



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
JULIANE KOKOTT
apresentadas em 4 de maio de 2017¹

Processo C-106/16

Polbud - Wykonawstwo sp. z o.o., em liquidação

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal, Polónia)]

«Liberdade de estabelecimento — Artigos 49.º e 54.º TFUE — Âmbito de aplicação — Transformação transfronteiriça — Transferência da sede social estatutária de uma sociedade para outro Estado-Membro sem transferência da sede efetiva — Pedido de cancelamento da sociedade no registo comercial do Estado-Membro de origem — Exigência de dissolução e liquidação da sociedade — Proteção dos credores, dos sócios minoritários e dos trabalhadores — Proporcionalidade»

I – Introdução

1. A liberdade de estabelecimento opõe-se a disposições de um Estado-Membro que proíbem a uma sociedade constituída nos termos do direito nacional a transformação numa sociedade de direito de um outro Estado-Membro?
2. Esta é, no essencial, a questão que compete ao Tribunal de Justiça responder no âmbito do presente pedido de decisão prejudicial. Esta questão levanta-se no contexto da vontade de uma sociedade de responsabilidade limitada polaca de assumir a forma jurídica de uma sociedade de direito luxemburguês preservando a sua identidade jurídica. O cancelamento da sociedade no registo comercial da Polónia, necessário para completar esta operação, é, no entanto, inviabilizado pelo facto de a legislação deste Estado-Membro exigir para este efeito a liquidação e dissolução prévias da sociedade.
3. O Tribunal de Justiça tem, neste contexto, a possibilidade de precisar o alcance do âmbito de aplicação da liberdade de estabelecimento e de esclarecer uma questão que assume uma importância fundamental. Isto porque se torna necessário decidir se esta liberdade fundamental não garante a uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-Membro apenas a livre escolha do local em que exerce a sua atividade económica na União, mas também a questão separada da alteração da sua forma jurídica.

¹ Língua original: alemão.

4. Neste sentido, o processo completará uma série de acórdãos conhecidos do Tribunal de Justiça relativos à mobilidade transfronteiriça de sociedades². Efetivamente, haverá poucos domínios do direito da União que suscitem de modo equiparável as paixões dos especialistas e que foram analisados de forma similarmente intensa. Ou, tendo em consideração o colossal número de publicações pertinentes³, e citando Karl Valentin⁴: «Já tudo foi dito, só que ainda nem todos o disseram».

5. No presente caso o Tribunal de Justiça voltou, por conseguinte, a ser chamado a decidir esta questão.

II – Quadro jurídico

A – Direito da União

6. O quadro jurídico da União é definido pelas disposições relativas à liberdade de estabelecimento nos termos dos artigos 49.º e 54.º TFUE.

B – Direito nacional

7. Artigo 270.º do Kodeks spółek handlowych polaco (Código das Sociedades Comerciais, a seguir «KSH») dispõe o seguinte:

«Uma sociedade é dissolvida:

[...]

2. por uma decisão dos sócios no sentido da dissolução da sociedade ou da transferência da sede social para o estrangeiro, confirmado por ata notarial;

[...]»

8. O artigo 272.º KSH dispõe o seguinte:

«A dissolução da sociedade exige a liquidação prévia e tem lugar mediante o cancelamento da sociedade no registo.»

9. O § 1 do artigo 288.º KSH define que após a aprovação do balanço de encerramento em reunião dos sócios e uma vez concluído o processo de liquidação, este deve ser publicado no local da sede social e apresentado no tribunal competente para efeitos de registo juntamente com o pedido de cancelamento da sociedade no registo comercial. O dia anterior à distribuição dos ativos remanescentes depois de pagamento ou garantia dos direitos dos credores é tido como referência.

2 Acórdãos de 27 de setembro de 1988, Daily Mail and General Trust (81/87, EU:C:1988:456); de 9 de março de 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126); de 5 de novembro de 2002, Überseering (C-208/00, EU:C:2002:632); de 30 de setembro de 2003, Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512); de 13 de dezembro de 2005, SEVIC Systems (C-411/03, EU:C:2005:762); de 16 de dezembro de 2008, Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723); e de 12 de julho de 2012, VALE (C-378/10, EU:C:2012:440). Ao nível do direito derivado, este domínio continua a não estar regulado de forma pormenorizada, v., no entanto, a Diretiva 2005/56/CE, de 26 de outubro de 2005, relativa às fusões das sociedades de responsabilidade limitada (JO 2005, L 310, p. 1) e o Regulamento n.º 2157/2001, de 8 de outubro de 2001, relativo ao estatuto da sociedade europeia (SE) (JO 2001, L 294, p. 1).

3 Excluindo as contagens duplas, a base de dados de jurisprudência do Tribunal de Justiça conta atualmente com um número superior a 559 publicações científicas que se centram diretamente nos acórdãos principais referidos na nota de pé de página 2 (v. curia.europa.eu).

4 Humorista, artista de cabaré, autor e criador de inúmeras expressões populares originário da Baviera (1882-1948).

10. Os artigos 551.º a 568.º KSH regulam a transformação de sociedades. Neste contexto, o artigo 562.º, § 1, KSH dispõe que a transformação de uma sociedade de capitais exige a aprovação de uma decisão pelos sócios ou, se for o caso, pela assembleia geral.

11. O artigo 17.º da Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe (Lei de 4 de fevereiro de 2011 — Direito Internacional Privado, a seguir «Lei de Direito Internacional Privado») dispõe resumidamente o seguinte:

«1. Uma pessoa coletiva está sujeita à lei do Estado em que tem a sua sede social.

2. Contudo, se a lei a que se refere o n.º 1 previr a aplicação da lei do Estado em que a pessoa coletiva foi inicialmente constituída, aplica-se a lei desse Estado.

[...]»

12. O artigo 19.º da Lei de Direito Internacional Privado dispõe o seguinte:

«1. A transferência da sede social para outro Estado implica a sujeição da pessoa coletiva à lei desse Estado. A personalidade jurídica adquirida no Estado da sua sede social anterior é mantida sempre que isso for permitido pelas normas de todos os Estados afetados. A transferência da sede social dentro do Espaço Económico Europeu não implica a perda de personalidade jurídica.

2. A fusão de pessoas coletivas com sede social em diferentes Estados exige o preenchimento dos critérios previstos na lei desses Estados.»

III – Litígio no processo principal e tramitação perante o Tribunal de Justiça

13. A Polbud-Wykonawstwo sp. z o.o. (a seguir «Polbud») é uma sociedade de responsabilidade limitada de direito polaco com sede em Łacko. Em 30 de setembro de 2011, os seus sócios decidiram transferir a «sede social da sociedade» para o Grão-Ducado do Luxemburgo nos termos do artigo 270.º, n.º 2, KSH, não tendo sido alterado o local onde a atividade económica é efetivamente exercida.

14. Baseando-se nesta situação, em 19 de outubro de 2011 a Polbud requereu no tribunal competente para efeitos de registo a abertura de um processo de liquidação. Em 26 de outubro de 2011, a abertura do processo de liquidação foi inscrita no registo comercial, tendo ainda sido designado um liquidatário.

15. Em 28 de maio de 2013, a assembleia dos sócios da Polbud decidiu perante um notário em Rambrouch (Luxemburgo) executar a decisão tomada em setembro de 2011 em relação à transferência da sede social e transferir a sede da sociedade para o Luxemburgo, com efeitos a partir daquele dia, sem cessar a personalidade jurídica da mesma ou criar uma nova pessoa coletiva. Foi ainda determinada, em particular, a adoção da forma jurídica da sociedade de responsabilidade limitada de direito luxemburguês, a alteração do nome para Consoil Geotechnik S.à.r.l. (a seguir «Consoil») e a redação de um novo contrato de sociedade. Com base no mesmo, a Consoil foi inscrita em 14 de junho de 2013 no registo das sociedades do Luxemburgo⁵.

16. Em 24 de junho de 2013, a Polbud apresentou um pedido de cancelamento no registo comercial no tribunal competente para efeitos de registo na Polónia. No entanto, a empresa não respeitou a ordem do tribunal de apresentar para este efeito os documentos relativos à dissolução e liquidação da sociedade, tendo antes referido a transferência da sede social para o Luxemburgo e a continuação da sociedade nos termos da legislação destes Estado-Membro.

5 V. Jornal Oficial do Grão-Ducado do Luxemburgo, Recueil des Sociétés et Associations, C - n.º 1841 de 31 de julho de 2013, pp. 88334 a 88342.

17. Por despacho de 19 de setembro de 2013, o tribunal competente para efeitos de registo indeferiu o pedido de cancelamento. Os recursos interpostos contra este despacho em primeira e em segunda instância não obtiveram provimento.

18. Por via do recurso de cassação interposto em 4 de junho de 2014, a sociedade recorreu finalmente ao Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal, Polónia), alegando que a partir da data da transferência da sede social para o Luxemburgo a sociedade deixou de estar regida pelo direito polaco e transformou-se numa sociedade de direito luxemburguês. O processo de liquidação foi concluído nesse momento e, por conseguinte, dever-se-ia ter realizado o cancelamento do seu registo polaco.

19. O Sąd Najwyższy tem dúvidas de que a recusa de cancelamento da sociedade no registo comercial devido ao facto de esta não cumprir os requisitos exigidos nos termos do direito polaco contrarie a liberdade de estabelecimento consagrada no direito da União, tendo por conseguinte submetido em 22 de outubro de 2015 as seguintes questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça nos termos do artigo 267.º TFUE:

1. Opõem-se os artigos 49.º e 54.º TFUE à aplicação de disposições de direito interno do Estado-Membro de constituição de uma sociedade comercial (sociedade de responsabilidade limitada) que condicionam o cancelamento no registo comercial à dissolução da sociedade uma vez efetuada a liquidação, quando, com base numa decisão dos sócios que prevê a continuidade da personalidade jurídica da sociedade adquirida no Estado-Membro de constituição, a sociedade [for constituída de novo] noutra Estado-Membro?

Em caso de resposta negativa:

2. Podem os artigos 49.º e 54.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia ser interpretados no sentido de que o requisito estabelecido em direito interno segundo o qual, anteriormente à dissolução da sociedade, subordinada ao cancelamento da sua inscrição no registo, a sociedade deve levar a cabo um processo de liquidação que inclui a cessação das operações em curso, a cobrança dos créditos, o cumprimento das obrigações e a venda de ativos, o pagamento ou a garantia dos direitos dos credores, a apresentação de um relatório financeiro sobre a realização das referidas medidas bem como a indicação da pessoa encarregue de manter os livros e os documentos, é uma medida adequada, necessária e proporcionada para salvaguardar o interesse público legítimo da proteção dos credores, dos sócios minoritários e dos trabalhadores da sociedade migrante?

3. Devem os artigos 49.º e 54.º TFUE ser interpretados no sentido de que a transferência da sede social estatutária para outro Estado-Membro com a finalidade de transformação numa sociedade do referido Estado, mantendo a [sua] sede [...] principal no Estado-Membro de constituição, constitui uma restrição à liberdade de estabelecimento?

20. No processo no Tribunal de Justiça apresentaram observações escritas a República da Polónia, a República da Áustria, a República Portuguesa e a Comissão Europeia. Participaram na audiência de 6 de novembro de 2017 os referidos intervenientes, com exceção da República Portuguesa, bem como Polbud e a República Federal da Alemanha.

IV – Apreciação jurídica

21. O presente pedido de decisão prejudicial diz respeito à visada alteração da forma jurídica da Polbud para uma sociedade de responsabilidade limitada de direito luxemburguês. Na medida em que o Luxemburgo, à semelhança de vários outros Estados-Membros, exige uma sede social nacional para constituição e a continuidade de sociedades nos termos do direito nacional, uma operação deste tipo

está necessariamente associada à transferência da sede social⁶. Esta transferência parece ter sido realizada com a inscrição da Consoil no registo das sociedades do Luxemburgo⁷.

22. De acordo com a terminologia usada pelo Tribunal de Justiça, verifica-se uma transformação transfronteiriça, referindo-se este conceito à transformação de uma sociedade numa sociedade sujeita à legislação de um outro Estado-Membro que é constituída no âmbito desta operação⁸.

23. Por princípio, o sucesso de uma transformação deste tipo depende na mesma medida das ordens jurídicas do Estado-Membro de origem e do Estado-Membro de acolhimento. Neste sentido, o acórdão VALE⁹ dizia respeito ao facto de o Estado-Membro de acolhimento prever a possibilidade de uma transformação para sociedades de direito interno, mas proibir as transformações transfronteiriças. O presente caso, pelo contrário, está relacionado com obstáculos levantados pelo Estado-Membro de origem. Neste sentido, a legislação da Polónia não permite que a Polbud, cuja personalidade jurídica deve ser mantida pela Consoil, seja cancelada no registo comercial a liquidação e dissolução prévias.

24. De seguida importa essencialmente esclarecer se a liberdade de estabelecimento se opõe a esta abordagem. A particularidade deste caso diz respeito ao facto de, tendo em conta as explicações constantes do pedido de decisão prejudicial, a transformação transfronteiriça não estar associada a uma alteração do núcleo central das atividades comerciais da sociedade. O órgão jurisdicional de reenvio levanta a questão de saber se, neste contexto, a situação é abrangida pelo âmbito de aplicação da liberdade de estabelecimento (terceira questão), se se verifica uma restrição (primeira questão) e se esta pode ser eventualmente justificada (segunda questão).

A – Quanto à terceira questão prejudicial

25. A terceira questão prejudicial — formulada de forma algo ambígua — diz respeito ao âmbito de aplicação da liberdade de estabelecimento nos termos dos artigos 49.º e 54.º TFUE, devendo ser a primeira a ser analisada. Tal deve-se ao facto de caso uma transformação transfronteiriça como a que se pretende concretizar no presente caso não ser, desde logo, abrangida pela liberdade de estabelecimento, não se levantarem questões subsequentes a respeito das restrições e da justificação.

26. Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se é abrangida pela liberdade de estabelecimento uma operação pela qual uma sociedade constituída nos termos do direito de um Estado-Membro transfere a sua sede social estatutária para outro Estado-Membro com a finalidade de transformação numa sociedade desse Estado, mantendo a «sede principal da sociedade» — ou seja, a sua *sede efetiva*, de acordo com a terminologia do Tribunal de Justiça no acórdão Cartesio¹⁰ — no Estado-Membro de origem.

6 Até ao momento, não foram bem-sucedidas as tentativas de regulamentação ao nível do direito derivado de transferências de sedes sociais no âmbito de uma Décima Quarta Diretiva no domínio do direito das sociedades. Na sua Resolução de 14 de junho de 2012 sobre o futuro do direito europeu das sociedades (2012/2669(RSP), o Parlamento Europeu repetiu o seu pedido à Comissão de apresentar uma proposta legislativa correspondente. Na sua comunicação de 12 de dezembro de 2012 [«Plano de ação: Direito das sociedades europeu e governo das sociedades», COM(2012) 740 final], a Comissão reconheceu, em princípio, a importância desta temática e decidiu efetuar um procedimento de consulta (v. http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/seat-transfer/docs/summary-of-responses_en.pdf). Tanto quanto é possível depreender, não foram realizados outros passos.

7 Um resultado funcionalmente semelhante apenas poderia, quando muito, ser alcançado nos termos da Diretiva 2005/56 (já referida na nota de pé de página 2) por via de uma fusão transfronteiriça. Neste caso, verifica-se, no entanto, a dissolução da entidade jurídica incorporada sem preservação da sua identidade jurídica (v. artigo 2.º, n.º 2, da diretiva).

8 V. acórdão de 12 de julho de 2012, VALE (C-378/10, EU:C:2012:440, n.ºs 19 e 23).

9 V. acórdão de 12 de julho de 2012, VALE (C-378/10, EU:C:2012:440).

10 V. acórdão de 16 de dezembro de 2008, Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, n.º 47).

27. Nos termos da jurisprudência do Tribunal de Justiça, as operações de transformação de sociedades fazem, em princípio, parte das atividades económicas relativamente às quais os Estados-Membros devem respeitar a liberdade de estabelecimento¹¹. Tal não significa, no entanto, que este tipo de operações esteja abrangido, em geral, pelo âmbito de aplicação destas liberdades fundamentais. Pelo contrário, é necessário que estejam sempre preenchidos os requisitos previstos no artigo 49.º TFUE. Nos termos desta disposição, são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro, sendo de referir que nos termos do artigo 54.º TFUE as sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-Membro são equiparadas aos nacionais dos Estados-Membros.

28. Por conseguinte, importa analisar se a Polbud deve ser considerada uma sociedade na aceção do artigo 54.º TFUE e pode assim invocar a liberdade de estabelecimento (v., *infra*, o ponto 1.), bem como se a transformação visada no presente caso está associada a um estabelecimento noutra Estado-Membro (v., *infra*, o ponto 2.).

1. Sociedade na aceção do artigo 54.º TFUE

29. Nos termos da jurisprudência, a questão de saber se o artigo 49.º TFUE é aplicável a uma sociedade que invoca a liberdade de estabelecimento constitui, nos termos do artigo 54.º TFUE, uma questão prévia que apenas pode encontrar resposta no direito nacional aplicável. Isto porque os Estados-Membros dispõem da faculdade de definir não só o vínculo de dependência exigido a uma sociedade para que ela possa considerar-se constituída em conformidade com o seu direito nacional e suscetível, a esse título, de beneficiar do direito de estabelecimento como também o vínculo de dependência exigido para manter essa mesma qualidade posteriormente¹².

30. À luz do artigo 17.º, n.º 1, da Lei de Direito Internacional Privado polaca, poderia levantar dúvidas se a Polbud ainda pode ser considerada uma sociedade polaca na sequência da transferência da sua sede social para o Luxemburgo e se, enquanto tal, pode invocar a liberdade de estabelecimento, na medida em que nos termos desta disposição uma pessoa coletiva está sujeita à lei do Estado em que tem a sua sede social. De acordo com as observações da Polónia na audiência, o legislador polaco absteve-se de concretizar o conceito de «sede». Caso este conceito designe a sede social, a consequência necessária seria que a Polbud já não poderia ser considerada uma sociedade de direito polaco.

31. Compete, no entanto, ao órgão jurisdicional de reenvio esclarecer esta questão, podendo a mesma ficar em aberto, na medida em que este órgão jurisdicional não tem dúvidas de que a Polbud pode invocar a liberdade de estabelecimento.

2. Estabelecimento noutra Estado-Membro

32. De seguida, importa analisar se se verifica um estabelecimento noutra Estado-Membro na aceção do artigo 49.º TFUE.

¹¹ Acórdãos de 12 de julho de 2012, VALE (C-378/10, EU:C:2012:440, n.º 24), e de 13 de dezembro de 2005, SEVIC Systems (C-411/03, EU:C:2005:762, n.º 19).

¹² V. acórdãos de 16 de dezembro de 2008, Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, n.ºs 109 e 110); de 29 de novembro de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, n.ºs 26 e 27); e de 12 de julho de 2012, VALE (C-378/10, EU:C:2012:440, n.ºs 28 e 29).

33. Nos termos da jurisprudência constante, o conceito de estabelecimento é um conceito muito amplo, que implica a possibilidade de participar, de modo estável e contínuo, na vida económica de um Estado-Membro diferente do seu Estado de origem, e de dela tirar benefício¹³. Para tal, é necessário que seja assegurada uma presença permanente no Estado-Membro de acolhimento que deve poder ser verificada com base em elementos objetivos e comprováveis¹⁴.

34. Ao precisar o conceito de estabelecimento, o Tribunal de Justiça sublinhou ainda que este envolve a efetiva prossecução de uma atividade económica através de uma instalação estável noutro Estado-Membro por um período indeterminado¹⁵. Na sua jurisprudência recente, o Tribunal de Justiça concluiu neste âmbito que se deve verificar uma implantação *real* no Estado-Membro de acolhimento e o exercício de uma *atividade económica efetiva* neste¹⁶. No entanto, até ao momento o Tribunal de Justiça apenas teve em consideração o critério de uma operação de estabelecimento real no contexto da existência de uma restrição¹⁷ ou da justificação¹⁸ de medidas restritivas.

35. Caso, por um lado, um estabelecimento constitua incontestavelmente uma condição de aplicação da liberdade de estabelecimento e, por outro, o conceito de estabelecimento implique, na jurisprudência assente, uma implantação real no Estado-Membro de acolhimento e o exercício de uma atividade económica efetiva, conseqüentemente apenas deveriam ser abrangidas pelo âmbito de aplicação da liberdade de estabelecimento as operações associadas a um estabelecimento na aceção de uma implantação real.

36. À luz do entendimento amplo que o Tribunal de Justiça tem aplicado ao conceito de estabelecimento, é desde logo suficiente neste âmbito a existência de uma determinada infraestrutura no Estado-Membro de acolhimento que permita aí exercer de forma estável e contínua uma atividade profissional¹⁹. Além disso, nos termos da jurisprudência é também suficiente a intenção de constituir um estabelecimento deste tipo²⁰.

37. No que respeita ao presente caso, de acordo com o órgão jurisdicional de reenvio o núcleo das atividades comerciais da Polbud manteve-se na Polónia. Tal não exclui que a sociedade desenvolva atividades no Luxemburgo que representem um estabelecimento efetivo na aceção da jurisprudência, ou que tenham a intenção de constituir um estabelecimento deste tipo. Neste caso, a situação estaria abrangida pelo âmbito de aplicação da liberdade de estabelecimento²¹.

13 V. acórdãos de 21 de junho de 1974, Reyners (2/74, EU:C:1974:68, n.º 21); de 30 de novembro de 1995, Gebhard (C-55/94, EU:C:1995:411, n.º 25); de 14 de setembro de 2006, Centro di Musicologia Walter Stauffer (C-386/04, EU:C:2006:568, n.º 18); e de 26 de outubro de 2010, Schmelz (C-97/09, EU:C:2010:632, n.º 37).

14 V. acórdãos de 14 de setembro de 2006, Centro di Musicologia Walter Stauffer (C-386/04, EU:C:2006:568, n.º 19), e de 26 de outubro de 2010, Schmelz (C-97/09, EU:C:2010:632, n.º 38).

15 Acórdãos de 25 de julho de 1991, Factortame e o. (C-221/89, EU:C:1991:320, n.º 20), e de 4 de outubro de 1991, Comissão/Reino Unido (C-246/89, EU:C:1991:375, n.º 21).

16 V. acórdãos de 12 de setembro de 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, n.º 54); de 12 de julho de 2012, VALE (C-378/10, EU:C:2012:440, n.º 34); e de 21 de dezembro de 2016, AGET Iraklis (C-201/15, EU:C:2016:972, n.º 51).

17 V. acórdãos de 12 de julho de 2012, VALE (C-378/10, EU:C:2012:440, n.º 34), e de 21 de dezembro de 2016, AGET Iraklis (C-201/15, EU:C:2016:972, n.º 51).

18 Acórdão de 12 de setembro de 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, n.º 54).

19 V. acórdão de 11 de dezembro de 2003, Schnitzer (C-215/01, EU:C:2003:662, n.º 32). Em determinados casos, o arrendamento de instalações para utilização profissional poderá ser suficiente neste contexto; v. acórdãos de 18 de junho de 1985, Steinhauser (197/84, EU:C:1985:260, n.º 16), e de 4 de dezembro de 1986, Comissão/Alemanha (205/84, EU:C:1986:463, n.º 21). Pelo contrário, o mero registo no Estado de acolhimento não é suficiente; v. acórdão de 25 de julho de 1991, Factortame e o. (C-221/89, EU:C:1991:320, n.º 21).

20 V. acórdão de 12 de julho de 2012, VALE (C-378/10, EU:C:2012:440, n.º 35).

21 A este respeito, permito-me remeter para as observações da representante da Polbud na audiência, nos termos das quais a sociedade, ao contrário do exposto no pedido de decisão prejudicial, se transferiu completamente para o Luxemburgo e já não exerce quaisquer atividades económicas na Polónia. Apreciar esta questão de forma definitiva compete, no entanto, ao órgão jurisdicional de reenvio.

38. Caso a Polbud apenas esteja, pelo contrário, interessada em alterar o direito das sociedades que lhe é aplicável, a liberdade de estabelecimento não assume relevância. Apesar de esta conferir aos operadores económicos da União a liberdade de escolha do local da atividade económica, não lhes garante no entanto a liberdade de escolha a respeito do direito que lhes é aplicável. Uma transformação transfronteiriça não está, por conseguinte, abrangida pela liberdade de estabelecimento como um fim em si mesmo, mas apenas em conjugação com um estabelecimento efetivo.

– Quanto ao acórdão Cartesio

39. Também o acórdão Cartesio²², em particular, não permite chegar a uma conclusão diferente. Neste acórdão, o Tribunal de Justiça concluiu, por um lado, que os Estados-Membros podem proibir as sociedades constituídas ao abrigo do seu direito nacional de conservar essa qualidade quando decidam a deslocação da sua sede para outro Estado-Membro, rompendo dessa forma o vínculo de dependência previsto pelo direito nacional do Estado-Membro de constituição²³. Por outro, tal como concluiu o Tribunal de Justiça *obiter dicens*, o caso da transferência da sede de uma sociedade sem alteração do direito que lhe é aplicável deve ser distinguido do caso de deslocação de uma sociedade de um Estado-Membro para outro com alteração do direito nacional aplicável, uma vez que a sociedade passa a revestir uma forma prevista no direito do Estado-Membro para o qual se desloca²⁴.

40. Estas observações não podem ser entendidas no sentido de que o Tribunal de Justiça teria incluído as transformações transfronteiriças no âmbito de aplicação da liberdade de estabelecimento independentemente de qualquer operação de estabelecimento efetivo. Pelo contrário, a consideração de todas as suas ponderações no seu conjunto sugere que o mesmo estabeleceu uma diferenciação entre a transferência da sede efetiva com alteração da legislação aplicável à sociedade em causa de uma transferência sem qualquer alteração dessa legislação. Esta conclusão afigura-se desde logo obrigatória devido ao facto de, por um lado, o *obiter dictum* do Tribunal de Justiça dever ser entendido à luz da mensagem principal a que se segue e, por outro, o referido acórdão ter essencialmente por objeto a transferência da sede efetiva de uma sociedade²⁵.

– Quanto aos acórdãos Centros e Inspire Art

41. Não se verifica também qualquer contradição com os acórdãos Centros²⁶ e Inspire Art²⁷. Caso a Polbud pretendesse, enquanto sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-Membro, exercer a sua atividade exclusivamente noutro Estado-Membro, esta situação corresponde à situação que nos referidos acórdãos o Tribunal de Justiça acabou por considerar conforme à liberdade de estabelecimento. No entanto, importa estabelecer uma diferenciação. Nestes processos o Tribunal de Justiça apreciou sempre a matéria de facto da perspetiva da sociedade constituída num Estado-Membro que pretendia estabelecer-se noutro Estado-Membro — que era o Estado de residência dos proprietários das sociedades. Pelo contrário, a matéria de facto descrita no pedido de decisão prejudicial sugere, que o presente caso diz respeito a uma sociedade já existente que apenas pretende alterar a sua forma jurídica.

22 Acórdão de 16 de dezembro de 2008, Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723).

23 Acórdão de 16 de dezembro de 2008, Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, n.º 110).

24 Acórdão de 16 de dezembro de 2008, Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, n.º 111).

25 V. n.º 47 do acórdão.

26 Acórdão de 9 de março de 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126).

27 Acórdão de 30 de setembro de 2003, Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512).

42. O facto de uma sociedade, que assumiu a forma da Consoil, ter conseguido ser inscrita no registo no Luxemburgo com a finalidade declarada de prosseguir a personalidade jurídica da Polbud não permite chegar a uma conclusão diferente. Da perspetiva da Polónia, tal não pode ser determinante. Tal como o Tribunal de Justiça sublinhou, a transformação transfronteiriça de sociedades pressupõe a aplicação *sucessiva* de duas ordens jurídicas nacionais²⁸. Recorrendo a uma metáfora, a Polbud encontra-se com um pé no Luxemburgo, enquanto o outro ainda se mantém na Polónia.

3. Conclusão provisória

43. Neste sentido, deve responder-se à terceira questão prejudicial que é abrangida pela liberdade de estabelecimento prevista nos artigos 49.º e 54.º TFUE uma operação pela qual uma sociedade constituída nos termos do direito de um Estado-Membro transfere a sua sede social estatutária para outro Estado-Membro com a finalidade de se transformar numa sociedade desse Estado-Membro desde que se verifique uma implantação real desta sociedade no outro Estado-Membro com o objetivo de exercer uma atividade económica efetiva, ou exista uma intenção nesse sentido. Tal não prejudica a faculdade de esse Estado-Membro definir não só o vínculo de dependência exigido a uma sociedade para que ela possa considerar-se constituída em conformidade com o seu direito nacional como também o vínculo de dependência exigido para manter essa mesma qualidade.

B – Quanto à primeira questão prejudicial

44. No caso de se verificar uma implantação real da Polbud no Luxemburgo, apreciação que compete ao órgão jurisdicional de reenvio, importa analisar de seguida a primeira questão prejudicial. Com esta questão pretende-se esclarecer se se verifica uma restrição à liberdade de estabelecimento quando o cancelamento da sociedade em causa no registo comercial do Estado-Membro de origem, exigido para a concretização de uma transformação transfronteiriça, fica subordinado à sua liquidação e dissolução prévias.

45. Nos termos da jurisprudência constante, devem ser consideradas como restrições à liberdade de estabelecimento todas as medidas que proíbem, perturbam ou tornam menos atrativo o exercício desta liberdade²⁹.

46. De acordo com as informações do órgão jurisdicional de reenvio, nos termos do artigo 19.º, n.º 1, da Lei de Direito Internacional Privado a transferência da sede de uma sociedade polaca no interior da União não implica a perda de personalidade jurídica. A sua identidade pessoal é também mantida em caso da alteração do estatuto da sociedade. Por conseguinte, por princípio o direito polaco reconhece que a personalidade jurídica da Polbud pode ser prosseguida pela Consoil. Em simultâneo, nos termos do artigo 270.º, n.º 2, KSH, em conjugação com o artigo 272.º KSH, a decisão sobre a transferência da sede social para o estrangeiro provoca a dissolução da sociedade uma vez efetuada a liquidação.

47. No entanto, a recusa das autoridades polacas em cancelarem a Polbud no registo comercial sem liquidação e dissolução prévias impede a concretização da transformação transfronteiriça. Verifica-se, por conseguinte, uma restrição à liberdade de estabelecimento³⁰.

28 V. acórdão de 12 de julho de 2012, VALE (C-378/10, EU:C:2012:440, n.º 37).

29 Acórdãos de 30 de novembro de 1995, Gebhard (C-55/94, EU:C:1995:411, n.º 37); de 17 de outubro de 2002, Payroll e o. (C-79/01, EU:C:2002:592, n.º 26); de 5 de outubro de 2004, CaixaBank France (C-442/02, EU:C:2004:586, n.º 11); de 29 de novembro de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, n.º 36); e de 21 de dezembro de 2016, AGET Iraklis (C-201/15, EU:C:2016:972, n.º 48).

30 V., neste sentido, o acórdão de 16 de dezembro de 2008, Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, n.ºs 112 e segs.).

48. Neste sentido, deve responder-se à primeira questão prejudicial que num caso em que uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-Membro realmente se implantou ou pretenda implantar-se noutra Estado-Membro com o objetivo de nele exercer uma atividade económica efetiva e se transformou numa sociedade de direito desse Estado-Membro, a aplicação de normas nacionais, nos termos das quais o cancelamento desta sociedade no registo comercial do Estado-Membro de origem pressupõe a sua dissolução prévia precedida de liquidação, restringe a liberdade de estabelecimento.

C – Segunda questão prejudicial

49. Por fim, importa ainda analisar a segunda questão prejudicial. Esta visa essencialmente esclarecer se a obrigação de realização de um processo de liquidação representa um meio proporcionado para proteger os credores, os sócios minoritários e os trabalhadores de uma sociedade que concretiza uma transformação transfronteiriça.

50. De acordo com o órgão jurisdicional de reenvio, o processo de liquidação inclui especificamente a cessação das operações em curso, a cobrança dos créditos, o cumprimento das obrigações e a venda de ativos, o pagamento ou a garantia dos direitos dos credores, a apresentação de um relatório financeiro sobre a realização das referidas medidas bem como a indicação da pessoa encarregue de guardar a escrituração e a documentação. Este processo precede a dissolução da sociedade, que se verifica à data do cancelamento no registo.

51. Com exceção dos casos referidos nos artigos 51.º e 52.º TFUE, nos termos da jurisprudência constante as restrições à liberdade de estabelecimento apenas podem ser admitidas se se justificarem por razões imperiosas de interesse geral. Devem ainda ser adequadas a garantir a realização do objetivo assim prosseguido e não ultrapassar o que é necessário para o atingir³¹.

52. A seguir irei começar por analisar a alegação da Polónia, nos termos da qual a exigência de liquidação da sociedade é desde logo justificada por razões relacionadas com o combate às práticas abusivas (v., *infra*, o ponto 1.). Dedicar-me-ei depois aos interesses dos credores, dos sócios minoritários e dos trabalhadores referidos pelo órgão jurisdicional de reenvio na sua questão prejudicial (v., *infra*, o ponto 2.).

1. Quanto ao combate às práticas abusivas

53. A Polónia considera que a presente transformação em causa no processo representa um expediente artificial que não é justificado por motivos económicos. A liquidação da sociedade constitui uma medida adequada para dissuadir as empresas de contornar o direito nacional.

54. As alegações da Polónia são supérfluas caso se baseiem na premissa de que a Polbud visa exclusivamente uma alteração do estatuto da sociedade que lhe é aplicável, porque essa situação já não seria abrangida pela liberdade de estabelecimento, tal como exposto *supra*. Caso, no entanto, a situação fosse abrangida pelo âmbito de aplicação desta liberdade devido ao desenvolvimento de atividades económicas efetivas no Estado-Membro de acolhimento, não é possível seguir o entendimento da Polónia.

31 V. acórdãos de 30 de novembro de 1995, Gebhard (C-55/94, EU:C:1995:411, n.º 37); de 15 de maio de 1997, Futura Participations e Singer (C-250/95, EU:C:1997:239, n.º 26); de 12 de setembro de 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, n.º 47); de 29 de novembro de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, n.º 42); e de 21 de dezembro de 2016, AGET Iraklis (C-201/15, EU:C:2016:972, n.º 61). V. igualmente o acórdão de 16 de dezembro de 2008, Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, n.º 113).

55. Apesar de ser incontestado que ninguém pode invocar de forma abusiva o direito da União³², o dever geral de realização de um processo de liquidação ultrapassa aquilo que é necessário para evitar este tipo de práticas, na medida em que equivale, em última instância, a uma presunção geral inadmissível de que se verifica um abuso³³. Caso uma transformação transfronteiriça no caso individual se baseasse em motivos ilícitos, os Estados-Membros poderiam continuar a tomar qualquer medida adequada para prevenir ou sancionar as fraudes³⁴.

2. Quanto à proteção dos interesses dos credores, dos sócios minoritários e dos trabalhadores

56. Os interesses dos credores, dos sócios minoritários e dos trabalhadores constituem razões imperiosas de interesse geral³⁵. No entanto, não é evidente que o dever de realização de um processo de liquidação fosse o adequado para proteger os interesses dos grupos referidos. Pelo contrário, esse dever impede a realização de transformações transfronteiriças mesmo quando esses interesses não estejam a ser ameaçados³⁶.

57. Pelo contrário, uma medida deste tipo parece ser francamente contraproducente. Tal como o órgão jurisdicional de reenvio refere, o processo de liquidação acaba por se destinar à cessação da existência jurídica da sociedade. Neste sentido, leva a que os credores privados da sociedade percam as suas posições contratuais anteriores, que os contratos de trabalho de todos os trabalhadores cessem e que os sócios minoritários, como os outros sócios, fiquem com o remanescente da liquidação.

58. Inversamente, tal não significa que os Estados-Membros estejam impedidos de impor termos e condições a transformações transfronteiriças com vista a proteger o interesse público. Estas medidas devem, no entanto, respeitar o princípio da proporcionalidade. De seguida irei analisar neste âmbito a situação dos credores [v., *infra*, a alínea a)], dos sócios minoritários [v., *infra*, a alínea b)] e dos trabalhadores [v., *infra*, a alínea c)].

a) Quanto à proteção dos credores

59. A respeito da proteção dos credores, apenas podem assumir importância os interesses dos credores da sociedade existentes. Isto porque assim que a Polbud, após a realização da transformação transfronteiriça, continuar a exercer a sua atividade também na Polónia sob a forma jurídica de uma sociedade luxemburguesa, torna-se evidente para credores potenciais que as relações internas e externas da sociedade não serão determinadas pelo direito polaco³⁷.

32 V. acórdãos de 12 de maio de 1998, Kefalas e o. (C-367/96, EU:C:1998:222, n.º 20); de 23 de março de 2000, Diamantis (C-373/97, EU:C:2000:150, n.º 33); de 21 de fevereiro de 2006, Halifax e o. (C-255/02, EU:C:2006:121, n.º 68); de 13 de março de 2014, SICES e o. (C-155/13, EU:C:2014:145, n.º 29); e de 28 de julho de 2016, Kratzer (C-423/15, EU:C:2016:604, n.º 27).

33 V., neste sentido, os acórdãos de 4 de março de 2004, Comissão/França (C-334/02, EU:C:2004:129, n.º 27); de 9 de novembro de 2006, Comissão/Bélgica (C-433/04, EU:C:2006:702, n.º 35); de 28 de outubro de 2010, Établissements Rimbaud (C-72/09, EU:C:2010:645, n.º 34); e de 5 de julho de 2012, SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, n.º 38).

34 Acórdão de 9 de março de 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, n.º 38).

35 V. acórdãos de 5 de novembro de 2002, Überseering (C-208/00, EU:C:2002:632, n.º 92); de 13 de dezembro de 2005, SEVIC Systems (C-411/03, EU:C:2005:762, n.º 28); e de 12 de julho de 2012, VALE (C-378/10, EU:C:2012:440, n.º 39).

36 V. acórdãos de 13 de dezembro de 2005, SEVIC Systems (C-411/03, EU:C:2005:762, n.º 30), e de 12 de julho de 2012, VALE (C-378/10, EU:C:2012:440, n.º 40).

37 V. acórdão de 9 de março de 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, n.º 36) e de 30 de setembro de 2003, Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512, n.º 135).

60. No entanto, corre-se o risco de os interesses dos credores existentes serem afetados negativamente pela transformação, podendo a sociedade, em particular, passar a estar sujeita a regras menos rigorosas no que respeita à proteção do capital e à responsabilidade. À luz destas considerações seria admissível que estes credores pudessem exigir garantias adequadas desde que consigam provar que a transformação colocaria em risco a satisfação dos seus créditos já constituídos³⁸.

61. Esta objeção não é convincente na parte em que a Polónia alega ainda que a situação dos credores também se deterioraria de um ponto de vista processual na sequência da transformação e refere a esse respeito para o facto de os credores terem de propor ações contra a sociedade nos tribunais de outro Estado-Membro. Isto porque se a sede efetiva da sociedade se mantém na Polónia, tal como as considerações do órgão jurisdicional de reenvio sugerem, é de partir do pressuposto de que a mesma pode continuar a ser demandada nesse país³⁹.

b) Quanto à proteção dos sócios minoritários

62. A alteração do estatuto da sociedade poderá ainda afetar a posição daqueles sócios que eventualmente manifestaram uma posição contrária à transformação e não foram bem-sucedidos neste âmbito, na medida em que o novo estatuto provavelmente estará associado a uma alteração dos direitos e deveres dos intervenientes. Nestas circunstâncias seria proporcionado que se possibilitasse aos sócios afetados a cessação da sua participação na sociedade e a obtenção de uma compensação adequada⁴⁰.

c) Quanto à proteção dos trabalhadores

63. No que respeita finalmente à proteção dos interesses dos trabalhadores, importa referir antes de mais que este ponto não foi analisado em detalhe nem pelo órgão jurisdicional de reenvio nem pelos intervenientes no processo. Por outro, em relação à Polbud não existem quaisquer informações a respeito da transferência de postos de trabalho ou da redução de pessoal.

64. A transformação e a transferência da sede social da sociedade associada à primeira podem, no entanto, ter efeitos sobre determinados direitos dos trabalhadores relacionados com a sede social. Neste âmbito está sobretudo em causa a participação dos trabalhadores, ou seja, a participação na gestão da empresa⁴¹. Existe a possibilidade de a legislação a que a sociedade fica sujeita após a transformação prever um nível mais reduzido de direitos de participação dos trabalhadores.

38 V., por analogia, o artigo 13.º n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva 2011/35/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2011, relativa à fusão das sociedades anónimas (JO 2011, L 110, p. 1), bem como o acórdão de 9 de março de 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, n.º 37).

39 Esta situação verifica-se pelo menos no âmbito de aplicação do Regulamento (UE) n.º 1215/2012 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial [denominado «Regulamento Bruxelas I (reformulado)»]; JO 2012, L 351, p. 1], v. artigo 4.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 63.º, n.º 1, alínea b), deste regulamento. Além disso, para os efeitos da legislação no domínio da insolvência deve-se também concluir no sentido da competência internacional dos tribunais polacos, na medida em que nas circunstâncias do presente processo o centro dos interesses principais da sociedade, na aceção do artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento (UE) n.º 2015/848, de 20 de maio de 2015, relativo aos processos de insolvência (JO 2015, L 141, p. 19), se situa na Polónia. V. neste contexto igualmente o acórdão de 10 de dezembro de 2015, Kornhaas (C-594/14, EU:C:2015:806).

40 V., neste sentido, artigo 16.º, n.º 2, da Diretiva 2004/25/CE, de 21 de abril de 2004, relativa às ofertas públicas de aquisição (JO 2004, L 142, p. 12).

41 Em contrapartida, a sede social de uma sociedade não assume em regra relevância para o nível dos direitos de participação *profissionais*, ou seja, de direitos que visam a proteção dos interesses do pessoal.

65. No que respeita aos seus possíveis efeitos sobre os direitos dos trabalhadores, uma transformação transfronteiriça não se distingue assim de uma fusão transfronteiriça⁴². Esta última foi especificamente regulamentada pelo legislador da União na Diretiva 2005/56/CE⁴³, tendo sido prevista no seu artigo 16.º uma regulamentação especial relativa à defesa dos interesses dos trabalhadores que visa essencialmente alcançar uma solução negociada. À luz desta situação, não suscita quaisquer reservas que o Estado-Membro de origem de uma sociedade que procede a uma transformação transfronteiriça exija o respeito de exigências correspondentes.

3. Conclusão provisória

66. Em conclusão, deve responder-se à segunda questão prejudicial que o dever geral de realização de um processo de liquidação não constitui um meio proporcionado para proteger os credores, os sócios minoritários e os trabalhadores de uma sociedade que decide proceder a uma transformação transfronteiriça.

V – Conclusão

67. À luz das considerações expostas, proponho que o Tribunal de Justiça responda nos seguintes termos às questões submetidas pelo Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal, Polónia):

1. É abrangida pela liberdade de estabelecimento prevista nos artigos 49.º e 54.º TFUE uma operação pela qual uma sociedade constituída nos termos do direito de um Estado-Membro transfere a sua sede social estatutária para outro Estado-Membro com a finalidade de se transformar numa sociedade desse Estado-Membro, desde que se verifique uma implantação real desta sociedade no outro Estado-Membro com o objetivo de exercer uma atividade económica efetiva, ou exista uma intenção nesse sentido. Tal não prejudica a faculdade de esse Estado-Membro definir não só o vínculo de dependência exigido a uma sociedade para que ela possa considerar-se constituída em conformidade com o seu direito nacional como também o vínculo de dependência exigido para manter essa mesma qualidade.
2. Num caso em que uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-Membro realmente se implantou ou pretenda implantar-se noutro Estado-Membro com o objetivo de nele exercer uma atividade económica efetiva e se transformou numa sociedade de direito desse Estado-Membro, a aplicação de normas nacionais, nos termos das quais o cancelamento dessa sociedade no registo comercial do Estado-Membro de origem pressupõe a sua dissolução prévia precedida de liquidação, restringe a liberdade de estabelecimento.
3. O dever geral de realização de um processo de liquidação não constitui um meio proporcionado para proteger os credores, os sócios minoritários e os trabalhadores de uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-Membro que se transforma numa sociedade de direito de outro Estado-Membro.

42 V. o considerando 10 da Diretiva 2005/56/CE (já referida na nota de pé de página 2).

43 Já referida na nota de pé de página 2.