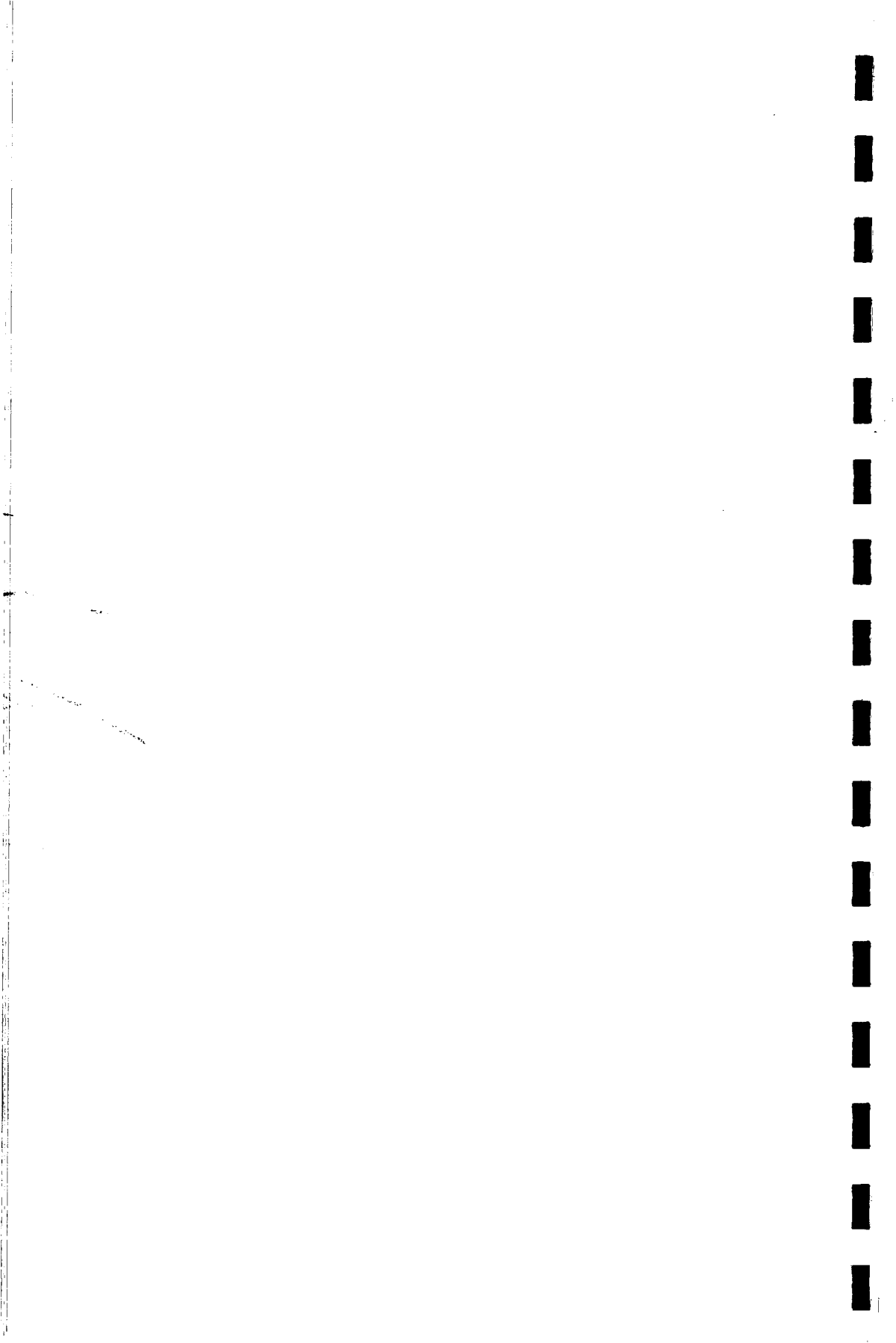
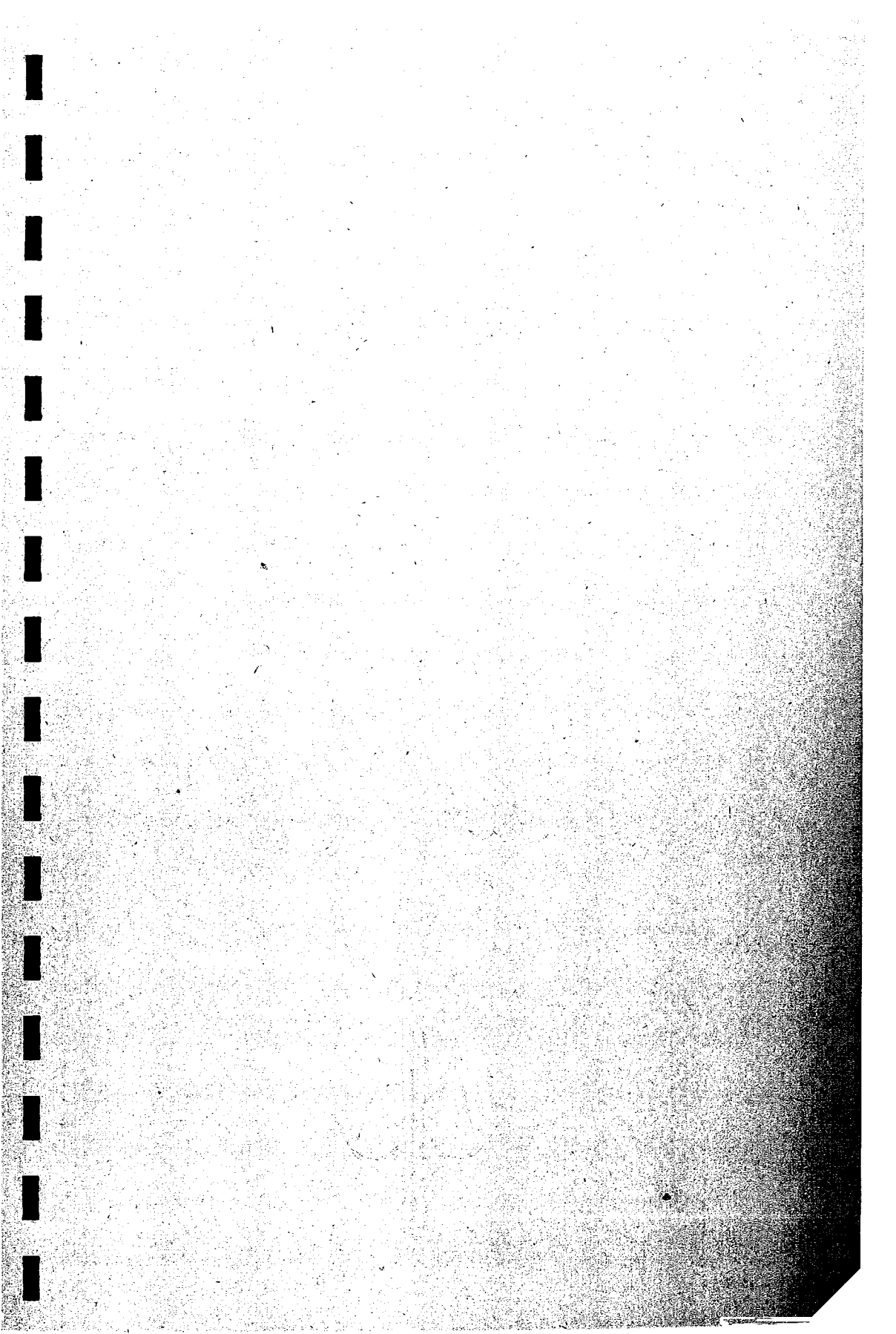


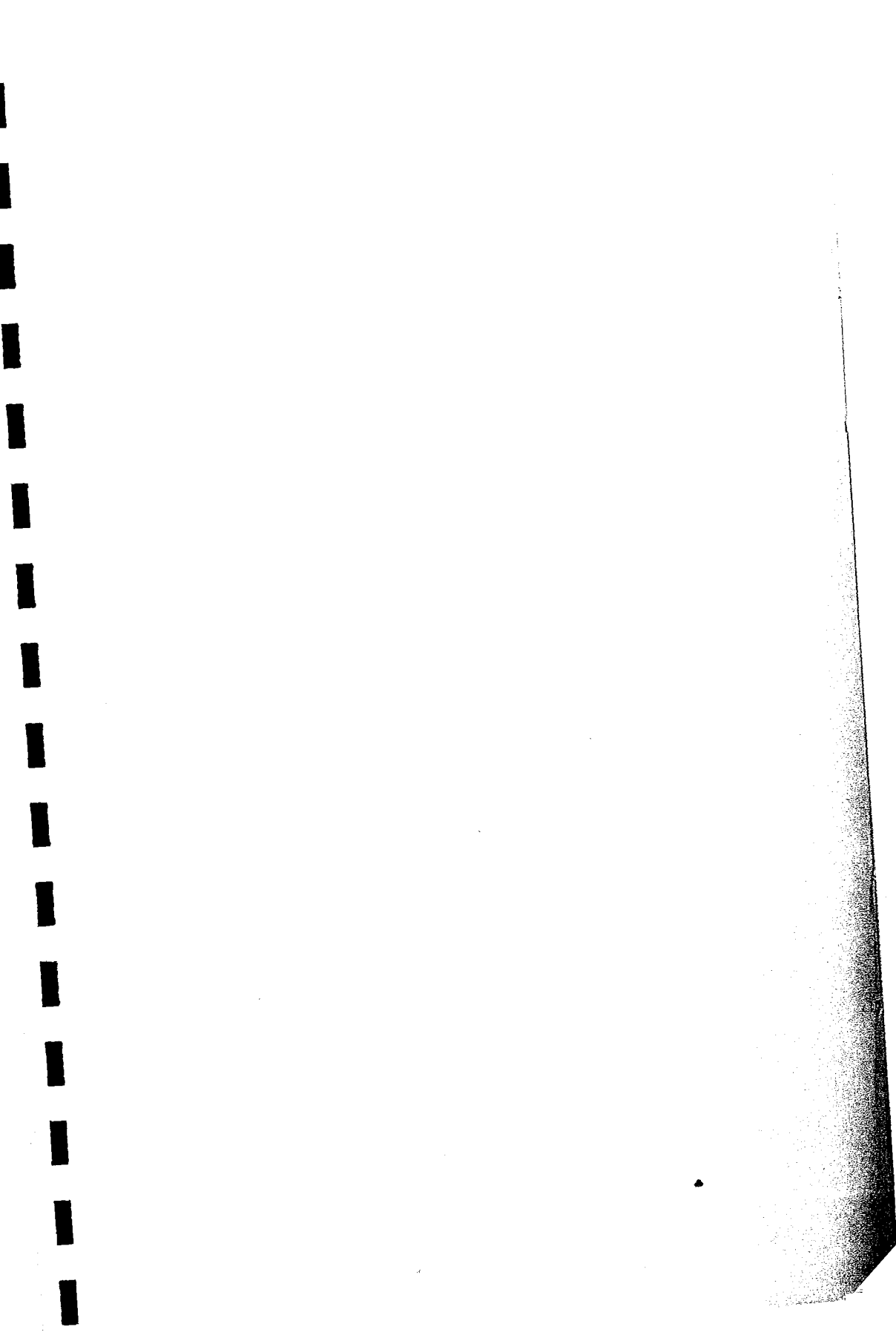
DOCUMENTAÇÃO
E DIREITO
COMPARADO

BOLETIM DO MINISTÉRIO
DA JUSTIÇA







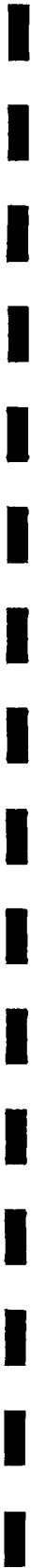


PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

GABINETE
DE DOCUMENTAÇÃO
E DIREITO
COMPARADO

LISBOA





**DIREITO
COMUNITÁRIO**



Vertical text or markings along the right edge of the page, possibly bleed-through or a scanning artifact.



SEMINÁRIO
SOBRE O
DIREITO COMUNITÁRIO

FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN, MAIO DE 1980



O seminário que hoje se inicia tem como objectivo abordar a ordem jurídica comunitária em três aspectos considerados fundamentais para a sua compreensão e para esclarecer os práticos do direito dos reflexos que a integração do nosso país nas Comunidades importará ao nível do funcionamento das instituições jurídicas.

Os tratados que criaram as três comunidades (a Comunidade Económica Europeia, a Comunidade Europeia da Energia Atómica e a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço), dada a amplitude dos fins que se propuseram realizar, não se limitaram a estabelecer obrigações que os Estados membros cumpririam por forma mais ou menos discricionária.

Não só inúmeras das suas disposições se aplicam directamente na ordem interna desses Estados, atribuindo direitos a particulares face às autoridades públicas nacionais (efeitos verticais) ou a particulares entre si (efeitos horizontais), como efeitos da mesma natureza produzem certos actos emanados do Conselho, os regulamentos que, sem necessidade de recepção e assimcomo os tratados se sobrepõem às disposições nacionais com eles incompatíveis, seja que grau tiverem, incluindo, assim, as normas constitucionais.

Aos regulamentos devem equiparar-se, pelo menos no que concerne ao efeito vertical, as disposições de directivas que, mostrando-se claras, incondicionadas e dispensando medidas internas para a sua actuação, o Tribunal de Justiça vem considerando como directamente aplicáveis.

Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, bem expressa no recente caso *Simmenthal*, a primazia do direito comunitário opera em

Alocução proferida pelo Dr. José Carlos Moitinho de Almeida na sessão de abertura do seminário sobre "Direito Comunitário".

termos absolutos: não só o direito nacional anterior, com ele incompatível, é afastado, como os tribunais, chamados a aplicar disposições comunitárias, deverão recusar-se a aplicar o direito interno posterior que se mostre contrário sem necessidade de aguardarem pela sua prévia eliminação ou pelo funcionamento de qualquer mecanismo constitucional.

Quer dizer: “em virtude do princípio da primazia do direito comunitário, as disposições do tratado e os actos das instituições directamente aplicáveis tem por efeito impedir a formação válida de novos actos legislativos nacionais na medida em que forem incompatíveis com normas comunitárias”.

Efeito directo, primazia, eis duas características da ordem jurídica comunitária não só essenciais para a realização dos fins dos tratados mas também exigidas pela base de reciprocidade com que essa ordem jurídica foi aceite pelos Estados membros. A ordem jurídica comunitária deve ser uma, única, uniforme ou, se o não for, deixará de ser ordem jurídica.

O direito comunitário deve, pois, ser uniformemente aplicável nos Estados membros. Ora acontece que, na fase actual da integração europeia, os litígios que opõem os particulares entre si ou estes às instâncias nacionais são, em princípio, da competência exclusiva das jurisdições de cada Estado mesmo quando no direito aplicável se incluam normas comunitárias. Daí a necessidade de garantir que o juiz nacional, ao aplicar o direito comunitário, o faça não de acordo com o seu próprio ponto de vista mas obedecendo a uma interpretação que assegure uma uniformidade de aplicação no território das comunidades.

O artigo 177º do Tratado CEE estabelece que o Tribunal de Justiça será competente para decidir, a título prejudicial, sobre a interpretação do Tratado, a validade e a interpretação dos actos das instituições da Comunidade e sobre a interpretação dos estatutos dos organismos criados por um acto do Conselho, quando os estatutos assim o prevejam.

Se se tratar de questão que importe resolver para decidir um litígio, suscitada em tribunal de cujas decisões seja inadmissível recurso, de direito interno, o pedido de intervenção do Tribunal de Justiça é obrigatório; facultativo se existir recurso.

Como teremos ocasião de verificar amanhã, ao abordarmos em detalhe esta matéria, o objectivo de garantir a aplicação uniforme do direito comunitário pelas jurisdições nacionais está longe de ser alcançado.

É que, por um lado, o mecanismo previsto no artigo 169º do Tratado CEE para a hipótese de incumprimento por Estado membro das obrigações comunitárias mostra-se desajustado para os casos, frequentes, em que as jurisdições nacionais se esquecem ou se recusam, quando o deviam fazer, a suscitar a intervenção do Tribunal de Justiça (até hoje nunca actuou), e, por outro, a simples faculdade reconhecida aos tribunais com recurso de pedirem essa intervenção, mesmo quando concluem pela invalidade de certo

acto comunitário, afigura-se contrária à estabilidade da ordem jurídica comunitária e ao princípio da segurança jurídica que o Tribunal de Justiça vem reconhecendo e se mostra indispensável a todo o direito de conteúdo substancialmente patrimonial, como é o caso do Direito Comunitário.

Padecendo embora de lacunas, o mecanismo previsto no artigo 177º vem funcionando. A distinção entre competência de “interpretação” e competência de “aplicação”, nem sempre fácil de descortinar na prática, não tem originado conflitos entre as jurisdições nacionais e o Tribunal de Justiça, cuja colaboração é hoje um dado positivo da integração europeia.

No terceiro dia do seminário irá ser abordada a Convenção sobre competência judiciária e execução de decisões em matéria civil e comercial, assinada em Bruxelas, em 27 de Setembro de 1968, e demais actos com ela relacionados.

Se a aplicação directa e a primazia do direito comunitário, bem assim como o recurso para o Tribunal de Justiça sobre validade e interpretação do direito comunitário, visam garantir, além do mais, a uniformidade da aplicação dos tratados e do direito derivado, a Convenção dirige-se, como se diz no preâmbulo, a “reforçar na Comunidade a protecção jurídica das pessoas aí estabelecidas”. Tem como objectivo a livre circulação das decisões em matéria patrimonial, indispensável à segurança jurídica dos operadores económicos, condição do investimento e factor não desprezível do desenvolvimento harmonioso das actividades económicas no conjunto das comunidades, da expansão contínua e equilibrada, da estabilidade acrescida e da subida acelerada do nível de vida, que o artigo 2º do Tratado de Roma aponta como objectivos da integração europeia. A livre circulação das decisões é, como já foi dito, um complemento natural da livre circulação de mercadorias, de pessoas, dos serviços e dos capitais.

A adesão de Portugal a esta Convenção não determinará graves problemas. País onde a cultura jurídica de há muito se abriu aos ordenamentos estrangeiros e que ratificou a maioria das convenções indispensáveis ao bom funcionamento da Convenção (assim, as Convenções de Haia, sobre processo civil, de 11 de Março de 1954, sobre notificação no estrangeiro de actos judiciais e extrajudiciais em matéria civil e comercial, de 15 de Novembro de 1965, e sobre obtenção de provas em matéria civil e comercial, de 18 de Março de 1970, e as Convenções de Bruxelas, de direito marítimo, de 10 de Maio de 1952 e de 10 de Outubro de 1957), não será difícil aos nossos magistrados e práticos do direito lidar com os conceitos e mecanismos nela estabelecidos.

É certo que disposições discriminatórias de súbditos dos Estados contratantes, em vigor entre nós, terão de desaparecer. Mas não são tão amplas como as que existiam nas legislações desses Estados. É certo também que o princípio estabelecido no artigo 1094º do Código de Processo Civil e segun-

do o qual “Nenhuma decisão sobre direitos privados, proferida por tribunal estrangeiro ou por árbitros no estrangeiro, tem eficácia em Portugal, seja qual for a nacionalidade das partes, sem estar revista e confirmada” será substituído, no âmbito das matérias abrangidas pela Convenção, pelo princípio oposto, ou seja, o de que “as decisões proferidas num Estado contratante serão reconhecidas nos outros Estados contratantes sem que se torne necessário recorrer a qualquer processo” (artigo 26º, §1 da Convenção).

Só em caso de dúvidas haverá recurso a um processo simples de *exequatur*.

Mas, em contrapartida, as pessoas domiciliadas em Portugal não serão discriminadas nos outros Estados contratantes, a definição precisa das regras de competência, bem como a confiança merecida pelos sistemas jurídicos e pelas jurisdições desses Estados e as vantagens mencionadas da Convenção justificam o sacrifício das disposições nacionais incompatíveis. Convenção cuja ratificação nos será exigida, como o foi relativamente ao Reino Unido, à Irlanda, à Dinamarca e, agora, à Grécia, no acto relativo às condições de adesão e adaptações dos tratados.

Salientámos as vantagens da Convenção. Importa assinalar-lhe um defeito: na ausência de disposições que garantam a uniformidade das regras de conflito, a possibilidade de opção atribuída, em certos casos, ao autor, entre tribunais de vários países, conduz ao chamado *forum shopping*, ou seja, à escolha do foro que aplicará a lei mais favorável, o que assume particular relevo face a sistemas jurídicos que, por exemplo, nos domínios da responsabilidade contratual e extracontratual, excluem ou reparam menos intensamente do que outros os danos não patrimoniais.

Sabemos que a uniformização das regras de conflito em matéria de obrigações, contratuais e não contratuais, constitui, desde há muito, preocupação das Comunidades. Esperamos o seu sucesso, indispensável à boa aplicação da Convenção de Bruxelas.

Toda a problemática que acabámos de enunciar, em linhas gerais, justifica o seminário que hoje se inicia. Com o auxílio inestimável e sempre disponível da Comissão, temos entre nós os Conselheiros Jurídicos Srs. Anthony McClellan e Marc Sohier, cuja experiência nos domínios que irão ser abordados em muito contribuirá para o esclarecimento das dúvidas que não deixarão de surgir.

Neste seminário intervêm igualmente, com o objectivo de analisar os primeiros e terceiro temas do programa nos seus reflexos na ordem jurídica portuguesa, a Dra. Maria Isabel Jalles, pessoa sobejamente conhecida entre nós e lá fora pelos seus amplos conhecimentos do Direito Comunitário e o autor destas já longas palavras.

PRIMADO DO DIREITO COMUNITÁRIO SOBRE O DIREITO NACIONAL DOS ESTADOS MEMBROS

(Breves reflexões em torno do artigo 5º do Tratado CEE)

MARIA ISABEL JALLES

Assistente Graduada
da Faculdade de Direito de Lisboa
e da Universidade Católica

I

Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça
Senhor Ministro da Justiça
Senhor Representante das Comunidades Europeias em Lisboa
Senhor Secretário de Estado da Integração Europeia
Senhor Procurador-Geral da República
Senhor Presidente do Supremo Tribunal Administrativo
Senhor Presidente do Grupo Coordenador para o Exercício do Direito
Derivado Comunitário
Senhor Presidente da Fundação Calouste Gulbenkian
Senhor Presidente do Tribunal de Contas
Senhores Conselheiros Jurídicos da Comissão das Comunidades
Europeias
Caros Colegas
Minhas Senhoras e meus Senhores

Quando me foi dirigido o honroso convite para estar hoje aqui presente, abordando um tema que nem por ser “velho” no tratamento que tem sofrido na doutrina e na jurisprudência europeias perdeu a sua actualidade, hesitei bastante por variadas razões.

Designadamente, a mim própria me impunha e o auditório exigente a que me dirijo mo pediria, muito naturalmente, que me não limitasse a repetir neste momento o que já deixei escrito noutro lado, tão rica, fértil e significativa se apresenta a actualidade europeia, tal como rica, fértil e

significativa se apresenta, do mesmo modo, a experiência recente portuguesa, a exigir do intérprete um esforço de análise e de reflexão nestes tempos que precedem a adesão de Portugal às Comunidades Europeias.

Por isso, e perante a importância que assume alguma jurisprudência comunitária recente me deterei hoje em breves reflexões sobre o alcance do disposto no artigo 5º do Tratado CEE tal como decorre dessa jurisprudência.

Quando em 4 do mês passado o Governo de coligação do Senhor Francesco Cossiga tomava posse, num momento em que cabe à Itália assegurar a presidência do Conselho de Ministros da Comunidade Europeia, não terá passado despercebido aos observadores políticos a introdução da pasta dos Assuntos Europeus no novo elenco governamental italiano, sem precedentes até à data nesse país, segundo cremos.

Dir-se-á que à Itália está confiado presentemente, por força da posição que ocupa no Conselho de Ministros Europeu, um *dossier* particularmente difícil e melindroso, como é o *dossier* referente ao problema britânico, e que da experiência e tacto políticos dos Senhores Emilio Colombo e Vincenzo Scotti se esperava a condução a bom termo da preparação de um Conselho Europeu, marcado para fins de Abril, que se adivinhava nebuloso.

Todavia, a razão fundamental que se encontra na base da criação deste novo Ministério, ao qual competirá fiscalizar a aplicação em Itália das diferentes políticas comunitárias, reside essencialmente na tomada de consciência por parte das autoridades governamentais italianas da necessidade de introdução de mecanismos correctores na pesada máquina burocrática do Estado, que tem levado a Itália à posição de Estado mais faltoso aos compromissos comunitários assumidos entre os diferentes Estados-membros. Disso constituem testemunho as numerosas condenações de que a República Italiana tem sido objecto em acórdãos proferidos pelo Tribunal das Comunidades Europeias, bem como os numerosos recursos por infracção contra ela intentados já no decurso deste ano pela Comissão das Comunidades Europeias junto do Tribunal do Luxemburgo, ao abrigo do disposto no artigo 169º do Tratado CEE.

Assim, por exemplo, ainda há relativamente pouco tempo o Governo Italiano se justificava nos seguintes termos, em telegrama enviado à Comissão das Comunidades Europeias, do facto de não ter à data dado seguimento ao disposto em directivas comunitárias: "Transposition dans la législation italienne directives ci-avant peut-être réalisée uniquement par loi spécifique. A cet effet, tel que communiqué par note du 22 janvier 1976, nº 484, deux projets de loi ont été présentés à l'examen du Parlement VI^e législature. Dissolution anticipée des Chambres a eu pour conséquence interruption iter deux projets loi qui pourra reprendre uniquement après reprise activité législative Chambres élues le 20 juin dernier. Il est en consé-

quence indispensable de pouvoir disposer d'une prorogation opportune du délai, etc.”⁽¹⁾

A este propósito diria, mais tarde, o Tribunal das Comunidades Europeias, pronunciando-se num recurso interposto pela Comissão das mesmas Comunidades contra a República Italiana: “la défenderesse, qui ne conteste pas les manquements reprochés, ne saurait exciper de difficultés ou de dispositions de son ordre juridique national, *même constitutionnel*, pour justifier le non-respect des obligations et délais résultant de directives communautaires”⁽²⁾, em resultado do que o Tribunal terminou condenando a República Italiana.

Sublinhou-se na transcrição feita a expressão “mesmo constitucional” dado que já anteriormente, em acórdão proferido em 1973 em caso semelhante, no seguimento de uma das frequentes crises políticas italianas que havia paralisado a actividade parlamentar por força da dissolução do Parlamento e da realização de novas eleições gerais, não permitindo que, conformemente às exigências da lei italiana, fosse possível aprovar em tempo útil uma lei de autorização de despesas, o Tribunal do Luxemburgo se reportara ao disposto no artigo 5º do Tratado CEE nos seguintes termos: “il lui appartient [*ao Estado membro*], en effet, conformément aux obligations générales imposées aux Etats membres par l'article 5 du traité, de tirer, dans son ordre interne, les conséquences de son appartenance à la Communauté et d'adapter, si besoin est, ses procédures de prévision budgétaire de manière qu'elles ne constituent pas un obstacle à l'exécution, dans les délais, des obligations qui lui incombent dans le cadre du traité”⁽³⁾. O Tribunal não ousara, no entanto, fazer qualquer alusão explícita às normas constitucionais, embora, com excepção dessa omissão, tivesse utilizado linguagem em tudo idêntica à do acórdão de 1978, primeiramente citado.

Não deixará de salientar-se, por outro lado, os termos em que o mesmo Tribunal do Luxemburgo se referia em acórdão de 5 de Maio de 1970 a um caso paralelo no qual o Governo Belga, acusado pela Comissão de ter violado o disposto no artigo 95º do Tratado CEE, sustentara não dispor de meios financeiros que lhe permitissem fazer cessar a infracção, uma vez que o Parlamento havia sido dissolvido. Declarou então o Tribunal: “la respon-

⁽¹⁾ Cit. in Ac. TCE de 11.4.1978, Proc. 100/77, “Commission c. Italie”, *Rec.* 1978-4, p. 879 s. (881).

⁽²⁾ (n. 1), p. 887. Há poucos dias, e reportando-se às razões invocadas uma vez mais pelo Governo Italiano — a curta duração da VII legislatura do Parlamento Italiano —, o Tribunal reafirmaria novamente que “un Etat membre ne saurait exciper des dispositions, pratiques ou situations de son ordre interne pour justifier le non-respect des obligations et délais résultant des directives communautaires (Ac. TCE de 25.3.1980, Commission c. Itália”, *Rec.* 1980).

⁽³⁾ Cf. Ac. TCE de 8.2.1973, Proc. 30/72, “Commission c. Italie”, *Rec.* 1973-2, p. 161 s. (172). Cf. tb. Ac. TCE de 17.5.1972, Proc. 93/71, “Leonesio”, *Rec.* 1972-3, p. 287 s. (296).

sabilité d'un Etat membre à l'égard de l'article 169 est engagée quel que soit l'organe de l'Etat dont l'action ou l'inaction est à l'origine du manquement, *même s'il s'agit d'une institution constitutionnellement indépendante.*"⁽⁴⁾

Não creio que a omissão aos preceitos constitucionais no acórdão proferido em 1973 se dava, como pretendem Vandersanden e Barav⁽⁵⁾, a uma mera modificação de estilo, mais que a uma mudança de posição. Como, de resto, os mesmos autores reconhecem, a questão de saber se a falta imputável a um Estado poderá resultar da atitude dos órgãos jurisdicionais constitui tema de discussão delicado.

Ora, cinco anos passados sobre aquela data, o mesmo Tribunal não hesita em afirmar abertamente o primado do direito comunitário sobre o próprio direito constitucional dos Estados membros, não se ficando por uma mera referência ambígua à necessidade de uma previsão orçamental que pudesse obviar à paralisação da execução de um acto comunitário.

É que este último acórdão, datado de 11 de Abril de 1978, aparece no seguimento de um outro, mais conhecido e muito citado: o acórdão proferido cerca de um mês antes, mais precisamente a 9 de Março, no caso *Simmenthal*.

Na origem do recurso prejudicial introduzido pelo Pretor de Susa no Tribunal das Comunidades Europeias encontrava-se a dúvida sobre se a competência exclusiva que se arrogava o Tribunal constitucional italiano, à luz designadamente do acórdão proferido por este tribunal constitucional no caso *ICIC*⁽⁶⁾, para declarar a inconstitucionalidade de qualquer lei por incompatível com o disposto no artigo 11º da Constituição italiana, no qual o mesmo tribunal havia fundado antes o primado do direito comunitário, era com este compatível.

Concretamente a questão prejudicial submetida à apreciação dos juizes do Luxemburgo fora a seguinte: "a) Etant donné qu'en vertu de l'article 189 du Traité CEE et de la jurisprudence constante de la Cour de justice des Communautés européennes, les dispositions communautaires directement applicables doivent, nonobstant toute norme ou pratique interne des Etats membres, sortir leurs effets pleins et entiers dans les ordres juridiques de ces derniers et y être appliquées uniformément, notamment pour garantir les droits subjectifs engendrés dans le chef des particuliers, est-ce qu'il s'ensuit que la portée des dispositions en question doit être entendue en ce sens que d'éventuelles dispositions nationales postérieures contraires doivent être déclarées directement inapplicables, sans qu'il soit nécessaire d'attendre leur

(4) Ac. TCE de 5.5.1970, Proc. 77/69, "Commission c. Belgique", *Rec.* 1970-4, p. 237 s. (244).

(5) Cf. *Contentieux communautaire*: Bruxelles: Bruylant, 1977, p. 107.

(6) Cf. decisão n.º 232/75 de 22.10.1975-30.10.1975, "ICIC", *RDI* 1975, p. 766 §.

abrogation par le législateur national lui-même ou par d'autres organes constitutionnels (déclaration d'inconstitutionnalité), notamment si l'on considère, en ce qui concerne cette seconde hypothèse, que jusqu'à ce qu'intervienne la déclaration en question, la loi nationale demeurant pleinement applicable, les dispositions communautaires ne peuvent sortir leurs effets et leur application pleine, entière et uniforme n'est donc plus garantie, de même que les droits subjectifs engendrés dans le chef des particuliers ne sont plus protégés? (...)''⁽⁷⁾

Transpondo a questão para o plano do direito português, seria como perguntar se o sistema de fiscalização da constitucionalidade das leis previsto no artigo 282.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição de 1976 se aplicaria também quando a declaração de inconstitucionalidade houvesse de fundamentar-se em violação do direito comunitário ou se, pelo contrário, não haveria, nestes casos, que aplicar a todas as normas, qualquer que fosse a forma revestida pelo diploma legal que as contivesse, a regra prevista no n.º 3 do mesmo artigo 282.º da Constituição.

Sem nos determos nas implicações que esta questão tem no plano da aplicabilidade directa das disposições comunitárias na ordem jurídica de cada um dos Estados-membros — questão amplamente trabalhada no estudo do Dr. Marc Sohler —, não se deixará passar em claro a importância do acórdão então proferido pelo Tribunal do Luxemburgo cuja parte final se transcreve, de seguida, na íntegra: “Le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel.”⁽⁸⁾

Bem entendido, com isto não terá querido dizer o Tribunal que, por via comunitária, se possa interferir na estrutura político-institucional de cada Estado-membro, nada indicando que, neste ponto, a doutrina do acórdão *International Fruit* tenha sofrido alteração. Neste importante acórdão de 1971 se afirmou, com efeito, que “si, en vertu de l'article 5 du traité, les Etats membres sont tenus de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations qui découlent du traité, il leur appartient de déterminer les institutions qui, dans l'ordre interne, auront compétence pour prendre lesdites mesures” e que “lorsque les dispositions du traité ou des règlements reconnaissent des pouvoirs aux Etats mem-

⁽⁷⁾ Cit. in Ac. TCE de 9.3.1978, Proc. 106/77, “Simmenthal”, Rec. 1978-3, p. 629 s. (632-633).

⁽⁸⁾ (n. 7), p. 646.

bres ou leur imposent des obligations aux fins de l'application du droit communautaire, la question de savoir de quelle façon l'exercice de ces pouvoirs et l'exécution de ces obligations peuvent être confiés par les Etats à des organes internes déterminés, *relève uniquement du système constitutionnel de chaque Etat.*"⁽⁹⁾

Face ao acórdão proferido no caso *Simmenthal*, se é certo que dele parece não decorrer doutrina contrária aos considerandos acabados de citar do acórdão *International Fruit*, podendo continuar a afirmar-se que os Estados-membros são livres de se organizarem internamente para a prossecução dos objectivos do tratado, não é menos verdade que sobre os mesmos Estados membros recai também, por força do disposto no artigo 5º, § 2, do tratado CEE, uma obrigação de *non facere*. Sem mencionarem expressamente este artigo é, no fundo, a ele que se reportam os juizes do Luxemburgo quando afirmam no acórdão *Simmenthal* "que serait, dès lors, incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit communautaire toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit, le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes communautaires"⁽¹⁰⁾.

É neste plano que poderá dizer-se que o acórdão proferido pelo Tribunal das Comunidades Europeias no caso *Simmenthal* inova e que a sua importância reside não tanto no desenvolvimento que nele se faz da teoria do efeito directo das disposições comunitárias, mas resulta antes do facto de, pela primeira vez, o Tribunal do Luxemburgo se ter pronunciado sobre o posicionamento da norma constitucional na sua relação com o ordenamento jurídico comunitário.

Com efeito, nos países ocidentais que se reclamam do Estado de direito, em que a Constituição assume o carácter de lei fundamental, o controlo da constitucionalidade das leis assume importância fundamental; ao contrário, nos países socialistas, por exemplo, a flexibilidade do sistema constitucional traduz precisamente a contestação da ideia de Constituição como lei fundamental e daí também o carácter não rígido dos mecanismos de revisão constitucional.⁽¹¹⁾

(9) Ac. TCE de 15.12.1971, Proc. 51 a 54/71, "International Fruit", *Rec.* 1971-7, p. 1107 s. (1116).

(10) (n. 7), p. 644.

(11) Sobre este ponto Cf. o interessante trabalho de Henry ROUSSILLON, "Le Problème du Contrôle de la Constitutionnalité des Lois dans les Pays Socialistes", *RDP* 1977, p. 55 s. (esp. p. 74 e 82 s.).

Nesta sede cabe assim perguntar, muito legitimamente, qual o verdadeiro sentido e alcance dos referidos acórdãos do Tribunal das Comunidades Europeias e quais as suas implicações designadamente no âmbito das garantias dos direitos fundamentais que o mesmo Tribunal tem repetidamente afirmado, como ainda o fez há precisamente cinco meses⁽¹²⁾, constituírem fundamento das mesmas Comunidades e que, por isso e enquanto tal, os tribunais nacionais dos Estados-membros deverão salvaguardar. O facto assume tanto maior importância quanto é certo que no Estado de direito-modelo os direitos fundamentais do cidadão andam indelevelmente associados a uma eficaz protecção jurisdicional, de que o controlo da constitucionalidade das leis será porventura um dos instrumentos mais eficazes.

A esta questão poder-se-ia responder com uma outra pergunta: E quem guardará os guardas?

Todavia, a resposta não é simples e destas preocupações se têm feito eco principalmente os meios judiciais alemães. É que a Lei Fundamental de Bona será talvez de todas as Constituições europeias actuais a que mais longe vai (compreensivelmente) em matéria de afirmação e protecção dos direitos fundamentais; e frequentemente se tem posto a questão nos tribunais alemães de saber se os actos comunitários não deverão ser eles próprios confrontados com os direitos fundamentais consagrados na Lei Fundamental de Bona.

O Tribunal constitucional alemão teria oportunidade de proferir a respeito desta matéria uma importante e polémica decisão, a muito citada *Solange-Beschluss*⁽¹³⁾, na qual se arrogava o direito de proceder a um controlo da conformidade dos actos comunitários com os direitos fundamentais consagrados constitucionalmente *enquanto* a Comunidade não dispusesse de um catálogo de direitos fundamentais aprovado pelo Parlamento europeu.

Esta decisão tomada quatro semanas após a França — o último dos Estados-membros a ratificar a Convenção Europeia dos Direitos do Homem — o ter finalmente feito e duas semanas após o Tribunal do Luxemburgo nos considerandos do acórdão proferido no caso *Nold*⁽¹⁴⁾ ter recordado esse facto, sublinhando ao mesmo tempo e uma vez mais deverem os tribunais nacionais constituírem-se nos primeiros guardiães dos direitos fundamentais dos cidadãos, direitos que integram o chamado direito não escrito comunitário, despertou, como seria inevitável, acesa polémica não só nos meios judiciais, como principalmente nos meios políticos. Apodada de ser a expressão de um certo nacionalismo jurídico exacerbado, ao mesmo tempo que abria um conflito sem precedentes entre os juizes do Luxemburgo e os

(12) Cf. Ac. TCE de 13.12.1979, Proc. 44/79, "Liselotte Hauer", *Rec.* 1979-10 P. 3727 s.

(13) Decisão de 29.5.1974 (2 BVL 52/717, *NJW* 1974, p. 1697 s.

(14) Cf. Ac. TCE de 14.5.1974, Proc. 4/73, "Nold", *Rec.* 1974-4, p. 491 s.

juízes de uma instância superior nacional, não poderá deixar de se reconhecer a esta decisão, qualquer que seja a posição que se tome, o mérito de, por um lado, ter desencadeado uma discussão aberta sobre a necessidade da adesão das Comunidades enquanto tais à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e de, por outro, ter levado a doutrina a uma nova abordagem das relações entre o direito comunitário e os diferentes direitos nacionais.

É que, de facto, o conflito entre o Tribunal de Karlsruhe e o Tribunal do Luxemburgo era mais aparente do que real. Ambos mantinham, afinal, o mesmo ponto de vista, a mesma concepção quanto à ordem constitucional em que deveria assentar o direito comunitário, já que os direitos fundamentais consagrados e protegidos na Lei Fundamental de Bona se poderão igualar aos direitos que o Tribunal do Luxemburgo vem reconhecendo como integrando o chamado direito não escrito comunitário; só que, do ponto de vista formal, o fundamento último dos mesmos é diverso. Essa pequena mas significativa discrepância tem, todavia, implicações políticas do mais largo alcance.

Com efeito, a admitir-se a recondução dos direitos fundamentais que assistem aos cidadãos dos Estados-membros à ordem constitucional respectiva, tal implicaria um reconhecimento implícito da falta de autonomia da ordem jurídica comunitária face aos ordenamentos jurídicos nacionais e, por conseguinte, o afastamento da que se pretende seja a sua principal característica.

A admitir-se a hipótese contrária, poder-se-á pôr a questão, tal como o fez em 1974 o Tribunal constitucional de Karlsruhe, da eficácia das garantias oferecidas presentemente pelos mecanismos previstos nos tratados; por outras palavras e tendo presente o acórdão do Tribunal das Comunidades Europeias proferido no caso *Simmenthal*: a afirmação do primado do direito comunitário sobre o próprio direito constitucional dos Estados-membros, com postergação designadamente dos mecanismos previstos em matéria de controlo da constitucionalidade das leis, não poderá redundar, afinal, na destruição do Estados de direito que tem impregnado o modelo institucional vigente nos países da Europa Ocidental, em benefício de uma ordem institucional menos rígida e, por isso mesmo, mais sujeita aos arbítrios do poder?

O mesmo Tribunal constitucional que havia desencadeado a polémica a este respeito pronunciou-se, de novo, muito recentemente, em Julho de 1979, por forma que parece vir alterar a sua jurisprudência anterior. De facto, o tribunal constitucional alemão defendeu então a inadmissibilidade de um recurso constitucional quando a mesma questão tivesse sido objecto de uma decisão a título prejudicial do Tribunal das Comunidades Europeias.⁽¹⁵⁾

(15) Cf. decisão de 25.7.1979 (2 BVL 6/77), *NJW* 1980, p. 519 s.

Num estudo que efectuei sobre as implicações jurídico-constitucionais da adesão de Portugal às Comunidades Europeias e que se encontra presentemente no prelo, estudo esse concluído em Julho do ano passado, afirmei a dado passo; reportando-me à jurisprudência do Tribunal constitucional alemão, que “seria interessante verificar, de futuro, que uso fará, por exemplo, o Tribunal constitucional alemão (e não só...) do disposto no artigo 100, § 1, da Lei Fundamental de Bona”^(15 bis). Confesso que, nessa altura, estava longe de supor que a resposta a esta questão fosse dada logo de seguida e pela forma como o foi.

Ora, se conjugarmos o teor desta última decisão do Tribunal constitucional alemão com o de um acórdão muito recente, proferido em 13 de Dezembro passado pelo Tribunal das Comunidades Europeias no caso *Liselotte Hauer*⁽¹⁶⁾ sobre uma questão prejudicial em que expressamente a jurisdição alemã reenviante se reportava ao disposto nos artigos 12º e 14º da Lei Fundamentalmente de Bona e se tivermos, por outro lado, em consideração a receptividade que uma e outro parecem ter encontrado nos meios judiciais alemães e, em geral nos círculos europeus, poderemos talvez concluir que o problema levantado pela chamada teoria da congruência estrutural se encontra a caminho de ser definitivamente ultrapassado através do reconhecimento de uma verdadeira e autêntica *ordem constitucional europeia*.

Não se trata aqui de discutir a velha querela “constitucionalismo versus funcionalismo”⁽¹⁷⁾, mas de aceitar tão-somente todas as implicações decorrentes da afirmação que o Tribunal das Comunidades Europeias vem há muito fazendo, isto é, de que a ordem jurídica comunitária vale por si, tem autonomia e de que os seus comandos se não esgotam no mero ordenamento de comportamentos económicos.

Entre os princípios fundamentais que integrarão essa Constituição Europeia encontrar-se-á, como Wohlfarth o havia já sublinhado⁽¹⁸⁾, o chamado princípio da solidariedade.

(15 bis) Cf. Maria Isabel JALLES, *Implicações Jurídico-constitucionais da Adesão de Portugal às Comunidades Europeias. Alguns Aspectos*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças, 1980 (3 Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, vol. 116), p. 146 (ou na versão em língua francesa deste estudo, *Implications juridico-constitutionnelles de l'adhésion aux Communautés européennes. Le cas du Portugal*, Bruxelles: Bruylant, 1981, p. 102).

(16) Cf. (n. 127).

(17) Sobre este ponto Cf. designadamente P. D. DAGTOGLOU, “European Communities and Constitutional Law”, *The Cambridge Law Journal* 1973, p. 256 s. (esp. p. 257).

(18) “Elemente einer europäischen Verfassung. Betrachtungen zur rechtlichen Entwicklung der Gemeinschaft”, in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch. Studia ab discipulis amicisque in honorem egregii professoris edita*, Bruxelles/Paris: Bruylant, LGDJ, t. II, 1972, p. 585 s. (esp. p. 589 s.).

Desse princípio da solidariedade constitui expressão, na letra dos tratados institutivos das Comunidades Europeias, o disposto no artigo 5º do Tratado CEE que importará, por isso, analisar mais em detalhe à luz de um caso concreto recente que opôs a França ao Reino Unido e ao qual subjaz a problemática da chamada *Bundestreue*⁽¹⁹⁾, expressão bem conhecida dos constitucionalistas alemães e que poderá traduzir-se talvez aqui por solidariedade institucional, já que o emprego do adjetivo “federal” poderá apresentar-se politicamente controverso.

II

Antes de entrar na análise do caso concreto convirá lembrar o disposto no artigo 5º do Tratado CEE.

Nos termos do § 1 desta disposição, “Les Etats membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l’exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l’accomplissement de sa mission”. Trata-se aqui da imposição de uma obrigação de *facere*.

O § 2 deste mesmo artigo contém, por seu turno, uma obrigação de *non facere*, nele se estabelecendo que “ils [os Estados-membros] s’abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité”.

Durante algum tempo entenderam os juizes do Luxemburgo que “cette disposition énonce une obligation générale des Etats membres, dont le contenu concret dépend, dans chaque cas particulier, des dispositions du traité ou des règles qui se dégagent de son système général”⁽²⁰⁾. Já antes, de resto, no caso *Wilhelm*, não se reportando embora explicitamente ao disposto no artigo 5º, o Tribunal, depois de declarar que “le traité C.E.E. a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des Etats membres et qui s’impose à leurs juridictions”, deduziria daí que “il serait contraire à la nature d’un tel système d’admettre que les Etats membres puissent prendre ou maintenir en vigueur des mesures susceptibles de compromettre l’effet utile du traité”⁽²¹⁾.

(19) A este propósito Cf. o excelente estudo de H. A. Schwarz-Liebermann VON WAHLENDORF, “Une notion capitale du droit constitutionnel allemand: la *Bundestreue* (fidélité fédérale)”, *RDP* 1979, p. 769 s.

(20) Cf. Ac. TCE de 8.6.1971, Proc. 78/70, “Deutsche Grammophon”, *Rec.* 1971-5, p. 487 s. (499) e tb. Ac. de 12.7.1973, Proc. 2/73, “Geddo”, *Rec.* 1973-6, p. 865 s. (878).

(21) Ac. TCE de 13.2.1969, Proc. 14/68, “Walt Wilhelm”, *Rec.* 1969-1, p. 1 s. (15).

Mas não foram tão longe os juizes do Luxemburgo que defendessem a applicabilidade directa desta disposição; muito pelo contrário, pronunciaram-se num outro caso expressamente contra a possibilidade de as obrigações decorrentes para os Estados membros do disposto no artigo 5º do Tratado CEE criarem na esfera jurídica dos particulares direitos susceptíveis de serem por estes invocados em juízo.

De facto, no caso *Schlüter*, em que se discutia a validade de um regulamento comunitário que autorizava a percepção de montantes compensatórios no quadro de trocas comerciais com terceiros países, o Tribunal decidiria que, “Ni les articles 5 et 107 du traité, ni la résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des Etats membres du 22 mars 1971 concernant la réalisation par étapes de l’Union économique et monétaire, ne peuvent être interprétés comme comportant, par eux-mêmes, une interdiction aux Etats membres de modifier la parité des cours de change de leur monnaie autrement que par l’établissement d’une nouvelle parité fixe, susceptible d’être invoquée par les justiciables devant la juridiction nationale”⁽²²⁾.

Muito recentemente, porém, num acórdão datado de 4 de Outubro passado ⁽²³⁾, o Tribunal do Luxemburgo vem fazer nova luz sobre a interpretação desta disposição do tratado e, por via disso, sobre a interpretação do tratado em geral, muito especialmente sobre as obrigações que, em virtude da adesão às Comunidades, impendem sobre cada um dos Estados-membros.

A importância do processo *França c. Reino Unido* a que se reporta o acórdão em referência resulta, por outro lado, não apenas da posição assumida pelos juizes do Luxemburgo sobre a interpretação propriamente dita do disposto no artigo 5º do Tratado CEE, mas decorre também da intervenção dos próprios Estados-membros em conflito e, bem assim da tese defendida pela Comissão das Comunidades Europeias que o Tribunal faria sua também, e que representa uma evolução relativamente a posições anteriormente assumidas.

1. O objecto do recurso interposto pela França

O recurso interposto pela França tinha por objecto o reconhecimento de que o Reino Unido, com a entrada em vigor em 31 de Abril de 1977 do “Sea Fisheries, Boats and Methods of Fishing, The Fishing Nets (North-East Atlantic) Order 1977” havia faltado, no sector da pesca marítima, às obrigações que lhe incumbem em virtude do Tratado CEE.

⁽²²⁾ Ac. TCE de 24.10.1973, Proc. 9/73, “Schlüter”, *Rec.* 1973-7, p. 1135 s. (1163).

⁽²³⁾ Ac. TCE de 4.10.1979, Proc. 141/78, “France c. Royaume-Una”, *Rec.* 1979-8, p. 2933 s.

O incidente que esteve na origem do litígio resultou do aprisionamento dentro da zona de pesca do Reino Unido de um arrastão francês que pescava em contravenção com o disposto naquele decreto, o qual visava fundamentalmente a protecção dos recursos marinhos.

Do ponto de vista do Governo Francês, esse decreto, para além de conter medidas de protecção consideradas excessivas, não só não correspondia a uma obrigação decorrente da Convenção Sobre as Pescas do Nordeste do Atlântico, como pretendiam as autoridades de Londres, como era ainda incompatível com o direito comunitário por intervir numa matéria da competência reservada da Comunidade, ao mesmo tempo que subestimava os compromissos assumidos no seio do Conselho das Comunidades de 30 de Outubro de 1976 relativamente à chamada declaração da Haia, de cujo Anexo VI consta o acordo do Conselho à declaração da Comissão do seguinte teor:

“Dans l’attente de la mise en application des mesures communautaires en matière de conservation des ressources naturelles actuellement en cours d’élaboration, les Etats membres ne prendront pas de mesures unilatérales de conservation des ressources.

“Toutefois, si un accord ne devait pas intervenir au sein des Commissions internationales de pêche pour l’année 1977 et si par après des mesures communautaires autonomes ne pouvaient être adoptées immédiatement, les Etats membres pourraient adopter, à titre conservatoire et d’une manière non discriminatoire, les mesures appropriées pour assurer la protection des ressources situées dans les zones de pêche bordant leur rivage.”⁽²⁴⁾

O facto é que, na verdade, dado o melindre dos interesses envolvidos, variadas tentativas de concertação no seio do Conselho de ministros da Comunidade não lograram obter o desejável êxito em virtude de dificuldades levantadas essencialmente pela Irlanda e pelo Reino Unido⁽²⁵⁾. Ambos os Estados, de resto, acabariam por fazer publicar legislação interna sem terem procedido a uma consulta prévia da Comissão das Comunidades Europeias, em conformidade com o disposto no dito Anexo VI à declaração da Haia.

As condutas destes dois Estados tornaram-se, assim, passíveis do accionamento dos mecanismos de controlo previstos nos artigos 169º e 170º do Tratado CEE. E, de facto, assim sucedeu: a Comissão procederá

⁽²⁴⁾ Cit. in (n. 23), p. 2941.

⁽²⁵⁾ Cf. Ac. TCE de 16.2.1978, Proc. 61/77, “Commission c. Irlanda”, *Rec.* 1978-2, p. 417 s. (421-422).

em relação à Irlanda nos termos do artigo 169º do Tratado CEE⁽²⁶⁾ e a França relativamente ao Reino Unido nos termos do artigo 170º do mesmo tratado⁽²⁷⁾.

2. A posição assumida pela comissão e pelo tribunal das Comunidades Europeias

Como foi apontado pela Comissão das Comunidades Europeias nas alegações escritas apresentadas no processo *França c. Reino Unido*, poderá dizer-se resumidamente que “la présente affaire pose essentiellement deux questions, à savoir si l'article 5, du traité CEE, tel qu'il a été explicité et concrétisé à l'annexe VI de la résolution de la Haye, impose aux Etats membres l'obligation légale de rechercher l'approbation de la Commission avant d'adopter une mesure nationale de conservation de ressources halieutiques et si l'annexe VI s'applique à des mesures nationales censées faciliter la mise en oeuvre de recommandations prises dans le cadre de la Convention sur les pêcheries de l'Atlantique du Nord-Est, bien que ces mesures ne soient pas exigées par lesdites recommandations”⁽²⁸⁾.

Ora, a este propósito convirá lembrar que a doutrina aceita hoje pacificamente a existência de outros actos comunitários para além dos enunciados expressamente no artigo 189º do tratado⁽²⁹⁾.

Todavia, a Comissão das Comunidades Europeias parece ter pretendido atribuir ao disposto no artigo 5º do Tratado CEE um alcance ainda mais lato quando afirma a dado passo das citadas alegações: “il résulterait clairement du deuxième alinéa de l'article 5 que certaines obligations juridiques imposées aux Etats membres ne résultent pas d'un acte spécifique du Conseil ou de la Commission, mais de l'obligation générale qui leur est faite d'agir conformément aux objectifs et à l'esprit du traité”⁽²⁹⁾. De onde conclui a mesma Comissão que “une résolution du Conseil, adoptée sur proposition de la Commission et concernant une question importante, d'une difficulté considérable pour la Communauté, pourrait donc faire naître des obligations juridiques”⁽³⁰⁾.

A Comissão parece ter, assim, adoptado uma posição algo diversa da que havia sustentado no caso *Schlüter* quando, reportando-se à já citada resolução do Conselho e dos representantes dos Governos dos Estados-membros de 22 de Março de 1971 respeitante à realização por etapas da

⁽²⁶⁾ Cf. (n. 25).

⁽²⁷⁾ Cf. (n. 23).

⁽²⁸⁾ Cit. in (n. 23), p. 2932-2933.

⁽²⁹⁾ Cf. a este propósito Ac. TCE de 31.3.1971, Proc. 22/70, “Commission c. Conseil”, *Rec.* 1971-3, p. 263 s.

⁽³⁰⁾ Cit. in (n. 23), p. 2933.

união económica e monetária, declarou não ter essa resolução carácter obrigatório, afirmando não se opor à liberalização das taxas de câmbio, pelo seguinte motivo: “La solution ne pourrait être différente si l’on considère l’article 5, paragraphe 2, du traité. Si la libération des cours de change fait toujours partie des instruments des politiques monétaires nationales, elle ne pourrait, du seul fait qu’elle rend plus difficile la réalisation des objectifs du traité, être considérée comme incompatible avec les obligations qu’impose l’article 5”⁽³¹⁾.

Por outro lado, também a França parece ter revisto frontalmente a posição que defendera dez anos antes num caso em que igualmente o artigo 5º fora invocado, muito embora tenha tido o cuidado de no recurso interposto contra o Reino Unido lhe não fazer referência. Com efeito, em 1969, a França recusara aceitar a teoria dos poderes implícitos, sustentando a legitimidade da manutenção de uma taxa de redesconto especial para os exportadores franceses de têxteis com base na competência dos Estados-membros em matéria de política económica e cambial. Esta posição das autoridades francesas levara então o Tribunal das Comunidades Europeias, ao pronunciar-se no seguimento do recurso interposto pela Comissão, a sustentar expressamente que “la solidarité, qui est à la base de ces obligations comme de l’ensemble du système communautaire conformément, à l’engagement stipulé par l’article 5 du traité, trouve d’ailleurs son prolongement, à l’avantage des Etats, dans la procédure de concours mutuel prévue à l’article 108 en cas de menace grave de difficultés dans la balance des paiements d’un Etat membre” e que “l’exercice des compétences retenues ne saurait donc permettre de prendre unilatéralement des mesures qu’interdit le traité”⁽³²⁾.

O reconhecimento implícito deste facto, actualmente, por parte da França, bem como o acolhimento do parecer actual da Comissão por parte do Tribunal as Comunidades Europeias, são algumas das características mais salientes deste processo *França c. Reino Unido*.

De notar, sobretudo, que o Tribunal das Comunidades Europeias se não expressou, desta feita, numa linguagem ambígua, com uma argumentação que já foi classificada de “macrojurídica”, como a utilizada no caso *ERTA*, em 1971; e como já se referiu também a este propósito, “les techniques de ‘macrodéduction’ donnent au lecteur un sentiment d’impressionnisme juridique peu compatible avec la rigueur à laquelle nous avaient habitués les juges de Luxembourg”⁽³³⁾.

(31) Cf. (n. 22), p. 1145.

(32) Ac. TCE de 10.12.1969, Proc. conj. 6 e 11/69, “Commission c. France”, *Rec.* 1969-6, p. 523 s. (540).

(33) Denys SIMON, “Les relations extérieures de la Communauté Economique Européenne à la lumière de l’arrêt de la Cour de Justice des Communautés ‘Commission contra Conseil’ (A.E.T.R.)”, in *La Communauté Economique Européenne dans les relations internationales*, Centre Européen Universitaire de Nancy, s. d., p. 62.

Pelo contrário, neste caso o Tribunal das Comunidades preocupou-se em assumir por inteiro o parecer formulado pela Comissão, declarando: “La Commission a fait ressortir, *avec raison*, que cette résolution [*a resolução da Haia sobre a zona das 200 milhas*] met en œuvre, dans le domaine particulier auquel elle s’applique, les devoirs de coopération que les Etats membres ont assumés, par l’article 5 du traité CEE, en adhérant à la Communauté. Le respect de ces devoirs s’impose tout particulièrement dans une situation où il est apparu impossible, en raison de divergences d’intérêts non encore résolues, d’instaurer une politique commune et dans un domaine, tel que celui de la conservation des ressources biologiques de la mer, où des résultats utiles ne peuvent être atteints que grâce à la coopération de tous les Etats membres”⁽³⁴⁾.

No caso *ERTA*, em 1971, o Tribunal das Comunidades limitara-se a afirmar com alguma ambiguidade “qu’il résulte du rapprochement de ces dispositions [*artigos 3.º, alínea e) e 5.º do Tratado CEE*], que, dans la mesure où des règles communautaires sont arrêtées pour réaliser les buts du traité, les Etats membres ne peuvent, hors du cadre des institutions communes, prendre des engagements susceptibles d’affecter lesdites règles ou d’en altérer la portée”⁽³⁵⁾. É que neste acórdão se registara também uma circunstância inédita nos anais da jurisprudência europeia: duas instituições comunitárias, precisamente aquelas em torno das quais se processa todo o diálogo institucional comunitário e sobre as quais repousa grandemente o chamado *decision-making power*, a Comissão e o Conselho, pleiteavam entre si, em causa estando também nessa altura a definição da competência externa das Comunidades num sector abrangido por uma política comum, a política comum de transportes.

Entre 31 de Março de 1971, data do acórdão proferido no caso *ERTA*, e 4 de Outubro de 1979, data do acórdão proferido no caso *França c. Reino Unido*, medeou um espaço de tempo em que se terão registado algumas vicissitudes políticas que terão levado uns a descreer do processo de integração em curso. A crise económica que se tem vindo a agravar nos últimos tempos, sucedendo a um período de forte expansão como foi o dos anos sessenta para a Europa; terá determinado atitudes mais radicais.

Neste contexto, não deixará de meditar-se no significado político da coincidência de pontos de vista entre a Comissão e o Tribunal das Comunidades Europeias acerca da interpretação do disposto no artigo 5º do Tratado CEE a apontar no sentido da declaração leitura da aplicabilidade directa deste preceito; como também não deixará de meditar-se no facto de o con-

⁽³⁴⁾ Cf. (n. 23), p. 2942.

⁽³⁵⁾ Cf. (n. 29), p. 275.

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25

Vertical line of text or markings on the right side of the page.

ARRÊT DE LA COUR DU 9 MARS 1978

ADMINISTRATION DES FINANCES DE L'ÉTAT
CONTRE SOCIÉTÉ ANONYME SIMMENTHAL

(Demande de décision préjudicielle, formée par le Prétore de Susa)

“Non-application par le juge national d'une loi contraire au droit communautaire”

AFFAIRE 106/77

SOMMAIRE

1. Questions préjudicielles — Saisine de la Cour — Conditions du dessaisissement (Traité CEE, art. 177)
2. Droit communautaire — Applicabilité directe — Notion — Conséquences pour le juge national (Traité CEE, art. 189)
3. Droit communautaire — Primauté — Droit national contraire — Inapplicabilité de plein droit des normes existantes — Obstacle à la formation valable d'actes législatifs contraires au droit communautaire
4. Droit communautaire — Dispositions directement applicables — Conflit entre le droit communautaire et une loi postérieure — Obligations et pouvoirs du juge national saisi — Non application de la norme nationale, même postérieure — Incompatibilité avec le traité de toute pratique constitutionnelle réservant la solution du conflit à une autorité autre que le juge saisi

1. La Cour se considère comme saisie d'une demande à titre préjudiciel, introduite en vertu de l'article 177 du traité, aussi longtemps que cette demande n'a pas été retirée par la juridiction dont elle émane ou mise à néant, sur recours, par une juridiction supérieure.

2. L'applicabilité directe du droit communautaire signifie que ses règles doivent déployer la plénitude de leurs effets, d'une manière uniforme dans tous les États membres, à partir de leur entrée en vigueur et pendant toute la durée de leur validité. Les dispositions directement applicables sont une source immédiate de droits et d'obligations pour tous ceux qu'elles con-

cernent qu'il s'agisse des États membres ou de particuliers, cet effet concerne également tout juge qui a, en tant qu'organe d'un État membre, pour mission de protéger les droits conférés aux particuliers par le droit communautaire.

3. En vertu du principe de la primauté du droit communautaire, les dispositions du traité et les actes des institutions directement applicables ont pour effet, dans leurs rapports avec le droit interne des États membres, non seulement de rendre inapplicable de plein droit, du fait même de leur entrée en vigueur, toute disposition contraire de la législation nationale existante, mais encore — en tant que ces dispositions et actes font partie intégrante, avec rang de priorité, de l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des États membres — d'empêcher la formation valable de nouveaux actes législatifs nationaux dans la mesure où ils seraient incompatibles avec des normes communautaires.

Le fait de reconnaître une efficacité juridique quelconque à des actes législatifs nationaux empiétant sur le domaine à l'intérieur duquel s'exerce le pouvoir législatif de la Communauté, ou autrement incompatibles avec les dispositions du droit communautaire, reviendrait à nier, pour autant, le caractère effectif d'engagements inconditionnellement et irrévocablement assumés par les États membres, en vertu du traité, et mettrait ainsi en question les bases mêmes de la Communauté.

4. Le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel.

Dans l'affaire 106/77

ayant pour objet une demande adressée à la Cour, en application de l'article 177 du traité CEE, par le Pretore de Susa (Italie) et tendant à obtenir, dans le litige pendant devant ce juge entre

ADMINISTRATION DES FINANCES DE L'ÉTAT et
SOCIÉTÉ ANONYME SIMMENTHAL, ayant son siège à Monza,

une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation de l'article 189 du traité CEE et, plus particulièrement, sur les conséquences de l'applicabilité directe du droit communautaire en cas de conflit avec d'éventuelles dispositions contraires de la loi nationale.

LA COUR,

composée de MM. H. Kutscher, président, M. Sørensen et G. Bosco, présidents de chambre, A. M. Donner, P. Pescatore, A. J. Mackenzie Stuart et A. O'Keefe, juges,

avocat général: M. G. Reischl

greffier: M. A. Van Houtte

rend le présent

ARRÊT

En fait

Attendu que les faits de la cause, le déroulement de la procédure et les observations présentées en vertu de l'article 20 du protocole sur le statut de la Cour de justice de la CEE peuvent être résumés comme suit:

I — *Faits et procédure écrite*

Le 26 juillet 1973, la société anonyme Simmenthal, ayant son siège à Monza, a importé de France, via Modane, un lot de viande bovine destinée à l'alimentation humaine.

Cette importation a été assujettie au paiement de droits de contrôle sanitaire pour un montant de 581 480 liras.

Le contrôle est prévu par l'article 32 du texte unique des lois sanitaires italiennes (décret royal n° 1265, du 27 juillet 1934; Gazzetta Ufficiale n° 186 du 9 août 1934). Les conditions d'application de cette disposition sont déterminées à l'article 45 du règlement de police vétérinaire (décret du président de la République n° 320, du 8 février 1954; GU n° 142 du 24 juin 1954). Le tableau des droits applicables en 1973 a été fixé par la loi n° 1239, du 30 décembre 1970 (GU n° 26 du 1^{er} février 1971).

Estimant que les contrôles sanitaires effectués lors du passage de la frontière et les taxes perçues pour ces contrôles constituent des obstacles à la libre circulation des marchandises interdits par le droit communautaire, la société Simmenthal a, le 13 mars 1976, formé, devant le Pretore de Susa, un recours en répétition des sommes qu'elle estimait avoir indûment payées.

Le recours de la société Simmenthal a amené le Pretore de Susa à saisir, par ordonnance du 6 avril 1976, la Cour de justice, à titre préjudiciel, en vertu de l'article 177 du traité CEE. Ce renvoi a donné lieu à l'arrêt du 15 décembre 1976 dans l'affaire 35/76 (Recueil, p. 1871).

Dans le dispositif de cet arrêt, la Cour de justice a notamment dit pour droit que les contrôles sanitaires, systématiques ou non, opérés à la frontière à l'occasion de l'importation des animaux ou des viandes destinés à l'alimentation constituent des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives au sens de l'article 30 du traité et que sont, en principe, à considérer comme des taxes d'effet équivalant à des droits de douane les charges pécuniaires imposées, pour des raisons de contrôle sanitaire, aux produits importés à l'occasion de leur passage à la frontière.

En conséquence de cet arrêt, le Pretore de Susa, par ordonnance rendue le 24 janvier 1977, a enjoint à l'Administration des finances de l'État de rembourser les droits indûment perçus, augmentés des intérêts.

Le 23 février 1977, l'Administration des finances a fait opposition à l'ordonnance d'injonction.

En présence des arguments développés par l'Administration des finances, le Pretore de Susa a constaté qu'il était saisi de la contradiction existant entre certaines normes de droit communautaire et une loi nationale postérieure, en l'occurrence la loi n° 1239/70.

Selon la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle italienne, notamment l'arrêt n° 232, du 30 octobre 1975, l'arrêt n° 205, du 28 juillet 1976, et l'ordonnance n° 206, du même jour, la solution de cette question exigerait de la cour constitutionnelle elle-même fût saisie de la question de l'inconstitutionnalité de la loi n° 1239/70 au regard de l'article 11 de la Constitution. D'un autre côté, il ne serait pas possible de ne pas tenir compte de la jurisprudence bien établie de la Cour de justice concernant l'applicabilité du droit communautaire dans les ordres juridiques des États membres: selon cette jurisprudence, les dispositions communautaires directement applicables produisent des effets directs et sont, en tant que telles, de nature à conférer aux particuliers des droits que les juridictions nationales ont l'obligation de protéger; elles ne sauraient faire l'objet, de la part des organes étatiques, d'aucune intervention susceptible de compromettre ou de retarder leur application pleine, entière et uniforme dans les États membres.

Il ne serait, dès lors, pas possible de sous-estimer les inconvénients découlant d'une situation dans laquelle le juge du fond, au lieu de déclarer directement inapplicable la loi interne postérieure que fait obstacle à l'application du droit communautaire, devrait, dans tous les cas, soulever la question de l'inconstitutionnalité, avec cette conséquence que, jusqu'à ce que la Cour constitutionnelle se soit prononcée, le droit communautaire ne pourrait sortir tous ses effets et qu'en outre, étant donné les effets "ex nunc" de l'arrêt de la Cour constitutionnelle, il ne serait même pas possible de réparer rétroactivement le manquement aux obligations internationales de l'État ni d'assurer la protection complète du particulier, titulaire de droits subjectifs nés de dispositions communautaires et régis par elles.

Il serait donc logique de résoudre en priorité la question d'interprétation du droit communautaire relative à la portée effective de la notion de dispositions directement applicables.

En conséquence, par ordonnance du 28 juillet 1977, le Pretore de Susa a décidé, en application de l'article 177 du traité CEE, de surseoir à statuer jusqu'à ce que la Cour de justice se soit prononcée, à titre préjudiciel, sur les questions suivantes:

- a) Étant donné qu'en vertu de l'article 189 du traité CEE et la jurisprudence constante de la Cour de Justice des Communautés européennes, les dispositions communautaires directement applicables doivent, nonobstant toute norme ou pratique interne des États membres, sortir leurs effets pleins et entiers dans les ordres juridiques de ces derniers et y être appliquées uniformément, notamment pour garantir les droits subjectifs engendrés dans le chef des particuliers, est-ce qu'il s'ensuit que la portée des dispositions en question doit être entendue en ce sens que d'éventuelles dispositions nationales postérieures contraires doivent être déclarées directement inapplicables, sans qu'il soit nécessaire d'attendre leur abrogation par le législateur national lui-même ou par d'autres organes constitutionnels (déclaration d'inconstitutionnalité), notamment si l'on considère, en ce qui concerne cette seconde hypothèse, que jusqu'à ce qu'intervienne la déclaration en question, la loi nationale demeurant pleinement applicable, les dispositions communautaires ne peuvent sortir leurs effets et leur application pleine, entière et uniforme n'est donc plus garantie, de même que les droits subjectifs engendrés dans le chef des particuliers ne sont plus protégés?
- b) En relation avec la question qui précède, si le droit communautaire admet que la protection des droits subjectifs engendrés par des dispositions communautaires "directement applicables" peut être ajournée jusqu'au moment de l'abrogation effective, par les organes nationaux compétents, d'éventuelles mesures nationales contraires, cette abrogation doit-elle être dans tous les cas assortie d'une rétroactivité pleine et entière, de manière à éviter que les droits subjectifs ne subissent un préjudice quelconque?

L'ordonnance du pretore de Susa a été enregistrée au greffe de la Cour le 29 août 1977.

Conformément à l'article 20 du protocole sur le statut de la Cour de justice de la CEE, des observations écrites ont été déposées le 28 octobre 1977 par la Commission des Communautés européennes, le 16 novembre

par la société Simmenthal, défenderesse au principal, et le 25 novembre par le gouvernement de la République italienne.

La Cour, sur rapport du juge rapporteur, l'avocat général entendu, a décidé d'ouvrir la procédure orale sans instruction préalable.

II — *Observations écrites déposées devant la Cour*

La société *Simmenthal*, partie défenderesse au principal, examine tout d'abord le problème des rapports entre l'ordre juridique communautaire et l'ordre juridique national, dans l'optique de l'opérateur juridique italien. Elle expose, dans ce contexte, l'évolution de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne, telle qu'elle se traduit en particulier dans l'arrêt n° 183 du 27 décembre 1973, l'arrêt n° 232 de 1975, l'arrêt, n° 205 et l'ordonnance n° 206 de 1976; les solutions possibles, en cas de conflit normatif, se réduiraient actuellement à l'alternative entre l'abrogation, par voie législative, de la norme nationale incompatible avec les dispositions communautaires antérieures et sa déclaration d'inconstitutionnalité par la Cour constitutionnelle. L'arrêt n° 232 de 1975 aurait bloqué et cristallisé l'évolution de la jurisprudence en une solution aux contours rigides sur le plan formel et procédural, dépourvue de perspectives et d'alternatives, grevée, au plan purement interne, d'inconvénients et de conséquences à maints égards négatives: augmentation de la durée et des coûts du procès, multiplications de procédures judiciaires, accumulation des renvois devant la Cour constitutionnelle, intervention de celle-ci dans des litiges soulevant peu ou pas de problèmes, déclin des fonctions de la Cour constitutionnelle.

Située dans son véritable contexte, la présente demande d'interprétation préjudicielle devrait essentiellement amener la Cour à déterminer la portée réelle d'une disposition communautaire directement applicable par rapport à d'éventuelles dispositions nationales postérieures contraires; la seconde question serait subsidiaire et aurait pour objet de voir préciser le minimum de garanties sur lesquelles le particulier, destinataire de normes communautaires, doit pouvoir compter pour pouvoir être véritablement sujet de l'ordre juridique communautaire.

Depuis l'arrêt du 5 février 1963 (affaire 26/62, *Van Gend & Loss*; Recueil, p. 1), la jurisprudence de la Cour de justice aurait progressivement précisé les aspects essentiels et caractéristiques de la notion d'"applicabilité directe" du droit communautaire. Les fondements de cette orientation jurisprudentielle consisteraient dans les éléments suivants:

L'ordre juridique communautaire constitue un nouvel ordre juridique de droit international, dont les sujets sont non seulement les États membres, mais également leurs ressortissants; il constitue un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres et qui s'impose à leurs juri-

dictions. Le droit communautaire a un caractère impératif et absolu; il implique, pour les autorités nationales compétentes, prohibition de plein droit d'appliquer une prescription nationale reconnue incompatible avec le traité et, le cas échéant, obligation de prendre toutes dispositions utiles pour faciliter la réalisation du plein effet du droit communautaire. Les règles du droit communautaire doivent s'appliquer de plein droit, au même moment et avec des effets identiques, sur toute l'étendue du territoire de la Communauté. Elles doivent bénéficier de la primauté absolue par rapport au droit interne des États membres, même s'agissant d'une mesure législative postérieure; les États ne sauraient invoquer des dérogations au droit communautaire découlant de leur système législatif ou juridictionnel, même s'il s'agit de dispositions ou d'un système constitutionnel. Le droit communautaire produit des effets immédiats et est, comme tel, apte à conférer aux particuliers des droits que les juridictions nationales ont l'obligation de protéger.

La solution imposée en Italie par la Cour constitutionnelle présenterait, au regard des principes dégagés par la jurisprudence de la Cour de justice, de très graves inconvénients.

Dans la meilleure des hypothèses, elle justifierait l'application de lois nationales incompatibles avec le droit communautaire jusqu'à l'intervention de la décision de la Cour constitutionnelle constatant le caractère inconstitutionnel de ces lois.

En outre, la déclaration d'inconstitutionnalité des lois italiennes n'aurait un effet que partiellement rétroactif: ses effets s'arrêteraient devant les rapports dits "épuisés", c'est-à-dire ceux qui apparaissent comme réglés de façon définitive et irrévocable en vertu d'actes ou d'événements qui ont pour effet d'exclure absolument qui ont pour effet d'exclure absolument tout changement en ce qui les concerne (chose jugée, prescription, déchéance, actes administratifs qui ne sont plus susceptibles de recours, simples actes contractuels revêtant de l'importance sur le fond); la disposition déclarée inconstitutionnelle, ayant en fait existé dans l'ordre juridique, pourrait avoir produit des effets irréversibles. Ainsi, l'intervention de la Cour constitutionnelle pourrait ne pas se traduire dans tous les cas par un rétablissement complet du droit subjectif engendré, dans le chef des particuliers, par l'effet de la disposition communautaire.

Par ailleurs, seule la loi italienne étant applicable jusqu'à la déclaration d'inconstitutionnalité, le juge ordinaire ne pourrait pas se prévaloir de la procédure prévue par l'article 177 du traité CEE.

Ces constatations vaudraient également pour les lois "reproductives", qui, négligeant le caractère directement et immédiatement applicable des règlements communautaires, en reproduisent, en tout ou en partie, les dispositions.

La solution imposée par la Cour constitutionnelle aurait des répercussions particulièrement graves sur la protection des particuliers: ceux-ci ne pourraient obtenir une protection entière et directe des droits qui leur sont conférés par les dispositions communautaires avant l'éventuel arrêt favorable de la Cour constitutionnelle; ils seraient dissuadés d'engager des actions judiciaires par un mécanisme lourd et complexe; l'administration publique ne serait pas encouragée à appliquer exactement et intégralement le droit communautaire aux opérateurs économiques italiens ou aux ressortissants des autres États membres.

Ainsi seraient méconnus le principe de la primauté du droit communautaire, celui-ci devant céder le pas à la loi interne postérieure, le principe de son application entière et uniforme, ses effets apparaissant à tout le moins temporairement paralysés dans un État membre, le principe de l'effet direct, les particuliers ne pouvant pas bénéficier des droits engendrés dans leurs chef par les dispositions communautaires et les juges nationaux ne pouvant pas sauvegarder ces droits.

La Cour constitutionnelle elle-même aurait reconnu ces inconvénients: estimant ne pas pouvoir elle-même les éliminer, elle aurait adressé au législateur italien une invitation précise à agir de façon à abroger les dispositions incompatibles avec le droit communautaire et à ne pas porter préjudice, pour l'avenir, à la pleine application de ce droit.

Une solution conforme aux principes dégagés par la Cour de justice serait pourtant possible: il suffirait, comme dans les autres États membres, de reconnaître au juge ordinaire le pouvoir de ne pas appliquer les dispositions internes incompatibles avec le droit communautaire.

Le *gouvernement de la République italienne* met en doute la pertinence des questions préjudicielles posées et donc l'applicabilité de l'article 177 du traité CEE en l'espèce: le juge de renvoi lui-même paraîtrait admettre qu'il est incompétent à connaître de la demande qui oppose les parties au litige au principal; dans ces conditions, la solution des questions soumises à la Cour ne saurait être considérée comme "nécessaire" pour statuer sur le fond de l'affaire.

En toute hypothèse, les mêmes questions auraient déjà été soumises à la Cour. Ainsi, dans son arrêt du 3 février 1977 (affaire 52/76, Benedetti; Recueil, p. 163), celle-ci, après avoir constaté qu'il ne lui appartient pas, dans le cadre de la procédure de l'article 177, de trancher des questions de droit interne, a jugé qu'"un arrêt rendu à titre préjudiciel a pour objet de trancher une question de droit et qu'il lie le juge national quant à l'interprétation des dispositions et acts communautaires en cause"; ce principe constituerait la condition préalable, mais aussi la limite de la pertinence qui peut être attribuée, dans le cadre de l'ordre juridique communautaire, aux questions déférées à la Cour dans la présente affaire.

Le juge national, lorsqu'il tranche un litige, ne saurait évidemment appliquer des règles de droit interne qu'il estime contraires ou incompatibles avec le droit communautaire, en particulier lorsque l'interprétation par la Cour de justice, du droit communautaire ne permet aucun doute sur l'incompatibilité avec celui-ci de la disposition nationale postérieure. De toute évidence l'efficacité des dispositions communautaires directement applicables, qui accordent aux particuliers des droits que les juges sont tenus de sauvegarder, ne saurait non plus être compromise ou mise en échec par des dispositions contraires de droit interne.

Cependant, pour ce qui est de la manière d'assurer la non-application de la disposition contraire de droit interne, s'agissant de question de droit interne, la solution concrète ne pourrait que dépendre des différents systèmes constitutionnels des États membres; une contradiction éventuelle entre norme nationale et disposition communautaire devrait être éliminée par les procédés offerts par chacun des ordres juridiques internes.

Une telle contradiction ne pourrait d'ailleurs concerner que les règles de droit interne postérieures aux dispositions communautaires: de règles internes antérieures, contraires au droit communautaire, seraient implicitement abrogées par la règle communautaire contraire, adoptée par après. En ce qui concerne les dispositions de droit interne postérieures, une éventuelle contradiction pourrait, en pratique, être résolue par application du critère d'interprétation de la spécialité, *ratione materiae*, du droit communautaire. Au cas où une éventuelle contradiction de règles ne pourrait être résolue ou aplanie de cette manière, il s'agirait de garantir la priorité due au droit communautaire; cette garantie ne saurait être assurée que par les moyens qu'offre l'ordre constitutionnel des différents États membres.

La Cour constitutionnelle aurait, dans son arrêt n° 232 de 1975, confirmé que l'ordre juridique italien ne permet pas au juge "de ne pas appliquer" la règle de droit; ce critère serait conforme au principe de la séparation des pouvoirs.

Pour pouvoir n'être pas appliquée, une disposition législative, même contraire aux principes énoncés dans la Constitution, devrait être abrogée ou déclarée contraire à la Constitution par l'organe constitutionnel compétent. Ce moyen juridique apparaîtrait efficace et approprié également pour éliminer et résoudre d'éventuelles contradictions entre des règles de droit interne et le droit communautaire, la Cour constitutionnelle italienne ayant reconnu, par l'arrêt n° 183 de 1973, que les règles de droit interne qui reproduisent des dispositions communautaires et qui sont contraires ou incompatibles avec le droit communautaire sont entachées d'illégalité constitutionnelle.

Le fait que la règle de droit interne, déclarée inconstitutionnelle parce que contraire au droit communautaire, "cesse d'être en vigueur le jour que suit celui de la publication de la décision" ne saurait constituer un obstacle à

la sauvegarde des droits conférés aux particuliers par les règles communautaires: ce critère n'empêcherait pas les particuliers de faire valoir l'applicabilité directe des règles communautaires; la déclaration d'illégalité constitutionnelle permettrait également à celui que n'y avait pas veillé auparavant de sauvegarder les droits découlant du droit communautaire, les seules limites applicables en l'occurrence étant les prescriptions et forclusions, dont l'opposabilité aurait été expressément reconnue, dans le cadre de l'ordre communautaire, par la Cour de justice.

En fait, la déclaration d'illégalité constitutionnelle d'une règle de droit aurait force rétroactive et frapperait la règle depuis son origine, l'éliminant de l'ordre juridique "ex tunc", à partir du moment où elle est entrée en vigueur, s'il s'agit d'une règle postérieure à la Constitution, ou à dater de l'entrée en vigueur de la Constitution, s'il s'agit d'une règle qui lui est antérieure.

La solution offerte par l'ordre juridique italien présenterait des avantages considérables, en raison de la garantie supérieure qui s'ensuit quant à l'application uniforme du droit communautaire.

Reconnaître au juge le pouvoir de ne pas appliquer la règle de droit interne incompatible avec le droit communautaire reviendrait à ne garantir l'application de la règle communautaire que dans le seul cas concret soumis au juge et pour la protection du seul droit précis revendiqué à cette occasion; la règle nationale resterait, cependant, en vigueur et serait, en fait, exclusivement applicable lorsque l'éventuelle violation des droits accordés aux particuliers par les règles communautaires n'a pas été alléguée devant le juge. Chaque fois que la contradiction de la norme interne avec le droit communautaire n'a pas été perçue par le législateur national, il faudrait donc s'en assurer par la voie de la procédure complexe de l'article 169 du traité CEE, dont le seul résultat serait de rendre l'État en cause conscient de la nécessité de modifier la règle de droit interne contraire au droit communautaire.

Nettement plus efficace et plus importante serait la déclaration d'illégalité constitutionnelle de la disposition législative: elle serait apte à garantir, in concreto, erga omnes, donc plus largement que ne le ferait la non-application de la part du seul juge, le respect du droit communautaire.

L'incompatibilité d'une disposition de droit interne avec les règles communautaires, même si la règle communautaire a déjà été interprétée par la Cour de justice, pourrait s'avérer discutable du fait que l'appréciation et l'éventuel contrôle de la règle de droit interne ne sont pas de la compétence en interprétation préjudicielle de la Cour de justice; reconnaître, dans ce cas, à chaque juge national le pouvoir de ne pas appliquer une disposition de droit interne reviendrait à lier le respect du droit communautaire aux appréciations variables et contingentes de chaque juge interne, aux différents

degrés de juridiction, sans qu'existât pour autant aucune garantie d'application uniforme effective du droit communautaire.

En revanche, serait manifestement décisive l'intervention d'une déclaration d'illégalité constitutionnelle, seule susceptible d'exclure la disposition contraire de droit interne de la législation nationale, et de manière si définitive que même la "non-application" de la part du juge de dernière instance ne pourrait aboutir au même résultat.

Ces considérations vaudraient pour les cas où l'interprétation pertinente de la règle communautaire aboutit à confier au juge national le soin de vérifier si la règle de droit interne est susceptible d'avoir des conséquences incompatibles avec le droit communautaire; elles seraient encore plus évidentes dans les cas où l'arrêt rendu par la Cour de justice sur la compatibilité possible de certaines règles nationales avec le droit communautaire fait appel aux notions de "caractère raisonnable" et de "proportionnalité". Reconnaître au juge, dans de tels cas, le droit de décider de l'application ou non-application de la règle de droit interne reviendrait à s'en remettre à des appréciations individuelles subjectives et variables. Le principe de la sécurité juridique en serait mis en cause; la norme de droit interne serait considérée comme compatible ou non avec la règle communautaire en fonction du jugement de chaque juge sur les conséquences possibles de la règle de droit interne et sur le caractère raisonnable et la proportionnalité de ses conséquences; il serait nécessaire — et l'initiative en appartiendrait aux parties — d'aboutir à une décision du juge de dernière instance; cette solution imposerait dans chaque cas, pour la sauvegarde des droits accordés aux particuliers, le recours à l'autorité judiciaire.

De tels inconvénients et, surtout, le temps considérable nécessaire pour pouvoir aboutir à l'exclusion définitive de l'application d'une règle de droit interne incompatible avec le droit communautaire seraient évités dans les ordres juridiques qui, comme l'ordre juridique italien, n'autorisent pas le juge à ne pas appliquer la loi.

Dans de tels cas, qui exigeraient une appréciation préalable de la légalité constitutionnelle même de la règle de droit interne, le jugement sur sa compatibilité avec le droit communautaire et sur son caractère raisonnable et sa proportionnalité, réservé aux juridictions nationales et soumis aux conditions édictées par les règles communautaires telles qu'interprétées par la Cour de justice, aboutirait à une appréciation unique, s'imposant erga omnes, contribuant en définitive à garantir une application uniforme du droit communautaire.

La Cour devrait donc dire pour droit que le juge national ne peut pas appliquer des règles de droit interne contraires au droit communautaire et que l'élimination de cette contradiction doit se faire par les moyens et selon les procédures prévus par l'ordre juridique national.

La Commission rappelle qu'en matière de conflits entre loi nationale et droit communautaire les problèmes les plus sérieux ont été créés, en Italie, par les nombreuses lois reproduisant des règles communautaires ayant effet direct. Bien que critiquables sur le plan technique, la plupart de ces lois ne reproduiraient les règles communautaires que dans le but d'introduire des mesures d'exécution légitimes; elles pourraient et devraient donc être interprétées dans un sens qui ne s'oppose pas au principe de l'applicabilité directe. Le juge devrait rechercher en premier lieu la voie de l'interprétation conforme au droit communautaire; telle serait la situation normale dans un État qui applique le principe "pacta sunt servanda" et qui, en plus, a assumé les obligations découlant du traité et, en particulier, de son article 5.

La doctrine et la jurisprudence italiennes n'auraient pas eu de difficulté à reconnaître que le droit communautaire d'effet direct prime la loi nationale contraire antérieure.

En ce qui concerne la loi nationale contraire postérieure, la Cour constitutionnelle italienne, dans son arrêt n° 14 du 7 mars 1964, aurait jugé que le traité CEE, rendu exécutoire en Italie par une loi ordinaire, n'y a pas une force supérieure à celle-ci; dès lors, en présence d'une loi postérieure incompatible avec le traité, il faudrait faire l'application du principe "lex posterior derogat priori". Le seul remède à cette violation du droit international consisterait en une nouvelle intervention du législateur. Depuis, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle aurait évolué; en témoigneraient notamment l'arrêt 183 de 1973 et, surtout, l'arrêt n° 232 de 1975. Selon ce dernier, la violation, par une loi nationale postérieure, du droit communautaire d'effet direct est frappé d'une sanction de droit interne particulièrement grave, la déclaration d'inconstitutionnalité par la Cour constitutionnelle saisie de la question par le juge au principal.

Cette reconnaissance explicite de la primauté du droit communautaire subirait toutefois une limitation: le juge saisi d'une affaire n'est pas lui-même habilité à écarter la loi postérieure incompatible avec la règle communautaire; il doit saisir préalablement la Cour constitutionnelle et attendre que celle-ci déclare l'illégalité constitutionnelle de la loi.

Cette jurisprudence marquerait, par rapport à la situation antérieure, un important progrès. La déclaration d'illégalité constitutionnelle s'imposerait non seulement au juge qui a saisi la Cour constitutionnelle et ne vaudrait donc pas seulement inter partes pour l'affaire jugée; elle s'imposerait à tous les juges et vaudrait erga omnes. Au point de vue des délais, l'intervention, à un stade avancé, du juge unique de la constitutionnalité pourrait présenter un avantage. l'article 136 de la Constitution, aux termes duquel une disposition législative frappée d'illégalité constitutionnelle cesse d'avoir effet à partir du jour suivant la publication de l'arrêt, serait interprété en ce sens qu'à partir de cette date, la disposition incriminée doit être considérée

comme ne faisant plus partie du système législatif en vigueur; le juge serait donc tenu de ne plus l'appliquer également pour le passé, ce qui équivaudrait à une inapplicabilité *ex tunc*; seuls ne seraient pas remis en question les faits définitivement réglés sous l'empire de cette loi.

Il n'en resterait pas moins que l'interdiction faite au juge d'appliquer la règle communautaire aussi longtemps que la loi postérieure contraire n'a pas été éliminée par le juge constitutionnel n'est pas conciliable avec le principe, essentiel dans l'ordre juridique communautaire, de la primauté du droit communautaire.

Ce principe de la primauté du droit communautaire ne trouverait pas sa source dans les diverses constitutions nationales, au risque évident de solutions différentes selon la teneur de celles-ci, mais dans le droit communautaire lui-même. Le principe de la primauté et celui de l'effet direct impliqueraient l'inopposabilité *ipso jure* des lois nationales contraires, sans qu'il soit besoin d'attendre leur rescision par le législateur ou par une Cour constitutionnelle.

Une loi contraire au droit communautaire serait inopposable à celui-ci; elle ne représenterait pas un obstacle qu'il serait indispensable d'éliminer préalablement par l'abrogation ou par la déclaration d'inconstitutionnalité.

Inacceptable au plan des principes, l'interdiction faite au juge d'appliquer le droit communautaire avant la déclaration d'inconstitutionnalité conduirait, sur le plan pratique, à alourdir inutilement la procédure dans tous les cas où l'incompatibilité de la loi nationale avec le droit communautaire apparaît suffisamment claire. L'interprétation de la règle communautaire appartiendrait à la Cour de justice; lorsque celle-ci s'est prononcée au titre de l'article 177, l'unique marge laissée à l'appréciation des autorités nationales porterait sur l'examen de la loi nationale en vue de vérifier sa conformité à la règle communautaire ainsi interprétée. Cette marge serait en général très restreinte; elle se réduirait à néant lorsque la Cour de justice a déjà constaté la violation de la règle communautaire au titre de l'article 169. Dans de telles situations, la longue suspension du procès, dans l'attente du jugement de la Cour constitutionnelle, ne serait justifiée par aucun avantage en termes de sécurité juridique. La déclaration d'inconstitutionnalité étant pratiquement automatique, le rôle même de la Cour constitutionnelle en serait d'ailleurs diminué.

La voie nouvelle ouverte en Italie pour l'élimination des lois nationales incompatibles avec le droit communautaire, consistant en une déclaration d'inconstitutionnalité, pourrait représenter un renforcement de ce droit et se révéler utile dans des cas d'espèce complexes, susceptibles de donner lieu à des procédures longues et multiples; mais elle ne saurait se substituer, en devenant obligatoire, à la voie directe, que le juge au principal doit suivre dans tout autre cas et qui consiste à appliquer la règle communautaire, et

non la règle nationale contraire. La question de savoir si cette concurrence de solutions est admissible dans le système constitutionnel italien serait étrangère à la présente affaire.

En ce qui concerne la deuxième question posée à la Cour, il serait évident que si, par hypothèse, le juge était contraint d'attendre, pour pouvoir appliquer le droit communautaire d'effet direct, la rescision de la loi contraire, celle-ci devrait rétroagir à la date à laquelle la règle communautaire est entrée en vigueur; sinon, les violations passées des droits subjectifs fondés sur cette règle deviendraient irréparables.

L'exigence de rétroactivité ne saurait cependant être absolue; elle devrait se concilier avec le principe fondamental de la sécurité juridique, qui justifie la fixation de délais de prescription et de forclusion ainsi que l'interdiction de remettre en question les arrêts ayant acquis force de chose jugée.

Les questions posées par le Pretore de Susa pourraient recevoir les réponses suivantes:

Les dispositions communautaires ayant effet direct ne peuvent être affectées par des dispositions législatives nationales contraires, qu'elles soient antérieures ou postérieures. Le fait que le législateur puisse abroger la loi contraire ou qu'une Cour constitutionnelle puisse déclarer son inconstitutionnalité, s'il peut contribuer à assurer le respect du droit communautaire, ne saurait priver le juge du pouvoir d'appliquer les dispositions communautaires ayant effet direct, nonobstant l'existence de telles dispositions législatives.

La protection des droits subjectifs engendrés par des dispositions communautaires ayant effet direct doit être assurée dès l'entrée en vigueur de ces dispositions. Quel que soit le moyen suivi pour mettre fin à l'application de lois nationales incompatibles avec les dispositions communautaires, le juge doit assurer le respect de ces dernières dès leur entrée en vigueur, donc également pour le passé, sous la seule réserve des effets de la prescription, de la forclusion ou de l'autorité de la chose jugée.

III — *Procédure orale*

La société Simmenthal, partie défenderesse au principal, représentée par M^e Emilio Cappelli, avocat au barreau de Rome, le gouvernement de la République italienne, représenté par M. Arturo Marzano, avvocato dello Stato, et la Commission des Communautés européennes, représentée par M. Giancarlo Olmi, directeur général adjoint de son service juridique, ont été entendus en leurs observations orales et en leurs réponses à des questions posées par la Cour à l'audience du 26 janvier 1978.

Le *gouvernement de la République italienne* a insisté sur le fait que les questions posées par le Pretore de Susa auraient perdu, en cours de procé-

de dure, tout pertinence, la loi n° 889, du 14 novembre 1977 (GU n° 337 du 12 décembre 1977), disposant que "les droits de contrôle sanitaire fixés au barème annexé à la loi n° 1239 ne sont pas dus pour les produits soumis à l'organisation commune des marchés agricoles" et la Cour constitutionnelle ayant, par l'arrêt n° 163, du 29 décembre 1977, déclaré contraires à la Constitution l'article unique de la loi n° 1239 ainsi que le barème y annexé des redevances afférentes au contrôle sanitaire à l'importation en Italie des animaux de boucherie, viandes, produits et dépouilles d'origine animale.

L'avocat général a présenté ses conclusions à l'audience du 16 février 1978.

En droit

1. Attendu que, par ordonnance du 28 juillet 1977, reçue à la Cour le 29 août suivant, le Pretore de Susa a posé, en vertu de l'article 177 du traité CEE, deux questions préjudicielles relatives au principe de l'applicabilité directe du droit communautaire, tel qu'il figure à l'article 189 du traité, en vue de déterminer les conséquences de ce principe en présence d'une contradiction entre une règle du droit communautaire et une disposition postérieure de la loi nationale;
2. attendu qu'il convient de rappeler qu'à un stade antérieur du litige, le Pretore avait saisi la Cour de questions préjudicielles destinées à lui permettre d'apprécier la compatibilité, avec le traité et certaines dispositions réglementaires — notamment le règlement du Conseil n° 805/68, du 27 juin 1968, portant organisation commune des marchés dans le secteur de la viande bovine (JO n° L 148, p. 24) —, de taxes sanitaires, prélevées sur les importations de viande bovine en vertu du "texte unique" des lois sanitaires italiennes, dont le taux avait été fixé, en dernier lieu, par le barème annexé à la loi n° 1239 du 30 décembre 1970 (GU n° 26 du 1^{er} février 1971);
3. qu'à la suite des réponses données par la Cour dans son arrêt 35/76 du 15 décembre 1976 (Recueil, p. 1871), le Pretore, jugeant la perception des taxes en question incompatible avec les dispositions du droit communautaire, a adressé à l'Administration des finances de l'État l'injonction de rembourser les droits indûment perçus, augmentés des intérêts;
4. que cette injonction a fait l'objet d'une opposition de la part de l'Administration des finances;

5. que, tenant compte des arguments développés par les parties au cours de la procédure faisant suite à cette opposition, le Pretore a retenu qu'il se pose, devant lui, la question d'une contradiction entre certaines normes communautaires et une loi nationale postérieure, à savoir la loi n.° 1239/70;
6. qu'il a rappelé que, pour la solution d'une telle question, selon la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle italienne (arrêts 232/75 et 205/75, ordonnance 206/76), il est demandé que soit déférée à la Cour constitutionnelle elle-même la question de l'illégitimité constitutionnelle de la loi contestée au regard de l'article 11 de la Constitution;
7. que le Pretore, eu égard, d'une part, à la jurisprudence bien établie de la Cour de justice concernant l'applicabilité du droit communautaire dans les ordres juridiques des États membres et, d'autre part, aux inconvénients pouvant découler de situations dans lesquelles le juge, au lieu de considérer de sa propre autorité comme inapplicable une loi faisant obstacle au plein effet du droit communautaire, devrait soulever une question de constitutionnalité, s'est adressé à la Cour pour lui soumettre deux questions ainsi libellées:
 - a) Étant donné qu'en vertu de l'article 189 du traité CEE et de la jurisprudence constante de la Cour de justice des Communautés européennes, les dispositions communautaires directement applicables doivent, en dépit de n'importe quelle norme ou pratique interne des États membres, sortir leurs effets pleins et entiers dans les ordres juridiques de ces derniers et y être appliqués uniformément, cela afin également de garantir les droits subjectifs engendrés dans le chef des particuliers, s'ensuit-il que la portée des normes en question doit être entendue en ce sens que d'éventuelles dispositions nationales ultérieures, en contradiction avec ces mêmes normes communautaires, doivent être considérées de plein droit comme inapplicables sans qu'il soit nécessaire d'attendre leur élimination par le législateur national lui-même (abrogation) ou par d'autres organes constitutionnels (déclaration d'inconstitutionnalité), notamment si on considère, en ce qui concerne cette seconde hypothèse, que jusqu'à ce qu'intervienne la déclaration en question, la loi nationale demeurant pleinement applicable, les normes communautaires ne peuvent sortir leurs effets et, partant, leur application pleine, entière et uniforme n'est pas garantie de même que les droits subjectifs engendrés dans le chef des particuliers ne sont pas protégés?
 - b) En relation avec la question qui précède, à supposer que le droit communautaire admette que la protection des droits subjectifs, en-

gendrés par des dispositions communautaires “directement applicables”, puisse être ajournée jusqu’au moment de l’abrogation effective, par les organes nationaux compétents, d’éventuelles mesures nationales en contradiction avec ces normes communautaires, cette abrogation doit-elle être dans tous les cas assortie d’une rétroactivité pleine et entière de façon à éviter que les droits subjectifs ne subissent un préjudice quelconque?

Sur la saisine de la Cour

8. Attendu que, dans ses observations orales, l’agent du gouvernement italien a attiré l’attention de la Cour sur un arrêt de la Cour constitutionnelle, n° 163/77, du 22 décembre 1977, rendu à la suite de questions de constitutionnalité soulevées par les tribunaux de Milan et de Rome, et déclarant l’illégitimité constitutionnelle de certaines dispositions de la loi n° 1239, du 30 décembre 1970, dont celles qui intéressent le litige pendant devant le Pretore de Susa;
9. que, les dispositions contestées ayant été éliminées par l’effet de la déclaration d’inconstitutionnalité, les questions posées par le Pretore auraient perdu leur intérêt, de manière qu’il n’y aurait plus lieu d’y répondre;
10. attendu qu’il convient de rappeler à ce sujet que, conformément à sa pratique constante, la Cour se considère comme saisie d’une demande à titre préjudiciel, introduite en vertu de l’article 177, aussi longtemps que cette demande n’a pas été retirée par la juridiction dont elle émane, ou mise à néant, sur recours, par une juridiction supérieure;
11. qu’un tel effet ne saurait découler de l’arrêt invoqué, qui est intervenu dans le cadre de procédures étrangères au litige qui a donné lieu à la saisine de la Cour et dont l’effet à l’égard de tiers ne saurait être apprécié par celle-ci;
12. qu’il convient donc d’écarter l’objection préliminaire soulevée par le gouvernement italien;

Sur le fond

13. Attendu que la *première question* vise, en substance, à voir préciser les conséquences de l’applicabilité directe d’une disposition du droit communautaire en cas d’incompatibilité avec une disposition postérieure de la législation d’un État membre;

14. attendu que l'applicabilité directe, envisagée dans cette perspective, signifie que les règles du droit communautaire doivent déployer la plénitude de leurs effets, d'une manière uniforme dans tous les États membres, à partir de leur entrée en vigueur et pendant toute la durée de leur validité;
15. qu'ainsi, ces dispositions sont une source immédiate de droits et d'obligations pour tous ceux qu'elles concernent, qu'il s'agisse des États membres ou de particuliers qui sont parties à des rapports juridiques relevant du droit communautaire;
16. que cet effet concerne également tout juge qui, saisi, dans le cadre de sa compétence, a, en tant qu'organe d'un État membre, pour mission de protéger les droits conférés aux particuliers par le droit communautaire;
17. qu'au surplus, en vertu du principe de la primauté du droit communautaire, les dispositions du traité et les actes des institutions directement applicables ont pour effet, dans leurs rapports avec le droit interne des États membres, non seulement de rendre inapplicable de plein droit, du fait même de leur entrée en vigueur, toute disposition contraire de la législation nationale existante, mais encore — en tant que ces dispositions et actes font partie intégrante, avec rang de priorité, de l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des États membres — d'empêcher la formation valable de nouveaux actes législatifs nationaux dans la mesure où ils seraient incompatibles avec des normes communautaires;
18. qu'en effet, le fait de reconnaître une efficacité juridique quelconque à des actes législatifs nationaux empiétant sur le domaine à l'intérieur duquel s'exerce le pouvoir législatif de la Communauté, ou autrement incompatibles avec les dispositions du droit communautaire, reviendrait à nier, pour autant, le caractère effectif d'engagements inconditionnellement et irrévocablement assumés par les États membres, en vertu du traité, et mettrait ainsi en question les bases mêmes de la Communauté;
19. que la même conception se dégage de l'économie de l'article 177 du traité, aux termes duquel toute juridiction nationale a la faculté de s'adresser à la Cour, chaque fois qu'elle estime qu'une décision préjudicielle sur une question d'interprétation ou de validité intéressant le droit communautaire est nécessaire pour lui permettre de rendre son jugement;

20. que l'effet utile de cette disposition serait amoindri si le juge était empêché de donner, immédiatement, au droit communautaire une application conforme à la décision ou à la jurisprudence de la Cour;
21. qu'il découle de l'ensemble de ce qui précède que tout juge national, saisi dans le cadre de sa compétence, a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle communautaire;
22. que serait, dès lors, incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit communautaire toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit, le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes communautaires;
23. que tel serait le cas si, dans l'hypothèse d'une contrariété entre une disposition du droit communautaire et une loi nationale postérieure, la solution de ce conflit était réservée à une autorité autre que le juge appelé à assurer l'application du droit communautaire, investie d'un pouvoir d'appréciation propre, même si l'obstacle résultant ainsi pour la pleine efficacité de ce droit n'était que temporaire;
24. qu'il y a donc lieu de répondre à la première question que le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel;
25. attendu que, par la *deuxième question*, il est demandé en substance — pour l'hypothèse où il serait admis que la protection de droits conférés par les dispositions communautaires pourrait être ajournée jusqu'au moment de l'élimination effective, par les organes nationaux compétents, d'éventuelles mesures nationales contraires — si cette élimination doit dans tous les cas comporter une rétroactivité pleine et entière, de

façon à éviter que les droits en question ne subissent un préjudice quelconque;

26. attendu qu'il résulte de la réponse donnée à la première question que le juge national a l'obligation d'assurer la protection des droits conférés par les dispositions de l'ordre juridique communautaire sans qu'il ait à demander ou attendre l'élimination effective, par les organes nationaux habilités à cet effet, d'éventuelles mesures nationales qui feraient obstacle à l'application directe et immédiate des règles communautaires;
27. qu'il apparaît donc que la deuxième question est sans objet;

Quant aux dépens

28. Attendu que les frais exposés par le gouvernement de la République italienne et par la Commission des Communautés européennes, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement;
29. que la procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant le Pretore de Susa, il appartient à celui-ci de statuer sur les dépens;

par ces motifs,

LA COUR,

statuant sur les questions à elle soumises par le Pretore de Susa, par ordonnance du 28 juillet 1977, dit pour droit:

Le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel.

Kutscher

Sørensen

Bosco

Donner

Pescatore

Mackenzie Stuart

O'Keefe

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg le 9 mars 1978.

Le greffier

A. Van Houtte

Le président

H. Kutscher

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. GERHARD REISCHL,
PRÉSENTÉES LE 16 FÉVRIER 1978⁽¹⁾

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

En juillet 1973, la défenderesse au principal a importé de France en Italie de la viande bovine destinée à la consommation humaine. A la frontière, cette marchandise a été soumise à un contrôle de police sanitaire en application d'une loi italienne remontant à l'année 1934.

Une redevance devait être perçue à ce titre, dont les taux applicables à la date de l'importation avaient été fixés par une loi du 30 décembre 1970.

L'entreprise Simmenthal a jugé cette situation incompatible avec les dispositions du droit communautaire en matière de libre circulation des marchandises et elle a formé, de ce fait, auprès du Pretore de Susa une action en restitution des redevances acquittées. Cette procédure a donné lieu à une demande à titre préjudiciel (affaire 35/76, Simmenthal SpA/Ministère des finances italien, arrêt du 15 décembre 1976, Recueil 1976, p. 1871 et suiv.), dans le cadre de laquelle la Cour a statué par un arrêt du 15 décembre 1976, dont le dispositif est le suivant:

- “1. a) Les contrôles sanitaires, systématiques ou non, opérés à la frontière à l'occasion de l'importation des animaux ou des viandes destinés à l'alimentation, constituent des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives au sens de l'article 30 du traité, interdites par cette disposition, sous réserve des exceptions prévues par le droit communautaire et, en particulier, par l'article 36 du traité;
- b) L'interdiction de pareilles mesures a, sous réserve de l'exception ci-dessus mentionnée, pris date en ce qui concerne les produits visés par les règlements n° 14/64 et n° 805/68 portant organisation commune des marchés dans le secteur de la viande bovine, à la date d'entrée en vigueur desdits règlements;
2. Si des contrôles sanitaires systématiques aux frontières des produits visés par les directives n° 64/432 et 64/433 ne sont plus nécessaires ni, par conséquent, justifiés au sens de l'article 36, à partir de dates limites fixées dans les directives pour la mise en vigueur des dispositions nationales nécessaires pour se conformer à leurs dispositions et si, en principe, la réalisation des conditions sanitaires doit apparaître du seul contrôle des documents (certificat sani-

⁽¹⁾ Traduit de l'allemand.

taire, certificat de salubrité) qui accompagnent obligatoirement les produits, des examens sporadiques de nature vétérinaire ou sanitaire ne sont pas exclus à condition de ne pas être multipliés au point de constituer une restriction déguisée dans le commerce entre États membres;

3. a) Sont à considérer comme des taxes d'effet équivalant à des droits de douane, les charges pécuniaires imposées pour des raisons de contrôle sanitaire des produits à l'occasion de leur passage à la frontière;
 - b) Il n'en serait autrement que si les charges pécuniaires relevaient d'un régime général de redevances intérieures appréhendant systématiquement les produits nationaux et les produits importés selon les mêmes critères;
4. Les charges imposées par les différentes autorités publiques à l'occasion de contrôles sanitaires opérés à l'intérieur des États membres, tant sur les produits indigènes que sur les produits importés, constituent des impositions intérieures relevant de l'interdiction de discrimination de l'article 95 du traité."

Le Pretore a rendu ensuite, le 24 janvier 1977, une décision ordonnant le remboursement de la redevance majorée des intérêts, motif pris de ce que la perception de celle-ci était illégale.

L'Administration des finances italienne ainsi condamnée a interjeté appel de cette décision. Elle fait valoir que l'interdiction de percevoir les redevances en question découle — en ce qui concerne le droit communautaire — tout au plus du règlement n° 14/64 (JO n° 34 du 27 février 1964, p. 562) et du règlement n° 805/68 (JO n° L 148 du 28 juin 1968, p. 24), qui contiennent une confirmation des dispositions applicables en la matière. En revanche, la base juridique italienne pour la perception des redevances se trouve dans la loi du 30 décembre 1970 qui a modifié les taux de la redevance et, partant, confirmé la perception de celle-ci. Par rapport aux dispositions du droit communautaire, il s'agit donc d'une "lex posterior". Par conséquent, il n'est pas possible pour le juge, eu égard au principe de la séparation des pouvoirs, de ne pas faire application d'une loi nationale prétendument contraire au droit communautaire. Aussi longtemps que le législateur ne modifie pas cette loi, il est tenu de saisir la Cour constitutionnelle, laquelle peut en ce cas déclarer inconstitutionnelle la loi en question, par application de l'article 11 de la Constitution italienne. Cette solution résulterait clairement de l'arrêt n° 232 de la Cour constitutionnelle italienne du 30 octobre 1975 ainsi que d'autres décisions de ce tribunal.

La firme Simmenthal répond à cela tout d'abord que le problème relevé par l'Administration des finances ne se pose pas en réalité. L'illégalité de la perception de la redevance est une conséquence de l'illicéité des contrôles de police sanitaire; la loi de 1970, invoquée par l'Administration italienne des finances, ne contient aucune disposition relative à ces contrôles; ceux-ci ont été prévus, en fait, par une loi remontant à l'année 1934. Si l'on voulait, d'un autre côté, suivre la thèse de l'Administration des finances selon laquelle la loi de 1970, en fixant de nouveaux taux pour l'application de la redevance, a confirmé tacitement la nécessité de contrôles de police sanitaire, il faudrait admettre que l'obligation faite par le droit constitutionnel italien de laisser à la Cour constitutionnelle le soin de constater l'incompatibilité de lois nationales ultérieures avec le droit communautaire n'est pas conforme avec les décisions de principe de la Cour de justice des Communautés européennes sur les effets du droit communautaire dans les ordres juridiques des États membres ainsi qu'au sujet de l'applicabilité directe et de l'effet direct de dispositions de droit communautaire créant des droits au profit des justiciables que les juridictions nationales sont tenues de sauvegarder. Selon cette jurisprudence, on ne saurait admettre les interventions d'autorités publiques nationales qui seraient susceptibles de faire obstacle ou d'entraver l'efficacité pleine, entière et uniforme du droit communautaire dans tous les États membres. Or, c'est à cela que mènerait le système du droit italien, étant donné que les tribunaux n'auraient pas la possibilité de s'abstenir d'appliquer le droit national contraire au droit communautaire; l'efficacité pleine et entière du droit communautaire ne serait pas garantie aussi longtemps que la Cour constitutionnelle n'aurait pas statué. De plus, poursuit la firme Simmenthal, il convient également de tenir compte de ce que les décisions de la Cour constitutionnelle dans ce domaine produisent seulement effet "ex nunc"; la constatation de l'inconstitutionnalité n'a donc pas effet-rétroactif et, de ce fait, le particulier pouvant déduire certains droits de la législation communautaire n'est donc pas protégé pleinement et de manière certaine.

Cette controverse a amené le Pretore de Susa à surseoir à statuer une seconde fois et à déférer à la Cour, par ordonnance du 28 juillet 1977, les questions suivantes à titre préjudiciel, en application de l'article 177 du traité de la CEE:

- a) Étant donné qu'en vertu de l'article 189 du traité CEE et de la jurisprudence constante de la Cour de justice des Communautés européennes, les dispositions communautaires directement applicables doivent, en dépit de n'importe quelle norme ou pratique interne des États membres, sortir leurs effets pleins et entiers dans les ordres juridiques de ces derniers et y être appliqués uniformément, cela afin

également de garantir les droits subjectifs engendrés dans le chef des particuliers, s'ensuit-il que la portée des normes en question doit être entendue en ce sens que d'éventuelles dispositions nationales ultérieures, en contradiction avec ces mêmes normes communautaires, doivent être déclarées directement inapplicables sans qu'il soit nécessaire d'attendre leur abrogation par le législateur national lui-même ou par d'autres organes constitutionnels (déclaration d'inconstitutionnalité), notamment si on considère, en ce qui concerne cette seconde hypothèse, que jusqu'à ce qu'intervienne la déclaration en question, la loi nationale demeurant pleinement applicable, les normes communautaires ne peuvent sortir leurs effets et, partant, leur application pleine, entière et uniforme n'est plus garantie de même que les droits subjectifs engendrés dans le chef des particuliers ne sont plus protégés?

- b) En relation avec la question qui précède, si le droit communautaire admet que la protection des droits subjectifs, engendrés par des dispositions communautaires "directement applicables", peut être ajournée jusqu'au moment de l'abrogation effective, par les organes nationaux compétents, d'éventuelles mesures nationales en contradiction avec ces mêmes normes communautaires, cette abrogation doit-elle être dans tous les cas assortie d'une rétroactivité pleine et entière de façon à éviter que les droits subjectifs ne subissent un préjudice quelconque?

I — Avant de passer à l'analyse de ces questions, il nous faut faire quelques observations sur certaines objections et allégations faites en cours de procédure. Ces remarques ont toutes trait à la question de savoir si les précisions que le tribunal de renvoi demande à la Cour de lui fournir, sont vraiment nécessaires aux fins de la décision à rendre.

1. On a ainsi fait valoir que la réponse à la question posée n'est pas nécessaire pour le tribunal de renvoi, puisque celui-ci semble admettre lui-même qu'il n'a pas compétence. Comme il s'agit du remboursement de redevances, ce serait en effet non pas le Pretore, mais le tribunal qui aurait compétence pour statuer en la matière.

Il est certain que la Cour n'a jamais examiné sur le plan des principes les problèmes que pose la nécessité pour le juge national de consulter la Cour à titre préjudiciel aux fins de pouvoir statuer dans un cas d'espèce, dans la mesure en tout cas où des considérations empruntées au droit interne interviennent dans ces problèmes. Un seul arrêt de la Cour (affaire 13/68, Salgoil/Ministère du commerce extérieur de la République italienne, arrêt du 19 décembre 1968, Recueil 1968, p. 661) contient une allusion à une

possibilité d'agir autrement, dans la mesure où il y a erreur manifeste du tribunal de renvoi. En pratique, cette possibilité n'est toutefois encore jamais intervenue. Nous ne croyons pas non plus qu'il y ait lieu ici de procéder de la sorte. L'existence d'une telle situation ne nous a pas été prouvée. Les problèmes de compétence dont il est question en l'espèce ne sauraient manifestement recevoir une réponse aussi tranchée que le suppose le gouvernement italien. Nous croyons pouvoir supposer que si le tribunal de renvoi avait éprouvé des doutes sur sa propre compétence, il ne nous aurait pas déferé les questions formulées dans l'ordonnance de renvoi.

2. La deuxième observation préalable que nous désirons faire ici a trait à l'allégation du gouvernement italien, selon laquelle des questions du genre de celles qui ont été déferées à la Cour en l'espèce ont déjà été discutées par les parties dans le cadre de l'affaire 52/76 (Luigi Benedetti/Munari F.lli s.a.s., arrêt du 3 février 1977, Recueil 1977, p. 163), ce qui veut dire sans doute que la Cour a déjà pris — à tout le moins tacitement — position à leur sujet dans cet arrêt préjudiciel et qu'il n'y a pas lieu pour elle de procéder à des constatations supplémentaires.

Ici non plus nous ne saurions nous rallier au point de vue du gouvernement italien. En effet, conformément aux questions posées, l'arrêt en question ne contient que des déclarations relatives aux effets d'arrêts rendus en matière préjudicielle, et cela en ce sens que les arrêts de ce genre lient le tribunal de renvoi pour l'interprétation des dispositions et actes de droit communautaire auxquels ils ont trait. Les problèmes soulevés dans la présente procédure sont manifestement plus vastes. Ils ont trait à la validité du droit communautaire considérée sous un autre aspect, celui des effets de dispositions directement applicables du droit communautaire par rapport à des dispositions nationales arrêtées "ex post", soit la question de savoir si ces dispositions nationales ne doivent plus être appliquées d'emblée ou s'il faut attendre que la Cour constitutionnelle ait tranché la question. Il n'existe pas encore de jurisprudence claire à ce sujet et, partant, nous ne devrions pas laisser passer l'occasion de fournir des précisions sur ce problème fondamental du droit communautaire.

3. Une troisième remarque préalable a trait à des faits dont nous avons seulement pris connaissance au stade de la procédure orale. Ainsi avons-nous appris que le 14 novembre 1977, a été promulguée la loi n° 889 aux termes de laquelle les redevances perçues au titre des contrôles de police sanitaire en vertu de la loi n° 1239 du 30 décembre 1970 ne doivent plus être élevées. Nous avons appris également — et cette circonstance est encore plus importante, étant donné que, de l'avis de la Cour constitutionnelle, dont il s'agit n'est applicable que pour l'avenir —, que par jugement

n° 163 du 29 décembre 1977, la Cour constitutionnelle a déclaré inconstitutionnelle la perception de redevances à l'occasion des contrôles de police sanitaire, entre autres, de marchandises visées par le règlement n° 805/68.

Le gouvernement italien estime que de ce fait, le problème soulevé par la Pretura de Susa est devenu sans objet; il est, selon lui, désormais possible au tribunal de trancher dans l'affaire soumise à son jugement sans qu'il soit nécessaire pour lui de résoudre la question de savoir s'il peut s'abstenir de son propre chef d'appliquer la loi italienne de l'année 1970 ou s'il ne peut le faire qu'après que l'inconstitutionnalité de cette loi a été constatée par la Cour constitutionnelle.

Il pourrait paraître évident en effet, en cette hypothèse, de supposer que les questions déférées à la Cour, ou à tout le moins les premières d'entre elles, ne doivent plus être résolues pour permettre au juge national de statuer dans l'affaire soumise à son appréciation. Si nous ne proposons toutefois pas qu'il soit décidé en ce sens et si nous tenons encore à approfondir, en tout état de cause, la matière qui nous a été déférée, cela tient à deux raisons.

On peut être d'avis tout d'abord que ce qui importe, c'est de savoir si un renvoi est recevable au moment de la saisine de la Cour. C'est le cas ici, sans nul doute. Pour les événements postérieurs à cette saisine, nous pouvons, par analogie avec le cas de l'appel interjeté d'une ordonnance de renvoi ou encore avec celui dans lequel il est statué définitivement dans l'instance principale, considérer que ce qui importe, c'est que le tribunal de renvoi informe officiellement la Cour qu'il n'est plus nécessaire de répondre aux questions posées. Or, tel n'est manifestement pas le cas dans la présente espèce.

D'un autre côté, les questions déférées à la Cour présentent une importance tellement fondamentale et la probabilité qu'elles se posent à nouveau dans le cadre d'une autre procédure est à ce point grande qu'il serait injustifiable de ne pas les résoudre aujourd'hui une fois pour toutes.

4. Enfin, il convient encore de dire brièvement quelques mots au sujet de l'idée de l'interprétation législative conforme au droit communautaire, introduite dans le débat par la Commission et le gouvernement italien, idée que tend à accréditer sans nul doute l'obligation générale faite aux États membres par l'article 5 du traité CEE.

Effectivement, il est possible d'écarter de cette manière, dans toute une série de cas, des incompatibilités évidentes entre le droit communautaire et le droit national en disant, par exemple, que la disposition de droit communautaire constitue la "lex specialis" et que le droit national ne vise que les cas non saisis par le droit communautaire. Dans la présente espèce, l'idée n'était pas entièrement à rejeter — ainsi que la Commission l'a souligné —

que l'on ne saurait présumer que le législateur a voulu déclarer applicable de cette manière une disposition incompatible avec le traité, étant donné que la loi de 1970 n'a modifié que le taux de la redevance dont s'agit.

Il faut évidemment constater, dans l'état actuel de nos connaissances, qu'une telle solution ne pouvait être retenue par le juge du simple fait que la Cour constitutionnelle a constaté il y a peu — ainsi qu'il a déjà été dit — l'inconstitutionnalité de la loi en question. Tel n'aurait certainement pas été le cas toutefois si, aux yeux de la Cour constitutionnelle, le problème de l'incompatibilité entre cette loi et le droit communautaire avait pu être résolu par voie d'interprétation du droit national.

II — Après ces observations préliminaires qui ont montré qu'il n'existe aucune raison impérative de ne pas examiner les questions qui nous ont été déférées, nous passerons maintenant à l'examen proprement dit de ces questions.

1. Au seuil de notre discussion juridique, nous croyons qu'il n'est pas inutile de donner une vue d'ensemble de la jurisprudence de la Cour sur la nature du droit communautaire, sur son applicabilité aux citoyens de la Communauté ainsi que sur la relation entre le droit communautaire et le droit national. Nous croyons opportun de le faire non pas seulement pour dégager l'esprit dans lequel la Cour examine les problèmes de ce genre et l'attitude fondamentale qu'elle adopte à leur égard, mais aussi parce que il est possible de déduire de sa jurisprudence des éléments concrets aux fins de la solution du problème de l'espèce.

Nous soulignerons tout d'abord une constatation de caractère fondamental qui, pour partie, a déjà été opérée très tôt, à savoir que la Communauté constitue un nouvel ordre juridique du droit des gens et que le droit communautaire est indépendant de la législation des États membres (affaire 26/62, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos/Administration des finances des Pays-Bas, arrêt du 5 février 1963, Recueil 1963, p. 23). D'une manière analogue, la Cour affirme dans l'affaire 6/64 (Flaminio Costa/ENEL, arrêt du 15 Juillet 1964, Recueil 1964, p. 1158) que le traité CEE a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres lors de son entrée en vigueur ou encore, dans l'affaire 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft mbH/Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, arrêt du 17 décembre 1970, Recueil 1970, p. 1125), que le droit créé par le traité procède d'une source juridique autonome.

Aux fins de ces constatations, il est essentiel que les États membres ont limité, fût-ce dans des domaines restreints, leurs droits souverains (affaire 26/62) ou — comme la Cour l'affirme dans l'affaire 6/64 — que des droits

souverains des États membres ont été transférés à la Communauté. Dans l'affaire 48/71 (Commission des Communautés européennes/République italienne, arrêt du 13 juillet 1972, Recueil 1972, p. 529), il est même question d'une limitation définitive des droits souverains nationaux — une idée, du reste, qui se retrouve également dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne (arrêt n.º 183) avec une référence à l'article 11 de la Constitution.

Une autre caractéristique importante de l'ordre juridique communautaire réside dans le fait que les particuliers sont également sujets de droit (affaire 26/62). Un grand nombre de dispositions de droit communautaire — il existe une jurisprudence étendue à ce sujet — produisent effet direct dans le droit interne de tous les États membres (affaire 48/71), c'est-à-dire confèrent aux particuliers des droits qu'ils peuvent invoquer devant les tribunaux nationaux (affaire 26/62) et qui doivent être sauvegardés par ces derniers (affaire 6/64).

En ce qui concerne, d'une façon générale, la position du droit communautaire par rapport au droit national, il convient d'attribuer une place importante à la constatation opérée par la Cour — par exemple dans les affaires 6/64 (Recueil 1964, p. 1160) et 167/73 (Commission des Communautés européennes/République française, arrêt du 4 avril 1974, Recueil 1974, p. 371) — que le droit communautaire prévaut sur les dispositions de droit interne des États membres. Cette constatation est précisée dans d'autres affaires en ce sens que cette primauté existe pour toute disposition de droit interne quelle que soit sa nature (affaires 48/71 et 118/75 — Lynne Watson et Alessandro Belmann, arrêt du 7 juillet 1976, Recueil 1976, p. 1198); dans ce contexte, la Cour a cité formellement les mesures législatives postérieures (affaires 6/64 et 43/71 — *Politi s.a.s./Ministère des finances de la République italienne*, arrêt du 14 décembre 1971, Recueil 1971, p. 1039) ainsi que le droit constitutionnel (affaire 11/70). De ce fait, ainsi que la Cour l'a affirmé dans l'affaire 167/73, "toute disposition contraire du droit interne est devenue inapplicable"; les dispositions de cette nature "ne font pas obstacle à l'applicabilité de l'ordre juridique communautaire" (affaire 6/64) et ne sauraient donc être invoquées contre le droit communautaire (affaires 48/71 et 118/75).

Nous rappellerons encore, dans ce contexte, ce qu'a déclaré la Cour au sujet de l'application uniforme du droit communautaire (dans l'affaire 11/70 par exemple). Sur ce point, il est dit dans l'arrêt dans l'affaire 6/64 que la force exécutive du droit communautaire ne saurait varier d'un État à l'autre à la faveur des législations internes ultérieures; dans une ordonnance rendue à propos de l'arrêt 9/65 (*Acieries San Michele/Haute Autorité de la CEEA*, arrêt de la Cour du 2 mars 1967, Recueil 1967, p. 37), la Cour a souligné que le traité ne saurait avoir d'effet juridique différent suivant les

États membres et qu'il est nécessaire que celui-ci reçoive une application intégrale et uniforme. Dans d'autres affaires, l'affaire 48/71 par exemple, la Cour a souligné, d'une façon générale, que les règles du droit communautaire s'appliquent de plein droit au même moment et avec des effets identiques sur tout le territoire de la Communauté.

Enfin, nous citerons encore quelques autres extraits de cet arrêt qui présente un intérêt tout particulier pour le cas de l'espèce. Ainsi, la Cour y affirme-t-elle (Recueil 1972, p. 534-535) que dans le cas d'une règle communautaire directement applicable, "la thèse selon laquelle il ne saurait être mis fin à sa violation que par l'adoption de mesures constitutionnellement appropriées pour abroger la disposition instituant la taxe, reviendrait à l'affirmation que l'application de la règle commune est subordonnée au droit de chaque État membre et, plus précisément, que cette application serait impossible tant qu'une loi nationale s'y opposerait". En outre, la Cour souligne dans le même arrêt que l'effet du droit communautaire implique pour les autorités nationales compétentes prohibition de plein droit d'appliquer une prescription nationale reconnue incompatible avec le traité et que les États membres ne peuvent y opposer des obstacles quels qu'ils soient.

2. Sur le fondement de cette jurisprudence, la seule réponse qu'il soit possible de donner à la première question est qu'en présence de dispositions de droit communautaire directement applicables, l'application de dispositions nationales incompatibles avec celles-ci doit être immédiatement suspendue, sans qu'il soit nécessaire d'attendre qu'elles soient abrogées par le législateur ou sans que leur inconstitutionnalité doive être constatée par la Cour constitutionnelle.

L'effet qu'en droit italien, la déclaration d'inconstitutionnalité peut avoir dans le temps ne saurait jouer un rôle déterminant à cet égard. Nous avons entendu à ce sujet en cours de procédure que si d'après l'article 136 de la Constitution italienne et en vertu d'une loi de l'année 1953, la déclaration d'inconstitutionnalité a pour conséquence de retirer toute validité à la disposition dont s'agit à compter du jour du prononcé de l'arrêt, cela doit, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation italienne, être entendu en ce sens que la disposition dont s'agit ne fait plus partie de l'ordre juridique à partir de ce jour et que, partant, elle ne saurait plus être appliquée à des situations passées. Il faudrait donc admettre l'idée d'une rétroactivité de la déclaration d'inconstitutionnalité, du moins dans la mesure où il ne s'agit pas de situations définitivement réglées ou de relations juridiques épuisées et interviennent ici des circonstances telles que la force de la chose jugée, la prescription, l'expiration des délais...

Il nous semble plutôt, quant à nous, qu'il faut accorder valeur déterminante aux considérations suivantes.

Il y a tout d'abord des situations dans lesquelles la rétroactivité telle qu'elle a été définie ci-dessus n'entraîne pas de conséquences équivalentes à l'application directe du droit communautaire. Même la constatation rétroactive de l'inconstitutionnalité de dispositions nationales n'entraîne donc pas toujours un rétablissement plein et entier des droits pouvant se déduire de l'ordre juridique communautaire et la défenderesse au principal a fourni des exemples à cet égard.

Ensuite, il importe également de noter qu'en raison de la nécessité de saisir le tribunal constitutionnel, le droit italien impose d'engager une procédure lourde, coûteuse et durant souvent trois à quatre années, ce qui peut décourager plus d'un justiciable et le dissuader d'écarter les obstacles qui s'opposent à l'application du droit communautaire.

En outre, il ne faut pas perdre de vue que pendant la durée de cette procédure, le droit national continue d'être appliqué, notamment aussi par les autorités administratives, et que, partant, la validité du droit communautaire se trouve suspendue. Nous ne voyons pas comment une telle situation serait conciliable avec le principe de l'effet direct du droit communautaire.

De surcroît, il ne faut pas perdre de vue que la procédure prescrite par le droit constitutionnel italien — procédure selon laquelle l'application du droit communautaire est subordonnée, en vertu du droit constitutionnel national, à un acte de l'autorité judiciaire chargée du contrôle de constitutionnalité, méconnaît le principe de la primauté du droit communautaire. Or, ce principe ne doit pas son existence au droit constitutionnel national, même si une telle base constitutionnelle était nécessaire pour la fondation de la Communauté; il résulte au contraire du droit communautaire autonome, et notamment des structures et des fonctions de celui-ci.

Enfin, nous rappellerons qu'en ne permettant pas la mise en œuvre directe du droit communautaire telle qu'elle est possible dans d'autres États membres et même dans ceux qui possèdent également un tribunal constitutionnel, la procédure italienne exclut l'application *simultanée* du droit communautaire. Ainsi le principe de l'unité de l'ordre juridique communautaire se trouve-t-il mis en péril, principe dont l'importance a été soulignée non pas seulement dans la jurisprudence que nous avons citée précédemment, mais également dans une série de procédures dans lesquelles il s'agissait de la constatation de violations du traité du chef du non-respect de délais fixés par des directives.

3. Notre analyse n'est cependant pas encore terminée pour autant. Pour examiner exhaustivement la matière faisant l'objet de la procédure qui nous occupe en l'espèce, il est nécessaire d'approfondir, en effet, encore quelques arguments présentés dans le cours de procédure et qui plaideraient en faveur d'une autre appréciation.

a) Ainsi a-t-on invoqué les arrêts dans les affaires 34/67 (Firma Gebrüder Lück/Hauptzollamt Köln-Rheinau, arrêt du 4 avril 1968, Recueil 1968, p. 359) et 51 à 54/71 (International Fruit Company NV et autres/ Produktschap voor groenten en fruit, arrêt du 15 décembre 1971, Recueil 1971, P. 1107) à l'appui de la thèse selon laquelle les conséquences juridiques de situations dans lesquelles le droit national est incompatible avec le droit communautaire doivent se régler, selon le droit national et, en particulier, selon le droit constitutionnel.

Il apparaît cependant très vite, selon nous, qu'il est impossible de déduire quoi que ce soit de concluant de ces arrêts.

C'est certainement le cas pour l'arrêt 51-54/71 (Recueil 1971, p. 1116). Cette affaire portait, en effet, sur la seule question de savoir si les États membres que peuvent transférer certains pouvoirs déterminés qu'ils tiennent du traité à certains de leurs organes que par voie de dispositions expresses. La Cour a dit à ce sujet — et uniquement à ce sujet — que les États membres ont à déterminer les organes compétents dans l'ordre juridique interne pour prendre des mesures au titre de l'article 5 du traité et que les modalités suivant lesquelles l'État peut transférer à certains de ses organes le soin d'exercer les pouvoirs ou de remplir les obligations découlant pour lui des dispositions du traité ou des règlements sont définies exclusivement par le système constitutionnel de chaque État membre.

Il en est de même aussi de l'arrêt dans l'affaire 34/67 (Recueil 1968, p. 359). Selon cette décision, l'effet attribué à l'article 95 du traité exclut l'application de toute mesure incompatible avec cette disposition. En liaison avec cela, la question se posait de savoir quelles sont les conséquences découlant de la primauté du droit communautaire pour le droit national incompatible avec celui-ci et notamment, si le juge doit considérer que les dispositions nationales sont non applicables, dans la mesure où elles sont incompatibles avec le droit communautaire ou s'il doit en constater la nullité avec effet à compter de la date indiquée à l'article 95, alinéa 3. La Cour a dit à ce sujet qu'il appartient aux tribunaux nationaux compétents de choisir, parmi les diverses voies ouvertes par l'ordre juridique national, celle qui paraît convenir à la protection des droits individuels garantis par le droit communautaire. Elle a ajouté qu'il appartient notamment au juge national de décider, selon son propre droit interne, si une imposition qui n'est incompatible avec l'article 95, alinéa 1, qu'au-delà d'un certain montant, est illégale dans son ensemble ou ne l'est que dans la mesure où elle dépasse ce montant.

Cela ne permet certainement pas de justifier la thèse selon laquelle, en cas de conflit entre le droit national et le droit communautaire, le législateur

national conserve le pouvoir d'attribuer compétence exclusive au tribunal constitutionnel pour résoudre le problème ainsi posé.

- b) On a souligné, en outre, que le problème de l'incompatibilité du droit national avec le droit communautaire ne peut pas toujours être tranché clairement, fût-ce même dans tous les cas dans lesquels de droit communautaire a été préalablement interprété dans le cadre d'une procédure préjudicielle. Référence a été faite à ce sujet aux arrêts dans les affaires 60/75 (Carmine Russo/Azienda di Stato per gli interventi sul mercato agricolo, arrêt du 22 janvier 1976, Recueil 1976, p. 45) et 52/76, dans lesquelles il fallait examiner si certaines conséquences du droit national n'étaient pas acceptables pour le droit communautaire, ainsi qu'à l'arrêt dans l'affaire 118/75, dans laquelle intervenaient des concepts aussi vagues que celui de "limites adéquates d'un délai" ou de respect du principe de proportionnalité dans l'application de sanctions nationales. Si le soin d'apprécier la compatibilité du droit national avec le droit communautaire était laissé dans pareil cas à n'importe quel juge, l'on parviendrait à des appréciations nettement disparates. Or, un tel résultat serait incompatible avec le principe de la sécurité juridique et le droit italien, en concentrant le pouvoir de procéder à des appréciations de cette nature entre les mains du tribunal constitutionnel, exclut de telles conséquences.

A ce sujet, il convient de noter tout d'abord, selon nous, que les imprécisions dont il s'agit ne se présentent certainement pas dans des cas où il a été statué dans le cadre de la procédure de l'article 169 du traité de la CEE. Or, même dans pareil cas, le droit italien interdit aux tribunaux d'écarter purement et simplement le droit national contraire au traité.

En outre, il convient de dire à propos de la jurisprudence dont il est ainsi fait état que les deux arrêts cités en premier lieu ne sauraient guère être invoqués comme exemples du fait que l'examen de la compatibilité du droit national avec le droit communautaire peut soulever des problèmes. On peut, en effet, déduire clairement de l'arrêt dans l'affaire 60/75 ce qui devait être considéré comme illicite, à savoir influencer les conditions du marché de manière à faire baisser les prix au-dessous du niveau des prix d'orientation, c'est-à-dire la vente de céréales par les organismes d'intervention de l'État à des prix inférieurs au niveau des prix d'orientation. Si, d'un autre côté, la Cour a omis de fournir une dernière précision dans l'arrêt 52/76 et n'a parlé qu'en termes généraux de la nécessité de ne pas mettre en péril les objectifs et le fonctionnement de l'organisation commune de marché, cela tient principalement au fait que le tribunal de renvoi ne lui avait

pas fourni suffisamment d'éléments ni indiqué suffisamment de faits, ainsi qu'elle l'a souligné à plusieurs reprises dans son arrêt.

Dans la mesure, toutefois, où des décisions préjudicielles permettent effectivement des appréciations divergentes en ce qui concerne le problème de la compatibilité du droit national avec le droit communautaire — il est certain que la Commission a raison de soutenir qu'en règle générale, le juge national ne conserve qu'une étroite marge d'appréciation —, il importe de considérer, selon nous, tout d'abord qu'il n'est pas toujours possible d'établir avec clarté dans quel cas cela peut se faire, qu'il est donc difficile d'établir une catégorie particulière de cas de ce genre pour lesquels l'on pourrait à la rigueur admettre que le tribunal constitutionnel possède une compétence exclusive. Il ne faut notamment pas perdre de vue non plus que l'intervention du tribunal constitutionnel national ne permettrait pas d'aboutir à un résultat décisif dans nombre de cas de ce genre. Celui-ci ne peut pas apporter, en effet, le complément de clarté nécessaire au sujet du critère de "droit communautaire". La compétence en la matière reviendrait plutôt ici à la Cour de justice européenne, par exemple dans le cadre d'une nouvelle saisine.

Pour tous ces motifs, nous croyons qu'il n'est guère aisé d'opposer au principe de l'applicabilité directe du droit communautaire par les tribunaux nationaux la circonstance qu'il est nécessaire occasionnellement, à cet effet, de compléter les précisions qui ont été données au sujet de problèmes de droit communautaire et de préciser le contenu de ce droit.

- c) Enfin, en répondant aux questions déférées par le tribunal de renvoi en l'espèce, il convient également de tenir compte du fait que la procédure appliquée en Italie — intervention obligatoire de la Cour constitutionnelle — a également des effets favorables pour le droit communautaire. On a souligné à cet égard que dans cette hypothèse, en effet, l'inapplicabilité du droit national n'est pas seulement constatée dans les attendus d'un jugement pouvant être réformé par une juridiction supérieure et dont la portée est limitée aux parties au procès; la décision du tribunal constitutionnelle est définitive, elle a effet "erga omnes" et elle reviendrait pratiquement à l'abrogation du droit national contraire au droit communautaire. Cette procédure permettrait le cas échéant aux justiciables de gagner du temps, à savoir lorsque le tribunal constitutionnel est saisi immédiatement au niveau de la première instance, et elle exclurait, également tout risque qu'un cas d'espèce soit apprécié différemment par diverses juridictions. C'est notamment pour cette raison qu'il conviendrait de parler d'un renforcement de l'effet du droit communautaire, étant donné que son application uniforme se trouve ainsi assurée en toute hypothèse.

Au sujet de ces observations — qui ne manquent assurément pas de faire impression — nous dirons tout d'abord qu'il ne s'agit nullement, du point de vue du droit communautaire, d'éliminer purement et simplement du droit italien la procédure visant à obtenir la constatation de l'inconstitutionnalité d'une loi nationale. La seule chose qui importe aux fins du droit communautaire, c'est que son application — là où l'application directe est voulue par le législateur communautaire — ne rencontre aucun obstacle de droit national. Et il faut considérer que constitue indubitablement un obstacle de ce genre — ainsi que nous l'avons montré — le fait que le tribunal constitutionnel aurait *seul* le pouvoir d'écarter l'application du droit national contraire au droit communautaire.

Nous soulignerons en outre — et cela parce qu'il est clairement question dans la jurisprudence des droits de *particuliers* —, que ce qui revêt ici, à nos yeux, une importance capitale, c'est de savoir si l'application du droit communautaire peut se faire sans difficulté "in concreto". Il est manifeste que tel n'est pas le cas dans le cadre du système italien, étant donné qu'en vertu de celui-ci, le droit communautaire n'est pas appliqué pendant tout un temps, avec toutes les conséquences défavorables qui en découlent pour les conditions de concurrence des entreprises et des personnes opérant en Italie ou pour les personnes et entreprises d'autres États membres dont l'accès au marché italien se trouve rendu plus difficile. On ne saurait admettre cela du point de vue du droit communautaire, lequel doit être appliqué partout de manière uniforme. En effet, il n'existe pas ici de compensation quelconque des inconvénients de cette nature et d'autres inconvénients qui peuvent encore découler de cette situation — comme par exemple la nécessité de procéder à divers niveaux d'instance — par les avantages que les décisions du tribunal constitutionnel peuvent avoir pour la mise en œuvre du droit communautaire en général du fait qu'une fois que ce tribunal a tranché, il est établi impérativement que certaines dispositions nationales déterminées ne sauraient plus être appliquées en aucun cas.

d) En résumé, nous dirons qu'aucun des arguments invoqués en faveur de l'intervention obligatoire de la Cour constitutionnelle ne saurait avoir d'importance décisive et que la réponse à la première question doit rester celle qu'impose, ainsi que nous l'avons montré précédemment, la jurisprudence de la Cour.

4. Il n'est dès lors plus nécessaire, en fait, d'analyser de problème que soulève la deuxième question de l'ordonnance de renvoi. Tout au plus est-il possible de dire encore brièvement à ce sujet ce qui suit.

Ce que nous avons dit précédemment montre sans doute clairement que la deuxième question ne peut recevoir qu'une seule réponse qui est la sui-

vants. Si le juge italien devait effectivement attendre la décision de la Cour constitutionnelle lorsqu'il veut s'abstenir d'appliquer du droit national contraire au droit communautaire, on ne saurait perdre de vue que le jugement de cette Cour produit effet rétroactif à la date d'entrée en vigueur de la disposition de droit communautaire dont il s'agit.

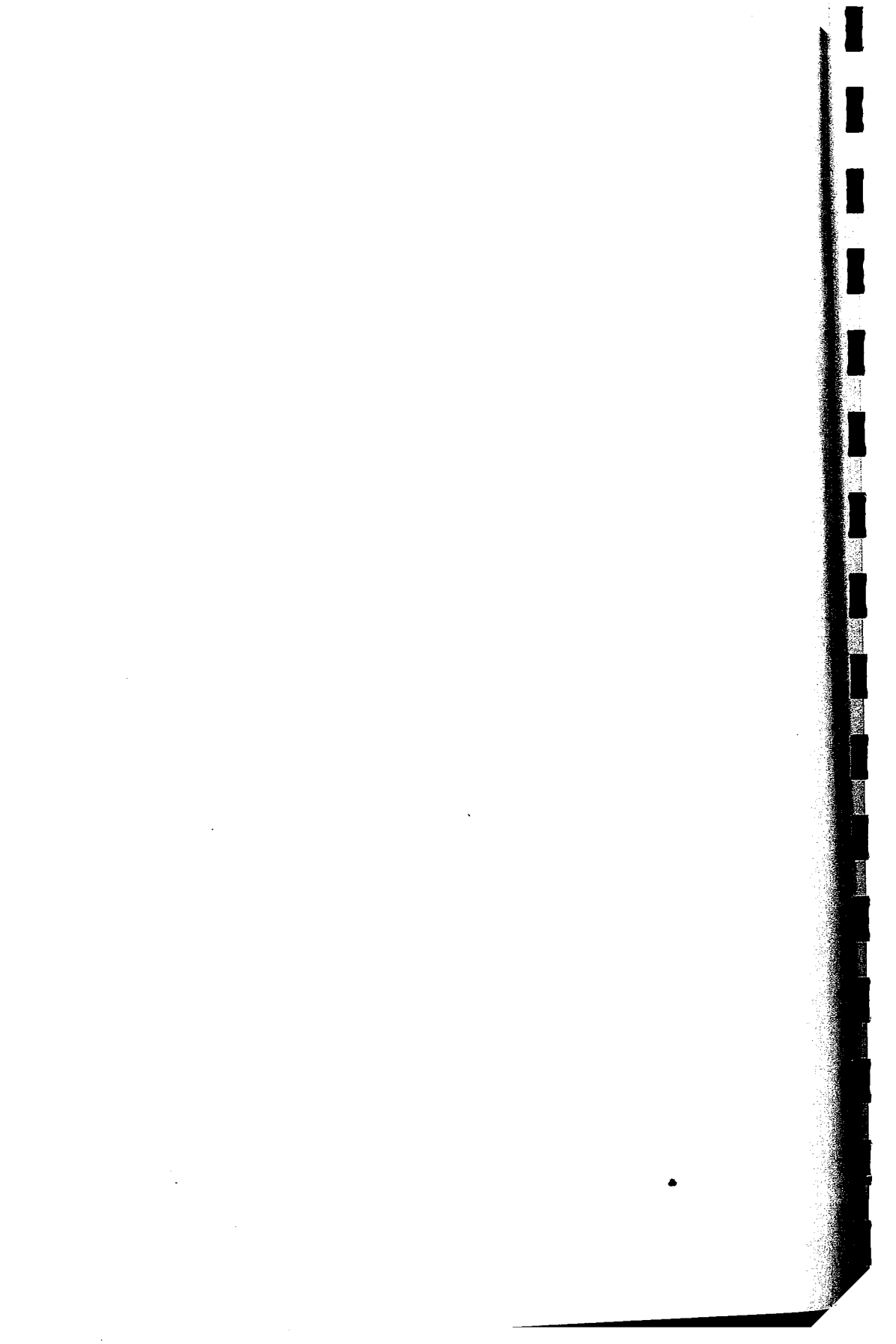
Il s'agit là d'une condition fondamentale pour permettre au droit communautaire de s'appliquer encore aussi loin que possible "ex post" et pour fournir une compensation nécessaire de sa non-application provisoire.

On pourrait encore ajouter à cela à la rigueur que le principe de la sécurité juridique doit naturellement être respecté. Nous songeons à cet égard à des problèmes tenant à la prescription, à l'autorité de la chose jugée ou à l'expiration des délais. Tout a été dit à ce sujet dans les affaires 33/76 (*Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG/Landwirtschaftskammer für das Saarland*, arrêt du 16 décembre 1976, Recueil 1976, p. 1989) et 45/76 (*Comet BV/Produktschap voor Siergewassen*, arrêt du 16 décembre 1976, Recueil 1976, p. 2043), ce pourquoi nous pouvons nous limiter ici à cette simple indication.

III — Nous estimons, par conséquent, qu'il conviendrait de répondre aux questions posées par la Pretura de Susa dans les termes suivants:

Les dispositions du droit communautaire produisant effet direct, c'est-à-dire qui sont directement applicables au sens de la jurisprudence constante de la Cour en la matière, ne peuvent pas être affectées dans leurs effets par des dispositions nationales incompatibles avec elles, peu importe que ces dispositions nationales aient été arrêtées antérieurement ou postérieurement aux dispositions communautaires. Le fait qu'un tribunal constitutionnel peut constater l'inconstitutionnalité de dispositions nationales de cette nature ne saurait empêcher le juge national de faire application des dispositions du droit communautaire directement applicables, et cela lors même que l'inconstitutionnalité des dispositions nationales incompatibles avec ces dispositions communautaires n'aurait pas encore été constaté.

La protection de droits subjectifs de justiciables qui sont garantis par des dispositions de droit communautaire directement applicables, doit être assurée avec effet à la date de l'entrée en vigueur du droit communautaire. Par conséquent, le juge national saisi doit assurer le respect du droit communautaire dès l'entrée en vigueur de celui-ci.



RELATIONS ENTRE LE DROIT COMMUNAUTAIRE ET LE DROIT DES ETATS MEMBRES

MARC SOHIER

Conseiller juridique de la Commission
des Communautés européennes

Janvier 1980

I

Les Communautés européennes ont été instituées par des *traités internationaux*. Pour la première fois, le vieux rêve d'une Europe unie, caressé par tous les conquérants européens du passé, a pris la forme d'une entreprise pacifique commune. Les Communautés européennes du 20^e siècle ne sont pas imposées par les armes, mais sont le fruit de la libre concordance des volontés d'hommes libres, conscients des prodigieuses mutations issues de la dernière guerre mondiale et ambitionnant le rassemblement des efforts et une rénovation des structures. Leur création est fondée sur des actes juridiques que le droit international public consacre.

Mais si ces traités qui sont à la base du droit européen et qui en constituent le fondement et la source principale sont sans doute, quant à leur forme, des actes conventionnels entre États, ils présentent, sur le plan matériel et dans leur contenu substantiel, des caractéristiques qui les différencient fondamentalement des autres traités internationaux de type classique (même de ceux qui créent des unions douanières ou économiques), qui se font et se défont au fil de l'histoire. La construction communautaire n'est, ni dans ses objectifs, ni dans ses méthodes, une simple construction de type classique. Les Communautés européennes ne sont pas des organisations de coopération inter-gouvernementales (du type OCDE, Conseil de l'Europe, OIT ou autre); elles se distinguent profondément de telles organisations, non seulement par les objectifs qu'elles poursuivent dans l'immédiat, mais surtout par la finalité politique qui se trouve à l'origine de ces objectifs et qui les inspire.

Les objectifs immédiats poursuivis par les Communautés sont connus. Ils visent à instaurer une véritable union économique et sociale entre les États membres (comportant non seulement la libre circulation des personnes, des marchandises et des capitaux par la suppression des cloisonnements nationaux, mais aussi et surtout l'instauration de politiques communes, se traduisant par des règles applicables uniformément dans l'ensemble de tous les États membres, pour les principaux secteurs économiques: agriculture, transports, commerce extérieur, règles de concurrence, fiscalité, politique régionale, politique d'aide aux pays en voie de développement, politique sociale, etc.), destinée à assurer l'égalité des chances pour chacun, le progrès économique et social pour tous et l'amélioration constante des conditions de vie et de travail.

Mais à l'origine de ces objectifs immédiats, il y a une finalité politique qui les inspire et qui réside dans la volonté d'établir les fondements et de créer ainsi les conditions d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens, fondée sur des sentiments de solidarité et sur la perspective d'un destin commun. Il s'agit d'une étape d'un processus de fédération progressive des États européens, d'un processus *d'intégration*, qui a justifié le recours à des mécanismes institutionnels nouveaux et audacieux, totalement étrangers aux conceptions traditionnelles régissant jusqu'alors les relations entre États souverains.

II

Deux caractéristiques essentielles marquent la construction communautaire: d'une part sa structure juridique propre et le nouvel ordre juridique qu'elle instaure, d'autre part l'applicabilité directe du droit communautaire.

A — Création d'un ordre juridique communautaire

La première caractéristique qui distingue fondamentalement la construction communautaire d'une simple construction internationale de type classique, c'est qu'il y a dans les Communautés toute une structure juridique qui n'apparaît pas dans les traités ordinaires.

Les traités eux-mêmes — dont la triple existence n'est due qu'à des circonstances historiques et techniques, mais qui procèdent tous les trois de la même inspiration, de la même perspective politique et de la même conception institutionnelle, et poursuivent des objectifs complémentaires — constituent en quelque sorte des *traités-cadres*, comparables aux "lois fondamentales" ou aux "constitutions nationales" des États⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Cf. arrêt CJCE du 10 mai 1960 — aff. 27-28-29/58 (Rec. 1960, p. 501). •

D'une part ils fixent un programme et des principes directeurs; ils définissent les objectifs à atteindre pour réaliser progressivement l'union économique projetée, ils fixent les lignes de conduite à suivre, les prescriptions fondamentales à observer. D'autre part, ayant ainsi défini ces objectifs et fixé les principes à mettre en œuvre pour y parvenir, ils ont *créé des institutions propres*, communautaires, totalement indépendantes des autorités publiques des États membres, qu'ils ont dotées du pouvoir d'assurer la réalisation effective de ces objectifs en décidant du choix des règles communes à mettre en œuvre et en veillant à l'application de ces règles⁽²⁾.

Ces institutions communautaires, auxquelles ont été transférées des compétences qui étaient traditionnellement réservées aux seules Autorités nationales, se trouvent donc investies du pouvoir effectif d'arrêter des règles de droit, dans la ligne des principes énoncés et suivant la procédure déterminée, en vue d'appliquer, de mettre en œuvre, d'exploiter ces principes fondamentaux, pour les concrétiser, pour les développer et les adapter selon les circonstances, et pour veiller à leur exécution.

C'est dans la création de ce droit communautaire que réside la caractéristique fondamentale des traités européens. Les Institutions des Communautés sont investies de l'exercice de pouvoirs législatifs, exécutifs et judiciaires dans des domaines nombreux et essentiels pour la vie économique et sociale. Elles peuvent imposer des mesures, générales ou individuelles, qui ont force juridique obligatoire dans les États membres, dans des matières qui relevaient normalement du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif national. Il y a donc un véritable transfert de compétences nationales en faveur d'institutions communautaires. Les Communautés engendrent un *ordre juridique communautaire*, c'est-à-dire un nouvel ordre juridique commun à tous les États membres et indépendant de leur ordre juridique national respectif.

B — Applicabilité directe du droit communautaire

La seconde caractéristique de la construction juridique communautaire réside dans l'applicabilité directe des règles du droit communautaire⁽³⁾.

Sans doute la notion même d'applicabilité directe n'est-elle pas spécifique aux traités communautaires. Si les traités internationaux de type classique se bornent le plus souvent à obliger les États contractants comme tels, ils peuvent cependant connaître occasionnellement des dispositions que l'on appelle, suivant la terminologie anglo-saxonne, des dispositions "self-executing", c'est-à-dire des dispositions qui ont des effets directs dans

⁽²⁾ Cf. arrêt CJCE du 31 mars 1971 — aff. 22/70 (Rec. 1971, p. 263).

⁽³⁾ Cf. arrêt CJCE du 5 février 1963 — aff. 26/62 (Rec. 1963, p. 3).

le droit interne de ces États et que les particuliers peuvent invoquer devant leurs tribunaux nationaux. La Cour permanente de Justice internationale de La Haye, depuis la célèbre affaire de Dantzig, a admis qu'il pouvait y avoir dans un accord international et à condition que les termes en expriment la volonté manifeste et précise des États contractants, des dispositions créant des droits et des obligations pour les particuliers et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux. Mais dans le droit international public classique, cet effet d'applicabilité directe est tout à fait exceptionnel, tandis que la notion d'applicabilité directe est étendue d'une façon beaucoup plus large dans le droit communautaire. Les traités européens contiennent de telles dispositions "self-executing" dans une mesure beaucoup plus étendue que dans les traités classiques. Mais leur originalité profonde, la véritable innovation de la construction communautaire, réside dans le fait que cet effet directement applicable dans l'ordre interne des États contractants est attribué non plus seulement aux dispositions "self-executing" des traités eux-mêmes, mais aussi et surtout aux *prescriptions de certains actes* pris par les institutions communautaires sans qu'aucune autorité nationale ne doive intervenir pour les rendre applicables dans l'ordre interne.

En règle générale, lorsque les organisations internationales classiques peuvent, dans un champ d'application limité d'ailleurs, prendre des décisions obligatoires, celles-ci lient les seuls États contractants et n'ont jamais d'effet direct en droit interne tant qu'elles n'ont pas été transposées par des règles de droit national. Lorsque par exemple la Conférence internationale du Travail (qui est l'organe suprême de l'Organisation internationale du Travail) arrête des normes internationales destinées à améliorer les conditions de vie et de travail dans les États qui en sont membres, ses décisions n'obligent que les États membres de cette organisation et ne confèrent aucun droit aux travailleurs de ces États, tant que les Autorités nationales n'ont pas pris les mesures nationales requises pour les transposer dans leur droit interne respectif.

Au contraire, les "règlements" de la CEE et de l'EURATOM, et les "décisions générales" de la CECA, qui sont les actes de portée normative générale pris par les institutions communautaires — Conseil ou Commission sont, par le seul fait de leur publication au journal officiel des Communautés européennes, *directement applicables dans tous les États membres*, comme s'ils étaient des règles normatives de droit interne, et sans aucune intervention des pouvoirs publics nationaux. Les dispositions de ces actes s'imposent comme telles, elles déploient une force contraignante par le seul fait de leur adoption par les Institutions de la Communauté, sans que les Autorités nationales (Parlement ou gouvernement) n'aient à intervenir pour les transposer ou les rendre applicables dans l'ordre juridique national; et chaque personne privée dans chacun des États membres peut s'en prévaloir

et l'invoquer, au même titre qu'une loi nationale, devant les tribunaux qui sont tenus de les appliquer dans l'ordre interne⁽⁴⁾. Il en va de même des décisions individuelles arrêtées par la Commission et dont la force exécutoire directe à l'égard des particuliers destinataires ne nécessite aucune intervention des autorités nationales⁽⁵⁾.

Et parallèlement à la solution adoptée pour certains actes normatifs ou individuels du Conseil et de la Commission, une force exécutoire immédiate est directement reconnue aux arrêts de la Cour de Justice⁽⁶⁾ dans tous les États membres, sans aucune intervention préalable des tribunaux nationaux, de même qu'aux décisions du Conseil ou de la Commission⁽⁷⁾ comportant une obligation pécuniaire (par exemple une décision condamnant des entreprises à une amende pour entente illicite). Ces arrêts et décisions forment par eux-mêmes titres exécutoires; ils sont susceptibles d'exécution forcée, sans aucune exequatur préalable, après simple vérification d'authenticité entraînant l'apposition automatique de la formule exécutoire nationale.

On peut ainsi dire, un peu sommairement, que la règle de l'applicabilité directe en Droit international public se trouve ici renversée et que dans la Communauté, par la voie non seulement d'un grand nombre de dispositions des traités, mais également par la voie des règlements et des décisions individuelles, les cas où le droit communautaire s'applique directement constituent la règle générale⁽⁸⁾.

III

L'attribution aux Communautés européennes d'un tel pouvoir juridique direct sur les États membres et sur les particuliers appelle naturellement des *garanties institutionnelles* pour l'exercice de ce pouvoir et pour son contrôle. Ces garanties sont assurées par les traités dans le cadre d'une structure où les compétences et le fonctionnement de chacune des institutions communautaires sont définis avec précision.

Les institutions des Communautés — qui sont communes aux trois Communautés depuis 1965 — ne peuvent agir que dans les limites des compétences qui leur sont respectivement attribués et suivant les procédures au les formes qui sont prescrites par les traités⁽⁹⁾.

(4) Cf. arrêt CJCE du 6 octobre 1970 — aff. 9/70 (Rec. 1970, p. 825).

(5) Il convient de noter que la Cour de Justice a reconnu que certaines dispositions de directives ou de décisions de caractère générale peuvent également produire des effets directs dans l'ordre interne (cf. arrêt du 17 décembre 1970 — aff. 33/70, Rec. 1970, p. 1213).

(6) Articles 187 du traité CEE, 159 du traité CEEA et 44 du traité CECA.

(7) Articles 192 du traité CEE, 164 du traité CEEA et 92 du traité CECA.

(8) Cf. également arrêt CJCE du 19 décembre 1968 — aff. 13/68 (Rec. 1968, p. 661).

(9) Article 4 CEE, 3 CEEA, 3 CECA.

Exercice de cette *compétence d'attribution* se réalise sous diverses formes, qui correspondent respectivement à l'objet poursuivi. Ces divers types d'actes, dont la nature et la portée diffèrent, revêtent un trait commun: c'est *leur caractère obligatoire* (à l'égard des États ou des particuliers qu'ils concernent, ou à l'égard de l'ensemble de la Communauté), qu'ils tirent en vertu du Traité du seul fait de leur adoption par l'Institution commune (Conseil ou Commission), sans qu'aucune intervention des autorités nationales soit nécessaire ni même possible pour leur conférer leur autorité.

Bien qu'il ne soit pas possible d'exposer ici la portée respective de chacune des formes d'actes que les Communautés peuvent arrêter, il en est une qui mérite d'être évoquée, car elle constitue la base et la forme la plus accomplie et la plus originale du droit communautaire: ce sont les "*règlements*" de la CEE et de l'EURATOM (auxquels correspondent les "*décisions générales*" de la CECA). Il s'agit d'actes normatifs de portée générale, obligatoires dans tous leurs éléments et directement applicables comme tels de manière uniforme dans l'ensemble des États membres de la Communauté.⁽¹⁰⁾ Ils visent à édifier un véritable système juridique commun à l'ensemble des États membres, conçu et applicable non plus dans le cadre national particulier de chaque État mais dans la Communauté toute entière. Ils introduisent, à côté des neuf législations nationales plus ou moins parallèles, des *règles communes à tous les États membres*, assimilables quant à leur portée aux dispositions directement applicables des Traités eux-mêmes, et qui se superposent à ces diverses Législations nationales. Ces règles communes confèrent et imposent directement dans l'ensemble de la Communauté des droits et obligations à tous les particuliers concernés, qui peuvent s'en prévaloir devant les juridictions nationales; elles tirent leur autorité et leur force obligatoire du traité lui-même⁽¹¹⁾, sans qu'aucune intervention des autorités nationales soit nécessaire ni même possible pour les confirmer ni pour les intégrer et les rendre applicables dans chacun des États membres. De telles règles sont arrêtées, notamment pour mettre en œuvre les politiques communes.

Le *respect du droit* dans l'application et l'interprétation des traités — qu'il importe de garantir dans un régime fondé sur le droit et sur lequel repose toute l'édification de l'œuvre commune — est assuré par le contrôle juridictionnel exercé par la Cour de Justice des Communautés⁽¹²⁾, qui fait de cette institution l'un des pivots de toute la construction communautaire. Des multiples compétences qui lui sont attribuées, et qui lui donnent tour à tour le rôle d'une "Cour fédérale", d'une "juridiction international", d'un

(10) Cf. arrêt CJCE du 14 décembre 1962 — aff. jointes 19-22/62 (Rec. 1962, p. 943).

(11) Articles 189 CEE, 161 CEEA, 14 CECA.

(12) Articles 164 CEE, 136 CEEA, 31 CECA.

“tribunal administratif”, d’un “juge civil”, il en est trois principales dont l’originalité mérite d’être soulignée:

D’une part, la Cour *contrôle la légalité* des actes du Conseil et de la Commission⁽¹³⁾. Sur recours d’un Etat membre, du Conseil ou de la Commission (ainsi que des particuliers, lorsqu’il s’agit d’actes qui les concernent directement et individuellement), la Cour se prononce sur la conformité de ces actes avec les règles découlant du Traité. Si elle constate un excès ou un détournement de pouvoir, ou une violation des formes substantielles ou des règles de compétence, ou une violation du Traité ou de toute règle de droit relative à son application, elle annule l’acte incriminé. Elle agit à cet égard comme un Conseil d’Etat à l’égard des actes réglementaires ou administratifs nationaux.

Parallèlement, les États membres et les institutions de la Communauté peuvent saisir la Cour dans le cas où, en violation du Traité, le Conseil ou la Commission s’abstient de prendre les décisions qui lui incombent⁽¹⁴⁾. Ce recours en carence est pareillement ouvert aux particuliers lorsque l’abstention porte sur un acte qui les concerne.

L’Institutions dont émane l’acte annulé ou dont l’abstention a été déclarée illégale est tenue de prendre les mesures que comporte l’exécution de l’arrêt de la Cour⁽¹⁵⁾.

D’autre part, la Cour de Justice est *juge des manquements par les États membres* aux obligations qui leur incombent en vertu du droit communautaire, sur recours d’un Etat membre (ce qui ne s’est encore produit qu’une fois jusqu’à présent!) ou de La Commission (dont l’une des compétences essentielles est d’assurer ce rôle de “gardien du traité”).

Si la Cour constate un tel manquement, l’Etat membre incriminé est tenu de prendre immédiatement les mesures nécessaires pour mettre fin à l’infraction constatée.

Enfin, la Cour de Justice est *juge souverain de l’interprétation du droit communautaire* (cf. infra).

Cet ordre juridique communautaire implique par ailleurs certaines *exigences fondamentales* qui affectent profondément l’ordre juridique interne des États membres.

1 — L’institution d’un système juridique communautaire, suivant lequel droit communautaire se superpose au droit national qu’il remplace pour définir les règles applicables dans un nombre croissant de domaines, implique que soit assurée la *primauté de ce droit communautaire*, c’est-à-

(13) Articles 173 CEE, 146 CEEA, 33 CECA.

(14) Articles 175 CEE, 148 CEEA, 35 CECA.

(15) Articles 176 CEE, 149 CEEA, 34 CECA.

problème du conflit entre le droit communautaire et le droit national en se référant aux règles constitutionnelles, légales, coutumières ou jurisprudentielles qui définissent dans chaque pays la place du droit international public ordinaire dans leur ordre juridique interne respectif.

Or, ces règles nationales n'apportent, aux problèmes particuliers que pose l'application du droit communautaire dans l'ordre interne, qu'une *solution disparate* (car elles sont différentes d'un pays à l'autre), *incomplète* (car elles n'apportent en tous cas aucune solution au conflit qui peut se présenter entre le droit interne et le droit communautaire dérivé), et *précaire* (car il suffirait qu'un Etat modifie ses règles nationales à ce propos pour que l'ordre juridique communautaire en soit affecté). Les règles nationales traditionnelles qui régissent les rapports entre le droit interne et le droit international public classique sont donc incapables d'apporter une solution satisfaisante aux conflits éventuels entre le droit interne et le droit communautaire.

Par conséquent, c'est l'approche même du problème qui a dû être modifiée. Comme la Cour de Justice l'a affirmé dans un premier arrêt du 15 juillet 1964⁽¹⁶⁾ et répété dans d'autres arrêts ultérieurs⁽¹⁷⁾ — et cette juridiction est la seule compétente pour interpréter d'une manière définitive la portée des traités européens — la solution à apporter aux rapports entre le droit communautaire et les droits nationaux trouve sa source dans les traités eux-mêmes, et non pas dans les règles du droit national des États membres. La primauté absolue du droit communautaire résulte des caractéristiques de la construction communautaire elle-même; *elle se déduit nécessairement de la logique propre de l'ordre juridique communautaire*, marqué par les exigences de cette construction: l'unité, l'uniformité, l'efficacité. Cette primauté découle donc, avec une évidente nécessité, des objectifs et des méthodes qui ont été assignés aux Communautés par les États contractants⁽¹⁸⁾.

Il faut admettre qu'en concluant régulièrement les traités instituant les Communautés européennes où en y adhérant, chacun des États membres les a formellement introduits dans son droit interne, et que cette introduction s'est nécessairement accompagnée de toutes les conséquences qui découlent de ces traités et notamment de la primauté du droit communautaire qu'ils comportent implicitement.

Il est intéressant de relever que ce principe fondamental, qui est actuellement reconnu en général par les juridictions suprêmes de tous les États

⁽¹⁶⁾ Aff. 6/64 (Rec. 1964, p. 1141).

⁽¹⁷⁾ Cf. notamment Arrêt du 22 juin 1965, aff. 9/65 (Rec. 1967, p. 35); arrêt du 14 décembre 1971 — aff. 43/71 (Rec. 1971, p. 1030); arrêt du 7 mars 1972 — aff. 84/71 (Rec. 1972, p. 89); arrêt du 9 mars 1978 — aff. 106/77 (Rec. 1978, p. 629).

⁽¹⁸⁾ Cf. arrêt CJCE du 5 février 1963 — aff. 26/62 (Rec. 1963, p. 3).

-dire la priorité des règles du droit communautaire sur les règles du droit interne de chaque Etat membre qui leur seraient éventuellement contraires.

Cette priorité constitue la garantie fondamentale de tout le système politique communautaire. La notion même de communauté exige que chaque État qui la compose se soumette à la règle commune, car il n'y aurait pas ce règle commune si chacun des États membres pouvait y déroger de manière unilatérale et par sa seule volonté et compromettre ainsi la réalisation même des objectifs communautaires.

Cette primauté signifie plusieurs choses. La réglementation du droit communautaire prédomine *quel que soit le niveau des deux ordres* où le conflit apparaît. Et de plus, le droit communautaire n'écarte pas seulement le droit national antérieur, mais déploie aussi un *effet primant contre tout droit national postérieur*; sinon, la priorité du droit communautaire resterait une civilité n'engageant à rien, puisque chacun des États membres pourrait en disposer à sa guise. Et enfin cet ordre de prééminence ne peut trouver qu'une *solution unifiée*, valable pour toute la Communauté; toute tentative de régler la question de prééminence selon les particularités constitutionnelles ou coutumières divergentes des pays membres contredit le caractère unificateur du regroupement européen et donc les bases de la Communauté.

Cette exigence fondamentale, qui découle nécessairement des objectifs des traités et de la conception institutionnelle qu'ils ont instaurée, n'est cependant pas énoncée dans une disposition expresse des traités. Aussi n'a-t-elle pas manqué de susciter des controverses doctrinales et d'être contestée notamment par certaines juridictions nationales (dont la Cour constitutionnelle de l'un des États membres), avant d'être consacrée par divers arrêts de la Cour de Justice de manière tout à fait claire et formelle et reconnue actuellement dans tous les États membres.

En vérité, les controverses qui avaient surgi à ce propos, le caractère imparfait des solutions qui avaient été suggérées en doctrine et retenues par certaines juridictions nationales et les impasses inévitables auxquelles ces solutions mènent, provenaient d'une mauvaise approche de ce problème. On a eu tendance au début — généralement en toute bonne foi d'ailleurs, et par défaut d'information — à approcher le problème du conflit entre le droit communautaire et le droit national de la même manière qu'on approche celui du droit international classique et du droit national. A l'origine, sous prétexte que les traités de Paris et de Rome revêtaient la forme extérieure de traités ordinaires (et peut-être en raison d'un certain conservatisme traditionnel des juristes qui n'ont pas aperçu tout de suite l'originalité propre de ces traités et leur caractère spécifique), ce sont les internationalistes qui s'en sont occupés, qui les ont accaparés et les ont inclus dans leur domaine, et qui ont dès lors, ce qui est naturel de leur part, assimilé le droit communautaire au droit international classique; et ils se sont efforcés de résoudre de

membres a été expressément souligné dans les très brefs avis favorables de la Commission qui précédèrent immédiatement la signature des traités d'adhésion des trois nouveaux États membres en 1972 et de la Grèce en 1979, parmi les caractéristiques essentielles de l'ordre juridique établi par les traités, au même titre que les principes d'applicabilité directe et d'uniformité d'interprétation (qui se trouvent expressément prescrits dans les traités), en précisant que "l'adhésion aux Communautés implique la reconnaissance du caractère contraignant de ces règles dont le respect est indispensable pour garantir l'efficacité et l'unité du droit communautaire".

2 — La deuxième exigence fondamentale de l'ordre juridique communautaire réside dans l'*application uniforme des règles communes* dans tous les États membres. La notion même de règle commune impose qu'elle soit appliquée uniformément dans l'ensemble de la Communauté.

Cette application uniforme implique que les règles communes fassent l'objet d'une uniformité d'interprétation et d'appréciation de validité dans tous les États membres. Aussi les traités⁽¹⁹⁾ ont-ils conféré à la Cour de Justice la compétence exclusive d'interpréter de droit communautaire, c'est-à-dire de statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation des traités eux-mêmes ainsi que sur l'interprétation et la validité de tous les actes des institutions communautaires. Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction nationale de l'un des États membres, cette juridiction peut en saisir directement la Cour de Justice, et cette saisine est obligatoire pour les juridictions dont les décisions ne sont plus susceptibles d'un recours de droit interne.

Cette procédure de renvoi préjudiciel à la Cour de Justice, par les juridictions nationales, de toute question d'interprétation ou de validité d'une disposition de droit communautaire est à la fois originale par rapport aux conceptions juridiques traditionnelles et fondamentale pour le respect d'une application uniforme du droit communautaire⁽²⁰⁾. Il est essentiel que les juridictions nationales aient recours à cette procédure, même dans le cas où la question d'interprétation qui se pose leur paraît claire ou évidente; car, non seulement le droit communautaire comporte souvent des mesures de caractère économique qui étaient inconnues dans les législations nationales et qui doivent être appréciées dans le contexte de l'action des Communautés, mais en outre les solutions retenues portent naturellement la marque d'une entreprise multinationale où pèse l'écart entre les concepts nationaux et ces solutions sont prescrites en six langues qui font également foi, de telle sorte que ce qui paraît clair dans une version linguistique ou selon les principes du

⁽¹⁹⁾ Articles 177 CEE, 150 CEEA, 41 CECA.

⁽²⁰⁾ Cf. arrêt CJCE du 1er décembre 1965 — aff. 16/65 (Rec. 1965, p. 1081).

droit national de l'un des États membres peut avoir une signification moins évidente ou même différente dans une autre version linguistique ou selon les principes du droit national d'un autre Etat⁽²¹⁾.

Après quelques réticences de la part de certaines juridictions suprêmes dans les premières années de fonctionnement des Communautés (réticences qui s'expliquent par un manque d'information et par le fait que l'automatisme de ce renvoi a paru difficilement admissible à ces magistrats jouissant traditionnellement d'un large pouvoir d'appréciation), cette procédure de renvoi préjudiciel s'est progressivement développée et les juridictions nationales, et en particulier les juridictions suprêmes des divers États membres, y recourent actuellement de façon relativement correcte (en sorte que les recours préjudiciels forment depuis quelques années la majorité des affaires dont la Cour est saisie).

V

Dans l'ensemble des divers secteurs de la vie économique où elles exercent leurs compétences, les Communautés instaurent ainsi un nouvel ordre juridique, au profit duquel les États membres ont limité leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les États membres eux-mêmes mais également leurs ressortissants. Cette législation de source communautaire, indépendante des diverses législations nationales et marquée par les caractéristiques et les exigences rappelées ci-dessus, se développe progressivement au fil des ans; elle est mouvante et s'adapte constamment aux nécessités nouvelles et aux changements des conditions économiques.

Il n'est pas douteux que le droit communautaire affecte profondément l'ordre juridique interne des États membres, auxquels il impose des transformations importantes qui bouleversent les systèmes juridiques nationaux et les conceptions traditionnelles du droit international public. Non seulement le droit communautaire se superpose au droit de chacun des États membres pour définir, dans un nombre croissant de domaines, les règles qui régissent désormais la vie et le destin de leurs ressortissants. Mais en outre, les divers pouvoirs publics nationaux se trouvent confrontés avec les exigences de la construction communautaire dans l'exercice même de leurs compétences législative, exécutive ou judiciaire.

a) Le droit communautaire s'impose d'abord au gouvernement de chaque Etat membre.

Chaque gouvernement national doit désormais se conformer aux règles et aux procédures communes. Il doit renoncer dans certains

(21) Cf. arrêt CJCE du 27 mars 1963 — aff. 28 à 30/62 (Rec. 1963, p. 59).

cas à exercer librement les pouvoirs qui relevaient jusqu'alors de la seule discrétion, ou veiller à prendre les mesures d'exécution que nécessite la mise en œuvre des règles communautaires. Dans une série de domaines, sa compétence est subordonnée à des consultations ou à des autorisations préalables des institutions de la Communauté. En outre, au plan politique, chaque gouvernement national doit être prêt à rendre compte des positions qu'il adopte au sein de la Communauté non seulement aux autorités nationales mais aussi devant l'opinion européenne. Sans doute n'est-il politiquement responsable que devant son Parlement national; cependant une opinion publique européenne dont le Parlement européen est l'expression organisée réagit désormais sur les attitudes adoptées par chaque gouvernement national dans le cadre des Communautés.

- b) Les *parlements nationaux* doivent, eux aussi, se conformer aux règles communautaires. Ils se trouvent de ce fait confrontés avec des problèmes nouveaux dans l'exercice même de leur pouvoir législatif traditionnellement souverain.

Non seulement nationaux doivent, eux aussi, se conformer aux règles communautaires. Ils se trouvent de ce fait confrontés avec des problèmes nouveaux dans l'exercice même de leur pouvoir législatif traditionnellement souverain.

Non seulement, des règles du droit communautaire sont directement applicables dans l'ordre interne et priment les lois nationales de leur pays qu'ils élaborent, sans qu'ils aient pu se prononcer sur leur opportunité ni même en être informés préalablement.

Mais en outre, lorsqu'ils sont appelés à voter des lois nationales pour mettre en œuvre les dispositions par lesquelles les institutions communautaires imposent aux Etats membres de modifier leur législation nationale dans les conditions et selon les modalités prescrites, ils agissent comme instrument d'exécution obligé et purement formel du droit communautaire. Ils n'ont plus aucun pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité ou au contenu substantiel des mesures qu'ils sont dans l'obligation de voter, sous peine de se trouver en infraction et de se faire poursuivre à ce titre devant la Cour de Justice.

Cette fonction d'exécution dans l'exercice de laquelle leur compétence est liée et formelle est peu compatible avec le pouvoir traditionnellement souverain et largement discrétionnaire des parlements nationaux. Chargés d'entériner des décisions dans des conditions qui leur sont imposées et dont le contenu substantiel échappe à leur compétence, les parlements nationaux s'accrochent mal du

caractère purement formel de leur intervention et du rôle subordonné qui leur est ainsi imparti. Cette inadaptation des parlements nationaux à cette fonction d'exécution les a conduits à recourir d'une manière croissante à diverses procédures tendant à confier ou à déléguer au pouvoir exécutif la compétence de prendre les mesures d'exécution que leur impose le droit communautaire. Elle a, d'autre part, donné lieu à certain malaise parlementaire, d'autant plus accusé que le dessaisissement de pouvoir dont ils se sentent frustrés n'est pas compensé, dans l'état actuel tout au moins, par un pouvoir parlementaire véritable au plan européen, de telle sorte que dans un nombre croissant de domaines des mesures importantes et coûteuses sont instaurées dans l'ensemble de la Communauté en l'absence de tout contrôle parlementaire effectif, dans un régime qui se prétend cependant fondé sur les principes de la démocratie!

- c) Enfin, le *pouvoir judiciaire* de chacun des Etats membres se trouve lui aussi placé devant des problèmes nouveaux. Il incombe en effet aux juridictions nationales d'assurer l'application du droit communautaire dans l'ordre interne des Etats membres.

S'il est de principe dans la plupart des Etats membres qu'un traité ratifié acquiert dans le droit interne une force équipollente à la loi nationale, l'application de ce principe rencontre des difficultés nouvelles dans le cadre de la Communauté.

Tout d'abord en ce qui concerne son champ d'application. Au sein de la Communauté, le principe doit recevoir effet non seulement pour les traités mais aussi pour tous les actes obligatoires édictés par les Institutions, en particulier pour les règlements.

D'autre part les règles de compétence pour l'interprétation se trouvent modifiées. En règle générale, l'interprétation des traités relève dans les Etats membres soit de la compétence des tribunaux nationaux eux-mêmes, soit de la compétence des ministres des affaires étrangères qui doivent être consultés préalablement par les tribunaux. Dans le cas du droit communautaire, la compétence d'interprétation est attribuée par le traité à la Cour de Justice. Les tribunaux nationaux doivent dès lors prendre l'habitude de se référer, soit à titre facultatif, soit à titre obligatoire lorsqu'ils statuent en dernier ressort, à la Cour de Justice pour lui demander par voie de décision préjudicielle l'interprétation du droit communautaire.

Enfin lorsqu'ils sont confrontés, le cas échéant, avec le conflit qui peut se présenter entre une règle de droit communautaire et une règle de droit interne, les juges nationaux doivent veiller à assurer toujours la primauté de la règle commune et à refuser au besoin

formelle de ce législateur d'interdire précisément au pouvoir judiciaire national l'admission de toute contestation à ce propos. Il s'ensuivit que le parlement belge fut obligé d'intervenir à nouveau pour prévoir les crédits nécessaires au remboursement des taxes en cause dans un sens contraire à sa volonté formelle antérieure.

Cet exemple illustre bien la mesure dans laquelle le droit des Etats membres de la Communauté et l'exercice des pouvoirs publics nationaux sont affectés de manière directe par le nouvel ordre juridique communautaire, et combien les Communautés entraînent, pour les Etats qui en sont membres, des problèmes nombreux, nouveaux et difficiles, qui exigent de leurs Autorités publiques et aussi de leurs ressortissants et de leurs entreprises de profonds efforts pour s'adapter aux modifications de leurs structures nationales et de leur législation nationale qu'exige la mise en œuvre des traités européens.

COMPETENCE DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES POUR STATUER, À TITRE PRÉJUDICIEL, SUR L'INTERPRÉTATION ET LA VALIDITÉ DU DROIT COMMUNAUTAIRE

MARC SOHIER

Conseiller juridique de la Commission
des Communautés européennes

• Mai 1980

SOMMAIRE

I. INTRODUCTION

- Importance fondamentale du recours préjudiciel en interprétation et appréciation de validité, pour l'application uniforme du droit communautaire (cohésion juridique de la Communauté — conséquence de l'application directe du droit communautaire)
- particularité de l'interprétation du droit communautaire (multilinguisme, concepts nouveaux, etc.)
- base juridique (articles 177 CEE, 150 CEEA et 41 CECA) — utilisation limitée en fait au traité CEE.

II. MECANISME DU RECOURS PRÉJUDICIEL

A. Qui peut saisir la Cour de Justice?

- seulement les juridictions nationales des États membres
- notion de "juridiction" nationale (juridictions particulières, référés, arbitres)
- recours interne contre la décision de saisine
- obligation de renvoi préjudiciel pour les juridictions "dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne"

B. Sur quoi porte la compétence de la Cour de Justice?

1. Dispositions soumises à la compétence de la Cour: traités, droit dérivé, extension à d'autres actes (conventions entre États membres)
2. interprétation — appréciation de validité
3. portée de l'obligation de saisir la Cour: automatisme/acte clair
4. objet et limite de la compétence de la Cour:
caractérisée par strict respect des compétences respectives de la Cour et des juridictions nationales
 - juge national seul compétent pour apprécier pertinence et opportunité des questions

- Cour donne une interprétation abstraite de la règle communautaire
 - la Cour se prononce sur la seule interprétation ou validité du droit communautaire, à l'exclusion du droit national
- C. Procédure concernant les demandes préjudicielles, procédure non contentieuse, revêtant le caractère d'un incident
- Forme de la saisine de la Cour: absence de formalisme (notification à la Cour, formulation des questions)
 - Procédure devant la Cour: notification aux parties, aux Etats membres, à la Commission, et le cas échéant au Conseil, qui ont le droit de présenter des mémoires et des observations — procédure écrite/procédure orale — conclusions de l'avocat général
 - arrêt
 - rapidité et gratuité
- D. Objet et portée des arrêts de la Cour
- forme ("dit pour droit")
 - motivation (donner au juge national les indications nécessaires pour la compréhension du dispositif)
 - méthodes d'interprétation (comparaison versions linguistiques — référence aux objectifs et à l'économie générale du droit communautaire — effet utile)
 - autorité (lie la juridiction nationale), et valeur de précédent

III. APPLICATION PAR LES JURIDICTIONS DES ETATS MEMBRES

1. Au début: hésitation (1er recours en 1961)
Développement progressif, important depuis 1970, et spectaculaire au cours des dernières années
2. Respect actuel de l'obligation de renvoi par les juridictions suprêmes de l'ordre judiciaire ordinaire de tous les Etats membres, et recours fréquents par de nombreuses juridictions inférieures.
Réticence du Conseil d'Etat en France (application erronée de la théorie de l'acte clair)
3. Sanction possible en cas de violation de l'obligation de renvoi à la Cour de Justice: procédure art. 169 contre Etat membre (jamais utilisée — délicate en raison de la séparation des pouvoirs dans l'ordre constitutionnel national).

IV. CONCLUSIONS

1. Bilan positif
 - importance prédominante et croissante des demandes préjudicielles dans la jurisprudence de la Cour de Justice — garante de la cohésion juridique de la Communauté
 - rôle prépondérant de la procédure préjudicielle comme source de développement spectaculaire de l'ordre juridique communautaire (a permis l'affirmation jurisprudentielle des thèses fondamentales sur l'applicabilité directe, la primauté, etc.)
 - remarquable effort de la Cour de Justice
2. Améliorations souhaitables
 - information (amélioration de la publicité des arrêts de la Cour)
 - obligation de renvoi par les juridictions inférieures pour l'appréciation de validité?
 - recours "dans l'intérêt de la loi" contre des décisions judiciaires ayant méconnu l'obligation de renvoi?

I. Introduction

1. La construction communautaire est caractérisée par l'attribution aux Institutions de la Communauté de la compétence d'arrêter des *règles "communes"* de caractère normatif qui s'imposent comme telles dans l'ensemble des Etats membres. Or, il n'y a de règles "communes" que dans la mesure où leur application est uniforme dans toute la Communauté. Et l'*uniformité d'application* de ces règles communes, qui constitue donc une exigence fondamentale de l'ordre juridique communautaire, implique que soient assurées leur *interprétation uniforme*, ainsi que leur primauté qui en est le corollaire nécessaire.

Sans une interprétation uniforme, il ne saurait en effet être question d'une application uniforme, et le droit communautaire se désagrègerait rapidement en autant de systèmes différents qu'il y a d'ordres juridiques nationaux, partageant ainsi le sort des grands règlements dits "uniformes" créés par des traités internationaux traditionnels et dont, par défaut de coordination impérative, l'interprétation est laissée aux organes judiciaires nationaux qui ont chacun leurs propres traditions et leurs propres conceptions juridiques.

Cette nécessaire uniformité d'interprétation du droit communautaire — qui découle donc de l'enchaînement des principes juridiques sur lesquels repose la Communauté — est assurée par un mécanisme judiciaire original (institué par les dispositions des articles 177 du traité CEE, 150 du traité EURATOM, et 41 du traité CECA), attribuant à la Cour de Justice des Communautés européennes la compétence exclusive de statuer, à titre préjudiciel, sur toute question d'interprétation ou d'appréciation de validité du droit communautaire qui se pose devant les juridictions nationales des Etats membres.

Ce mécanisme de renvoi préjudiciel à la Cour de Justice repose entièrement sur une *coopération institutionnalisée* entre la Cour de Justice et les juridictions nationales qui sont appelées à connaître et à appliquer le droit communautaire. Il constitue le fondement et la conséquence de l'applicabilité directe du droit communautaire. L'effet direct qui est reconnu de manière très générale à de très nombreuses dispositions des traités et à la majorité des actes communautaires (non seulement aux "règlements" qui sont directement applicables comme tels, mais aussi à certaines dispositions des "décisions" ou "directives" de portée générale dont les Etats membres sont destinataires) engendre pour les particuliers des droits et obligations qu'ils peuvent invoquer devant les juridictions nationales. Ces juridictions sont dès lors tenues d'en assurer le respect, le cas échéant même à l'encontre de dispositions du droit national; elles sont ainsi à la fois juge national et juge communautaire dans l'exercice de leur compétence générale de trancher les

litiges qui opposent des particuliers entre eux ou des citoyens aux autorités publiques nationales.

La procédure préjudicielle permet un exercice efficace de cette compétence générale des juridictions nationales pour l'application du droit communautaire; il en *garantit le fonctionnement cohérent*. Si les juridictions nationales peuvent ou doivent, selon le cas, demander à la Cour de Justice de statuer sur la validité ou l'interprétation des règles communautaires qu'elles doivent appliquer ou des actes juridiques individuels pris par les institutions dont elles doivent constater les conséquences juridiques, c'est précisément pour garantir que ce droit communautaire ait la même portée, dans toutes les circonstances, dans tous les Etats membres de la Communauté et pour "*prévenir des divergences dans l'interprétation* du droit communautaire que les juridictions nationales ont à appliquer"⁽¹⁾. En accomplissant la mission que lui confère l'article 177 du traité CEE, la Cour de Justice est donc au service d'une application juste et uniforme de la règle de droit communautaire par toutes les juridictions des Etats membres.

Sous une forme adaptée à la structure des relations entre la Communauté et les Etats membres et entre les ordres juridiques communautaire et nationaux, la procédure préjudicielle confie à la Cour de Justice une tâche comparable à celle qui incombe aux juridictions supérieures nationales: veiller à la cohésion et à l'application efficace du droit dans la jurisprudence. Mais la Cour de Justice ne remplit pas cette tâche par la cassation, l'annulation ou la révision de la décision judiciaire; elle agit par le biais d'une coopération et d'un dialogue avec le juge national, à la demande de celui-ci et à titre incident dans le litige de base, afin d'indiquer ou d'explicitier la règle qui lui permettra de trancher ce litige.

2. La nécessité d'une interprétation uniforme du droit communautaire s'impose en raison même des particularités de ce droit par rapport aux diverses conceptions et traditions juridiques des Etats membres.

D'une part, le droit communautaire comporte souvent des mesures de caractère économique qui sont inconnues dans les législations nationales et qui doivent en outre être appréciées dans le contexte des objectifs et de l'action de la Communauté. Il comporte de nombreux concepts, notions ou expressions qui sont des créations juridiques nouvelles, propres à l'action communautaire, et qui impliquent un effort particulier de compréhension et d'imagination. Il s'agit le plus souvent d'une construction juridique originale, pour l'interprétation de laquelle il serait erroné de se référer aux conceptions juridiques du droit national; les termes utilisés en droit communau-

(1) Cf. arrêt CJCE 16 janvier 1974 — aff. 166/73 (Rheinmühlen) Rec. 1974, 38.

taire ont parfois même une portée différente de celle que ces mêmes termes ont dans le droit national.

D'autre part, les solutions retenues en droit communautaire portent naturellement la marque d'une entreprise multinationale où pèse l'écart entre les concepts nationaux différents et sont souvent le fruit de compromis entre des positions nationales divergentes. Et de plus, ces solutions sont prescrites simultanément en six langues officielles qui font également foi (et bientôt 7 avec l'adhésion prochaine de la Grèce, et ensuite 9 lors de l'adhésion du Portugal et de l'Espagne); ces diverses versions linguistiques sont toutes authentiques, et c'est donc par comparaison entre les textes de chacune d'elles que doit être dégagée leur interprétation commune. Ce qui peut apparaître clair dans une version linguistique ou selon les principes du droit national de l'un des Etats membres peut avoir une signification moins évidente ou même différente dans une autre version linguistique ou selon les principes du droit national d'un autre Etat⁽²⁾.

3. La procédure de renvoi préjudiciel à la Cour de Justice pour interprétation et appréciation de validité du droit communautaire est prescrite respectivement par:

— L'article 177 du traité CEE

“La Cour de Justice est compétente pour statuer, à titre préjudiciel

- a) sur l'interprétation du présent traité,
- b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de la Communauté,
- c) sur l'interprétation des statuts des organismes créés par un acte du Conseil, lorsque ces statuts le prévoient.

Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des Etats membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de Justice de statuer sur cette question.

Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour de Justice.”

⁽²⁾ Cf. arrêt CJCE du 27 mars 1963 — aff. jointes 28 à 30/62 (Rec. 1963, p. 5).

— L'article 150 du traité CEEA (Euratom)

“La Cour de Justice est compétente pour statuer, à titre préjudiciel

- a) sur l'interprétation du présent traité,
- b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de la Communauté,
- c) sur l'interprétation des statuts des organismes créés par un acte du Conseil, sauf dispositions contraires de ces statuts.

Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des Etats membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de Justice de statuer sur cette question.

Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour de Justice.”

— L'article 41 du traité CECA

“La Cour est seule compétente pour statuer, à titre préjudiciel, sur la validité des délibérations de la Haute Autorité et du Conseil, dans le cas où un litige porté devant un tribunal national mettrait en cause cette validité.”

On observera que cette disposition du traité CECA ne prescrit ce mécanisme de renvoi préjudiciel que pour l'appréciation de validité des actes pris par les Institutions de cette Communauté. Certains auteurs estiment cependant que le traité CECA permet également le recours préjudiciel en interprétation, par le biais de son article 31: “La Cour de Justice assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité et des règlements d'exécution”. Toutefois, le recours en interprétation, a une importance moindre dans le cadre du traité CECA. D'une part le traité lui-même n'est authentique et ne fait foi que dans sa seule version linguistique française. D'autre part le traité CECA est un traité-règle dont l'application ne donne lieu en général qu'à des décisions individuelles d'application (pour lesquelles est ouvert le recours direct en annulation) et exceptionnellement seulement à des règles communes de caractère général produisant des effets directs. Aussi bien, cette procédure de renvoi préjudiciel est-elle tout à fait inusitée au titre du traité CECA; il n'y a eu jusqu'à présent qu'un seul recours préjudiciel au titre de ce traité, et il s'agissait d'un recours en appréciation de validité.

Par ailleurs, aucun recours préjudiciel n'a été formé au titre du traité EURATOM.

En revanche, dans le cadre de l'application du traité CEE, la procédure de recours préjudiciel en interprétation ou en appréciation de validité revêt au contraire une *importante essentielle* et est utilisée de manière croissante (715 recours au 31 décembre 1979; 83 arrêts rendus au cours de l'année 1979).

Il ressort de la jurisprudence, maintenant abondante, de la Cour de Justice concernant l'application de l'article 177 CEE, que l'attitude de la Cour est caractérisée par un souci d'efficacité et un esprit de coopération avec les juridictions nationales, qui l'ont conduite à faire prévaloir une conception extensive de cette disposition et un accueil exempt de tout formalisme, et par le strict respect des compétences du juge national.

II. Le mécanisme du recours préjudiciel

A — *Qui peut saisir la Cour de Justice?*

1. *Seulement les juridictions nationales des Etats membres*

La procédure préjudicielle a pour but d'amener la Cour de Justice à statuer sur l'interprétation d'une règle du traité ou sur l'interprétation ou la validité des actes pris par les institutions de la Communauté, à la demande d'une juridiction d'un Etat membre qui doit appliquer une règle du droit communautaire dans une affaire dont elle est saisie ou doit constater les conséquences juridiques d'un acte pris par une institution de la Communauté.

La demande de décision préjudicielle et la procédure préjudicielle dans son ensemble constituent donc toujours une intervention dans un litige de base dont est saisie une juridiction nationale. Les parties au litige de base ne peuvent en aucun cas saisir directement la Cour de Justice⁽³⁾; elles ne peuvent que tenter d'amener le juge national à poser les questions qui, à leur sens, pourront influencer sa décision. Ce sont *les juridictions nationales et elles seules* qui, soit à la demande des parties, soit d'office⁽⁴⁾, s'adressent à la Cour au cours de la procédure de recours préjudiciel; il ne sera permis ni aux parties au litige de base ni aux Etats membres ou aux institutions habilitées à présenter des observations dans le cadre de la procédure (en vertu de l'article 20 du statut de la Cour de Justice), de modifier les questions posées ou d'en ajouter d'autres⁽⁵⁾.

(3) CJCE, 14 décembre 1962, aff. 31 et 33/62, Milchwerke Wöhrmann (Rec. p. 1020).

(4) CJCE, 16 janvier 1974, aff. 166/73, Rheinmühlen (Rec. p. 38).

(5) CJCE, 15 juin 1972, aff. 5/72 Grassi (Rec. p. 448).

2. Détermination communautaire de la notion de "juridiction d'un Etat membre"

Bien que la notion de "juridiction d'un Etat membre" fasse appel à des critères de droit interne, il importe cependant de déterminer ce que cette notion recouvre au sens de l'article 177 du traité.

Aucune question ne se pose pour *l'ensemble des Cours et tribunaux* de l'ordre judiciaire ordinaire (juridictions de droit commun), qui sont naturellement visées par cette disposition sans contestation possible. Mais des demandes préjudicielles ont également été soumises à la Cour de Justice dans le cadre de procédures particulières ou par d'autres organes de caractère juridictionnel, qui sont appelés à appliquer des dispositions du droit communautaire, ce qui a donné à la Cour l'occasion de faire connaître les critères à retenir pour définir les conditions "communautaires" d'accès à la procédure préjudicielle de l'article 177. Ainsi la Cour a accueilli des demandes présentées:

- dans le cadre de *procédures sommaires* introduites par "requête en injonction" devant le pretore (ou président du tribunal), en considérant "qu'il suffit de constater que le pretore (ou le président du tribunal) exerce dans le cadre de la procédure en injonction une fonction juridictionnelle au sens de l'article 177" et qu'il n'y a pas lieu pour la Cour "de considérer le stade de la procédure où la question est posée"⁽⁶⁾; ou dans le cadre de *procédures non contradictoires* en considérant que "l'article 177 ne subordonne pas la saisine de la Cour au caractère contradictoire ou non de la procédure en conclusion de laquelle le juge national a formulé la question préjudicielle"⁽⁷⁾;
- par le *juge des référés* statuant à titre provisoire⁽⁸⁾;
- en cas d'exercice d'une *juridiction impropre*⁽⁹⁾;
- par certains *organes particuliers*, tels que la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat des Pays-Bas (organe de caractère consultatif), compte tenu tant de l'objet de la procédure devant le Conseil que des garanties procédurales accordées à la partie adverse⁽¹⁰⁾.

(6) CJCE, 14 décembre 1971, aff. 43/71, Politi (Rec. p. 1048); 7 mars 1972, aff. 84/71, Mari-mex (Rec. p. 95); 10 octobre 1973, aff. 33/73, Variola (Rec. p. 981).

(7) CJCE, 21 février 1974, aff. 162/73, Birra Dreher (Rec. p. 211).

(8) CJCE, 12 novembre 1969, aff. 29/69, Stauder (Rec. p. 419).

(9) CJCE, 12 novembre 1974, aff. 32/74, Haaga (Rec. p. 1201).

(10) CJCE, 27 novembre 1973, aff. 36/73 Nederl. Spoorwegen (Rec. p. 1299) et conclusions de l'avocat général.

Dans le même ordre d'idées, la question se pose de savoir si un *juge arbitral* peut saisir la Cour d'une demande préjudicielle. La Cour de Justice a abordé la question de manière implicite, mais sans la résoudre de manière générale, dans un arrêt accueillant une telle demande formée par le "Nederlands Scheidsgerecht van het Beamtendfonds voor het Mijnbedrijf"⁽¹⁾; elle s'est appliquée à examiner dans quelles conditions un organisme, qui n'avait pas la qualité de juridiction dans le droit national, avait été constitué et comment il fonctionnait, et elle a reconnu le "Scheidsgerecht" comme juridiction au sens de l'article 177 du traité, en se fondant d'une part sur le fait que cet organisme relève du droit public (notamment parce qu'il est institué par un règlement approuvé par le ministre compétent, que ses membres sont désignés par le ministre et que ses décisions sont obligatoires pour les parties), et d'autre part, sur le fait qu'il doit statuer selon les règles du droit.

On peut ainsi déduire de l'ensemble de la jurisprudence de la Cour de Justice que celle-ci penche pour une *interprétation large et souple du concept de "juridiction"* et qu'elle vise ainsi, conformément à sa méthode d'interprétation traditionnelle, à servir le principal objectif de l'article 177, à savoir assurer l'application uniforme du droit communautaire dans tous les litiges où cette application intervient. Cette uniformité ne pourrait en effet être réalisée si, la notion de juridiction étant définie selon le droit interne et différant en conséquence d'un Etat à l'autre, des secteurs entiers de l'activité économique et sociale, dont le contentieux est soumis à des autorités non considérées comme juridictions par le droit interne, étaient ainsi soustraits à l'interprétation de la Cour.

Il demeure certes loisible aux Etats membres, dans l'exercice de leur souveraineté (restée entière sur ce point), de créer à leur guise des institutions juridictionnelles spéciales de toute nature et de déterminer les compétences de celles-ci. Mais il ne leur est plus permis de dénier, de limiter ou de soumettre à des conditions la compétence qu'ont ces institutions spéciales de saisir la Cour de Justice de toute question d'interprétation ou d'appréciation de validité du droit communautaire.

Par le biais des traités, les juridictions des Etats membres ont reçu des compétences juridictionnelles dans des domaines où elles n'en avaient pas jusque là. Si dans un domaine déterminé (les litiges douaniers par exemple) qui est passé du niveau national au niveau communautaire, il n'était pas possible d'obtenir la protection du juge en vertu du système judiciaire national, cela n'est plus le cas aujourd'hui et il faut donc trouver un juge national qui, en sa qualité de juge communautaire, devra garantir cette protection juridique.

(1) CJCE, 30 juin 1966, aff. 61/65, Vaassen-Göbbels (Rec. p. 259).

3. *Recours interne contre la décision de saisine de la Cour*

La question de savoir si la décision de saisir la Cour de Justice d'une demande préjudicielle, prise par un juge national, peut faire l'objet d'un recours de droit interne relève de l'ordre juridique national. L'article 177 ne contient aucune disposition qui empêche l'utilisation des voies de recours interne.

La Cour de Justice a cependant précisé qu'une interprétation de l'article 177 selon laquelle une demande de décision préjudicielle ne pourrait aboutir à une décision que si l'arrêt ou le jugement qui la formule avait acquis force de chose jugée "n'est pas confirmée par la lettre de l'article 177; qu'en outre elle méconnaît que le droit national de la juridiction qui demande une décision préjudicielle et le droit communautaire constituent deux ordres juridiques distincts et différents"⁽¹²⁾. Cette position s'inspire du double critère d'une nécessaire coopération de sa part avec les juridictions nationales et du respect de leurs compétences. La Cour de Justice est donc valablement saisie d'une demande de décision préjudicielle qui lui est adressée par une juridiction nationale, quelles que soient les voies de recours internes qui sont ouvertes à l'encontre de cette saisine.

Mais lorsqu'un tel recours interne est exercé contre l'ordonnance de saisine de la Cour, aux conditions et selon les modalités prévues par le droit national, quelles en sont les conséquences sur cette saisine?

Cette question relève de l'interprétation du droit communautaire, car c'est dans l'article 177 qu'il convient d'y trouver la réponse. Cette réponse en a été donnée par la Cour elle-même à diverses reprises. Une première fois dans un arrêt de 1962 en soulignant que "le traité subordonne la compétence de la Cour de Justice à la seule existence d'une demande au sens de l'article 177, sans qu'il y ait lieu, pour le juge communautaire, d'examiner si la décision du juge national a acquis force de chose jugée d'après les dispositions de son droit national"⁽¹³⁾. Ensuite dans des arrêts de 1974, où la Cour considère que, étant donné que le traité confère à la juridiction nationale le pouvoir d'apprécier si une décision sur un point de droit communautaire lui est nécessaire pour rendre son jugement, la *procédure* concernant cette décision se poursuit "tant que la demande du juge national n'a été ni retirée ni mise à néant"⁽¹⁴⁾. Enfin, ce point de vue se trouve confirmé dans un arrêt de 1974 où la Cour dit que, quoique l'article 177 ne s'oppose pas à ce que la décision d'une juridiction nationale saisissant la Cour de Justice à titre préjudiciel reste soumise aux voies de "recours normal prévues par le droit national, la Cour de Justice doit s'en tenir, dans l'intérêt de la clarté et de

(12) CJCE, 6 avril, 1962, aff. 13/61 De Geus-Bosch (Rec. 1962, p. 103).

(13) Ibid.

(14) CJCE, 30 janvier 1974, aff. 127/73 BRT/SABAM (Rec. 1974, p. 62).

la sécurité juridique, à la *décision de renvoi, qui doit produire ses effets tant qu'elle n'a pas été rapportée*"⁽¹⁵⁾.

Entant donné que le recours à une juridiction supérieure ne met pas fin, en tant que tel, à saisine de la Cour par l'ordonnance de renvoi, il n'y a que deux manières de mettre à néant ladite ordonnance.

- la première est son retrait par la juridiction nationale. Celle-ci a entière discrétion dans ce domaine et la Cour s'en remet entièrement à elle en ce qui concerne les motifs juridiques ou pratiques qu'elle peut avoir pour le retrait du recours⁽¹⁶⁾ ou pour prier la Cour de reporter l'examen des questions posées jusqu'à ce que le juge d'appel national ait statué.
- deuxièmement, le recours à la Cour devient caduc lorsque l'ordonnance de renvoi est annulée ou modifiée de telle manière qu'elle ne contient plus de questions préjudicielles ou qu'elle ne contient qu'une question préjudicielle modifiée.

En dépit des risques que comporte cette position de la Cour, deux arguments on été invoqués pour la justifier⁽¹⁷⁾:

- en premier lieu, la Cour souhaite éviter de devoir interpréter les dispositions nationales divergentes et spécifiques relatives aux conséquences des diverses voies de recours propres à chaque ordre juridique interne. Ces recours ont parfois un effet suspensif, parfois non; certains ont un effet dévolutif, dans d'autres cas l'affaire est renvoyée au juge de première instance après réformation ou confirmation en appel. Tout dépend de nombreuses dispositions de procédure nationale selon des distinctions propres à chaque système: jugements interlocutoires, jugements incidents et autres survenant dans la préparation ou l'instruction de l'affaire.

Si, lors de l'examen des recours dont elle est saisie, la Cour se laissait guider par les dispositions du droit interne concerné, elle serait amenée à traiter les recours préjudiciels de manière différente selon qu'ils émanent de l'un ou l'autre Etat membre. Elle serait en outre contrainte d'interpréter, avec tous les conflits qui peuvent en découler, les dispositions du droit interne dont le caractère particulièrement technique est manifeste, ce qu'elle a toujours refusé de faire dans le cadre de l'article 177. La Cour ne nie donc pas les conséquences de l'appel en droit interne, mais elle a voulu que l'effet, en ce qui concerne la poursuite de l'examen par la Cour, soit laissé à

(15) C.J.C.E., 12 février 1974, aff. 146/73, Rheinmühlen (Rec. 1974, p. 147).

(16) Décision de 3 juin 1969, aff. 31/68 Chanel (Rec. 1970, p. 403).

(17) Cf. Mertens de Wilmars, dans "Sociaal-Economische Wetgeving" n.° 2/1975, p. 78/98.

l'appréciation de la juridiction de renvoi. Soulignons qu'il ne s'agit pas de la juridiction de droit national, mais de la juridiction de renvoi en sa qualité de juridiction communautaire.

En sachant qu'en droit communautaire le seul fait d'un appel ou de tout autre moyen de droit national ne met pas automatiquement à néant le renvoi à la Cour, les juridictions nationales peuvent, selon les particularités de chaque cas, décider de demander à la Cour, pour des raisons d'efficacité ou de bonne administration de la justice, soit de rayer l'affaire du registre, soit d'en suspendre l'examen, soit de le poursuivre.

- le second argument, c'est que la Cour souhaite être aussi accessible que possible aux recours préjudiciels formés par les juridictions nationales, celles de première instance y compris, et veut souligner leur droit inviolable de saisir la Cour sur un pied d'égalité avec les juridictions supérieures. L'expérience a appris que l'initiative des juridictions de première instance a toujours favorisé le bon fonctionnement du recours préjudiciel. Les parties au procès ont en outre intérêt à ce que tout doute relatif à l'interprétation ou à la validité de la règle communautaire, ou d'un acte des institutions dont l'application est demandée, soit dissipé le plus tôt possible au cours de la procédure. C'est précisément à cet égard que le recours préjudiciel se distingue fondamentalement du pourvoi en cassation.

4. *Obligation de renvoi préjudiciel imposée aux juridictions "dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne"*

L'article 177 CEE distingue les juridictions nationales "dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne", et les autres juridictions. Les premières sont *obligées* de saisir la Cour de Justice des questions d'interprétation ou d'appréciation de validité du droit communautaire qui se présentent dans les litiges qu'elles ont à juger; les secondes ont la *faculté* de saisir la Cour de telles questions.

La Cour de Justice ne semble pas encore avoir été saisie d'une demande d'interprétation portant sur la *définition des juridictions* qui sont ainsi *tenuës au renvoi*. Lorsqu'une question préjudicielle lui est soumise par une juridiction nationale, elle ne se préoccupe pas de savoir si cette juridiction avait la faculté ou l'obligation de le faire; il lui suffit d'être saisie⁽¹⁸⁾.

Selon la majorité de la doctrine, l'obligation de renvoi ne viserait *que les seules juridictions supêmes*, statuant toujours en dernier ressort (par

⁽¹⁸⁾ CJCE, 24 mai 1977, aff. 107/76 Hoffman-La Roche.

exemple, en France et en Belgique: la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat). Cette conception est sans doute conforme à l'objectif essentiel des auteurs du traité: assurer l'uniformité d'interprétation du droit communautaire au niveau des juridictions suprêmes dont les arrêts font seuls jurisprudence dans l'ordre interne.

Toutefois, il n'est pas douteux que cette conception restrictive ne tient pas compte de l'intérêt des justiciables; la protection juridique que comporte à leur égard la procédure de l'article 177 conduirait à soutenir une autre interprétation du dernier alinéa de l'article 177, selon laquelle l'obligation de saisir la Cour s'imposerait à toute juridiction nationale dont le jugement, dans le litige qui lui est soumis, ne serait pas susceptible d'un recours de droit interne. Cette seconde interprétation, qui n'est pas contraire au texte de la disposition en cause, semble avoir été retenue par la Cour de Justice, de manière incidente dans un arrêt de 1964 rendu sur une demande du "juge conciliateur de Milan", dans les termes suivants: "attendu qu'aux termes de cet article les juridictions nationales dont les décisions sont, *comme en l'espèce*, sans recours, *doivent* saisir la Cour pour statuer à titre préjudiciel sur "l'interprétation" du traité lorsqu'une telle question est soulevée devant elles"⁽¹⁹⁾.

Sans doute cette controverse n'a-t-elle qu'une portée limitée dans le cadre des procédures que se déroulent devant les juridictions de droit commun, car les décisions des juridictions autres que les Cours suprêmes sont en général susceptibles d'un recours interne.

Mais il n'en va pas de même pour ce qui concerne les divers organes spécialisés institués dans les Etats membres, auxquels des compétences juridictionnelles ont été attribuées dans certains secteurs particuliers et dont les décisions ne sont le plus souvent susceptibles d'aucun recours de droit interne. Il ne paraît pas douteux que de tels organes sont soumis à l'obligation de saisir la Cour de Justice des questions d'interprétation ou d'appréciation de validité du droit communautaire qui seraient soulevées dans les litiges dont ils ont à connaître.

B — Sur quoi porte la compétence de la Cour de Justice?

1. Dispositions soumises à la compétence de la Cour

La compétence de la Cour de Justice porte sur

a) l'interprétation des "traités"

Ce terme ne doit pas être compris dans un sens restrictif. Il n'est pas limité aux seuls traités eux-mêmes mais englobe tous les protocoles, conventions et annexes diverses de ces traités. D'autre part il ne couvre pas seule-

⁽¹⁹⁾ CJCE, 15 juillet 1964, aff. 6/64 Costa/Enel (Rec. 1964, p. 1158).

ment les traités originaires instituant les Communautés, mais s'étend aux autres traités successifs qui ont modifié ou complété ces traités originaires, à savoir: le traité de 1965 dit "de fusion des Exécutifs" des trois Communautés, les deux traités de 1970 et 1975 modifiant certaines dispositions budgétaires et financières des traités originaires, ainsi que les traités et actes relatifs à l'adhésion de nouveaux Etats membres aux Communautés.

Il faut également y ajouter les principes généraux du droit assimilés aux traités, que sont applicables dans l'ordre juridique communautaire, et dont la Cour de Justice doit également assurer le respect, tels que les droits fondamentaux⁽²⁰⁾.

b) l'interprétation et l'appréciation de validité des "actes" pris par les institutions de la Communauté.

Cette expression vise l'ensemble du droit communautaire dérivé, c'est-à-dire tous les actes, tant autonomes que conventionnels (accords internationaux), arrêtés ou conclus par les institutions de la Communauté. Elle couvre, non seulement les "règlements" et les décisions individuelles (qui sont obligatoires et directement applicables comme tels dans l'ordre interne des Etats membres), mais aussi les "directives" et les "décisions" de caractère normatif général dont les Etats membres sont destinataires (et dont certaines dispositions peuvent produire des effets directs engendrant pour les particuliers des droits et obligations dont ils peuvent se prévaloir devant les juridictions nationales)⁽²¹⁾.

Elle pourrait sans doute également porter sur les actes de caractère non contraignant (recommandations CEE et avis), bien que des controverses sur leur interprétation ou leur validité ne semblent guère se poser en pratique.

Qu'en est-il des actes pris par les institutions de la Communauté qui ne revêtent pas l'une des formes prévues à l'article 189 du traité (décisions internes, résolutions de toute nature)? Dès lors que la Cour a reconnu que de tels actes peuvent faire l'objet d'un recours en annulation sur la base de l'article 173⁽²²⁾, il semble que leur interprétation et leur validité devraient également, pour les mêmes motifs, relever de la compétence de la Cour de Justice s'ils sont invoqués dans des litiges devant des juridictions nationales.

c) l'interprétation des "statuts des organismes créés par un acte du Conseil"

On notera à ce sujet la curieuse différence de rédaction — la seule — entre l'article 177 CEE (qui précise: "lorsque ces statuts le prévoient") et

⁽²⁰⁾ Cf. arrêts CJCE, 12 novembre 1969, aff. 29/69 Stauder (Rec. 1969, p. 419); 17 novembre 1970, aff. 11/70, Int. Handelsgesellschaft (Rec. 1970, p. 1125).

⁽²¹⁾ Cf. notamment arrêt CJCE, 6 octobre 1970, aff. 9/70 Franz Grad (Rec. 1970, p. 837).

⁽²²⁾ Cf. arrêt CJCE 31 mars 1971, aff. 22/70 Commission c/Conseil-AETR (Rec. 1971, p. 263).

l'article 150 CEEA (qui précise: "sauf dispositions contraires de ces statuts"). On notera également que la validité de ces statuts n'est pas mentionnée. Cette disposition paraît d'ailleurs superflue, dans la mesure où les "actes" du Conseil créant de tels organismes son naturellement compris dans la notion générale d'"actes" visés par le paragraphe b); elle ne peut viser que le cas de statuts qui seraient arrêtés par l'organisme lui-même, indépendamment de l'acte du Conseil qui l'institue. En fait, la Cour de Justice n'a jamais été saisie d'une demande d'interprétation portant sur un tel sujet.

Il convient d'ajouter que la compétence d'interprétation attribuée à la Cour de Justice a été étendue aux conventions conclues par les Etats membres qui sont liées à l'ordre juridique communautaire — à savoir les conventions prévues à l'article 220 du traité CEE et celles qui sont indissociables de la réalisation des objectifs de ce traité —, en vertu de protocoles particuliers (protocoles de 1971 concernant l'interprétation de la Convention du 27 septembre 1968 relative à la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, et de la convention du 29 février 1968 sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales) ou de dispositions expresses de ladite convention (article 73 de la Convention du 19 décembre 1975 sur le brevet communautaire).

2. *Interprétation — validité*

Les dispositions de l'article 177 du traité et le l'article 20 du Protocole sur le statut de la Cour de Justice ne font pas de distinction entre la demande préjudicielle portant sur une question d'interprétation et celle portant sur l'examen de validité d'une norme contestée. Les conditions d'application et la procédure sont identiques.

La distinction entre ces deux types de demandes est cependant réelle — bien qu'il ne faille sans doute pas la surestimer, ne fût-ce que parce qu'une décision quant à la validité peut dépendre de l'interprétation donnée à la norme contestée —; leur objet et leur porté respectifs présentent des caractéristiques spécifiques et les conséquences en sont sensiblement différentes. Une décision préjudicielle en interprétation d'une norme communautaire vise à en dégager le sens, la signification et la portée, afin d'en garantir l'interprétation et l'application uniformes dans l'ensemble de la Communauté. L'examen en validité va beaucoup plus loin; il porte sur la question fondamentale de l'application ou de la non-application d'une norme communautaire pour une juridiction nationale, et constitue dans le cadre du traité et sans limitation dans le temps un moyen de contrôle de l'exercice de leurs compétences par les institutions communautaires.

La seule difficulté, en ce qui concerne la *demande préjudicielle en interprétation*, se pose pour le juge national; elle réside dans la détermination de

la frontière entre "application" et "interprétation". Cette frontière est précisément "celle de la compétence respective de la juridiction communautaire et des juridictions nationales, qu'aucun juge n'a reçu la mission de régler en cas de conflit"⁽²³⁾. Le national juge est compétent pour appliquer une norme de droit communautaire de manière concrète dans le litige pendant devant lui; en fait, il n'applique cette norme qu'après l'avoir inconsciemment interprétée en lui attribuant un sens qui lui paraît évident.

En revanche, l'*appréciation de validité*, en raison même des caractéristiques propres qu'elle présente⁽²⁴⁾, a conduit la Cour de Justice à définir l'*étendue des pouvoirs de contrôle* qui lui sont attribués à ce propos au titre de l'article 177 du traité. La Cour a jugé que sa compétence de statuer, par voie de décision préjudicielle, sur la validité des actes communautaires "ne comporte aucune limite quant aux causes sur la base desquelles la validité de ces actes pourrait être contestée"⁽²⁵⁾; son contrôle s'étend donc sur tous les aspects tant internes qu'externes de la légalité de l'acte contesté et comprend notamment le contrôle des motifs⁽²⁶⁾, du respect des principes généraux du droit⁽²⁷⁾, par exemple ceux de bonne gestion, tels que le principe de proportionnalité⁽²⁸⁾ et l'équilibre des intérêts⁽²⁹⁾. L'appréciation de "validité" dans le cadre d'une procédure préjudicielle au titre de l'article 177 a ainsi la même portée que l'appréciation de la "légalité" au sens du contentieux d'annulation prévu à l'article 173⁽³⁰⁾; les motifs d'invalidation d'actes communautaires résident tant dans leur validité formelle que dans leur légalité.

Cette définition extensive de la notion de "validité" compense dans une large mesure la limitation des possibilités pour les particuliers d'avoir accès au recours direct en annulation sur la base de l'article 173 (de tels recours ne leurs sont ouverts qu'à l'encontre des décisions dont ils sont destinataires ou qui les concernent directement et individuellement). En effet, la question préjudicielle par laquelle il est demandé à la Cour de statuer sur la validité des actes des institutions revient à soulever, devant les juridictions des Etats membres, une exception d'illegalité à l'égard de tous les actes com-

(23) cf. conclusions avocat général Lagrange — aff. 100/63, Van der Veen-Kalsbeek.

(24) Les aspects particuliers des recours préjudiciels en validité mériteraient des développements plus conséquents, qui débordent du cadre du présent exposé. Cf. à ce sujet. G. Bebr, "Examen en validité suivant l'article 177 du traité CEE et la cohésion juridique de la Communauté" (Cahiers de droit européen 1975, p. 379).

(25) CJCE, 12 décembre 1972, aff. 21-24/72 International Fruit Cy (Rec. p. 1219).

(26) CJCE, 13 mars 1968, aff. 5/67 Beus (Rec. p. 135).

(27) CJCE, 24 octobre 1973 (deux arrêts), aff. 5/73 Balkan-Import-Export (Rec. p. 1110) et 9/73 Schlüter (Rec. p. 1156).

(28) CJCE, 13 mars 1968, aff. 5/67 Beus (Rec. p. 135).

(29) CJCE, 17 décembre 1970, aff. 11/70 Intern. Handelsgesellschaft. (Rec. p. 1135).

(30) CJCE, 18 février 1964, aff. 73-74/63 International Krediet et Puttershoek (Rec. p. 27).

munautaires. Elle implique que chaque partie peut, à l'occasion d'un litige soumis à une juridiction nationale et mettant en cause un tel acte — et notamment un règlement de portée générale ou une décision individuelle, et alors même que sont expirés les délais pour l'introduction d'un recours en annulation contre cet acte par un Etat membre, la Commission ou le Conseil, ou les particuliers destinataires —, invoquer sans considération de délai l'inapplicabilité de cet acte pour cause d'illégalité.

L'article 184 prévoit l'exception d'illégalité dans le cadre des recours directs devant la Cour. L'article 177 la prévoit dans tous les cas où la juridiction nationale statue en matière de droit communautaire.

3. *Portée de l'obligation de saisir la Cour*

Les juridictions nationales de dernière instance sont tenues de demander à la Cour de justice de statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation ou la validité des normes du droit communautaire, "*lorsqu'une telle question est soulevée*" dans une affaire pendante devant elles.

Deux thèses extrêmes s'affrontent quant à la portée de cette expression. Selon certains, elle impliquerait un renvoi *automatique* à la Cour chaque fois qu'est "invoqués" devant la juridiction nationale une disposition de droit communautaire. Selon d'autres, le renvoi ne s'imposerait que si la juridiction nationale estime que la disposition de droit communautaire invoquée soulève effectivement une "question", c'est-à-dire un doute dans son esprit sur le sens ou la portée de cette disposition (théorie de *l'acte clair*).

Ces deux thèses son sans doute également excessives. La règle du renvoi obligatoire à la Cour de Justice doit être interprétée à la lumière de l'objectif fondamental auquel répond l'article 177 et de l'esprit de coopération qui le caractérise.

La frontière entre la notion d'"application" (qui relève de la compétence du juge national) et celle d'"interprétation" (qui relève de la compétence du juge communautaire) est parfois difficile à tracer; on ne peut appliquer une norme qu'après en avoir dégagé le sens et la portée, ce qui implique — fût-ce inconsciemment — une interprétation de cette norme. Il ne serait pas raisonnable de refuser au juge national toute faculté de discernement, qui est l'essence même de sa fonction, et l'obliger à saisir la Cour, de manière automatique, dès qu'une norme de droit communautaire est invoquée devant lui; une telle thèse ouvrirait la voie à toutes les exceptions purement dilatoires. Mais en revanche, la thèse de l'acte clair est tou à fait répréhensible dans la mesure où elle conduit une juridiction nationale à substituer sa propre interprétation du droit communautaire, pour elle évidente, à celle qui relève de la compétence de la Cour de Justice, sous

prétexte que le texte est suffisamment clair alors que ce texte soulève des difficultés d'interprétation qu'elle ne soupçonne guère.

Il importe donc que les juridictions nationales de dernière instance exercent leur discernement sur ce point avec une vigilance particulière et une conscience des caractéristiques du droit communautaire, en veillant à éviter de donner à une norme de droit communautaire une signification que leur paraîtrait sans doute évidente mais ne serait fondée que sur les conceptions et traditions de leur droit national. Cette rigueur s'impose a fortiori lorsqu'il s'agit de juger de la validité d'un acte communautaire, car les conséquences d'une décision que prendrait une juridiction nationale de ne pas appliquer un tel acte, en raison de son illégalité, seraient assurément plus graves que celles d'une interprétation, le cas échéant inexacte, donnée à l'occasion d'une affaire déterminée; cette considération conduit à estimer qu'une juridiction nationale ne peut en tous cas juger de la non-validité d'un acte communautaire qu'après avoir soumis cette question à l'appréciation de la Cour de Justice au titre de l'article 177.

Il existe toutefois des cas où le renvoi ne s'impose guère. La Cour de Justice a ainsi jugé que "si l'article 177, dernier alinéa, oblige, *sans aucune restriction*, les juridictions nationales... dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, à soumettre à la Cour toute question d'interprétation soulevée devant elles, l'autorité de l'interprétation donnée par celle-ci en vertu de l'article 177 peut cependant priver cette obligation de sa cause, et la vider ainsi de son contenu; qu'il en est notamment ainsi *quand la question soulevée est matériellement identique à une question ayant déjà fait l'objet d'une décision à titre préjudiciel dans une affaire analogue*"⁽³¹⁾. Mais la Cour a ajouté "qu'il n'en est pas moins vrai que l'article 177 permet toujours à une juridiction nationale, si elle le juge opportun, de déférer à nouveau à la Cour des questions d'interprétation"; même si celles-ci ont déjà fait l'objet d'une telle décision antérieure⁽³²⁾.

4. *Objet et limite de la compétence de la Cour*

La compétence qu'exerce la Cour de Justice au titre de l'article 177 est fondée sur un *respect scrupuleux des compétences respectives* de la Cour et des juridictions nationales. Ce principe général a conduit la Cour à dégager, dans une jurisprudence abondante, les trois règles suivantes:

- Le juge national est seul compétent pour apprécier la pertinence et l'opportunité des questions;

(31) CJCE, 27 Mars 1963, aff. 28-30/62, Da Costa (Rec. 1963, p. 59).

(32) Ibid.; CJCE, 24 juin 1969, aff. 29/68, Milch, Fett-und Eierkontor (Rec. 1969, p. 165).

- La Cour donne une interprétation abstraite de la règle communautaire et n'intervient pas dans son application au cas considéré;
- La Cour ne se prononce que sur l'interprétation ou la validité du droit communautaire, à l'exclusion du droit national.

a) C'est au juge national qu'il appartient de déterminer souverainement le cadre du recours préjudiciel.

Sa responsabilité autonome et sa compétence propre dans le mécanisme de coopération institué par l'article 177 résident essentiellement dans les considérations qui l'amènent au choix des questions posées et dans l'appréciation de leur opportunité pour l'application du droit communautaire dans l'affaire dont il est saisi. La Cour de Justice n'a pas à s'immiscer dans ces considérations et appréciation.

La Cour a souligné cette autonomie du juge national par des motivations constantes suivant lesquelles "l'article 177, basé sur une *nette séparation de fonctions* entre les juridictions nationales et la Cour, *ne permet à celle-ci* ni de connaître les faits de l'espèce, *ni de censurer les motifs et objectifs de la demande d'interprétation*"⁽³³⁾ et "les considérations qui ont pu guider une juridiction nationale dans le choix de ces questions ainsi que la pertinence qu'elle entend leur attribuer dans le cadre d'un litige soumis à son jugement, restent soustraites à l'appréciation de la Cour"⁽³⁴⁾.

b) D'autre part, lorsqu'elle statue dans le cadre de l'article 177, *la Cour de Justice se borne à déduire* de la lettre et de l'esprit *des traités la signification des normes communautaires, mais elle n'est pas compétente pour se prononcer sur l'application de ces normes au cas d'espèce*⁽³⁵⁾.

Dans le cadre de la coopérations judiciaire instituée par l'article 177 entre elle et les juridictions nationales, la Cour s'estime cependant habilitée

(33) CJCE, 15 juillet 1964, aff. 6/64 Costa/Enel (Rec. 1964, p. 1158); 4 février 1965, aff. 20/64 Albatros (Rec. 1965, vol. 3: 2); 19 décembre 1968, aff. 13/68 Salgoil (Rec. 1968, p. 661); 9 juillet 1969, aff. 10/69 Portelange (Rec. 1969, p. 309); 30 avril 1974, aff. 155/73 Sacchi (Rec. 1974, p. 409); 5 octobre 1977, aff. 5/77 Tedeschi (Rec. 1977, p. 1555); 13 mars 1979, aff. 86/78 Peureux (Rec. 1979, p. 897).

(34) CJCE, 5 février 1963, aff. 26/62 Van Gend & Loos (Rec. 1963, p. 3); 30 juin 1966, aff. 56/65 LTM (Rec. 1966, p. 337); 20 mai 1976, aff. 111/75 Impresa... (Rec. 1976, p. 657); 30 novembre 1977, aff. 52/77 Cayrol (Rec. 1977, p. 2261).

(35) CJCE, 27 mars 1963, aff. 28-30/62 Da Costa/(Rec. 1963, p. 59); 15 juillet 1964, aff. 100/63, Van der Veen (Rec. 1964, p. 1105); 2 décembre 1964, aff. 24/64 Dingemans (Rec. 1964, p. 1259); 7 mai 1969, aff. 28/68 Torrekens (Rec. 1969, p. 125); 8 décembre 1970, aff. 28/70 Witt (Rec. 1971, p. 1021); 16 mars 1978, aff. 117/77 Drenthe (Rec. 1978, p. 825); 28 mars 1979, aff. 222/78 ICAP (Rec. 1979, p. 1163).

à "dégager du libellé imparfaitement formulé par la juridiction nationale les seuls éléments relevant de l'interprétation du droit communautaire"⁽³⁶⁾.

La Cour doit donc *interpréter le droit communautaire de manière abstraite*, indépendamment des circonstances matérielles du cas ayant donné lieu au litige de base, et éviter toute immixtion dans les compétences de la juridiction nationale.

Toutefois, dans le but d'aider le juge national et lui permettre de dégager les éléments nécessaires à son jugement, la Cour est parfois amenée à assortir cette interprétation abstraite d'indications suffisamment précises pour son application, de telle sorte que la distinction entre interprétation et application s'estompe et que le litige de base s'en trouve en fait tranché; tel est le cas notamment lorsque la juridiction nationale demande si un produit déterminé tombe ou non sous l'application d'une disposition de droit communautaire⁽³⁷⁾, ou lorsque la Cour est conduite à mettre l'accent sur la liberté de jugement laissé à la juridiction nationale pour apprécier si et dans quelle mesure la règle dont l'interprétation est demandée doit être appliquée au cas d'espèce⁽³⁸⁾.

En ce qui concerne les questions relatives à la validité des actes pris par les institutions, la distinction entre l'application par la juridiction nationale et l'appréciation de validité par la Cour ne soulève guère de difficulté. Cette appréciation est de nature objective, et la Cour peut statuer sur ce point en faisant abstraction des particularités du litige de base.

c) Enfin, la *compétence attribuée à la Cour de Justice par l'article 177 ne porte que sur le droit communautaire, et non sur le droit national.*

La Cour ne se prononce donc pas sur l'interprétation des dispositions de droit interne⁽³⁹⁾, *ni sur la compatibilité d'une mesure de caractère national avec le droit communautaire*⁽⁴⁰⁾, ni même sur les caractéristiques ou la qualification juridique d'un règlement national déterminé par rapport aux catégories du droit communautaire⁽⁴¹⁾.

⁽³⁶⁾ CJCE, 15 juillet 1964, aff. 6/64 Costa/Enel (Rec. 1964, p. 1141); 4 février 1965, aff. 20/64 Albatros (Rec. 1965, vol. 3 : 2); 9 juillet 1969, aff. 5/69 Völk (Rec. 1969, p. 295); 8 juin 1971, aff. 78/70 Deutsche Grammophon (Rec. 1971, p. 487) 14 juillet 1971, aff. 10/71, Muller (Rec. 1971, p. 723).

⁽³⁷⁾ CJCE, 8 décembre 1970, aff. 28/70 Witt (Rec. 1971, p. 1021).

⁽³⁸⁾ CJCE, 27 mars 1974, aff. 127/73 BRT/SABAM (Rec. 1974, p. 499); 22 mars 1972, aff. 80/71 Merluzzi (Rec. 1972, p. 180).

⁽³⁹⁾ CJCE, 8 juin 1971, aff. 78/77 Deutsche Grammophon (Rec. 1971, p. 499); 22 mars 1972, aff. 80/71 Merluzzi (Rec. 1972, p. 180).

⁽⁴⁰⁾ CJCE, 15 juillet 1964, aff. 6/64 Costa/Enel (Rec. 1964, p. 1141); 15 juillet 1964, aff. 100/63 Van Der Veen (Rec. 1964, p. 1105); 17 décembre 1970, aff. 30/70 Scheer (Rec. 1970, p. 1206); 14 juillet 1971, aff. 10/71, Port de Mertert (Rec. 1971, p. 729).

⁽⁴¹⁾ CJCE, 6 octobre 1970, aff. 9/70 Franz Grade (Rec. 1970, p. 842).

Toutefois, la Cour s'est également efforcée dans ce domaine de rendre la coopération avec le juge national aussi efficace que possible. Elle s'est attachée à fournir à la juridiction nationale "tous les éléments d'interprétation relevant du droit communautaire, qui peuvent lui permettre de juger de la compatibilité, avec le droit communautaire, des dispositions de la loi nationale"⁽⁴²⁾, ou à lui fournir un "fil conducteur" qui peut lui être utile dans "l'appréciation des effets" de la loi nationale⁽⁴³⁾. Cette manière d'appliquer la règle est importante, car l'expérience montre qu'un grand nombre de demandes préjudicielles découlent indirectement d'une question portant sur la compatibilité des mesures nationales avec les règles communautaires.

C — Procédure concernant les demandes préjudicielles

La procédure de l'article 177 est une *procédure non contentieuse*, qui revêt le caractère d'un *incident* soulevé au cours d'un litige pendant devant la juridiction nationale. Elle est caractérisée par son *absence de formalisme*, sa *simplicité* et sa *rapidité*.

1. *Forme de la saisine de la Cour*

Aucune *forme particulière* n'est requise de la part des juridictions nationales.

Aux termes de l'article 20 du Protocole sur le statut de la Cour de Justice, la décision de la juridiction nationale qui saisit la Cour est notifiée à celle-ci à la diligence de cette juridiction nationale. La Cour a précisé que "le traité ne prévoit ni explicitement ni implicitement la forme dans laquelle la juridiction nationale doit présenter sa demande de décision préjudicielle"⁽⁴⁴⁾. En général, la juridiction nationale rend une décision ayant la caractéristique d'une ordonnance, que est communiquée par son greffier au greffier de la Cour. Toutefois, la Cour se considère comme valablement saisie par une simple lettre du Président de la juridiction nationale qui lui soumet la question. Elle s'est aussi estimée saisie valablement alors même que le tribunal national ne lui ait pas formellement demandé de statuer sur la question en cause; il s'était borné à surseoir à statuer et à renvoyer les parties de-

⁽⁴²⁾ CJCE, 17 décembre 1970, aff. 30/70 Scheer (Rec. 1970, p. 1197); 16 novembre 1972, aff. 14/72 Heinze (Rec. 1972, p. 1105); 17 février 1976, aff. 45/75 Rewe Zentrale (Rec. 1976, p. 181); 23 novembre 1977, aff. 38/77 Enka (Rec. 1977, p. 2203); 1er décembre 1977, aff. 66/77 Kuyken (Rec. 1977, p. 2311); 29 juin 1978, aff. 154/77 Dechmann (Rec. 1978, p. 1571); 18 janvier 1979, aff. 110/78 Rec. 1979, p. 35); 13 mars 1978, aff. 119/78 Peureux (Rec. 1979, p. 897).

⁽⁴³⁾ CJCE, 11 avril 1973, aff. 76/72 Michel S. (Rec. 1973, p. 463).

⁽⁴⁴⁾ CJCE, 6 avril 1962, aff. 13/61 Bosch (Rec. 1962, p. 91).

vant la Cour, et son greffier avait envoyé le dossier au greffier de la Cour⁽⁴⁵⁾. Il est intéressant d'observer que, si la Cour a parfois considéré qu'elle était incompétente pour statuer sur certaines questions qui lui ont été soumises (parce qu'elle ne concernaient pas le droit communautaire, ou qu'elles constituaient un détournement de procédure)⁽⁴⁶⁾, elle n'a cependant jamais déclaré de telles demandes irrecevables.

La formulation des demandes et questions soumises à la Cour est pareillement exempte de tout formalisme.

La Cour a admis, en effet, "qu'il est loisible au juge national de libeller sa demande dans une *forme directe et simple* qui laisse à la Cour de Justice le soin de ne statuer sur cette demande que dans les limites de sa compétence"⁽⁴⁷⁾. Elle procède le cas échéant à une nouvelle formulation des questions, de manière à dégager les éléments de droit communautaire sur lesquels elle a compétence de statuer⁽⁴⁸⁾. Enfin, si la question du juge national est insuffisamment structurée, la Cour s'efforce d'en préciser les contours⁽⁴⁹⁾.

"La nécessité toutefois de parvenir à une interprétation utile des textes litigieux justifie *l'énoncé par la juridiction nationale du cadre juridique* dans lequel doit se placer l'interprétation demandée"⁽⁵⁰⁾. Il importe en effet que le juge national indique à la Cour, sous une forme ou une autre, la portée et l'intérêt de la question posée, de manière à lui permettre d'en donner une interprétation utile à la solution du litige dans le respect du droit communautaire.

2. *Procédure devant la Cour*

La décision de la juridiction nationale qui saisit la Cour d'une demande préjudicielle est *notifiée* par les soins du greffier de la Cour *aux parties en cause, aux Etats membres et à la Commission, ainsi qu'au Conseil si l'acte dont la validité ou l'interprétation est contestée émane de celui-ci*.

Dans un délai de deux mois à compter de cette notification, les parties, les Etats membres, la Commission, et le cas échéant le Conseil, ont le *droit* — mais non pas l'obligation — de *déposer devant la Cour des mémoires ou de observations écrites*. L'expérience nous enseigne que la Commission (en

(45) CJCE, 15 juillet 1964, aff. 100/63 Van der Veen (Rec. 1964, p. 1107).

(46) CJCE, 11 mars 1980, aff. 104/79 Foglia (non encore publiée).

(47) CJCE, 6 avril 1962, aff. 13/61 Bosch (Rec. 1962, p. 91); 12 mai 1964, aff. 101/63 Wagner (Rec. 1964, p. 383).

(48) Cf. § B.4.c) ci-dessus, et références indiquées aux footnotes (39) et (40).

En outre : CJCE, 4 février 1965, aff. 20/64 Albatros (Rec. 1965, vol. 3 : 2); 21 mars 1972, aff. 82/71 Sail (Rec. 1972, p. 119).

(49) CJCE, 18 janvier 1979, aff. 110-111/78. ch. Syndic. agents artistiques (Rec. 1979, p. 35).

(50) CJCE, 14 juillet 1971, aff. 14/71 Günther Henck (Rec. 1971, p. 779).

sa qualité de "gardienne" des traités) dépose de tels mémoires dans toutes les affaires soumises à la Cour, que les parties en déposent le plus souvent (car elles sont directement intéressées aux réponses que la Cour est appelée à donner sur les questions litigieuses), que l'un ou l'autre Etat membre dépose parfois des mémoires ou observations (notamment lorsqu'est mise en cause une mesure nationale litigieuse), et que le Conseil se limite en général à présenter en mémoire lorsqu'est mise en cause la validité d'un acte qui émane de cette institution.

Après clôture de la phase écrite de la procédure, se déroule la phase orale au cours de laquelle les mêmes parties, Etats membres, Commission, et le cas échéant Conseil, ont la faculté de présenter oralement des observations complémentaires (destinées le plus souvent à répondre aux observations déposées dans les autres mémoires écrits) au cours d'une audience fixée par la Cour. L'avocat général présente ses conclusions lors d'une audience ultérieure. Enfin, la Cour rend son arrêt en général dans le mois que suit.

3. *Rapidité et gratuité*

Dans un souci d'efficacité, la Cour de Justice s'est toujours attachée à donner au déroulement des procédures préjudicielles une *priorité sur les autres affaires* dont elle est saisie, afin d'éviter tout retard qui serait de nature à allonger inutilement le délai découlant de telles procédures pour le règlement des litiges de base pendants devant les juridictions nationales qui la consentent.

Aussi, le délai d'une procédure préjudicielle est-il remarquablement bref. Il s'écoule en général, et sauf incident exceptionnel, environ sept à huit mois entre la saisine de la Cour par la juridiction nationale et l'arrêt de la Cour clôturant la procédure.

D'autre part, les procédures préjudicielles ne comportent *aucun frais*.

La procédure devant la Cour est totalement gratuite (les notifications du greffier ne donnent lieu à aucun dépens récupérable). Les frais exposés par les Etats membres et les institutions communautaires qui soumettent des observations à la Cour ne peuvent faire l'objet d'aucun remboursement. Enfin, la procédure préjudicielle revêt à l'égard des parties à la procédure principale le caractère d'un incident devant la juridiction principale; c'est donc à celle-ci qu'il appartient de statuer sur la liquidation des dépens et le caractère récupérable éventuel des frais exposés par ces parties aux fins de la procédure préjudicielle, suivant les dispositions de droit interne⁽⁵¹⁾.

⁽⁵¹⁾ CJCE, 1er mars 1973, aff. 62/72 Bollmann (Rec. 1973, p. 275).

D — Object et portée des arrêts de la Cour

1. La forme des arrêts rendus par la Cour de Justice au titre de l'article 177 découle du caractère incident et non contentieux des recours préjudiciels.

- L'intitulé des arrêts est ainsi conçu: "Dans l'affaire n° ... ayant pour objet une demande adressée à la Cour, en application de l'article 177 du traité CEE, par ... (indication de la juridiction nationale de renvoi) et tendant à obtenir, dans un litige pendant devant cette juridiction entre... (indication des parties en cause devant la juridiction nationale), une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation de... (indication des dispositions dont l'interprétation est demandée à la Cour)". Cette rédaction sépare ainsi nettement la demande présentée par le juge national du litige dont celui-ci est saisi et que la Cour n'a pas à trancher.
- Dans le corps de l'arrêt, il n'est pas question de "conclusions" des parties, mais bien des "observations" écrites qui ont été présentées en vertu de l'article 20 du Protocole sur le statut de la Cour de Justice.
- Dans le dispositif de ses arrêts, la Cour "dit pour droit" l'interprétation qu'il convient de donner à la disposition de droit communautaire litigieuse; elle n'ordonne jamais. Ce n'est que lorsqu'elle statue à titre préjudiciel sur la validité d'un acte communautaire qu'elle utilise les termes "déclare et arrête"⁽⁵²⁾.

2. Les arrêts rendus par la Cour sont naturellement motivés, et le dispositif d'un arrêt en interprétation rendu sur la base de l'article 177 du traité doit être compris à la lumière des motifs⁽⁵³⁾. Cette motivation a pour objet d'indiquer les fondements et les raisons de l'interprétation donnée ou les causes de l'invalidation déclarée. C'est dans la motivation que le juge national puisera le plus souvent les éléments nécessaires pour lui permettre d'appliquer correctement le droit communautaire lorsqu'il statue sur le litige dont il est saisi, et que lui sera éventuellement indiqué le "fil conducteur" qui peut lui être utile dans l'appréciation des effets d'une règle nationale et de sa compatibilité avec le droit communautaire⁽⁵⁴⁾.

3. Les méthodes retenues par la Cour pour interpréter les normes du droit communautaire, ou pour en apprécier la validité, découlent des caractéristiques particulières de l'ordre juridique communautaire.

⁽⁵²⁾ CJCE, 1er décembre 1965, aff. 16/65 Schwarze (Rec. 1965, p. 1099).

⁽⁵³⁾ CJCE, 16 mars 1978, aff. 135/77 Bosch (Rec. 1978, p. 855).

⁽⁵⁴⁾ Cf. § B.4. ci-dessus.

La nécessité d'une application et dès lors d'une interprétation uniforme exclut qu'une disposition communautaire arrêtée conjointement dans toutes les langues de la Communauté et applicable dans l'ensemble des Etats membres soit considérée isolément dans une seule de ces langues. Elle exige que cette disposition soit interprétée *à la lumière notamment des versions linguistiques établies dans toutes les langues*⁽⁵⁵⁾, et sans qu'une préférence puisse être donnée à l'une quelconque de ces versions⁽⁵⁶⁾.

D'autre part, la Cour s'efforce de dégager l'*effet utile* d'une norme soumise à son appréciation. Elle se fonde, en cas de doute, tant sur la volonté réelle de son auteur et des objectifs poursuivis par ce dernier⁽⁵⁷⁾, que sur l'économie générale et la finalité de la réglementation dont la norme litigieuse constitue un élément⁽⁵⁸⁾. Pour déterminer le sens caché d'une disposition obscure, elle se réfère au contexte de cette disposition, en la confrontant avec celles qui l'entourent ou en remontant à sa source (un règlement d'application sera interprété à la lumière du règlement de base dont il constitue une norme d'exécution, et le règlement de base sera lui-même interprété en fonction de la disposition du traité qu'il a pour objet de mettre en œuvre).

4. Un arrêt rendu par la Cour de Justice à titre préjudiciel "a pour objet de trancher une question de droit et *lie le juge national* quant à l'interprétation des dispositions et actes communautaires en cause"⁽⁵⁹⁾. L'interprétation donnée par la Cour s'impose donc à la juridiction nationale appelée à trancher le litige à l'occasion duquel la décision préjudicielle est intervenue.

Mais la juridiction nationale reste libre de "juger si elle est suffisamment éclairée par la décision préjudicielle rendue, ou s'il est nécessaire de saisir de nouveau la Cour" en vue d'obtenir des précisions complémentaires⁽⁶⁰⁾.

D'autre part, en ce qui concerne les décisions préjudicielles déclarant invalide une disposition de droit communautaire, "il appartient en premier lieu aux autorités nationales de tirer les conséquences dans leur ordre juridique de la déclaration d'une telle invalidité, prononcée dans le cadre de l'article 177 du traité CEE", pour apprécier notamment la légalité d'un

(55) CJCE, 5 décembre 1967, aff. 19/67 Verzekeringsbank/Van der Vecke (Rec. 1967, p. 445); 12 novembre 1969, aff. 29/69 Stauder (Rec. 1979, p. 419).

(56) CJCE, 3 mars 1977, aff. 80/76 North Kerry Milk Products (Rec. 1977, p. 425).

(57) CJCE, 12 novembre 1969, aff. 29/69 Stauder (Rec. 1969, p. 419).

(58) CJCE, 27 octobre 1977, aff. 30/77 Bouchereau (Rec. 1977, p. 1999).

(59) CJCE, 3 février 1977, aff. 52/76 Luigi Benedetti (Rec. 1977, p. 163).

(60) CJCE, 24 juin 1969, aff. 28/68, Milch, Fett-und Eierkontor (Rec. 1969 p. 180).

acte législatif national qui serait incompatible avec la disposition communautaire déclarée invalide⁽⁶¹⁾.

Si les décisions préjudicielles de la Cour n'ont sans doute qu'une *autorité relative* qui s'impose seulement à l'égard de la juridiction nationale de renvoi, elles n'en revêtent pas moins une *valeur jurisprudentielle* pour les autres juridictions appelées à connaître des dispositions communautaires ainsi interprétés. Bien que les juridictions de dernière instance soient sans doute obligées de consulter la Cour sur toute question d'interprétation du droit communautaire soulevée devant elles, l'autorité de l'interprétation donnée par la Cour en vertu de l'article 177 peut cependant priver cette obligation de sa cause, notamment "quand la question soulevée est matériellement identique à une question ayant déjà fait l'objet d'une décision à titre préjudiciel dans une affaire analogue"⁽⁶¹⁾. Mais il appartient à la Cour de vérifier la présence ou l'absence d'éléments nouveaux justifiant la nouvelle demande d'interprétation, notamment l'identité matérielle des données du litige et l'identité de la question posée; dans le cas où il apparaît que rien ne justifie la demande nouvelle, la Cour décide qu'il n'y a pas lieu à nouvelle interprétation et renvoie le juge national à la réponse antérieure⁽⁶²⁾.

En matière d'appréciation de validité — et en particulier dans le cas d'une décision de la Cour déclarant invalide une disposition de droit communautaire — la Cour ne semble pas encore avoir eu l'occasion de se prononcer sur l'autorité d'une telle décision. La doctrine hésite à admettre qu'on puisse leur attribuer une valeur absolue qui permette à d'autres juridictions, saisies d'un litige mettant en cause l'application de la disposition déclarée invalide dans une affaire distincte, de se dispenser de s'adresser à nouveau à la Cour pour voir reconnaître l'inapplicabilité de la disposition litigieuse.

III. Application par les juridictions nationales

1. L'utilisation de la procédure de recours préjudiciel par les juridictions nationales des Etats membres a démarré avec lenteur. Le premier recours date de 1961; il émanait de la Cour d'appel de la Haye, et portait sur l'interprétation des dispositions du traité CEE concernant les ententes entre entreprises et les accords de représentation exclusive⁽⁶³⁾. Cette absence de tels recours pendant les premières années de fonctionnement de la Communauté est peut-être due à une certaine hésitation des juridictions nationales envers

(61) CJCE, 30 octobre 1975, aff. 23/75 Rey Soda (Rec. 1975, p. 1307).

(62) CJCE, 9 décembre 1965, aff. 44/65 Hessische Krappschaft (Rec. 1965, p. 1192).

(63) Affaire 13/61, Bosch (Rec. 1962, p. 89).

une procédure originale qui se heurtait aux conceptions traditionnelles et notamment à la compétence souveraine des juridictions suprêmes. Elle s'explique plus probablement par le fait que les litiges dont elles avaient à connaître ne portaient guère encore sur l'application de dispositions du droit communautaire.

Depuis lors, le nombre des recours préjudiciels s'est accru chaque année, et singulièrement depuis 1970 — avec l'expiration de la période de transition et les conséquences qui en résultèrent pour les particuliers en raison de l'applicabilité directe de nombreuses dispositions fondamentales du traité et des intérêts personnels qu'ils pouvaient en tirer, notamment dans le domaine de la libre circulation des personnes —, pour connaître un *développement spectaculaire au cours des dernières années*, de telle sorte que les demandes préjudicielles en interprétation ou validité émanant des juridictions nationales constituent la *part prépondérante des affaires dont la Cour de Justice est appelée à connaître*. Ainsi, au cours de la seule année 1979, sur les 138 arrêts rendus par la Cour (contre 97 en 1978), 83 arrêts concernaient des affaires portant sur des questions posées à titre préjudiciel par des juridictions nationales sur l'interprétation de dispositions de droit communautaire ou sur leur validité; au cours de la même année 1979, la Cour a été saisie de 106 demandes de décision préjudicielles, dont 33 émanent de juridictions allemandes (dont 2 du "Bundesgerichtshof"), 19 de juridictions italiennes (dont 7 de la Cour de Cassation), 18 de juridictions françaises (dont 2 de la Cour de Cassation et 2 du Conseil d'Etat), 13 de juridictions belges (dont 6 de la Cour de Cassation), 11 de juridictions des Pays-Bas (dont 1 du "Hoge Raad"), 8 de juridictions du Royaume-Uni (dont 1 de la Chambre des Lords et 1 de la "Court of Appeal"), 2 de juridictions d'Irlande (provenant de la "High Court" et du "Chuirte Chuarda"), 1 d'une juridiction danoise et 1 d'une juridiction luxembourgeoise. Enfin, sur un total de 1.194 affaires introduites à la Cour au 31 décembre 1979 en vertu du traité CEE, 715 l'ont été au titre de l'article 177 de ce traité, auxquelles il convient d'ajouter 23 affaires au titre du protocole concernant l'interprétation de la convention de 1968 relative à la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ce qui représente plus de 60%, et ce pourcentage tend à augmenter encore)⁽⁶⁴⁾.

2. Les recours préjudiciels dont la Cour de Justice a été saisie émanent de juridictions de tous les Etats membres, y compris les trois nouveaux Etats membres, qui ont adhéré à la Communauté en 1973. Sous réserve de cer-

⁽⁶⁴⁾ Cf. tableau en Annexe (extrait du 13^e Rapport général de la Commission sur l'activité des Communautés européennes) : Recours répartis par types d'affaires (traité CEE) — état au 31 décembre 1979.

tains cas regrettables d'application incorrecte dans le passé (notamment par la Cour de Cassation de France, qui s'est parfois prononcée elle-même sur l'interprétation de certaines dispositions de droit communautaire dont le sens lui paraissait suffisamment clair), *l'obligation de renvoi imposée aux juridictions de dernière instance est actuellement respecté en général par les juridictions suprêmes de l'ordre judiciaire de tous les Etats membres*⁽⁶⁵⁾; elle n'a en particulier soulevé aucune difficulté, semble-t-il, de la part de la Chambre des Lords, qui est la juridiction suprême du Royaume-Uni et dont on avait craint certaines réticences à cet égard en raison de la nature particulière de ses compétences traditionnelles. En outre, de nombreuses juridictions inférieures (notamment plusieurs juridictions locales du nord de l'Italie) et des juridictions spécialisées de certains Etats membres font un usage systématique et abondant de la procédure de recours préjudiciel.

Il y a cependant une juridiction nationale dont certaines décisions ont reconnu de manière flagrante de répétée l'obligation de renvoi à la Cour de Justice que lui est imposée par l'article 177, dernier alinéa du traité: c'est le *Conseil d'Etat français*. Bien qu'il ait saisi la Cour de questions préjudicielles dans plusieurs autres affaires et qu'il ne s'agisse donc pas de sa part d'un refus systématique et délibéré de respecter cette obligation, il a considéré à diverses reprises qu'une telle saisine ne s'imposait pas pour le motif que la disposition communautaire en cause lui paraissait parfaitement claire. Cette approche, consistant à appliquer pour l'interprétations du droit communautaire la *théorie de l'"acte clair"* généralement admise en droit français, est d'autant plus *répréhensible* qu'elle a conduit le Conseil d'Etat à retenir précisément des interprétations discutables, voire même contraires à celles données par la Cour de Justice. Ainsi:

- dans un arrêt du 19 juin 1964 ("Société des Pétroles Shell-Berre"), le Conseil d'Etat, après avoir posé le principe de la théorie de l'acte clair, a considéré l'article 37 du traité CEE (concernant l'obligation pour les Etats membres d'aménager progressivement, au cours de la période de transition, les monopoles nationaux présentant un caractère commercial) comme une disposition parfaitement claire ne nécessitant aucune interprétation particulière de la Cour de Justice. Or, rien n'était moins clair précisément dans le traité de Rome que la portée des dispositions de son article 37, qui a suscité de vives

(65) Au sujet des difficultés soulevées dans l'application de la procédure de recours préjudiciel par les juridictions des Etats membres, voir G. BEBR "Article 177 of the EEC treaty in the practice of national courts" dans "International and Comparative Law Quarterly", vol. 26, p. 241-282).

controverses doctrinales jusqu'à ce que la Cour de Justice ait été appelée à en clarifier l'interprétation⁽⁶⁶⁾.

- dans un arrêt récent du 12 décembre 1978 ("Cohn-Bendit"), le litige portait en premier lieu sur l'effet direct de l'article 6 de la directive du Conseil du 25 février 1964 (sur la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique), que, dans une autre affaire⁽⁶⁷⁾, la Cour de Justice avait déclaré être directement applicable et susceptible d'être invoquée par les particuliers devant les juridictions nationales. Interprétant lui-même l'article 189 du traité dans un sens qu'il affirma être parfaitement clair, et ignorant cette jurisprudence de la Cour sans chercher à en obtenir, par renvoi préjudiciel, une confirmation, le Conseil d'Etat a considéré que les "directives" de la Communauté ne pouvaient en aucun cas produire des effets directs pouvant être invoqués par des particuliers.

Cette approche, purement nationale, du droit communautaire, traduit évidemment une méconnaissance grave des nécessités d'une application uniforme des règles communes, que le mécanisme du renvoi préjudiciel à la Cour de Justice a précisément pour but d'assurer. Elle est de nature à mettre en péril les fondements mêmes de l'ordre juridique communautaire et suscite dès lors une profonde préoccupation.

3. Existe-t-il des *sanctions* en cas de violation de l'obligation de renvoi à la Cour de Justice par une juridiction nationale de dernière instance?

La seule sanction possible réside dans la procédure de l'article 169 du traité CEE, qui habilite la Commission à *poursuivre l'Etat membre* que a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu du traité. La Cour de Justice a en effet jugé à maintes reprises que, au regard de l'article 169 du traité, les Etats membres sont engagés quel que soit l'organe de l'Etat dont l'action est à l'origine du manquement, et qu'ils ne sauraient exciper de dispositions ou pratiques de leur ordre interne pour justifier le non-respect des obligations qui leur incombent en vertu du traité; il leur appartient d'adapter, au besoin, de telles dispositions ou pratiques de manière qu'elles ne constituent pas un obstacle à l'exécution de ces obligations⁽⁶⁸⁾. Bien

⁽⁶⁶⁾ CJCE, 3 février 1976, aff. 59/75 Manghera (Rec. 1976, p. 91); 11 février 1976, aff. 45/75 Rewe-Zentrale (Rec. 1976, p. 181), et aff. 91/75, Miritz (Rec. 1976, p. 217); 13 mars 1979, aff. 86/78 Peureux (Rec. 1979, p. 897), 91/78, Hansen (Rec. 1979, p. 935) et 119/78 Peureux II (Rec. 1979, p. 975). Cf. R.C. BERAUD "L'aménagement des monopoles nationaux prévu à l'article 37 du traité à la lumière des récents développements jurisprudentiels" (dans "Revue trimestrielle de droit européen" 1979, p. 573).

⁽⁶⁷⁾ CJCE, 28 octobre 1976, aff. 36/75 Rutili (Rec. 1975, p. 1219).

⁽⁶⁸⁾ CJCE, 8 février 1973, aff. 30/72 Commission/Italie (Rec. 1973, p. 172); 26 février 1976, aff. 52/75 Commission/Italie (Rec. 1976, p. 285).

qu'une telle procédure n'ait encore jamais été utilisée dans pareil cas, on pourrait donc concevoir qu'elle soit engagée contre un Etat membre dont une juridiction de dernière instance aurait méconnu l'obligation qui incombe à cet Etat en vertu de l'article 177, dernier alinéa, du traité CEE; dans le cas où la Cour de Justice serait ainsi amenée à reconnaître ce manquement, il appartiendrait à cet Etat, conformément à l'article 171 du traité, de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour.

Mais il faut reconnaître que la perspective d'une telle sanction paraît à la fois théorique et délicate, dans la mesure où, d'une part une méconnaissance par une juridiction nationale de l'obligation de renvoi à la Cour ne résulte pas d'un refus systématique et délibéré de respecter cette obligation mais plutôt d'une application erronée, plus ou moins consciente, dans certains cas déterminés, et d'autre part cette procédure ne manquerait pas d'être considérée comme étant de nature à affecter l'indépendance du pouvoir judiciaire.

De même qu'aucune sanction n'existe dans nos Etats membres, dont la constitution est fondée sur le principe de la séparation des pouvoirs, à l'encontre d'un juge qui a fait une application erronée de dispositions du droit national, il n'est pas admissible de sanctionner un juge national qui aurait appliqué erronément des dispositions de droit communautaire sur la base desquelles il est appelé à statuer dans les litiges dont il a à connaître. Son erreur de jugement est une erreur "humaine", qui relève de son pouvoir souverain d'appréciation et ne peut être assimilée à une méconnaissance par l'Etat membre des obligations qui incombent à celui-ci en vertu du traité.

L'engagement de cette procédure ne semble donc pouvoir être raisonnablement envisagé que si une juridiction nationale de dernière instance refuse de manière généralisée de respecter l'obligation de renvoi à la Cour de Justice, et si ce refus est fondé sur des motifs tirés d'une règle de droit interne, de nature légale ou jurisprudentielle, qui en justifie la pratique. La procédure pourrait, dans un tel cas, avoir pour objet d'obliger l'Etat membre en cause à modifier, au besoin par la voie législative, la règle nationale qui constitue la source du refus de renvoi répréhensible. Tel pourrait être le cas à l'égard de l'usage abusif fait par le Conseil d'Etat français de la théorie de l'acte clair pour l'interprétation du droit communautaire.

IV. Conclusions

La procédure de renvoi préjudiciel institué par l'article 177 du traité CEE est bien plus qu'un simple partage de compétences. Par un mécanisme subtil, par un équilibre délicat entre juridictions nationales et juridiction

communautaire, elle assure progressivement, et de manière irréversible, la formation de ce qu'on peut appeler une *conscience juridique européenne*. Non par une contrainte extérieure, mais par une coopération constante entre magistrats des États membres et magistrats de la Cour de Justice, qui sont vraiment solidaires dans l'accomplissement d'une tâche commune déterminante pour l'édification de la Communauté européenne.

1. L'application qui en a été faite dans les États membres, et les conséquences qui en ont résulté pour le développement du droit communautaire, permettent d'en dégager un *bilan très largement positif*.

- *L'importance prédominante et toujours croissante des demandes préjudicielles* par les juridictions de tous les États membres démontre que ces juridictions ont pris conscience de l'utilité et de la finalité de cette procédure. L'usage qu'elles en ont fait a permis à la Cour de Justice d'assurer l'uniformité d'interprétation du droit communautaire et de *maintenir ainsi la cohésion juridique* de la Communauté.
- La procédure préjudicielle a joué un *rôle prépondérant comme source de développement spectaculaire du droit communautaire*. Elle a donné à la Cour de Justice l'occasion d'affirmer et de développer les principes fondamentaux de l'ordre juridique communautaire. Des exemples frappants illustrent la *portée déterminante de la jurisprudence* de la Cour qui découle des arrêts rendus sur des demandes formées à titre préjudiciel par des juridictions nationales. Il suffit de rappeler que c'est dans de tels arrêts que la Cour a dégagé la nature particulière du traité et de l'ordre juridique qu'il instaure, pour en déduire les conséquences décisives quant à *l'applicabilité directe* du droit communautaire⁽⁶⁹⁾ où quant au caractère de *primauté* qu'il revêt par rapport au droit national⁽⁷⁰⁾; c'est également dans de tels arrêts de principe que la Cour a défini les effets directs qui s'attachent à de nombreuses dispositions du traité⁽⁷¹⁾, ainsi qu'à certaines dispositions de "décisions"⁽⁷²⁾ ou de "directives"⁽⁷³⁾ communautaires adressées aux États membres.
- ce bilan positif est le résultat d'un effort *constant et remarquable accompli par la Cour de Justice* à cet égard. Effort conceptuel assu-

(69) CJCE, 5 février 1963, aff. 26/62 "Ven Gend § Loos", (Rec. 1963, p. 3).

(70) CJCE, 15 juillet 1964, aff. 6/64 Costa/Enel (Rec. 1964, p. 1141).

(71) Cf. notamment CJCE, 21 juin 1974, aff. 2/74 Reyners (Rec. 1974, p. 648), et 3 décembre 1974, aff. 33/74 Van Binsbergen (Rec. 1974, p. 1310), en ce qui concerne l'applicabilité directe des articles 52 et 59 du traité CEE.

(72) CJCE, 6 octobre 1970, aff. 9/70 Franz Grad (Rec. 1970, p. 837).

(73) CJCE, 17 décembre 1970, aff. 33/70 SACE (Rec. 1970, p. 1224).

qu'une telle procédure n'ait encore jamais été utilisée dans pareil cas, on pourrait donc concevoir qu'elle soit engagée contre un Etat membre dont une juridiction de dernière instance aurait méconnu l'obligation qui incombe à cet Etat en vertu de l'article 177, dernier alinéa, du traité CEE; dans le cas où la Cour de Justice serait ainsi amenée à reconnaître ce manquement, il appartiendrait à cet Etat, conformément à l'article 171 du traité, de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour.

Mais il faut reconnaître que la perspective d'une telle sanction paraît à la fois théorique et délicate, dans la mesure où, d'une part une méconnaissance par une juridiction nationale de l'obligation de renvoi à la Cour ne résulte pas d'un refus systématique et délibéré de respecter cette obligation mais plutôt d'une application erronée, plus ou moins consciente, dans certains cas déterminés, et d'autre part cette procédure ne manquerait pas d'être considérée comme étant de nature à affecter l'indépendance du pouvoir judiciaire.

De même qu'aucune sanction n'existe dans nos Etats membres, dont la constitution est fondée sur le principe de la séparation des pouvoirs, à l'encontre d'un juge qui a fait une application erronée de dispositions du droit national, il n'est pas admissible de sanctionner un juge national qui aurait appliqué erronément des dispositions de droit communautaire sur la base desquelles il est appelé à statuer dans les litiges dont il a à connaître. Son erreur de jugement est une erreur "humaine", qui relève de son pouvoir souverain d'appréciation et ne peut être assimilée à une méconnaissance par l'Etat membre des obligations qui incombent à celui-ci en vertu du traité.

L'engagement de cette procédure ne semble donc pouvoir être raisonnablement envisagé que si une juridiction nationale de dernière instance refuse de manière généralisée de respecter l'obligation de renvoi à la Cour de Justice, et si ce refus est fondé sur des motifs tirés d'une règle de droit interne, de nature légale ou jurisprudentielle, qui en justifie la pratique. La procédure pourrait, dans un tel cas, avoir pour objet d'obliger l'Etat membre en cause à modifier, au besoin par la voie législative, la règle nationale qui constitue la source du refus de renvoi répréhensible. Tel pourrait être le cas à l'égard de l'usage abusif fait par le Conseil d'Etat français de la théorie de l'acte clair pour l'interprétation du droit communautaire.

IV. Conclusions

La procédure de renvoi préjudiciel institué par l'article 177 du traité CEE est bien plus qu'un simple partage de compétences. Par un mécanisme subtil, par un équilibre délicat entre juridictions nationales et juridiction

communautaire, elle assure progressivement, et de manière irréversible, la formation de ce qu'on peut appeler une *conscience juridique européenne*. Non par une contrainte extérieure, mais par une coopération constante entre magistrats des États membres et magistrats de la Cour de Justice, qui sont vraiment solidaires dans l'accomplissement d'une tâche commune déterminante pour l'édification de la Communauté européenne.

1. L'application qui en a été faite dans les États membres, et les conséquences qui en ont résulté pour le développement du droit communautaire, permettent d'en dégager un *bilan très largement positif*.

- *L'importance prédominante et toujours croissante des demandes préjudicielles* par les juridictions de tous les États membres démontre que ces juridictions ont pris conscience de l'utilité et de la finalité de cette procédure. L'usage qu'elles en ont fait a permis à la Cour de Justice d'assurer l'uniformité d'interprétation du droit communautaire et de *maintenir ainsi la cohésion juridique* de la Communauté.
- La procédure préjudicielle a joué un *rôle prépondérant comme source de développement spectaculaire du droit communautaire*. Elle a donné à la Cour de Justice l'occasion d'affirmer et de développer les principes fondamentaux de l'ordre juridique communautaire. Des exemples frappants illustrent la *portée déterminante de la jurisprudence* de la Cour qui découle des arrêts rendus sur des demandes formées à titre préjudiciel par des juridictions nationales. Il suffit de rappeler que c'est dans de tels arrêts que la Cour a dégagé la nature particulière du traité et de l'ordre juridique qu'il instaure, pour en déduire les conséquences décisives quant à *l'applicabilité directe* du droit communautaire⁽⁶⁹⁾ où quant au caractère de *primauté* qu'il revêt par rapport au droit national⁽⁷⁰⁾; c'est également dans de tels arrêts de principe que la Cour a défini les effets directs qui s'attachent à de nombreuses dispositions du traité⁽⁷¹⁾, ainsi qu'à certaines dispositions de "décisions"⁽⁷²⁾ ou de "directives"⁽⁷³⁾ communautaires adressées aux États membres.
- ce bilan positif est le résultat d'un effort *constant et remarquable accompli par la Cour de Justice* à cet égard. Effort conceptuel assu-

(69) CJCE, 5 février 1963, aff. 26/62 "Ven Gend § Loos", (Rec. 1963, p. 3).

(70) CJCE, 15 juillet 1964, aff. 6/64 Costa/Enel (Rec. 1964, p. 1141).

(71) Cf. notamment CJCE, 21 juin 1974, aff. 2/74 Reyners (Rec. 1974, p. 648), et 3 décembre 1974, aff. 33/74 Van Binsbergen (Rec. 1974, p. 1310), en ce qui concerne l'applicabilité directe des articles 52 et 59 du traité CEE.

(72) CJCE, 6 octobre 1970, aff. 9/70 Franz Grad (Rec. 1970, p. 837).

(73) CJCE, 17 décembre 1970, aff. 33/70 SACE (Rec. 1970, p. 1224).

rant, par un raisonnement rigoureux, la cohérence d'une œuvre jurisprudentielle déterminante pour l'édification de l'ordre juridique communautaire; effort de diligence aussi pour donner toujours, malgré le nombre croissant de demandes, une réponse rapide afin de retarder aussi peu que possible le règlement des affaires pendantes devant les juridictions nationales qui la saisissent.

2. On peut cependant se demander, à la lumière des enseignements tirés de l'expérience, s'il ne conviendrait pas d'envisager *certaines améliorations en vue de corriger les conséquences regrettables* d'une application incorrecte ou du caractère insuffisamment contraignant du mécanisme de renvoi préjudiciel dans certains cas.

De manière générale, il serait sans doute utile de renforcer le lien entre la Cour de Justice et les juridictions nationales par un effort d'information plus systématique de celles-ci, tendant notamment à leur assurer une diffusion régulière des arrêts de la Cour.

Deux autres mesures, qui impliqueraient cependant une modification substantielle des dispositions de l'article 177 du traité, paraissent en outre opportunes:

- a) La distinction entre la *faculté pour les juridictions inférieures* et l'obligation pour les juridictions de dernière instance de saisir la Cour de Justice à titre préjudiciel, vaut tant pour l'interprétation que pour *l'appréciation de validité des actes* du droit communautaire.

La liberté ainsi reconnue aux juridictions inférieures d'examiner et de se prononcer elles-mêmes sur la validité des actes communautaires et d'en écarter donc le cas échéant l'application, entraîne des conséquences qui paraissent cependant indésirables. Cette latitude est en contradiction avec la compétence exclusive que l'article 173 du traité attribue à la Cour de Justice en matière de contrôle de légalité. De plus, elle va à l'encontre du principe fondamental de l'uniformité d'application des actes communautaires dans l'ensemble des États membres. En outre, elle est inconciliable avec le caractère autonome de l'ordre juridique communautaire, et en particulier avec la primauté du droit communautaire que toute juridiction inférieure pourrait mettre en échec pour le motif de non-validité. Enfin, ce pouvoir discrétionnaire des juridictions inférieures est disproportionné par rapport aux conditions dans lesquelles les actes communautaires sont généralement arrêtés (adoption par le Conseil, sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen et de comités consultatifs, après des discussions prolongées et ardues). L'article 177 reconnaît ainsi paradoxalement aux

juridictions nationales inférieures des pouvoirs de contrôle à l'égard des actes communautaires qui sont à la fois supérieurs à ceux dont elles disposent à l'égard de leurs propres lois nationales et plus étendus que ceux dont disposent les juridictions de dernière instance sur ces mêmes actes communautaires⁽⁷⁴⁾.

Il serait donc souhaitable de conférer à la Cour de Justice la compétence exclusive de se prononcer sur la validité des actes communautaires, et *d'obliger toutes les juridictions nationales* — sans faire de distinction à cet égard entre les juridictions de dernière instance et les autres — *à saisir la Cour de toute question portant sur la validité d'un tel acte*, en dissociant ainsi le sort de ces questions de celles portant sur leur interprétation.

Il convient cependant d'observer que ce souhait a peu de chances d'être réalisé dans les circonstances actuelles, car il se heurte précisément à l'opinion de certains États membres selon laquelle la faculté reconnue aux juridictions inférieures de saisir la Cour de Justice à titre préjudiciel devrait au contraire être supprimée de manière générale pour le laisser subsister la possibilité d'une telle saisine que pour les juridictions supérieures!

- b) Pour éviter les conséquences d'une interprétation erronée où d'une déclaration de non-validité d'une disposition du droit communautaire résultant d'une méconnaissance de l'obligation de renvoi par une juridiction nationale supérieure, on pourrait d'autre part concevoir l'introduction d'une faculté de recours préjudiciel particulier devant la Cour de Justice, comparable au "*recours dans l'intérêt de la loi*" connu dans certains systèmes juridiques nationaux.

Un tel recours pourrait être introduit à l'initiative de la Commission (en sa qualité de gardienne du traité), des États membres, et les cas échéant du Conseil — c'est-à-dire les institutions et États qui ont le droit de présenter des observations dans le cadre du déroulement de la procédure préjudicielle normale —, ainsi qu'à l'initiative des avocats généraux de la Cour de Justice. Il aurait pour objet de leur permettre de déférer à la Cour de Justice les décisions non susceptibles d'un recours de droit interne rendues par une juridiction nationale qui aurait elle-même, et sans en saisir la Cour, interprété une disposition de droit communautaire dans un sens qui leur paraîtrait erroné ou déclaré non valide une telle disposition. L'arrêt rendu par la Cour de Justice sur la base d'un tel recours n'aurait pas d'effet dans le cas d'espèce, et ne porterait donc pas atteinte à l'autorité de la chose jugée de la décision judiciaire nationale en cause; il ne viserait qu'à annihiler le valeur de précédent jurisprudentiel qui risquerait de s'attacher à cette décision.

(74) Cf. supra note (24).

Recours répartis par types d'affaires (traité CEE) ⁽²⁾
État au 31 décembre 1979

Nature de l'affaire	Nombre de recours introduits au titre des articles													
	173						177						Protocoles Conven- tions 220	Total général des affaires (³)
	169 et 93	170	par les gouver- nements	par les parti- culiers	par les institu- tions	Total	175	Questions de validité	Questions d'inter- prétation	Total	215			
Affaires introduites	87	2	29	199	3	231	14	101	667	715	137	23	1 194 ⁽⁷⁾	
Affaires n'ayant pas conduit à un arrêt	18	1	4	19	—	23	1	5	31	34	11	1	86 ⁽⁷⁾	
Affaires jugées	45	1	21	156	3	180	12 ⁽⁶⁾	92	559	601	112	17	959	
favorables au requérant ⁽³⁾	39	1	4	28	1	33	—	—	—	—	17	—	—	
rejets quant au fond ⁽⁴⁾	6	—	16	91	2	109	1	—	—	—	88	—	—	
rejetées comme irrecevables	—	—	1	37	—	38	10	—	—	—	7	—	—	
Affaires en cours	24	—	4	24	—	28	1	4	77	80	14	5	149	

(1) A l'exclusion des recours des agents ainsi que des affaires ayant pour objet l'interprétation du protocole sur les privilèges et immunités et du statut du personnel ivoir, à cet égard, tableau 1.

(2) Le nombre total peut être inférieur à l'addition de la rubrique, étant donné que certains recours se basent sur plusieurs articles du traité.

(3) Au moins en ce qui concerne une des demandes principales du requérant.

(4) Sont classés, dans cette rubrique, les recours qui ont été rejetés partiellement comme irrecevables et partiellement comme non fondés.

(5) Dont 1 non-lieu.

(6) Dont deux affaires n'ont pas été notifiées, mais rayées immédiatement du registre.

CONVENTIONS ENTRE LES ÉTATS MEMBRES DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES CON- CERNANT LA COMPÉTENCE JUDICIAIRE ET L'ÉXECUTION DES DÉCISIONS EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE

- Convention du 27 septembre 1968
- Protocole du 3 juin 1971
- Convention du 9 octobre 1978

PROJET DE CONVENTION SUR LA LOI APPLI- CABLE AUX OBLIGATIONS CONTRATUELLES

ANTHONY McCLELLAN

Conseiller juridique de la Commission
des Communautés européennes

I. Introduction

1. Aux termes de l'article 220 du Traité instituant la Communauté économique européenne "les États membres engageront entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants, ... la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires ainsi que des sentences arbitrales".

Les négociations entreprises à cet effet ont abouti à la signature par les six États membres originaires de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 ("la Convention de 1968") concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale⁽¹⁾. La Convention de 1968 accompagnée d'un protocole et d'une déclaration commune, est entrée en vigueur le 1^{er} février 1973, après avoir été ratifiée par tous les États signataires.

Le 3 juin 1971 ces États ont signé à Luxembourg un protocole ("le Protocole") concernant l'interprétation de la Convention par la Cour de justice des Communautés européennes⁽²⁾. Le Protocole est entré en vigueur le 1^{er} septembre 1975, à la suite de sa ratification par tous les États signataires.

Cet exposé n'engage que la responsabilité de son auteur.

(1) Supplément au Bulletin No 2-1969 des Communautés européennes; JO L 299 de 31.12.1972.

(2) Supplément 4/71 — Annexe au Bulletin des Communautés européennes 7 — 1971: JO L 204 du 2.8.1975.

2. Conformément à l'article 3 de l' "Acte relatif aux conditions d'adhésion et aux adaptations des traités" annexé au Traité d'adhésion des trois nouveaux États membres à la Communauté européenne, ces États s'engageaient à adhérer à la Convention de 1968 et au Protocole de 1971 "et à entamer à cet effet des négociations avec les États membres originaires pour y apporter les adaptations nécessaires". A ces fins, les neuf États contractants ont signé à Luxembourg la Convention du 9 octobre 1978 ("la Convention de 1978")⁽³⁾.

Les "adaptations" tiennent compte:

- des particularités des ordres juridiques des trois nouveaux États;
- des ambiguïtés du texte actuel;
- de l'évolution du droit communautaire et du droit des États membres originaires;
- des conséquences économiques spécifiques, particulièrement en ce qui concerne le secteur britannique des assurances sur le plan international et la situation particulière des juridictions en matière maritime;
- de certaines interprétations données par la Cour à quelques dispositions de la Convention de 1968.

3. La Convention de 1968, modifiée par la Convention de 1978 ("le Texte modifié")⁽⁴⁾ entrera en vigueur dans les rapports entre les États qui auront ratifié la Convention de 1978, trois mois après sa ratification par les six États contractants de 1968 et un des nouveaux États contractants; puis, progressivement, pour chacun de deux autres nouveaux États contractants trois mois après le dépôt de son instrument de ratification (Titre VI, Dispositions Finales, Article 39 de la Convention de 1978). Par ailleurs, les nouveaux États contractants sont dès à présent autorisés à présenter leurs observations lorsque la Cour est appelée à interpréter la Convention de 1968 qui reste applicable entre les États contractants originaires jusqu'à l'entrée en vigueur de la Convention de 1978. Voir l'affaire Tessili/Dunlop⁽⁵⁾.

4. Les rapports des rapporteurs des groupes d'experts qui ont élaboré la Convention de 1968 et le Protocole de 1971 d'une part, et la Convention de 1978 d'autre part (M.M. Jnard et Schlosser), ont été publiés⁽⁶⁾ et constituent un commentaire précieux pour la compréhension et l'interprétation des

(3) J. O. L 304 du 30.10.1978.

(4) Ibid.

(5) CJCE 6 octobre 1976 (Tessili/Dunlop 12-76), Recueil 1976, p. 1483.

(6) JO C 59 du 5.3.1979.

Conventions et du Protocole. Il en est de même de la jurisprudence de la Cour relative à l'interprétation notamment de la Convention de 1968.

Signalons que les Conventions se limitent au domaine des conflits de juridictions et non pas à celui des conflits de lois, qui sont régis par des règles différentes dans chacun des États membres. L'unification se poursuit dans ce dernier domaine par deux autres conventions de droit international privé actuellement en cours de négociation entre les neuf États membres. Il s'agit de: — la loi applicable aux obligations contractuelles et — la loi applicable aux obligations non contractuelles. Le projet de la première de ces deux conventions a déjà été soumis aux gouvernements des États membres et la Commission a publié son avis⁽⁷⁾.

II. Le système de la Convention et son interprétation par la Cour de justice

5. Les auteurs de la Convention, afin de faciliter la reconnaissance et l'exécution et d'assurer ainsi "la libre circulation des jugements" dans le Marché commun, ont consacré dans la Convention le système de la compétence directe. Les règles de compétence directe s'appliquent dans l'État où se déroule le procès initial, indépendamment de toute procédure en reconnaissance ou en exécution du jugement qui sera rendu, et permettent au défendeur assigné devant un tribunal incompétent aux termes de la Convention, de décliner la compétence de ce tribunal.

Ce système facilite davantage la reconnaissance et l'exécution des décisions, qui désormais seront reconnues et exécutées selon une procédure d'exequatur communautaire simplifiée.

6. Dans son premier arrêt sur l'interprétation de la Convention⁽⁸⁾ la Cour a déjà été confrontée avec le problème principal auquel toute interprétation de la Convention doit faire face. La Convention fait, en effet, un usage fréquent d'expressions et de notions juridiques tirées du droit civil, commercial et procédural et pouvant avoir une signification différente d'un État membre à l'autre, à commencer par la définition de son application à des matières "civiles et commerciales". Fallait-il interpréter ces notions de façon autonome, et donc commune à l'ensemble des États membres ou plutôt considérer qu'elles renvoient au droit national applicable, dans chaque espèce, en vertu des règles de conflits de lois soit du juge d'origine, soit du juge requis?

⁽⁷⁾ J. O. L 94 du 11.4.1989, p. 39.

⁽⁸⁾ Loc. cit. Note 5, pp. 1484 et 1485.

Dans son arrêt Tessili/Dunlop la Cour avait à choisir entre ces deux possibilités d'interprétation. Elle a dit pour droit: "qu'aucune de ces deux options ne s'impose à l'exclusion de l'autre, le choix approprié ne pouvant être dégagé qu'à propos de chacune des dispositions de la Convention, de façon toutefois à assurer à celle-ci sa pleine efficacité dans la perspective des objectifs de l'article 220 du traité" (attendu no 11). Pour ce faire "la Convention doit être interprétée en tenant compte, à la fois, du système et des objectifs qui lui sont propres et de son lien avec le traité" (attendu no 9, 3^{ème} tiré).

III. Le champ d'application de la Convention

7. Il est défini par la combinaison du quatrième alinéa du Préambule avec le premier alinéa de l'article premier de la Convention 1968. Cette combinaison aboutit à la formule suivant:

"La Convention régit la compétence des juridictions nationales dans l'ordre international, en matière civile et commerciale, quelle que soit la nature de la juridiction."

Toutefois, la Convention ne définit pas l'expression "matière civile et commerciale". Le sens de ces termes a été précisé par la Cour de justice dans l'arrêt LTU/Eurocontrol⁽⁹⁾ où la Cour a dit pour droit:

- 1) "Pour l'interprétation de la notion de 'matière civile et commerciale' ... il convient de se référer non au droit d'un quelconque des Etats concernés, mais d'une part aux objectifs et au système de la Convention et, d'autre part, aux principes généraux qui se dégagent de l'ensemble des systèmes de droit nationaux".
- 2) Est exclue du champ d'application de la Convention une décision rendue dans un litige opposant une autorité publique à une personne privée, où l'autorité publique a agi dans l'exercice de la puissance publique".

Dans le même sens, l'article 3 de la Convention de 1978 a complété le premier alinéa de l'article 1 précité, en y ajoutant la phrase: "Elle ne recouvre notamment pas les matières fiscales, douanières et administratives".

⁽⁹⁾ CJCE 14 octobre 1976 (LTU/Eurocontrol 29-76), Recueil 1976, p. 1552. Voir aussi CJCE 14 juillet 1977 (Bavaria et Germanair/Eurocontrol 9 et 10-77), Recueil 1977, p. 1517 et seq.

8. La Convention, a, dans son article 1, alinéa 2, exclu de son champ d'application:

- 1) l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions;
- 2) les faillites, concordats et autres procédures analogues;
- 3) la sécurité sociale;
- 4) l'arbitrage

Il est à noter que le projet d'une Convention relative à la faillite, aux concordats et aux procédures analogues a été élaboré, en vertu de l'article 220 du traité CEE et soumis aux gouvernements des Etats membres. Son but est de centraliser les procédures de faillite et d'étendre leurs effets à l'ensemble de la Communauté. Ceci pose des problèmes notamment à cause de la diversité des privilèges accordés dans chaque Etat membre à certaines catégories de créanciers.

9. La ligne de démarcation entre les matières civiles et commerciales relevant de la Convention, et celles couvertes par les exceptions de l'article 1, alinéa 2 est quelquefois difficile à tracer.

Les litiges relatifs aux contrats de travail sont couverts par la Convention. Ceci a été confirmé par la Cour de justice dans son arrêt Sanicentral/Collin⁽¹⁰⁾.

La Cour de justice a confirmé, dans son premier arrêt Cavel/Cavel, que sont exclues, de l'application de la Convention, les décisions judiciaires autorisant des mesures de sauvegarde provisoires, — telles des appositions de scellés ou des saisies — sur les biens des époux, au cours d'une procédure de divorce, dès lors que ces mesures concernent, ou sont étroitement liées à, soit des questions d'état des personnes impliquées dans l'instance en divorce, soit des rapports judiciaires matrimoniaux résultant directement du lien conjugal ou de la dissolution de celui-ci⁽¹¹⁾.

Par contre la Cour a dit pour droit que la Convention est applicable d'une part, à l'exécution d'une mesure provisoire ordonnée par un juge français dans une procédure de divorce par laquelle l'une des parties à l'instance obtient une pension alimentaire mensuelle et d'autre part, à une prestation compensatoire provisoire, payable mensuellement qu'un jugement de divorce français accorde à une partie au titre des articles 270 et suivants du code civil français. Cavel/Cavel deuxième arrêt⁽¹²⁾. Dans son arrêt

(10) CJCE 13 novembre 1979 (Sanicentral/Collin 25-79), inédit.

(11) CJCE 27 mars 1979 (Cavel/Cavel 143-78), Recueil 1979, p. 1068.

(12) CJCE 6 mars 1980 (Cavel/Cavel 120-79), inédit.

Gourdain/Nadler la Cour a affirmé que l'exclusion des faillites, etc. couvre une décision telle que celle d'une juridiction civile française fondée sur l'article 99 de la loi française n° 67/563 du 13 juillet 1967 et condamnant le dirigeant d'une personne morale à verser une certaine somme à la masse⁽¹³⁾.

IV. Les règles de compétence

La compétence générale

10. La compétence internationale des tribunaux des États membres est désormais réglée par un même principe général (celui de la compétence générale des tribunaux de l'Etat du domicile du défendeur) assorti d'un certain nombre de modalités ou de dérogations uniformément définies.

Le principe de base est celui qu'énonce l'article 2: "Les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat contractant sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet Etat", dont les règles de droit interne déterminent le juge compétent.

Il s'agit donc de la règle "actor sequitur forum rei" règle de compétence générale des tribunaux du domicile du défendeur.

En vertu de l'article 3, ce défendeur, et c'est l'autre aspect du même principe, ne peut être attiré devant les tribunaux d'un autre Etat contractant que dans les cas limitativement fixés par les sections 2 à 6 du Titre II de la Convention, et ceci en raison du lien sérieux qu'existe entre le for et le litige. Par ailleurs, d'autres chefs de compétence prévus par la législation des Etats contractants sont exclus et ne peuvent pas être invoqués contre ce défendeur. Il s'agit des "compétences exorbitantes" indicativement énumérées.

11. Par contre, si le défendeur n'est pas domicilié dans un Etat contractant, l'article 4 permet à un Etat contractant de lui appliquer les "compétences exorbitantes" de son droit commun. Cet Etat contractant est cependant tenu d'accorder le privilège de ses compétences, même "exorbitantes", à toute personne domiciliée sur son territoire quelle que soit sa nationalité.

12. La compétence générale est donc fonction du *domicile* du défendeur. Or, la notion de domicile varie sensiblement d'un Etat membre à l'autre. La Convention, sans donner une définition commune du domicile, se contente de formuler des règles communes de conflit pour sa détermination, prévues au Titre V (Dispositions Générales) dans les articles 52 et 53. L'arti-

⁽¹³⁾ CJEC 22 février 1979 (Gourdain/Nadler 133-78), Recueil 1979, p. 746.

cle 53 se réfère pour la détermination du domicile d'un trust au droit international privé du tribunal saisi et assimile le siège des sociétés et des personnes morales au domicile pour l'application de la Convention.

Les compétences spéciales

13. Les articles 5 et 6 contiennent des listes de cas dans lesquels le défendeur peut être assigné sur le territoire d'un Etat contractant autre que celui de son domicile.

Les compétences spéciales sont *facultatives* pour le demandeur, qui conserve toujours le droit d'assigner le défendeur devant les tribunaux de l'Etat de son domicile. On retiendra celles, sur lesquelles la Cour de justice s'est prononcée, ainsi que celles ajoutées par la Convention de 1978.

14. *Le "forum contractus" sous son aspect de "forum solutoris".*

Aux termes de l'article 5, point 1, le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant peut être attiré, dans un autre Etat contractant, "en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation a été ou doit être exécutée". L'expression "lieu où l'obligation a été ou doit être exécutée" a donné lieu à des difficultés d'interprétation. La Cour de justice a rendu jusqu'à présent trois arrêts sur l'interprétation de cette expression:

- L'"obligation" contractuelle qui y est visée est celle qui sert de base à l'action judiciaire [De Bloos/Bouyer]⁽¹⁴⁾.
- Le "lieu où l'obligation a été ou doit être exécutée", ... est déterminé par la loi qui régit cette 'obligation' selon les règles de conflit de la loi du juge premier saisi [Tessili/Dunlop]⁽¹⁵⁾.
- Ce "lieu d'exécution" peut être désigné par les parties par une clause valide selon le droit national applicable au contrat; dans ce cas, le tribunal de ce lieu est compétent pour connaître des litiges relatifs à cette même obligation, en vertu de l'article 5, alinéa 1^{er}, indépendamment du respect des conditions de forme prévues par l'article 17 [Zelger/Salinitri]⁽¹⁶⁾.

La Convention de 1978 a enteriné l'interprétation donnée à l'arrêt De Bloos/Bouyer, précité, dans le Texte modifié en complétant le mot "obligation" du texte de la Convention de 1968, par les mots "qui sert de base à la demande".

(14) CJCE 6 octobre 1976 (De Bloos/Boyer 14-76), Recueil 1976 à 1510.

(15) Loc. cit. Note 5, p. 1487.

(16) CJCE 17 janvier 1980 (Zelger/Salinitri 56-79), inédit.

15. *En matière d'obligation alimentaire*

La Convention de 1978 modifie le texte de l'article 5, point 2, qui maintenant vise:

“en matière d'obligation alimentaire, devant le tribunal du lieu où le créancier d'aliments a son domicile ou sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une demande accessoire à une action relative à l'état des personnes, devant le tribunal compétent selon la loi du for pour en connaître, sauf si cette compétence est uniquement fondée sur la nationalité d'une des parties.”

Le deuxième arrêt Cavel/Cavel⁽¹⁷⁾ porte sur cette matière.

16. *Le “forum delicti commissi”*

L'article 5, point 3 prévoit que le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant peut être attrait dans un autre Etat contractant “en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit”. Selon la Cour de justice, dans l'arrêt Bier/Mines de Potasse d'Alsace⁽¹⁸⁾, dans le cas où le lieu où se situe le fait susceptible d'entraîner une responsabilité délictuelle et le lieu où ce fait a entraîné un dommage ne sont pas identiques, l'expression “lieu où le fait dommageable s'est produit”, dans l'article 5, 3^o doit être entendue en ce sens qu'elle vise à la fois le lieu où le dommage est survenu et le lieu de l'événement causal.

Il en résulte que le défendeur peut être attrait, au choix du demandeur, devant le tribunal soit du lieu où le dommage est survenu, soit du lieu de l'événement causal que est à l'origine de ce dommage.

17. *La compétence spéciale fondée sur l'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement*

Aux termes de l'article 5, point 5 de la Convention, le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant peut être attrait dans un autre Etat contractant, “s'il s'agit d'une contestation relative à l'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement, devant le tribunal du lieu de leur situation”. Le point 5 a fait l'objet de deux arrêts interprétatifs de la Cour de justice.

— Dans l'arrêt De Bloos/Bouyer (précité)⁽¹⁹⁾ la Cour a dit pour droit que: “Le concessionnaire d'une exclusivité de vente ne peut être

⁽¹⁷⁾ Loc. cit. Note 12.

⁽¹⁸⁾ CJCE 30 novembre 1976 (Bier/Mines de Potasse d'Alsace 21-76), Recueil 1976, p. 1748.

⁽¹⁹⁾ Loc. cit. Note 14, p. 1511.

considéré comme étant à la tête d'une succursale ... de son concédant, ..., lorsqu'il n'est soumis ni à son contrôle ni à sa direction".

- Dans son arrêt *Somafer/Saar-Ferngas*⁽²⁰⁾, la Cour a décidé que les concepts de "succursale" et d'"exploitation" sont des notions juridiques autonomes.

En ce qui concerne "les succursales, agences, etc.", l'arrêt déclare que ces notions impliquent "un centre d'opérations qui se manifeste d'une façon durable vers l'extérieur comme le prolongement d'une maison mère, pourvu d'une direction et matériellement équipé de façon à pouvoir négocier des affaires avec des tiers, de telle façon que ceux-ci, tout en sachant qu'un lieu de droit éventuel s'établira avec la maison mère dont le siège est à l'étranger, sont dispensés de s'adresser directement à celle-ci, et peuvent conclure des affaires au centre d'opérations qui en constitue le prolongement".

En ce qui concerne le concept de "contestation relative à l'exploitations d'une succursale...", la Cour a procédé par voie d'énumération, précisant que ce concept visait les catégories suivantes de litiges:

- les litiges portant sur les droits contractuels ou non contractuels relatifs à la gestion proprement dite de l'agence, etc., tels que ceux relatifs à la location de l'immeuble ou à l'engagement du personnel;
- les litiges relatifs aux engagements pris par le centre d'opérations ci-dessous décrit au nom de la maison mère et qui doivent être exécutés dans l'Etat contractant où ce centre d'opération est établi...
- les litiges relatifs aux obligations non contractuelles qui trouveraient leur origine dans les activités que la succursale, etc.... a assumé au lieu où il est établi pour compte de la maison mère.

Cette interprétation couvre ces mêmes expressions rencontrées également dans les articles 8 alinéa 2 et 13 alinéa 2 de la Convention.

18. Deux nouveaux chefs de compétences spéciales introduits par la Convention de 1978

La Convention de 1978 a ajouté deux points numérotés 6 et 7, à l'article 5 de la Convention de 1968.

Le point 6 concerne la compétence spéciale en matière de trust, tandis que le point 7 institue des compétences spéciales en matière d'assistance ou de sauvetage de droit maritime. Voir aussi article 6 bis ajouté par la Convention de 1978, qui vise une compétence dérivée en matière de droit maritime.

⁽²⁰⁾ CJCE 22 novembre 1978 (*Somafer/Saar-Ferngas* 33-78), Recueil 1978, pp. 2194 et 2195.

19. *Les compétences particulières*

Les "compétences particulières" édictées par le Titre II, Sections 3 et 4, articles 7 à 15 du Texte modifié concernant, d'une part, les assurances et, d'autre part, les contrats conclus par les consommateurs.

Le régime juridique qui régit ces compétences est complexe. Il se situe à un stade intermédiaire entre les règles de compétences ordinaires et les règles de compétence exclusives. Ces règles de compétence ont été profondément modifiées par la Convention de 1978, laquelle a notamment étendu à tous les contrats conclus par les consommateurs les dispositions protectrices prévues dans la Convention de 1968 pour les ventes et prêts à tempérament.

20. La notion de "vente à tempérament" n'étant pas définie dans la Convention de 1968, la Cour de justice a statué qu'il convenait de lui donner une définition autonome restrictive, qui tienne compte du souci de protection des consommateurs finals à caractère privé, ainsi qu'il résulte des articles 13 et 14. En conséquence, dans l'arrêt *Bertrand/Ott*⁽²¹⁾, la Cour a dit pour droit que: "La notion de vente à tempérament au sens de l'article 13 ne peut pas être comprise comme s'étendant à la vente d'une machine consentie par une société à un autre société moyennant un prix payable par traites échelonnées".

Cette interprétation est reconnue par la version de l'article 13 dans le Texte modifié.

21. *Les compétences exclusives*

Les règles de compétence exclusive, dont l'article 16 établit la liste limitative, sont fondées sur les liens étroits qui unissent un litige au territoire d'un Etat contractant déterminé. Les compétences exclusives sont *obligatoires*, sont indépendantes du domicile des parties et ne sont pas susceptibles d'être modifiées par des accords d'élection de for. Elles sont toutes des règles de compétence générale, qui désignent seulement l'Etat dont les tribunaux sont compétents sans déterminer spécialement le tribunal compétent. Aucune modification n'a été apportée à ces compétences par la Convention de 1978.

Seule la compétence exclusive prévue au sous paragraphe 1 de l'article 16 a fait jusqu'à présent l'objet d'un arrêt de la Cour de justice.

Aux termes de ce sous paragraphe sont seuls compétents sans considération de domicile "en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles, les tribunaux de l'Etat contractant où l'immeuble est situé".

(21) CJCE 21 juin 1978 (*Bertaud/Ott* 150-71), Recueil 1978, p. 1446.

Dans son arrêt Sanders/Van der Putte⁽²²⁾ la Cour a dit pour droit

- “1) La notion de matière... de baux d'immeubles”... ne doit pas être interprétée comme incluant le cas d'un contrat relatif à l'exploitation d'un commerce exercé dans un immeuble pris en location par le bailleur d'un tiers;
- 2) Une contestation relative à l'existence d'un contrat qui fait l'objet du litige ne fait pas varier la réponse donnée quant à l'application de l'article 16 de la Convention.”

22. *Prorogation de compétence*

La prorogation de compétence forme l'objet des articles 17 et 18, qui constituent la Section 6 du Titre II de la Convention. L'article 17 du Texte modifié, qui tient compte de la jurisprudence de la Cour de Justice, régit la prorogation expresse résultant d'une convention attributive de juridiction. En vertu de l'article 18 le juge d'un Etat contractant peut aussi se déclarer compétent si le défendeur comparait devant lui, même quand d'autres dispositions de la Convention attribuent la compétence à un autre tribunal. Cette prorogation tacite ne joue pas quand la comparution a pour objet de contester la compétence ou quand une autre juridiction est exclusivement compétente en vertu de l'article 16.

23. L'article 17 dans sa version originale a donné lieu à quatre arrêts interprétatifs de la Cour de Justice. L'un des arrêts^(a) concerne une question de fond, à savoir la validité d'une double election de for en vertu d'une clause selon laquelle chacune des deux parties ne pourra être atraite que devant les tribunaux de l'Etat de son domicile. Deux autres arrêts^(b et c) portent sur les exigences de forme édictées par l'article 17. Enfin, le quatrième arrêt^(d) concerne l'application dans le temps de l'article 17, en matière de contrats de travail. Ainsi:

a) Dans son arrêt Meeth/Glacet⁽²³⁾, la Cour a dit pour droit.

- “1. L'article 17, alinéa 1... ne saurait être interprété comme excluant une clause contractuelle selon laquelle chacune des deux parties à un contrat de vente, qui ont leur domicile dans des Etats différents, ne peut être atraite que devant les tribunaux de cet Etat”.

⁽²²⁾ CJCE 14 décembre 1977 (Sanders/Van der Putte 73-77), Recueil 1977, p. 2392.

⁽²³⁾ CJCE 9 novembre 1978 (Meeth/Glacet 23-78), Recueil 1978, p. 2144.

“2. L'article 17, alinéa 1..., ne saurait être interprété comme excluant, dans le cas d'une clause d'attribution de compétence, telle que'elle est caractérisée dans la réponse à la première question, la possibilité, pour le juge saisi d'un litige en vertu d'une telle clause, de prendre en considération une compensation connexe au rapport de droit litigieux”.

b) Dans son arrêt *Estasis Salotti/Rüwa*⁽²⁴⁾, la Cour précise que: “Il n'est satisfait à l'exigence de forme écrite posée à l'article 17 alinéa 1... dans le cas où une clause attributive de juridiction est contenue dans les conditions générales de vente de l'une des parties, imprimées au verso d'un acte contractuel, que si le contrat signé par les deux parties comporte un renvoi exprès à ces conditions générales”. “Dans le cas d'un contrat conclu par renvoi à des offres antérieures faites avec référence aux conditions générales d'une des parties comportant une clause attributive de juridiction, il n'est satisfait à l'exigence de forme écrite prévue à l'article 17, alinéa 1 de la Convention, que si le renvoi est exprès et donc susceptible d'être contrôlé par une partie appliquant une diligence normale”.

c) Dans son arrêt, *Segoura/Bonakdarian*⁽²⁵⁾, qui concerne les modalités de la confirmation écrite d'un accord verbal. La Cour y a dit pour droit: “Il n'est satisfait aux exigences de forme posées à l'article 17, alinéa 1, de la Convention ..., dans le cas d'un contrat conclu verbalement, que si la confirmation écrite du vendeur avec communication des conditions générales de vente a donné lieu à une acceptation écrite de l'acheteur”.

“Le fait, pour l'acheteur, de ne pas élever des objections contre une confirmation écrite émanée unilatéralement de l'autre partie ne vaut pas acceptation en ce qui concerne la clause attributive de juridiction, sauf si l'accord verbal se situe dans le cadre de rapports commerciaux courants entre parties, établis sur la base des conditions générales de l'une d'entre elles, comportant une clause attributive de juridiction”.

d) Dans l'arrêt *Sanicentral/Collin*⁽²⁶⁾, la Cour a statué sur l'application dans le temps de l'article 17, en matière de contrats de travail. La Cour a dit pour droit: “Les articles 17 et 54 de la Convention..., doivent être interprétés en ce sens que dans les actions judiciaires

(24) CJCE 14 décembre 1976 (*Estasis Salotti/Rüwa* 24-76), Recueil 1976, p. 1843.

(25) CJCE 14 décembre 1976 (*Segoura/Bonakdarian* 25-76), Recueil 1976, p. 1862.

(26) Loc. cit. Note 10.

introduites après l'entrée en vigueur de la Convention, les clauses attributives de juridiction stipulées dans les contrats de travail conclus antérieurement à cette entrée en vigueur, doivent être tenues pour valables, même dans le cas où elles auraient été considérées comme nulles selon les règles nationales en vigueur au moment de la conclusion du contrat''.

24. Mise en jeu des règles de compétence

Les juridictions des Etats contractants devront contrôler d'office leur compétence lorsqu'il existe une compétence exclusive (article 19) ou lorsque le défendeur, domicilié dans la Communauté, ne comparaît pas (article 20).

En outre, la Convention instaure un système élaboré de dessaisissement et de sursis à statuer en cas de litispendance (article 21) ou de connexité (article 22).

Article 23 prévoit de dessaisissement en faveur de la juridiction première saisi en cas de pluralité de compétences exclusives, imminente pour une société avec plusieurs sièges.

L'article 24 vise les mesures provisoires ou conservatoires.

V. Reconnaissance et exécution des décisions judiciaires Titre III Les actes authentiques et les transactions judiciaires Titre IV

25. En principe, les décisions rendues dans un Etat contractant sont reconnues dans les autres Etats contractants, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure (article 26 alinéa 1). L'exécution est subordonnée à une procédure simplifiée dans l'Etat requis visant à revêtir la décision de la formule exécutoire (article 31). Le Texte modifié de ces Titres contient plusieurs articles visant les tribunaux compétents et incorpore quelques adaptations relatives aux particularités des systèmes juridiques des trois nouveaux Etats.

La reconnaissance des effets du jugement peut cependant être invoquée, en cas de contestation, soit à titre principal (article 26, alinéa 2), soit de façon incidente (article 26, alinéa 3).

Elle ne pourra alors être refusée que pour les motifs énoncés aux articles 27 et 28, alinéa 1 de la Convention, parmi lesquels on retiendra la méconnaissance des compétences exclusives ou impératives des articles 16 et 7 à 15, ainsi que la réserve en faveur de l'ordre publique de l'Etat requis contenue dans l'article 27, alinéa 1.

L'article 29 limite le champ d'application de ces motifs de refus de reconnaissance, en spécifiant que la décision étrangère ne peut, en aucun cas, faire l'objet d'une révision au fond.

26. En vertu de l'article 30, l'autorité judiciaire d'un Etat contractant, devant laquelle est invoquée la reconnaissance d'une décision rendue dans un autre Etat contractant, peut surseoir à statuer si cette décision fait l'objet d'un recours ordinaire. Dans son arrêt, *Industrial Diamonds/Riva*⁽²⁷⁾ la Cour de Justice a donné une définition autonome du terme "recours ordinaire". Elle dit pour droit:

"1. L'expression "recours ordinaire" au sens des articles 30 et 38 de la Convention... doit être déterminée dans le seul cadre du système de la Convention même, et non selon le droit ni de l'Etat d'origine de la décision, ni de l'Etat où la reconnaissance ou l'exécution est recherchée.

2. Au sens des articles 30 et 38 de la Convention, constitue un "recours ordinaire" formé ou susceptible d'être formé contre une décision étrangère, tout recours qui est de nature à pouvoir entraîner l'annulation ou la modification de la décision faisant l'objet de la procédure de reconnaissance ou d'exécution selon la Convention et dont l'introduction est liée, dans l'Etat d'origine, à un délai déterminé par la loi et prenant cours en vertu de cette décision même."

27. La requête visant à revêtir la décision intervenue dans un autre Etat contractant, de la formule exécutoire (article 31, alinéa 1) ne peut être rejetée que pour les mêmes motifs de refus de reconnaissances prévus aux articles 27 et 28 (article 34, alinéa 2).

La procédure d'exécution ainsi instaurée n'est cependant pas toujours aussi simple et peu coûteuse qu'on pourrait le souhaiter.

La question se pose donc, de savoir si le mécanisme de reconnaissance et d'exécution de décisions judiciaires, ainsi instauré, oblige la partie désireuse de liquider une créance de se servir de ce mécanisme si elle a obtenu un jugement en sa faveur dans l'un des Etats membres, ou s'il lui permet d'intenter une nouvelle procédure visant recouvrement de la créance, si cette procédure est plus simple et moins coûteuse que celle prévue pour l'exécution du premier jugement en vertu de la Convention.

Dans l'affaire *De Wolf/Cox*⁽²⁸⁾ Monsieur Cox, résidant en Belgique, après avoir obtenu une décision du juge de paix de Tournhout (Belgique) condamnant la société néerlandaise, *Harry Cox B. V.* au paiement d'une facture, a ensuite saisi le *Kantonrechter* (juge de paix) de *Boxmeer*

(27) CJCE 22 novembre 1977 (*Industrial Diamond Supplies/Riva* 43-77), Recueil, p. 2191.

(28) CJCE 30 novembre 1976 (*De Wolf/Cox* 42-76). Recueil 1976, p. 1759 et suiv.

(Pays-Bas) d'un recours dirigé contre la société et ayant le même objet. Le Kantonrechter, après avoir entendu la société, a admis le recours et statué, quant au fond, dans le même sens que la juridiction belge.

Ce faisant, la juridiction néerlandaise a notamment considérée que, d'une part, elle serait tenue de reconnaître le jugement belge en vertu de l'article 26 de la Convention mais que, d'autre part, selon la législation néerlandaise, la voie procédurale choisie par le réquerant serait moins coûteuse pour les parties que ne l'aurait été une procédure engagée conformément aux articles 31 et suivants de la Convention, à savoir la présentation, au Président de l'Arrondissementrechtbank compétent, d'une requête tendant à ce que la décision rendue par la juridiction belge fût revêtue de la formule exécutoire;

Le procureur général près le Hoge Raad a saisi cette juridiction d'un pourvoi en cassation du jugement du Kantonrechter, motif pris de ce que celui-ci aurait dû déclarer le recours irrecevable, la procédure de l'article 31 de la Convention étant le seul moyen dont disposerait le requérant aux fins de la mise à exécution de la décision du juge belge. Ensuite le Hoge Raad a le demandé à la Cour de Justice, en substance, de dire si la Convention fait obstacle à ce que le demandeur qui a obtenu dans un Etat membre contractant une décision judiciaire en sa faveur, laquelle peut être revêtue de la formule exécutoire en vertu de l'article 31 de la Convention dans un autre Etat contractant, demande à une juridiction de celui-ci de condamner l'autre partie à ce à quoi elle a été condamnée dans le premier Etat.

La motivation de la Cour était comme suite:

“Attendu qu'aux termes de l'article 26, alinéa 1, de la Convention, les décisions rendues dans un Etat contractant son reconnues dans les autres Etats contractants, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure;” que, si les articles 27 et 28 prévoient certaines exceptions à cette obligation de reconnaissance, l'article 29 n'en dispose pas moins que, “en aucun cas, la décision étrangère ne peut faire l'objet d'une révision au fond”; attendu que, dès lors qu'un recours au fond est déclaré recevable, la juridiction saisie est tenue de statuer sur son bien-fondé, situation qui pourrait l'amener à se mettre en contradiction avec un jugement étranger antérieur et dès lors, à méconnaître l'obligation de reconnaître celui-ci; qu'il serait, donc incompatible avec le sens des dispositions citées d'admettre un recours ayant le même objet et formé entre les mêmes parties qu'un recours déjà tranché par une juridiction d'un autre Etat contractant; attendu que l'incompatibilité, avec les objectifs de la Convention, d'une procédure telle que celle engagée devant le Kantorechter de Boxmeer résulte également de l'article 21 de la Convention, visant le cas où des demandes “ayant le même objet et le même cause sont formées entre les mêmes parties devant des juridic-

tions d'Etats contractants différents" et faisant obligation à la juridiction saisie en second lieu de se dessaisir en faveur du tribunal premier saisi; que cette disposition démontre le souci d'éviter que les juridictions de deux Etats contractants statuent respectivement sur un seul et même litige; attendu, enfin, qu'admettre le dédoublement de litiges au principal tel qu'il s'est produit en l'espèce, pourrait conduire à munir le créancier de deux titres exécutoires en raison d'une seule et même créance; attendu que ces considérations ne sont pas infirmées par la circonstance qu'à l'occasion, selon la législation nationale applicable, la procédure visée aux articles 31 et suivants de la Convention pourrait s'avérer plus coûteuse qu'une nouvelle procédure engagée sur le fond; qu'à cet égard, il y a lieu d'observer que la Convention, visant, aux termes de son préambule, "à assurer la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires; devrait amener les Etats contractants à veiller à ce que les frais de la procédure indiquée par la Convention soient fixés de manière à répondre à ce souci de simplification; attendu qu'il convient donc de répondre affirmativement à la question soulevée par le Hoge Raad des Pays-Bas;"

28. En vertu de l'article 38 la juridiction saisie d'un recours peut, à la requête de la partie qui l'a formé, surseoir à statuer si la décision étrangère fait, dans l'Etat d'origine l'objet d'un recours ordinaire, ou si le délai pour le former n'est pas expiré; dans ce dernier cas, la juridiction peut impartir un délai pour former ce recours.

L'arrêt *Industrial Diamonds/Riva*⁽²⁹⁾ a influencé l'alinéa 2 de cet article dans le Texte modifié: "Lorsque la décision a été rendue en Irlande ou au Royaume Uni toute voie de recours prévue dans l'Etat d'origine est considérée comme un recours ordinaire pour l'application du premier alinéa."

L'alinéa 3 reste inchangé; il permet la subordination de l'exécution à la constitution d'une garantie que cette juridiction détermine.

VI. Les dispositions transitoires

29. Les dispositions transitoires du Titre VI, article 54 de la Convention de 1968, ont été soulevées dans l'arrêt *Sanicentral/Collin*⁽³⁰⁾ déjà cité. Les dispositions transitoires de la Convention de 1978 sont au Titre V articles 34 à 36.

⁽²⁹⁾ Loc. cit. Note 27.

⁽³⁰⁾ Loc. cit. Note 10.

VII. Relations avec les autres Conventions

(auxquelles les Etats contractants sont ou seront parties)

30. Ces relations sont visées par les articles 55 à 59. Le Hoge Raad des Pays Bas vient de présenter une demande de décision préjudicielle à la Cour de Justice dans l'affaire 814/79 Etat Néerlandaise/Ruffler.

Les faits sont les suivants:

Reinhold Ruffler, résidant dans l'arrondissement de Hameln/Pyrmont en république fédérale d'Allemagne, était batelier-propriétaire du bateau fluvial à moteur allemand "Otrate". Le 26 de octobre 1971, ce bateau a heurté le bateau à moteur néerlandaise "Vechtborg" dans la baie de Watum. A la suite de l'abordage, l'"Otrate" a coulé sur place.

La baie de Watum est une voie d'eau publique située dans une zone sur laquelle tant le Royaume des Pays-Bas que la république fédérale d'Allemagne font valoir des droits de souveraineté. Ces deux Etats ont conclu le traité Ems-Dollart. Ce traité indique comment les deux Etats doivent collaborer dans cette région; il prévoit notamment que les Pays-Bas sont chargés de la gestion des voies d'eau dans la baie de Watum. La gestion des voies d'eau comporte, entre autres, l'enlèvement des épaves. Le traité dispose également que, dans la gestion des voies d'eau, chaque partie au traité applique ses propres dispositions légales.

Se basant sur les dispositions de la loi néerlandaise du 19 juin 1934 sur les épaves (Wrakkenwet), l'Etat néerlandais a fait enlever et vendre l'épave de l'"Otrate".

Dédution faite du prix obtenu pour l'épave, et eu égard du coût de l'enlèvement de l'épave, il reste un sold négatif de plus de 100.000 HFL que l'Etat exige de Ruffler. L'Etat néerlandais se base à cet égard sur l'article 10 de la loi néerlandaise sur les épaves, en vertu duquel le gestionnaire des voies d'eau dispose d'une action récursoire contre le responsable de l'abordage, qui, selon l'Etat néerlandais, est l'"Otrate".

Le Hoge Raad a posé à la Cour cinq questions que, entre autres, dépendent de la relation entre le traité Ems-Dollart et la Convention de 1968 en vertu de l'article 57 de celle-ci.

Le Project de Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles

31. La Convention sur la loi applicable aux obligation contractuelles a été élaborée de 1969 à 1979 par des experts des gouvernements des Etats membres et de la Commission des Communautés européennes, à la suite d'un commun accord du Conseil et de la Commission. Elle doit être signée,

au cours de l'année 1980, par les plénipotentiaires des Etats membres réunis au sein du Conseil.

Le projet de convention constitue le premier pas vers l'unification et la codification des règles générales de conflit de lois à l'intérieur de la Communauté en ce qui concerne le domaine du droit civil. Cette unification a pour objet de faciliter la détermination du droit applicable et d'accroître la sécurité juridique. Elle doit également assurer que tous les tribunaux de la Communauté appliquent constamment le même droit matériel au même litige entre les mêmes parties.

Lorsque les parties auront le choix entre les tribunaux de divers Etats membres, ce choix ne pourra avoir aucune influence sur le droit applicable au litige et, par conséquent, empêchera le forum shopping.

Le projet de convention est le complément logique de la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

32. La convention est appelée à avoir un champ d'application très étendu, puisque les tribunaux des Etats contractants doivent l'appliquer chaque fois qu'il s'agit de désigner le droit matériel régissant le cas d'espèce, que le choix porte soit sur le droit de plusieurs Etats contractants, soit sur le droit de plusieurs Etats non contractants, soit sur le droit d'Etats contractants et d'Etats non contractants.

Les règles uniformes de conflit créées par le projet de convention visent en principe tous les types de contrats. Elles sont complétées par des règles particulières pour certains contrats, règles qui, d'une part, figurent déjà dans le projet lui-même, par exemple en matière de contrats de transport, ou qui, d'autre part, sont prévues ou seront introduits ultérieurement dans des actes de la Communauté ou dans des accords internationaux bilatéraux ou multilatéraux.

Le contenu du projet prend largement en considération les principes juridiques que prévalent dans les Etats membres. De plus, il tient compte de l'évolution acquise par la jurisprudence, la doctrine et les réformes, y compris dans des pays tiers.

La règle fondamentale est que les parties peuvent choisir elles-mêmes la loi applicable à un contrat, sauf lorsque tous les éléments de la situation sont localisés dans un seul et même pays. Dans ce cas, le choix d'une loi étrangère ne peut exclure les dispositions impératives de la loi de ce pays.

Lorsque les parties n'ont pas choisi la loi applicable, le contrat est normalement régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Il y a présomption simple que ce pays est celui où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du

contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une personne morale, son administration centrale.

33. Il est préoccupant de constater que, sur plusieurs points, le projet de convention ne revêt pas le caractère d'un droit que serait commun à tous les Etats membres.

1. L'entrée en vigueur de la convention dans tous les Etats membres n'est pas assurée, puisque la convention entrera en vigueur après cinq ratifications (article 28).
2. Sa durée n'est pas illimitée; elle peut être ramenée à dix ans par dénonciation (article 29).
3. L'interprétation uniforme de la convention n'est pas non plus assurée puisqu'aucun accord n'a pu être réalisé jusqu'à présent sur l'introduction, dans la convention, d'une disposition s'inspirant de l'article 177 du traité CEE ou sur un protocole analogue à celui du 3 juin 1971 relatif à l'interprétation de la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Un tel texte habiliterait la Cour de justice des Communautés européennes à statuer, à titre préjudiciel, sur l'interprétation de la convention.

Les inconvénients relevés aux points 1 et 2 sont de nature à empêcher la constitution et le maintien d'un espace juridique unique au sein de la Communauté.

Ces deux carences sont d'une importance capitale. Il en résulte que la convention ne peut pas contribuer au fonctionnement du marché commun ou ne peut le faire que temporairement. Il en résulte encore que les droits et les obligations des ressortissants des Etats membres dans les échanges et dans les transactions juridiques sur le plan intracommunautaire et international continuent à différer. Le forum shopping reste possible. La convention perd tout caractère de convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale exige que le champ d'application géographique de l'une et le d'autre coïncident.

Il est également nécessaire que la convention soit en vigueur dans tous les Etats membres pour en assurer l'uniformité d'interprétation par la Cour de justice des Communautés européennes. Sans doute n'est-il ni inconcevable ni impossible que la Cour de justice interprète des acts qui ne sont en vigueur que dans certains Etats membres, mais il serait souhaitable que la juridiction suprême de la Communauté puisse, dans l'interprétation d'une règle, tenir compte de la situation juridique existant dans tous les Etats membres. Il est permis de se demander si c'est encore possible lorsqu'une règle n'est pas applicable dans l'ensemble de ces Etats.

Néanmoins, l'absence de dispositions visant à assurer une interprétation uniforme de la convention et attribuant les compétences requises à cet effet à la Cour de justice des Communautés européennes constitue la lacune la plus inacceptable dans un système juridique dont la finalité est aussi de réaliser une application et une évolution uniformisées des règles uniformes qui auront été mises en place. Cette uniformité d'interprétation, la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles la réclame plus que toute autre en raison du nombre de dispositions-cadre qu'elle énonce et des nombreuses notions juridiques indéfinies auxquelles elle fait appel.

L'expérience acquise avec d'autres conventions a montré que sans l'intervention de la Cour de justice, il est inévitable que, à bref délai, le même texte soit appliqué différemment par les tribunaux des divers Etats contractants.

A CONVENÇÃO DE 27 DE SETEMBRO DE 1968 SOBRE COMPETÊNCIA JUDICIÁRIA E EXECUÇÃO DE DECISÕES EM MATÉRIA CIVIL E COMERCIAL, E OS ACTOS A ELA RELATIVOS, NOS SEUS REFLEXOS NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA

JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA

1. Introdução

O artigo 220º do tratado que instituiu a Comunidade Económica Europeia estabelece que os Estados membros entabularão entre si, na medida do necessário, negociações com vista a assegurar, a favor dos seus nacionais:

- a simplificação das formalidades a que estejam subordinados o reconhecimento e execução recíprocos das decisões judiciais assim como das sentenças arbitrais.

Este o preceito que se encontra na origem da Convenção de 27 de Setembro de 1968 respeitante à competência judiciária e execução de decisões em matéria civil e comercial, em vigor entre os Estados membros originários da Comunidade. A Convenção tem em anexo um Protocolo com disposições especiais para certos Estados contratantes e foi completada, no sentido da atribuição de competência interpretativa ao Tribunal de Justiça pelo Protocolo de 3 de Junho de 1971.

O ingresso do Reino Unido, da Irlanda e da Dinamarca na Comunidade determinou alterações na Convenção, inseridas na Convenção de 9 de Outubro de 1978, que aguarda ainda a ratificação dos Estados contratantes. A adesão da Grécia, de Portugal e da Espanha irá agora desencadear processo idêntico ao determinado pelo anterior alargamento, esperando-se que as negociações com vista às adaptações necessárias tenham lugar em conjunto.

Essas negociações, a exemplo do que aconteceu com os Estados membros que aderiram às Comunidades, ser-nos-ão impostas no “acto relativo

às condições de adesão de Portugal e às adaptações dos tratados”, onde por certo constará cláusula idêntica à dos outros actos e assim redigida:

“A República Portuguesa obriga-se a aderir às convenções previstas no artigo 220.º do Tratado CEE assim como aos protocolos respeitantes à interpretação dessas convenções pelo Tribunal de Justiça, assinados pelos Estados membros na sua composição originária ou actual, e a entabular com esse fim negociações com os Estados membros actuais com vista a introduzir-lhe as adaptações necessárias.”

O objectivo desta exposição é, por um lado, o de esclarecer alguns aspectos que entre nós podem suscitar dúvidas, por outro, o de mostrar a incompatibilidade de certas disposições convencionais com a ordem jurídica portuguesa e, finalmente, analisar as adaptações necessárias que terão de ser introduzidas em resultado da nossa adesão.

Como base de trabalho tomar-se-ão em conta as alterações resultantes dos actos de adesão de 1978 que, em breve, entrarão em vigor.

2. Âmbito da Convenção

2.1. Estabelece o artigo 1.º da Convenção que esta “se aplica em matéria civil e comercial e qualquer que seja a natureza da jurisdição. Não abrange designadamente matérias fiscais, aduaneiras ou administrativas”.

Pondo-se a questão de saber se a qualificação das matérias abrangidas pela Convenção deveria efectuar-se em conformidade com o sistema jurídico do Estado de origem ou do Estado requerido, o Tribunal de Justiça, ao qual foi submetida a interpretação nos termos do Protocolo de 3 de Junho de 1971, decidiu não ser de referir a um ou a outro sistema mas, por um lado, aos objectivos e ao sistema da Convenção e, por outro, aos princípios gerais que se destacam do conjunto dos sistemas dos direitos nacionais. E acrescentou ainda: é excluída do campo de aplicação da Convenção a decisão proferida num litígio em que se opõem uma autoridade pública e um particular, em que a autoridade pública agiu no exercício de um poder público⁽¹⁾.

A referência a um critério comunitário para distinguir entre matéria de direito civil e matéria de direito público é de natureza a causar graves dificuldades interpretativas uma vez que as actividades inseridas num ou noutro domínio variam de Estado para Estado, devendo salientar-se que no Reino Unido a distinção entre direito civil e direito público é muito menos

⁽¹⁾ LTU Lufttransportunternehmen GmbH e Co.Kg contra Eurocontrol. Caso n.º 29/76, aresto de 14.10.1976, in *Recueil*, 1976, p. 1541 e segs.

nítida do que no continente⁽²⁾. Assim, poderá colocar-se a questão de saber se uma decisão proferida entre nós por um tribunal administrativo, sobre responsabilidade do Estado por acto de gestão pública, a que fora alheio o uso de quaisquer poderes de autoridade e apenas qualificável como tal porque disciplinado por normas de direito público (por exemplo, o exercício da medicina nos hospitais públicos, regulado pelo Estatuto Hospitalar⁽³⁾), sujeita a um regime de direito público (o Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967), deve, em termos comunitários, ser qualificada no âmbito do direito civil. É bem possível que o Tribunal de Justiça, no seguimento do decidido no caso Eurocontrol, venha a adoptar sobre a matéria critério semelhante ao que, antes do Código Civil (artigo 501.º), o Tribunal de Conflitos adoptara para colocar a apreciação da responsabilidade civil do Estado por acidentes causados por veículos seus na esfera de competência dos tribunais comuns: o critério do *jus imperii*, da relação de superioridade e de subordinação caracterizadora das relações de direito público⁽⁴⁾.

Como observava o advogado geral *Reischl* nas suas conclusões sobre o caso *Eurocontrol* “a elaboração de uma noção comunitária levará muito tempo, como o demonstram as experiências feitas pelos tribunais dos Estados membros que conhecem a distinção, ao mesmo tempo que implicará longo período de insegurança”⁽⁵⁾.

De salientar que a natureza da matéria é alheia à natureza do diploma que a regula. Assim, o Estatuto da Aposentação (diploma de direito público) admite, em certas circunstâncias, o direito de sub-rogação do Estado contra o responsável pela incapacidade que vitimou um seu funcionário. Uma decisão judicial sobre a matéria insere-se no âmbito da Convenção.

2.2. São excluídos da Convenção

1. O Estado e a capacidade das pessoas singulares, os regimes matrimoniais, os testamentos e as sucessões;
2. As falências, as concordatas e outros processos análogos;
3. A segurança social;
4. A arbitragem (artigo 1.º).

⁽²⁾ Sobre esta matéria, as considerações do advogado-geral *Reischl*, no caso *Eurocontrol* citado e o relatório *Schlössel*, relativo à adesão da Dinamarca, da Irlanda e do Reino Unido, n.ºs 25 e segs. no *JO*, C59, de 5 de Março de 1979.

⁽³⁾ Sobre esta matéria, *Silva Carneiro*, *Responsabilidade da Administração Hospitalar*, na «Revista de Direito e de Estudos Sociais», ano XIX, p. 162 e segs.

⁽⁴⁾ Cf. o relatório *Schlössel*, n.º 25, onde se considera que a responsabilidade delitual do Estado, quando surge como um particular, é matéria de direito civil.

⁽⁵⁾ *Recueil* cit., p. 1558.

No que respeita ao estado das pessoas singulares também parece existir oposição entre o âmbito do conceito no sistema jurídico português e na ordem comunitária. Durante os trabalhos do grupo encarregado das alterações impostas pelo primeiro alargamento, e a pergunta expressa da delegação irlandesa, foi-lhe respondido que a decisão em matéria de guarda após divórcio ou separação judicial dos pais faz parte do estado de menor⁽⁶⁾. Entre nós, o destino do menor, nas circunstâncias referidas, nada tem a ver com o seu estado. Aliás, a questão não se afigura líquida a nível comunitário: fascículo 3 do *Aperçu de Jurisprudence* (publicação dos serviços de documentação do Tribunal de Justiça) dá notícia que o Tribunal de primeira instância de Arlon autorizou a execução de uma sentença de divórcio na parte respeitante aos alimentos, direito de guarda e despesas⁽⁷⁾.

No que respeita à arbitragem há que salientar que, a exemplo do Luxemburgo e da Irlanda, Portugal não ratificou a Convenção das Nações Unidas sobre o reconhecimento e execução das decisões arbitrais estrangeiras, de 10 de Junho de 1968.

Aquando da adesão da Irlanda, da Dinamarca e do Reino Unido foi, pela delegação deste último país, posta a questão de saber se a exclusão da arbitragem incluía as decisões proferidas sobre a interpretação ou validade do compromisso arbitral ou da cláusula compromissória. Os Estados membros originários sustentaram a inclusão de tais decisões no âmbito convencional, mas, não obstante a divergência de opiniões, acordaram em que não era oportuna a modificação do texto.

3. Regras de competência

A Convenção em análise insere regras muito detalhadas sobre a competência dos tribunais dos Estados contratantes, tomando como base o domicílio do réu e o respeito dos direitos de defesa (artigo 3º). Os artigos 5º a 15º regulam competências especiais, em matéria de seguros e de contratos concluídos por consumidores, e o artigo 16º prevê competências exclusivas.

O artigo 3º estabelece o princípio segundo o qual o réu, que tenha domicílio num dos Estados membros, não pode ser subtraído às jurisdições do Estado em que se encontra domiciliado. O segundo parágrafo do artigo faz depois o elenco das disposições vigentes nos Estados contratantes que, por estabelecerem regras de competência exorbitante e uma jurisdição privilegiada relativamente aos seus nacionais, não poderão ser invocadas no âmbito da Convenção. Em consequência da adesão de Portugal passará a nele

⁽⁶⁾ Relatório Schlössel cit., n.º 51, a).

⁽⁷⁾ Aresto de 20 de Abril de 1977 (cf. o fascículo 3º do *Aperçu de Jurisprudence*, p. 4).

ser feita menção do disposto no artigo 65º, n.º 2, do Código de Processo Civil, que estabelece que “Quando para a acção seja competente, segundo a lei portuguesa, o tribunal do domicílio do réu, os tribunais portugueses podem exercer a sua jurisdição desde que o réu resida em Portugal há mais de seis meses ou se encontre acidentalmente em território português, contanto que, neste último caso, a obrigação tenha sido contraída com português”, assim como do número terceiro do mesmo preceito. Aí se estabelece também uma regra de competência que exorbita do regime convencional. Segundo ele, “As pessoas colectivas estrangeiras consideram-se domiciliadas em Portugal desde que tenham aqui sucursal, agência, filial ou delegação”. Ora, nos termos do artigo 52º, § 1, da Convenção, apenas a sede das sociedades ou pessoas colectivas é assimilada ao domicílio. As sucursais, agências ou qualquer estabelecimento⁽⁸⁾ só podem ser demandados nos termos da competência especial prevista no n.º 5 do artigo 5º, isto é, no que concerne a assuntos relativos à sua exploração⁽⁹⁾.

De entre as competências especiais previstas no artigo 5º importa salientar a respeitante a matéria contratual (a acção pode ser proposta no tribunal do lugar onde a obrigação que constitui fundamento do pedido foi ou deve ser executada) (n.º 1), e extracontratual (*matière delictuelle ou quasi delictuelle*) (no tribunal do lugar onde ocorreu o facto danoso) (n.º 3). É que, no nosso país, a doutrina é unânime em admitir que, quando a mesma conduta (acção ou omissão) desrespeitar uma obrigação contratual ou um dever geral de cuidado, daí resultando a violação de um direito absoluto ou de um interesse juridicamente protegido, o lesado pode beneficiar dos direitos que derivam de uma ou outra responsabilidade (contratual ou extracon-

(8) O Tribunal de Justiça, no caso Somafer SA contra Saar-Fungas AG, entendeu que “a noção de sucursal, de agência ou de qualquer outro estabelecimento implica um centro de operações que se manifesta em termos duradouros para o exterior com o prolongamento da casa mãe, dotado de uma direcção e materialmente equipado de modo a poder negociar com terceiros, por forma que estes, sabendo que um vínculo jurídico eventual se estabelecerá com a casa mãe cuja sede se situa no estrangeiro, ficam dispensados de se dirigirem directamente a esta e podem concluir negócios no centro de operações que dela constitui o prolongamento — aresto de 22 de Novembro de 1978, p. 2183 e segs.

(9) Nos termos do aresto citado do Tribunal de Justiça, no caso Somafer, o conceito de exploração compreende: “os litígios sobre direitos e obrigações contratuais ou não contratuais relativos à gestão propriamente dita da agência, da sucursal ou do estabelecimento, tais como os relativos a locação do imóvel em que essas entidades se estabeleceram ou à contratação no local de pessoal que aí trabalha; os litígios relativos às obrigações assumidas pelo centro de operações acima referido em nome da casa mãe e que devam ser executados no Estado contratante onde o centro de operações se encontra estabelecido, assim como os litígios relativos a obrigações não contratuais com origem em actividade que a sucursal, a agência ou qualquer outro estabelecimento, no sentido acima determinado, desenvolver no local onde se estabeleceu por conta da casa mãe” (loc. ult. cit.).

tratal), invocando as regras que melhor lhe convier⁽¹⁰⁾. Parece, face ao regime da Convenção, que três possibilidades se deparam ao autor: ou propõe a acção no tribunal do domicílio do réu (regra geral), no do lugar onde a obrigação que serve de fundamento ao pedido foi ou devia ser executada (artigo 5º, nº 2), ou no lugar onde o facto ilícito ocorreu (artigo 5º, nº 3).

4. Pactos atributivos de jurisdição

O artigo 17º, § 1, da Convenção estabelece que “Se as partes, das quais pelo menos uma tenha o seu domicílio no território de um Estado contratante, convierem num tribunal ou nos tribunais de um Estado contratante para conhecer dos litígios nascidos ou a nascer de relação jurídica determinada, esse tribunal ou os tribunais desse Estado são os únicos competentes”. O mesmo preceito regula ainda a forma do pacto atributivo de jurisdição e determina o âmbito em que às partes não é lícito realizá-lo: em caso de competência relacionada com seguros e contratos concluídos com consumidores, excepto em casos restritos (artigos 12º e 15º) e de competências exclusivas (artigo 16º).

A admissibilidade dos pactos atributivos de jurisdição tem vindo a ser reconhecida em acordos internacionais como instrumento de particular importância, sobretudo nas relações de comércio (assim, na Convenção de Haia de 15 de Abril de 1958, sobre a competência do foro contratual em caso de venda de objectos mobiliários corpóreos, e na Convenção, também de Haia, de 25 de Novembro de 1965, sobre a escolha do foro).

Os pactos atributivos de jurisdição a tribunais estrangeiros eram, em geral, proibidos pelo artigo 99º do Código de Processo Civil, que apenas os admitia quando os pactuantes fossem estrangeiros e se tratasse de obrigações que, devendo ser cumpridas em território estrangeiro, não se referissem a bens sitos em Portugal.

Este regime foi alterado pela Lei nº 21/78, de 3 de Maio. Os pactos atributivos de jurisdição a tribunais estrangeiros ou a tribunais internacionais passaram a ser válidos quando preenchidos os seguintes requisitos:

1. Serem aceites pela lei do tribunal designado;
2. Corresponderem a um interesse sério das partes ou de uma delas;
3. Não dizerem respeito a questões sobre direitos indisponíveis, acções relativas a direitos reais sobre imóveis sitos em território português, declaração de falência ou insolvência de pessoas colectivas cuja sede se encontra em território português e acções referentes a relações de trabalho;

⁽¹⁰⁾ Vaz Serra, *Responsabilidade Contratual e Responsabilidade Extracontratual*, in «Boletim do Ministério da Justiça», nº 85, p. 230; José Carlos Moitinho de Almeida, *A Responsabilidade Civil do Médico e o seu Seguro*, in «Scientia Juridica», 1972, p. 331.

4. Obedecerem aos requisitos de forma do contrato, fonte da obrigação, contanto que seja escrito, e devem designar as questões a que se refere o tribunal que fica sendo competente (artigo 99º, nova redacção, do Código de Processo Civil, e artigo 65º, A, do mesmo diploma).

Nos termos do artigo 4º da Lei 21/78, a nova redacção do artigo 99º só se aplica nos tribunais cíveis. A disposição é nebulosa, afigurando-se que pretende excluir dos pactos atributivos de jurisdição as matérias que, nos termos da lei portuguesa, se não incluem na competência dos tribunais cíveis.

A Convenção aplica-se a direitos considerados na nossa lei como indisponíveis. Assim, direitos dos trabalhadores resultantes da relação de trabalho e o direito a alimentos. Ora, estas matérias são estranhas àquelas em que os pactos atributivos de jurisdição surgem, na prática internacional, legitimados: o domínio das relações comerciais.

Temos muitas dúvidas que o artigo 17º da Convenção pretenda legitimar pactos atributivos de jurisdição em matéria respeitante a direitos indisponíveis, pactos que dificilmente o nosso país poderia aceitar. Nem o relatório Jenard, sobre a Convenção no seu conteúdo originário, nem o relatório Schlössel, relativo ao alargamento, fornecem quaisquer pistas sobre a matéria.

5. Medidas conservatórias

O artigo 24º estabelece que “As medidas provisórias ou conservatórias previstas na lei de um Estado contratante podem ser pedidas às autoridades judiciais desse Estado, mesmo quando, em virtude da presente convenção, uma jurisdição de outro Estado contratante seja competente para conhecer do fundo”. As jurisdições dos Estados contratantes são, pois, competentes para decretar providências cautelares muito embora o não sejam para conhecer do fundo do litígio. Nada a Convenção estabelece, porém, no que respeita à caducidade dessas providências quando tiver decorrido certo prazo sem que a acção de que constituem dependência seja proposta ou quando esta se encontre parada, por negligência do autor, para além de certo prazo, a exemplo do que, entre nós, dispõe o artigo 382º do Código de Processo Civil.

Em nosso entender nada obsta a que a legislação de cada Estado contratante estabeleça regras sobre a matéria, regras que poderão ser semelhantes às do seu direito interno, excepto quando os prazos aí estabelecidos se afigurem desajustados à necessidade de a acção, quanto ao fundo, ser proposta noutro Estado. Assim, talvez o prazo de trinta dias estabelecido no artigo 382º, n.º 1, a) e c), do Código de Processo Civil seja demasiado curto.

Trata-se de mais um assunto que poderá ser regulado no diploma de aplicação da Convenção.

6. Reconhecimento e execução

6.1. De acordo com o disposto no artigo 1094º, n.º 1, do Código de Processo Civil, “Sem prejuízo do que se acha estabelecido em tratados e leis especiais, nenhuma decisão sobre direitos privados, proferida por tribunal estrangeiro ou por árbitros no estrangeiro tem eficácia em Portugal, seja qual for a nacionalidade das partes, sem estar revista e confirmada”.

Este princípio mostra-se desajustado à realidade dos nossos dias e, por isso mesmo, tem sofrido brechas noutros países em que, sobretudo no domínio das acções de estado sem conexão com a ordem jurídica nacional, se admite a eficácia das decisões estrangeiras sem necessidade de revisão. Assim, se A, cidadão suíço, divorciado na Suíça de mulher suíça, pretender casar em França com uma francesa, não terá neste país de obter a revisão da sentença de divórcio proferida pelo tribunal suíço, ao contrário do que se passaria entre nós em caso semelhante, de que a prática mostra a frequência⁽¹¹⁾.

6.2. A Convenção distingue entre “reconhecimento” e “execução” de decisões. O primeiro destina-se a conferir à decisão estrangeira eficácia de caso julgado, a segunda força executiva. Trata-se de realidades que, entre nós, se confundem no processo de revisão mas que se tornou necessário distinguir na medida em que a distinção era conhecida de sistemas jurídicos de alguns Estados contratantes⁽¹²⁾.

Em princípio, as decisões proferidas num Estado contratante são reconhecidas nos outros, sem necessidade de recurso a qualquer processo (artigo 26º, § 1). Só no caso de se levantarem dúvidas o reconhecimento dependerá de um processo simples regulado nos artigos 31º e seguintes (artigo 26º, § 3). Se o reconhecimento for invocado incidentalmente em jurisdição de um Estado contratante, esta será competente para dele conhecer (artigo 26º, § 3).

As decisões estrangeiras só podem revestir-se de fórmula executória através do processo regulado na Convenção, comum ao “reconhecimento” e “execução”. É esse processo que, em seguida, vamos analisar.

(11) Cf os casos referidos por José Alberto dos Reis, in *Processus Especiais*, II, Coimbra, 1956, p. 132 e segs.

(12) P. Bellet, *Reconnaissance et exécution des décisions en vertu de la Convention du 27 septembre 1967*, in «*Revue Trimestrielle de Droit Européen*» 1975, n.º 1, p. 36.

6.3. O processo, que se inicia com o pedido da parte interessada, tem uma fase inicial não contraditória (artigo 34º, § 1). O reconhecimento ou execução só pode ser negado por alguns dos fundamentos previstos nos artigos 27º e 28º, não sendo admissíveis quaisquer diligências para o tribunal se assegurar da sua existência. Este só poderá ter em consideração o que resultar da decisão ou factos por ele conhecidos; é na fase posterior, desencadeada pelo recurso previsto no artigo 36º, que poderá ter lugar um exame aprofundado das condições do reconhecimento⁽¹³⁾.

Concedido o reconhecimento ou a execução, a parte contra a qual esta foi pedida pode interpor recurso, no prazo de um mês a contar da notificação (artigo 36º, § 1). Um prazo mais dilatado está previsto para quando a parte residir noutro Estado contratante (artigo 36º, § 2).

Só é admissível novo recurso para a mais alta jurisdição do Estado contratante.

Idêntico mecanismo de recurso (sem prazo de interposição) está previsto para a hipótese de o reconhecimento ou execução ser negado (artigos 40º e 41º).

6.4. A Convenção exige que o nosso país indique quais as jurisdições competentes para a primeira fase do processo, não contraditória, e para a apreciação dos recursos. Trata-se de uma questão que urge analisar em todas as suas implicações.

À excepção da Itália, os Estados contratantes com estruturas jurisdicionais parecidas com a nossa indicaram tribunais de primeira instância para conhecerem da primeira fase do processo de reconhecimento ou execução. A Itália indicou o mesmo tribunal, o Tribunal de Apelação, para essa fase e para a apreciação do recurso interposto da decisão aí proferida.

Como se sabe, entre nós o processo de revisão é da competência do Tribunal da Relação, de cuja decisão cabe recurso de revista (artigo 1102º, nº 1, do Código de Processo Civil). Dada a simplicidade da primeira fase que, salientamos, não comporta averiguação de matéria de facto, uma solução do tipo da italiana poderia admitir-se (atribuindo ao presidente do tribunal ou a um dos juizes competência para o efeito), com a vantagem de simplificar a fase de recurso. Mas teria o inconveniente de sobrecarregar um tribunal superior pela mera eventualidade de um recurso, que poderá não ser frequente.

Esperamos que durante a discussão alguma luz seja lançada sobre este problema.

Quanto ao segundo recurso não há dúvida de que este deverá ser interposto para o Supremo Tribunal de Justiça.

(13) Relatório Schlossel cit., p. 127.

6.5. A legislação que teremos de promulgar para a aplicação da Convenção deverá regular certos aspectos do processo de reconhecimento ou execução.

Assim, quanto ao formalismo dos recursos e, no que respeita aos recursos previstos nos artigos 40º e 41º (quando é negado o reconhecimento ou a execução), para os quais não foi estabelecido um prazo, há que considerar a vantagem do seu estabelecimento⁽¹⁴⁾.

O artigo 36º, § 1, da Convenção menciona como parte legítima para recorrer da decisão que autorizou o reconhecimento ou a execução, aquela contra a qual esta foi proferida. O Código de Processo Civil concede ao Ministério Público legitimidade para recorrer da decisão da Relação com fundamento na violação das alíneas *a*), *f*) e *g*) do artigo 1096º (artigo 1102º, n.º 2).

Poderá a legislação de aplicação da Convenção manter este regime no que concerne a certos fundamentos de negação do *exequatur*, como a violação da ordem pública (artigo 27º, n.º 1, da Convenção e alínea *f*) do artigo 1096º), ou de certas regras de competência (matéria de seguros, contratos concluídos com consumidores, competências exclusivas) destinadas à protecção das partes mais fracas ou à boa administração da justiça? Afigura-se-nos que sim. A referência só à parte contra a qual o *exequatur* foi pedido não é exclusiva da intervenção do Ministério Público na defesa de interesses colectivos.

7. Relações da Convenção com outras convenções

Nos termos do artigo 55º, a Convenção substitui entre os Estados que dela são partes as convenções concluídas entre dois ou vários desses Estados. O preceito enuncia, a sêguir, as convenções a que se refere.

Por virtude da adesão de Portugal, apenas a Convenção sobre Processo Civil e Comercial entre o nosso país, a Grã-Bretanha e a Irlanda do Norte, assinada em Londres a 9 de Julho de 1931, terá de ser indicada. Será absorvida pela convenção de Bruxelas nas matérias comuns; naquelas em que esta Convenção se não aplica continua a produzir os seus efeitos (artigo 56º, § 1).

8. O Protocolo de 3 de Junho de 1971

O Protocolo de 3 de Junho de 1971⁽¹⁵⁾ atribui ao Tribunal de Justiça competência para interpretar a Convenção de Bruxelas, o protocolo anexo e as suas próprias disposições.

(14) Os Estados contratantes têm a faculdade de estabelecer esse prazo — Relatório Schlossel cit., p. 53.

(15) Alterado pela convenção de adesão do Reino Unido, da Irlanda e da Dinamarca no que concerne ao § 2.

Com o fim de evitar a intervenção do Tribunal de Justiça em numerosos casos, muitos deles assuntos sem importância⁽¹⁶⁾, o protocolo enuncia no artigo 2º as jurisdições habilitadas a solicitar essa intervenção. O nº 1 abrange os tribunais supremos, o nº 2 as jurisdições que decidem em recurso e o nº 3 as jurisdições mencionadas no artigo 37º, isto é, as que conheçam do recurso em caso de ser autorizado o reconhecimento ou a execução. Ficam, assim, excluídas as jurisdições que decidam em primeira instância mesmo que se trate de jurisdição de apelação de um Estado membro.

A adesão de Portugal implica uma alteração do artigo 2º, nº 1, no sentido de nele passar a constar o Supremo Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Administrativo. A nossa jurisdição administrativa pode ser chamada a reconhecer uma decisão estrangeira nos termos do disposto no artigo 26º, § 3, da Convenção de Bruxelas e, assim, poderá ter que aplicar as suas disposições. Observe-se que, certamente por idênticos motivos, a França indicou, para além da *Cour de Cassation*, o Conselho de Estado.

O protocolo prevê ainda um recurso para o Tribunal de Justiça sobre a interpretação da Convenção ou dos outros textos mencionados no artigo 1º, no caso de decisões proferidas por tribunais de um Estado se mostrarem contrárias a interpretação feita, quer pelo Tribunal de Justiça, quer por jurisdição de outro Estado contratante, mencionada no artigo 2º, n.ºs 1 e 2 (artigo 4º, nº 1). A interpretação pelo Tribunal de Justiça não tem efeito sobre a decisão que deu causa ao recurso (artigo 4º, nº 2), sendo competentes para recorrer os procuradores gerais junto dos tribunais de cassação ou qualquer outra autoridade designada por um Estado contratante (artigo 4º, nº 3).

No que concerne a Portugal há que definir quais as autoridades a quem pertence o recurso, devendo salientar-se que as decisões em causa tanto podem ser proferidas por Tribunais da Relação como pelo Supremo Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Administrativo.

(16) Lazar Focsaneanu, *Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions civiles et commerciales dans la Communauté Économique Européenne*, (IV), in «Revue du Marché Commun», nº 234, p. 96.

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25



CONVENTIONS

1.

CONVENTION concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (27 septembre 1968)⁽¹⁾(*)

modifié par la convention relative à l'adhésion du Royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, du 9-10-1978.

Préambule

Les Hautes Parties contractantes au Traité instituant la Communauté économique européenne,

Désirant mettre en œuvre les dispositions de l'article 220 dudit Traité en vertu duquel elles se sont engagées à assurer la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires;

Soucieuses de renforcer dans la Communauté la protection juridique des personnes qui y sont établies;

Considérant qu'il import à cette fin de déterminer la compétence de leurs juridictions dans l'ordre international, de faciliter la reconnaissance et d'instaurer une procédure rapide afin d'assurer l'exécution des décisions ainsi que des actes authentiques et des transactions judiciaires,

Ont décidé de conclure la présente Convention et ont désigné à cet effet comme plénipotentiaires:

Sa Majesté le Roi des Belges:

M. Pierre Harmel, Ministre des Affaires étrangères;

Le Président de la République fédérale d'Allemagne:

M. Willy Brandt, Vice-Chancelier, Ministre des Affaires étrangères;

⁽¹⁾ Signée à Bruxelles le 27.9.1968, entrée en vigueur entre les anciens Etats membres le 1.2.1973.

(*) J. O. n° L 299 du 31.12.72, p. 32.

Le Président de la République française:

M. Michel Debré, Ministre des Affaires étrangères;

Le Président de la République italienne:

M. Giuseppe Médici, Ministre des Affaires étrangères;

Son Altesse royale le Grand-Duc de Luxembourg:

M. Pierre Grégoire, Ministre des Affaires étrangères;

Sa Majesté la Reine des Pays-Bas:

M. J.M.A.H. Luns, Ministre des Affaires étrangères,

lesquels, réunis au sein du Conseil, après avoir échangé leurs pleins pouvoirs reconnus en bonne et due forme, sont convenus des dispositions qui suivent.

TITRE PREMIER

CHAMP D'APPLICATION

ARTICLE PREMIER. — La présente convention s'applique en matière civile et commerciale et quelle que soit la nature de la juridiction. Elle ne recouvre notamment pas les matières fiscales, douanières ou administratives⁽²⁾.

Sont exclus de son application:

1. l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions;
2. les faillites, concordats et autres procédures analogues;
3. la Sécurité sociale;
4. l'arbitrage.

TITRE II

COMPETENCE

Section 1

Dispositions générales

ART. 2. — Sous réserve des dispositions de la présente convention, les personnes domiciliés sur le territoire d'un Etat contractant sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet Etat.

Les personnes qui ne possèdent pas la nationalité de l'Etat dans lequel elles sont domiciliés y sont soumises aux règles de compétence applicables aux nationaux.

⁽²⁾ Alinéa modifié par la convention d'adhésion, article 3.

ART. 3. — Les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat contractant ne peuvent être attraites devant les tribunaux d'un autre Etat contractant qu'en vertu des règles énoncées aux sections 2 à 6 du présent titre.

Ne peuvent être invoqués contre elles notamment:

— En Belgique: l'article 15 du Code civil (*Burgerlijk Wetboek*) et l'article 638 du Code judiciaire (*Gerechtelijk Wetboek*);

— Au Danemark: l'article 248, paragraphe 2 de la loi sur la procédure civile (*Lov om retsens pleje*) et le chapitre 3, article 3, de la loi sur la procédure civile au Groënland (*Lov for Gronland om retsens pleje*);

— En République Fédérale d'Allemagne: l'article 23 du Code de procédure civile (*Zivilprozessordnung*);

— En France: les articles 14 et 15 du Code civil;

— En Irlande: les dispositions relatives à la compétence fondée sur un acte introductif d'instance signifié ou notifié au défendeur qui se trouve temporairement en Irlande;

— En Italie: l'article 2 et l'article 4 n.^{os} 1 et 2 du Code de procédure civile (*Codice di procedura civile*);

— Au Luxembourg: les articles 14 et 15 du Code civil;

— Aux Pays-Bas: l'article 126, troisième alinéa et l'article 127 du Code de procédure civile (*Wetboek van Burgerlijk Rechtsvordering*);

— Au Royaume-Uni: les dispositions relatives à la compétence fondée sur:

a) Un acte introductif d'instance signifié ou notifié au défendeur qui se trouve temporairement au Royaume-Uni;

b) L'existence au Royaume-Uni de biens appartenant au défendeur;

c) La saisie par le demandeur de biens situés au Royaume-Uni⁽³⁾.

ART. 4. — Si le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un Etat contractant, la compétence est, dans chaque Etat contractant, réglée par la loi de cet Etat, sous réserve de l'application des dispositions de l'article 16.

Toute personne, quelle que soit sa nationalité, domiciliée sur le territoire d'un Etat contractant, peut, comme les nationaux, y invoquer contre ce défendeur les règles de compétence qui y sont en vigueur et notamment celles prévues à l'article 3, deuxième alinéa.

⁽³⁾ Alinéa modifié par la convention d'adhésion, article 4.

Section 2

Compétences spéciales

ART. 5. — Le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant peut être attrait, dans un autre Etat contractant:

1. En matière contractuelle, devant le tribunal du lieu ou l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée⁽⁴⁾;

2. En matière d'obligation alimentaire, devant le tribunal du lieu ou le créancier d'aliments a son domicile ou sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une demande accessoire à une action relative à l'état des personnes, devant le tribunal compétent selon la loi du for pour en connaître, sauf si cette compétence est uniquement fondée sur la nationalité d'une des parties⁽⁵⁾;

3. En matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu ou le fait dommageable s'est produit;

4. S'il s'agit d'une action en réparation de dommage ou d'une action en restitution fondées sur une infraction, devant le tribunal saisi de l'action publique, dans la mesure où, selon sa loi, ce tribunal peut connaître de l'action civile;

5. S'il s'agit d'une contestation relative à l'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement, devant le tribunal du lieu de leur situation;

6. En sa qualité de fondateur, de *trustee* ou de bénéficiaire d'un *trust* constitué soit en application de la loi, soit par écrit ou par une convention verbale, confirmée par écrit, devant les tribunaux de l'Etat contractant sur le territoire duquel le *trust* a son domicile⁽⁶⁾;

7. S'il, s'agit d'une contestation relative au paiement de la rémunération réclamée en raison de l'assistance ou du sauvetage dont a bénéficié une cargaison ou un fret, devant le tribunal dans le ressort duquel cette cargaison ou le fret s'y rapportant:

a) A été saisi pour garantir ce paiement ou

b) Aurait pu être saisi à cet effet, mais une caution ou autre sûreté a été donnée;

cette disposition ne s'applique que s'il est prétendu que le défendeur a un droit sur la cargaison ou sur le fret ou qu'il avait un tel droit au moment de cette assistance ou de ce sauvetage⁽⁷⁾.

⁽⁴⁾ Paragraphe modifié par la convention d'adhésion, article 5, paragraphe 1 (version française).

⁽⁵⁾ *Ibid.*, article 5, paragraphe 3.

⁽⁶⁾ Paragraphe ajouté par la convention d'adhésion, article 5, paragraphe 4.

⁽⁷⁾ *Ibid.*

ART. 6. — Ce même défendeur peut aussi être attrait:

1. S'il y a plusieurs défendeurs, devant le tribunal du domicile de l'un d'eux;

2. S'il s'agit d'une demande en garantie ou d'une demande en intervention, devant le tribunal saisi de la demande originaire, à moins qu'elle n'ait été formée que pour traduire hors de son tribunal celui qui a été appelé;

3. S'il s'agit d'une demande reconventionnelle qui dérive du contrat ou du fait sur lequel est fondée la demande originaire, devant le tribunal saisi de celle-ci.

ART. 6 bis⁽⁸⁾. — Lorsque, en vertu de la présente convention, un tribunal d'un Etat contractant est compétent pour connaître des actions en responsabilité du fait de l'utilisation ou de l'exploitation d'un navire, ce tribunal ou tout autre que lui substitue la loi interne de cet Etat, connaît aussi des demandes relatives à la limitation de cette responsabilité.

Section 3

Compétence en matière d'assurances

ART. 7. — En matière d'assurances, la compétence est déterminée par la présente section, sans préjudice des dispositions des articles 4 et 5, point 5.

ART. 8.⁽⁹⁾ — L'assureur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant peut être attrait:

1. Devant les tribunaux de l'Etat ou il a son domicile ou

2. Dans un autre Etat contractant, devant le tribunal du lieu ou le preneur d'assurance a son domicile, ou

3. S'il s'agit d'un coassureur, devant le tribunal d'un Etat contractant saisi de l'action formée contre l'apériteur de la coassurance.

Lorsque l'assureur n'est pas domicilié sur le territoire d'un Etat contractant mais possède une succursale, une agence ou tout autre établissement dans un Etat contractant, il est considéré pour les contestations relatives à leur exploitation comme ayant son domicile sur le territoire de cet Etat.

ART. 9. — L'assureur peut, en outre, être attrait devant le tribunal du lieu ou le fait dommageable s'est produit s'il s'agit d'assurance de responsabilité ou d'assurance portant sur des immeubles. Il en est de même si l'assurance porte à la fois sur des immeubles et des meubles couverts par une même police et atteints par le même sinistre.

⁽⁸⁾ Article ajouté par la convention d'adhésion, article 6.

⁽⁹⁾ Article modifié par la convention d'adhésion, article 7.

ART. 10. — En matière d'assurance de responsabilité, l'assureur peut également être appelé devant le tribunal saisi de l'action de la personne lésée contre l'assuré si la loi de ce tribunal le permet.

Les dispositions des articles 7, 8 et 9 sont applicables en cas d'action directe intentée par la victime contre l'assureur lorsque l'action directe est possible.

Si la loi relative à cette action directe prévoit la mise en cause du preneur d'assurance ou de l'assuré, le même tribunal sera aussi compétent à leur égard.

ART. 11. — Sous réserve des dispositions de l'article 10, troisième alinéa, l'action de l'assureur ne peut être portée que devant les tribunaux de l'Etat contractant sur le territoire duquel est domicilié le défendeur, qu'il soit preneur d'assurance, assuré ou bénéficiaire.

Les dispositions de la présente section ne portent pas atteinte au droit d'introduire une demande reconventionnelle devant le tribunal saisi d'une demande originaire conformément à la présente section.

ART. 12⁽¹⁰⁾. — Il ne peut être dérogé aux dispositions de la présente section que par des conventions:

1. Postérieures à la naissance du différend ou
2. Qui permettent au preneur d'assurance, à l'assuré ou au bénéficiaire de saisir d'autres tribunaux que ceux indiqués à la présente section ou
3. Qui, passés entre un preneur d'assurance et un assureur ayant, au moment de la conclusion du contrat, leur domicile ou leur résidence habituelle dans du même Etat contractant, ont pour effet, alors même que le fait dommageable se produirait à l'étranger, d'attribuer compétence aux tribunaux de cet Etat sauf si la loi de celui-ci interdit de telles conventions ou
4. Conclues par un preneur d'assurance n'ayant pas son domicile dans un Etat contractant, sauf s'il s'agit d'une assurance obligatoire ou qui porte sur un immeuble situé dans un Etat contractant ou
5. Qui concernent un contrat d'assurance en tant que celui-ci couvre un ou plusieurs des risques énumérés à l'article 12 bis.

ART. 12 bis⁽¹¹⁾. — 1. Les risques à l'article 12, point 5 sont les suivants:

1. Tout dommage:

- a) Aux navires de mer, aux installations, au large des côtes et en haute mer ou aux aéronefs, causé par des événements survenant en relation avec leur utilisation à des fins commerciales;

⁽¹⁰⁾ Article modifié par la convention d'adhésion, article 8.

⁽¹¹⁾ Article ajouté par la convention d'adhésion, article 9.

- b) Aux marchandises autres que les bagages des passagers, durant un transport réalisé par ces navires ou aéronefs soit en totalité, soit en combinaison avec d'autres modes de transport;
2. Toute responsabilité, à l'exception de celle des dommages corporels aux passagers ou à leurs bagages:
- a) Résultant de l'utilisation ou de l'exploitation des navires, installations ou aéronefs, conformément au point 1 sous a ci-dessus, pour autant que la loi de l'Etat contractant d'immatriculation de l'aéronef n'interdise pas les clauses attributives de juridiction dans l'assurance de tels risques;
 - b) Du fait de marchandises, durant un transport visé au point 1 sous b ci-dessus;
3. Toute partie pécuniaire liée à l'utilisation ou à l'exploitation des navires, installations ou aéronefs conformément au point 1 sous a ci-dessus, notamment celle du fret ou du bénéfice d'affrètement;
4. Tout risque lié accessoirement à l'un de ceux visés aux points 1 à 3 ci-dessus.

Section 4⁽¹²⁾

Compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs

ART. 13. — En matière de contrat conclu par une personne pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, ci-après dénommée "le consommateur", la compétence est déterminée par la présente section, sans préjudice des dispositions de l'article 4 et de l'article 5, point 5:

- 1. Lorsqu'il s'agit d'une vente à tempérament d'objets mobiliers corporels;
- 2. Lorsqu'il s'agit d'une prêt à tempérament ou d'une autre opération de crédit liés au financement d'une vente de tels objets;
- 3. Pour tout autre contrat ayant pour objet une fourniture de services ou d'objets mobiliers corporels si:
 - a) La conclusion du contrat a été précédée dans l'Etat du domicile du consommateur d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité et que
 - b) Le consommateur a accompli dans cet Etat les actes nécessaires à la conclusion de ce contrat.

Lorsque le cocontractant du consommateur n'est pas domicilié sur le territoire d'un Etat contractant, mais possède une succursale, une agence ou

⁽¹²⁾ Section modifiée par la convention d'adhésion, article 10.

tout autre établissement dans un Etat contractant, il est considéré pour les contestations relatives à leur exploitation comme ayant son domicile sur le territoire de cet Etat.

La présente section ne s'applique pas au contrat de transport.

ART. 14. — L'action intentée par un consommateur contre l'autre partie au contrat peut être portée soit devant les tribunaux de l'Etat contractant sur le territoire duquel est domicilié le consommateur.

L'action intentée contre le consommateur par l'autre partie au contrat ne peut être portée que devant les tribunaux de l'Etat contractant sur le territoire duquel est domicilié le consommateur.

Ces dispositions ne portent pas atteinte au droit d'introduire une demande reconventionnelle devant le tribunal saisi d'une demande originaire conformément à la présente section.

ART. 15. — Il ne peut être dérogé aux dispositions de la présente section que par des conventions:

1. Postérieurs à la naissance du différend ou
2. Qui permettent au consommateur de saisir d'autres tribunaux que ceux indiquées à la présente section ou
3. Qui, passées entre le consommateur et son cocontractant ayant, au moment de la conclusion du contrat, leur domicile ou leur résidence habituelle dans un même Etat contractant, attribuent compétence aux tribunaux de cet Etat sauf si la loi de celui-ci interdit de telles conventions.

Section 5

Compétences exclusives

ART. 16. — Sont seuls compétents, sans considération de domicile:

1. En matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles, les tribunaux de l'Etat contractant ou l'immeuble est situé;
2. En matière de validité, de nullité ou de dissolution des sociétés ou personnes morales ayant leur siège sur le territoire d'un Etat contractant, ou des décisions de leurs organes, les tribunaux de cet Etat;
3. En matière de validité des inscriptions sur les registres publics, les tribunaux de l'Etat contractant sur le territoire duquel ces registres sont tenus;
4. En matière d'inscription ou de validité des brevets, marques, dessins et modèles, et autres droits analogues donnant lieu à un dépôt ou à un enregistrement, les juridictions de l'Etat contractant sur le territoire duquel le dépôt ou l'enregistrement a été demandé, a été effectué ou est réputé avoir été effectué aux termes d'une convention internationale;
5. En matière d'exécution des décisions, les tribunaux de l'Etat contractant du lieu de l'exécution.

Section 6

Prorogation de compétence

ART. 17⁽¹³⁾. — Si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un Etat contractant, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un Etat contractant pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet Etat sont seuls compétents. Cette convention attributive de juridiction doit être conclue soit par écrit, soit verbalement avec confirmation écrite, soit dans le commerce international, en une forme admise par les usagers dans ce domaine et que les parties connaissent ou sont censées connaître. Lorsqu'une telle convention est conclue par des parties dont aucune n'a son domicile sur le territoire d'un Etat contractant, les tribunaux des autres Etats contractants ne peuvent connaître du différend tant que le tribunal ou les tribunaux désignés n'ont pas décliné leur compétence.

Le tribunal ou les tribunaux d'un Etat contractant auxquels l'acte constitutif d'un *trust* attribue compétence sont exclusivement compétents pour connaître d'une action contre un fondateur, un *trustee* ou un bénéficiaire d'un *trust*, s'il s'agit de relations entre ces personnes ou de leurs droits ou obligations dans le cadre du *trust*.

Les conventions attributives de juridiction ainsi que les stipulations similaires d'actes constitutifs de *trust* sont sans effet si elles sont contraires aux dispositions des articles 12 et 15 ou si les tribunaux à la compétence desquels elles dérogent sont exclusivement compétents en vertu de l'article 16.

Si une convention attributive de juridiction n'a été stipulée qu'en faveur de l'une des parties, celle-ci conserve le droit de saisir tout autre tribunal compétent en vertu de la présente convention.

ART. 18. — Outre les cas où sa compétence résulte d'autres dispositions de la présente convention, le juge d'un Etat contractant devant lequel le défendeur comparaît est compétent. Cette règle n'est pas applicable si la comparution a pour objet de contester la compétence ou s'il existe une autre juridiction exclusivement compétente en vertu de l'article 16.

Section 7

Vérification de la compétence et de la recevabilité

ART. 19. — Le juge d'un Etat contractant, saisi à titre principal d'un litige pour lequel une juridiction d'un autre Etat contractant est exclusivement compétent en vertu de l'article 16, se déclare d'office incompétent.

⁽¹³⁾ Article modifié par la convention d'adhésion, article 11.

ART. 20. — Lorsque le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant est attrait devant une juridiction d'un autre Etat contractant et ne comparaît pas, le juge se déclare d'office incompetent si sa compétence n'est pas fondée aux termes de la présente convention.

Le juge est tenu de surseoir à statuer aussi longtemps qu'il n'est pas établi que ce défendeur a été mis à même de recevoir l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent en temps utile pour se défendre ou que toute diligence a été faite à cette fin⁽¹⁴⁾.

Les dispositions de l'alinéa précédent seront remplacées par celles de l'article 15 de la convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extra-judiciaires en matière civile ou commerciale, si l'acte introductif d'instance a dû être transmis en exécution de cette convention.

Section 8

Litispendance et connexité

ART. 21. — Lorsque des demandes ayant la même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'Etats contractants différents, la juridiction saisie en second lieu doit, même d'office, se dessaisir en faveur du tribunal premier saisi.

La juridiction qui devrait se dessaisir peut surseoir à statuer si la compétence de l'autre juridiction est contestée.

ART. 22. — Lorsque des demandes connexes sont formées devant des juridictions d'Etats contractants et sont pendantes au premier degré, la juridiction saisie en second lieu peut surseoir à statuer.

Cette juridiction peut également se dessaisir, à la demande de l'une des parties, à condition que sa loi permette la jonction d'affaires connexes et que le tribunal premier saisi soit compétent pour connaître des deux demandes.

Sont connexes, au sens du présent article, les demandes liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément.

ART. 23. — Lorsque les demandes relèvent de la compétence exclusive de plusieurs juridictions, le dessaisissement a lieu en faveur de la juridiction première saisie.

⁽¹⁴⁾ Alinéa modifié par la convention d'adhésion, article 12.

Section 9

Mesures provisoires et conservatoires

ART. 24. — Les mesures provisoires ou conservatoires prévues par la loi d'un Etat contractant peuvent être demandées aux autorités judiciaires de cet Etat, même si, en vertu de la présente convention, une juridiction d'un autre Etat contractant est compétente pour connaître du fond.

TITRE III

RECONNAISSANCE ET EXECUTION

ART. 25. — On entend par décision, au sens de la présente convention, toute décision rendue par une juridiction d'un Etat contractant quelle que soit la dénomination qui lui est donnée, telle qu'arrêt, jugement, ordonnance ou mandat d'exécution, ainsi que la fixation par le greffier du montant des frais du procès.

Section 1

Reconnaissance

ART. 26. — Les décisions rendues dans un Etat contractant sont reconnues dans les autres Etats contractants, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure.

En cas de contestation, toute partie intéressée qui invoque la reconnaissance à titre principal peut faire constater, selon la procédure prévue aux sections 2 et 3 du présent titre, que la décision doit être reconnue.

Si la reconnaissance est invoquée de façon incidente devant une juridiction d'un Etat contractant, celle-ci est compétente pour en connaître.

ART. 27. — Les décisions ne sont pas reconnues:

1. Si la reconnaissance est contraire à l'ordre public de l'Etat requis;
2. Si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été signifié ou notifié au défendeur défaillant, régulièrement et en temps utile, pour qu'il puisse se défendre⁽¹⁵⁾;
3. Si la décision est inconciliable avec une décision rendue entre les mêmes parties dans l'Etat requis;
4. Si le tribunal de l'Etat d'origine, pour rendre sa décision, a, en tranchant une question relative à l'état ou à la capacité des personnes physiques, aux testaments et aux successions, méconnu une règle de droit international

⁽¹⁵⁾ Paragraphe modifié par la convention d'adhésion, article 13, paragraphe 1.

privé de l'Etat requis, à moins que sa décision n'aboutisse au même résultat que s'il avait fait application des règles du droit international privé de l'Etat requis;

5. Si la décision est inconciliable avec une décision rendue antérieurement dans un Etat non contractant entre les mêmes parties dans un litige ayant le même objet et la même cause, lorsque cette dernière décision réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'Etat requis⁽¹⁶⁾.

ART. 28. — De même, les décisions ne sont pas reconnues si les dispositions des sections 3, 4 et 5 du titre II ont été méconnues ainsi que dans le cas prévu à l'article 59.

Lors de l'appréciation des compétences mentionnées à l'alinéa précédent, l'autorité requise est liée par les constatations de fait sur lesquelles la juridiction de l'Etat d'origine a fondé sa compétence.

Sans préjudice des dispositions du premier alinéa, il ne peut être procédé au contrôle de la compétence des juridictions de l'Etat d'origine; les règles relatives à la compétence ne concernent pas l'ordre public visé à l'article 27, point 1.

ART. 29. — En aucun cas, la décision étrangère ne peut faire l'objet d'une révision au fond.

ART. 30. — L'autorité judiciaire d'un Etat contractant, devant laquelle est invoquée la reconnaissance d'une décision rendue dans un autre Etat contractant, peut surseoir à statuer si cette décision fait l'objet d'un recours ordinaire.

L'autorité judiciaire d'un Etat contractant devant laquelle est invoquée la reconnaissance d'une décision rendue en Irlande ou au Royaume-Uni et dont l'exécution est suspendue dans l'Etat d'origine du fait de l'exercice d'un recours peut surseoir à statuer⁽¹⁷⁾.

Section 2

Exécution

ART. 31. — Les décisions rendues dans un Etat contractant et qui y sont exécutoires sont mises à exécution dans un autre Etat contractant après y avoir été revêtues de la formule exécutoire sur requête de toute partie intéressée.

Toutefois, au Royaume-Uni, ces décisions sont mises à exécution en Angleterre et au pays de Galles, en Ecosse ou en Irlande du Nord, après

⁽¹⁶⁾ Paragraphe ajouté par la convention d'adhésion, article 13, paragraphe 2.

⁽¹⁷⁾ Alinéa ajouté par la convention d'adhésion, article 14.

avoir été enregistrées en vue de leur exécution, sur requête de toute partie intéressée, dans l'une ou l'autre de ces parties du Royaume-Uni, suivant le cas⁽¹⁸⁾.

ART. 32. — La requête est présentée:

— En Belgique, au tribunal de première instance ou à la rechtbank van eerste aanleg;

— Au Danemark, à l'underret;

— En République Fédérale d'Allemagne, au président d'une chambre du Landgericht;

— En France, au président du tribunal de grande instance;

— En Irlande, à la High Court;

— En Italie, à la corte d'appello;

— Au Luxembourg, au président du tribunal d'arrondissements;

— Aux Pays-Bas, au président de l'arrondissements-rechtbank;

— Au Royaume-Uni:

1. En Angleterre et au Pays de Galles, à la High Court of Justice ou, s'il s'agit d'une décision en matière d'obligation alimentaire, à la Magistrates' Court saisie par l'intermédiaire du Secretary of State;

2. En Ecosse, à la Court of Session ou, s'il s'agit d'une décision en matière d'obligation alimentaire, à la Sheriff Court, saisie par l'intermédiaire du Secretary of State;

3. En Irlande du Nord, à la High Court of Justice ou, s'il s'agit d'une décision en matière d'obligation alimentaire, à la Magistrates' Court saisie par l'intermédiaire du Secretary of State⁽¹⁹⁾.

La juridiction territorialement compétente est déterminée par le domicile de la partie contre laquelle l'exécution est demandée. Si cette partie n'est pas domiciliée sur le territoire de l'Etat requis, la compétence est déterminée par le lieu de l'exécution.

ART. 33. — Les modalités du dépôt de la requête sont déterminées par la loi de l'Etat requis.

Le requérant doit faire élection de domicile dans le ressort de la juridiction saisie. Toutefois, si la loi de l'Etat requis ne connaît pas l'élection de domicile, le requérant désigne un mandataire *ad litem*.

Les documents mentionnés aux articles 46 et 47 sont joints à la requête.

ART. 34. — La juridiction saisie de la requête statue à bref délai, sans que la partie contre laquelle l'exécution est demandée puisse, en cet état de la procédure présenter d'observation.

(18) Alinéa ajouté par la convention d'adhésion, article 15.

(19) Alinéa modifié par la convention d'adhésion, article 16.

La requête ne peut être rejetée que pour l'un des motifs prévus aux articles 27 et 28.

En aucun cas, la décision étrangère ne peut faire l'objet d'une révision au fond.

ART. 35. — La décision rendue sur enquête est aussitôt portée à la connaissance du requérant, à la diligence du greffier, suivant les modalités déterminées par la loi de l'Etat requis.

ART. 36. — Si l'exécution est autorisée, la partie contre laquelle l'exécution est demandée peut former un recours contre la décision dans le mois de sa signification.

Si cette partie est domicilié dans un Etat contractant autre que celui ou la décision qui autorise l'exécution a été rendue, le délai est de deux mois et court du jour ou la signification a été faite à personne ou à domicile. Ce délai ne comporte pas de prorogation à raison de la distance.

ART. 37⁽²⁰⁾. — Le recours est porté, selon les règles de la procédure contradictoire:

— En Belgique, devant le tribunal de première instance ou la rechtbank van eerste aanleg;

— Au Danemark, devant le landsret;

— En République Fédérale d'Allemagne, devant l'Oberlandesgericht;

— En France, devant la cour d'appel;

— En Irlande, devant la High Court;

— En Italie, devant la corte d'appello;

— Au Luxembourg, devant la Cour supérieure de justice siégeant en matière d'appel civil;

— Aux Pays-Bas, devant l'arrondissementsrechtbank;

— Au Royaume-Uni:

1. En Angleterre et au Pays de Galles, devant la High Court of Justice où, s'il s'agit d'une décision en matière d'obligation alimentaire, devant la Magistrates' Court;

2. En Ecosse, devant la Court of Session ou, s'il s'agit d'une décision en matière d'obligation alimentaire, devant la Sheriff Court;

3. En Irlande du Nord, devant la High Court of Justice ou, s'il s'agit d'une décision en matière d'obligation alimentaire, devant la Magistrates' Court.

⁽²⁰⁾ Article modifié par la convention d'adhésion, article 17.

La décision rendue sur le recours ne peut faire l'objet:

- En Belgique, en France, en Italie, au Luxembourg et aux Pays-Bas, que d'un pourvoi en cassation;
- Au Danemark, que d'un recours devant le *hojesteret*, avec l'autorisation du ministre de la justice;
- En république fédérale d'Allemagne, que d'une *Rechtsbeschwerde*;
- En Irlande, que d'un recours sur un point de droit devant la Supreme Court;
- Au Royaume-Uni, que d'un seul recours sur un point de droit.

ART. 38. — La juridiction saisie du recours peut, à la requête de la partie qui l'a formé, surseoir à statuer, si la décision étrangère fait, dans l'Etat d'origine, l'objet d'un recours ordinaire ou si le délai pour le former n'est pas expiré; dans ce dernier cas, la juridiction peut impartir un délai pour former ce recours.

Lorsque la décision a été rendue en Irlande ou au Royaume-Uni, toute voie de recours prévue dans l'Etat d'origine est considérée comme un recours ordinaire pour l'application du premier alinéa⁽²¹⁾.

Cette juridiction peut également subordonner l'exécution à la constitution d'une garantie qu'elle détermine.

ART. 39. — Pendant le délai du recours prévu à l'article 36 et jusqu'à ce qu'il ait été statué sur celui-ci, il ne peut être procédé qu'à des mesures conservatoires sur les biens de la partie contre laquelle l'exécution est demandée.

La décision qui accorde l'exécution emporte l'autorisation de procéder à ces mesures.

ART. 40. — Si sa requête est rejetée, le requérant peut former un recours:

- En Belgique, devant la cour d'appel ou le *hof van beroep*;
- Au Danemark, devant le *landsret*;
- En république fédérale d'Allemagne, devant l'*Oberlandesgericht*;
- En France, devant la cour d'appel;
- En Irlande, devant la High Court;
- En Italie, devant la corte d'appello;
- Au Luxembourg, devant la Cour supérieure de justice siégeant en matière d'appel civil;
- Aux Pays-Bas, devant le *gerechtshof*;
- Au Royaume-Uni:

⁽²¹⁾ Alinéa ajouté par la convention d'adhésion, article 18.

1. En Angleterre et au pays de Galles, devant la High Court of Justice ou, s'il s'agit d'une décision en matière d'obligation alimentaire, devant la Magistrates' Court;

2. En Ecosse, devant la Court of Session ou, s'il s'agit d'une décision en matière d'obligation alimentaire, devant la Sheriff Court;

3. En Irlande du Nord, devant la High Court of Justice ou, s'il s'agit d'une décision en matière d'obligation alimentaire, devant la Magistrates' Court⁽²²⁾.

La partie contre laquelle l'exécution est demandée est appelée à comparaître devant la juridiction saisie du recours. En cas de défaut, les dispositions de l'article 20 deuxième et troisième alinéas sont applicables alors même que cette partie n'est pas domiciliée sur le territoire d'un des Etats contractants.

ART. 41⁽²³⁾. — La décision rendue sur le recours prévu à l'article 40 ne peut faire l'objet:

— En Belgique, en France, en Italie, au Luxembourg et aux Pays-Bas, que d'un pourvoi en cassation;

— Au Danemark, que d'un recours devant la *hojesteret*, avec l'autorisation du ministre de la justice;

— En république fédérale d'Allemagne, que d'une *Rechtsbeschwerde*;

— En Irlande, que d'un recours sur un point de droit devant la Supreme Court;

— Au Royaume-Uni, que d'un seul recours sur un point de droit.

ART. 42. — Lorsque la décision étrangère a statué sur plusieurs chefs de la demande et que l'exécution ne peut être autorisée pour le tout, l'autorité judiciaire accorde l'exécution pour un ou plusieurs d'entre eux.

Le requérant peut demander une exécution partielle.

ART. 43. — Les décisions étrangères condamnant à une astreinte ne sont exécutoires dans l'Etat requis que si le montant en a été définitivement fixé par les tribunaux de l'Etat d'origine.

ART. 44⁽²⁴⁾. — Le requérant qui, dans l'Etat où la décision a été rendue, a bénéficié, en tout ou en partie de l'assistance judiciaire ou d'une exemption de frais et dépens, bénéficie, dans la procédure prévue aux articles 32 à 35, de l'assistance la plus favorable ou de l'exemption la plus large prévue par le droit de l'Etat requis.

(22) Alinéa modifié par la convention d'adhésion, article 19.

(23) Article modifié par la convention d'adhésion, article 20.

(24) *Ibid.*, article 21.

Le requérant qui demande l'exécution d'une décision rendue au Danemark par une autorité administrative en matière d'obligation alimentaire peut invoquer dans l'Etat requis le bénéfice des dispositions du premier alinéa s'il produit un document établi par le ministère de la justice danois et attestant qu'il remplit les conditions économiques pour pouvoir bénéficier en tout ou partie de l'assistance judiciaire ou d'une exemption de frais et dépens.

ART. 45. — Aucune caution ni aucun dépôt, sous quelque dénomination que ce soit, ne peut être imposé en raison, soit de la qualité d'étranger, soit du défaut de domicile ou de résidence dans le pays, à la partie qui demande l'exécution dans un Etat contractant d'une décision rendue dans un autre Etat contractant.

Section 3

Dispositions communes

ART. 46. — La partie qui invoque la reconnaissance ou demande l'exécution d'une décision doit produire:

1. Une expédition de celle-ci réunissant les conditions nécessaires à son authenticité;
2. S'il s'agit d'une décision par défaut, l'original ou une copie certifiée conforme du document établissant que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été signifié ou notifié à la partie défaillante⁽²⁵⁾.

ART. 47. — La partie qui demande l'exécution doit en outre produire:

1. Tout document de nature à établir que, selon la loi de l'Etat d'origine, la décision est exécutoire et a été signifiée;
2. S'il y a lieu, un document justifiant que le requérant bénéficie de l'assistance judiciaire dans l'Etat d'origine.

ART. 48. — A défaut de production des documents mentionnés à l'article 46, point 2 et à l'article 47, point 2, l'autorité judiciaire peut impartir un délai pour les produire ou accepter des documents équivalents ou, si elle s'estime suffisamment éclairée, en dispenser.

Il est produit une traduction des documents si l'autorité judiciaire l'exige; la traduction est certifiée par une personne habilitée à cet effet dans l'un des Etats contractants.

ART. 49. — Aucune législation ni formalité analogue n'est exigée en ce qui concerne les documents mentionnés aux articles 46, 47 et à l'article 48, deuxième alinéa, ainsi que, le cas échéant, la procuration *ad litem*.

⁽²⁵⁾ Paragraphe modifié par la convention d'adhésion, article 22.

TITRE IV

ACTES AUTHENTIQUES ET TRANSACTIONS JUDICIAIRES

ART. 50. — Les actes authentiques reçus et exécutoires dans un Etat contractant sont, sur requête, revêtus de la formule exécutoire dans un autre Etat contractant, conformément à la procédure prévue aux articles 31 et suivants. La requête ne peut être rejetée que si l'exécution de l'acte authentique est contraire à l'ordre public de l'Etat requis.

L'acte produit doit réunir les conditions nécessaires à son authenticité dans l'Etat d'origine.

Les dispositions de la section 3 du titre III sont, en tant que de besoin, applicables.

ART. 51. — Les transactions conclues devant le juge au cours d'un procès et exécutoires dans l'Etat d'origine sont exécutoires dans l'Etat requis aux mêmes conditions que les actes authentiques.

TITRE V

DISPOSITIONS GENERALES

ART. 52. — Pour déterminer si une partie a un domicile sur le territoire de l'Etat contractant dont les tribunaux sont saisis, le juge applique sa loi interne.

Lorsqu'une partie n'a pas de domicile dans l'Etat dont les tribunaux sont saisis, le juge, pour déterminer si elle a un domicile dans un autre Etat contractant, applique la loi de cet Etat.

Toutefois, pour déterminer le domicile d'une partie, il est fait application de sa loi nationale si, selon celle-ci, son domicile dépend de celui d'une autre personne ou du siège d'une autorité.

ART. 53. — Le siège des sociétés et des personnes morales est assimilé au domicile pour l'application de la présente convention. Toutefois, pour déterminer ce siège, le juge saisi applique les règles de son droit international privé.

Pour déterminer si un *trust* a son domicile sur le territoire d'un Etat contractant dont les tribunaux sont saisi, le juge applique les règles de son droit international privé⁽²⁶⁾.

(26) Alinéa ajouté par la convention d'adhésion, article 23.

TITRE VI

DISPOSITIONS TRANSITOIRES⁽²⁷⁾

ART. 54. — Les dispositions de la présente convention ne sont applicables qu'aux actions judiciaires intentées et aux actes authentiques reçus postérieurement à son entrée en vigueur.

Toutefois, les décisions rendues après la date d'entrée en vigueur de la présente convention à la suite d'actions intentées avant cette date sont reconnues et exécutées conformément aux dispositions du titre III si les règles de compétence appliquées sont conformes à celles prévues soit par le titre II soit par une convention qui était en vigueur entre l'Etat d'origine et l'Etat requis lorsque l'action a été intentée.

TITRE VII

RELATIONS AVEC LES AUTRES CONVENTIONS

ART. 55. — Sans préjudice des dispositions de l'article 54, deuxième alinéa et de l'article 56, la présente convention remplace entre les Etats qui y sont parties les conventions conclues entre deux ou plusieurs de ces Etats, à savoir:

— La convention entre la Belgique et la France sur la compétence judiciaire, sur l'autorité et l'exécution des décisions judiciaires, des sentences arbitrales et des actes authentiques, signée à Paris le 8 juillet 1899,

— La convention entre la Belgique et les Pays-Bas sur la compétence judiciaire territoriale, sur la faillite, ainsi que sur l'autorité et l'exécution des décisions judiciaires, des sentences arbitrales et des actes authentiques, signée à Bruxelles le 28 mars 1925,

— La convention entre la France et l'Italie sur l'exécution des jugements en matière civile et commerciale, signée à Rome le 3 juin 1930,

— La convention entre le Royaume-Uni et la France sur l'exécution réciproque des jugements en matière civile et commerciale, accompagnée d'un protocole, signée à Paris le 18 janvier 1934⁽²⁸⁾,

— La convention entre le Royaume-Uni et la Belgique sur l'exécution réciproque des jugements en matière civile et commerciale, accompagnée d'un protocole, signée à Bruxelles le 2 mai 1934⁽²⁸⁾,

⁽²⁷⁾ Des dispositions transitoires propres à la convention d'adhésion figurent au titre V de celle-ci, voir ci-après.

⁽²⁸⁾ Tirets ajoutés par la convention d'adhésion, article 24.

— La convention entre l'Allemagne et l'Italie sur la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires en matière civile et commerciale, signée à Rome le 9 mars 1936,

— La convention entre la république fédérale d'Allemagne et le royaume de Belgique concernant la reconnaissance et l'exécution réciproques en matière civile et commerciale des décisions judiciaires, sentences arbitrales et actes authentiques, signée à Bonn le 30 juin 1958,

— La convention entre le royaume des Pays-Bas et la République italienne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires en matière civile et commerciale, signée à Rome le 17 avril 1959,

— La convention entre le Royaume-Uni et la république fédérale d'Allemagne sur la reconnaissance et l'exécution réciproques des jugements en matière civile et commerciale, signée à Bonn le 14 juillet 1960⁽²⁸⁾,

— La convention entre le royaume de Belgique et la République italienne concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires et d'autres titres exécutoires en matière civile et commerciale, signée à Rome le 6 avril 1962,

— La convention entre le royaume des Pays-Bas et la république fédérale d'Allemagne sur la reconnaissance et l'exécution mutuelles des décisions judiciaires et autres titres exécutoires en matière civile et commerciale, signée à La Haye le 30 août 1962,

— La convention entre le Royaume-Uni et la République italienne sur la reconnaissance et l'exécution réciproques des jugements en matière civile et commerciale, signée à Rome le 7 février 1964, accompagnée d'un protocole signé à Rome le 14 juillet 1970⁽²⁸⁾,

— La convention entre le Royaume-Uni et le royaume des Pays-Bas sur la reconnaissance et l'exécution réciproques des jugements en matière civile, signée à La Haye le 17 novembre 1967⁽²⁸⁾,
et pour autant qu'il est en vigueur:

— Le traité entre la Belgique, les Pays-Bas et le Luxembourg sur la compétence judiciaire, sur la faillite, sur l'autorité et l'exécution des décisions judiciaires, des sentences arbitrales et des actes authentiques, signé à Bruxelles le 24 novembre 1961.

ART. 56. — Le traité et les conventions mentionnés à l'article 55 continuent à produire leurs effets dans les matières auxquelles la présente convention n'est pas applicable.

Ils continuent à produire leurs effets en ce qui concerne les décisions rendues et les actes reçus avant l'entrée en vigueur de la présente convention.

ART. 57⁽²⁹⁾. — La présente convention ne déroge pas aux conventions auxquelles les Etats contractants sont ou seront parties et qui, dans des matières particulières, règlent la compétence judiciaire, la reconnaissance ou l'exécution des décisions⁽³⁰⁾.

Elle ne préjuge pas l'application des dispositions qui, dans des matières particulières, règlent la compétence judiciaire, la reconnaissance ou l'exécution des décisions et qui sont ou seront contenues dans les actes des institutions des Communautés européennes ou dans les législations nationales harmonisées en exécution de ces actes.

ART. 58. — Les dispositions de la présente convention ne portent pas préjudice aux droits reconnus aux ressortissants suisses par la convention conclue, le 15 juin 1859, entre la France et la Confédération helvétique sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile.

ART. 59. — La présente convention ne fait pas obstacle à ce qu'un Etat contractant s'engage envers un Etat tiers, aux termes d'une convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements, à ne pas reconnaître une décision rendue, notamment dans un autre Etat contractant, contre un défendeur qui avait son domicile ou sa résidence habituelle sur le territoire de l'Etat tiers lorsque, dans un cas prévu par l'article 4, la décision n'a pu être fondée que sur une compétence visée à l'article 3 deuxième alinéa.

Toutefois, aucun Etat contractant ne peut s'engager envers un Etat tiers à ne pas reconnaître une décision rendue dans un autre Etat contractant par une juridiction dont la compétence est fondée sur l'existence dans cet Etat de biens appartenant au défendeur ou sur la saisie par le demandeur de biens qui y existent:

(29) Article modifié par la convention d'adhésion, article 25, paragraphe 1.

(30) Dispositions d'application de cet alinéa fixées par la convention d'adhésion, article 25, paragraphe 2: «ART. 25. 2. En vue d'assurer son interprétation uniforme, l'article 57, premier alinéa, est appliqué de la manière suivante: a) La convention de 1968 modifiée ne fait pas obstacle à ce qu'un tribunal d'un Etat contractant partie à une convention relative à une matière particulière puisse fonder sa compétence sur une telle convention, même si le défendeur est domicilié sur le territoire d'un Etat contractant non partie à une telle convention. Le tribunal saisi applique, en tout cas, l'article 20 de la convention de 1968 modifiée; b) Les décisions rendues dans un Etat contractant par un tribunal ayant fondé sa compétence sur une convention relative à une matière particulière sont reconnues et exécutées dans les autres Etats contractants conformément à la convention de 1968 modifiée.

Si une convention relative à une matière particulière et à laquelle sont parties l'Etat d'origine et l'Etat requis détermine les conditions de reconnaissance et d'exécution des décisions. Il est fait application de ces conditions. Il peut, en tout cas, être fait application des dispositions de la convention de 1968 modifiée qui concernent la procédure relative à la reconnaissance et à l'exécution des décisions.

1. Si la demande porte sur la propriété ou la possession desdits biens, vise à obtenir l'autorisation d'en disposer ou est relative à un autre litige les concernant, ou

2. Si les biens constituent la garantie d'une créance qui fait l'objet de la demande⁽³¹⁾.

TITRE VIII

DISPOSITIONS FINALES⁽³²⁾

ART. 60⁽³³⁾. — La présente convention s'applique au territoire européen des Etats contractans, y compris le Groenland, aux départements et territoires français d'outre-mer ainsi qu'à Mayotte.

Le royaume des Pays-Bas peut déclarer au moment de la signature ou de la ratification de la présente convention ou à tout moment ultérieur, par voie de notification au secrétaire général du Conseil des Communautés européennes, que la présente convention est applicable aux Antilles néerlandaises. A défaut d'une telle déclaration, les procédures se déroulant sur le territoire européen du Royaume à la suite d'un pourvoi en cassation contre les décisions des tribunaux des Antilles néerlandaises sont considérés comme des procédures se déroulant devant ces tribunaux.

Par dérogation au premier alinéa, la présente convention ne s'applique pas:

1. Aux îles Féroé, sauf déclaration contraire du royaume de Danemark;

2. Aux territoires européens situés hors du Royaume-Uni et dont celui-ci assume les relations internationales, sauf déclaration contraire du Royaume-Uni pour un tel territoire.

Ces déclarations peuvent être faites à tout moment, par voie de notification au secrétaire général du Conseil des Communautés européennes.

Les procédures d'appel introduites au Royaume-Uni contre des décisions rendues par les tribunaux situés dans un des territoires visés au troisième alinéa point 2 sont considérées comme des procédures se déroulant devant ces tribunaux.

Les affaires qui, au Royaume de Danemark, sont traitées d'après la loi sur la soi sur la procédure civile pour les îles Féroé (*Lov for Foereerne om*

(31) Alinéa ajouté par la convention d'adhésion, article 26.

(32) Des dispositions finales propres à la convention d'adhésion figurent au titre VI de celle-ci, voir ci-après.

(33) Article modifié par la convention d'adhésion, article 27.

rettens pleje) sont considérées comme des affaires se déroulant devant les tribunaux des îles Féroé.

ART. 61. — La présente convention sera ratifiée par les Etats signataires. Les instruments de ratification seront déposés auprès du secrétaire général du Conseil des Communautés européennes.

ART. 62⁽³⁴⁾. — La présente convention entrera en vigueur le premier jour du troisième mois suivant le dépôt de l'instrument de ratification de l'Etat signataire qui procédera le dernier à cette formalité.

ART. 63. — Les Etats contractants reconnaissent que tout Etat qui devient membre de la Communauté économique européenne aura l'obligation d'accepter que la présente convention soit prise comme base pour les négociations nécessaires pour assurer la mise en œuvre de l'article 220, dernier alinéa du traité instituant la Communauté économique européenne dans les rapports entre les Etats contractants et cet Etat.

Les adaptations nécessaires pourront faire l'objet d'une convention spéciale entre les Etats contractants, d'une part, et cet Etat, d'autre part.

ART. 64. — Le secrétaire général du Conseil des Communautés européennes notifiera aux Etats signataires:

- a) La dépôt de tout instrument de ratification;
- b) La date d'entrée en vigueur de la présente convention;
- c) Les déclarations reçues en application de l'article 60⁽³⁵⁾;
- d) Les déclarations reçues en application de l'article IV du protocole;
- e) Les communications faites en application de l'article VI du protocole.

ART. 65. — Le protocole qui, du commun accord des Etats contractants, est annexé à la présente convention, en fait partie intégrante.

ART. 66. — La présente convention est conclue pour une durée illimitée.

ART. 67. — Chaque Etat contractant peut demander la révision de la présente convention. Dans ce cas, une conférence de révision est convoquée par le président du Conseil des Communautés européennes.

⁽³⁴⁾ Pour l'entrée en vigueur de la convention d'adhésion, voir ci-après l'article 39 de celle-ci.

⁽³⁵⁾ Lettre c modifiée par la convention d'adhésion, article 28.

ART. 68⁽³⁶⁾. — La présente convention, rédigée en un exemplaire unique en langue allemande, en langue française, en langue italienne et en langue néerlandaise, les quatre textes faisant également foi, sera déposée dans les archives du secrétariat du Conseil des Communautés européennes. Le secrétaire général en remettra une copie certifiée conforme à chacun des gouvernements des Etats signataires.

Protocole

Les hautes parties contractants sont convenues des dispositions ci-après, qui sont annexées à la convention:

ART. I. — Toute personne domiciliée au Luxembourg, atraite devant un tribunal d'un autre Etat contractant en application de l'article 5, point 1, peut décliner la compétence de ce tribunal. Ce tribunal se déclare d'office incompetent si le défendeur ne comparait pas.

Toute convention attributive de juridiction au sens de l'article 17 ne produit ses effets à l'égard d'une personne domiciliée au Luxembourg que si celle-ci l'a expressément et spécialement acceptée.

ART. II. — Sans préjudice de dispositions nationales plus favorables, les personnes domiciliées dans un Etat contractant et poursuivies pour une infraction involontaire devant les juridiction répressives d'un autre Etat contractant dont elles ne sont pas les nationaux, peuvent se faire défendre par les personnes habilitées à cette fin, même si elles ne comparaissent pas personnellement.

Toutefois, la juridiction saisie peut ordonner la comparution personnelle; si celle-ci n'a pas lieu, la décision rendue sur l'action civile sans que la personne en cause ait eu la possibilité de se faire défendre pourra ne pas être reconnue ni exécutée dans les autres Etats contractants.

ART. III. — Aucun impôt, droit ou taxe, proportionnel à la valeur du litige, n'est perçu dans l'Etat requis à l'occasion de la procédure tendant à l'octroi de la formule exécutoire.

ART. IV. — Les actes judiciaires et extrajudiciaires dressés sur le territoire d'un Etat contractant et qui doivent être notifiés ou signifiés à des personnes se trouvant sur le territoire d'un autre Etat contractant sont transmis selon les modes prévus par les conventions ou accords conclus entre les Etats contractants.

⁽³⁶⁾ Voir ci-après l'article 37, deuxième alinéa de la convention d'adhésion, qui prévoit que les textes danois, anglais et irlandais font également foi.

Sauf si l'Etat de destination s'y oppose par déclaration faite au secrétaire général du Conseil des Communautés européennes, ces actes peuvent aussi être envoyés directement par les officiers ministériels de l'Etat où les actes sont dressés aux officiers ministériels de l'Etat sur le territoire duquel se trouve le destinataire de l'acte. Dans ce cas, l'officier ministériel de l'Etat d'origine transmet une copie de l'acte à l'officier ministériel de l'Etat requis, qui est compétent pour la remettre au destinataire. Cette remise est faite dans les formes prévues par la loi de l'Etat requis. Elle est constatée par une attestation envoyée directement à l'officier ministériel de l'Etat d'origine.

ART. V. — La compétence judiciaire prévue à l'article 6, point 2 et à l'article 10, pour la demande en garantie ou la demande en intervention, ne peut être invoquée dans la république fédérale d'Allemagne. Dans cet Etat, toute personne domiciliée sur le territoire d'un autre Etat contractant peut être appelée devant les tribunaux en application des articles 68 et 72, 73 et 74 du Code de procédure civile concernant la *litis denunciatio*.

Les décisions rendues dans les autres Etats contractants en vertu de l'article 6, point 2 et de l'article 10 sont reconnues et exécutées dans la république fédérale d'Allemagne, conformément au titre III. Les effets produits à l'égard des tiers, en application des articles 68 et 72, 73 et 74 du Code de procédure civile, par des jugements rendus dans cet Etat, sont également reconnus dans les autres Etats contractants.

ART. V bis⁽³⁷⁾. — En matière d'obligation alimentaire, les termes "juge", "tribunal" et "jurisdiction" comprennent les autorités administratives danoises.

ART. V ter⁽³⁷⁾. — Dans les litiges entre le capitaine et un membre de l'équipage d'un navire de mer immatriculé au Danemark ou en Irlande, relatif aux rémunérations ou aux autres conditions de service, les juridictions d'un Etat contractant doivent contrôler si l'agent diplomatique ou consulaire dont relève le navire a été informé du litige. Elles doivent surseoir à statuer aussi longtemps que cet agent n'a pas été informé. Elles doivent, même d'office, se dessaisir, si cet agent, dûment informé, a exercé les attributions que lui reconnaît en la matière une convention consulaire ou, à défaut d'une telle convention, a soulevé des objections sur la compétence dans le délai imparti.

ART. V quater⁽³⁷⁾. — Lorsque dans le cadre de l'article 69, paragraphe 5 de la convention relative au brevet européen pour le marché commun, signée à Luxembourg le 15 décembre 1975, les articles 52 et 53 de la présente

⁽³⁷⁾ Article ajouté par la convention d'adhésion, article 29.

convention sont appliqués aux dispositions relatives à la *résidence*, selon le texte anglais de la première convention, le terme *résidente* employé dans ce texte est réputé avoir la même portée que le terme "domicile" figurant dans les articles 52 et 53 précités.

ART. V quinquies⁽³⁷⁾ — Sans préjudice de la compétence de l'Office européen des brevets selon la convention sur la délivrance de brevets européens, signée à Munich le 5 octobre 1973, les juridictions de chaque Etat contractant sont seules compétentes, sans considération de domicile, en matière d'inscription ou de validité d'un brevet européen délivré pour cet Etat qui n'est pas un brevet communautaire en application des dispositions de l'article 86 de la convention relative au brevet européen pour le marché commun, signée à Luxembourg de 15 décembre 1975.

ART. VI. — Les Etats contractants communiqueront au secrétaire général du Conseil des Communautés européennes les textes de leurs dispositions législatives qui modifieraient soit les articles de leurs lois qui sont mentionnés dans la convention, soit les juridictions qui sont désignées au titre III, section 2 de la convention.

Déclaration commune

Les Gouvernements du royaume de Belgique, de la république fédérale d'Allemagne, de la République française, de la République italienne, du grand-duché de Luxembourg et du royaume des Pays-Bas,

Au moment de la signature de la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale;

Désirant assurer une application aussi efficace que possible de ses dispositions;

Soucieux d'éviter que des divergences d'interprétation de la convention ne nuisent à son caractère unitaire;

Conscients du fait que des conflits positifs ou négatifs de compétences pourraient éventuellement se présenter dans l'application de la convention, se déclarent prêts:

1. A étudier ces questions et notamment à examiner la possibilité d'attribuer certaines compétences à la Cour de justice des Communautés européennes, et à négocier, le cas échéant, un accord à cet effet;
2. A instituer des contacts périodiques entre leurs représentants.

Fait à Bruxelles, le vingt-sept septembre mil neuf cent soixante-huit.

(J.O.C.E. n° L 304 du 30-10-1978, p. 77.)

PROTOCOLE concernant l'interprétation par la Cour de justice de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (3 juin 1971)

modifié par la convention relative à l'adhésion du Royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, du 9-10-1978.

Les Hautes Parties contractantes au Traité instituant la Communauté économique européenne,

Se référant à la déclaration annexée à la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale signée à Bruxelles le 27 septembre 1968,

Ont décidé de conclure un protocole attribuant compétence à la Cour de justice des Communautés européennes pour l'interprétation de ladite convention et ont désigné à cet effet comme plénipotentiaires:

[.....]

ARTICLE PREMIER. — La Cour de justice des Communautés européennes est compétente pour statuer sur l'interprétation de la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale et du protocole annexé à cette convention, signés à Bruxelles le 27 septembre 1968, ainsi que du présent protocole.

La Cour de justice des Communautés européennes est également compétente pour statuer sur l'interprétation de la convention relative à l'adhésion du royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord à la convention du 27 septembre 1968, ainsi qu'au présent protocole⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Alinéa ajouté par la convention d'adhésion, article 30.

ART. 2. — Les juridictions suivantes ont le pouvoir de demander à la Cour de justice de statuer à titre préjudiciel sur une question d'interprétation:

1. — En Belgique: la Cour de cassation (het Hof van Cassatie) et le Conseil d'Etat (de Raad van State);
 - Au Danemark: højesteret;
 - En république fédérale d'Allemagne: die obersten Gerichtshöfe des Bundes;
 - En France: la Cour de cassation et le Conseil d'Etat;
 - En Irlande: the Supreme Court;
 - En Italie: la Corte suprema di cassazione;
 - Au Luxembourg: la Cour supérieure de justice siégeant comme Cour de cassation;
 - Aux Pays-Bas: de Hoge Raad;
 - Au Royaume-Uni: the House of Lords et les juridictions saisies sur la base de l'article 37 deuxième alinéa ou de l'article 41 de la convention⁽²⁾;
2. Les juridictions des Etats contractants lorsqu'elles statuent en appel;
3. Dans les cas prévus à l'article 37 de la convention, les juridictions mentionnées audit article.

ART. 3. — 1. Lorsqu'une question portant sur l'interprétation de la convention et des autres textes mentionnés à l'article premier est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction indiquée à l'article 2, point 1, cette juridiction, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, est tenue de demander à la Cour de justice de statuer sur cette question.

2. Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction indiquée à l'article 2, points 2 et 3, cette juridiction peut, dans les conditions déterminées au paragraphe 1, demander à la Cour de justice de statuer.

ART. 4. — 1. L'autorité compétente d'un Etat contractant a la faculté de demander à la Cour de justice de se prononcer sur une question d'interprétation de la convention et des autres textes mentionnés à l'article premier si des décisions rendues par des juridictions de cet Etat sont en contradiction avec l'interprétation donnée, soit par la Cour de justice, soit par une décision d'une juridiction d'un autre Etat contractant mentionnée à l'article 2, points 1 et 2. Les dispositions du présent paragraphe ne s'appliquent qu'aux décisions passées en force de chose jugée.

⁽²⁾ Paragraphe modifié par la convention d'adhésion, article 31.

2. L'interprétation donnée par la Cour de justice à la suite d'une telle demande est sans effet sur les décisions à l'occasion desquelles l'interprétation lui a été demandée.

3. Sont compétents pour saisir la Cour de justice d'une demande d'interprétation conformément au paragraphe 1, les procureurs généraux près les cours de cassation des Etats contractants ou toute autre autorité désignée par un Etat contractant.

4. Le greffier de la Cour de justice notifie la demande aux Etats contractants, à la Commission et au Conseil des Communautés européennes qui, dans un délai de deux mois à compter de cette notification, ont le droit de déposer devant la Cour des mémoires ou observations écrites.

5. La procédure prévue au présent article ne donne lieu ni à la perception ni au remboursement des frais et dépens.

ART. 5. — 1. Dans la mesure où le présent protocole n'en dispose pas autrement, les dispositions du traité instituant la Communauté économique européenne et celles du protocole sur le statut de la Cour de justice y annexé, qui sont applicables lorsque la Cour est appelée à statuer à titre préjudiciel, s'appliquent également à la procédure d'interprétation de la convention et des autres textes mentionnés à l'article premier.

2. Le règlement de procédure de la Cour de justice est adapté et complété, si besoin est, conformément à l'article 188 du traité instituant la Communauté économique européenne.

ART. 6⁽³⁾. — Le présent protocole s'applique au territoire européen des Etats contractants, y compris le Groenland, aux départements et territoires français d'outremer ainsi qu'à Mayotte.

Le royaume des Pays-Bas peut déclarer, au moment de la signature ou de la ratification du présent protocole ou à tout moment ultérieur, par voie de notification au secrétaire général du Conseil des Communautés européennes, que le présent protocole est applicable aux Antilles néerlandaises.

Par dérogation au premier alinéa, le présent protocole ne s'applique pas:

1. Aux îles Féroé, sauf déclaration contraire du royaume de Danemark;

2. Aux territoires européens situés hors du Royaume-Uni et dont celui-ci assume les relations internationales, sauf déclaration contraire du Royaume-Uni pour un tel territoire.

Ces déclarations peuvent être faites à tout moment, par voie de notification au secrétaire général du Conseil des Communautés européennes.

⁽³⁾ Article modifié par la convention d'adhésion, article 32.

ART. 7. — Le présent protocole sera ratifié par les Etats signataires. Les instruments de ratification seront déposés auprès du secrétaire général du Conseil des Communautés européennes.

ART. 8⁽⁴⁾. — Le présent protocole entre en vigueur le premier jour du troisième mois suivant le dépôt de l'instrument de ratification de l'Etat signataire qui procède le dernier à cette formalité. Toutefois, son entrée en vigueur intervient au plus tôt en même temps que celle de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

ART. 9. — Les Etats contractants reconnaissent que tout Etat qui devient membre de la Communauté économique européenne et auquel s'applique l'article 63 de la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale doit accepter les dispositions du présent protocole, sous réserve des adaptations nécessaires.

ART. 10. — Le secrétaire général du Conseil des Communautés européennes notifie aux Etats signataires:

- a) Le dépôt de tout instrument de ratification;
- b) La date d'entrée en vigueur du présent protocole;
- c) Les déclarations reçues en application de l'article 4, paragraphe 3;
- d) Les déclarations reçues en application de l'article 6⁽⁵⁾.

ART. 11. — Les Etats contractants communiqueront au secrétaire général du Conseil des Communautés européennes les textes de leurs dispositions législatives qui impliquent une modification de la liste des juridictions désignées à l'article 2, point 1.

ART. 12. — Le présent protocole est conclu pour une durée illimitée.

ART. 13. — Chaque Etat contractant peut demander la révision du présent protocole. Dans ce cas, une conférence de révision est convoquée par le président du Conseil des Communautés européennes.

ART. 14⁽⁶⁾. — Le présent protocole rédigé en un exemplaire unique en langues allemande, française, italienne et néerlandaise, les quatre textes faisant également foi, est déposé dans les archives du secrétariat du Conseil des Communautés européennes. Le secrétaire général en remet une copie certifiée conforme à chacun des gouvernements des Etats signataires.

(4) Pour l'entrée en vigueur de la convention d'adhésion, voir ci-après l'article 39 de celle-ci.

(5) Lettre *d* modifiée par la convention d'adhésion, article 33.

(6) Voir ci-après l'article 37, deuxième alinéa de la convention d'adhésion, qui prévoit que les textes danois, anglais et irlandais font également foi.

Declaration commune

Les Gouvernements du royaume de Belgique, de la république fédérale d'Allemagne, de la République française, de la République italienne, du grand-duché de Luxembourg et du royaume des Pays-Bas,

Au moment de la signature du protocole concernant l'interprétation par la Cour de justice de la convention de 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale;

Désirant assurer une application aussi efficace et uniforme que possible de ses dispositions;

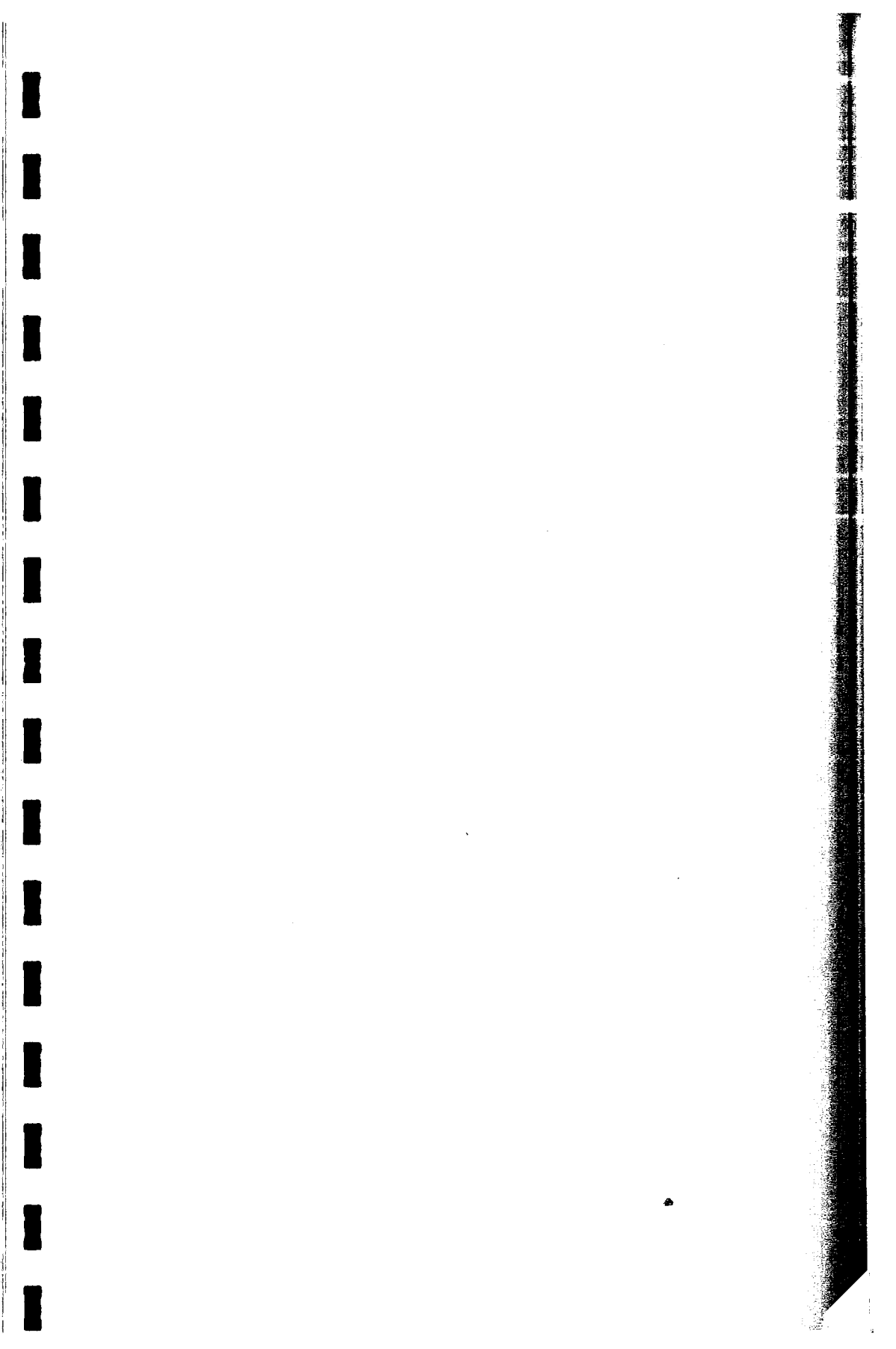
Se déclarent prêts à organiser, en liaison avec la Cour de justice, un échange d'information concernant les décisions rendues par les juridictions mentionnées à l'article 2, point 1 dudit protocole en application de la convention et du protocole du 27 septembre 1968.

Fait à Luxembourg, le trois juin mil neuf cent soixante et onze.

(J.O.C.E. n° L 304 du 30-10-1978, p. 97)

ESTUDOS





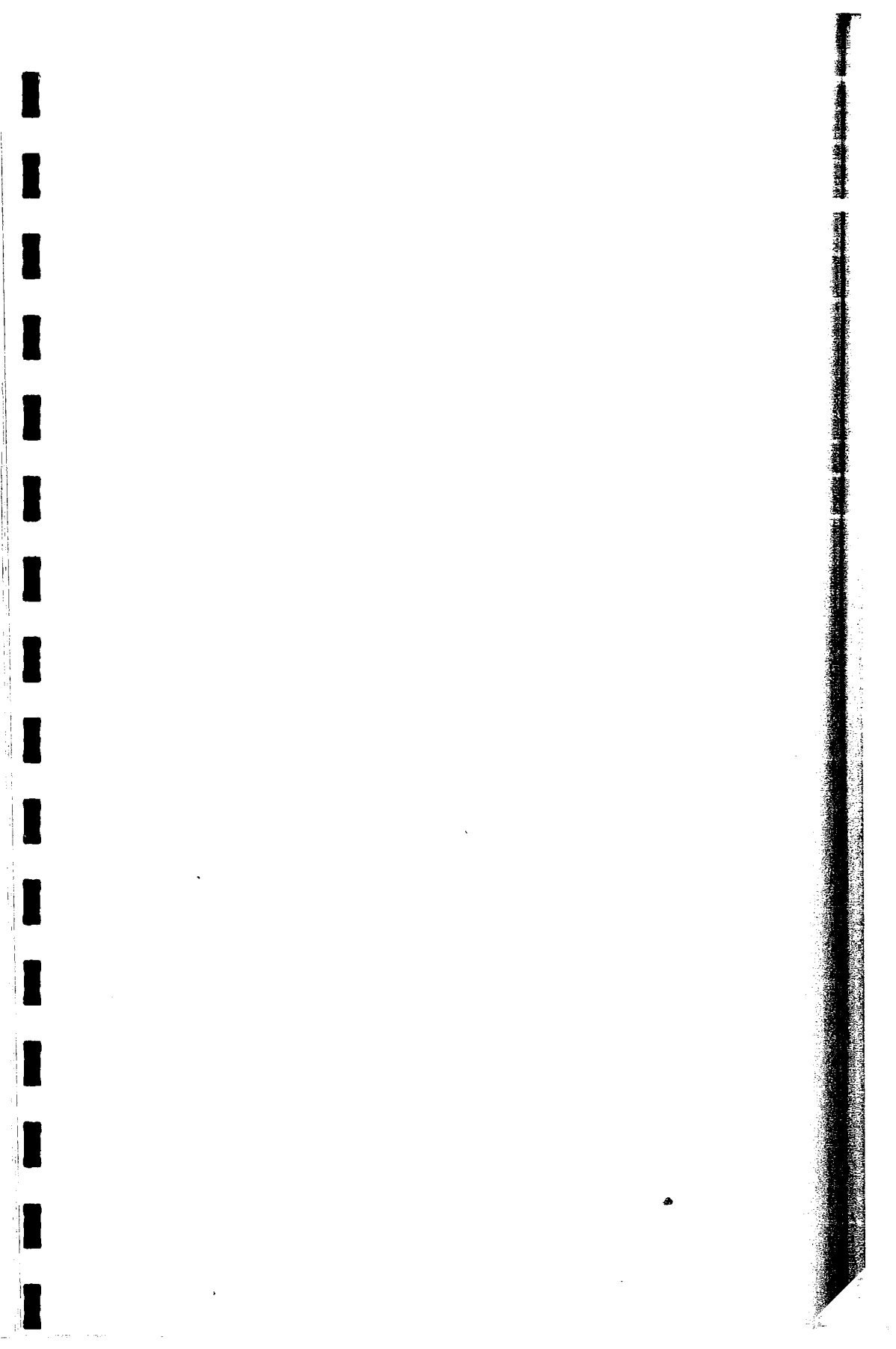
ADAPTAÇÃO DO DIREITO PORTUGUÊS À TERCEIRA DIRECTIVA* DO CONSELHO DA COMUNIDADE ECONÓMICA EUROPEIA RELATIVA ÀS FUSÕES DAS SOCIEDADES POR ACÇÕES

RAUL VENTURA

SUMÁRIO

1. A terceira directiva CEE sobre harmonização do direito das sociedades. Sua preparação.
2. Finalidades da terceira directiva.
3. A fusão de sociedades no direito português.
4. Artigo 1º — Campo de aplicação.
5. Artigo 2º — Dever de disciplinar a fusão.
6. Artigos 3º e 4º — Noção de fusão por incorporação e de fusão por constituição de nova sociedade.
7. Artigo 5º — Projecto de fusão.
8. Artigo 6º — Publicidade do projecto de fusão.
9. Artigo 7º — As assembleias gerais.
10. Artigo 8º — Dispensa de deliberação da assembleia da sociedade incorporante.
11. Artigo 9º — Relatório dos órgãos de administração.
12. Artigo 10º — Fiscalização por peritos independentes.
13. Artigo 11º — Informação dos accionistas.
14. Artigo 12º — Protecção dos trabalhadores; a Directiva 77/187/CEE.
15. Artigos 13º e 14º — Protecção dos credores sociais.
16. Artigo 15º — Direitos dos portadores de títulos que não sejam acções.
17. Artigo 16º — Forma das actas das deliberações e do contrato da fusão.
18. Artigo 17º — Data da eficácia da fusão.
19. Artigo 18º — Publicidade da fusão.
20. Artigo 19º — Efeitos da fusão.
21. Artigos 20º e 21º — Responsabilidade pela preparação e realização da fusão.
22. Artigo 22º — Nulidade da fusão.

* Directiva 78/855/CEE, de 9 de Outubro de 1978, baseada no artigo 54, parágrafo, letra g) do Tratado de Roma.



23. Artigo 23º — Fusão por constituição de uma nova sociedade.
24. Artigos 24º, 25º e 26º — Absorção de uma sociedade por outra que possua a totalidade das acções da primeira.
25. Artigos 27º, 28º e 29º — Fusão de sociedades de que uma possui 90 por cento das acções da outra.
26. Artigos 30º e 31º — Outras operações assimiladas à fusão.
27. Artigos 32º e 33º — Disposições finais.
28. Alterações a introduzir no Decreto-Lei n.º 598/73 para o adaptar à terceira directiva CEE.

1. A terceira directiva CEE sobre harmonização do direito das sociedades. Sua preparação

No Jornal Oficial das Comunidades Europeias de 14 de Julho de 1970 foi publicada uma “Proposta de terceira directiva para a coordenação das medidas de garantia impostas nos Estados membros às sociedades no sentido do artigo 58º, trecho 2, do tratado, no interesse dos sócios e de terceiros no caso de fusão de sociedades por acções”.

Essa proposta (que passarei a designar por proposta original), fora apresentada pela Comissão da Comunidade Económica Europeia ao Conselho em 16 de Junho de 1970.

Sobre os pormenores da elaboração interna da proposta, pode ver-se Pierre van Ommeslaghe, *La proposition de troisième directive sur l'harmonisation des fusions de sociétés anonymes*, in *Quo Vadis Ius Societatum, Liber amicorum Pieter Sanders*, p. 124.

A proposta original é composta pelo habitual relatório sucinto, por um artigo 1º, que define o campo de aplicação da directiva, e por vinte e três artigos, agrupados em seis capítulos: Capítulo I — Disciplina da fusão mediante incorporação e da fusão mediante constituição de nova sociedade; Capítulo II — Fusão mediante incorporação; Capítulo III — Fusão mediante constituição de nova sociedade; Capítulo IV — Incorporação de uma sociedade por parte de uma outra sociedade que possui a totalidade das acções da primeira; Capítulo V — Outras operações assimiladas à fusão; Capítulo VI — Disposições gerais e finais.

Em 1973, a Comissão propôs ao Conselho, em virtude do artigo 149º, trecho 2, do Tratado CEE, uma nova redacção da referida terceira directiva. (CEE, Doc. COM (72) 1688, de 4 de Janeiro de 1973.)

O relatório que acompanha a proposta modificada justifica as modificações na breve “introdução” que transcrevo: “O Parlamento Europeu e o Comité Económico e Social formularam os seus pareceres sobre a proposta da terceira directiva em matéria de direito das sociedades. Para tomar em conta esses pareceres, assim como a adesão da Grã-Bretanha, da Irlanda e da Dinamarca, a Comissão modificou a sua proposta de directiva, em virtu-

de do artigo 149º, trecho 2, do tratado. A Comissão também adaptou, sempre que isso era possível, a nova redacção ao texto do projecto da convenção sobre as fusões internacionais de sociedades por acções elaborado pelos técnicos governamentais em aplicação do artigo 230º, trecho 3, do tratado.”

No Jornal Oficial de 20 de Outubro de 1978 foi publicada a terceira directiva, emanada do Conselho das Comunidades Europeias em 9 de Outubro, a qual tomou o número 78/855/CEE e aparece epigrafada “Terceira directiva do Conselho de 9 de Outubro de 1978 baseada no artigo 54º, parágrafo 3, letra g), do Tratado e relativa às fusões das sociedades por acções”.

Contém ela trinta e três artigos, além do relatório inicial. O artigo 1º, isolado, ocupa-se do campo de aplicação da directiva; o número de capítulos é igual ao da proposta original, mas as respectivas epígrafes apresentam ligeiras variações: Capítulo I — Disciplina da fusão mediante a incorporação numa sociedade de uma ou várias outras e da fusão mediante a constituição de uma sociedade nova; Capítulo II — Fusão mediante incorporação; Capítulo III — Fusão mediante constituição de uma nova sociedade; Capítulo IV — Incorporação de uma sociedade numa outra que possua pelo menos 90% das acções da primeira; Capítulo V — Outras operações assimiladas à fusão; Capítulo VI — Disposições finais.

2. Finalidades da terceira directiva

Como é usual nas directivas da CEE, a terceira directiva, no relatório inicial, depois de invocar o artigo 54º, parágrafo 3, letra g) do tratado, a proposta da Comissão e os pareceres do Parlamento Europeu e do Conselho Económico e Social, situa a nova directiva relativamente às anteriores e esquematiza as finalidades dela.

Em primeiro lugar, o Conselho considera que “a tutela dos interesses dos sócios e de terceiros requer uma coordenação das legislações dos Estados membros a respeito das fusões das sociedades por acções e que é conveniente introduzir no direito de todos os Estados membros o instituto da fusão”.

Não discuto as vantagens para os interesses dos sócios e de terceiros, da coordenação das legislações sobre fusões de sociedades, uma vez que tais vantagens foram reconhecidas por tão altas instâncias internacionais. Apenas poria reserva à parte final daquele considerando, quando impõe a todos os Estados membros o reconhecimento desse instituto, limitado, como se verá, às sociedades reguladas pela legislação de cada um desses Estados; isso é, contudo, aspecto que nada importa para Portugal, que desde o Código Comercial, pelo menos, reconhece e disciplina as fusões de sociedades.

Em segundo lugar, a directiva considera que no quadro dessa coordenação é particularmente importante assegurar aos accionistas das sociedades participantes na fusão uma informação adequada e quanto possível objectiva, bem como garantir uma apropriada tutela dos seus direitos. Nada tenho a objectar, antes julgo de pôr em relevo que o legislador internacional se preocupa também com a informação e a tutela dos direitos dos sócios, em contraposição a orientações de certos sistemas nacionais que só ou principalmente se preocupam com os direitos e interesses dos credores das sociedades participantes na fusão.

Terceiro considerando: "Considerando que a tutela dos interesses dos trabalhadores no caso de transmissão de empresas, de estabelecimentos ou de partes de estabelecimentos é actualmente disciplinada pela Directiva 77/87/CEE". Na altura própria apresentarei um apontamento sobre essa directiva.

A protecção dos credores das sociedades participantes aparece no quarto considerando: os credores, obrigacionistas ou não, e os portadores de outros títulos das sociedades participantes devem ser tutelados de modo a evitar que a realização da fusão os prejudique.

À publicidade refere-se o considerando seguinte, que a reporta à Directiva 68/151/CEE e a justifica pelos interesses de terceiros, esquecendo os interesses dos sócios que fundamentam também a publicidade na primeira directiva.

Segue-se uma extensão das preocupações do legislador a outros institutos de certo modo relacionados com a fusão: considerando que é necessário estender as garantias previstas a favor dos sócios e de terceiros, no quadro do processo de fusão, a algumas operações jurídicas que, em certos sectores essenciais, têm características análogas às da fusão, a fim de que esta tutela não possa ser iludida. Há, pois, uma intenção de evitar a fraude às novas regras por meio do emprego de certos outros institutos jurídicos e não uma intenção autónoma da disciplina de tais institutos, como poderia também existir.

O último considerando continua uma orientação já fixada na terceira parte da primeira directiva; entende-se que, para garantir a segurança jurídica nas relações quer entre as sociedades interessadas, quer entre estas e terceiros, quer entre os accionistas, importa limitar os casos de nulidade e estabelecer, por um lado, o princípio da sanção sempre que este seja possível e, por outro lado, um prazo curto para o exercício da acção de nulidade.

Essas finalidades concretas dos preceitos contidos na terceira directiva não chegam, a meu ver, para justificar que as fusões de sociedades tenham relevância bastante para serem objecto duma directiva, à frente doutras matérias. A explicação do lugar tomado pelas fusões no trabalho de harmonização do direito das sociedades deve encontrar-se na sua relação com a con-

venção sobre fusões internacionais que, com base no artigo 220.º, alínea 3, do tratado estava a ser negociada pelos Estados membros (Van Ommeslaghe, *op. cit.*, p. 123). A directiva veio a ser publicada antes de os Estados membros se porem de acordo quanto à convenção.

3. A fusão de sociedades no direito português

O Código Comercial tratava a fusão de sociedades nos artigos 124.º a 127.º Não apresentava nenhuma definição, pressupondo, portanto, conceito e modalidades de fusão.

Tanto a doutrina como a jurisprudência entendiam, ainda no domínio do Código Comercial, que a fusão podia revestir duas modalidades. Numa delas —, que por vezes aparecia denominada “fusão propriamente dita”, — as duas ou mais sociedades intervenientes na operação dissolvem-se, aparecendo em seu lugar uma nova sociedade, na qual se reúnem os patrimónios das anteriores; na outra — denominada geralmente “fusão por incorporação” ou “por absorção” —, uma das sociedades intervenientes não se dissolve e junta ao seu o património de uma ou mais que são dissolvidas. Apenas como prova do reconhecimento das duas modalidades de fusão — que não pela excelência dos conceitos —, veja-se o acórdão da Relação de Lisboa, de 18-12-59, JR 5, 868: “A fusão das sociedades pode dar-se de duas maneiras: a fusão propriamente dita que é um contrato de nova sociedade, e a incorporação, quando sucede que alguma ou algumas sociedades se dissolvem, reunindo-se os seus capitais a uma outra que continua a existir.”

Os mencionados quatro artigos do Código Comercial ocupavam-se da deliberação de fusão, do diferimento da eficácia da fusão, da oposição dos credores à fusão, da eficácia definitiva da fusão.

Em 8 de Novembro de 1973 foi publicado o Decreto-Lei n.º 598/73, que, em dois títulos, regulou respectivamente a fusão e a cisão de sociedades.

A fusão é tratada agora em dezassete artigos, de que adiante falarei pormenorizadamente, limitando-me agora a reproduzir as suas epígrafes, para facilitar um primeiro confronto com o conteúdo da terceira directiva: Noção. Modalidades; Projecto de fusão; Intervenção dos fiscais das sociedades; Convocação das assembleias gerais; Reunião da assembleia; Deliberação; Participação de uma sociedade no capital de outra; Fusão acompanhada de outras alterações do pacto social; Direito de exoneração dos sócios; Escritura de fusão; Publicidade de deliberação e oposição dos credores; Efeitos da oposição; Registo da fusão; Efeitos do registo; Condição ou termo; Responsabilidade emergente da conclusão da fusão; Efectivação de responsabilidade no caso de extinção da sociedade.

4. Artigo 1.º — Campo de aplicação

O artigo 1.º, § 1, da terceira directiva estabelece o campo de aplicação desta, determinando que as medidas de coordenação prescritas pela presente directiva aplicam-se às disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados membros respeitantes aos seguintes tipos de sociedades:

- para a Alemanha: die Aktiengesellschaft
- para a Bélgica: la société anonyme/de naamloze vennootschap
- para a Dinamarca: aktieelskaber
- para a França: la société anonyme
- para a Irlanda: public companies limited by shares, public companies limited by guarantee having a share capital
- para a Itália: la società per azioni
- para o Luxemburgo: la société anonyme
- para os Países Baixos: de naamloze vennootschap
- para o Reino Unido: public companies limited by shares, public companies limited by guarantee having a share capital.

No estudo sobre a adaptação no nosso direito à primeira directiva, interpretei as expressões “disposições legislativas, regulamentares e administrativas”; remeto para esse lugar, quanto ao entendimento de tais expressões na terceira directiva.

A disciplina portuguesa das fusões — tanto a vigente como a anterior — respeita indistintamente a todos os tipos de sociedades (adiante falei especialmente das sociedades cooperativas).

A terceira directiva, com o campo de aplicação acima descrito, virá a aplicar-se em Portugal apenas às sociedades anónimas, mas a diferença de campo de aplicação da terceira directiva e da nossa legislação actual suscita problemas. Não sendo crível nem aconselhável que o legislador português passe a restringir a disciplina das fusões apenas às sociedades anónimas, haverá que verificar se as alterações que, por força da entrada em vigor da terceira directiva, haja que introduzir na nossa legislação a respeito de sociedades anónimas, deverão ficar limitadas a esse tipo de sociedades ou se podem ou devem ter o âmbito geral que entre nós tem sido tradicional.

A amplitude da actual e espero que da futura legislação portuguesa quanto aos tipos de sociedades sujeitos ao regime das fusões tira, para nós, interesse a um problema que pode surgir na interpretação da terceira directiva: saber se esta se aplica sempre que *uma* das sociedades participantes na fusão seja do tipo definido no artigo 1.º ou apenas quando *todas* as sociedades participantes na fusão sejam desse tipo.

O 2.º parágrafo do artigo 1.º da terceira directiva ocupa-se das sociedades cooperativas: “Os Estados membros podem não aplicar a presente di-

ativas de sociedades cooperativas constituídas num dos tipos de sociedades indicados no parágrafo 1. Quando as legislações dos Estados membros se prevaleçam de tal possibilidade, impõem a estas sociedades que façam figurar o termo “cooperativa” em todos os documentos a que se refere o artigo 4º da Directiva 68/151/CEE.”

A nossa lei vigente permite a fusão de sociedades cooperativas. O artigo 1º, nº 2 do Decreto-Lei nº 598/73, dispõe: “Tratando-se de cooperativas, a fusão apenas pode ter lugar com sociedades do mesmo tipo.” O tipo “cooperativa” impede que uma dessas sociedades se funda com outra sociedade de tipo diferente, mas o preceito consagra do mesmo passo a possibilidade de fusões entre sociedades desse tipo.

Relacionando o nosso preceito com a disposição da terceira directiva, parece que o nosso legislador não está a prevalecer-se — antes pelo contrário — da faculdade de não aplicar a directiva a sociedades cooperativas constituídas sob o tipo de sociedades anónimas. Quando se fundirem sociedades cooperativas com outras sociedades cooperativas serão aplicáveis as regras da directiva que tenham sido incorporadas no nosso direito.

O artigo 1º, § 2º, parte final, não encontra, pois, aplicação no caso português. De passagem, noto não compreender a relação entre a primeira e a segunda parte do citado parágrafo 2º, pois não vejo motivos para que o facto de a legislação nacional não permitir a fusão de sociedades cooperativas conduza a exigir que em todos os documentos relativos a essas sociedades e previstos no artigo 4º da primeira directiva figure a denominação “cooperativa”. Tal exigência não constituiria problema para o nosso direito, em que a denominação da sociedade indica tratar-se de cooperativa, mas não tem justificação para esta terceira directiva, embora talvez a tenha para a segunda directiva, donde o preceito deve ter vindo por descuidado arrastamento.

O artigo 1º, § 3º, permite que os Estados membros deixem de aplicar a presente directiva se uma ou mais sociedades em via de incorporação ou de extinção são objecto de um processo de falência, concordata ou de outros processos afins.

Literalmente não é clara a expressão “sociedades em via de incorporação”, que tanto pode referir-se à sociedade incorporante e à incorporada, como só à última, mas parece que a justificação do preceito leva a estendê-lo a todas essas hipóteses e, assim, a faculdade referida existe desde que uma qualquer das sociedades intervenientes na fusão se encontre nalguma das referidas situações.

Como veremos, a situação de “sociedade em liquidação”, e portanto já dissolvida, está prevista noutro preceito da directiva, pelo que não é esse o aspecto relevante neste § 3º. Atende-se à situação patrimonial da sociedade, em estado de falência ou sob concordata.

Admito que a referida situação permitida pela Directiva de fusão, mas, perante aquele parágrafo da directiva, duvido de qual deva ser essa influência. O parágrafo diz que “os Estados membros podem não aplicar a presente directiva”, o que literalmente significa que as fusões de sociedades nessas situações não deverão obedecer às regras da directiva, mas não esclarece se devem ser proibidas as fusões das ditas sociedades ou se essas fusões serão permitidas, embora possam ficar sujeitas a outras regras. Uma vez que deixa de ser obrigatória a aplicação da directiva, à legislação internacional não interessa qual, de entre aquelas duas soluções, adopta uma legislação nacional. Esta, contudo, terá de se pronunciar expressamente, se se quiser excluir, pois, caso contrário, também as sociedades nessas circunstâncias ficam abrangidas.

5. Artigo 2º — Dever de disciplinar a fusão

O artigo 2º da terceira directiva dispõe: “Os Estados membros disciplinam, para as sociedades reguladas pela sua própria legislação, a fusão mediante a incorporação de uma sociedade de uma ou várias outras e a fusão mediante a constituição de uma sociedade nova.”

A propósito do relatório da terceira directiva já vimos que ela tem, antes de mais, o intuito de exigir a todos os Estados membros que reconheçam e disciplinem o instituto da fusão de sociedades. O artigo 2º concretiza essa imposição a todos os Estados membros.

O dever criado pelo artigo 2º é restrito às sociedades reguladas pela legislação de cada um dos Estados membros e não se estende às fusões de sociedades reguladas por legislação de vários Estados, um dos quais, pelo menos, seja um dos Estados membros.

A disciplina exigida às legislações dos Estados membros não se limita a um reconhecimento genérico da possibilidade de fusão de sociedades, antes terá de distinguir e regular separadamente as duas modalidades definidas nos artigos 3º e 4º: fusão por incorporação e fusão por constituição de uma nova sociedade.

A legislação portuguesa satisfaz plenamente este preceito da directiva, pois não só admite o instituto da fusão, como também o disciplina pormenorizadamente, nas suas duas referidas modalidades.

6. Artigos 3º e 4º — Noção de fusão por incorporação e de fusão por constituição de nova sociedade

O artigo 3º, n.º 1, da terceira directiva define fusão por incorporação: “Para os efeitos da presente directiva entende-se por fusão mediante incorporação a operação pela qual uma ou várias sociedades, por meio de uma

dissolução sem liquidação, transferem para uma outra todo o seu património activo e passivo mediante a atribuição aos accionistas da ou das sociedades incorporadas de acções da sociedade incorporante e, eventualmente, de uma importância em dinheiro não superior a dez por cento do valor nominal das acções atribuídas ou, na falta de valor nominal, do seu valor contabilístico.” “Fusione mediante incorporazione” é a denominação desta modalidade no texto italiano da directiva; o texto francês usa “fusion par absorption”.

A terceira directiva seguiu a orientação de algumas leis que não definem unitariamente a fusão de sociedades, mas definem as duas modalidades que distinguem (por ex. AktG § 339). Dessa maneira de proceder resulta uma vantagem: afastar sem remissão qualquer teoria que pretenda encontrar diferenças de natureza entre a fusão por incorporação e a fusão por constituição de nova sociedade, atacando conseqüentemente a unidade do instituto da fusão; as duas modalidades são espécies ou desdobramentos de um instituto genérico, a fusão. Para o intérprete fica, porém, a tarefa de, a partir das duas espécies, definir o género.

Diferentemente, o Decreto-Lei n.º 598/73 (a avaliar pela epígrafe do seu artigo 1.º) pretende dar uma *noção* de fusão de sociedades, quando diz: “Duas ou mais sociedades, ainda que de tipo diverso, podem fundir-se mediante a sua reunião em uma só.” Retirando a referência à diversidade de tipos, que não interessa para a noção, esta fica reduzida a “reunião de duas ou mais sociedades em uma só”.

Todas as definições de fusão de sociedades são mais ou menos tautológicas. A palavra *fusão* não apareceu neste campo como uma denominação escolhida por um legislador ou jurista para identificar um instituto jurídico, mas como uma palavra importada para este sector para descrever um fenómeno igual ou semelhante ao verificado noutros sectores. Quando, por exemplo, o artigo 124.º do Código Comercial dizia “A fusão de duas ou mais sociedades deve ser deliberada por cada uma das sociedades que pretenderem fundir-se” aceitava implicitamente um conceito geral e não especificamente jurídico de fusão.

“Fusão”, além doutros sentidos que não podem servir para este caso, significa combinação de dois ou mais corpos num só, reunião. Uma noção comum de fusão, utilizada como ponto de partida para conceitos jurídicos e económicos, considera-a uma operação orgânica e completa pela qual se produz a união íntima de dois elementos cuja individualidade desaparece em proveito da nova unidade constituída por eles (Philippe Compte, *Valeurs économiques et valeurs juridiques dans les fusions d'entreprises*, p. 15).

Contudo, essa ideia de formação dum corpo único pela reunião de dois ou mais corpos, só pode ser transposta para o campo das sociedades se não for aceitável uma doutrina antiga segundo a qual, depois da fusão e apesar

dela, as sociedades fundidas mantêm a sua individualidade (ver exposição em Ferri, *Fusione delle società commerciali*, p. 7 e segs). Tal doutrina, porém, é manifestamente inaceitável, tanto perante a directiva como perante a actual lei portuguesa. Adiante se exporá a construção técnica adoptada por esses diplomas e ver-se-á como aquela doutrina tem de ser condenada.

Uma outra doutrina, intermédia entre a manutenção da personalidade ou, pelo menos, individualidade das sociedades dissolvidas e aquela construção que reputo consagrada nos textos legais e que, aliás, é a mais generalizada, rebela-se sobretudo quanto à ideia de extinção das sociedades fundidas. A exposição desta doutrina, para ser correcta, exigiria muitos pormenores, em que não posso agora entrar; limito-me a reproduzir uma passagem mais explicita: “Os elementos constitutivos, pessoais e patrimoniais, deixam de estar ligados às sociedades singularmente consideradas, por quanto foram fundidas, e passam a estar ligados ao corpo único que resulta da anexação de todos estes elementos divergentes. As participações sociais não se extinguem, mas unificam-se à volta do núcleo social já não plúrimo mas único. A autonomia patrimonial *entre* os vários complexos de bens cessa e os patrimónios unificam-se com todas as consequências que isso comporta. Mas a unificação dos patrimónios deriva da unificação dos complexos pessoais e da reunião das participações à volta da unificada entidade social (Simonetto, *Delle società, Trasformazione e fusione*, p. 115).

Esta doutrina contém, a meu ver, um importante elemento: reagir contra noções correntes de fusão exclusivamente centradas sobre a unificação dos patrimónios das sociedades participantes na fusão ou, pelo menos, colocando o acento tónico sobre este aspecto patrimonial. Na verdade, existe também uma compenetração pessoal e, consequentemente, de participações sociais, que não pode ser esquecida. A referida doutrina exagera, contudo, quando pretende reconstruir o mecanismo jurídico da fusão prescindindo da dissolução da sociedade incorporada ou das sociedades unificadas e das necessárias consequências deste facto. (Sobre a predominância do aspecto da concentração patrimonial, ver por exemplo, as noções de fusão no direito alemão e no direito francês, apresentadas por Krause, *Die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften im deutschen und Französischen Recht*, p. 178).

Como modo de atingir simultaneamente vários resultados, vejamos os elementos das duas modalidades de fusão, tanto na directiva como no nosso direito.

Acima transcrevi a noção de fusão por incorporação dada pelo artigo 3.º, n.º 1, da terceira directiva. No Decreto-Lei n.º 598/73 corresponde-lhe a alínea *a*) do n.º 4 do artigo 1.º: “A fusão pode realizar-se: *a*) Mediante a transferência global do património de uma ou mais sociedades para outra e a atribuição aos sócios daquelas de partes, acções ou quotas desta.”

A noção de fusão por constituição de uma nova sociedade aparece no artigo 4.º, n.º 1, da terceira directiva: “Para os efeitos da presente directiva entende-se por fusão mediante constituição de uma nova sociedade a operação com a qual várias sociedades, mediante a sua dissolução sem liquidação, transferem para uma sociedade que elas constituem todo o património activo e passivo mediante a atribuição aos seus accionistas de acções da nova sociedade e, eventualmente, de uma quantia em dinheiro não superior a dez por cento do valor nominal das acções atribuídas ou, na falta de valor nominal, da sua paridade contabilística.”

Corresponde-lhe no Decreto-Lei nº 598/73, o artigo 1.º, nº 4, alínea b): “A fusão pode realizar-se: ... b) Mediante a constituição de uma nova sociedade, para a qual se transferem globalmente os patrimónios das sociedades fundidas, sendo aos sócios destas atribuídas partes, acções ou quotas da nova sociedade”.

O primeiro elemento que se retira destas noções é a necessária intervenção de mais de uma sociedade; na fusão por incorporação, fala-se — tanto na terceira directiva como no decreto-lei português — numa sociedade (incorporante) e em uma ou mais sociedades (incorporadas); na fusão por constituição de nova sociedade, a terceira directiva diz “várias” sociedades e o decreto-lei português refere-se a “sociedades” fundidas. Por definição, é indispensável pelo menos a intervenção de duas sociedades em qualquer das modalidades; por exemplo, a aquisição das acções de uma ou mais sociedades por uma só pessoa pode ser uma forma de concentração, mas não constitui uma fusão; do mesmo modo, a transformação de sociedades não pode confundir-se com a fusão.

Na fusão por constituição de nova sociedade compreende-se, sem esforço que existe um só acto de fusão mesmo que nele intervenham mais de duas sociedades; ninguém suporá que as sociedades se fundem, nesse caso, duas a duas, até ser alcançada a fusão de todas. Na fusão por incorporação, quando uma sociedade incorpore simultaneamente duas ou mais, pode duvidar-se de que haja um só acto de fusão ou, pelo contrário, tantos actos concomitantes da fusão quantas as sociedades incorporadas. A letra do texto internacional e do texto português revelam uma concepção unitária da operação, mesmo quando são incorporadas várias sociedades. A referência a mais de uma sociedade foi proposta pelo Comité Económico e Social, para evitar que a sociedade incorporante se veja obrigada a repetir as operações jurídicas previstas nos artigos 4.º, 5.º, 8.º e 10.º do projecto, quando a assembleia geral dos accionistas se pronunciou a favor da incorporação de várias sociedades.

Para as duas modalidades, a terceira directiva afirma um segundo elemento: “por meio de uma dissolução sem liquidação”, em que, praticamente, cada palavra necessita de explicação.

Suponha-se que uma sociedade cede a outra sociedade todo o seu património activo e passivo, como diz a directiva, sem interessar agora saber o que — dinheiro ou acções — recebe em contrapartida; a sociedade cedente mantém a sua situação jurídica, apenas substituindo no seu património os bens cedidos pela contrapartida recebida da cessionária; pode suceder que, depois de efectuada a cessão, a sociedade cedente resolva extinguir-se, distribuindo pelos sócios a contrapartida recebida. Quer a sociedade continue a sua actividade, posteriormente à cessão, investindo em novos negócios a contrapartida recebida, quer delibere extinguir-se, não há fusão. Não houve dissolução da sociedade cedente ou a causa da dissolução não foi a fusão da sociedade com a cessionária (ver adiante, a propósito do capítulo V, a hipótese de as sociedades transferentes não cessarem a sua existência).

O Decreto-lei n.º 598/73 não emprega uma frase semelhante à usada pela directiva; diz, contudo, no artigo 14.º que as sociedades incorporadas ou as sociedades participantes na outra modalidade de fusão *se extinguem*. O Código Comercial, artigo 120.º, n.º 7, dispõe, todavia: “As sociedades comerciais dissolvem-se: ... 7. Pela fusão com outras sociedades”, disposição que penso continuou em vigor depois da publicação daquele decreto-lei (o artigo 127.º falava também em “sociedades dissolvidas”). Adiante voltarei à dissolução e extinção de sociedades fundidas.

A directiva acrescenta: “sem liquidação”. A inexistência de liquidação das sociedades incorporadas ou das sociedades participantes na constituição de nova social nada tem a ver com a possibilidade ou impossibilidade de fusão de sociedades que se encontram na fase de liquidação, de que adiante tratarei; aqueles preceitos acentuam que, quando as sociedades se fundem, dissolvem-se *sem liquidação*.

A liquidação da sociedade segue-se normal mas não necessariamente à dissolução; no caso de fusão, a sociedade incorporante ou, na outra modalidade, as sociedades participantes não se liquidam, uma vez que transferem globalmente para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade todo o seu património, no estado em que se encontra no momento da fusão. Talvez se pudesse dizer que no caso de fusão também existe uma liquidação, consistente precisamente na transferência global do património, mas este facto nem corresponde ao conceito de liquidação nem às finalidades desta. Remeto para o que escrevi no livro *Sociedades Comerciais: Dissolução e Liquidação*.

Neste aspecto da inexistência de liquidação, o diploma português é concordante com a terceira directiva.

O terceiro elemento constante das noções dadas pela terceira directiva é a transferência de todo o património activo e passivo, efectuada para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade. Tal transferência é igualmente acentuada no Decreto-Lei n.º 598/73.

Notemos, em primeiro lugar, que se trata de transferência de todo o património, de todos os bens, direitos, obrigações, deveres da sociedade. Uma transferência parcial — vertical ou horizontalmente — não constitui uma fusão mas, no direito português, uma cisão da sociedade (caso se verifiquem os outros requisitos desta). Na verdade, se nem todo o património da sociedade é transferido para outra sociedade, aquela tem de manter a sua existência jurídica, para continuar titular desse activo e/ou passivo e não está fundida com outra (mas ver adiante o capítulo V, “Outras operações assimiladas à fusão”).

A terceira directiva usa, como disse, a expressão “todo o património activo e passivo” (no texto italiano, “l'intero patrimonio attivo e passivo”). A totalidade de um património pode, contudo, ser transmitida por duas formas: ou por uma série de sucessões particulares, abrangendo todos e cada um dos elementos desse património, ou por uma sucessão universal. Em meu entender, a terceira directiva não toma posição quanto a esse ponto, pelo menos naquela citada frase; ao contrário, o diploma português usa expressões que apontam para a segunda modalidade: “transferência global”, “transferem globalmente”. “Global” não indica apenas o *objecto* total da transferência, mas o *modo* desta.

Dos textos da directiva e do nosso direito destaquei vários elementos: dissolução (ou extinção) de sociedades, transferência de todo o (ou os) património; transferência global (sucessão universal). Enumerados, não ficam *ordenados*. Esse é, contudo, um aspecto que só pode ser tratado quando se estudarem os efeitos da fusão.

Continuando na enumeração de elementos, encontramos em seguida na terceira directiva “mediante a atribuição aos accionistas da ou das sociedades incorporadas de acções da sociedade incorporante e, eventualmente, de uma quantia em dinheiro não superior a dez por cento do valor nominal das acções atribuídas ou, na falta de valor nominal, da sua paridade contabilística” (na segunda modalidade, “atribuição aos seus accionistas de acções da nova sociedade”); no Decreto-lei n.º 598/73, “e atribuição aos sócios daquelas de partes, acções ou quotas desta”, “sendo aos sócios destas atribuídas partes, acções ou quotas da nova sociedade”.

A diferença dos textos relativamente a acções, partes ou quotas de sociedades explica-se pela diferença de campos de aplicação de um e de outro dos diplomas.

Outra diferença que salta à vista é a possibilidade, prevista na directiva e não no Decreto-Lei n.º 598/73, de os accionistas (sócios) da sociedade incorporada ou das sociedades fundidas receberem em dinheiro uma parte da contrapartida.

Rigorosamente, os accionistas das sociedades fundidas só deveriam receber acções da sociedade incorporante ou da nova sociedade; isso é con-

sequência da própria essência da fusão, acima referida: os patrimônios unificam-se, mas não apenas eles; os sócios das várias sociedades tornam-se todos sócios entre si. Portanto, só motivos práticos de acerto de valores, entre o património transferido e as acções recebidas pelos accionistas da sociedade incorporada ou das sociedades fundidas, podem justificar que uma pequena parte do valor transferido seja retribuído em dinheiro. A possibilidade (que embora justificada pelos acertos de contas, não é limitada a estes) e o quantitativo expresso na directiva vieram do § 344 Abs. 2 AktG. A parte final do artigo 3º, nº 1 e do artigo 4º, nº 1 da directiva parece bastante clara, dispensando comentários; designadamente, vinca perfeitamente que a percentagem de 10 por cento é calculada sobre o *valor nominal* das acções *atribuídas*, nada tendo a ver directamente com o valor nominal das acções das sociedades incorporadas ou fundidas ou com o valor real de quaisquer das acções.

O artigo 1º, nº 4 do Decreto-lei nº 598/73 não prevê, e por isso não permite, a atribuição de quantias em dinheiro. A utilidade prática acima mencionada leva-me a aconselhar a introdução dessa possibilidade, nos termos da directiva.

Manifestamente, este último elemento não basta, por si, para caracterizar a fusão; o seu alcance apreende-se, contudo, ligando-o aos antecedentes. Assim, a fusão não pode ser comparada com negócios de trocas de acções nem com negócios de cessão de empresas pertencentes a sociedades, mediante o recebimento de acções da cessionária. Se, por exemplo, todos os accionistas de uma sociedade trocam as suas acções por acções de uma outra sociedade (descurando, agora, a hipótese de a ou as sociedades possuírem acções próprias que utilizem na troca), o negócio pode economicamente conduzir a uma concentração de empresas, mas juridicamente não tem semelhança com a fusão, pois tudo se passa entre os accionistas sem serem afectadas a existência ou a situação jurídica das sociedades. Se uma sociedade, aumentando o seu capital, admite a subscrição desse aumento mediante contribuição constituída pelo património de outra sociedade, o processo assemelha-se à fusão no respeitante à produção e atribuição das novas acções, mas difere dela porque as novas acções da sociedade cessionária são atribuídas à sociedade cedente e não aos accionistas desta, uma vez que essa sociedade cedente mantém a sua existência e apenas substituiu os bens componentes do seu património.

Os nºs 2 dos artigos 3º e 4º da directiva contêm disposições paralelas, para cada uma das modalidades de fusão, prevendo que alguma das sociedades intervenientes se encontre na fase de liquidação.

Para a hipótese de fusão por incorporação, diz-se que esta pode ser efectuada mesmo quando uma ou mais das sociedades incorporadas se encontram em liquidação. Para a hipótese de fusão por constituição de

nova sociedade, diz-se que a fusão pode ser efectuada, mesmo quando uma ou mais das sociedades que se extinguem se encontram em liquidação.

No primeiro caso, portanto, a sociedade incorporante não pode encontrar-se em liquidação, mas podem-no estar uma ou todas as incorporadas. No segundo caso, podem estar em liquidação *uma ou várias* das sociedades fundidas, o que eu interpreto como podendo estar em liquidação todas as sociedades fundidas, pois não encontro nesta hipótese o motivo que, na fusão por incorporação, justifica que ao menos a sociedade incorporante não esteja em liquidação.

Ambos esses n.ºs 2 terminam estabelecendo uma limitação à referida faculdade: contanto que esta possibilidade seja dada somente às sociedades que ainda não tenham iniciado a distribuição dos seus activos entre os seus accionistas.

O Comité Económico e Social, pronunciando-se sobre o projecto donde já constava essa restrição, aconselhou que a fusão fosse autorizada embora a sociedade em liquidação já tivesse iniciado a repartição do activo entre os accionistas; acentuava que, por motivos de ordem económica, a fusão pode apresentar interesse mesmo nessa ocasião e que os riscos para os accionistas e terceiros são nulos, porque a directiva prevê garantias bastantes a seu favor. Entre este parecer do Comité e o texto aprovado que não o teve em consideração, eu teria preferido o primeiro; o segundo parece-me ligado a ideias pouco fundadas, que levam a considerar imutável a situação de liquidação duma sociedade depois de ter sido iniciada a distribuição do activo: Van Ommeslaghe, *op. cit.* p. 130, invoca a circunstância de a fusão só se justificar em princípio na medida em que prossegue a sua actividade como empresa e não se ela procede a uma liquidação com partilha do seu património entre os accionistas, argumento que não convence, pois a cessação da actividade como empresa não ocorre quando haja uma primeira partilha mas sim durante a liquidação do activo e, portanto, se o argumento fosse verdadeiro, não deveria ser permitida a fusão de sociedades em liquidação.

O Decreto-lei 598/73, artigo 1.º, n.º 3, dispõe que “As sociedades dissolvidas podem fundir-se com outras sociedades se preencherem os requisitos de que depende o regresso ao exercício pleno da actividade social”, preceito que eu compreendo apenas na medida em que a fusão impede a continuação da liquidação, tal como sucede se a sociedade regressar ao exercício da sua actividade normal, mas esta semelhança não deve fazer esquecer a diferença entre estas duas hipóteses: regresso ao exercício normal duma actividade autónoma da sociedade ou termo da liquidação apenas para que a sociedade se funda com outra. Não vale, contudo, a pena prolongar a crítica do preceito português, visto que este deve ser alterado para se conformar com a directiva.

7. Artigo 5º — Projecto de fusão

O artigo 5º — primeiro do capítulo dedicado à fusão por incorporação — dispõe no nº 1 que os órgãos de administração ou de direcção das sociedades participantes na fusão redigem por escrito um projecto de fusão.

Corresponde-lhe no Decreto-lei nº 598/73 a primeira parte do artigo 2º, nº 1: “As administrações das sociedades que pretendam fundir-se elaborarão, em conjunto, um projecto de fusão (...)”. Como no direito português o regime da fusão abrange todos os tipos de sociedades, o projecto de fusão será elaborado pelo órgão que, conforme o tipo, administre a sociedade.

O texto português esclarece que o projecto é elaborado *em conjunto* pelos órgãos referidos de todas as sociedades que pretendam fundir-se, incluindo, na respectiva modalidade, os órgãos da sociedade incorporante. O texto da directiva não é tão claro a esse respeito, mas não pode ser diversa a sua interpretação.

O nº 2 do artigo 5º da directiva estabelece: “O projecto de fusão indica pelo menos:

- a) O tipo, a denominação e a sede social das sociedades participantes na fusão;
- b) A relação de troca das acções e, eventualmente, a importância em dinheiro;
- c) As modalidades de entrega das acções da sociedade incorporante;
- d) A data a partir da qual essas acções atribuem direito ao dividendo bem como qualquer modalidade particular relativa a esse direito;
- e) A data a partir da qual as operações das sociedades incorporadas são consideradas, do ponto de vista contabilístico, efectuadas por conta da sociedade incorporante;
- f) Os direitos concedidos pela sociedade incorporante aos titulares de acções fornecidas de direitos especiais e aos portadores de títulos diversos ou as medidas propostas relativamente a eles;
- g) Todas as vantagens particulares atribuídas aos técnicos no sentido do artigo 10º, parágrafo 1, bem como aos membros dos conselhos de administração, de direcção, de vigilância ou de fiscalização das sociedades participantes na fusão.

A redacção definitiva deste artigo 5º é bastante diversa da constante das propostas, em que apenas se dizia que “os órgãos encarregados da administração das várias sociedades participantes na fusão elaboram um relatório pormenorizado explicando e justificando do ponto de vista jurídi-

de e o balanço e o projecto de fusão e em particular a relação de troca de acções?'. No texto definitivo fixa-se o conteúdo mínimo do projecto de fusão e o relatório da administração aparece separadamente no artigo 9º. O nosso diploma manda que do projecto constem os elementos necessários ou convenientes para o perfeito conhecimento da operação visada e em seguida pormenoriza, não taxativamente, alguns assuntos que devem constar do projecto e que adiante enumero, comparando-os na medida do possível com as exigências da directiva.

a) A modalidade, os motivos, as condições e os objectivos da fusão, relativamente a todas as sociedades participantes. Não tem correspondência na directiva, mas deve manter-se. Quanto à modalidade da fusão, a menção é indispensável pois há que escolher entre uma e outra das modalidades possíveis. Quanto aos motivos, condições, objectivos da fusão ou, numa palavra, a justificação da fusão, há toda a vantagem em que seja expressa pelas administrações que a projectam. Aliás, o Comité Económico e Social tinha aconselhado a Comissão a examinar se o projecto de fusão não deveria fornecer as razões económicas e os objectivos da fusão, exame de que deve ter resultado o artigo 9º do texto definitivo.

b) A firma, a sede, o montante do capital e o número e data da matrícula no registo comercial de cada uma das sociedades, bem como a indicação dos números do *Diário do Governo* em que estão publicados o seu primitivo pacto social e as eventuais alterações deste. O texto da directiva é menos exigente — forma, denominação e sede — mas a indicação do capital justifica-se e até deveria ser mais pormenorizada para corresponder às exigências do artigo 4º da primeira directiva, e a indicação das publicações do pacto e suas alterações podem auxiliar os interessados a estudar as funções.

c) A participação que alguma das sociedades tenha no capital doutra. Adiante veremos que a terceira directiva estabelece um regime especial para a fusão por incorporação de uma sociedade de que a incorporante possua participação de certo montante. De modo geral, a menção das participações unilaterais ou recíprocas entre as sociedades participantes na fusão tem interesse para a justificação e para o funcionamento da fusão.

d) Um balanço, especialmente organizado, donde conste o valor dos elementos do activo e do passivo a transferir para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade. É estranho que a terceira directiva não faça exigência equivalente, a qual se justifica como identificação do património a transferir pela sociedade incorporada ou pelas sociedades fundidas. Certamente, como adiante se verá, os técnicos devem pronunciar-se sobre a troca das acções e, portanto, devem conhecer e avaliar aquele(s) património(s), mas parece indispensável que no projecto de fusão a apresentar aos

sócios e a publicar para terceiros, figure a constituição do referido(s) património(s).

e) As partes, acções ou quotas a atribuir aos sócios da sociedade ou sociedades a incorporar nos termos da alínea *a*) do artigo anterior ou das sociedades a fundir nos termos da alínea *b*) desse número e os pagamentos em dinheiro ou outros bens a efectuar pelos mesmos sócios. O alcance da parte final desta alínea não é claro; tanto pode referir-se a pagamentos a efectuar por as participações ainda não estarem totalmente liberadas ou a pagamentos complementares a efectuar no caso de fusão por constituição de nova sociedade. A alínea corresponde grosso modo à alínea *b*) da directiva.

f) O projecto de alterações a introduzir nos estatutos da sociedade incorporante ou o projecto dos estatutos da nova sociedade. Nenhuma dúvida quanto à necessidade de estudo e aprovação dos estatutos da nova sociedade constituída por fusão doutras. No caso de fusão por incorporação, não haverá necessariamente alteração dos estatutos da sociedade incorporante — salvo quanto ao aumento de capital para troca de participações, mas não é a essa alteração que a alínea se refere — mas, caso os estatutos da incorporante sejam alterados, justifica-se que para isso seja aproveitado o processo em curso.

g) A proposta completa de fusão a apresentar à assembleia geral. Não tem correspondência na directiva e parece desnecessária, pois todo o projecto constituiu na realidade a proposta de fusão. Suponho que o legislador tem em vista um resumo do projecto, com os elementos da operação concretamente enumerados.

h) As medidas de protecção dos direitos dos credores.

i) As medidas de protecção do direito de terceiros não sócios a participar nos lucros da sociedade. Adiante voltaremos às alíneas *h*) e *i*), cuja matéria é desenvolvida nalguns artigos da directiva.

Verifica-se, portanto, coincidência parcial entre o conteúdo obrigatório do projecto de fusão exigido pela terceira directiva e o mesmo conteúdo exigido pelo Decreto-Lei n.º 598/73. A parte excedente do diploma português deve manter-se, pois é intrinsecamente justificável. A parte excedente da directiva deve ser transportada para o direito português, visto ser obrigatória, quanto a sociedades anónimas.

8. Artigo 6.º — Publicidade do projecto de fusão

Dispõe o artigo 6.º da terceira directiva que o projecto de fusão deve ser objecto de publicidade efectuada segundo os modos previstos pela legisla-

do Estado-membro, em conformidade com o artigo 3º da Directiva 68/151/CEE, para cada uma das sociedades que se fundem, pelo menos um mês antes da data da reunião da assembleia geral convocada para se pronunciar sobre o projecto de fusão.

No Decreto-lei nº 598/73, artigo 4º, nº 2, prevê-se que, sendo a assembleia convocada mediante aviso no *Diário do Governo* e num dos jornais mais lidos da localidade, publicar-se-ão conjuntamente o projecto de fusão e o parecer sobre ele emitido, ou a notícia de que estes elementos podem ser consultados na sede social, pelos sócios e credores, até ao dia da assembleia. O nº 3 do mesmo artigo, para a hipótese de a assembleia ser convocada por forma diferente, diz que publicar-se-á no *Diário do Governo* e num dos jornais mais lidos da localidade da sede da sociedade, notícia da operação visada, anunciando-se que o projecto de fusão e o parecer podem ser consultados nos termos do número anterior.

A diferença entre os dois números do artigo 4º não coincide necessariamente com a diferença de tipos de sociedades, pois pode suceder que os estatutos de uma sociedade que não seja anónima exijam que a convocação de assembleias seja feita pela forma determinada para as sociedades anónimas. Na prática, porém, o nº 2 é quase exclusivamente aplicável às sociedades anónimas.

A publicidade organizada nos termos do artigo 3º da primeira directiva, para o qual remete o artigo 6º da terceira directiva decompõe-se em registo e publicações, em termos que me dispense agora de reproduzir.

Sucedem, porém, que a conjunção dos preceitos das duas directivas e destes com os actuais do Decreto-Lei nº 598/73, na parte em que penso que, apesar de tudo, estes se devem manter, produz um quadro complicado de registos e publicações, com a agravante da já conhecida diferença de campos de aplicação da terceira directiva e do nosso diploma.

Como adiante veremos, a directiva prescreve, para as sociedades de que se ocupa, publicidade — registo e publicações — do projecto de fusão e da fusão.

O nosso diploma exige, para todos os tipos de sociedades, publicação (não registo) do projecto de fusão; registo e publicação da deliberação de fusão; registo e publicação da fusão (o diploma só se refere ao registo, mas a publicação tornar-se-á necessária por força dos preceitos de adaptação à primeira directiva).

Não considero possível eliminar a publicidade da deliberação, requerida pela nossa lei e não pela directiva, por ela ser essencial para o sistema de protecção dos credores — prazo para o exercício do direito de opposição — que julgo de manter. Pouco poderá, portanto, ser feito, para aligeirar essa carga de formalidades, mas alguma coisa é possível.



Em primeiro lugar quanto ao projecto de fusão, a publicação poderá ser simplificada, limitando-se à menção de ter sido efectuado o depósito no *dossier* de registo, como permite o artigo 3º da primeira directiva. O nosso diploma manteria a notícia da possibilidade de consulta dos documentos e junção à convocatória, nos casos possíveis.

Do mesmo modo procederia quanto à publicação da fusão.

No respeitante ao registo, procuraria, em preceitos regulamentares, coordenar o mais simplificada possível o registo dos três actos — projecto, deliberação e fusão.

9. Artigo 7º — As assembleias gerais

A terceira directiva é omissa sobre a convocação das assembleias gerais destinadas a deliberar sobre a fusão. Ao contrário, o artigo 4º, nº 1 do Decreto-Lei nº 598/73 (já atrás referi os nºs 2 e 3 deste artigo 4º), determina que “emitido o parecer a que se refere o artigo anterior (e de que tratarei a propósito do artigo 10º da directiva), o projecto de fusão será submetido à apreciação da assembleia geral de cada uma das sociedades participantes, devendo a respectiva convocação ser feita com a antecedência mínima de trinta dias”.

Num ponto essencial coincidem, contudo, esse artigo 4º, nº 1 e o artigo 7º da directiva: a fusão requer a aprovação da assembleia geral de cada uma das sociedades que se fundem.

O nosso diploma, antes de abordar a deliberação a tomar nas assembleias gerais de cada sociedade, estabelece algumas regras de processo:

1. Reunida a assembleia, a administração começará por declarar expressamente se desde a elaboração do projecto de fusão houve mudança relevante nos elementos de facto em que ele se baseou e, no caso afirmativo, quais as modificações do projecto e da proposta inicial que se tornaram necessárias.

2. Tendo havido mudança relevante, nos termos do número anterior, a assembleia deliberará se o processo de fusão deve ser renovado ou se prossegue na apreciação da proposta.

3. A proposta apresentada às várias assembleias deve ser rigorosamente idêntica; qualquer modificação introduzida pela assembleia considera-se rejeição da proposta, sem prejuízo da renovação desta.

4. Qualquer sócio pode, na assembleia, exigir as informações sobre as sociedades participantes que forem indispensáveis para se esclarecer acerca da proposta de fusão.

Estas regras são em si mesmas justificadas e não estão em conflito com qualquer preceito da directiva, pelo que podem manter-se.

O n.º 1 do artigo 7.º da directiva, depois de prescrever, como se disse, que a fusão seja aprovada, pelo menos, pela assembleia geral de cada uma das sociedades participantes, pronuncia-se sobre a maioria de votos necessária para aprovação da fusão, deixando aos Estados membros a faculdade de fixação dessa maioria, contanto que não seja inferior aos dois terços dos votos correspondentes aos títulos representados ou ao capital subscrito representado; no entanto, a legislação de um Estado membro pode prever que, quando pelo menos a metade do capital subscrito esteja representado, será bastante a maioria simples dos votos indicados acima. Se disso for caso, aplicam-se as regras relativas à modificação dos estatutos. A expressão “se disso for caso” foi sugerida pelo Comité Económico e Social, atendendo a que a fusão nem sempre implica uma alteração dos estatutos.

O artigo 6.º, n.º 1 do Decreto-lei n.º 598/73, estabelece uma regra geral: a deliberação será tomada, na falta de disposição especial, nos termos prescritos para a alteração do contrato de sociedade. Haverá que, na interpretação deste preceito, correlacionar disposições de lei e disposições dos pactos sociais ou estatutos. Assim: *a)* se houver disposição especial de lei para o caso de fusão, esta aplicar-se-á; *b)* se não houver disposição especial de lei para o caso de fusão, aplicar-se-ão as disposições de lei que, para cada tipo de sociedade, regulem as alterações do contrato de sociedade; *c)* se as disposições de lei permitirem que o contrato de sociedades regule especialmente a deliberação de fusão, aplicam-se essas disposições contratuais; *d)* finalmente, aplicar-se-ão as disposições contratuais relativas à alteração do capital que forem permitidas por lei.

O n.º 2 do artigo 6.º do nosso diploma prevê, contudo, especialmente a fusão de sociedades anónimas — ou de sociedades anónimas entre si ou de uma sociedade anónima com sociedade de outro tipo, aplicando-se o preceito à ou às sociedades anónimas intervenientes no processo; exige-se a maioria de dois terços dos votos emitidos, não se contando as abstenções, e a assembleia só pode funcionar encontrando-se presentes ou representados accionistas que detenham, pelo menos, dois terços ou um terço do capital social, conforme se trate de primeira ou segunda convocação, salvo se a lei ou os estatutos exigirem maiorias mais elevadas, ou prescreverem outros requisitos.

O preceito português está conforme à directiva quanto a deliberações tomadas em primeira convocação e, embora possa parecer o contrário, também quanto a deliberações tomadas em segunda convocação. Com efeito, o decreto-lei estabelece um *quorum* deliberativo mínimo, que coincide com o exigido pela directiva e acrescenta a exigência de um *quorum* constitutivo, diferente em primeira e segunda convocatória, que não figura

na directiva. Esta contenta-se com a presença de qualquer número de accionistas e só exige que dois terços dos presentes aprovem a proposta de fusão; o nosso diploma não permite que a assembleia funcione sem a presença de certo número de accionistas, mas, uma vez reunida legalmente a assembleia, exige sempre o *quorum* deliberativo de dois terços. Na directiva, a faculdade de aprovar a fusão por maioria simples quando estiver presente metade do capital subscrito não constitui requisito de *quorum* constitutivo.

Parece, poranto, que o preceito português pode manter-se e que, por outro lado, não haverá vantagem em o legislador português permitir a votação por maioria simples quando estiver representada a metade do capital subscrito.

O nº 2 do artigo 7º da directiva prevê a hipótese de existirem várias categorias de acções e subordina a decisão sobre a fusão a um voto separado pelo menos para cada categoria de accionistas cujos direitos a operação possa afectar.

O artigo 6º, nº 4, do Decreto-lei nº 598/77, contém uma previsão semelhante, mas difere da directiva em três pontos: primeiro, esclarece que a previsão respeita a “alguma das sociedades participantes”, aspecto que não está expresso na directiva, mas pode ser depreendido; segundo, esclarece um outro aspecto sobre o qual a directiva é omissa: as assembleias especiais relativas a cada categoria de acções constituem-se e deliberam, feitas as devidas adaptações, nos termos do nº 2 do mesmo artigo, ou seja, como as assembleias gerais que se reúnam para deliberar sobre a fusão; terceiro, a assembleia especial é indispensável para cada categoria de acções, independentemente de a fusão afectar ou não os seus direitos.

Nada obsta a que se mantenha o preceito português.

O artigo 7º, nº 3 da directiva dispõe: “A deliberação a tomar incide sobre a aprovação do projecto de fusão e, se disso for caso, sobre as modificações dos estatutos de que a sua realização necessite”.

O alcance do preceito parece estar mais na parte final do que na inicial, pois seria natural que, mesmo sem disposição expressa, a deliberação da assembleia incidisse sobre o projecto de fusão. O nosso diploma contém duas disposições relacionadas com aquela da directiva e que aperfeiçoam o regime. O artigo 5º nº 3 determina que a proposta apresentada às várias assembleias deve ser rigorosamente idêntica; qualquer modificação introduzida pela assembleia considera-se rejeição da proposta, sem prejuízo da renovação desta; não basta, com efeito, que as assembleias das várias sociedades se pronunciem sobre o mesmo projecto de fusão, mas é essencial que as deliberações coincidam com inteiro rigor. O artigo 8º determina “Quando a fusão for acompanhada de mudança do objecto ou do tipo da sociedade, ou de outras alterações do pacto social, devem ser observados os requisitos

que a lei ou os estatutos exijam para as respectivas deliberações, salvo na medida em que os interesses que pretendem tutelar se mostrem já acautelados pela disciplina da fusão". O sentido dos dois preceitos não é inteiramente o mesmo, mas o português cobre o da directiva — a deliberação incide simultaneamente sobre o projecto de fusão e sobre as correlativas alterações dos estatutos — mas excede-o, pois pronuncia-se também sobre o funcionamento dos requisitos das alterações dos estatutos.

10. Artigo 8º — Dispensa de deliberação da assembleia da sociedade incorporante

O artigo 8º da terceira directiva é específico da fusão por incorporação; designadamente, o artigo 23º, de que adiante falaremos, não manda aplicar este artigo 8º à fusão por constituição de nova sociedade.

Esse artigo 8º faculta à legislação de um Estado membro deixar de impor a aprovação da fusão pela assembleia geral da sociedade incorporante se estiverem preenchidas três condições:

- a) ter sido feita a publicidade prescrita no artigo 6º, para a sociedade incorporante, com a antecedência mínima de um mês relativamente às reuniões das assembleias gerais da ou das sociedades incorporadas chamadas a pronunciarem-se sobre o projecto de fusão;
- b) todos os accionistas da sociedade incorporante terem o direito, com pelo menos um mês de antecedência relativamente à data indicada na alínea a), de tomar conhecimento, na sede social desta sociedade, dos documentos indicados no artigo 11 parágrafo 1;
- c) um ou mais accionistas da sociedade incorporante que disponham de uma percentagem mínima de acções do capital subscrito devem ter o direito de obter a convocação duma assembleia geral da sociedade incorporante, para se pronunciar sobre a aprovação da fusão. Esta percentagem mínima não pode ser fixada em menos de 5%. Contudo, os Estados membros podem prever que as acções sem direito de voto são excluídas do cálculo dessa percentagem.

Não existe no nosso diploma preceito correspondente a este e vale a pena averiguar a vantagem da sua importação para o nosso direito.

De maneira geral, o artigo 8º da directiva cria uma espécie de *aprovação tácita* da fusão por parte da sociedade incorporante. Desde que, relativamente à sociedade incorporante, foi feita, com a antecedência prescrita por lei, a publicidade do projecto de fusão e que, também com a antecedência legal, todos os accionistas da sociedade incorporante tiveram oportuni-

dade de tomar conhecimento da respectiva documentação; se, por outro lado, qualquer accionista da sociedade incorporante que disponha de uma percentagem de acções não inferior a 5% do capital subscrito, puder exigir e conseguir a reunião da assembleia geral para se pronunciar sobre a fusão; se, verificadas essas condições e apesar delas, nenhum dos referidos accionistas requer a convocação da dita assembleia geral, parece que todos os accionistas estão de acordo e que a reunião formal de uma assembleia é dispensável.

Substancialmente, isso corresponde à ideia de que a incorporação de uma sociedade por outra constitui um negócio da sociedade incorporante, que não afecta nem a existência nem a estrutura desta, ao contrário do que sucede com as sociedades incorporadas, dissolvidas por efeito da fusão.

Apesar de tudo, não vejo vantagem prática real na adopção do preceito. Em todo o processo da fusão, é dispensado um único elemento — a assembleia da sociedade incorporante — e nem sequer se ganha tempo, pois há que esperar pela reunião da assembleia da sociedade incorporada. De outro lado, o mecanismo do preceito não é claro. A legislação de um Estado membro pode criar a dispensa, mas concretamente, como vai essa legislação estabelecer a dispensa: é o conselho de administração — e quando? Logo na proposta publicada? — que decide se a assembleia deve reunir ou se pode ser dispensada? Além disso, até quando podem os accionistas detentores da percentagem de acções prescrita pela legislação nacional requerer a convocação da assembleia geral, ilidindo assim a presunção de aprovação tácita? Se o podem fazer até, pelo menos, os prazos fixados para a assembleia geral da sociedade incorporada e se deverem — como parece deverem — ser respeitados os prazos para a reunião da assembleia geral da sociedade incorporante, o processo de fusão é atrasado em vez de ser apressado.

Assim, o uso em Portugal da faculdade concedida pelo artigo 8º da directiva apenas se justificará para o nosso direito não ficar porventura mais rígido a este respeito do que o dos outros direitos da CEE, mas pessoalmente não penso que a excepção se justifique em geral (para hipóteses especiais, ver adiante).

11. Artigo 9º — Relatório dos órgãos de administração

Segundo o artigo 9º da directiva, os órgãos de administração ou de direcção de cada uma das sociedades participantes na fusão elaboram um relatório escrito pormenorizado explicando e justificando do ponto de vista jurídico e económico o projecto de fusão e, em particular, a relação de troca das acções. O relatório indica, além disso, as dificuldades especiais de avaliação, caso existam.

Máximo como este artigo aparece, em seguimento de uma observação do Comité Económico e Social.

No nosso actual direito, como também já vimos, o projecto de fusão deve conter “os elementos necessários ou convenientes para o perfeito conhecimento da operação visada”, “os motivos, as condições e os objectivos da fusão”, “as partes, acções ou quotas a atribuir aos sócios da sociedade ou sociedades”.

Afigura-se-me haver coincidência substancial entre o nosso diploma e a directiva. A diferença formal consiste em, no nosso direito, todas essas indicações constarem do projecto de fusão e, na directiva, estarem separadas por dois documentos, é irrelevante.

12. Artigo 10º — Fiscalização por peritos independentes

Reproduz o artigo 10º da directiva: “1. Para cada uma das sociedades participantes na fusão, um ou mais peritos independentes destas, designados ou aceites por uma autoridade judiciária ou administrativa, examinam o projecto de fusão e estabelecem um relatório escrito destinado aos accionistas. Contudo, a legislação de um Estado membro pode prever a designação de um ou vários peritos independentes para todas as sociedades participantes na fusão, se esta designação, a pedido conjunto destas sociedades, é feita por uma autoridade judiciária ou administrativa. Estes peritos podem ser, segundo a legislação de cada Estado membro, ou pessoas físicas ou morais ou sociedades.”

“2. No relatório mencionado no parágrafo 1, os peritos devem sempre declarar se, em sua opinião, a relação de troca é ou não pertinente e razoável. Esta declaração deve pelo menos:

- a) indicar o ou os métodos seguidos para a determinação da relação de troca proposta;
- b) indicar se este ou estes métodos são adequados no caso concreto e mencionar os valores a que cada um desses métodos conduzem, dando opinião sobre a importância relativa concedida a estes métodos na determinação do valor fixado.”

O relatório indica além disso as dificuldades particulares de avaliação, caso exista.

“3. Cada perito tem o direito de obter das sociedades participantes na fusão todas as informações e documentos e de proceder a todas as verificações necessárias.”

O Decreto-lei n.º 596/75 cria dois meios de fiscalização do projecto de fusão.

No artigo 3.º estabelece: “1. A administração de cada uma das sociedades participantes deve comunicar o projecto de fusão e seus anexos, para que sobre eles emita parecer, ao respectivo conselho fiscal ou fiscal único ou, na sua falta, a um revisor oficial de contas. 2. O conselho fiscal ou fiscal único, ou o revisor oficial de contas, pode exigir a todas as sociedades participantes as informações e os documentos de que careça e proceder às verificações necessárias, devendo emitir o seu parecer no prazo de quarenta e cinco dias”.

No artigo 2.º, n.º 2 lê-se: “O projecto ou um anexo a este indicará os critérios de avaliação adoptados, bem como as bases da relação de troca a que se refere a alínea e) do número anterior, confirmados por um revisor oficial de contas”.

Comparando os nossos textos e o da directiva, nota-se que os primeiros colocam o acento tónico sobre a fiscalização efectuada pelos órgãos normais das sociedades, enquanto o segundo acentua a fiscalização por peritos independentes.

Não parece que o órgão normal de fiscalização das sociedades que o tiverem (conselho fiscal ou fiscal único obrigatório para as sociedades anónimas e facultativo para as sociedades por quotas; a referência a um revisor oficial de contas, na falta de conselho fiscal ou fiscal único deve ser entendida como dirigida àqueles tipos de sociedades para as quais a lei não permite conselho fiscal e bem assim para as sociedades que não tenham conselho fiscal, sendo este facultativo) deva ser esquecido nesta matéria, cuja importância relativamente às sociedades e relativamente a outras intervenções do mesmo órgão exigidas por lei é escusado ressaltar. Acho, pois, que a sua intervenção na fusão deve ser mantida.

A directiva exige, contudo, a intervenção de técnicos independentes e estabelece regras para assegurar tal independência. Como também tal exigência não pode ser ignorada, haverá que introduzi-la no nosso direito, com a extensão que ela tem na directiva. Esta concede à legislação do Estado membro duas faculdades, ambas as quais devem ser aproveitadas pelo nosso legislador. A primeira consiste em admitir que os mesmos peritos independentes sejam utilizados para a fiscalização dos dados de cada sociedade participante na fusão; a segunda permite que os peritos sejam pessoas físicas ou morais ou sociedades.

Quanto aos peritos, os nossos revisores oficiais de contas satisfazem a directiva, quer se trate de revisores individuais quer de sociedades de revisores. Haverá, contudo, que atentar no modo de designação do perito ou peritos. No caso, que é o geral, previsto no início do artigo 10.º, n.º 1, o texto francês diz “experts ... désignés ou agréés” e o texto italiano “esperti ...

designação concreta do perito pela autoridade judiciária ou administrativa, podendo o perito de cada sociedade ser escolhido por esta desde que esteja *habilitado* ou *aceite* como referido. No caso excepcional de a legislação nacional permitir a designação de um só perito para todas as sociedades participantes na fusão, é indispensável uma designação concreta desse perito por uma autoridade judicial ou administrativa. Penso que bastará a Câmara dos Revisores de Contas.

No novo texto português haverá que consagrar o direito dos peritos para a obtenção de informações e de documentos e para procederem a verificações, direito esse que no texto português aparece quase *ipsis verbis* mas reportado aos órgãos de fiscalização das sociedades participantes. Aliás, esse mesmo direito deve manter-se para os referidos órgãos, como hoje está legislado, pois de outra maneira coarctar-se-ia a própria acção fiscalizadora (embora isso leve a uma interferência de um órgão fiscalizador de uma sociedade na escrita e na documentação de outra sociedade, o que pode justificar-se por, ao fim e ao cabo, o interesse ser comum a todas as sociedades).

Para melhor se compreender o relatório que se espera conseguir dos peritos independentes, refiro brevemente a história do preceito. O artigo 5º do projecto mandava que da declaração dos peritos sobre a relação de troca de acções constassem indicações sobre *a)* a relação dos activos líquidos das sociedades na base dos valores reais; *b)* a relação dos valores de rendimento das sociedades, tendo em conta as perspectivas de futuro; *c)* os critérios de avaliação dos activos líquidos e dos valores de rendimento. O Comité Económico e Social formulou reservas quanto ao facto de se pedir a peritos independentes, que pelas suas funções estão adstritos a critérios de estrita objectividade, que dêem parecer sobre as perspectivas de futuro duma sociedade; propunha a seguinte frase: “no seu relatório, os peritos deverão proceder a uma peritagem motivada da relação de troca das acções fundando-se sobre critérios de apreciação uniformes”. O texto final atende a reserva do Comité, mas não reproduz a frase proposta por este.

13. Artigo 11º — Informação dos accionistas

O artigo 11º da directiva ocupa-se, nos termos seguintes, da informação aos accionistas: “1. Todo o accionista tem o direito, com uma antecedência mínima de um mês relativamente à data da reunião da assembleia geral convocada para se pronunciar sobre o projecto de fusão, de tomar conhecimento, na sede social, pelo menos dos documentos seguintes:

- a) o projecto de fusão,
- b) as contas anuais bem como os relatórios de gestão dos três últimos exercícios das sociedades que participam na fusão;
- c) uma situação contabilística reportada a uma data que não deve ser anterior ao primeiro dia do terceiro mês anterior à data do projecto de fusão no caso de as últimas contas anuais se reportarem a um exercício cujo fim é anterior em mais de seis meses a esta data;
- d) os relatórios dos órgãos de administração ou de direcção das sociedades participantes na fusão mencionados no artigo 9º;
- e) os relatórios mencionados no artigo 10º

2. A situação contabilística prevista no parágrafo 1 alínea c) é estabelecida segundo os mesmos métodos e segundo a mesma apresentação do último balanço anual.

Contudo, a legislação de um Estado membro pode prever:

- a) que não é necessário proceder a um novo inventário real;
- b) que as avaliações que figuram no último balanço sejam modificadas apenas em função dos movimentos de contabilidade; todavia, tomar-se-ão em conta:

- amortizações e provisões provisórias,
- mudanças importantes de valor real que não apareçam na contabilidade.

3. Cópia integral ou, se o quiser, parcial dos documentos mencionados no parágrafo 1 pode ser obtida por qualquer accionista sem encargos e a seu simples pedido.”

Conjugando o início do parágrafo 1 com o parágrafo 3, vê-se que a directiva admite duas vias de informação do accionista: a consulta na sede social e a obtenção de cópias integrais ou parciais. Manifestamente, para que este preceito atinja plenamente o seu fim, cada accionista de cada uma das sociedades participantes na fusão deve poder consultar os documentos ou obter cópia deles quanto não só à sociedade de que é accionista mas também quanto a todas as outras que participam na fusão. A directiva não vai ao pormenor de esclarecer *onde* podem esses elementos ser obtidos, uma vez que estão em causa várias sociedades; parece que cada uma das sociedades fornecerá os seus próprios elementos.

O Decreto-lei n.º 598/73 não faculta a obtenção de cópias de documentos pelos accionistas e quanto à consulta na sede social estabelece apenas o que já dissemos a propósito da convocação das assembleias: quando a assembleia é convocada mediante aviso no Diário da República e num dos

jornais mais luas da localidade da sede da sociedade, ou se publica o projecto e parecer ou se publica a notícia de que estes elementos podem ser consultados na sede social; se a assembleia for convocada por forma diferente, publica-se a notícia de que o projecto e o parecer podem ser consultados na sede social.

Quanto aos documentos a consultar ou obter cópia pelos accionistas, há que atentar no disposto sobre contas e situações contabilísticas. O sistema estabelecido pela directiva é, em parte, compreensível: em princípio, o accionista fica informado nesse aspecto por meio das contas e relatórios dos três últimos exercícios, mas pode suceder que o projecto de fusão seja elaborado numa altura do ano civil em que já ocorreram ou se presume que possam ter ocorrido modificações importantes; para esta última hipótese, manda elaborar uma situação contabilística em data não muito recuada e com possíveis aligeiramentos.

O nosso diploma seguiu um sistema diverso. Como vimos, o artigo 2º al. d) manda que do projecto de fusão conste “um balanço, especialmente organizado, donde conste o valor dos elementos do activo e do passivo a transferir para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade”. Além disso, o artigo 5º, nºs 1 e 2 determina que, reunida a assembleia, a administração começará por declarar expressamente se desde a elaboração do projecto de fusão houve mudança relevante nos elementos de facto em que ele se baseou e, no caso afirmativo, quais as modificações do projecto e da proposta inicial que se tornaram necessárias. Tendo havido mudança relevante, nos termos do número anterior, a assembleia deliberará se o processo de fusão deve ser renovado ou se prossegue na apreciação da proposta.

Considero este sistema português preferível ao da directiva e satisfatório, do ponto de vista desta. Ele é mais rigoroso, pois exige sempre um balanço especial de fusão, não se contentando com o último balanço de exercício, por muito próximo deste que o projecto de fusão seja elaborado; o balanço especial de fusão é elaborado com essa finalidade específica e portanto em termos de fornecer aos interessados elementos mais facilmente apreensíveis sobre a situação patrimonial da sociedade. Por outro lado, tem em conta as possíveis alterações entre a elaboração do projecto de fusão e a data de reunião da assembleia, o que a directiva não faz. É certo que o nosso diploma não estabelece nenhuma antecedência máxima do balanço especial de fusão relativamente ao projecto, mas não é natural que o projecto seja publicado muito depois daquele balanço, além de que as providências tomadas quanto à descoberta de modificações importantes cobre também essa hipótese.

Assim, haverá que introduzir no nosso direito uma nova disposição correspondente ao artigo 11º da directiva, mas tendo em conta o que fica dito quanto ao balanço especial de fusão.

14. Artigo 12º — Protecção dos trabalhadores — A Directiva 77/187/CEE

As propostas de terceira directiva continham preceitos destinados a proteger os trabalhadores de sociedades participantes em fusões. O texto definitivo contém a tal respeito um artigo 12º, do seguinte teor: “A protecção dos direitos dos trabalhadores de cada uma das sociedades que participam na fusão é organizada em conformidade com a Directiva 77/187/CEE”.

Esta Directiva 77/187/CEE é a “Directiva do Conselho de 14 de Fevereiro de 1977 respeitante à aproximação das legislações dos Estados membros relativas à manutenção dos direitos dos trabalhadores no caso de transferência de empresas, de estabelecimentos ou de partes de estabelecimento”.

A justificação exposta na própria directiva é a seguinte: “Considerando que a evolução económica provoca no plano nacional e comunitário modificações das estruturas das empresas que se efectuam, entre outras, por transferências de empresas, de estabelecimentos ou de partes de estabelecimento para outros chefes de empresas, resultando de cessões ou de fusões; considerando que são necessárias disposições para proteger os trabalhadores no caso de mudança de chefe de empresa em particular para assegurar a manutenção dos seus direitos; considerado que subsistem diferenças nos Estados membros pelo que respeita ao alcance da protecção dos trabalhadores nesse domínio e que convém reduzir essas diferenças; considerando que, consequentemente, é necessário promover a aproximação das legislações sobre essa matéria no progresso no sentido do artigo 117 do tratado”.

A secção primeira da directiva ocupa-se do campo de aplicação desta e de definições.

No artigo 1º determina-se o campo de aplicação, primeiro pelo objecto e depois pelo território. No objecto estão expressamente incluídas as transferências resultantes de fusões: “a presente directiva é aplicável às transferências de empresas, de estabelecimentos ou de parte de estabelecimento para outro chefe de empresa, resultando duma cessão convencional ou duma fusão”. Quanto ao território, a directiva é aplicável se e na medida em que a empresa, estabelecimento ou parte de estabelecimento a transferir se encontre no campo de aplicação territorial do Tratado. Não se aplica aos navios de mar.

O artigo 2º contém definições, para os efeitos da directiva: *a)* cedente é toda a pessoa física ou moral que, por causa duma transferência no sentido do artigo 1º parágrafo 1, perde a qualidade de chefe da empresa, do estabelecimento ou de parte do estabelecimento; *b)* cessionário é toda a pessoa física ou moral que, por causa duma transferência no sentido do artigo 1º, parágrafo 1, adquire a qualidade de chefe da empresa, do estabelecimento

representantes dos trabalhadores previstos pela legislação ou a prática dos Estados membros, com excepção dos membros dos órgãos de administração, de direcção ou de fiscalização da sociedade com assento nestes órgãos em certos Estados membros como representantes dos trabalhadores.

A Secção II é epigrafada “Manutenção dos direitos dos trabalhadores”.

O artigo 3º ocupa-se da transmissão dos direitos e obrigações resultantes de um contrato de trabalho ou duma relação de trabalho.

O seu nº 1 determina que “os direitos e obrigações que resultam para o cedente dum contrato de trabalho ou duma relação de trabalho existente à data da transferência no sentido do artigo 1º, parágrafo 1 são, pelo facto dessa transferência, transferidos para o cessionário”. Contudo, fica reservada aos Estados membros a possibilidade de prever que, mesmo depois da data da transferência no sentido do artigo 1º, parágrafo 1, o cedente seja, juntamente com o cessionário, responsável pelas obrigações resultantes de um contrato de trabalho ou de uma relação de trabalho.

Por força do nº 2, “Após a transferência no sentido do artigo 1º, parágrafo 1, o cessionário mantém as condições de trabalho estipuladas por uma convenção colectiva na mesma medida em que esta as previu para o cedente, até à data da resolução ou do termo da convenção colectiva ou da entrada em vigor duma outra convenção colectiva”. No entanto, é facultado aos Estados membros limitar o período de manutenção das condições de trabalho, desde que não fique sendo inferior a um ano.

O nº 3 exclui do regime de manutenção um certo direito dos trabalhadores. A sua primeira parte respeita a trabalhadores que ainda estejam ao serviço na data da transferência e estabelece “os parágrafos 1 e 2 não se aplicam aos direitos dos trabalhadores a prestações de velhice, invalidez ou sobrevivência a título de regimes complementares de previdência profissional ou interprofissional existentes fora dos regimes legais de segurança social dos Estados membros”. A sua segunda parte respeita a pessoas que já tenham deixado o estabelecimento do cedente no momento da transferência no sentido do artigo 1º, parágrafo 1 e estabelece que os Estados membros deverão adoptar as medidas necessárias no que respeita aos direitos dessas pessoas ou já adquiridos ou em curso de aquisição a prestações de velhice incluindo as prestações de sobreviventes, a título dos regimes complementares visados na primeira parte.

O artigo 4º trata da transferência da empresa como causa de despedimento, evidentemente para lhe negar tal efeito. Pelo seu nº 1, a transferência duma empresa, dum estabelecimento ou de parte dum estabelecimento não constitui em si mesmo um motivo de despedimento para o cedente ou para o cessionário; esta disposição não constitui obstáculo a despedimentos

que possam ocorrer por motivos económicos, técnicos ou de organização que impliquem mudanças no plano do emprego. Contudo, os Estados membros podem prever que essa primeira parte do n.º 1 não se aplique a certas categorias delimitadas de trabalhadores que não estejam cobertos pela legislação e pela prática dos Estados membros quanto a protecção contra o despedimento.

O n.º 2 do artigo 4.º qualifica uma hipótese de despedimento indirecto por parte da entidade patronal: se o contrato de trabalho ou a relação de trabalho é rescindido pelo facto de a transferência no sentido do artigo 1.º, parágrafo 1 provocar uma modificação substancial das condições de trabalho em prejuízo do trabalhador, a rescisão do contrato de trabalho ou da relação de trabalho é considerada como tendo ocorrido por causa imputável à entidade patronal.

Respeita o artigo 3.º à subsistência dos representantes dos trabalhadores afectados pela transferência da empresa. O seu n.º 1 é também dividido em duas partes, a primeira das quais determina que “na medida em que o estabelecimento conserva a sua autonomia, o estatuto e a função dos representantes ou da representação dos trabalhadores afectados pela transferência no sentido do artigo 1.º parágrafo 1, tal como pelas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados membros, subsistem”. A segunda parte exclui a aplicação da primeira parte se, em conformidade com as disposições legislativas, regulamentares ou administrativas ou a prática dos Estados membros, estão reunidas as condições para a nova designação dos representantes dos trabalhadores ou para a nova formação da representação dos trabalhadores.

O n.º 2 do artigo 3.º prevê a hipótese de o mandato dos representantes dos trabalhadores afectados por uma transferência no sentido do artigo 1.º, parágrafo 1 expirar por causa dessa transferência e determina que esses representantes continuam a beneficiar das medidas de protecção previstas pelas disposições legislativas, regulamentares e administrativas ou pela prática dos Estados membros.

A Secção III da directiva é dedicada a “Informação e consulta”. Contém ela um único e longo artigo, o 6.º

O n.º 1 indica as informações que devem ser fornecidas aos representantes dos trabalhadores e a altura em que o devem ser: “O cedente e o cessionário são obrigados a informar os representantes dos seus respectivos trabalhadores afectados pela transferência no sentido do artigo 1.º parágrafo 1 sobre os pontos seguintes: — motivo da transferência, — consequências jurídicas, económicas e sociais da transferência para os trabalhadores, — medidas encaradas relativamente aos trabalhadores. O cedente é obrigado a comunicar estas informações aos representantes dos seus trabalhadores em tempo útil antes da realização da transferência. O cessionário é

obrigado a comunicar estas informações aos representantes dos seus trabalhadores em tempo útil, e em qualquer caso antes que estes trabalhadores sejam directamente afectados nas suas condições de emprego e de trabalho pela transferência.”

O n.º 2 ocupa-se de consultas. Se o cedente ou o cessionário encaram medidas a respeito dos seus respectivos trabalhadores, são obrigados a proceder em tempo útil a consultas sobre essas medidas com os representantes dos trabalhadores respectivos, com vista a procurar um acordo.

Os restantes números contêm providências complementares dos dois primeiros números. Assim, o n.º 3 dispõe que os Estados membros cujas disposições legislativas, regulamentares e administrativas prevêm a possibilidade para os representantes dos trabalhadores, se recorrer a uma instância de arbitragem para obter uma decisão sobre as medidas a tomar relativamente aos trabalhadores podem limitar as obrigações previstas nos parágrafos 1 e 2 ao caso de a transferência realizada provocar uma modificação ao nível do estabelecimento susceptível de acarretar desvantagens substanciais para uma parte importante dos trabalhadores. A informação e a consulta devem pelo menos recair sobre as medidas previstas a respeito dos trabalhadores e ser efectuadas em tempo útil antes da modificação a nível do estabelecimento visada na primeira parte.

O n.º 4 permite que os Estados membros limitem as obrigações previstas nos parágrafos 1, 2 e 3 às empresas ou aos estabelecimentos que preencham, pelo que respeita ao número de trabalhadores empregados, as condições para a eleição ou para a designação duma instância colegial representativa dos trabalhadores.

No caso de não haver numa empresa ou num estabelecimento representantes dos trabalhadores, o n.º 5 permite que os Estados membros mandem que os trabalhadores interessados sejam informados previamente da iminência da transferência no sentido do artigo 1.º, parágrafo 1.

O Capítulo VI da directiva é formado por cláusulas de estilo, que não têm agora interesse, salvo o artigo 7.º que consagra para este efeito o princípio do melhor tratamento do trabalhador: “A presente directiva não prejudica a faculdade dos Estados membros de aplicar ou de introduzir disposições legislativas, regulamentares ou administrativas mais favoráveis aos trabalhadores.

15. Artigos 13.º e 14.º — Protecção dos credores sociais

Artigo 13.º da directiva: “1. As legislações dos Estados membros devem prever um sistema de protecção adequado dos interesses dos credores das sociedades participantes na fusão para os créditos criados anteriormen-

te à publicação do projecto de fusão e não ainda recebido no momento desta publicação.

2. Para este efeito, as legislações dos Estados membros prevêm, pelo menos, que estes credores têm o direito de obter garantias adequadas quando a situação financeira das sociedades participantes na fusão torne essa protecção necessária e estes credores não disponham já de tais garantias.

3. A protecção pode ser diferente para os credores da sociedade incorporante e para os da sociedade incorporada”.

Artigo 14º da directiva: “Sem prejuizo das regras relativas ao exercício colectivo dos seus direitos, o artigo 13º é aplicável aos obrigacionistas das sociedades participantes na fusão, salvo se a fusão foi aprovada por uma assembleia dos obrigacionistas, quando a lei nacional preveja uma tal assembleia, ou pelos obrigacionistas individualmente”.

O Decreto-lei nº 598/73 protegeu os credores das sociedades participantes na fusão mediante a atribuição de um direito de opposição, ao qual dedica algumas linhas no relatório: “Sabido que esse direito tem representado o principal entrave à fusão de sociedades comerciais, poderia pensar-se em excluí-lo da nova regulamentação, assegurando-se aos credores, quanto possível, uma preferência sobre massas patrimoniais correspondentes ao património das sociedades originariamente suas devedoras. Mas uma tal orientação afigurou-se inconveniente, porque não acautelaria em termos satisfatórios os interesses desses credores e ainda porque poderia constituir uma surpresa para os credores comuns da sociedade incorporante ou da nova sociedade resultante da fusão, que seriam postergados por aqueles na realização dos respectivos créditos. (...) Daí que se entendesse preferível manter o direito de opposição dos credores, também admitido no Código Civil italiano (artigo 2503º), na lei espanhola das sociedades anónimas (artigo 145º), na lei francesa de reforma das sociedades comerciais de 1966 (artigo 381º) e no projecto de estatuto da sociedade europeia (artigo 27º)”.

A referência e a crítica a um sistema de preferências sobre massas patrimoniais correspondentes ao património das sociedades originariamente devedoras são por mim tomadas como dirigidas à proposta que eu tinha elaborado e que julgava ter justificado num estudo sobre “Protecção dos credores na fusão de sociedades comerciais”. (A proposta está publicada na Rev. Fac. Dir. Lisboa, vol. XXIV.)

A crítica à minha sugestão não me convence, mas parece-me que a adaptação da terceira directiva não constitui oportunidade para reabrir a discussão. O legislador português preferiu, no citado diploma, criar um direito de opposição dos credores, que em seguida vou expor e comparar com as exigências da directiva.

A primeira dessas exigências está satisfeita: existe em Portugal um sistema de protecção dos credores das sociedades participantes na fusão e esse

sistema parece adequado (para ressalva da mínima posição, acrescento que talvez não seja o mais adequado) à protecção desses interesses. São protegidos tanto os credores da sociedade incorporada como os credores da sociedade incorporante; assim acabou a directiva por determinar, embora com ressalva de possível diferença de meios de protecção, depois de longa discussão, de que dá conta Van Ommeslaghe, *ob. cit.*, p. 136.

Quanto aos credores cobertos por essa protecção, a directiva refere créditos “criados anteriormente à publicação do projecto de fusão e ainda não vencidos no momento desta publicação”; e o Decreto-lei, artigo 11º, nº 2, fala em “créditos anteriores a essa publicação”, remetendo para a publicação da deliberação de fusão. A distinção de créditos para este efeito seria fácil se a fusão se realizasse por um só acto, imediatamente eficaz para com terceiros; consistindo esta num processo, dependendo a sua eficácia dum prazo de opposição dos credores e do cumprimento de formalidades de publicidade e registo, há que determinar de modo quanto possível rigoroso a data relevante de constituição de créditos. Várias têm sido aventadas — além das duas acima referidas, por exemplo, a data da convocação da assembleia geral extraordinária para deliberar sobre a fusão — e a escolhida pelo legislador português parece conveniente pois reporta-se a um facto, tornado conhecido do público, que já oferece uma razoável garantia de que o processo de fusão será levado a cabo. A data preferida pela directiva é anterior e, portanto, o preceito português poderá manter-se, visto que protege potencialmente maior número de credores.

Quanto ao conteúdo da protecção, a directiva contenta-se com o direito de obter garantias adequadas quando a situação das sociedades o tornar necessário e os credores não possuírem já tais garantias.

O sistema português do direito de opposição providência eficazmente para a obtenção de tais garantias. Consiste ele basicamente na atribuição do direito de opposição judicial, com fundamento no prejuízo que da fusão derive para a realização dos direitos dos credores. Os credores protegidos são avisados do seu direito de opposição na publicação da deliberação e ainda por carta registada com aviso de recepção, se os créditos constarem de livros ou documentos da sociedade ou forem por esta de outro modo conhecidos. A opposição deve ser deduzida nos trinta dias seguintes à última das publicações da deliberação de fusão.

O efeito da opposição consiste em impedir a inscrição definitiva da fusão no registo comercial (o registo provisório das deliberações deve ser promovido pelas administrações) 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 acção no prazo de trinta 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) haverem os titulares do direito de oposição consentido na inscrição; e) terem sido depositadas na Caixa Geral de Depósitos, Crédito e Previdência ou num estabelecimento de crédito autorizado as quantias devidas aos titulares do direito de oposição. Se o tribunal julgar procedente a oposição, determinará o reembolso do crédito do oponente ou, não podendo este exigi-lo, a prestação de caução.

Assim, como determina o artigo 13.º, a inscrição definitiva da fusão só poderá ser feita desde que não tenha havido oposição ou se tenham verificado alguns dos factos acima referidos e como os efeitos da fusão se produzem a partir da inscrição da fusão no registo, a oposição deduzida por alguns dos credores para isso legitimados, enquanto não desaparecer pela verificação de algum dos mencionados factos, impede que a fusão se torne eficaz. O credor está garantido, pois tendo deduzido a oposição e não sendo esta julgada improcedente, obtém ou o pagamento do seu crédito ou caução.

O diploma não contém disposição especial para os credores obrigacionistas, embora não possa duvidar-se da aplicação do regime geral de direito de oposição. A meu ver, convirá preencher essa lacuna, seguindo as ideias da directiva. Em primeiro lugar, deverá ser autorizada uma assembleia geral de obrigacionistas para se pronunciarem sobre a fusão e em segundo lugar, o direito de oposição deve ser colectivamente exercido no caso de a referida assembleia não ter aprovado a fusão.

Disposição especial para as obrigações convertíveis em acções encontra-se no Decreto-Lei n.º 397/71, de 22 de Setembro, artigo 14.º, cujo teor é o seguinte:

“1. Enquanto houver obrigações convertíveis, a incorporação da sociedade emitente em outra sociedade, ou a fusão daquela com outra ou outras sociedades, só pode efectuar-se, sem o assentimento dos obrigacionistas, desde que a primeira delibere oferecer, com a homologação do Ministro das Finanças, o reembolso das obrigações mediante aviso publicado num dos jornais mais lidos da localidade da sede social e, se a sociedade tiver recorrido à subscrição pública, no Diário do Governo, devendo esta última publicação indicar o título e o lugar de publicação daquele jornal e a data desta.

2. O reembolso deve ser pedido pelos obrigacionistas no prazo de noventa dias a contar da publicação ou da última das publicações prescritas no número anterior, e a sociedade efectua-lo-á dentro de trinta dias a contar da apresentação do pedido de cada obrigacionista.

3. As obrigações podem, em qualquer caso, ser convertidas em acções da sociedade incorporante ou da nova sociedade, carecendo igualmente as novas condições de conversão de ser homologadas pelo Ministro das Finanças antes de se efectuar a incorporação ou a fusão, salvo se a sociedade emitente provar que todos os accionistas foram reembolsados.

4. A sociedade incorporante ou a nova sociedade ficam sujeitas, em parte aplicável, ao disposto no presente diploma como se da sociedade emittente se tratasse.”

16. Artigo 15º — Direitos de portadores de títulos que não sejam acções

Segundo o artigo 15º da directiva, os portadores de títulos que não sejam acções, aos quais sejam inerentes direitos especiais, devem gozar, na sociedade incorporante, de direitos pelo menos equivalentes àqueles de que gozavam na sociedade incorporada, salvo se a modificação destes direitos foi aprovada por uma assembleia dos portadores desses títulos, caso a lei nacional preveja 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.

Os títulos aqui referidos podem ser das mais diversas naturezas: partes de fundador, partes beneficiárias, acções de fruição, etc.

Essa diversidade, com a agravante das especialidades de títulos em cada país, levou a directiva a consignar apenas uma orientação geral.

Parece que, no pensamento dos redactores da proposta (Van Ommeslaghe, *ob. cit.*, p. 140) as obrigações convertíveis em acções estariam abrangidas pelo artigo 14º, mas a sua defesa fica assegurada como referi a propósito do artigo 13º.

O Decreto-Lei n.º 598/73 não contém disposição semelhante. O artigo 6º, n.º 3 refere-se a direitos especiais, mas de *sócios* e não de portadores de títulos (no caso de sociedade anónima) diferentes de acções.

17. Artigo 16º — Forma das actas das deliberações e do contrato de fusão

O artigo 16º ocupa-se da forma das actas das deliberações das sociedades participantes na fusão e da forma do que chama “contrato de fusão”, ligando essa forma à existência ou não de controlo preventivo da legalidade da fusão.

Se a legislação nacional de um Estado membro não prevê para as fusões um controlo preventivo judicial ou administrativo de legalidade ou se esse controlo não incide sobre todos os actos necessários à fusão, as actas das assembleias gerais que decidem a fusão e, se disso for caso, o contrato de fusão posterior a essas assembleias gerais, devem revestir a forma de acto autêntico. Nos casos em que a fusão não tenha de ser aprovada pelas assembleias gerais de todas as sociedades participantes na fusão, o projecto de fusão deve revestir a forma de acto autêntico. O notário ou a autoridade

competente para outorgar o acto autêntico deve verificar e atestar a existência e a legalidade dos actos e formalidades que incumbam à sociedade junto da qual ele actua e do projecto de fusão.

Vou distinguir no estudo deste artigo três aspectos: a forma de certos actos, o controlo da legalidade e o contrato de fusão. Começo pelo último.

Pela primeira vez até aqui encontra-se no artigo 16.º menção de “um contrato de fusão”, que aliás, não volta a repetir-se na directiva. Também no Decreto-lei n.º 598/73, um contrato de fusão aparece mencionado uma única vez, no artigo 15.º, a propósito de fusões sujeitas a condição ou a termo. É no entanto indispensável verificar, tanto na directiva como no nosso diploma, se do processo de fusão faz parte, e como, um contrato a que caiba essa denominação específica.

Formalmente, o processo de fusão começa por um acto conjunto das administrações das várias sociedades participantes: a elaboração do projecto de fusão. A seguir, contudo, os processos separam-se, conforme as sociedades: publicações, convocações, assembleias realizam-se separadamente. É natural, todavia, que, num certo momento, todos esses processos se encontrem e unifiquem.

O artigo 24.º, § único do Código Comercial, depois de ter exigido que cada uma das sociedades que pretendem fundir-se delibere separadamente a fusão, dispunha que “A deliberação final e conjunta das sociedades que queiram fundir-se será devidamente publicada”. Este parágrafo foi interpretado pela doutrina em dois sentidos diversos. Para uns autores, a interpretação devia ser literal e, portanto, depois das deliberações separadas de cada uma das sociedades, haveria nova deliberação, que seria a final e se realizaria em conjunto, isto é, reunindo-se conjuntamente as assembleias das duas sociedades. Segundo outros, o Código não exigia uma deliberação final e conjunta, distinta das duas deliberações separadas, de cada uma das sociedades, mas sim a publicação conjunta ou simultânea das duas deliberações separadas.

No Decreto-Lei n.º 598/73, depois do projecto de fusão, tudo se passa separadamente, até à escritura de fusão, para a qual o artigo 10.º, n.º 1 diz: “Aprovada a fusão pelas várias assembleias, compete às respectivas administrações outorgar a escritura de fusão”. Não há dúvida de que nessa escritura outorgam conjuntamente as administrações das várias sociedades participantes na fusão, mas isso não significa necessariamente que essas administrações, nesse acto e em representação das respectivas sociedades, celebrem um contrato.

No entanto, é essa a técnica usada por algumas legislações. Por exemplo, a AktG §§ 340 e 341 fala o mais claramente possível no *contrato de fusão* e a doutrina tem estudado este contrato sob todos os aspectos possíveis, incluindo as suas relações com as deliberações tomadas pelas assem-

únicas gerais das sociedades. Assim, a administração das sociedades (*Verwaltung*) representa estas no contrato (mas a representação pode caber a outras entidades, por aplicação de regras gerais); o contrato de fusão constitui um acto de execução das deliberações tomadas pelas assembleias, é um *Organisationsakt*, de natureza corporativa, mas ao mesmo tempo também um contrato de direito civil, que se aplicará quando o direito das sociedades não disponha diferentemente (Schilling, in *Grosskommentar* e, com ligeiras variantes, Kraft, in *Köln Kommentar*, e Godin-Wilhelmi).

Num relatório interno da CEE (Pierre Van Ommerslaghe, *Rapport introductif sur les fusions internes, Documento 2919/III/C/67-F*) faz-se a esse respeito um agrupamento de legislações:

- a) Nalgumas legislações “nenhum formalismo específico quanto às modalidades deste acordo (o acordo de qualquer modo indispensável entre as sociedades ou accionistas das sociedades) nem ao nível de órgãos de administração nem ao nível de assembleias gerais. Estas são simplesmente convocadas para se pronunciarem, em conformidade com o direito comum, sobre a dissolução das sociedades absorvidas por atribuição do seu património à sociedade absorvente e sobre o aumento do capital da sociedade absorvente, e para provar assim a fusão “à l’occasion”. A fusão está realizada desde que todas as sociedades competentes se pronunciaram; estas pronunciaram-se geralmente sob a condição suspensiva das assembleias gerais das sociedades participantes.
- b) Noutras legislações adopta-se o sistema do contrato acima referido.
- c) Noutro grupo estão legislações que prescrevem um “acto de fusão”, em forma notarial a título de medida de execução da fusão previamente decidida pelas assembleias gerais. As deliberações das assembleias gerais são manifestações unilaterais da parte de cada uma das sociedades interessadas e a fusão realiza-se no momento em que, em execução dessa vontade, os órgãos que representam a sociedade, agindo por mandato resultante das assembleias gerais, celebram o acto de fusão.

Relativamente à directiva e ao nosso DL n.º 598/73, a dúvida só pode existir entre os sistemas descritos nas alíneas b) e c) e parece-me que ambos seguiram o sistema do contrato de fusão (embora daí não resulte que devam ser necessariamente respeitados todos os pormenores dos regimes alemão e francês desse contrato).

Numa e noutra falta, é certo, a constância das referências a contrato que aparece noutras leis e pode parecer que uma só referência não basta para fixar a existência e natureza jurídica de um acto, mas de outro lado pode

dizer-se que se o acto não existisse e não tivesse a natureza de contrato, nenhuma referência a “contrato de fusão” poderia aparecer na directiva ou no nosso diploma. Duvido, pois, que, como diz Van Ommeslaghe, *La proposition* cit, p. 131, continuem possíveis na directiva tanto o sistema do “contrato de fusão” como outro.

Assim, a escritura prescrita pelo DL n.º 598/73 tem alcance diverso das escrituras que titulam outros actos sociais (e cujas relações com esses actos estão muito mal estudadas no nosso país). Perante o notário é celebrado um contrato entre as sociedades, o qual fica titulado por essa escritura.

E no nosso direito — que a directiva não força a alterar nesse ponto — o contrato de fusão só pode ser outorgado *depois* de aprovada a fusão pelas várias assembleias, como expressamente prescreve o artigo 10.º citado, não tendo, portanto, cabimento a teoria de alguns autores alemães no sentido de que o contrato de fusão pode ser anterior ou posterior às referidas assembleias.

Retomo o artigo 16.º da directiva, no aspecto do controlo preventivo da legalidade. A nossa actual lei não impõe esse controlo preventivo, por autoridade judicial ou administrativa, e a directiva não obriga a introduzi-lo. Mantendo-se esse estado de coisas, cai-se no n.º 2 do artigo 10.º da directiva, esse imperativo para o nosso legislador, e o notário deverá verificar e atestar a legalidade dos actos e do projecto de fusão. Voltarei adiante a este assunto, para um pormenor.

A formalidade da acta das assembleias que se pronunciem sobre a fusão não é novidade no nosso direito. Está prescrita no artigo 6.º, n.º 5, do DL n.º 598/73: “A acta da assembleia de cada uma das sociedades participantes na fusão deve ser lavrada por um notário, em instrumento avulso.”

A forma autêntica para o contrato de fusão está também exigida pelo já citado artigo 10.º, n.º 1; o n.º 3 manda que no cartório fique arquivado um exemplar do projecto de fusão e seus anexos e dos pareceres que sobre ele recaírem.

Voltando ao ponto acima deixado em suspenso, pode suceder que no processo de fusão intervenham vários notários, um para cada assembleia geral e outro para o contrato de fusão. Parece que a verificação e atestação de legalidade exigida pela directiva compete a cada um desses notários, embora haja sobreposição quanto ao projecto de fusão, que terá de ser apreciado por todos eles.

18. Artigo 17.º — Data da eficácia da fusão

O artigo 17.º da directiva remete para as legislações nacionais a determinação da data a partir da qual a fusão produz efeitos.

O artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 598/73 liga a eficácia da fusão à inscrição no registo comercial e, portanto, o facto determina a data. É no entanto

possível diferir por estipulação e eficácia da fusão. A hipótese está prevista no artigo 15.º daquele diploma, não para consagrar a legalidade dessa estipulação — a qual é implicitamente permitida — mas para criar um regime especial de modificação ou alteração do contrato nessas hipóteses: “Se a eficácia da fusão estiver sujeita a condição ou termos suspensivos, e ocorrem antes da verificação destes mudanças relevantes nos elementos de facto em que as deliberações se basearam, pode a assembleia de qualquer das sociedades deliberar que seja requerida a resolução ou a modificação do contrato, ficando a eficácia deste diferida até ao trânsito em julgado da decisão a proferir no processo.”

Na modalidade de fusão por incorporação, a doutrina alemã dá notícia de estipulações segundo as quais a partir de certa data as operações da sociedade incorporada se considerem efectuadas por conta da sociedade incorporante (vide artigo 5.º, § 1, alínea e) da directiva). Discute-se se se trata de uma estipulação de natureza obrigacional de retroacção dos efeitos da fusão ou de um simples efeito da lei, uma vez que, por força desta, quando a fusão se tornar eficaz opera-se a sucessão universal do património da sociedade incorporada para a sociedade incorporante. Já vimos como a lei portuguesa toma em consideração as alterações de elementos de facto ocorridas depois de o projecto de fusão ser elaborado e até às deliberações das sociedades.

19. Artigo 18.º — Publicidade da fusão

O artigo 18.º, n.º 1, da directiva manda que a fusão seja objecto de publicidade efectuada pelos modos previstos pela legislação de cada Estado membro, em conformidade com o artigo 3.º da Directiva 68/151/CEE, paracada uma das sociedades participantes na fusão.

A publicidade agora referida é a relativa à *fusão*. Já referimos o disposto no artigo 6.º da directiva quanto à publicidade do *projecto de fusão*.

A publicidade exigida pelo artigo 3.º da chamada primeira directiva — 68/151/CEE — foi por mim exposta a propósito da adaptação do nosso direito a essa directiva. Como maneira prática de proceder relativamente à fusão e aproveitando o facto de para o nosso país a 1.ª e a 3.ª directivas entrarem em vigor simultaneamente, as alterações que se tornem necessárias entrarão nas alterações gerais do sistema de publicidade.

Especialmente quanto à fusão, o «DL» n.º 598/73 só trata de publicações a respeito do projecto de fusão, quando incluído na convocatória das assembleias — artigo 4.º n.º 2 — e da deliberação de fusão, artigo 11.º, n.º 1. O regime estabelecido para o registo afasta-se, pela complexidade, dos casos correntes.

Efectua-se o registo das deliberações de fusão, a qual é provisório por expressa imposição da lei, artigo 11º, nº 1: “A administração de cada uma das sociedades participantes na fusão deve promover o registo provisório da respectiva deliberação /.../.4. O registo provisório previsto no nº 1 tem apenas por fim dar publicidade às deliberações e subsiste, independentemente de conversação, até que venha a ser requerida e realizada a inscrição da fusão ou comprovada a desistência do respectivo projecto.”

Deve depois efectuar-se o registo definitivo da fusão, mas da lei pode parecer que este registo pode ser efectuado antes de celebrada a escritura de fusão, o que não é verdade. Pode suceder que a escritura de fusão seja outorgada antes de estar resolvido o possível problema das oposições de credores sociais e a lei, que baseia o funcionamento deste direito de oposição sobre a ineficácia da fusão, vinca que o registo não pode ser efectuado antes do problema referido estar definitivamente resolvido: Artigo 13º: “1. Decorrido o prazo previsto no artigo 11º sem que tenha sido deduzida oposição ou verificado algum dos factos referidos no artigo 12º, pode a administração de qualquer das sociedades participantes requerer a inscrição definitiva da fusão no registo comercial da sede da sociedade incorporante ou da nova sociedade, devendo juntar ao requerimento: a) Certidão, pública-forma ou fotocópia legalizada da escritura da fusão; b) Certidão, pública-forma ou fotocópia legalizada das respectivas deliberações; d) Cópia do balanço de fusão das sociedades participantes.” Estranho que um preceito que desce ao pormenor escusado de equiparar certidões, públicas-formas ou fotocópias legalizadas, não mande apresentar ao conservador toda a documentação que foi presente ao notário; não o fazendo, o conservador não pode repetir um controlo de legalidade de todo o processo de fusão.

O nº 2 do artigo 13º resolve o problema da prova da satisfação dos direitos dos credores, principalmente na hipótese de não ter sido deduzida oposição por nenhum credor: “A administração deve declarar, no seu requerimento, que à deliberação de fusão não foi deduzida oposição no prazo legal ou que a oposição deduzida foi rejeitada por sentença com trânsito em julgado, e, no caso de se verificar qualquer das hipóteses previstas no nº 3 do artigo 6º, que os sócios aí referidos deram o seu consentimento à deliberação de fusão.”

A directiva não contém preceitos contrários aos portugueses referidos, os quais se poderão manter, embora eu pessoalmente gostasse de que a oportunidade fosse aproveitada para alguns retoques ou ligeiras alterações, por exemplo, quanto ao caso de a oposição dos credores ter sido julgada procedente e a sociedade ter reembolsado o crédito ou prestado caução.

O artigo 18º, nº 2, da directiva contém uma útil regra de legitimação: “A sociedade incorporante pode proceder ela própria às formalidades de publicidade respeitantes à ou às sociedades incorporadas.” A fim de facilit-

tar as formalidades de registo, o DL n.º 598/73 dispõe no artigo 13.º, n.º 3: “O conservador do registo comercial que ordenar a inscrição definitiva deve promover eficazmente o cancelamento no registo comercial da inscrição das sociedades extintas por virtude da fusão”; e no artigo 14.º, n.º 2: “As conservatórias das sedes das sociedades extintas devem, após o cancelamento da respectiva inscrição, enviar oficiosamente à da sede da sociedade incorporante ou da nova sociedade os documentos nela conservados.” Manifestamente, estes preceitos portugueses só têm de comum com a mencionada regra da directiva o intuito de facilitar as formalidades de registo e podem manter-se, devendo, por outro lado, ser introduzida no nosso direito a regra de legitimação da directiva.

20. Artigo 19.º — Efeitos da fusão

Segundo o artigo 19.º 1 da directiva “A fusão produz *ipso iure* e simultaneamente os efeitos seguintes:

- a) A transmissão universal, tanto entre a sociedade incorporante e a sociedade incorporada como relativamente a terceiros, do conjunto do património activo e passivo da sociedade incorporada para a sociedade incorporante;
- b) Os accionistas da sociedade incorporada tornam-se accionistas da sociedade incorporante;
- c) A sociedade incorporada deixa de existir”.

O preceito é imperativo, todo ele, para os Estados membros. Se algum desses efeitos não fosse produzido ou se não fossem produzidos nos precisos termos da disposição transcrita, não existiria uma fusão, tal como a directiva a concebe e impõe às legislações nacionais.

Os efeitos discriminados nas três alíneas desse artigo da directiva têm correspondência no artigo 14.º, n.º 1, do DL n.º 598/73: “Com a inscrição da fusão no registo comercial: a) Extinguem-se as sociedades incorporadas ou, na hipótese da alínea b) do n.º 4 do artigo 1.º, todas as sociedades fundidas, transmitindo-se os seus direitos e obrigações para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade; b) os sócios das sociedades extintas tornam-se sócios da sociedade incorporante ou da nova sociedade.”

O nosso diploma não contém, todavia, nada de semelhante à frase inicial do preceito da directiva, a qual é importante, quanto mais não seja par explicitar algo que trabalhosamente poderia ser alcançado por interpretação.

Vimos que um dos elementos essenciais típicos da fusão de sociedades é a dissolução de uma, várias ou todas, sem liquidação. A primeira observação a fazer quando se compare essa “dissolução sem liquidação” com os

efeitos da fusão, tal como descritos nos referidos precedentes, é a diferença de terminologia; agora não se fala em dissolução mas sim em “extinção”, “cesser d’existir”, “si estingue”. Uma segunda observação respeita à ordem dos fenómenos; o texto português dá a impressão de conceder prioridade à extinção das sociedades, à qual se seguiria, pelo menos logicamente, a transmissão do património; a directiva diz que todos os efeitos se produzem simultaneamente.

Não há dúvida de que, perante os dois textos, a sociedade incorporada ou as sociedades fundidas em nova sociedade deixam de existir (adiante se verá que para certos efeitos elas continuam a existir, mas agora apenas interessa o efeito geral). Essa extinção é, porém, a dissolução sem liquidação, ou a extinção e a dissolução devem separar-se neste caso e como? É sabido que normalmente a dissolução não é a extinção da sociedade; a dissolução apenas produz uma modificação das relações criadas pelo contrato de sociedade, passando-se para uma fase de liquidação, mas também ficou visto que no caso de fusão não existe fase de liquidação. Poderia pensar-se que no processo de fusão existe um primeiro acto de dissolução — correspondente à dissolução normal, salvo quanto ao efeito de liquidação que não existiria — e posteriormente viria a operar-se, por outro facto, a extinção da sociedade. A meu ver, tal construção seria artificiosa; no processo de fusão não existe nenhum acto de “dissolução” no sentido referido; manifestamente não o é o *projecto* de fusão, e as deliberações de fusão também não dissolvem as sociedades, por si e imediatamente; nem a própria escritura de fusão tem um efeito *separado* de dissolução da sociedade, pois dela há-de resultar, quando se efectuar a inscrição definitiva no registo, logo a extinção e até essa inscrição nenhum efeito se produz. Substancialmente, portanto, a extinção das referidas sociedades opera-se num só momento e por causa de um só facto; passa a ser mera questão de palavras decidir se essa extinção deve ser designada por essa mesma palavra ou pode qualificar-se como dissolução. Pessoalmente, no estado actual do nosso direito, considero preferível a primeira alternativa, deixando a palavra dissolução reservada para as hipóteses em que, por força da lei, deve haver uma fase de liquidação da sociedade.

Quanto ao segundo problema, a simultaneidade de efeitos marcada pela directiva evita delicadas investigações quanto a saber se a sucessão universal é um efeito da extinção da sociedade ou se a sociedade transmite todo o seu património e por isso se extingue. Os efeitos são simultâneos e todos resultantes do mesmo facto — a fusão (com eficácia marcada pela inscrição definitiva no registo).

A directiva vinca que os efeitos da fusão se produzem *ipso iure*, o que tem importantes consequências. Assim, por exemplo a sucessão universal opera-se por simples força da lei e, portanto, não têm cabimento quaisquer

actos de transmissão de bens ou de obrigações; transmitem-se todos os elementos componentes do património, salvo os direitos de natureza tão pessoal que nem sequer se compadeçam com a transmissão para outra pessoa jurídica da mesma natureza e sem prejuízo de cláusulas contratuais expressas que considerem resolvidos esses contratos no caso de fusão dos contraentes; participações noutras sociedades que normalmente só pudessem ser transmitidas com consentimento da sociedade ou estejam sujeitas a outros condicionamentos transmitem-se sem qualquer desses obstáculos.

Outra consequência do carácter *ipso iure* dos efeitos da fusão respeita à aquisição pelos accionistas da sociedade incorporada das participações na sociedade incorporante (*mutatis mutandis* para a fusão por constituição de nova sociedade). Nos sistemas jurídicos em que é adoptada a técnica do contrato de fusão, depara-se a dificuldade de enquadrar nesses contrato a aquisição de participações pelos sócios. Desse contrato resulta, por um lado, a sucessão universal, a qual se opera de sociedade para sociedade; é impensável hoje que a operação se desdobre numa transmissão dos bens da sociedade para os respectivos sócios e destes para a sociedade incorporante ou nova sociedade. De outro lado, porém, não é a sociedade transmitente dos bens que adquire contrapartida da sociedade incorporante ou da nova sociedade; as participações na sociedade incorporante ou na nova sociedade são adquiridas directamente pelos referidos sócios, não sendo, também aqui, pensável um desdobramento da operação numa aquisição dessas participações pela sociedade, com passagem para os respectivos sócios daquela extinta. Para explicar o fenómeno, parte da doutrina alemã recorreu à figura do contrato em benefício de terceiros (contrato entre as sociedades, em benefício dos sócios da incorporada), mas tal construção é repudiada por outros autores que pura e simplesmente reconduzem todo o fenómeno à força da lei.

Embora não aceite a teoria do contrato em benefício de terceiros, considero exagerado tomar à letra a segunda teoria. A explicação do fenómeno dispensa um recurso à força da lei, como justificação última e axiomática, embora a intervenção dos preceitos legais tenha um papel essencial. O intento prático do negócio de fusão é a unificação das sociedades, tanto no aspecto pessoal como no aspecto patrimonial; a personalidade jurídica ou pelo menos a organização autónoma das sociedades introduz nesse negócio condicionamentos técnicos; por um lado, aproveitam-se os órgãos dessas sociedades para actuarem no processo — assembleias gerais, órgãos administrativos e representativos — e, por outro lado, essas personalidades ou autonomias devem desaparecer, designadamente, as participações na sociedade incorporante ou na nova sociedade devem pertencer directamente aos sócios da incorporada ou das fundidas, não tanto porque estas se extinguem, mas porque a ideia básica consiste, como se disse, numa unificação

também pessoal. A intervenção da lei consiste — e nesse sentido entende-se efeito o *ipso iure* da directiva — em consagrar esse intento prático autorizando um processo que, sem necessidade de desdobramento em operações parcelares, realiza aquele intento. Especialmente quanto à personalidade jurídica das sociedades participantes e extintas, a lei não pode abstrair da sua existência quanto ao património social e daí utilizar a sucessão universal, mas quando se trata de efeitos que, em última análise, se destinam aos sócios, a lei permite que a dita personalidade não lhes cause impedimento.

A aquisição das participações sociais na sociedade incorporante opera-se por simples força da lei, independentemente da entrega de títulos aos sócios da sociedade incorporada; isso sucederá necessariamente nas fusões de sociedades em que às participações não correspondam títulos, mas acontece também quanto às acções: os accionistas da sociedade incorporada adquirem acções (participações sociais) na sociedade incorporante independentemente do recebimento das acções (títulos). Assim, por exemplo, nada obsta a uma fusão de sociedade anónima antes desta ter emitido as acções (títulos). Nem a directiva nem a nossa lei providenciam quanto à entrega dos títulos correspondentes às participações adquiridas pelos accionistas da sociedade incorporada. A AktG § 346 impõe que a sociedade incorporada nomeie um Treuhänder para receber da sociedade incorporante os títulos e as prestações em dinheiro a que porventura haja lugar.

Dispõe o n.º 2 do artigo 19.º da directiva: “Nenhuma acção da sociedade incorporante é trocada contra acções da sociedade incorporada possuídas:

- a) Quer pela própria sociedade incorporante quer por uma pessoa que actua em seu nome próprio mas por conta da sociedade;
- b) Quer pela própria sociedade incorporada quer por uma pessoa que actua em seu nome próprio mas por conta da sociedade.”

O caso de participação de uma sociedade no capital de outra aparece também no artigo 7.º do Decreto-lei n.º 598/73, mas para um efeito diferente do visado na directiva: “1. No caso de alguma das sociedades possuir participação no capital de outra, não poderá dispor de número de votos superior à soma dos que competem a todos os outros sócios. 2. Para os efeitos do número anterior, aos votos da sociedade participante somar-se-ão os votos de outras sociedades que legalmente se considerem dominadas por aquela.” A disposição enquadra-se nas regras das assembleias convocadas para deliberar sobre a fusão e tem em vista evitar que, por meio das acções que numa das outras sociedades possua uma delas (por si ou juntamente com acções de sociedades por ela dominadas) esta domina a assembleia da outra; o

renúncia para isso consiste logicamente em limitar o poder de voto da sociedade participante na sociedade participada, não permitindo que os seus votos excedam os votos dos outros sócios independentes.

O preceito é útil e não é vedado pela directiva, pelo que deve manter-se.

O preceito da directiva deve, por sua vez, ser transportado para o nosso direito.

Corresponde ele aos casos de participações da sociedade incorporante na sociedade incorporada (quer unilaterais quer participações recíprocas entre ambas) e de haver “acções próprias” da incorporada e tem como pano de fundo as legislações nacionais adaptadas ao disposto sobre acções próprias na 2.^a directiva da CEE para harmonização do direito das sociedades, isto é, por um lado admite que uma sociedade tenha acções próprias (embora, por causa do disposto nessa directiva, isso só seja lícito em condições excepcionais) mas em princípio é contrária à autoparticipação da sociedade.

A primeira das duas hipóteses tratadas na directiva consiste em a sociedade incorporante possuir acções na sociedade incorporada; se funcionassem as regras normais, a sociedade incorporante apareceria como qualquer outro accionista da sociedade incorporada e, em troca das acções da sociedade incorporada, receberia acções dela própria. Para evitar este resultado, preconizavam-se em França dois processos, conhecidos por *fusion-allotissement* e *fusion-renontiation*.

A *fusion-allotissement* pretende — como o nome indica — cumular a transmissão de bens para a sociedade incorporante, a título de fusão, como a entrega à mesma sociedade de parte dos bens correspondentes às acções que ela possui na sociedade incorporada, a título de partilha; por exemplo, se a sociedade incorporante possui 40% das acções da sociedade incorporada, a aquisição dos bens desta por aquela operar-se-ia 40% a título de partilha (substituindo as acções de que a incorporante era proprietária) e o restante a título de fusão.

Na ideia de fusão-renúncia, a transmissão de bens opera-se totalmente a título de fusão, mas haveria uma renúncia da sociedade incorporante à *atribuição* das acções que corresponderiam à sua participação na sociedade incorporada (não uma renúncia prévia da sociedade incorporante à participação que possui na sociedade incorporada).

Não vale a pena discutir os méritos relativos dos dois processos, nem sequer a bondade das respectivas construções jurídicas. As legislações nacionais que adoptarem a directiva passarão a proibir que a sociedade incorporante receba acções próprias em troca das acções que possua na sociedade incorporada e estaremos, portanto, apenas perante mais um dos muitos casos em que a uma sociedade é proibido adquirir acções próprias. Só fica, contudo, resolvida por esse modo uma parte do problema.

NO património da sociedade incorporante existia, antes da fusão, uma participação noutra sociedade, a qual foi valorizada para ser determinada a relação de troca de acções. Efectuada a fusão, a sociedade incorporante deixa de possuir aquela participação e não recebe em troca outra participação social, nem nela própria nem noutra sociedade; no entanto, como recebe todo o património da sociedade incorporada, recebe efectivamente os bens que, numa eventual partilha da sociedade incorporada, corresponderiam às suas acções. Nesse aspecto, portanto, anda-se perto da *fusion-allotissement*, sem no entanto haver expressamente uma partilha ou sem se poder dizer que parte do património da sociedade incorporada é adquirido pela sociedade incorporante a título de partilha. De seu lado, os accionistas da sociedade incorporante não são prejudicados pela simples substituição de uma participação social por parte do património correspondente, da sociedade incorporada, que ficou integrada no património da sociedade incorporante. Para estes é até indiferente que a sociedade incorporante não receba acções próprias, em troca das acções que detinha na sociedade incorporada, ou que as receba, pois numa e noutra hipótese o valor das suas acções não é alterado.

Assim, a sociedade incorporante não emitirá acções na parte correspondente às acções que possuía na sociedade incorporada, pois nem pode adquirir nem pode entregar a ninguém as acções que emittisse. No entanto, o facto de as acções da sociedade incorporada serem possuídas pela sociedade incorporante tem relevância par a avaliação dos patrimónios e estabelecimento da relação de troca. Suponha-se que uma sociedade incorporante tem um património com o valor 100, formado por acções da incorporada com o valor 20 e outros bens com o valor 80, sendo o seu capital dividido em 100 acções; a sociedade incorporada tem um património avaliado em 100 e dividido em 100 acções. O valor conjunto dos patrimónios não é 200, mas sim 180, visto que constituiria uma duplicação computar simultaneamente no património da incorporante as 20 acções da incorporada e no património desta os bens correspondentes a essas 20 acções. A relação de troca poderá ser de uma por uma e cada accionista da incorporada (mesmo a incorporante) receberá uma acção da incorporante, que terá o valor 1.

No caso de a sociedade incorporada possuir acções do capital da sociedade incorporante, verifica-se o mesmo facto básico: no exemplo acima, o valor total do conjunto dos patrimónios é de 180 e não de 200 e como a incorporada não pode receber acções da incorporante, porque se extingue, haverá também no final 180 acções em vez das 200 iniciais. As diferenças entre as duas hipóteses são de duas naturezas: primeiro, a razão do mecanismo, que, no primeiro caso consiste em a sociedade não poder receber dela mesma e no segundo em a sociedade incorporada, por se extinguir, não poder receber acções da incorporante; segundo, no número de acções a atribuir pela sociedade incorporante, que no primeiro caso é 80 e no

segundo caso é, em princípio, 100. Nesta última hipótese, a sociedade incorporante não necessitará, contudo, de emitir mais do que 80 acções, tal como na primeira hipótese, pois recebe na sucessão universal vinte acções que ficam sendo próprias e de que pode dispor para atribuição aos accionistas da sociedade incorporada.

No caso de a sociedade incorporada possuir acções próprias, também não pode receber, em troca destas, acções da incorporante, visto que se extingue. Os seus accionistas ficarão, porém, lesados se a relação de troca não tiver em conta aquele facto.

Suponha-se que o capital da incorporada está dividido em 100 acções, das quais 50 são próprias e que o património da incorporada tem o valor 100, não incluindo qualquer valor atribuído às acções próprias. Se esta sociedade fosse dissolvida e liquidada, cada accionista receberia 2, pois as acções próprias não contam para este efeito; terá, pois, de receber da sociedade incorporante acções no valor de 2 ou, por outras palavras, para a sociedade incorporante é indiferente que a incorporada possua ou não acções próprias, pois em qualquer caso terá de entregar acções suas de valor correspondente ao do património que recebe. No meu estudo *Autoparticipação de sociedades; as acções próprias*, “Revista da Ordem dos Advogados”, 1979, encontra-se justificação para estas conclusões.

O n.º 3 do artigo 19.º da directiva esclarece que o disposto nos seus dois primeiros números não afecta as disposições das legislações dos Estados membros que exijam formalidades particulares para a oponibilidade a terceiros da transmissão de certos bens, direitos e obrigações provindos da sociedade incorporada. Essa ressalva deixa, pois, as legislações nacionais livres para disporem sobre tais formalidades de oponibilidade a terceiros — como o registo quanto à transmissão de direitos sobre coisas imóveis — quer dispensando-as quando entenda que as próprias formalidades de publicidade da fusão substituam aquelas, quer mantendo-as quando entenda diferentemente.

A disposição seguinte do mesmo n.º 3 permite que as formalidades acima referidas sejam executadas pela sociedade incorporante, mas autoriza a legislação dos Estados membros a permitir que a sociedade incorporada continue a proceder a estas formalidades durante um período limitado, que não pode ser fixado, salvo casos excepcionais, em mais de seis meses a contar da data em que a fusão se tornou eficaz. O legislador português terá, pois, de consagrar no seu direito a primeira parte dessa regra, embora, mesmo sem disposição expressa, a maior parte dos casos previsíveis pudesse ser resolvida nesse sentido, não só invocando a própria sucessão universal, como porque, segundo regras gerais, muitas vezes é já ao transmissário que compete proceder às referidas formalidades. A faculdade concedida aos legisladores nacionais pela parte final do n.º 3 não deverá, em meu entender,

ser utilizada pelo legislador português. Em primeiro lugar, não é necessária, uma vez que a sociedade incorporante pode encarregar-se dessas formalidades, não se vê necessidade de manter, embora por um período de tempo limitado, a sociedade incorporada em vida só para fazer o que está ao alcance da outra. Em segundo lugar, a continuação da sociedade incorporada apenas para a execução dessas formalidades cria uma situação teoricamente confusa e praticamente complicada, visto que é necessário manter órgãos dessa sociedade e até alguns bens, dado essas formalidades geralmente não serem gratuitas.

21. Artigos 20º e 21º — Responsabilidade pela preparação e realização da fusão

Os artigos 20º e 21º da directiva tratam da responsabilidade, respectivamente, dos órgãos de administração e direcção e dos peritos nomeados pela sociedade incorporada. O primeiro encarrega as legislações dos Estados membros de organizar pelo menos a responsabilidade civil dos membros do órgão de administração ou de direcção da sociedade absorvida para com os accionistas desta sociedade por motivo das faltas cometidas pelos membros desse órgão na preparação e na realização da fusão. O segundo dirige-se também aos legisladores nacionais para que organizem pelo menos e responsabilidade civil, para com os accionistas da sociedade incorporada, dos peritos encarregados de elaborar para esta sociedade o relatório previsto no artigo 10º, parágrafo 1, por motivo das faltas cometidas por estes peritos no desempenho da sua missão.

Os artigos 16º e 17º do *DL* n.º 598/73 são em parte mais e em parte menos extensos do que esses preceitos da directiva. São mais extensos em primeiro lugar porque abrangem tanto o órgão de direcção como o órgão de fiscalização (conselho fiscal ou fiscal único), o que é natural, visto que o diploma exige que este dê parecer sobre o projecto de fusão, além dos seus deveres normais de fiscalização; em segundo lugar, porque respeita a órgãos de direcção e de fiscalização de todas as sociedades participantes na fusão (no caso de fusão por incorporação, também os órgãos da sociedade incorporante). Quanto a este último aspecto, o nosso diploma escusava de ir tão longe, não porque os membros dos órgãos da sociedade incorporante estejam isentos de responsabilidade, mas sim porque lhes são perfeitamente aplicáveis as regras gerais de responsabilidade dos membros de órgãos sociais, uma vez que a sociedade incorporante não sofre alteração da sua personalidade jurídica. É ainda mais extenso por que em vez de proteger só os sócios da sociedade incorporada, atribui aos membros dos ditos órgãos responsabilidade para com os credores das sociedades. O nosso diploma é menos extenso do que o preceito da directiva, pois não abrange a responsa-

bilidade do ponto que actua para a sociedade incorporada (na sua redacção actual podia ter cominado a responsabilidade do revisor de contas, cuja intervenção prevê).

Os dois referidos artigos do nosso diploma são inspirados pelos §§ 349 e 350 AktG e resumidamente baseiam-se numa continuação limitada da personalidade das sociedades, as quais são para estes efeitos representadas por meio de um representante especial, cuja nomeação pode ser judicialmente pedida por qualquer sócio ou credor das sociedades em causa. Em vários aspectos discordo do regime criado por eles — nomeadamente, considero desnecessária a manutenção da personalidade das sociedades extintas e considero exagerada a protecção dos credores sociais, aos quais o mesmo diploma concede um direito de opposição, no caso de serem prejudicados pela fusão — e faço votos para que o legislador, ao adaptar o diploma à directiva, o altere.

22. Artigo 22º — Nulidade da fusão

Logo de início vimos que, segundo o relatório da 3ª directiva, um dos objectivos desta é limitar os casos de nulidade da fusão e estabelecer prazos curtos para o exercício da acção de invalidade. Para tanto, invoca-se a segurança jurídica e é criado o regime estabelecido no artigo 22º, o qual não tem correspondência na nossa legislação vigente e deve ser para esta transposto.

Segundo o n.º 1 desse artigo 22º, as legislações dos Estados membros só podem organizar o regime da nulidade das fusões nas condições seguintes:

- a) A nulidade deve ser pronunciada por decisão judicial;
- b) A nulidade duma fusão que se tornou eficaz no sentido do artigo 17º só pode ser pronunciada por falta ou do controlo preventivo judicial ou administrativo de legalidade, ou do acto autêntico, ou se for decidido que a assembleia geral é nula ou anulável em virtude do direito nacional;
- c) A acção de nulidade não pode ser intentada depois de decorrido um prazo de seis meses a contar da data em que a fusão é oponível àquele que invoca a nulidade, ou no caso de a situação ter sido regularizada;
- d) No caso de ser possível remediar a irregularidade susceptível de produzir a nulidade da fusão, o tribunal competente concede às sociedades interessadas um prazo para regularizar a situação;
- e) A decisão que declare a nulidade da fusão é objecto duma publicidade efectuada pelos modos previstos pela legislação de cada Estado membro, de harmonia com o artigo 3º da Directiva 68/151/CEE;

- j) A oposição de terceiros, no caso de ser prevista pela legislação de um Estado membro, não pode ser admitida depois de decorridos seis meses a contar da publicidade da decisão efectuada em harmonia com a Directiva 68/151/CEE;
- g) A decisão declarativa da nulidade da fusão não afecta por si só a validade das obrigações nascidas contra ou a favor da sociedade incorporante antes da publicidade da decisão e posteriormente à data mencionada no artigo 17º;
- h) As sociedades participantes na fusão respondem solidariamente pelas obrigações da sociedade incorporante mencionadas na alínea g).

O nº 2 do mesmo artigo declara que, em derrogação do parágrafo 1, alínea a), a legislação de um Estado membro pode também fazer declarar a nulidade da fusão por uma autoridade administrativa, desde que um recurso de tal decisão possa ser interposto perante uma autoridade judicial. As alíneas b), d), e), f), g) e h) aplicam-se por analogia à autoridade administrativa. Este processo de nulidade não pode ser iniciado depois de decorridos seis meses a contar da data mencionada no artigo 17.

Pelo nº 3 do artigo 22º não ficam prejudicadas as legislações dos Estados membros relativas à nulidade de uma fusão declarada no seguimento de um controlo diferente do controlo preventivo ou administrativo de legalidade.

Chamo a atenção para um ponto em que este preceito me parece impossível de aplicar. No caso de a fusão poder ser declarada nula por uma assembleia geral ter sido declarada nula ou anulável, o tempo deste processo judicial impede que a acção declarativa da nulidade da fusão seja proposta no prazo estabelecido na alínea c). Em tal caso, o prazo da propositura da acção declarativa da nulidade da fusão terá que ficar dependente do trânsito em julgado da sentença que declare nula ou anule as deliberações tomadas em assembleia geral.

23. Artigo 23º — Fusão por constituição duma nova sociedade

Como processo de legislar, a directiva optou pela exposição completa, no capítulo II, do regime da fusão por incorporação e, quanto à fusão por constituição duma nova sociedade, remete para parte daquele regime, no capítulo III, formado apenas pelo artigo 23º

São mandados aplicar à fusão por constituição de nova sociedade os artigos 5º, 6º, 7º e 9º a 22º. A adaptação é feita substituindo as expressões, usadas no capítulo II, “sociedades que se fundam” ou “sociedade incorporada” por “sociedades que desaparecem”, enquanto a expressão “sociedade incorporante” passa a designar a nova sociedade.

O nº 2 do artigo 22º esclarece que o projecto de fusão e, no caso de constarem de acto separado, o acto constitutivo ou o projecto de acto constitutivo e os estatutos ou o projecto de estatutos da nova sociedade são aprovados pela assembleia geral de cada uma das sociedades que desaparecem.

O nº 3 permite que os Estados membros não apliquem à constituição da nova sociedade as regras relativas à verificação das entradas com bens diferentes de dinheiro total de uma sociedade por outra. Já quanto ao relatório de órgãos de administração da sociedade absorvente ou de peritos nomeados por esta, parece-me que não deveriam ser dispensados, pois os accionistas da sociedade absorvente têm interesse em conhecer os motivos que levam a absorver, em certo momento, uma sociedade que, embora totalmente possuída por aquela, viveu até esse momento num regime de independência.

24. Artigos 24º, 25º e 26º — Absorção de uma sociedade por outra que possua a totalidade das acções da primeira

A dispensa de reunião de assembleia geral da sociedade absorvente permitida para esta hipótese especial, no artigo 25º, tem correspondência, quanto à incorporação em geral, no artigo 8º, a cuja transposição para o nosso direito coloquei acima várias objecções. Parece-me, contudo, que essas objecções não colhem — ou não colhem totalmente — para a hipótese especial, e por isso entendo que o legislador português pode aproveitar a faculdade proporcionada pelo artigo 24º, quer faça quer não faça o mesmo quanto à dispensa geral da dita assembleia.

Convirá notar que o artigo 24º da directiva não tem a intenção de estabelecer o único meio pelo qual pode ser conseguido um resultado igual ou muito aproximado a essa absorção. Se a totalidade das acções de uma sociedade é possuída por uma outra, aquela é uma sociedade unipessoal e pode ser dissolvida com esse fundamento; dissolvida a sociedade participada, podem dar-se várias hipóteses. Primeiro, proceder-se a liquidação, nos termos normais, transitando para a sociedade participante o saldo da liquidação; está-se fora do artigo 24º, que sublinha ocupar-se duma dissolução sem liquidação. Segundo, não ser necessária liquidação, por a sociedade participada não ter passivo e ter um único sócio; a liquidação é dispensada mas não se está na hipótese do artigo 24º, pois essa dispensa resulta das circunstâncias concretas de um património social e não da natureza do instituto utilizado. Terceiro, transmitir-se todo o património, activo e passivo, para a sociedade participante e sócia única, *como modo de liquidação*, se a legislação nacional o permitir; continua-se fora do artigo 24º, pois à dissolu-

ção seguiu-se uma liquidação, mas conseguiu-se uma absorção da sociedade participada por meio mais cómodo do que o facultado pela directiva (repto: se a legislação nacional não vedar esse processo de liquidação).

O artigo 26.º contempla a mesma operação, numa hipótese ligeiramente diversa: a totalidade das acções da sociedade absorvenda pertencer à sociedade absorvente e/ou a pessoas que detêm essas acções em seu próprio nome, mas por conta desta sociedade. Tais pessoas são apenas “nominees” da sociedade, que é a real titular das acções e o preceito é compreensível, evitando que, antes da e para a aplicação do artigo 24.º, as acções detidas por essas pessoas tenham de passar à titularidade formal da sociedade.

Note-se que nessas pessoas (que tanto podem ser pessoas físicas como pessoas jurídicas) não estão incluídas as sociedades dominadas pela sociedade absorvente, as quais para este efeito são tomadas como sociedades independentes, de modo que a titularidade das acções da sociedade absorvenda não pertence totalmente à sociedade absorvente.

Antes de passar ao estudo dos artigos 27.º a 29.º convirá fazer uma observação comum a esses artigos e aos artigos 24.º a 26.º

O direito alemão, AktG §§ 319 e seguintes, cria e regula um instituto denominado *Eingliederung* (que designarei por *anexação da sociedade*, como fazem alguns autores italianos e ingleses, que me parece preferível a *incorporação*, proposta por Alberto Pimenta, que pode levar a confusões com a fusão por incorporação). A anexação pode ocorrer em duas hipóteses: a primeira, tratada no § 319, consiste em *todas as acções* duma Aktiengesellschaft estarem na posse duma outra Aktiengesellschaft (que por isso virá a ser a *Hauptgesellschaft*) com sede na Alemanha; a segunda, prevista no § 320 existe quando *noventa e cinco por cento das acções* correspondentes ao capital duma Aktiengesellschaft estiverem na posse duma outra Aktiengesellschaft com sede na Alemanha.

A semelhança entre estes requisitos quantitativos e os da mesma natureza mencionados nos artigos 24.º e 27.º da directiva podem levar a supor que a directiva acolheu a “anexação” de sociedades, mas na realidade não é assim.

A “anexação” caracteriza-se pela subsistência da individualidade jurídica das duas sociedades, a principal e a anexada, embora produza efeitos quanto à manutenção das restantes acções da sociedade anexada (no caso do § 320) e à protecção dos credores desta.

Os preceitos da directiva não permitem a subsistência da sociedade incorporada. Isso está bem claro no artigo 24.º quando diz que “uma ou mais sociedades dissolvem-se sem liquidação e transferem todo o seu património” e no artigo 29.º quando qualifica a operação como *fusão por incorporação*. Aliás, a interpretação não pode ser diversa, uma vez que a directiva não consigna preceitos essenciais no regime da anexação, tais como os

acima referidos, e também a possibilidade de a anexação terminar por dissolução da principal ou por deixarem de estar na posse desta todas as acções da anexada. Acresce que foi essa intenção desde os primeiros passos da directiva (Van Ommeslaghe, *Rapport complémentaire sur les fusions internes*, p. 17, no sentido de que a Eingliederung tem lugar próprio no direito dos grupos de sociedades).

25. Artigos 27º, 28º e 29º — Fusão de sociedades de que uma possui 90% das acções da outra

A hipótese encarada pelos artigos 27º, 28º e 29º é a de uma sociedade ser titular de 90% ou mais, mas não da totalidade, das acções de outra sociedade ou dos títulos que confirmam um direito de voto na assembleia geral. Para esta hipótese, a directiva fala abertamente em “fusão por incorporação”, o que se justifica pois não falta nenhum dos elementos da figura, embora a troca de acções seja reduzida àquelas que não pertençam à sociedade incorporante.

O artigo 29º alarga o âmbito dos artigos 27º e 28º à posse das acções por pessoas em nome próprio destas mas por conta da sociedade incorporante. Trata-se, portanto, de disposição paralela ao artigo 26º, sobre a qual não são precisos mais comentários.

As especialidades do regime estabelecido pela directiva para esta particular hipótese de fusão consistem na possibilidade de dispensa dalgumas das formalidades do processo normal de fusão por incorporação.

A primeira dessas possíveis dispensas — a criar pelos Estados membros nas suas legislações — é a de reunião da assembleia geral da sociedade incorporante, desde que estejam preenchidos três requisitos:

- a) A publicidade prescrita no artigo 6º ser feita, para a sociedade incorporante, pelo menos um mês antes da data da reunião da assembleia geral da ou das sociedades incorporadas, convocadas para se pronunciarem sobre o projecto de fusão;
- b) Todos os accionistas da sociedade incorporante terem o direito, com a antecedência mínima de um mês relativamente à data indicada na alínea a), de tomar conhecimento, na sede social desta sociedade, dos documentos indicados no artigo 11º, parágrafo 1, alíneas a), b) e c). O artigo 11º, parágrafos 2 e 3, aplica-se;
- c) Aplicação do artigo 8º, alínea c).

É esta a terceira vez que encontramos a possibilidade de dispensa da assembleia geral da sociedade incorporante, com ligeiras alterações, conforme as circunstâncias, e nada mais tenho a dizer sobre ela.

A segunda dispensa — também a considerar pelos Estados membros — respeita ao disposto nos artigos 9º, 10º e 11º e está subordinada a três condições:

- a) Os accionistas minoritários da sociedade incorporada poderem exercer o direito de fazer adquirir as suas acções pela sociedade incorporante;
- b) Neste caso, terem o direito de obter uma contrapartida correspondente ao valor das suas acções;
- c) Em caso de desacordo sobre esta contrapartida, poder ser esta determinada por um tribunal.

Lembremos que nesta hipótese há apenas 10% ou menos de accionistas que não sejam a própria sociedade incorporante. Se os accionistas titulares dos 10 ou menos por cento tiverem o direito de fazer adquirir as suas acções pela sociedade incorporante, mediante uma contrapartida que, em última análise, ou é acordada com eles ou é fixada por um tribunal, são realmente escusadas formalidades de relatórios, peritagens e informações para a fusão se realizar.

Este regime especial necessita, contudo, a meu ver, de duas observações.

A primeira respeita à fonte do direito, pressuposta nos accionistas minoritários. Suponho que a directiva não se refere a um direito criado *ad hoc*, por oferta da sociedade incorporante para esta fusão ou tendo em vista esta fusão, mas sim a um direito constituído por preceito legal. Se assim for, o artigo 28º só poderá funcionar em legislações onde esse direito exista (vide o meu estudo sobre *Participações dominantes: alguns aspectos do domínio de sociedades sobre sociedades*, Rev. Ordem Advogados, 1980, p. 103 da separata) ou venha a existir por influência da 2ª directiva da CEE.

Em segundo lugar, observo que este regime especial deve ser coordenado com o regime também especial estabelecido pelo artigo 24º. Se o direito de fazer adquirir as acções dos accionistas minoritários pela sociedade incorporante é exercido por todos estes antes da fusão, a sociedade incorporante tornou-se proprietária da totalidade das acções da sociedade absorvenda e, portanto, aplica-se o disposto no artigo 24º da directiva. O artigo 28º só faz, pois, sentido quando os accionistas, embora tendo esse direito, não o exerceram e, por outro lado, não pode o referido direito ser exercido depois da fusão, visto que, por efeito desta, os accionistas da outra sociedade receberam acções da sociedade incorporante para a qual não podem exercer tal direito (salva a pura coincidência de também nesta se repetir a situação em que se encontrava, quanto a accionistas, a sociedade incorporada).

No direito português vigente não há preceito que atribua o direito citado e, portanto, o artigo 28º da directiva não poderá funcionar. Se deve ser introduzido preceito criador desse direito de obter a aquisição de acções é questão a discutir a propósito da segunda directiva.

26. Artigos 30º e 31º — Outras operações assimiladas à fusão

O capítulo V da directiva é epigrafado “Outras operações assimiladas à fusão”. Dizendo “outras” provavelmente a directiva tem em vista que no artigo 24º já contemplou uma operação assimilada à fusão.

Essas outras operações assimiladas à fusão caracterizam-se pela falta de um dos elementos essenciais típicos da fusão, como definida nos artigos 3º e 4º. No entanto, subsistem alguns elementos componentes da(s) figura(s). O elemento que nunca falta é a transmissão total, activa e passiva, do património da sociedade para outra sociedade. Veremos adiante os elementos que podem faltar e os regimes criados para cada caso.

Segundo o artigo 30º, “Quando a legislação de um Estado membro permite, para uma operação visada no artigo 2º, que a importância em dinheiro ultrapasse a percentagem de 10%, os capítulos II e III assim como os artigos 27º, 28º e 29º são aplicáveis”.

Operações visadas no artigo 2º da directiva são as duas modalidades de fusão; fusão por incorporação e fusão por constituição de nova sociedade. Não pode haver dúvida de que a fusão por constituição de nova sociedade também está abrangida no artigo 30º, pois este manda aplicar o capítulo III, que edita o regime para essa modalidade.

Pressuposto que se trata de uma das modalidades de fusão visadas no artigo 2º, prevê-se a hipótese de a contrapartida em dinheiro (em vez de acções) exceder 10% do valor nominal das acções atribuídas; este o desvio relativamente à figura da fusão por incorporação definida no artigo 3º e da fusão por criação de nova sociedade, definida no artigo 4º. A percentagem da contrapartida em dinheiro não é fixada pelo artigo 30º, o qual, portanto, cobre todas as hipóteses desde 10% exclusiva até 100% inclusive.

Quando o artigo 30º prevê que a legislação de um Estado membro permita uma contrapartida em dinheiro superior a 10%, abre duas possibilidades: primeira, a legislação nacional permitir que uma sociedade transfira para outra todo o seu património activo e passivo e se dissolva sem liquidação, atribuindo aos accionistas da sociedade transferente ou só dinheiro ou só acções da sociedade incorporante (refiro-me à modalidade de incorporação por comodidade de exposição); segunda, não o permitir. Não é, contudo, claro como pode suceder que uma legislação obediente à directiva permita o referido caso. Na verdade, parece que, obedecendo à directiva,

uma legislação só pode permitir que uma sociedade se dissolva sem liquidação e transfira, em sucessão universal, todo o seu património activo e passivo para outra sociedade, mediante a atribuição aos accionistas da sociedade transmitente, de acções e *uma percentagem máxima de 10% em dinheiro*; se permitir que os outros efeitos se produzam e a percentagem em dinheiro seja superior a 10%, a legislação nacional não obedece à directiva.

Dir-se-á que esta interpretação é muito rigorosa e que a directiva teve o intuito de delinear uma figura que deve existir nas legislações nacionais, mas não o de vedar a manutenção ou criação de outras figuras; prova desta asserção estaria precisamente no artigo 30º. Custa-me a acolher tal possível argumento, primeiro porque tudo redundaria numa questão de nome: só se poderia chamar *fusão* à figura definida na directiva, mas poderiam ser criadas figuras diversas desde que se lhes desse outro nome; segundo, porque os *efeitos cumulativos da fusão* só se justificam, a meu ver, desde que se mantenham *todos os elementos* da figura da fusão. Admitir que uma sociedade se dissolve sem liquidação e, por sucessão universal, transmite todo o seu património activo e passivo a outra sociedade, justifica-se pela unificação total das sociedades, nos seus componentes pessoais e patrimoniais, o que exige a atribuição de acções da sociedade incorporante aos accionistas da sociedade incorporada (a atribuição de uma quantia em dinheiro complementarmente à atribuição de acções é, como vimos, um mero expediente para resolver dificuldades práticas).

Pierre Van Ommeslaghe, *Proposition* cit. p. 128, escreve que o referido limite de 10% não exclui que os Estados membros possam aceitar tratar como fusões operações em que seja atribuído dinheiro em percentagens maiores aos accionistas da sociedade incorporada ou das sociedades fundidas; mas nesse caso tratar-se-á duma das operações previstas pelo artigo 21º (da proposta) e que os Estados membros não são obrigados a acolher nas suas legislações.

Em princípio, eu poderia admitir essa construção se se encarasse apenas um ligeiro desvio ao montante permitido em dinheiro, mas isso acarretaria um insolúvel problema de fixação do montante a partir do qual a operação deixa de ser equiparável à fusão, por a quantidade de acções da sociedade incorporante ou da sociedade nova passar a constituir mero pretexto para a aplicação de tal regime, passando a equiparação a dever ser feita à contrapartida total em dinheiro, que, pelo motivo básico acima indicado, a meu ver se afasta radicalmente da fusão.

Não considero, pois, conveniente que o legislador português permita a hipótese pressuposta pelo artigo 30º, e o seu silêncio a tal respeito deve ser tomado como proibição, pois os referidos efeitos são contrários a regras gerais, que só por preceitos legais podem ser derogados. Isto não significa que, nos termos prescritos por cada legislação nacional, não possa uma so-

ciada transmitir a outra todo o seu património mediante uma quantia em dinheiro ou esta e acções da sociedade transmissória; isso não é necessariamente proibido, mas acarreta um pagamento ou atribuição à própria sociedade transmitente, que não está dissolvida e só se dissolverá, se quiser, nos termos e condições normais, depois de os bens do seu património consistirem apenas nesse dinheiro ou acções, que os seus accionistas irão receber em partilha e não directamente da sociedade transmissória dos primitivos bens.

Não acabam, porém, aqui as dificuldades, pois outras são originadas pelo artigo 31.º da directiva.

No artigo 31.º da directiva prevê-se a hipótese da legislação de um Estado membro permitir uma das operações visadas nos artigos 2.º, 24.º ou 30.º, sem que todas as sociedades transferentes cessem de existir e manda-se aplicar-se o capítulo II, com excepção do artigo 19.º, parágrafo 1, alínea c), e ainda os capítulos III e IV.

Desta vez são pressupostas as operações visadas não só no artigo 2.º — as duas modalidades de fusão — como ainda as visadas no artigo 24.º — absorção de uma sociedade cujas sociedades são totalmente possuídas por outra — e no artigo 30.º, que acabamos de analisar.

O elemento faltoso comum a todas as hipóteses consideradas é “nem todas as sociedades transferentes deixarem de existir” e, combinando esta falta com as operações visadas, temos um vasto quadro:

Operações visadas no artigo 2.º (fusão por incorporação e fusão por constituição de nova sociedade), a que só falta a dissolução da sociedade transmitente dos bens; operação visada no artigo 24.º, na qual faltam, relativamente à fusão perfeita, a atribuição de acções (ou contrapartida em dinheiro) a accionistas da sociedade absorvida e extinção da sociedade transmitente do património; operação visada no artigo 30.º, na qual faltam, relativamente à fusão perfeita, a atribuição de acções da sociedade incorporante (total ou parcial e, na parte correspondente, substituída por quantias em dinheiro) e a cessação da existência da sociedade transmitente.

Vejam os em que medida a história destes preceitos pode concorrer para o seu entendimento.

No projecto inicial havia um capítulo V epigrafado “Outras operações assimiladas à fusão” e dentro dele o artigo 21.º, n.º 1 dispunha: “Quando os Estados membros organizam para sociedades sujeitas à sua legislação operações diferentes das definidas pelos artigos 2.º e 20.º da presente directiva e pelas quais uma sociedade transfere para uma ou várias sociedades existentes ou a constituir a totalidade ou uma parte do seu património mediante a atribuição aos seus accionistas de acções da sociedade ou das sociedades beneficiárias da transmissão (*apport*), as disposições dos capítulos II e III da presente directiva são aplicáveis com excepção dos artigos 6.º e 9.º, pará-

grafo 2.º Em numeros seguintes regulava a applicação ou não applicação de outros preceitos daquele capítulo, conforme várias circunstâncias especiais, que não interessam agora.

O Comité Económico e Social, no seu parecer de 27 de Maio de 1971, levantou quanto a esse artigo 21º duas objecções por ele ditas “fundamentais”: a) Ele engloba ao mesmo tempo a *scission* e o *apport* de partes de património. Ora, não existe nenhuma razão para querer regular estas duas operações da mesma maneira. Os *apports* de partes de património são *apports* em bens (diferentes de dinheiro) e, por consequência, operações que cabem já no campo de applicação da proposta da segunda directiva. Não é necessário elaborar disposições complementares de direito das sociedades. É, pois, inútil que o artigo 21 aborde de novo o problema dos *apports* de parte do património. O Comité pede por consequência a suspensão dos termos “*une ou*” bem como “*ou une partie*” no parágrafo 1 do artigo 21º No que respeita à definição de cisão, convirá referir-se aos termos da proposta de directiva relativa ao regime fiscal comum, de 16 de Janeiro de 1969. b) O artigo 21º não obriga os Estados membros a tomar as disposições necessárias para regulamentar, ao nível do direito nacional, as operações que ele define. Ele difere, pois, sem justificação aparente, dos artigos 3º, 19º e 20º da proposta em estudo. A secção pede por consequência que o artigo 21º passe a obrigar os Estados membros a regular as operações de *scission* em direito nacional.

Tenha-se em conta que o Comité parte de uma base doutrinária diferente da do nosso direito. A distinção entre “*scission*” e “*apport partielle*” faz-se porque na primeira há um fraccionamento total do património da sociedade cindida, com transmissão de cada parte deste, enquanto na segunda há apenas um fraccionamento e transmissão parciais. No nosso direito, a cisão simples compreende tanto o destaque duma parte do património como o fraccionamento total.

O parecer do Parlamento Europeu de 11 de Dezembro de 1972 sugeriu apenas uma alteração sem importância.

Em 4 de Janeiro de 1973 foi publicada a primeira modificação à Proposta de 3ª Directiva, na qual a epígrafe do capítulo V aparece mudada para “Outras operações” e o artigo 21º sofre ligeira modificação: “Quando os Estados membros organizam, para as sociedades sujeitas à sua legislação, operações diferentes das definidas pelos artigos 2º e 20º da presente directiva e pelas quais uma sociedade transfere para uma ou várias sociedades existentes ou a constituir o conjunto ou uma parte do seu património, mediante a atribuição aos seus accionistas de acções das sociedades beneficiárias do *apport*, em contrapartida total ou parcial deste, as disposições dos capítulos II e III da presente directiva são applicáveis com excepção do artigo 15º, parágrafo 1.º”

A segunda proposta modificada, publicada em 22 de Dezembro de 1975, não tocou no artigo 21º.

Um estudo interno da CEE, da autoria de Pierre van Ommeslaghe — Rapport Complémentaire sur les fusions internes: autres mesures de concentration par réunion de patrimoines, Documento 7310/III/C/67-F —, depois de colocar a questão de saber se conviria ou não englobar numa só figura — a cisão — o *apport partiel* e a cisão como fraccionamento total do património, descrevia as outras operações possíveis para reunir patrimónios de sociedades anónimas: venda ou troca da totalidade ou duma parte do património duma sociedade mediante dinheiro ou mediante valores que não sejam acções a emitir pela sociedade beneficiária do *apport* (por exemplo, acções de outras sociedades); *apport* misto, tendo uma contrapartida em dinheiro ou em acções diferentes das da sociedade beneficiária do *apport* ultrapassando a proporção prevista na proposta (10%); *apport* a uma ou várias sociedades mediante acções a emitir pelas sociedades beneficiárias do *apport*, mas que não seria seguido da dissolução sem liquidação da sociedade transferente nem da atribuição de acções representativas dos *apports* aos beneficiários desta última.

Em seguida, perguntava se deveria ser previsto um regime especial para estas operações e analisava-as muito judiciosamente, fazendo ressaltar que essas operações nenhuma especialidade apresentam do ponto de vista do direito das sociedades, especialmente observando que essas operações não podem acarretar nem uma dissolução sem liquidação nem uma atribuição directa de acções aos accionistas da sociedade transferente.

Depois apreciava a “Transmissão de património” — *Vermögensübertragung* — prevista no § 361 AktG, o qual dispõe que um contrato pelo qual uma sociedade por acções ou uma sociedade em comandita por acções se obriga a transmitir todo o seu património, sem que a transmissão caia na alçada dos §§ 339 a 360, só é eficaz com o consentimento da assembleia geral. Também lhe parecia que este contrato deve ser regulado pelo direito geral das obrigações e dos contratos, com o aditamento apenas da referida deliberação da assembleia geral.

Finalmente, formulava três perguntas para serem respondidas pelos peritos governamentais: 1. Deve ser expressamente previsto que todas as operações de transmissão de património, parcial ou total, consentidas por uma sociedade a uma outra são regidas pelo direito comum de cada legislação? 2. Deve ser excluído expressamente que uma legislação tenha o direito de tratar essas operações por assimilação à fusão ou à cisão, designadamente pelo que respeita aos direitos de terceiros e as modalidades de transmissão dos elementos patrimoniais, e no que respeita eventualmente à dissolução e à liquidação da sociedade? 3. Deve ser prevista expressamente a intervenção obrigatória da assembleia geral para decidir a transmissão total do patri-

mônio duma sociedade e isso com o fim de protecção dos accionistas.

É possível que existam mas não tenho ao meu alcance elementos para saber os motivos da evolução de textos acima referidos e o destino das observações e perguntas de Van Ommeslaghe.

Apenas sei que no outro estudo que tenho vindo a utilizar — *La proposition de troisième directive sur l'harmonisation des fusions de sociétés anonymes*, p. 149 — Van Ommeslaghe, referindo-se à proposta de directiva, tal como se encontrava em 1972, descrevia o objecto deste capítulo, em termos que me parecem inaplicáveis ao texto final. Segundo ele, as operações abrangidas por esse capítulo caracterizavam-se por transmissões totais ou parciais de patrimónios entre várias sociedades, desde que essas transmissões dêem lugar, em contrapartida completa ou parcial, à emissão de acções por uma ou várias das sociedades beneficiárias.

Se realmente o elemento comum a todas as operações for a contrapartida consistente total ou parcialmente em acções, a minha interpretação está errada, mas, como acima disse, não me parece que possa ser esse o elemento comum, no texto definitivo.

Não pode haver dúvida de que o artigo 21º das propostas contemplava a operação chamada “cisão” no direito português e, na técnica francesa, a “*scission*” e o “*apport partiel*”. Veja-se a crítica do Comité Económico e Social e a doutrina também assim entendeu o preceito (IANUZZI, *Osservazioni sul progetto di direttiva concernenti le fusioni*, Rev. Soc. 1971, p. 991, o qual insiste para que passe a ser obrigatória para as legislações nacionais a adopção da figura da cisão).

Referido à cisão, o texto proposto no artigo 21º fazia perfeito sentido, qualificava a operação como diferente das fusões previstas nos artigos 2º e 20º, o que realmente era. Referia-se à transmissão da totalidade (ou na segunda versão, do conjunto) do património ou de parte deste, para uma ou várias sociedades, abrangendo, portanto, a hipótese de destaque de partes do património ou isoladas ou somando todo o património, para uma ou várias sociedades, mas não cobria a hipótese de todo o património ser transmitido para uma só sociedade, pois nesse caso haveria uma fusão e não uma cisão.

O capítulo V da versão definitiva não pode, em meu entender, contemplar a cisão, quer no artigo 30º quer no artigo 31º. Como vimos, ambos tomam como base “operações visadas” nos artigos 2º, 24º ou 30º e, prevendo a falta de alguns elementos da figura da fusão, pressupõem sempre a existência de um desses elementos: a transmissão da totalidade do património e para uma só sociedade. Tanto basta para que não possa haver uma cisão (ou *apport partiel*). Nem pode dizer-se que a cisão está compreendida no artigo 31º quando este prevê que a sociedade transferente não deixe de existir; assim acontece realmente quando a cisão é parcial (não acontece na modalidade chamada pela nossa lei “cisão-dissolução” mas já disse que o

artigo 31º pressupõe sempre a transmissão *total* do património, para uma só sociedade.

Expus os motivos da minha perplexidade sobre a interpretação dos artigos 30º e 31º da directiva. Eles conduzem-me a interpretá-los à letra e, consequentemente, a considerá-los inaplicáveis em Portugal.

O artigo 30º só é aplicável *se a legislação de um Estado membro permitir, para uma das operações visadas no artigo 2º*, que a importância em dinheiro ultrapasse a percentagem de 10 por cento. Ora a legislação portuguesa actual e também a futura, se obedecer à directiva, não permite nem permitirá que, mantendo-se os outros elementos da fusão por incorporações ou por constituição de nova sociedade sejam atribuídas aos sócios da sociedade incorporada ou das sociedades extintas quantias em dinheiro superiores a 10 por cento.

O artigo 31º só é aplicável *se a legislação de um Estado membro permitir uma das operações visadas nos artigos 2º, 24º ou 30º* sem que todas as sociedades transferentes deixem de existir. Ora a legislação portuguesa não permite nem parece que venha a permitir algo de semelhante à fusão de sociedades (seja qual for a participação de uma na outra — artigos 2º e 24º, estando excluída, como acima disse, a hipótese do artigo 30º) sem que as sociedades transferentes deixem de existir, pois, continuando elas a existir, a contrapartida seria recebida pela sociedade transferente e não atribuída aos sócios desta.

27. Artigos 32º e 33º — Disposições finais

O artigo 32º, n.º 1, manda que os Estados membros ponham em vigor disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar execução à directiva, no prazo de três anos a contar da notificação dela e que disso informem a Comissão.

A propósito da 1ª directiva estudei disposição semelhante e para esse estudo remeto agora.

O artigo 32º, n.º 2, concede um prazo de cinco anos a contar da entrada em vigor das disposições visadas no n.º 1 para a aplicação dessas disposições às *unregistered companies* do Reino Unido e da Irlanda.

O n.º 3 do artigo 32º interessa a todos os Estados membros, pois permite-lhes que deixem de aplicar os artigos 13º (protecção geral dos credores), 14º (credores obrigacionistas) e 15º (portadores de títulos com direitos especiais inerentes) no que respeita aos detentores de obrigações e outros títulos convertíveis em acções se, no momento da entrada em vigor das disposições visadas no parágrafo 1, as condições de emissão fixaram previamente a posição destes detentores no caso de fusão.

Farece-me que essa faculdade deve ser aprovada pelo nosso legislador, pois consiste afinal em fazer prevalecer sobre os textos legais uma regulamentação convencional que constitui uma condição da emissão dos títulos.

O n.º 3 prevê uma disposição transitória (as condições de emissão onde se estabelece a situação dos detentores dos títulos em caso de fusão devem ser anteriores à entrada em vigor da directiva), mas o seu regime pode ser aplicado também para o futuro, dada a amplitude deixada pelos artigos 13.º e seguintes à regulamentação nacional.

De natureza transitória é também o n.º 4 do artigo 32.º Os Estados membros podem deixar de aplicar a directiva às fusões ou operações assimiladas às fusões para a preparação ou a realização das quais um acto ou uma formalidade prescrita pela legislação nacional tenha sido já efectuado no momento da entrada em vigor das disposições visadas no parágrafo 1.

Quanto ao artigo 33.º, segundo o qual os Estados membros são destinatários da presente directiva, remeto para o comentário a disposição igual da 1.ª directiva.

28. Alterações a introduzir no Decreto-Lei n.º 598/73, para o adaptar à terceira directiva da CEE

Falo em alterar o Decreto-Lei n.º 598/73, por ser este o diploma que actualmente rege as fusões de sociedades no nosso direito. A propósito da adaptação do nosso direito ao disposto na 1.ª directiva fiz considerações sobre o estado actual e previsivelmente futuro do nosso direito das sociedades, que dou aqui como reproduzidas.

Artigo 1.º

.....
3. *As sociedades dissolvidas podem fundir-se com outras sociedades, dissolvidas ou não, e embora a liquidação seja feita judicialmente, contanto que ainda não tenha sido iniciada a partilha dos bens entre os sócios.*

.....
5. *Além das partes, acções ou quotas da sociedade incorporante ou da nova sociedade referidas no n.º 4, alíneas a) e b), podem ser atribuídas aos sócios das sociedades incorporadas ou das sociedades fundidas quantias em dinheiro que não excedam dez por cento do valor nominal das participações atribuídas a estes ou, se estas não tiverem valor nominal, do seu valor contabilístico.*

6. Não é permitido a uma sociedade fundir-se, a partir do requerimento de convocação de credores previsto no artigo 1143.º do Código de Processo Civil, do requerimento de declaração de falência ou da participação previstos no artigo 1177.º do mesmo código.

Artigo 2.º

1. As administrações das sociedades que pretendam fundir-se elaborando, em conjunto, um projecto de fusão, donde constem, além de outros elementos necessários ou convenientes para o perfeito conhecimento da operação visada, tanto no aspecto jurídico como no aspecto económico:

.....

e) As partes, acções ou quotas a atribuir aos sócios da sociedade ou sociedades a incorporar nos termos da alínea a) do n.º 4 do artigo anterior ou das sociedades a fundir nos termos da alínea b) desse número e, se as houver, as quantias em dinheiro a atribuir aos mesmos sócios;

.....

- g) As modalidades de protecção dos direitos dos credores;*
- h) As medidas de protecção do direito de terceiros não sócios a participar nos lucros da sociedade;*
- i) A data a partir da qual as operações da sociedade incorporada ou das sociedades a fundir são consideradas, do ponto de vista contabilístico, como efectuadas por conta da sociedade incorporante ou da nova sociedade;*
- j) Os direitos assegurados pela sociedade incorporante ou pela nova sociedade a sócios da sociedade incorporada ou das sociedades a fundir que possuam direitos especiais;*
- k) Quaisquer vantagens especiais atribuídas aos peritos que interveham na fusão e aos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização das sociedades participantes na fusão;*
- l) Nas fusões em que seja anónima a sociedade incorporante ou a nova sociedade, as modalidades de entrega das acções dessas sociedades e a data a partir da qual estas acções dão direito a lucros, bem como todas as especialidades deste direito.*

2. O projecto ou um anexo a este indicará os critérios de avaliação adoptados bem como as bases da relação de troca a que se refere a alínea e) do número anterior.

Artigo 3º

1. A administração de cada sociedade participante na fusão, que tenha conselho fiscal ou fiscal único, deve comunicar-lhes o projecto de fusão e seus anexos, para que sobre eles seja emitido parecer.

2. Além da comunicação referida no número anterior, ou em substituição dela se se tratar de sociedade que legalmente possa deixar de ter conselho fiscal e não o tenha, a administração de cada sociedade participante na fusão deve fazer examinar o projecto de fusão por um revisor ou uma sociedade de revisores de contas.

3. Se todas as sociedades participantes na fusão assim o desejarem ou sendo mais de duas algumas delas o quiserem, os exames referidos no número anterior poderão ser feitos, quanto a todas ou algumas dessas sociedades, pelo mesmo revisor ou sociedade de revisão de contas, mas neste caso o revisor ou sociedade deve ser designado, a solicitação conjunta das sociedades interessadas, pela Câmara dos Revisores de Contas.

4. Os revisores elaborarão relatórios donde obrigatoriamente constará o seu parecer fundamentado sobre a pertinência e razoabilidade da relação de trocas de partes, acções ou quotas, indicando pelo menos:

- a) O ou os métodos propostos para a relação de troca, quando esta seja diferente da proposta pelas administrações;
- b) A justificação da aplicação ao caso concreto do ou dos métodos utilizados pelas administrações ou pelos próprios peritos, os valores a que se chega por cada um desses métodos, a importância relativa, na opinião dos peritos, conferida a esses métodos na determinação dos valores propostos, as dificuldades especiais que porventura tenham deparado nas avaliações.

5. Tanto os conselhos fiscais ou fiscais únicos como os revisores de contas têm o direito de exigir a todas as sociedades participantes as informações e os documentos de que careçam e bem assim de proceder a todas as verificações necessárias.

Artigo 4º

1. O artigo de fusão será registado, nos termos das leis de registo comercial.

2. O projecto de fusão será submetido à apreciação da assembleia geral de cada uma das sociedades participantes, devendo as assembleias ser convocadas depois de efectuado o registo e com a antecedência mínima de trinta dias.

3. Se a assembleia for convocada por forma igual à da publicação de actos sociais, juntamente com ela publicar-se-á, pelo menos, notícia de ter sido efectuado o registo e de que o projecto de fusão e documentação anexa podem ser consultados, na sede de cada sociedade, pelos respectivos sócios e credores sociais.

4. Se a assembleia for convocada por forma diferente da prevista no número anterior, efecutar-se-á separadamente a publicação exigida nesse número.

Artigo 4º-A

A partir, pelo menos, do primeiro mês anterior à data da assembleia geral convocada para deliberar sobre a fusão, qualquer sócio tem o direito de consultar, na sede de cada sociedade participante, os seguintes documentos, e de obter, sem encargos, cópia integral ou parcial deles:

- a) Projecto de fusão;
- b) Pareceres emitidos por órgãos da sociedade e por peritos;
- c) Contas, relatórios dos órgãos de administração, relatórios e pareceres dos órgãos de fiscalização, deliberações de assembleias gerais sobre essas contas, relativamente aos três últimos exercícios.

Artigo 7º

.....

2. Para os efeitos do número anterior, aos votos da sociedade participante somar-se-ão os votos de outras sociedades que legalmente se considerem dominadas por esta ou por pessoas que actuem em nome próprio mas por conta da sociedade participante ou de sociedades dominadas por esta.

3. Por efeito da fusão por incorporação, a sociedade incorporante não recebe partes, acções ou quotas de si própria, em troca das partes, acções ou quotas na sociedade incorporada de que sejam titulares aquela ou esta sociedade ou ainda pessoas que actuam em nome próprio, mas por conta de uma ou outra daquelas sociedades.

Artigo 11º

1. A administração de cada uma das sociedades participantes na fusão deve promover o registo da respectiva deliberação, nos termos das leis de

registro comercial e publicar na íntegra essa deliberação, caso o projecto de fusão não tenha sido publicado na mesma forma ou a deliberação tenha modificado o projecto, ou publicar notícia de que foi aprovado, por deliberação, o projecto já publicado na íntegra.

.....

Artigo 12º-A

1. O disposto nos artigos 11º e 12º é aplicável aos credores obrigacionistas, com as alterações estabelecidas nos números seguintes.

2. Deverá efectuar-se uma assembleia dos credores obrigacionistas para se pronunciarem sobre a fusão, no aspecto dos possíveis prejuízos para esses credores; a deliberação de aprovação da fusão deve ser tomada por maioria absoluta dos obrigacionistas presentes e representados.

3. O direito de oposição só pode se exercido colectivamente e depois de a assembleia ter deliberado não aprovar a fusão.

4. Na falta de preceitos legais ou contratuais, o exercício colectivo do direito de oposição será efectuado pelos obrigacionistas designados na assembleia acima referida.

5. Os portadores de obrigações ou outros títulos convertíveis em acções gozam, relativamente à fusão, dos direitos que tiverem sido previstos, para essa hipótese, aquando da emissão dos títulos; se nessa altura nada tiver sido previsto para esta hipótese, gozam do direito de oposição, nos termos deste artigo, mas separadamente dos outros credores obrigacionistas.

Artigo 12º-B

Os portadores de títulos que não sejam acções mas aos quais sejam inerentes direitos especiais, devem continuar a gozar dos mesmos ou equivalentes direitos na sociedade incorporante ou na nova sociedade, salvo se:

- a) For deliberado, em assembleias especiais dos portadores de títulos e por maioria absoluta do número de cada espécie de títulos, que os referidos direitos podem ser alterados;*
- b) For consentida individualmente por todos os portadores de cada espécie de títulos a modificação dos seus direitos;*
- c) O projecto de fusão previr a aquisição desses títulos pela sociedade incorporante ou pela nova sociedade e as condições dessa aquisição forem aprovadas pela maioria dos portadores presentes ou representados em assembleia especial.*

ARTIGO 14:

.....

3. *A sociedade incorporante ou a nova sociedade pode promover as formalidades de publicidade da fusão relativamente a todas as sociedades participantes nela.*

4. *Na escritura, o notário atestatará a existência dos actos componentes do processo de fusão e a legalidade do projecto; os notários que intervierem nos termos do artigo 6.º, n.º 5, atestarão, nos instrumentos avulsos ali previstos, a legalidade dos actos respectivos.*

Artigo 17º-A

1. *O preceituado neste diploma aplica-se, com as excepções estabelecidas nos números seguintes, à absorção por uma sociedade de outra de cujas partes, acções ou quotas aquela seja a única titular ou directamente ou por pessoas que detenham essas acções por conta dela, mas em nome próprio.*

2. *Não são neste caso aplicáveis as disposições relativas a troca de partes, acções ou quotas, a relatórios de órgãos de administração e de peritos da sociedade absorvida e a responsabilidade desses órgãos e peritos.*

3. *A escritura exigida no artigo 10.º pode ser lavrada sem prévia deliberação de assembleias gerais, desde que se verifiquem cumulativamente os seguintes requisitos:*

- a) *No projecto de operação será indicado que a escritura será outorgada, nos termos acima previstos, caso não seja requerida a convocação de assembleia geral, como permitido na alínea d) deste número;*
- b) *Tenha sido efectuada a publicidade exigida pelo artigo com a antecedência mínima de dois meses relativamente à data da escritura;*
- c) *Os sócios tenham o direito — e disso tenham sido avisados no projecto de operação ou simultaneamente com a comunicação deste — de tomar conhecimento, na sede social, da documentação referida no artigo, a partir pelo menos do oitavo dia seguinte à publicação do projecto;*
- e) *Até quinze dias antes da data marcada para a escritura, não tenha sido requerida por escrito à administração da sociedade ou ao presidente da mesa da assembleia geral, por sócios detentores de 5 por cento do capital social, a convocação da assembleia geral para se pronunciar sobre a operação.*

Artigo 17º-B

1. Na aplicação do preceituado neste diploma à incorporação de uma sociedade de que outra ou pessoas que detenham participações em seu próprio nome mas por conta daquela sociedade sejam titulares de 90 por cento das partes, acções ou quotas, observar-se-á o disposto nos números seguintes:

2. A escritura exigida no artigo 10.º pode ser lavrada sem prévia deliberação de assembleia geral da sociedade incorporante, desde que se verifiquem os requisitos enumerados no n.º 3 do artigo anterior.

3. (Dependente da 2.ª directiva).

Artigo 17º-C

1. A nulidade da fusão só pode ser declarada por decisão judicial.

2. A nulidade da fusão só pode ser declarada por falta da forma autêntica exigida no artigo 10.º ou se previamente tiver sido declarada nula ou anulada alguma das deliberações exigidas pelo artigo 6.º

3. A acção declarativa da nulidade da fusão pode ser proposta enquanto não tiverem sido sanados os vícios existentes, mas não mais tarde que seis meses a contar da publicação da fusão ou da publicação da sentença transitada em julgado que declare nula ou anule alguma das deliberações exigidas pelo artigo 6.º, conforme o prazo que mais tarde terminar.

4. O tribunal não declarará a nulidade da fusão se o vício que a produz for sanado no prazo que o tribunal fixar.

5. A decisão declarativa da nulidade está sujeita à mesma publicidade exigida para a fusão.

6. Os efeitos dos actos praticados pela sociedade incorporante depois da inscrição da fusão no registo comercial e antes da decisão declarativa da nulidade não são afectados por esta, mas a sociedade incorporada é solidariamente responsável pelas obrigações contraídas pela sociedade incorporante durante esse período; do mesmo modo respondem as sociedades fundidas, quanto a actos praticados pela nova sociedade constituída pela fusão, se esta for declarada nula.

DISPOSIÇÃO TRANSITÓRIA A INCLUIR NO DIPLOMA QUE ALTERAR O DECRETO-LEI Nº 598/73:

As alterações introduzidas por este diploma não são aplicáveis às fusões cujo projecto tenha sido publicado antes da entrada em vigor da-quele.

TROISIÈME DIRECTIVE DU CONSEIL

du 9 octobre 1978

fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g) du traité
et concernant les fusions des sociétés anonymes(*)

(78/855/CEE)

LE CONSEIL DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté économique européenne, e notamment son article 54 paragraphe 3 sous g),

vu la proposition de la Commission⁽¹⁾,

vu l'avis de l'Assemblée⁽²⁾,

vu l'avis du Comité économique et social⁽³⁾,

considérant que la coordination prévue par l'article 54 paragraphe 3 sous g) et par le programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement⁽⁴⁾ a été commencée avec la directive 68/151/CEE⁽⁵⁾;

considérant que cette coordination a été poursuivie, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital, par la directive 77/91/CEE⁽⁶⁾ et, en ce qui concerne les comptes annuels de certaines formes de sociétés, par la directive 78/660/CEE⁽⁷⁾;

(*) JO n° L 295 du 20.10.1978, p. 36.

(1) JO n° C 89 du 14.7.1970, p. 20.

(2) JO n° C 129 du 11.12.1972, p. 50, et JO n° C 95 du 28.4.1975, p. 12.

(3) JO n° C 88 du 6.9.1971, p. 18.

(4) JO n° 2 du 15.1.1962, p. 36/62.

(5) JO n° L 65 du 14.3.1968, p. 8.

(6) JO n° L 26 du 31.1.1977, p. 1.

(7) JO n° L 222 du 14.8.1978, p. 11.

considérant que la protection des intérêts des associés et des tiers commande de coordonner les législations des États membres concernant les fusions de sociétés anonymes et qu'il convient d'introduire dans le droit de tous les États membres l'institution de la fusion;

considérant que, dans le cadre de cette coordination, il est particulièrement important d'assurer une information adéquate et aussi objective que possible des actionnaires des sociétés que fusionnent et de garantir une protection appropriée de leurs droits;

considérant que la protection des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements est actuellement organisée par la directive 77/187/CEE⁽⁸⁾;

considérant que les créanciers, obligatoires ou non, et les porteurs d'autres titres des sociétés que fusionnent doivent être protégés afin que la réalisation de la fusion ne leur porte pas préjudice;

considérant que la publicité assurée par la directive 68/151/CEE doit être étendue aux opérations relatives à la fusion afin que les tiers en soient suffisamment informés;

considérant qu'il est nécessaire d'entendre les garanties assurées aux associés et aux tiers, dans le cadre de la procédure de fusion, à certaines opérations juridiques ayant, sur des points essentiels, des caractéristiques analogues à celles de la fusion afin que cette protection ne puisse être éludée;

considérant qu'il faut, en vue d'assurer la sécurité juridique dans les rapports tant entre les sociétés intéressées qu'entre celles-ci et les tiers ainsi qu'entre les actionnaires, limiter les cas de nullité et établir, d'une part, le principe de la régularisation chaque fois qu'elle est possible et, d'autre part, un délai bref pour invoquer la nullité,

⁽⁸⁾ JO n° L 61 du 5.3.1977, p. 26.

ARRÊTE LA PRÉSENTE DIRECTIVE.

Article premier

CHAMP D'APPLICATION

1. Les mesures de coordination prescrites par la présente directive s'appliquent aux dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives aux formes de sociétés suivantes:

- pour la république d'Allemagne:
die Aktiengesellschaft,
- pour la Belgique:
la société anonyme/de naamloze vennootschap,
- pour le Danemark:
aktieselskaber,
- pour la France:
la société anonyme,
- pour l'Irlande:
public companies limited by shares, et public companies limited by guarantee having a share capital,
- pour l'Italie:
la società per azione,
- pour le Luxembourg:
la société anonyme,
- pour les Pays-Bas:
de naamloze vennootschap,
- pour le Royaume-Uni:
public companies limited by shares, et public companies limited by guarantee having a share capital.

2. Les États membres peuvent ne pas appliquer la présente directive aux sociétés coopératives constituées sous l'une des formes de sociétés indiquées au paragraphe 1. Dans la mesure où les législations des États membres font usage de cette faculté, elles imposent à ces sociétés de faire figurer le terme coopérative sur tous les documents indiqués à l'article 4 de la directive 68/151/CEE.

3. Les États membres peuvent ne pas appliquer la présente directive lorsqu'une ou plusieurs des sociétés qui son absorbées ou qui disparaissent font l'objet d'une procédure de faillite, de concordat ou d'une autre procédure analogue.

CHAPITRE PREMIER

ORGANISATION DE LA FUSION PAR ABSORPTION D'UNE OU PLUSIEURS SOCIÉTÉS PAR UNE AUTRE ET DE LA FUSION PAR CONSTITUTION, D'UNE NOUVELLE SOCIÉTÉ

Article 2

Les États membres organisent, pour les sociétés relevant de leur législation, la fusion par absorption d'une ou plusieurs sociétés par une autre et la fusion par constitution d'une nouvelle société.

Article 3

1. Au sens de la présente directive est considérée comme fusion par absorption l'opération par laquelle une ou plusieurs sociétés transfèrent à une autre, par suite d'une dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine activement et passivement moyennant l'attribution aux actionnaires de la ou des sociétés absorbées d'actions de la société absorbante et, éventuellement, d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10% de la valeur nominale des actions attribuées ou, à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable.

2. La législation d'un État membre peut prévoir que la fusion par absorption peut également avoir lieu lorsqu'une ou plusieurs des sociétés absorbées sont en liquidation, pourvu que cette possibilité ne soit donnée qu'aux sociétés que n'ont pas encore commencé la répartition de leurs actifs entre leurs actionnaires.

Article 4

1. Au sens de la présente directive est considérée comme fusion par constitution d'une nouvelle société l'opération par laquelle plusieurs sociétés transfèrent à une société qu'elles constituent, par suite de leur dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine activement et passivement moyennant l'attribution à leurs actionnaires d'actions de la nouvelle société et, éventuellement, d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10 % de la valeur nominale des actions attribuées ou, à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable.

2. La législation d'un État membre peut prévoir que la fusion par constitution d'une nouvelle société peut également avoir lieu lorsqu'une ou plusieurs des sociétés qui disparaissent sont en liquidation, pourvu que cette possibilité ne soit donnée qu'aux sociétés que n'ont pas encore commencé la répartition de leurs actifs entre leurs actionnaires.

CHAPITRE II

FUSION PAR ABSORPTION

Article 5

1. Les organes d'administration ou de direction des sociétés que fusionnent établissent par écrit un projet de fusion.
2. Le projet de fusion mentionne au moins:
 - a) la forme, la dénomination et le siège social des sociétés qui fusionnent;
 - b) le rapport d'échange des actions et, le cas échéant, le montant de la soulte;
 - c) les modalités de remise des actions de la société absorbante;
 - d) la date à partir de laquelle ces actions donnent le droit de participer aux bénéfices ainsi que toute modalité particulière relative à ce droit;
 - e) la date à partir de laquelle les opérations de la société absorbée sont considérées du point de vue comptable comme accomplies pour le compte de la société absorbante;
 - f) les droits assurés par la société absorbante aux actionnaires ayant des droits spéciaux et aux porteurs de titres autres que des actions ou les mesures proposées à leur égard;
 - g) tous avantages particuliers attribués aux experts au sens de l'article 10 paragraphe 1, ainsi qu'aux membres des organes d'administration, de direction, de surveillance ou de contrôle des sociétés qui fusionnent.

Article 6

Le projet de fusion doit faire l'objet d'une publicité effectuée selon les modes prévus par la législation de chaque État membre, conformément à l'article 3 de la directive 68/151/CEE, pour chacune des sociétés qui fusionnent, un mois au moins avant la date de la réunion de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet de fusion.

Article 7

1. La fusion requiert au moins l'approbation de l'assemblée générale de chacune des sociétés qui fusionnent. Les législations des États membres disposent que cette décision requiert au moins une majorité que ne peut être inférieure aux deux tiers de voix afférentes soit aux titres représentés, soit au capital souscrit représenté.
Toutefois, la législation d'un État membre peut prévoir que, lorsque la moitié au moins du capital souscrit est représentée, une majorité simple des voix indiquées aux premier alinéa est suffisante. En outre, le cas échéant, les règles relatives à la modification des statuts s'appliquent.

2. Lorsqu'il existe plusieurs catégories d'actions, la décision sur la fusion est subordonnée à un vote séparé au moins pour chaque catégorie d'actionnaires aux droits desquels l'opération porte atteinte.

3. La décision à prendre porte sur l'approbation du projet de fusion et, le cas échéant, sur les modifications des statuts que sa réalisation nécessite.

Article 8

La législation d'un État membre peut ne pas imposer l'approbation de la fusion par l'assemblée générale de la société absorbante si les conditions suivantes sont remplies:

- a) la publicité prescrite à l'article 6 est faite, pour la société absorbante, un mois au moins avant la date de la réunion de l'assemblée générale de la ou des sociétés absorbées appelée à se prononcer sur le projet de fusion;
- b) tous les actionnaires de la société absorbante ont le droit, un mois au moins avant la date indiquée sous a), de prendre connaissance, au siège social de cette société, des documents indiqués à l'article 11 paragraphe 1;
- c) un ou plusieurs actionnaires de la société absorbante disposant d'actions pour un pourcentage minimal du capital souscrit doivent avoir le droit d'obtenir la convocation d'une assemblée générale de la société absorbante appelée à se prononcer sur l'approbation de la fusion. Ce pourcentage minimal ne peut être fixé à plus de 5 %. Toutefois, les États membres peuvent prévoir que les actions sans droit de vote sont exclues du calcul de ce pourcentage.

Article 9

Les organes d'administration ou de direction de chacune des sociétés qui fusionnent établissent un rapport écrit détaillé expliquant et justifiant du point de vue juridique et économique le projet de fusion et, en particulier, le rapport d'échange des actions.

Le rapport indique en outre les difficultés particulières d'évaluation s'il en existe.

Article 10

1. Pour chacune des sociétés qui fusionnent, un ou plusieurs experts indépendants de celles-ci, désignés ou agréés par une autorité judiciaire ou administrative, examinent le projet de fusion et établissent un rapport écrit destiné aux actionnaires. Toutefois, la législation d'un État membre peut prévoir la désignation d'un ou plusieurs experts indépendants pour toutes les sociétés qui fusionnent, si cette désignation, sur demande conjointe de ces sociétés, est faite par une autorité judiciaire ou administrative. Ces experts peuvent être, selon la législation de chaque État membre, des personnes physiques ou morales ou des sociétés.

2. Dans le rapport mentionné au paragraphe 1, les experts doivent en tout cas déclarer si à leur avis, le rapport d'échange est ou non pertinent et raisonnable. Cette déclaration doit au moins:

- a) indiquer la ou les méthodes suivies pour la détermination du rapport d'échange proposé;
- b) indiquer si cette ou ces méthodes sont adéquates en l'espèce et mentionner les valeurs auxquelles chacune de ces méthodes conduisent, un avis étant donné à ces méthodes dans la détermination de la valeur retenue.

Le rapport indique en outre les difficultés particulières d'évaluation s'il en existe.

3. Chaque expert a le droit d'obtenir auprès des sociétés qui fusionnent tous les renseignements et documents utiles et de procéder à toutes les vérifications nécessaires.

Article 11

1. Tout actionnaire a le droit, un mois au moins avant la date de la réunion de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet de fusion, de prendre connaissance, au siège social, au moins des documents suivants:

- a) le projet de fusion;
- b) les comptes annuels ainsi que les rapports de gestion des trois derniers exercices des sociétés qui fusionnent;
- c) un état comptable arrêté à une date qui ne doit pas être antérieure au premier jour du troisième mois précédant la date du projet de fusion au cas où les derniers comptes annuels se rapportent à un exercice dont la fin est antérieure de plus de six mois à cette date;
- d) les rapports des organes d'administration ou de direction des sociétés qui fusionnent mentionnés à l'article 9;
- e) les rapports mentionnés à l'article 10.

2. L'état comptable prévu au paragraphe 1 sous c) est établi selon les mêmes méthodes et suivant la même présentation que le dernier bilan annuel. Toutefois, la législation d'un État membre peut prévoir:

- a) qu'il n'est pas nécessaire de procéder à un nouvel inventaire réel;
- b) que les évaluations figurant au dernier bilan ne sont modifiées qu'en fonction des mouvements d'écriture; cependant, il sera tenu compte:
 - des amortissements et provisions intérimaires,
 - des changements importants de valeur réelle n'apparaissant pas dans les écritures.

3. Copie intégrale ou, s'il le désire, partielle des documents visés au paragraphe 1 peut être obtenue par tout actionnaire sans frais et sur simple demande.

Article 12

La protection des droits des travailleurs de chacune des sociétés qui fusionnent est organisée conformément à la directive 77/187/CEE.

Article 13

1. Les législations des États membres doivent prévoir un système de protection adéquat des intérêts des créanciers des sociétés qui fusionnent pour les créances nées antérieurement à la publication du projet de fusion et non encore échues au moment de cette publication.

2. À cet effet, les législations des États membres prévoient, au moins, que ces créanciers ont le droit d'obtenir des garanties adéquates lorsque la situation financière des sociétés qui fusionnent rend cette protection nécessaire et que ces créanciers ne disposent pas déjà de telles garanties.

3. La protection peut être différente pour les créanciers de la société absorbante et ceux de la société absorbée.

Article 14

Sans préjudice des règles relatives à l'exercice collectif de leurs droits, il est fait application de l'article 13 aux obligataires des sociétés qui fusionnent, sauf si la fusion a été approuvée par une assemblée des obligataires, lorsque la loi nationale prévoit une telle assemblée, ou par les obligataires individuellement.

Article 15

Les porteurs de titres, autres que des actions, auxquels sont attachés des droits spéciaux doivent jouir, au sein de la société absorbante, de droits au moins équivalents à ceux dont ils jouissaient dans la société absorbée, sauf si la modification de ces droits a été approuvée par une assemblée des porteurs de ces titres, lorsque la loi nationale prévoit une telle assemblée, ou par les porteurs de ces titres individuellement, ou encore si ces porteurs ont le droit d'obtenir le rachat de leurs titres par la société absorbante.

Article 16

1. Si la législation d'un État membre ne prévoit pas pour les fusions un contrôle préventif judiciaire ou administrative de légalité, ou que ce contrôle ne porte pas sur tous les actes nécessaires à la fusion, les procès-verbaux des as-

semblées générales qui décident la fusion et, le cas échéant, le contrat de fusion postérieur à ces assemblées générales sont établis par acte authentique. Dans les cas où la fusion ne doit pas être approuvée par les assemblées générales de toutes les sociétés qui fusionnent, le projet de fusion doit être établi par acte authentique.

2. La notaire ou l'autorité compétente pour établir l'acte authentique doit vérifier et attester l'existence et la légalité des actes et formalités incombant à la société auprès de laquelle il instrumente et du projet de fusion.

Article 17

Les législations des États membres déterminent la date à laquelle la fusion prend effet.

Article 18

1. La fusion doit faire l'objet d'une publicité effectuée selon les modes prévus par la législation de chaque État membre, conformément à l'article 3 de la directive 68/151/CEE, pour chacune des sociétés qui fusionnent.

2. La société absorbante peut procéder elle-même aux formalités de publicité concernant la ou les sociétés absorbées.

Article 19

1. La fusion entraîne *ipso jure* et simultanément les effets suivants:

- a) la transmission universelle, tant entre la société absorbée et la société absorbante qu'à l'égard des tiers, de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société absorbée à la société absorbante;
- b) les actionnaires de la société absorbée deviennent actionnaires de la société absorbante;
- c) la société absorbée cesse d'exister.

2. Aucune action de la société absorbante n'est échangée contre les actions de la société absorbée détenues:

- a) soit par la société absorbante elle-même ou par une personne agissant en son nom propre mais pour le compte de la société;
- b) soit par la société absorbée elle-même ou par une personne agissant en son nom propre mais pour le compte de la société.

3. Il n'est pas porté atteinte aux législations des États membres qui requièrent des formalités particulières pour l'opposabilité aux tiers du transfert de certains biens, droits et obligations apportés par la société absorbée. La société absorbante peut procéder elle-même à ces formalités; toutefois, la législation des États membres peut permettre à la société absorbée de conti-

nuer à procéder à ces formalités pendant une période limitée qui ne peut être fixée, sauf cas exceptionnels, à plus de six mois après la date à laquelle la fusion prend effet.

Article 20

Les législations des États membres organisent au moins la responsabilité civile des membres de l'organe d'administration ou de direction de la société absorbée envers les actionnaires de cette société à raison des fautes commises par des membres de cet organe lors de la préparation et de la réalisation de la fusion.

Article 21

Les législations des États membres organisent au moins la responsabilité civile, envers les actionnaires de la société absorbée, des experts chargés d'établir pour cette société le rapport prévu à l'article 10, paragraphe 1, à raison des fautes commises par ces experts dans l'accomplissement de leur mission.

Article 22

1. Les législations des États membres ne peuvent organiser le régime des nullités de la fusion que dans les conditions suivantes:

- a) la nullité doit être prononcée par décision judiciaire;
- b) la nullité d'une fusion qui a pris effet au sens de l'article 17 ne peut être prononcée si ce n'est pour défaut soit de contrôle préventif judiciaire ou administratif de légalité, soit d'acte authentique, ou bien s'il est établi que la décision de l'assemblée générale est nulle ou annulable en vertu du droit national;
- c) l'action en nullité ne peut plus être intentée après l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date à laquelle la fusion est opposable à celui qui invoque la nullité, ou bien si la situation a été régularisée;
- d) lorsqu'il est possible de porter remède à l'irrégularité susceptible d'entraîner la nullité de la fusion, le tribunal compétent accord aux sociétés intéressées un délai pour régulariser la situation;
- e) la décision prononçant la nullité de la fusion fait l'objet d'une publicité effectuée selon les modes prévus par la législation de chaque État membre conformément à l'article 3 de la directive 68/151/CEE;
- f) la tierce opposition, lorsque la législation d'un État membre la prévoit, n'est plus recevable après l'expiration d'un délai de six mois à compter de la publicité de la décision effectuée selon la directive 68/151/CEE;

- g) la décision prononçant la nullité de la fusion ne porte pas atteinte par elle-même à la validité des obligations nées à la charge ou au profit de la société absorbante, antérieurement à la publicité de la décision et postérieurement à la date visée à l'article 17;
- h) les sociétés ayant participé à la fusion répondent solidairement des obligations de la société absorbante visée sous g).

2. Par dérogation au paragraphe 1 sous a), la législation d'un État membre peut aussi faire prononcer la nullité de la fusion par une autorité administrative si un recours contre une telle décision peut être intenté devant une autorité judiciaire. Les lettres b), d), e), f), g) et h) s'appliquent par analogie à l'autorité administrative. Cette procédure de nullité ne peut plus être engagée après l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date visée à l'article 17.

3. Il n'est pas porté atteinte aux législations des États membres relatives à la nullité d'une fusion prononcée à la suite d'un contrôle de celle-ci autre que le contrôle préventif judiciaire au administratif de légalité.

CHAPITRE III

FUSION PAR CONSTITUTION D'UNE NOUVELLE SOCIÉTÉ

Article 23

1. Les articles 5, 6 et 7 ainsi que les articles 9 à 22 sont applicables, sans préjudice des articles 11 et 12 de la directive 68/151/CEE, à la fusion par constitution d'une nouvelle société. Pour cette application, les expressions "sociétés qui fusionnent" ou "société absorbée" désignent les sociétés qui disparaissent et l'expression "société absorbante" désigne la nouvelle société.
2. L'article 5, paragraphe 2 sous a) est également applicable à la nouvelle société.
3. Le projet de fusion et, s'ils font l'objet d'un acte séparé, l'acte constitutif ou le projet d'acte constitutif et les statuts ou le projet de statuts de la nouvelle société sont approuvés par l'assemblée générale de chacune des sociétés qui disparaissent.
4. Les États membres peuvent ne pas appliquer à la constitution de la nouvelle société les règles relatives à la vérification des apports autres qu'en numéraire prévues par l'article 10 de la directive 77/91/CEE.

CHAPITRE IV

ABSORPTION D'UNE SOCIÉTÉ PAR UNE AUTRE POSSÉDANT 90 % OU PLUS DES ACTIONS DE LA PREMIÈRE

Article 24

Les États membres organisent pour les sociétés relevant de leur législation l'opération par laquelle une ou plusieurs sociétés se dissolvent sans liquidation et transfèrent l'ensemble de leur patrimoine activement et passivement à une autre société qui est titulaire de toutes leurs actions et des autres titres conférant un droit de vote dans l'assemblée générale. Cette opération est soumise aux dispositions du chapitre II, à l'exception de l'article 5 paragraphe 2 sous b), c) et d), des articles 9 et 10, de l'article 11 paragraphe 1 sous d) et e), de l'article 19 paragraphe 1 sous b), ainsi que des articles 20 et 21.

Article 25

Les États membres peuvent ne pas appliquer l'article 7 à l'opération indiquée à l'article 24 si au moins les conditions suivantes sont remplies:

- a) la publicité prescrite à l'article 6 est faite pour chacune des sociétés participant à l'opération, un mois au moins avant que l'opération ne prenne effet;
- b) tous les actionnaires de la société absorbante ont le droit, un mois au moins avant que l'opération, ne prenne effet, de prendre connaissance, au siège social de cette société, des documents indiqués à l'article 11 paragraphe 1 sous a), b) et c). L'article 11 paragraphes 2 et 3 s'applique;
- c) l'article 8 sous c) s'applique.

Article 26

Les États membres peuvent appliquer les articles 24 et 25 à des opérations par lesquelles une ou plusieurs sociétés se dissolvent sans liquidation et transfèrent l'ensemble de leur patrimoine activement et passivement à une autre société si toutes les actions et autres titres indiqués à l'article 24 de la ou des sociétés absorbées appartiennent à la société absorbante et/ou à des personnes qui détiennent ces actions et ces titres en leur nom propre, mais pour le compte de cette société.

Article 27

En cas de fusion par absorption d'une ou plusieurs sociétés par une autre société qui est titulaire de 90% ou plus, mais non de la totalité, de leurs ac-

tions respectives et des autres titres conférant un droit de vote dans l'assemblée générale, les États membres peuvent ne pas imposer l'approbation de la fusion par l'assemblée générale de la société absorbante, si au moins les conditions suivantes sont remplies:

- a) la publicité prescrite à l'article 6 est faite, pour la société absorbante, un mois au moins avant la date de la réunion de l'assemblée générale de la ou des sociétés absorbées appelée à ce prononcer sur le projet de fusion;
- b) tous les actionnaires de la société absorbante ont le droit, un mois au moins avant la date indiquée sous a), de prendre connaissance, au siège social de cette société, des documents indiqués à l'article 11 paragraphe 1 sous a), b) et c). L'article 11 paragraphes 2 et 3 s'applique;
- c) l'article 8 sous c) s'applique.

Article 28

Les États membres peuvent ne pas appliquer les articles 9, 10 et 11 à une fusion au sens de l'article 27 si au moins les conditions suivantes sont remplies:

- a) les actionnaires minoritaires de la société absorbée peuvent exercer le droit de faire acquérir leurs actions par la société absorbante;
- b) dans ce cas, ils ont le droit d'obtenir une contrepartie correspondant à la valeur de leurs actions;
- c) en cas de désaccord sur cette contrepartie, celle-ci doit pouvoir être déterminée par un tribunal.

Article 29

Les États membres peuvent appliquer les articles 27 et 28 à des opérations par lesquelles une ou plusieurs sociétés se dissolvent sans liquidation et transfèrent l'ensemble de leur patrimoine activement et passivement à une autre société si 90 % ou plus, mais non la totalité, des actions et autres titres indiqués à l'article 27 de la ou des sociétés absorbées appartiennent à la société absorbante et/ou à des personnes qui détiennent ces actions et ces titres en leur nom propre, mais pour le compte de cette société.

CHAPITRE V

AUTRES OPÉRATIONS ASSIMILÉES À LA FUSION

Article 30

Lorsque la législation d'un État membre permet, pour une des opérations visées à l'article 2, que la soulte en espèces dépasse le taux de 10 %, les chapitres II et III ainsi que les articles 27, 28 et 29 sont applicables.

Article 31

Lorsque la législation d'un État membre permet une des opérations visées aux articles 2, 24 ou 30, sans que toutes les sociétés transférantes cessent d'exister, le chapitre II, à l'exception de l'article 19 paragraphe 1 sous c), et les chapitres III et IV sont respectivement applicables.

CHAPITRE VI
DISPOSITIONS FINALES

Article 32

1. Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive dans un délai de trois ans à compter de sa notification. Ils en informent immédiatement la Commission.
2. Toutefois, un délai de cinq ans à compter de la mise en vigueur des dispositions visées au paragraphe 1 peut être prévu pour l'application de ces dispositions aux unregistered companies au Royaume-Uni et en Irlande.
3. Les États membres peuvent ne pas appliquer les articles 13, 14 et 15 en ce qui concerne les détenteurs d'obligations et autres titres convertibles en actions si, au moment de l'entrée en vigueur des dispositions visées au paragraphe 1, les conditions d'émission ont fixé préalablement la position de ces détenteurs en cas de fusion.
4. Les États membres peuvent ne pas appliquer la présente directive aux fusions ou aux opérations assimilées aux fusions pour la préparation ou la réalisation desquelles un acte ou une formalité prescrit par la loi nationale a été déjà accompli au moment de l'entrée en vigueur des dispositions visées au paragraphe 1.

Article 33

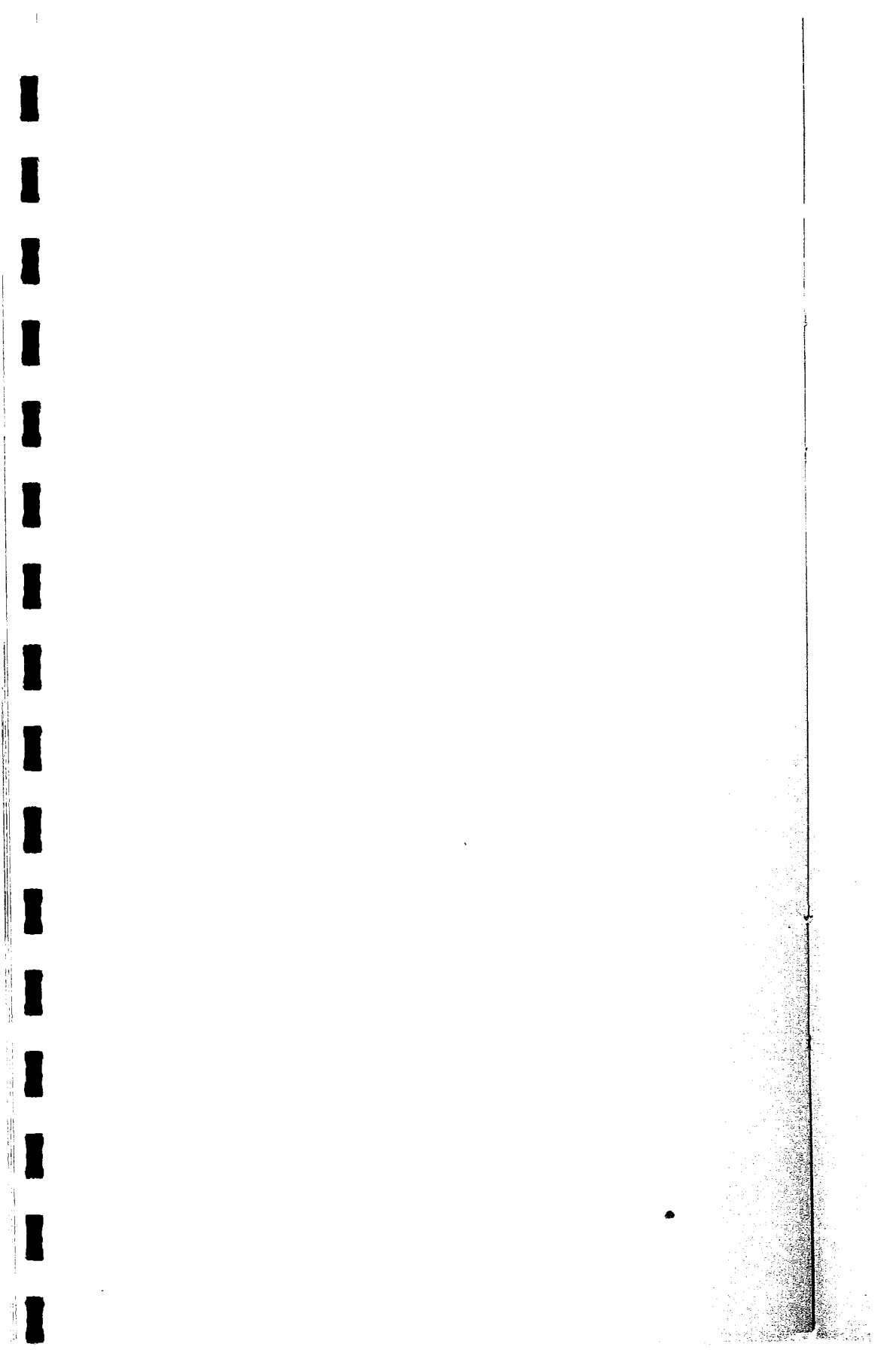
Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Fait à Luxembourg, le 9 octobre 1978.

Par le Conseil
Le président
H. J. VOGEL

CONSELHO DA EUROPA

A PROTECÇÃO DOS DIREITOS
HUMANOS NO ÂMBITO
DO CONSELHO DA EUROPA



TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

SUMÁRIOS

PINHEIRO FARINHA

11º

Caso Delcourt v/ Bélgica⁽¹⁾

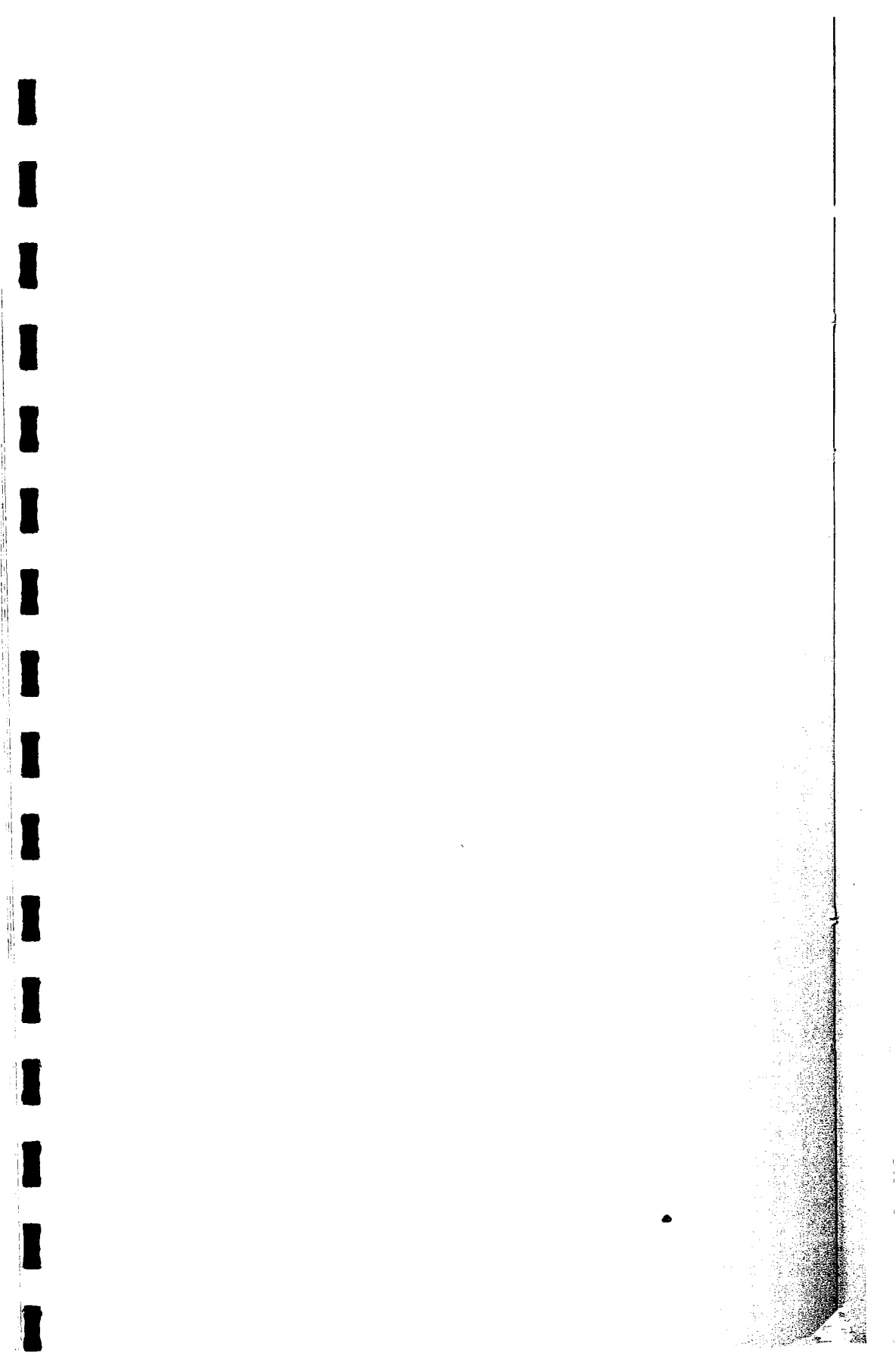
I. As queixas da “vítima” intimamente conexas com as iniciais podem ser objecto de apreciação pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, ainda que não expressamente referidas no requerimento introdutório do “caso” perante a Comissão.

II. O disposto no § 1º do artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem é aplicável aos recursos versando apenas sobre a matéria de direito e em que o Tribunal aquem haja de decidir tem somente sobre a legalidade da decisão recorrida, beneficiando os “acusados” dos direitos que a citada disposição garante.

III. A “igualdade das armas” é um dos aspectos do processo equitativo a que tem direito o “acusado” em processo crime.

IV. Se o M. P. não for parte no processo e intervier na posição de “amicuscuriae”, não ofende o artigo 6º da Convenção a assistência do mesmo às deliberações do tribunal, ainda que essa assistência seja proibida ao acusado.

⁽¹⁾ In *Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, XIII, 1101.



Data da decisão: 17 de Janeiro de 1970.

Juízes intervenientes: Humphrey Waldock, britânico, H. Rolin, belga, T. Wold, norueguês, M. Zekia, cipriota, A. Favre, suíço, J. Cremona, maltês, G. Wiarda, holandês.

Decisão: Por unanimidade foi decidido que não houvera violação do § 1º do artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Parecer da Comissão: A Comissão Europeia dos Direitos do Homem concluiu, por 7 votos contra 6, que não se verificava ofensa ao § 1º do artigo 6º da Convenção.

12º

Caso de Wilde, Ooms e Versyp v/ Bélgica (Questão processual)⁽²⁾

I. Os Delegados da Comissão, na sua actuação perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, podem fazer-se assistir de qualquer pessoa, nomeadamente do Advogado que representou o requerente perante a Comissão Europeia dos Direitos do Homem.

II. Em caso algum, a pessoa que assiste os Delegados pode agir em representação da "vítima", devendo actuar dentro dos limites indicados pelos Delegados da Comissão, actuando sob o respectivo contróle e responsabilidade.

Data da decisão: 18 de Novembro de 1970.

Juízes Intervenientes: Humphrey Waldock, britânico, presidente, H. Rolin, belga, R. Cassin, francês, A.E.V. Holmback, sueco, A. Verdross, austríaco, G. Maridakis, grego, E. Rodenbourg, luxemburguês, A.N.C. Ross, dinamarquês, T. Wold, norueguês, G. Balladore Pallieri, italiano, H. Mosler, alemão, M. Zekia, cipriota, A. Favre, suíço, J. Cremona, maltês, S. Bilge, turco, G. Wiarda, holandês, S. Sigurjonsson, islandês.

Decisão: O Tribunal, por 16 votos contra 1⁽³⁾, admitiu a intervenção do advogado da "vítima" como assistente dos Delegados da Comissão.

⁽²⁾ In *Cour, Eur. D. H.* (Série A) 1968-1972.

⁽³⁾ Do juiz Favre.

Caso de Wilde, Ooms e Versyp v/ Bélgica (Questão de fundo)⁽⁴⁾

I. Regularmente requerido, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem goza da plenitude de jurisdição, podendo conhecer de *todas* as questões de facto e de direito que se ponham no decurso do processo, nomeadamente as referentes ao esgotamento dos recursos internos.

II. Embora não seja o mesmo o processo perante a Comissão Europeia dos Direitos do Homem e o Tribunal (normalmente não haverá identidade das partes), porque o “caso” é o mesmo, devem as excepções de incompetência e inadmissibilidade ser, em princípio, levantadas perante a Comissão “in limine litis”.

III. O Governo, ao levantar a excepção de não esgotamento dos recursos internos, tem o ónus de indicar quais os recursos de que os requerentes deveriam ter lançado mão.

IV. A matéria do artigo 5º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem é de *ordem pública europeia*, daí que a sua aplicabilidade não seja afastada nem pela apresentação voluntária à polícia, nem pela vontade das “vítimas”.

V. O § 4º do artigo 5º da Convenção visa garantir a verificação jurisdicional da legalidade da prisão, daí o impor-se a possibilidade de recurso das decisões administrativas de privação de liberdade, não se verificando tal exigência para as decisões judiciais em que a verificação da legalidade da prisão se encontre inserida na própria decisão.

VI. A Convenção deixa uma *margem de apreciação* aos Estados quanto à ingerência na correspondência dos reclusos, sujeita embora ao controle das instâncias de Estrasburgo (Comissão e Tribunal), podendo justificar-se a censura da correspondência a vagabundos internados em estabelecimento próprio.

Data da decisão: 18 de Junho de 1971.

Juízes intervenientes: Humphrey Waldock, presidente, inglês, H. Rolin, belga, R. Cassin, francês, A.E.V. Holmback, sueco, A. Ver-

⁽⁴⁾ In *Annuaire*, XIV, 789.

dross, austríaco, E. Rodenbourg, luxemburguês, A.N.C. Ross, dinamarquês, T. Wold, norueguês, G. Balladore Pallieri, italiano, H. Mosler, alemão, M. Zekia, cipriota, A. Favre, suíço, J. Cremona, maltês, S. Bilge, turco, G. Wiarda, holandês, S. Sigurjonsson, islandês.

Decisão: Por 12 contra 4 votos⁽⁵⁾ ser competente o Tribunal para conhecer das exceções do não esgotamento dos recursos internos e de extemporaneidade do levantamento da excepção;

Por unanimidade, improcedente a excepção do não esgotamento dos recursos internos;

Por unanimidade, que a constituição voluntária dos requerentes como prisioneiros não implica a não violação da Convenção;

Por unanimidade não se verificar violação do § 1º do artigo 5º da Convenção;

Por unanimidade não ser aplicável ao caso concreto o disposto no § 3º do artigo 5º da Convenção;

Por 9 contra 7 votos⁽⁶⁾ ter havido violação do § 4º do artigo 5º da Convenção decorrente de as "vítimas" não terem podido recorrer da decisão do Juiz de Paz que ordenou o internamento;

Por unanimidade, não se verificar violação do artigo 4º da Convenção;

Por 15 contra 1 voto⁽⁷⁾ não ter havido violação do artigo 8º da Convenção.

Parecer da Comissão: A Comissão emitira parecer no sentido da não violação do § 1º do artigo 5º da Convenção (10 votos contra); da não conformidade da lei belga com o § 4º do artigo 5º (9 votos contra 2); da não violação do artigo 4º (com 2 votos de vencido), da violação do artigo 8º (10 votos contra 1).

14º

Caso Ringeisen v/ Áustria⁽⁸⁾

I. Pode ser apresentada queixa à Comissão Europeia dos Direitos do Homem antes de as jurisdições internas terem julgado o último recurso admissível, desde que o mesmo já tenha sido interposto e venha a ser decidido até ao momento em que a Comissão haja de se pronunciar sobre a admissibilidade da queixa.

⁽⁵⁾ Dos juizes Ross, Sigurjonsson, Bilge e Wold.

⁽⁶⁾ Dos juizes, Holmback, Rodenbourg, Ross, Favre, Bilge, Balladore Pallieri e Verdross.

⁽⁷⁾ Do juiz Wold.

⁽⁸⁾ In *Annuaire*, XIV, 839.

II. Para os fins do § 1º do artigo 6º da Convenção não é necessário que no litígio sejam parte apenas pessoas privadas e corra perante os tribunais comuns, antes se há-de entender que respeita à determinação dos “direitos e obrigações de carácter civil” todo o pleito, afecto embora à jurisdição administrativa, cuja decisão interesse primordialmente aos direitos e obrigações de carácter privado.

III. O artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos de Homem reconhece o direito ao julgamento penal (sobre acusação de prática de infracção penal) dentro de prazo razoável. Na apreciação da razoabilidade do prazo há que entender à complexidade do caso e conduta das partes.

IV. Impõe-se a libertação provisória do arguido desde que não seja julgado dentro de prazo razoável e se assegure a sua comparência em juízo.

Data da decisão: 16 de Julho de 1971.

Juízes intervenientes: H. Rolin, presidente, belga, A. Holmback, sueco, A. Verdross, austríaco, D. Wold, norueguês, M. Zekia, cipriota, A. Favre, suíço, S. Sigurjonsson, islandês.

Decisão: O Tribunal decidiu:

Por unanimidade, que o artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem se aplicava aos processos desencadeados para a aprovação da transmissão da propriedade de terrenos agrícolas, a correr termos perante a Comissão de Distrito e a Comissão Regional, mas que não houvera violação de tal disposição;

Por 5 votos contra 2⁽⁹⁾ ter violado o § 3º do artigo 5º a detenção do requerente de 14 de Maio de 1965 a 14 de Janeiro de 1966;

Por quatro votos contra três⁽¹⁰⁾ que a mesma violação se verificou de 14 de Janeiro de 1966 (data de condenação em primeira instância) até 20 de Março de 1967 (data da restituição à liberdade);

Por unanimidade que não houvera violação do § 1º do artigo 6º da Convenção o quanto à duração dos processos penais.

Parecer da Comissão: A Comissão Europeia dos Direitos do Homem pronunciara-se no sentido de não ser aplicável o § 1º do artigo 6º da Convenção ao processo de aprovação do contrato de venda de imobiliários (6 votos contra 5); que a detenção se prolongara para além do razoável

⁽⁹⁾ Dos juízes Holmback e Zekia.

⁽¹⁰⁾ Dos juízes Holmback, Verdross e Zekia.

(6 votos contra 5); que a detenção se prolongara para além do razoável (11 votos contra 1); que os processos crimes haviam sido julgados dentro de prazo razoável (unanimidade quanto ao processo de burla; 11 votos contra 1 quanto ao processo de quebra fraudulenta).

15º

Caso de Wilde, Ooms e Versyp v/ Bélgica (Reparação razoável)⁽¹¹⁾

I. Não reveste a natureza de nova queixa perante a Comissão o pedido de reparação razoável, formulado ao abrigo do artigo 50º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, antes se configura como a última fase do processo perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

II. O pedido de reparação não postula, conseqüentemente, o esgotamento dos recursos internos.

III. Para os fins do artigo 50º da Convenção deve entender-se “parte lesada” como sendo a “vítima”, tal como vem definido no artigo 25º da Convenção.

Data da decisão: 10 de Março de 1972.

Juízes intervenientes: Humphrey Waldock, presidente, britânico, G. Balladore Pallieri, italiano, R. Cassin, francês, A.E.V. Holmback, sueco, A. Verdross, austríaco, H. Rolin, belga, E. Rodenbourg, luxemburguês, A. N. C. Ross, dinamarquês, T. Wold, norueguês, H. Mosler, alemão, M. Zekia, cipriota, A. Favre, suíço, J. Cremona, maltês, G. Wiarda, holandês, S. Sigurjonsson, islandês.

Decisão: O Tribunal decidiu:

- Por unanimidade, admissível o pedido de indemnização apresentado;
- Por catorze votos contra um⁽¹²⁾ improceder o pedido.

⁽¹¹⁾ In *Annuaire*, XV, 663.

⁽¹²⁾ Do juiz Zekia.

COMISSÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

I. Os Estados só ficam obrigados pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem a partir do momento em que dela se tornam Parte. II. No que se refere a Portugal, só têm a protecção da Convenção os actos posteriores a 9 de Novembro de 1978. III. É mera consequência do acto que a impôs, que não uma situação permanente, a do oficial mandado passar à reserva. IV. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem não garante o direito ao exercício da função pública, da função militar, nem da promoção na carreira.

P.F.

Décision de la Commission sur la recevabilité de la requête n.º 8629/79 présentée par X contre le Portugal

La Commission européenne des Droits de l'Homme, siégeant en chambre du conseil le 3 octobre 1979 en présence de

MM. J.E.S. Fawcett, Président
G. Sperduti, premier Vice-Président
C.A. Nørgaard, second Vice-Président
M. Triantafyllides
L. Kellberg
B. Daver
C.H.F. Polak
G. Jörundsson
G. Tenekides
S. Trechsel
B. Kiernan
N. Klecker
M. Melchior
J. Sampaio

M. H.C. Krüger, Secrétaire de la Commission;

Vu l'article 25 de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales,

Vu la requête introduite le 19 avril de 1979 par⁽¹⁾ contre le Portugal et enregistrée le 23 mai 1979 sous le N° de dossier 8629/79;

Vu le rapport prévu à l'article 40 du règlement intérieur de la Commission;

Après avoir délibéré,

Rend la décision suivante:

En fait

Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par le requérant, peuvent se résumer comme suit:

Le requérant est un ressortissant portugais, né le 6 mars 1939 et domicilié au Portugal. Il est officier de l'armée de l'air et a été versé dans le cadre de réserve.

Après le changement de régime politique au Portugal survenu en avril 1974, et à la suite du soulèvement militaire qui a eu lieu le 11 mars 1975, il a été créé un organe, le Conseil de la Révolution ("Conselho da Revolução"), composé par des militaires des trois armes et ayant des pouvoirs législatifs et administratifs.

Le 21 mars 1975, le décret-loi n° 147-C/75 a attribué à cet organe le pouvoir de verser dans le cadre de réserve les militaires "qui n'offraient pas de garanties de fidélité aux principes définis dans le Programme du mouvement des Forces Armées" ou "n'offraient pas de garanties de compétence professionnelle pour l'exercice de leurs fonctions militaires".

Le 2 mai 1975, un autre décret-loi (décret-loi n° 216/75) est venu compléter le décret-loi précité, disposant que les compétences attribuées au Conseil de la Révolution par le décret-loi n° 147-C/75 seraient exercées sur proposition du chef de l'état-major de chaque arme, assisté d'une commission désignée par celui-ci pour cet effet.

Le 20 août 1975, le Conseil de la Révolution a décidé de verser le requérant dans le cadre de réserve, conformément aux décrets-lois susmentionnés, avec les effets prévus à l'article 1er du décret-loi n° 383/75 du 22 juillet 1975, qui dispose que les personnes versées au cadre de réserve ont droit à une pension de retraite correspondant au temps de service effectué.

Le 7 mai 1976, le requérant a formé un recours à la Cour militaire suprême ("Supremo Tribunal Militar") contre cette décision, en se fondant

(1) São acessíveis ao público as decisões da Comissão sobre a admissibilidade da queixa, desde que se omita o nome e qualquer elemento de identificação do requerente, a menos que o contrário seja decidido pela Comissão.

(Regulamento da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, artigo 17º, n° 2).

sur l'article 310, § 4 de la Constitution qui venait d'entrer en vigueur. Il a fait valoir dans son recours qu'il n'a pas eu connaissance des motifs de la décision du Conseil de la Révolution et qu'il n'a jamais été entendu afin de se défendre.

Le 25 novembre 1976, la Cour militaire suprême a rejeté le recours pour tardiveté parce que le requérant n'avait pas recouru contre la décision du Conseil de la Révolution du 20 août 1975 dans le délai de 30 jours, conformément aux articles 198 du Statut de l'officier de l'armée de l'air ("Estatuto do Oficial de Força Aérea") et 108 du Statut des Officiers des Forces Armées ("Estatuto dos Oficiais das Forças Armadas").

La Cour a estimé, en outre, que l'article 310, § 4 de la Constitution, invoqué par le requérant, n'était pas applicable aux forces armées.

Griefs

1. Le requérant se plaint d'avoir été versé dans le cadre de réserve de l'armée de l'air portugaise par une décision du Conseil de la Révolution, sans avoir eu connaissance des motifs de cette décision. Il estime que sa cause n'a pas été entendue équitablement et que le Conseil de la Révolution n'est pas un "tribunal" au sens de l'article 6 de la Convention. Enfin, il considère que ses droits de défense ont été violés, car il n'a pas pu organiser sa défense.

Il allègue la violation de l'article 6, § 1 de la Convention car il estime que la présente affaire, concerne soit une contestation sur des droits et obligations de caractère civil (le droit du requérant à exercer le poste d'officier de l'armée de l'air et son expectative de continuation de carrière), soit le bien-fondé d'accusations en matière pénale (activités contra-révolutionnaires). Il invoque, en outre, l'article 6, § 3 (a), (b) et (c) de la Convention.

2. Il se plaint en outre que sa carrière militaire fut terminée d'une façon arbitraire, ayant comme conséquence l'impossibilité des promotions auxquelles il aurait droit.

En droit

1. Le requérant se plaint d'avoir été versé dans le cadre de réserve de l'armée portugaise par une décision du Conseil de la Révolution ("Conselho da Revolução"), sans avoir eu connaissance des motifs de cette décision. Il estime que sa cause n'a pas été entendue équitablement et que le Conseil de la Révolution n'est pas un "tribunal" au sens de l'article 6 de la Conven-

tion. Enfin, il considère que ses droits de défense ont été violés, car il n'a pu organiser sa défense.

L'article 6 garantit à toute personne le droit à ce que sa cause "soit entendue équitablement par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle".

La Commission est cependant amenée à constater que les faits allégués par le requérant sont antérieurs au 9 novembre 1978, date de l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard du Portugal. Or, selon les principes de droit international généralement reconnus, la Convention ne régit pour chaque Partie contractante que les faits postérieurs à son entrée en vigueur à l'égard de cette Partie.

2. Certes, le requérant fait valoir qu'il est victime d'une violation continue, parce que les effets des décisions du Conseil de la Révolution et de la Cour militaire suprême produiraient des effets durables, dans la mesure où le requérant se verrait notamment empêché de poursuivre sa carrière militaire. A cet égard, selon une jurisprudence bien établie de la Commission, l'existence d'une situation continue, susceptible de constituer une violation de la Convention, ne peut s'apprécier à la lumière d'un principe général mais il s'agit là d'une question d'espèce que la Commission doit trancher, au besoin même d'office, en fonction de circonstances particulières de chaque affaire (v. requête n° 214/56, Ann. II, p. 215; requête n° 369/58, Ann. II, p. 377; requêtes n°s 8560/79 et 8613/79 à paraître dans D.R.).

En l'espèce, cependant, la Commission estime, comme elle a décidé dans deux requêtes antérieures concernant le Portugal (requêtes n°s 8560/79 et 8613/79, à paraître dans D.R.) que la situation dont le requérant se plaint résulte des décisions précitées. En effet, les griefs du requérant ont trait surtout à ces décisions qui constituent des actes instantanés dont la Commission ne peut apprécier la compatibilité avec la Convention, car elles se placent toutes à une date antérieure à l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard du Portugal (v. requête n° 1028/61, Ann. IV, p. 325 surtout p. 335; v. requête n° 369/58, Ann. II, p. 376 surtout p. 382; v. aussi requêtes précitées n°s 8560/79 et 8613/79 à paraître dans D.R.).

Il s'ensuit que l'examen de la requête échappe à la compétence ratione temporis de la Commission.

3. Par ailleurs, dans la mesure où le requérant se plaint d'avoir été versé dans le cadre de réserve et de ce fait de ne pas pouvoir bénéficier du droit à l'exercice de la profession d'officier de l'armée de l'air et des promotions auxquelles il aurait normalement accès, la Commission rappelle que parmi

les droits et libertés garantis par la Convention ne figure, comme tel, ni le droit à l'exercice de la fonction publique ou de la fonction militaire, ni le droit à être promu dans cette fonction, ainsi d'ailleurs que la Commission l'a constaté dans ses décisions antérieures sur la recevabilité des requêtes n.ºs 1165/61 (vol. 1962/II), 2444/65 (vol. 1967/I), 8560/79 et 8613/79 (à paraître dans D.R.).⁽²⁾

Il s'ensuit que, même à supposer que l'examen de la requête n'échappait pas *ratione temporis* à la compétence de la Commission, ce grief serait incompatible *ratione materiel* avec les dispositions de la Convention au sens de l'article 27, § 2 de la Convention.

Par ces motifs, la Commission

DECLARE LA REQUÊTE IRRECEVABLE.

Le Secrétaire
de la Commission

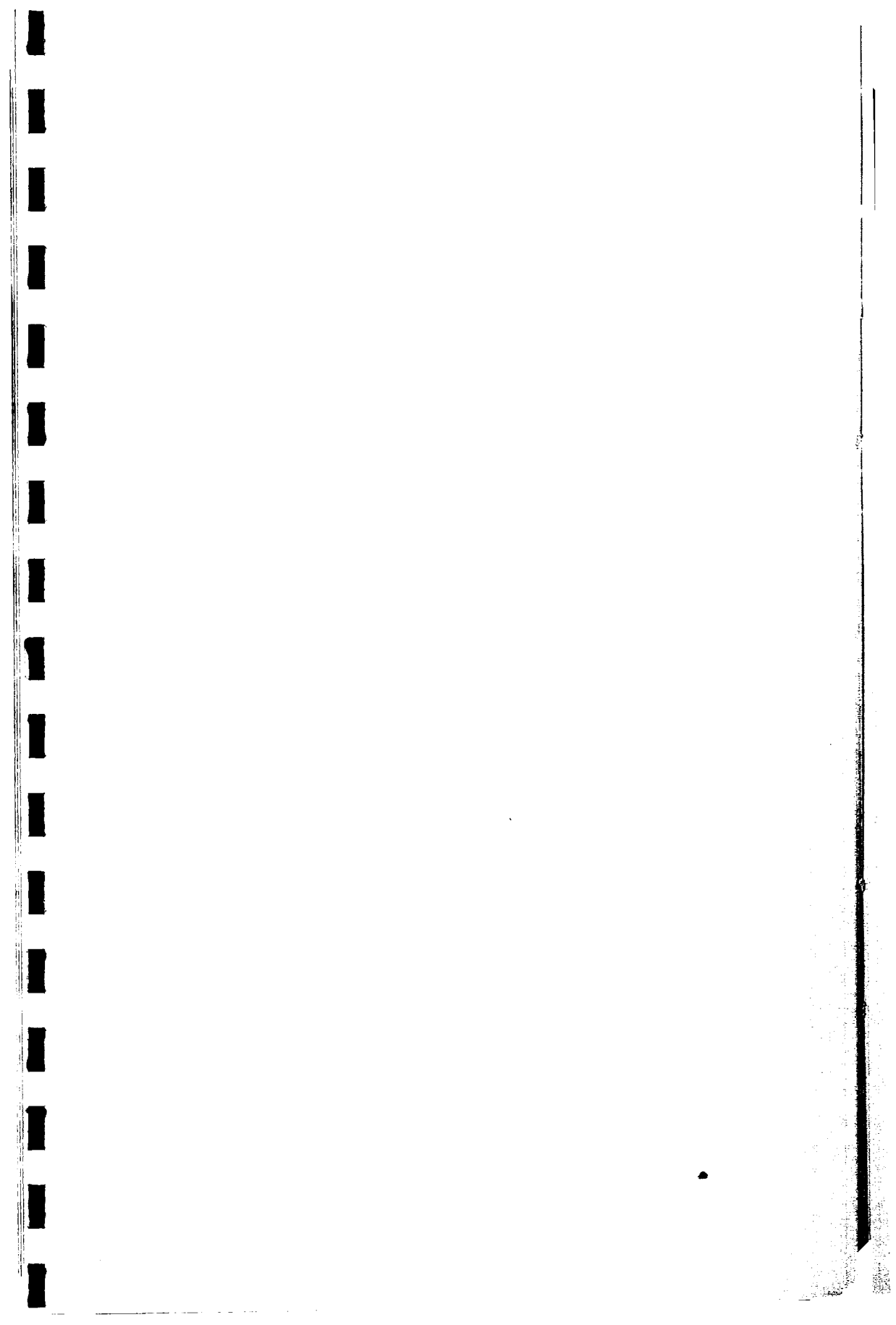
(H. C. KRÜGER)

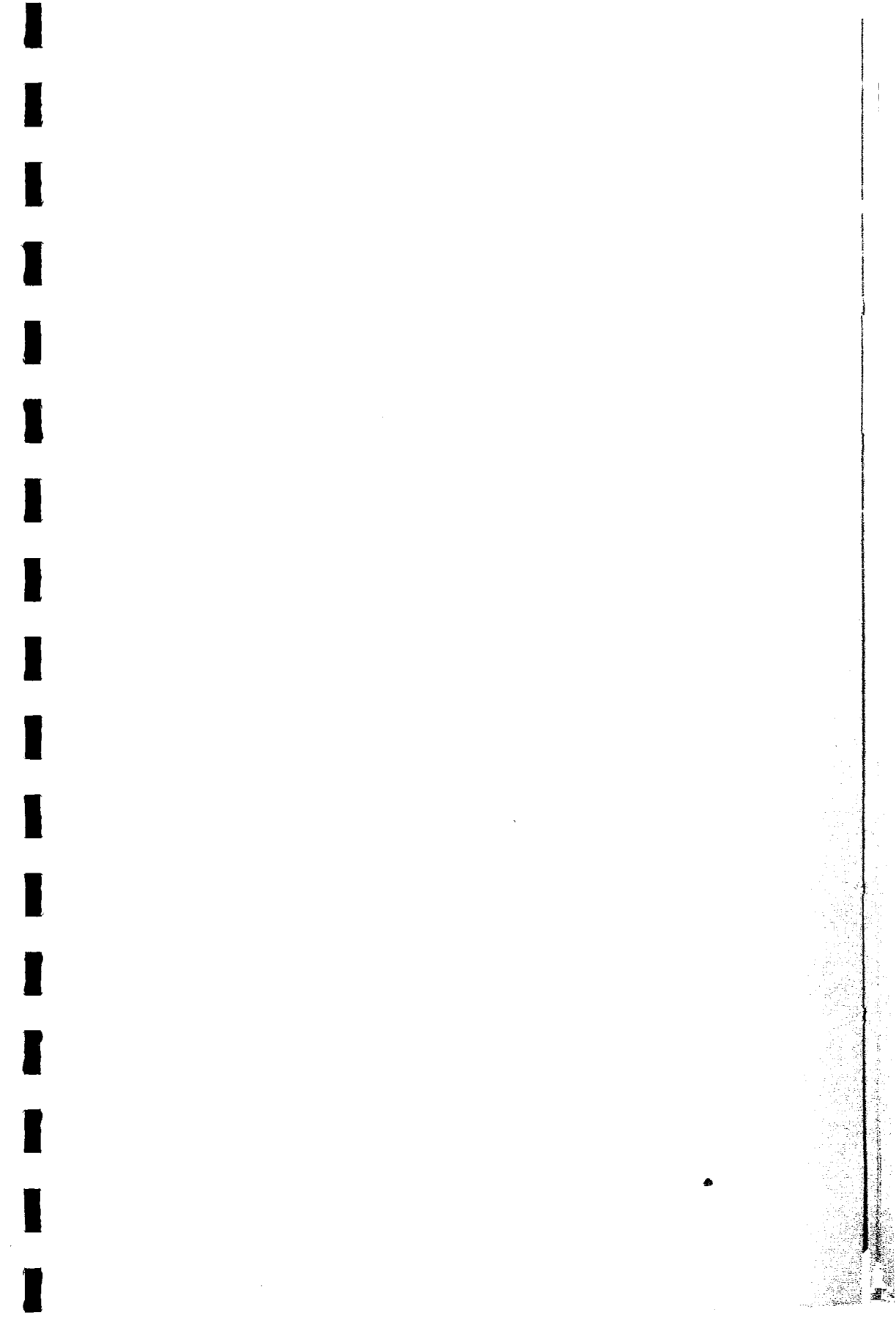
Le Président
de la Commission

(J.E.S. FAWCETT)

⁽²⁾ In Décisions et Rapports, 16, 209.

ÍNDICE





ÍNDICE

DIREITO COMUNITÁRIO

SEMINÁRIO SOBRE O DIREITO COMUNITÁRIO

Alocução proferida por José Carlos Moitinho de Almeida na sessão de abertura	9
Primado do Direito Comunitário sobre o Direito Nacional dos Estados membros – <i>Maria Isabel Jalles</i>	13 ⁴²¹¹ _N
Texto da decisão do Tribunal referente ao caso Simmenthal	31
Relations entre le Droit Communautaire et le Droit des États membres – <i>Marc Sohier</i>	67 ⁴²¹² _N
Compétence de la Cour de Justice des Communautés Européennes pour statuer, à titre préjudiciel, sur l'interprétation et la validité du Droit Communautaire – <i>Marc Sohier</i>	83 ⁴²¹³ _N
Conventions entre les États membres des Communautés Européennes concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale – <i>Anthony McClellan</i>	117 ⁴²¹⁴ _N
A Convenção de 27 de Setembro de 1968 sobre competência judiciária e execução de decisões em matéria civil e comercial e os actos a ela relativos, nos seus reflexos na ordem jurídica portuguesa – <i>José Carlos Moitinho de Almeida</i>	137 ⁴²¹⁵ _N
Textos da Convenção de 1968, Protocolo de 1971 e alterações introduzidas pela Convenção de 1978	149

ESTUDOS

Adaptação do direito português à terceira directiva do Conselho da CEE, de 9 de Outubro de 1978, baseada no artigo 54,§3, letra g), do tratado e relativa às fusões das sociedades por acções –
Raul Ventura

183 ⁴⁻¹⁶ ✓

Texto da terceira directiva do Conselho da CEE

253

CONSELHO DA EUROPA

A PROTECÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO DO CONSELHO DA EUROPA

Sumários das sentenças do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – 11.^a a 15.^a

271

Decisão n.º 8629/79 da Comissão Europeia dos Direitos do Homem – X/Portugal

277

*Os pedidos respeitantes ao presente Boletim devem ser solicitados ao
Gabinete de Gestão Financeira, Ministério da Justiça, Lisboa.*

Ex.^{mo} Senhor Assinante,

Entendeu por bem o Ministério da Justiça encarregar-se da publicação da obra «Convenção Europeia dos Direitos do Homem» anotada pelo Conselheiro Pinheiro Farinha, juiz português no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, pessoa especialmente habilitada para se desincumbir de uma tal tarefa.

O volume, recentemente concluído, apresenta capa e arranjo gráfico do artista Tóssan, e a sua execução foi cometida ao Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria-Geral da República.

Além da Convenção, a obra inclui igualmente os textos dos Protocolos Adicionais à Convenção Europeia, dos Regulamentos internos da Comissão e do Tribunal Europeus, das regras adoptadas pelo Comité de Ministros em ordem ao exercício das atribuições que lhe conferem os artigos 32.º e 54.º da Convenção Europeia, dos 2.º e 4.º protocolos adicionais ao Acordo Geral sobre privilégios e imunidades do Conselho da Europa e do Acordo Europeu relativo aos participantes em processos pendentes na Comissão e no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Destinada essencialmente a práticos de direito, a obra destina-se não só a facilitar a aplicação da Convenção na ordem jurídica interna, nomeadamente pelos Tribunais, como a informar todos os interessados acerca do modo como se exerce o direito de queixa de qualquer cidadão que deseje recorrer à Comissão Europeia dos Direitos do Homem para efectiva salvaguarda dos seus direitos.

É, pois, atendendo ao excepcional interesse do tema que o Ministério da Justiça decidiu assegurar um preço especial de 350\$00 a todos os senhores assinantes que se mostrem interessados na aquisição da referida obra.

Basta, para tanto, dirigir-se ou enviar o talão junto, ao Gabinete de Gestão Financeira, serviço do Boletim, Ministério da Justiça, acompanhando da quantia mencionada.

A obra encontra-se, naturalmente, à venda nas livrarias, a preço de capa, pelo que o Senhor Assinante poderá optar por esta segunda via de aquisição.

.....
Estou interessado em receber a obra «Convenção Europeia dos Direitos do Homem» anotada pelo Conselheiro Pinheiro Farinha.

Para tanto junto, por meio de, a quantia de 350\$00.

Nome

Morada (com código postal)



Of. Gráf. Manuel A. Pacheco, Lda. - Lisboa

BOLETIM DO MINISTERIO DA JUSTIÇA

Título: DIREITO COMPARADO

N.º 4

1980

Registro N.º

Nome do utilizador	Pedido	Devolução	Observações

GDDC

