficiavam na sociedade incorporada, salvo se a modificação destes direitos tiver sido aprovada por uma assembleia dos portadores desses títulos, quando a lei nacional preveja uma tal assembleia, ou pelos portadores dos títulos individualmente, ou ainda se esses portadores tiverem o direito de obter da sociedade incorporante o resgate dos seus títulos”¹⁰⁶.

Por outro lado, o Código das Sociedades Comerciais estabelece que “os portadores de títulos que não sejam ações, mas aos quais sejam inerentes direitos especiais, devem continuar a gozar de direitos pelo menos equivalentes na sociedade incorporante ou na nova sociedade, salvo se: (a) For deliberado em assembleia especial dos portadores de títulos e por maioria absoluta do número de cada espécie de títulos que os referidos direitos podem ser alterados; (b) Todos os portadores de cada espécie de títulos consentirem individualmente na modificação dos seus direitos, caso não esteja prevista, na lei ou no contrato social, a existência de assembleia especial; (c) O projeto de fusão prever a aquisição desses títulos pela sociedade incorporante ou pela nova sociedade e as condições dessa

¹⁰⁴ Cf. artigo 101.º-A do CSC.

¹⁰⁵ Recorde-se ainda que esta oposição judicial deduzida por qualquer credor impede a inscrição definitiva da fusão na Conservatória do Registo Comercial até que se verifique algum dos seguintes factos: (a) haver sido julgada improcedente, por decisão com trânsito em julgado, ou, no caso de absolvição da instância, não ter o oponente intentado nova ação no prazo de 30 dias; (b) ter havido desistência do oponente; (c) ter a sociedade satisfeito o oponente ou prestado a caução fixada por acordo ou por decisão judicial; (d) haver o oponente consentido na inscrição; e (e) ter sido consignada em depósito a importância devida ao oponente. Sendo que se o tribunal julgar procedente a oposição judicial, o oponente tem direito ao reembolso do seu crédito, não sendo possível exigir-se a prestação de caução. Cf. artigo 101.º-B, números 1 e 2 do CSC.

¹⁰⁶ Vd. artigo 15.º da Diretiva 2011/35, bem como o mesmo artigo na Terceira Diretiva.

*aquisição forem aprovadas, em assembleia especial, pela maioria dos portadores presentes e representados*¹⁰⁷.

Posto isto, a questão que se coloca é a de saber se para além destes credores e portadores de outros títulos a quem, como vimos, é reconhecida uma tutela legal, é ainda possível configurar outros terceiros que mereçam a tutela no âmbito do regime da fusão de sociedades comerciais.

Para o Tribunal de Justiça da União Europeia, existem mais terceiros cujos interesses merecem tutela jurídica numa situação de fusão de sociedades comerciais. Razão pela qual o Tribunal de Justiça da União Europeia considerou que nos “terceiros” protegidos pela Terceira Diretiva (leia-se: igualmente pela Diretiva 2011/35) devem também constar todas aquelas entidades que “à data da fusão, ainda não são suscetíveis de ser qualificadas de credores ou de portadores de outros títulos, mas que podem ser qualificadas depois dessa fusão, devido a situações que nasceram antes da mesma, como a prática de infrações ao direito do trabalho, mas que só são constatadas por decisão depois da referida fusão. Caso a responsabilidade contraordenacional, que consiste no pagamento de uma coima pelas referidas infrações, não se transmitisse da sociedade incorporada para a sociedade incorporante, o interesse do Estado-Membro cujas autoridades competentes tivessem aplicado esta coima não estaria protegido”¹⁰⁸.

Concordamos com este entendimento do Tribunal de Justiça da União Europeia. De facto, antes e aquando da fusão por incorporação, o Estado português não configura nem um “credor” nem um “portador de outro título” e, por isso, se fossemos demasiado literais, o Estado português não mereceria qualquer proteção com a fusão das sociedades visadas.

Ainda que a decisão de aplicação das Coimas tenha ocorrido depois da fusão por incorporação, os factos originadores dessa decisão ocorreram antes da fusão, logo têm de ser igualmente protegidas todas aquelas entidades que, por diversas razões, só adquirem a qualidade de credor da sociedade incorporada após a fusão por incorporação, sendo-lhes reconhecido o pleno direito de reclamar o seu crédito perante a sociedade incorporante para quem, como vimos acima, foram transmitidos todos os ativos e passivos da sociedade incorporada¹⁰⁹.

Como acima referimos, se procedesse o entendimento contrário no sentido de que como a aplicação em definitivo das Coimas só ocorreu depois da fusão por incorporação, a responsabilidade do seu pagamento não se transmitiu da Good and Cheap para a Modelo-Continente, tendo-se extinguido, então o Estado português, enquanto entidade que só adquire o estatuto de credor

¹⁰⁷ Cf. artigo 101.º-D do CSC.

¹⁰⁸ Vd. ponto 32 do Acórdão.

¹⁰⁹ Cf. artigo 19.º, número 1 da Diretiva 2011/35 e da anterior Terceira Diretiva.

depois da fusão por incorporação, estaria a ser injustificadamente prejudicado, o que não se compagina com a legislação enunciada nesta matéria, que como podemos ver tem como um dos seus propósitos proteger os terceiros envolvidos na fusão, nomeadamente os credores, para que não possam ser afetados com a fusão e para que a fusão não seja utilizada como um mecanismo de exonerar as responsabilidades dos intervenientes envolvidos.

Por outro lado, segundo a mesma ideia de proteção dos terceiros envolvidos na fusão, a Modelo-Continente alegou que a “*transmissão da responsabilidade contraordenacional de uma sociedade incorporada através de uma fusão não poderia acontecer na medida em que **seria contrária aos interesses dos credores e dos acionistas da sociedade incorporante**, uma vez que estes últimos não estariam em condições de avaliar as consequências económicas e patrimoniais desta fusão*”¹¹⁰.

Seguindo de perto a posição do Tribunal de Justiça da União Europeia, parece-nos que este entendimento da Modelo-Continente não pode ser seguido, uma vez que os acionistas e os credores da sociedade incorporante podem, conforme fomos referindo ao longo do artigo, ser protegidos de outras formas.

Desde logo, conforme vimos acima, o artigo 13.º, número 2 da Diretiva 2011/35, estabelece que os credores têm direito a obter garantias adequadas sempre que a situação financeira das sociedades participantes na fusão tome a proteção necessária, seja através de ações administrativas ou judiciais.

Por outro lado, é comum nesta situações que, antes de se avançar para a fusão de sociedades, a sociedade incorporante proceda a uma auditoria jurídica, financeira e legal da sociedade incorporada de forma a obter uma visão mais correta e completa do espectro geral da sociedade a incorporar, na medida em que terá acesso a documentos e informações internas da própria sociedade¹¹¹.

Perante isto, a sociedade incorporante terá um maior conhecimento da sociedade incorporada, das suas responsabilidades e dos riscos inerentes à fusão, sendo que desta forma os seus acionistas poderão estabelecer os mecanismos que entenderem para salvaguardarem os seus interesses e os interesses da sociedade incorporante.

Desta forma, os acionistas das sociedades incorporantes usualmente protegem os seus direitos, bem como a si mesmos, de situações de risco que podem originar a responsabilidade das sociedades incorporantes por factos cometidos pelas sociedades incorporadas, através da previsão destas situações no acordo de fusão, seja através da inserção de cláusulas de limitação ou exclusão de respon-

¹¹⁰ Vd. ponto 34 do Acórdão.

¹¹¹ Vd. *Idem*.

sabilidades, seja através da inserção de cláusulas de declarações de garantias¹¹². Desta forma, os acionistas das sociedades incorporantes podem (e devem) proteger-se perante estas situações.

5.5. **Conclusões**

Posto isto, esteve bem o Tribunal de Justiça da União Europeia neste caso, pois parece-nos que a resposta não pode ser outra: em virtude da fusão por incorporação, transmitem-se da sociedade incorporada para a sociedade incorporante todo o tipo de responsabilidades, seja civil, penal ou contraordenacional¹¹³.

Desta forma, a Modelo-Continente é necessariamente responsável pelo pagamento das Coimas que emergiram de factos praticados pela Good and Cheap anteriormente à fusão.

De facto, a transmissão universal do conjunto de património passivo da sociedade incorporada para a sociedade incorporante prevista na alínea a) do número 1 do artigo 19.º da Diretiva 2011/35 e da anterior Terceira Diretiva inclui todo o tipo de responsabilidades da sociedade incorporada, nomeadamente a responsabilidade contraordenacional. Caso contrário, não se trataria de uma “transmissão universal do conjunto de património passivo” e estar-se-ia a distinguir quando a lei não distingue.

Além disso, o facto de a aplicação definitiva das coimas surgir depois da fusão por incorporação não implica que haja lugar à exoneração da responsabilidade, transmitindo-se, por isso, a responsabilidade pelo pagamento das coimas para a sociedade incorporante, caso contrário a fusão por incorporação seria um mecanismo que permitiria à sociedade incorporada ver-se exonerada de todas as responsabilidades que emergissem de infrações praticadas anteriormente à fusão, o que desvirtuaria a natureza própria da fusão por incorporação.

Por último, o regime da fusão tem em consideração a proteção dos interesses dos sócios e dos terceiros que possam eventualmente vir a ser afetados negativamente pela fusão. Devem ser considerados como terceiros alvos de proteção do regime da fusão todas as entidades que aquando fusão já sejam credores, bem como todas aquelas entidades que só adquiram essa qualidade posteriormente por factos que tenham tido origem anterior à fusão.

¹¹² Vd. neste sentido, ponto 61 das Conclusões do Advogado-Geral.

¹¹³ Conforme refere o Advogado-Geral, nos pontos 65 e 66 das suas Conclusões, a sociedade incorporante adquire também da sociedade incorporada todo o seu ativo, bem como créditos que esta tenha perante terceiros.

Razão pela qual a aceitação de que a responsabilidade da Good and Cheap se teria como extinta em função da fusão por incorporação não se compagina com o regime jurídico nacional e da União Europeia da fusão por incorporação, uma vez que essa solução estaria necessariamente a prejudicar um terceiro/credor, o Estado português.

28 de setembro de 2015