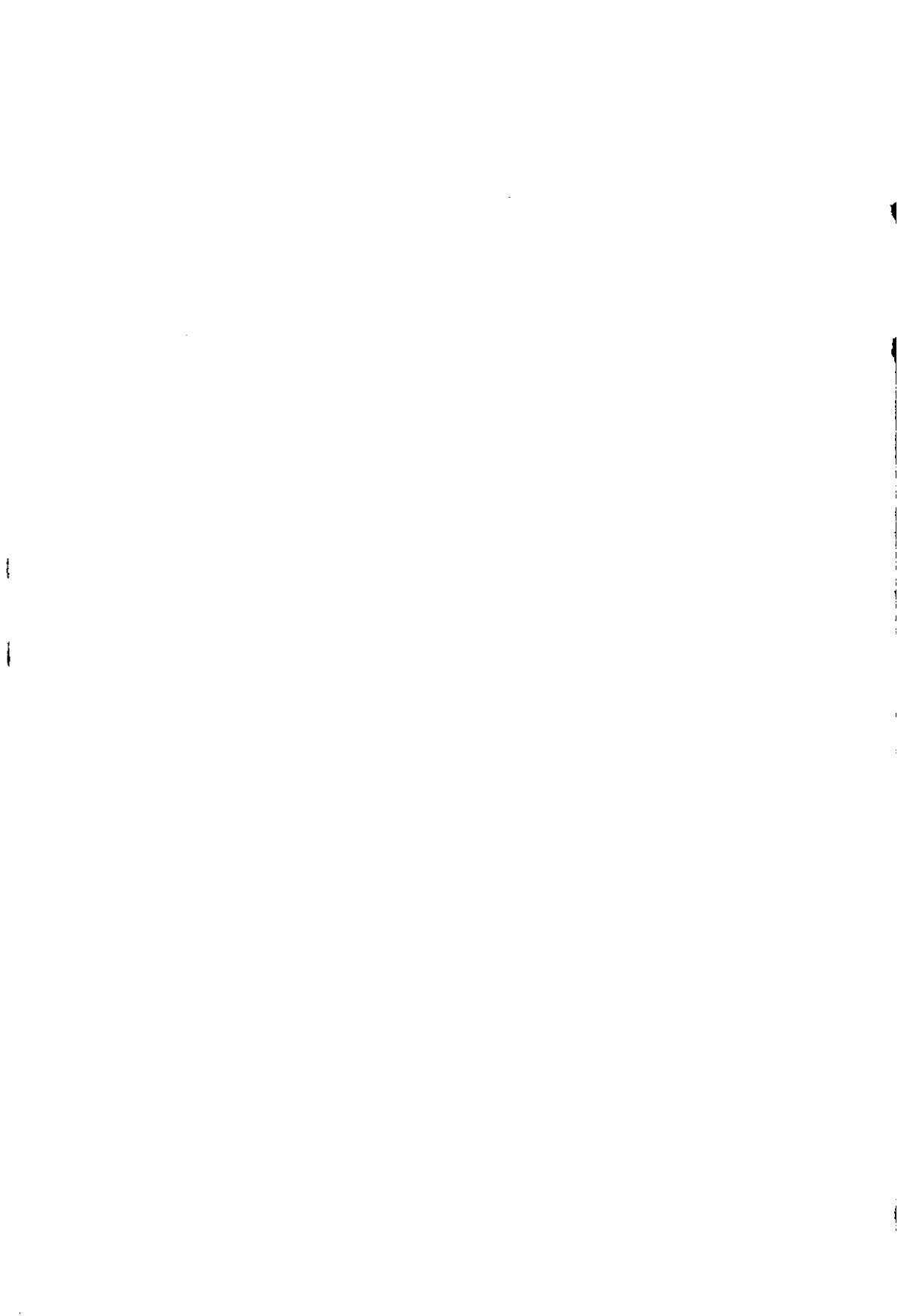


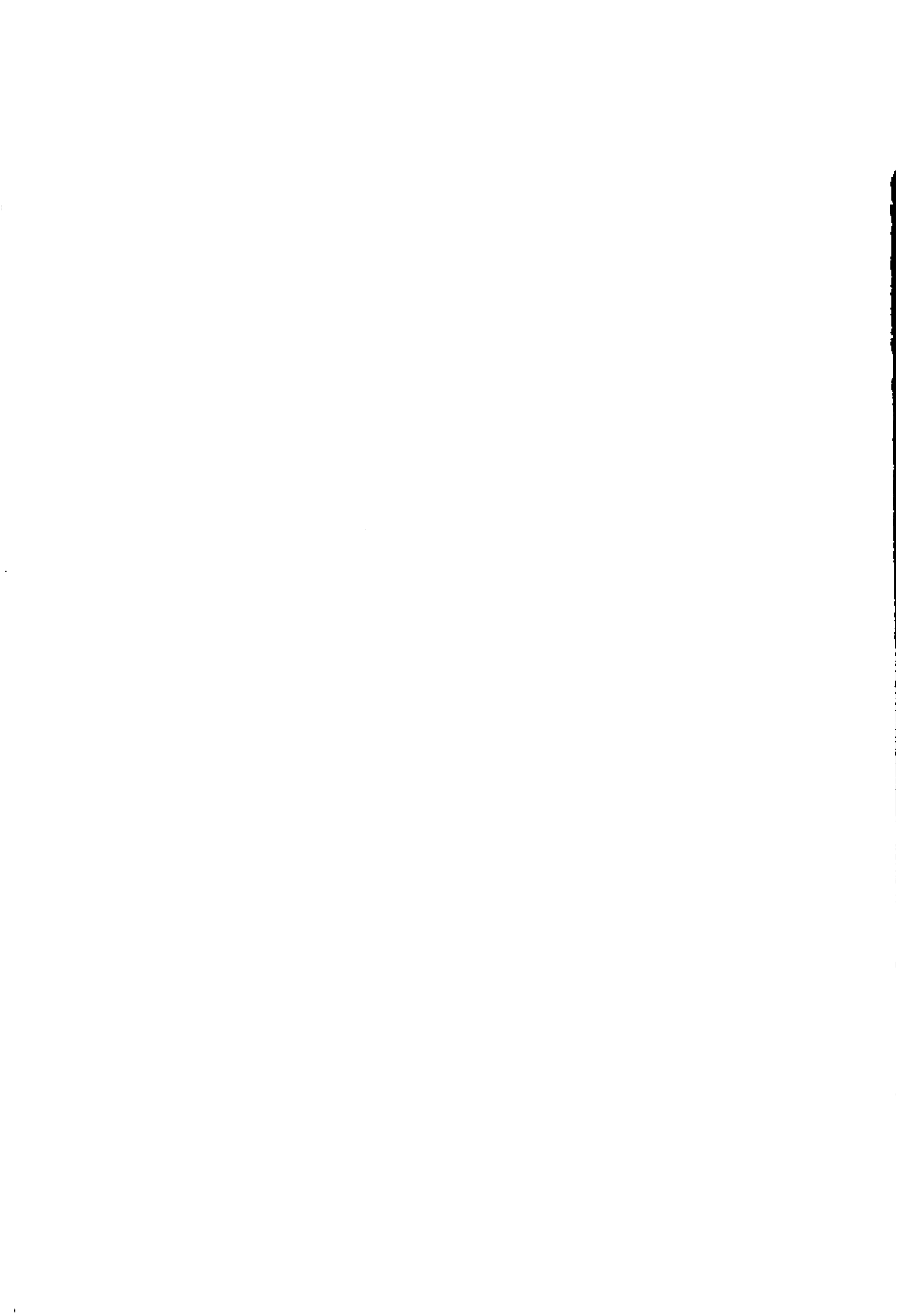
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

**GABINETE
DE DOCUMENTAÇÃO
E
DIREITO
COMPARADO**

LISBOA

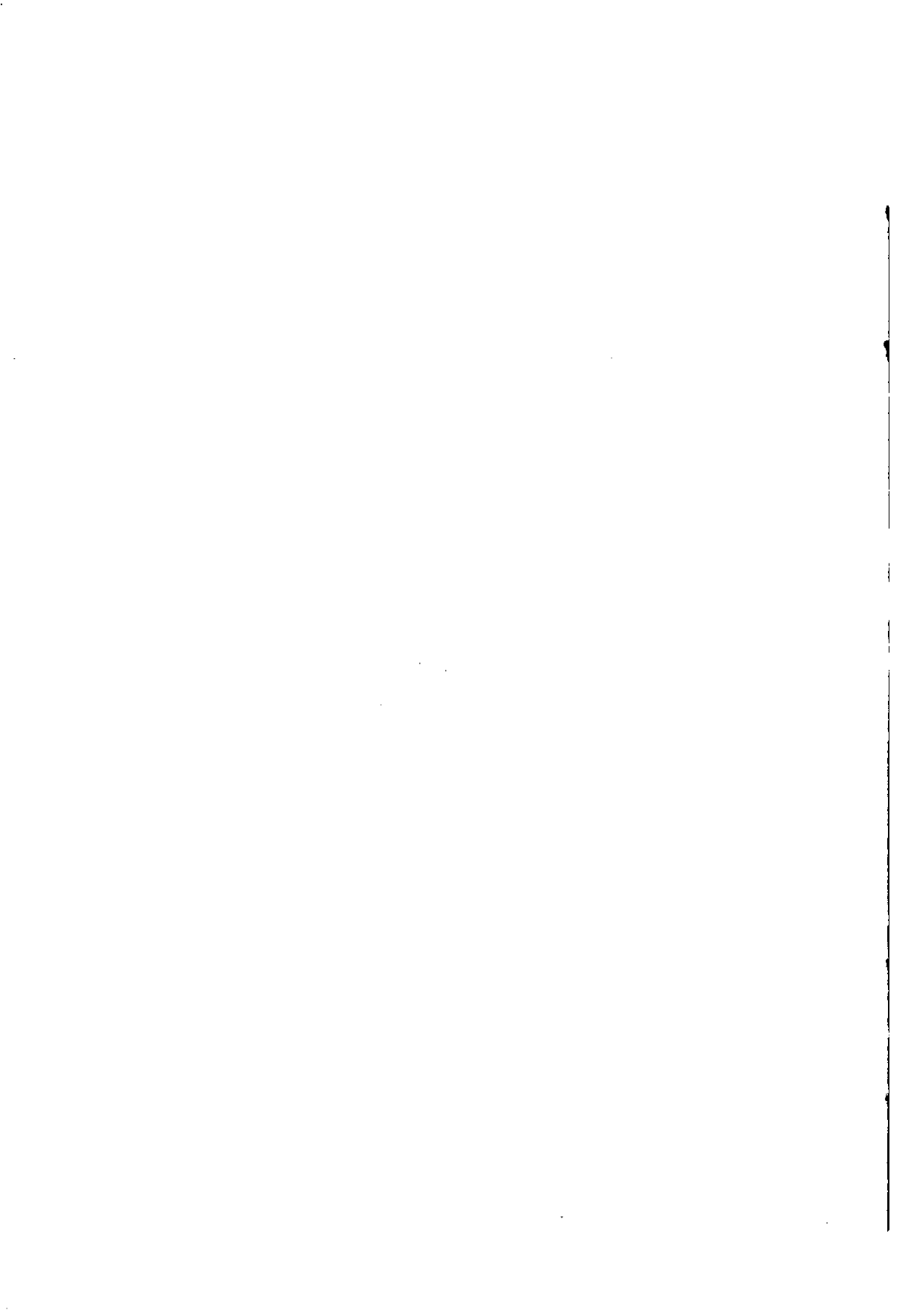


DIREITO COMUNITÁRIO



**ADAPTAÇÃO DO DIREITO PORTUGUÊS
À SEXTA DIRECTIVA
DO CONSELHO
DA COMUNIDADE ECONÓMICA EUROPEIA
RELATIVA ÀS CISÕES
DAS SOCIEDADES POR ACÇÕES**

RAÚL VENTURA



SUMÁRIO

1. A Sexta Directiva CEE sobre harmonização do Direito das Sociedades. O seu número, a sua preparação, a sua estrutura.
2. Finalidades da Sexta Directiva.
3. A cisão no direito português.
4. Artigo 1.º — Campo de aplicação.
5. Artigo 2.º — Noção de cisão por absorção.
6. Artigo 3.º — Projecto de cisão.
7. Artigo 4.º — Publicidade do projecto de cisão.
8. Artigo 5.º — Assembleias gerais.
9. Artigo 6.º — Dispensa de aprovação por assembleia geral.
10. Artigo 7.º — Relatório dos órgãos de administração.
11. Artigo 8.º — Fiscalização por peritos independentes.
12. Artigo 9.º — Informação dos accionistas.
13. Artigo 10.º — Dispensa de formalidades, por renúncia dos accionistas.
14. Artigo 11.º — Protecção dos trabalhadores
15. Artigo 12.º — Protecção dos credores sociais.
16. Artigo 13.º — Direitos de portadores de títulos.
17. Artigo 14.º — Forma da cisão.
18. Artigo 15.º — Data da eficácia da cisão.
19. Artigo 16.º — Publicidade da cisão.
20. Artigo 17.º — Efeitos da cisão.
21. Artigo 18.º — Responsabilidade dos membros dos órgãos da sociedade cindida.
22. Artigo 19.º — Nulidade da cisão.

23. Artigo 20.º — Cisão de sociedades de cujas acções sejam titulares as sociedades beneficiárias.
24. Artigo 21.º — Noção de cisão por constituição de novas sociedades.
25. Artigo 22.º — Regulamentação da cisão por constituição de novas sociedades.
26. Artigo 23.º — Cisão sob controlo da autoridade judicial.
27. Artigo 24.º — “Soulte” superior a dez por cento.
28. Artigo 25.º — Cisão sem extinção da sociedade cindida.
29. Artigo 26.º — Disposições finais.
30. Artigo 27.º — Destinatários.

1. A SEXTA DIRECTIVA CEE SOBRE HARMONIZAÇÃO DO DIREITO DAS SOCIEDADES. O SEU NÚMERO, A SUA PREPARAÇÃO, SUA ESTRUTURA.

No Jornal Oficial das Comunidades Europeias n.º L 378/47, de 31 de Dezembro de 1982 foi publicada uma Directiva aprovada pelo Conselho das Comunidades Europeias em 17 de Dezembro de 1982, intitulada “Sexta Directiva do Conselho, de 17 de Dezembro de 1982, baseada no artigo 54 parágrafo 3 ponto g) do tratado e relativa às cisões de sociedades anónimas — (82/891/CEE)”

O número de ordem — sexto — atribuído a esta Directiva não corresponde ao número de directivas destinadas à harmonização do direito das sociedades aprovadas até ao fim de 1982 pelo Conselho das Comunidades Europeias, mas sim ao número que lhe cabe no plano inicial de directivas para a referida harmonização. Na verdade, ainda não está aprovada a quinta directiva prevista nesse plano e destinada a ocupar-se da estrutura das sociedades anónimas e poderes e obrigações dos seus órgãos.

O preâmbulo da Sexta Directiva começa por lembrar os textos preparatórios e as directivas já publicadas:

“visto o tratado que instituiu a Comunidade económica europeia e designadamente o seu artigo 54 parágrafo 3 ponto g),

“vista a proposta da Comissão,

“visto o parecer da Assembleia,

“visto o parecer do Comité económico e social,

“considerando que a coordenação prevista pelo artigo 54 parágrafo 3 ponto g) e pelo programa para a supressão das restrições à liberdade de estabelecimento começou com a directiva 68/151/CEE;

“considerando que esta coordenação prosseguiu pela directiva 77/91/CEE respeitante à constituição da sociedade anónima bem como à manutenção e às modificações do seu capital, pela directiva 78/660/CEE respeitante às contas anuais de certas formas de sociedade e pela directiva 78/855/CEE respeitante às fusões de sociedades anónimas;

“considerando que a directiva 78/855/CEE apenas regulou a questão das fusões das sociedades anónimas e de certas operações assimiladas; que todavia, a proposta Comissão visou igualmente a operação de cisão; que a Assembleia e o Comité económico e social se pronunciaram também a favor de uma regulamentação desta operação;”

Destas considerações deduz-se que a história da Sexta Directiva é até certo ponto comum à da Terceira Directiva. Na verdade, a “proposta da Comissão” é a publicada no Jornal Oficial n.º C 89 de 14 de Julho de 1970, o “Parecer da Assembleia” é o publicado no Jornal Oficial n.º C 129, de 11 de Dezembro de 1972, e Jornal Oficial n.º C 95 de 28 de Abril de 1975, o “Parecer do Comité Económico e Social” é o publicado no Jornal Oficial n.º C 88, de 6 de Setembro de 1971 — e esses três documentos tinham como principal objecto a fusão de sociedades, a qual veio a constituir o objecto único da Terceira Directiva.

A proposta de directiva apresentada pela Comissão ao Conselho em 16 de Junho de 1970 continha 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 parágrafo 2.º”. Em números seguintes, esse art. 21.º regulava a aplicação ou não aplicação de outros preceitos da mesma directiva às operações previstas no n.º 1.

O Comité Económico e Social, no seu Parecer de 27 de Maio de 1971, pronunciou-se nos seguintes termos quanto ao proposto art. 21.º:

“Duas objecções fundamentais são formuladas relativamente a este artigo:

- a) Ele engloba ao mesmo tempo a “scission” e o “apport” de partes de património.

“Ora, não existe razão alguma para querer regular as duas operações da mesma maneira. Os “apports” de partes do património são entradas em espécie (apports en nature) e, conseqüentemente, operações que entram no campo de aplicação da proposta de segunda directiva. Não é necessário elaborar disposições complementares de direito das sociedades. É pois inútil que o artigo 21 aborde de novo o problema das entradas (apports) de partes de património. O Comité pede portanto a supressão dos termos “une ou”, bem como “une partie” no parágrafo 1 do artigo 21.

“Pelo que respeita à definição da “scission”, convirá reportar-se aos termos da proposta relativa ao regime fiscal comum, de 16 de Janeiro de 1969 (JO n.º C 39 de 22.3.1969).

- b) O artigo 21 não força dos Estados membros a tomar as disposições necessárias para regulamentar, a nível dos direitos nacionais, as operações que ele define. Ele difere, pois, sem justificação aparente, dos artigos 3, 19 e 20 da proposta em estudo. A secção pede conseqüentemente que o artigo 21 inclua a obrigação, para os Estados membros, de regular as operações de “scission” no direito nacional”.

O Parecer do Parlamento Europeu, de 11 de Dezembro de 1972, considerou indispensável, para evitar equívocos, que a epígrafe do Capítulo V passasse a ser “Outras Operações” e aprovou o art. 21., sugerindo que no fim do parágrafo 1.º fosse eliminada a referência ao art. 6.º.

A proposta inicial de Terceira Directiva foi duas vezes modificada, mas a redacção do art. 21.º não foi alterada.

O texto definitivo da Terceira Directiva mantém um Capítulo V epígrafado “Outras operações assimiladas à fusão”, mas o art. 21.º da proposta desapareceu. Nesse capítulo, um art. 31.º, dispõe: “Quando a legislação de um Estado membro permite uma das operações visadas nos artigos 2, 24 ou 30, sem que todas as sociedades tranferentes deixem de existir, o capítulo II, com excepção do artigo 19 parágrafo 1 alínea c), e os capítulos III e IV são respectivamente aplicáveis”. O alcance deste artigo é duvidoso (*vide*, o meu estudo “Adaptação do direito português à terceira directiva do Conselho da Comunidade económica europeia relativa às fusões de

sociedades por acções”, em pags. 241 e seguintes), mas claramente não abrange a cisão de sociedades.

A parte final dessa evolução é compreensível depois da publicação da Sexta Directiva. Foi julgada preferível a elaboração de uma directiva autónoma sobre a cisão, mas, como se verá, esta foi, quanto ao conteúdo, fortemente influenciada pela directiva respeitante à fusão.

A Sexta Directiva é composta por 27 artigos, agrupados em 5 capítulos, antecedidos por uma disposição isolada. Os cinco capítulos são respectivamente intitulados “Cisão por absorção”, “Cisão por constituição de novas sociedades”, “Cisão sob controle de autoridade judiciária”, “Outras operações assimiladas à fusão”, “Disposições finais”.

2. FINALIDADES DA SEXTA DIRECTIVA

O preâmbulo da Sexta Directiva, invoca-se, como uma das suas finalidades, o risco de fraude ao disposto na Terceira Directiva: “considerando que, por causa das semelhanças existentes entre as operações de fusão e de cisão, o risco de que as garantias dadas relativamente às fusões, sejam fraudadas só poderá ser evitado se se previr uma protecção equivalente no caso de cisão.

Em seguida, aparecem vários considerando paralelos aos usados para justificar a Terceira Directiva;

“Considerando que a protecção dos interesses dos sócios e de terceiros exige que sejam coordenadas as legislações dos Estados membros permitem esta operação;

“considerando que, no quadro desta coordenação, é particularmente importante assegurar uma informação adequada e tanto quanto possível objectiva dos accionistas das sociedades que participam na cisão e garantir uma protecção adequada dos seus direitos;

“considerando que a protecção dos direitos dos trabalhadores no caso de transferência de empresas, estabelecimentos ou partes de estabelecimentos está actualmente organizada pela directiva 77/187/CEE;

“considerando que os credores, obrigacionistas ou não, e os portadores de outros títulos das sociedades participantes na cisão devem ser protegidos a fim de que a realização da cisão não lhe cause prejuízo;

“considerando que a publicidade prevista pela directiva 68/151/CEE deve ser alargada às operações relativas à cisão a fim de que os terceiros sejam suficientemente informados;

“considerando que é necessário alargar as garantias asseguradas aos sócios e a terceiros, no quadro do processo de cisão, a certas operações jurídicas que têm, em pontos essenciais, características análogas às da cisão, a fim de que esta protecção não possa ser iludida;

“considerando que, para assegurar a segurança jurídica nas relações tanto entre as sociedades participantes na cisão como entre estas e os terceiros e bem assim entre os accionistas, devem ser limitados os casos de nulidade e estabelecer, por um lado, o princípio da regularização, sempre que esta é possível e, por outro lado, um prazo breve para invocar a nulidade”.

3. CISÃO NO DIREITO PORTUGUÊS

De nosso conhecimento, a primeira referência legislativa a cisão de sociedades encontra-se no art. 98.º n.º 3, do Decreto-Lei n.º 1/72, de 3 de Janeiro, que tratou dos revisores oficiais de contas e sociedades de revisores de contas. O art. 98.º n.º 1 dispõe que “as sociedades estrangeiras de revisores de contas somente através de sociedades afiliadas são admitidas a exercer a sua actividade em Portugal” e o n.º 3: “As sociedades afiliadas podem constituir-se por cisão de sociedade estrangeira, ou por associação com sociedades de revisores de contas ou com revisores a título individual, contanto que à sociedade estrangeira fiquem pertencendo, nos dois últimos casos, três quartos pelo menos, do capital da afiliada; nos mesmos casos, poderá a comissão a que se refere o artigo 12.º dispensar a inscrição da sociedade estrangeira na lista dos revisores de contas, para efeito da consti-

tuição e inscrição da sociedade afiliada". A cisão foi neste caso utilizada como um processo técnico que permite à sociedade estrangeira o seu estabelecimento (ou continuação de actividade em Portugal) por meio de sociedade totalmente possuída por ela, sem necessidade de associar outras pessoas ou sociedades.

A segunda utilização legislativa da cisão de sociedades aparece na Lei cuja Base XXV, n.º 4, al. c), considera actos de concentração industrial "a transmissão, a favor duma empresa, de uma unidade industrial ou parte do património de outra empresa, desde que a transmitente cesse totalmente a actividade exercida através dos bens transmitidos". Embora literalmente o preceito abranja também transmissões de ou para empresas individuais, o seu âmbito natural é o das sociedades e o processo técnico para conseguir o objectivo económico é a cisão.

O Decreto-Lei n.º 598/73, de 8 de Novembro, consagrou no direito português das sociedades o instituto da cisão, que regulou pormenorizadamente, em paralelo com a fusão. Complementarmente, o Decreto-Lei n.º 514/75, de 22 de Setembro, regularmente o registo de cisão de Sociedades.

O Decreto-Lei n.º 153/75, de 25 de Março aproveitou a cisão para separar as partes de patrimónios de sociedades que exerciam actividade em mais de um território, metropolitano ou ultramarino.

Para separações de bens situados em Portugal pertencentes a sociedades comerciais que tenham sido no estrangeiro objecto de providências de confisco ou equiparadas a este, o Decreto-Lei n.º 301/77 permitiu a cisão de tais sociedades, em certas condições.

A propósito de sociedades gestoras de carteiras de títulos, a cisão volta a aparecer no Decreto-Lei n.º 137/79, de 18 de Maio (hoje revogado pelo Decreto-Lei n.º 342/80, de 2 de Setembro), art. 19.º.

De natureza fiscal, o Decreto-Lei n.º 128/81 de 28 de Maio, art. 1.º dispõe que "O Ministro das Finanças e do Plano pode, com base em parecer fundamentado da Direcção Geral das Contribuições e Impostos, depois de ouvidos os serviços competentes dos Ministérios que superintendem nas respectivas actividades, conceder isenção de contribuições, impostos, taxas, emolumentos e outros encargos legais, relativamente às cisões de sociedades que se revistam de superior interesse para o desenvolvimento nacional ou dos órgãos economicamente desfavorecidos".

tuição e inscrição da sociedade afiliada”. A cisão foi neste caso utilizada como um processo técnico que permite à sociedade estrangeira o seu estabelecimento (ou continuação de actividade em Portugal) por meio de sociedade totalmente possuída por ela, sem necessidade de associar outras pessoas ou sociedades.

A segunda utilização legislativa da cisão de sociedades aparece na Lei cuja Base XXV, n.º 4, al. c), considera actos de concentração industrial “a transmissão, a favor duma empresa, de uma unidade industrial ou parte do património de outra empresa, desde que a transmitente cesse totalmente a actividade exercida através dos bens transmitidos”. Embora literalmente o preceito abranja também transmissões de ou para empresas individuais, o seu âmbito natural é o das sociedades e o processo técnico para conseguir o objectivo económico é a cisão.

O Decreto-Lei n.º 598/73, de 8 de Novembro, consagrou no direito português das sociedades o instituto da cisão, que regulou pormenorizadamente, em paralelo com a fusão. Complementarmente, o Decreto-Lei n.º 514/75, de 22 de Setembro, regularmente o registo de cisão de Sociedades.

O Decreto-Lei n.º 153/75, de 25 de Março aproveitou a cisão para separar as partes de patrimónios de sociedades que exerciam actividade em mais de um território, metropolitano ou ultramarino.

Para separações de bens situados em Portugal pertencentes a sociedades comerciais que tenham sido no estrangeiro objecto de providências de confisco ou equiparadas a este, o Decreto-Lei n.º 301/77 permitiu a cisão de tais sociedades, em certas condições.

A propósito de sociedades gestoras de carteiras de títulos, a cisão volta a aparecer no Decreto-Lei n.º 137/79, de 18 de Maio (hoje revogado pelo Decreto-Lei n.º 342/80, de 2 de Setembro), art. 19.º.

De natureza fiscal, o Decreto-Lei n.º 128/81 de 28 de Maio, art. 1.º dispõe que “O Ministro das Finanças e do Plano pode, com base em parecer fundamentado da Direcção Geral das Contribuições e Impostos, depois de ouvidos os serviços competentes dos Ministérios que superintendem nas respectivas actividades, conceder isenção de contribuições, impostos, taxas, emolumentos e outros encargos legais, relativamente às cisões de sociedades que se revistam de superior interesse para o desenvolvimento nacional ou dos órgãos economicamente desfavorecidos”.

O projecto de Código das Sociedades elaborado sob os auspícios do Ministério da Justiça mantém o instituto da cisão de sociedades e regula-o sem novidades substanciais, relativamente ao Decreto-Lei n.º 598/73.

Os arts. 18.º do DI n.º 598/73 e 125.º do projectado Código das Sociedades são epigrafados “Noção. Modalidades”, mas não contêm nenhuma noção expressa de cisão de sociedade, embora ela possa deduzir-se das modalidades enumeradas a que são:

- a) Destacar parte do património da sociedade para com ela constituir uma outra sociedade;
- b) Dissolver-se uma sociedade e dividir o seu património, sendo cada uma das partes resultantes destinada a constituir uma nova sociedade;
- c) Destacar partes do património de uma sociedade ou dividir este, dissolvendo-se a sociedade, em duas ou mais partes, para as fundir com sociedades já existentes ou com partes de património de outras sociedades, separados por idênticos processos e com igual finalidade.

A modalidade referida na alínea a) é chamada *cisão simples*.

A modalidade referida na alínea b) é chamada *cisão-dissolução*.

A modalidade referida na alínea c) é chamada *cisão-fusão*.

Esta última modalidade é mais complexa e pode decompor-se em várias sub-modalidades:

- a) Destacar parte do património da sociedade, sem dissolução desta, para a fundir com sociedade já existente;
- b) Destacar parte do património da sociedade, sem dissolução desta, para a fundir com parte do património de outra ou outras sociedades, separado por idêntico processo e com igual finalidade;

- c) Dividir o património, dissolvendo-se a sociedade, em duas ou mais partes, para as fundir com sociedades já existentes;
- d) Dividir o património, dissolvendo-se a sociedade, em duas ou mais partes, para as fundir com partes do património de outras sociedades separadas por idêntico processo e com igual finalidade.

4. ARTIGO 1.º — CAMPO DE APLICAÇÃO

O artigo 1.º da Sexta Directiva determina por meio de remissões para a Terceira Directiva as sociedades às quais ela é aplicável. Assim, a directiva é aplicável:

- na Alemanha, à Aktiengesellschaft
- na Bélgica, à société anonyme/de naamloze vennootschap
- na Dinamarca, à aktieselskaber
- na França, à société anonyme
- na Irlanda, à public company limited by shares e à public company limited by guarantee having a share capital
- na Itália, à società per azione
- no Luxemburgo, à société anonyme
- na Holanda, à naamloze vennootschap
- no Reino Unido, à public company limited by shares e public company limited by guarantee having a share capital.

São estes os tipos de sociedades, nos diversos países enumerados no art. 1.º § 1.º da Terceira Directiva, para o qua remetem os parágrafos 1, 2, 3 do art. 1.º da Sexta Directiva.

A legislação portuguesa, actual e projectada inclui as sociedades anónimas, correspondentes aos referidos tipos estrangeiros. Se a regulamentação da cisão deve ou pode ser estendida a outros tipos e sociedades, é problema estranho à directiva. Assim, tendo o legislador português disciplinado igualmente a cisão para qualquer tipo de sociedade admitido pela legislação portuguesa, apenas lhe competirá verificar (a) se essa regulamentação de ordem geral cumpre ou não, relativamente às sociedades anónimas, os imperativos da Sexta Directiva, (b) no caso de ajustamentos da legislação portuguesa para cumprimento do disposto na directiva quanto a sociedades anónimas, se deve quanto a tais ajustamentos, ser mantida a extensão a outros tipos de sociedades.

O parágrafo 4 do art. 1.º manda aplicar às cisões os parágrafos 2 e 3 do art. 1.º da Directiva 78/855/CEE. Esses parágrafos determinam respectivamente : “os Estados membros podem deixar de aplicar a presente directiva às sociedades cooperativas constituídas sob uma das formas de sociedades indicadas no parágrafo 1.º. Na medida em que as legislações dos Estados membros usem esta faculdade, elas impõem a estas sociedades que o termo cooperativa figure em todos os documentos indicados no artigo 4 da directiva 68/151/CEE” e “Os Estados membros podem deixar de aplicar a presente directiva quando uma ou várias das sociedades que são absorvidas ou que desaparecem são objecto de um processo de falência, de concordata ou doutro processo análogo”.

O Decreto-Lei n.º 598/73 refere que as cooperativas apenas a respeito da fusão, estabelecendo no art. 1.º n.º 2 que “trantando-se de cooperativas, a fusão apenas pode ter lugar com sociedades do mesmo tipo”. As disposições do projectado Código das Sociedades não se aplicam às sociedades cooperativas, pois são limitados aos tipos de sociedades enumerados no seu art. 1. No entanto, o Código Cooperativo.

A propósito da Terceira Directiva notei que a frase “os Estados membros podem não aplicar a presente directiva” 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 a aplicação da directiva não é obrigatória, à legislação internacional não interessa qual, de entre aquela duas soluções, adopta uma legislação nacional, mas esta terá de ser pronuncia

expressamente, se quiser excluir, pois, caso contrário, também as sociedades nessas circunstâncias ficam abrangidas.

No Código das Sociedades, art. 104.º n.º 3 é estabelecido que “Não é permitido a uma sociedade fundir-se, a partir do requerimento para apresentação à falência e convocação dos credores, previstos no artigo 1140.º, n.º 3, do Código de Processo Civil, do requerimento de declaração de falência ou da participação, previstos no art. 1177.º do mesmo Código”. Por sua vez, o art. 127.º determina que “é aplicável à cisão de sociedades, com as necessárias adaptações, o disposto relativamente à fusão, conforme se justifique para cada uma das modalidades daquela”. Afigura-se-nos que, para todas as modalidades de cisão, se justifica o disposto no art. 104.º n.º 3, quanto à fusão.

Entre a Terceira e a Sexta Directiva existe uma diferença notável de intenção. A Terceira Directiva impõe aos Estados membros que admitam e regulem o instituto jurídico denominado “fusão de sociedades”; a Sexta Directiva *não impõe* aos Estados membros a admissão da cisão de sociedades, apenas estabelecendo os preceitos básicos a que esta há-de obedecer, nos Estados que a admitam. A imposição de admissão da fusão é nítida no art. 2.º da Terceira Directiva — “Os Estados membros disciplinam, para as sociedades regulados pela sua própria legislação, a fusão mediante a incorporação de uma sociedade por uma outra e a fusão por constituição duma nova sociedade”.

Transcrevemos acima o Parecer do Comité económico e social, que advogava idêntica imposição nas cisões, mas o texto definitivo seguiu rumo diverso.

Assim, os parágrafos 1, 2 e 3 do art. 1.º da Terceira Directiva, cada um reportado a uma modalidade de cisão, começam por dizer “Quando os Estados membros permitem para as sociedades submetidas à sua legislação...” e o art. 26.º parágrafos 1 e 2, regulam o prazo de cumprimento da directiva, conforme a legislação nacional já admita ou no futuro venha a admitir o instituto da cisão.

A legislação portuguesa já reconhece a cisão de sociedades e, portanto, a Terceira Directiva virá a ser aplicável a Portugal, se este ingressar na CEE.

Partindo dessa intenção de não impor este instituto às legislações nacionais, o art. 1.º da Directiva adoptou o método de, reportando-se sempre aos tipos de sociedades definidos por meio de remissão para o art. 1.º § 1.º da Terceira Directiva, distinguir várias modalidades de operações

e, no caso as legislações nacionais admitirem essas modalidades, mandar aplicar conforme os casos, alguns dos preceitos da Directiva. Assim, para a cisão por absorção, definida no art. 2.º, são mandadas aplicar as disposições do capítulo I, para a cisão por constituição de novas sociedades as disposições do capítulo II e para a combinação de cisão por absorção com cisão por constituição de novas sociedades definida no art. 21.º § 1.º, as disposições do Capítulo I e do art. 22.º.

5. ARTIGO 2.º — NOÇÃO DE CISÃO POR ABSORÇÃO

Tal como sucedera com a fusão na Terceira Directiva, a Sexta Directiva não fornece um conceito de cisão, tendo preferido definir duas modalidades dela, a cisão por absorção (art. 2.º n.º 1) e a cisão por constituição de novas sociedades (art. 21.º). No entanto, a proposta de directiva de 16 de Janeiro de 1969 respeitante ao regime fiscal comum a aplicar às fusões, às cisões e às contribuições de activo que têm lugar entre sociedades de Estados membros diversos, apresentava uma definição de cisão, como “a operação mediante a qual uma sociedade transfere, em seguida a uma dissolução sem liquidação, a totalidade do seu património para duas ou mais sociedades, preexistentes ou novas, mediante a atribuição aos seus próprios sócios dos títulos representativos do capital social da sociedade beneficiária da contribuição e eventualmente de uma importância (“soulte”) em dinheiro que não exceda dez por cento do valor nominal ou, não havendo valor nominal, da paridade contabilística de tais títulos”.

Tal definição ainda hoje é válida, como se vê reunindo os conceitos de cisão por absorção e de cisão por constituição de sociedades novas apresentados pela Sexta Directiva.

Dispõe o art. 2.º parágrafo 1 que, para os efeitos da Directiva, considera-se como cisão por absorção a operação pela qual, em seguida à

sua dissolução sem liquidação, uma sociedade transfere a várias outras sociedades o conjunto do seu património, activamente e passivamente, mediante atribuição aos accionistas da sociedade cindida de acções das sociedades beneficiárias das transmissões resultantes da cisão, adiante chamadas “sociedades beneficiárias”, e eventualmente de uma importância (“soulte”, diferença, tornas) em dinheiro não superior a 10% do valor nominal das acções atribuídas ou, na falta de valor nominal, do seu valor contabilístico.

O nome dado a esta modalidade de cisão — *scission par absorption reissione mediante incorporazione, division by acquisition, Spaltung dureh Übernahme*) tem paralelo na modalidade de fusão chamada (na versão francesa da directiva) fusão por absorção e definida no art. 3.º n.º 1 da Terceira Directiva como a operação pela qual uma ou várias sociedades transferem a uma outra, em seguida a uma dissolução sem liquidação, o conjunto do seu património activa e passivamente mediante atribuição aos accionistas da ou das sociedades absorvidas de acções da sociedade absorvente e, eventualmente, uma importância em dinheiro não superior a 10% do valor nominal das acções atribuídas ou, na falta do valor nominal, do seu valor contabilístico.

Comparando as duas definições, verifica-se que a diferença entre a fusão por absorção e a cisão por absorção reside na circunstância de na primeira uma ou mais sociedades transferirem o conjunto do seu património a uma sociedade, enquanto na segunda, uma sociedade transfere o conjunto do seu património para várias outras sociedades.

O primeiro elemento da figura da cisão por absorção é a existência de *uma* sociedade cindida e de *várias* outras sociedades, ditas beneficiárias. Todas essas sociedades devem ser existentes no momento da cisão; quanto à sociedade cindida, isso é intuitivo (adiante se verá a hipótese de essa sociedade já se encontrar em liquidação); quanto às sociedades beneficiárias, isso resulta da distinção entre cisão por absorção e cisão por constituição de novas sociedades, entre as quais a existência ou nova formação das sociedades beneficiárias constitui o traço distintivo.

As sociedades beneficiárias devem ser mais do que uma — duas pelo menos. Se houvesse uma só sociedade beneficiária, estaríamos perante uma fusão por absorção.

A sociedade cindida dissolve-se sem liquidação. No comentário ao art. 17.º veremos que a sociedade dissolvida não só se dissolve sem liquidação como se extingue e no comentário ao art. 25.º, falaremos de outras

operações, ditas assimiladas à cisão, em que uma sociedade não se dissolve nem se liquida nem se extingue. Por agora, convirá afastar um mal-entendido susceptível de ser criado pela frase “par suite de sa dissolution sans liquidation”, o qual pode dar a ideia de que, pratica ou teoricamente, a sociedade dissolve-se e em seguida cinde-se. Como adiante se verá, pode ser cindida uma sociedade que se encontre na fase de liquidação, mas não é isso que sucede nos casos normais de cisão por absorção. A cisão não é precedida por uma *dissolução* da sociedade; a cisão tem como efeito a *extinção* da sociedade.

O património da sociedade deve ser transmitido totalmente para outras sociedades. Ao acrescentar “activa e passivamente”, a directiva quis acentuar que a transferência do património se faz sem distinção dos seus componentes activos e passivos, embora para bom entendedor bastasse dizer “transferência *do património*”. Necessário é, porém, que a transmissão compreenda todo o património, não podendo, por exemplo, ser transmitida parte do património para várias sociedades, conservando a sociedade “cindida” uma parte que liquidará nos termos normais.

A transmissão de partes do património para as sociedades ditas “beneficiárias” deve ter uma contrapartida e esta contrapartida deve constituir normalmente em acções das sociedades beneficiárias. O art. 2.º admite que *eventualmente* além de acções das sociedades beneficiárias, a contrapartida consista também numa importância que não pode exceder 10% do valor nominal das acções atribuídas ou, no caso de estas terem valor nominal, do valor contabilístico.

A propósito do art. 24.º veremos o tratamento a dar aos casos em que a importância em dinheiro exceda aquela percentagem. Por agora e quanto à interpretação dessa parte do artigo, acentuemos que se trata de 10% do *valor nominal* das acções atribuídas, nada tendo a ver directamente com o valor nominal das acções da sociedade cindida ou com o valor real destas ou das acções da sociedade cindida.

Destinatários da contrapartida consistente em acções das sociedades beneficiárias são os accionistas da sociedade cindida. A directiva não admite que a contrapartida fique pertencendo à sociedade cindida, pois isso não seria coerente com a dissolução e extinção desta. Daí resulta que as acções das sociedades beneficiárias são transmitidas directamente para os accionistas da sociedade cindida, sendo de excluir a ideia de dupla transmissão, primeiro para a sociedade cindida e, depois, desta para os seus accionistas.

Determina o parágrafo 2.º do art. 2.º da Directiva que se aplica o art. 3.º parágrafo 2.º da Directiva 78/8555/CEE. Este por sua vez dispõe que “a legislação de um Estado membro pode prever que a fusão por absorção pode igualmente ter lugar quanto uma ou mais das sociedades absorvidas estão em liquidação, contanto que esta possibilidade seja concedida apenas às sociedades que ainda não começaram a repartição dos activos entre os seus accionistas”. Transporte para a cisão, este preceito permitirá a cisão de sociedades que se encontrem em estado de liquidação, ressalvada a condição referida.

A parágrafo 3 do art. 2.º esclarece as remissões para a Terceira Directiva: a expressão “sociedades que se fundem” corresponde na Sexta Directiva, a “sociedades que participam na cisão”, “sociedade absorvida” corresponde a “sociedade cindida”, “sociedade absorvente” designa cada uma das sociedades beneficiárias e “projecto de fusão” é agora “projecto de cisão”.

A cisão por absorção, tal como definida no art. 2.º parágrafo 1 da Sexta Directiva, coincide com uma das modalidades da cisão-fusão, admitida pelos textos legais portugueses, vigentes e projectados: divisão do património de uma sociedade, dissolvendo-se esta, em duas ou mais partes, para as fundir com sociedades já existentes. Fora da figura da cisão por absorção definida na Directiva ficam duas outras hipóteses abrangidas pela cisão-fusão portuguesa: o destaque de parte do património, sem dissolução da sociedade, para fundir aquela parte com sociedade já existente ou com partes do património de outra sociedade, separada pelo mesmo processo e com igual finalidade; a divisão do património, com dissolução da sociedade, para fundir as partes com partes do património de outras sociedades, separadas por idêntico processo e com igual finalidade.

O art. 18.º n.º 2 do DL n.º 598/73 dispunha que a cisão pode ter lugar ainda que a sociedade se encontre em liquidação. Não existe número correspondente no art. 125.º proj. CS, porque, mandando o art. 127.º aplicar subsidiariamente à cisão o disposto quanto à fusão, para esta dispõe o art. 104.º n.º 2 que “as sociedades dissolvidas podem fundir-se com outras sociedades, dissolvidas ou não, ainda que a liquidação seja feita judicialmente, se preencherem os requisitos de que depende o regresso ao exercício da actividade social”. A respeito do regresso à actividade, são estabelecidas pelo art. 168.º condições de forma e condições de fundo, só as últimas das quais têm interesse para comparação com a Sexta Directiva. São elas expressas como impedimentos à tomada de deliberação de

regresso à actividade, *a*) antes de o passivo ter sido liquidado, nos termos do art. 161.º, exceptuados os créditos cujo reembolso na liquidação for dispensado expressamente pelos respectivos titulares; *b*) enquanto se mantiver alguma causa de dissolução; *c*) se o saldo de liquidação não cobrir o capital social, salvo redução deste.

Os dois primeiros requisitos não contendem com o estabelecido na Sexta Directiva. O terceiro requisito não cobre o aspecto coberto pelo preceito da directiva e do n.º 5 desse art. 168.º vê-se que o regresso à actividade pode ser deliberado depois de ter sido iniciada a partilha entre os sócios. Embora o sistema português (composto pelo primeiro e pelo terceiro daqueles requisitos, os quais se conjugam entre si) nos pareça mais perfeito, haverá que respeitar formalmente, em futuros textos legais, o comando comunitário.

Nem para as fusões nem para as cisões permite o DL 598/73 que a contrapartida a receber pelos sócios da sociedade incorporada, fundida, cindida consista parcialmente em dinheiro. O projectado Código das Sociedades, em sequência da Terceira Directiva, estabelece no art. 104.º, n.º 5 que “Além das partes, acções ou quotas da sociedade incorporante ou da nova sociedade referidas no número anterior, podem ser atribuídas aos sócios da sociedade incorporada ou das sociedades fundidas quantias em dinheiro que não excedam dez por cento do valor nominal das participações atribuídas a estes”. Por força do art. 127.º, este preceito será aplicável à cisão, quando para esta se justifique o pagamento de tais importâncias (a palavra francesa “soulte” dá melhor ideia da finalidade, uma espécie de tornas para acerto das contas de trocas).

6. ARTIGO 3.º — PROJECTO DE CISÃO

O artigo 3.º manda que os órgãos de administração ou de direcção das sociedades participantes na cisão organizem por escrito um projecto de cisão.

Corresponde-lhe em Portugal o art. 19.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 598/73 e virá corresponder-lhe o art. 126 CS, segundo os quais a administração da sociedade a cindir, ou trantando-se de cisão-fusão, as administrações das sociedades participantes, em conjunto, elaborarão um projecto de cisão. Embora não o digam expressamente, é manifesto que os nossos textos visam um projecto *escrito* de cisão.

Os preceitos portugueses são mais explícitos quanto às administrações das sociedades que devem elaborar o projecto, pois contemplam também a cisão simples, que não figura no art. 3.º da Directiva. Há, pois, até este ponto, coincidência com o texto comunitário. O citado art. 19.º acrescenta, contudo, “de onde constem, além dos demais elementos necessários ou convenientes para o perfeito conhecimento da operação visada” e o citado art. 126.º “de onde constem, além dos demais elementos necessários ou convenientes para o perfeito conhecimento da operação visada, tanto no aspecto jurídico como no aspecto económico”. A propósito do art. 7.º da Directiva veremos o alcance dessas frases. Por agora, basta acetuar que de tais frases resulta o carácter exemplificativo (embora imperativo) dos requisitos a seguir enumerados nos mesmos preceitos, como também sucede pela frase inicial do art. 3.º parágrafo 2 da Directiva “O projecto de cisão menciona pelo menos”.

Vamos seguir as várias alíneas do art. 3.º n.º 2 da Directiva e compará-las com os citados textos portugueses.

- a) a forma, a denominação e a sede social das sociedades participantes na cisão. Este requisito está satisfeito nas alíneas b) dos dois textos portugueses, dos quais o projectado, mais simples do que o vigente, exige “a firma, a sede, o montante do capital e o número e data da matrícula no registo comercial de cada uma das sociedades”.
- b) em relação de troca das acções e, se disso for caso, o montante da diferença em dinheiro (“soulte”). É abrangido pela alínea a), quando se refere às condições” da cisão e pelas alíneas g) do Decreto-Lei e f) do projecto, ao exigirem menção das “partes, acções ou quotas da sociedade incorporante ou da nova sociedade que serão atribuídos directamente aos sócios da sociedade a cindir”, mas além disso no n.º 2 do art. 19.º do DL e, em forma

actualizada, que compreende também a “soulte” até 10 por cento, é aplicável o art. do CS, relativo à fusão.

- c) as modalidades de entrega das acções da sociedade beneficiárias. Não tem correspondência directa, mas resulta da remissão para a fusão.
- d) a data a partir da qual estas acções dão direito a participar nos lucros bem como qualquer modalidade particular relativa a este direito. Não tem correspondência directa, mas resulta de remissão para a fusão.
- e) a data a partir da qual as operações da sociedade cindida são consideradas do ponto de vista contabilístico como realizadas por conta de uma ou outra das sociedades beneficiárias. Não tem correspondência directa, mas resulta de remissão para a fusão.
- f) os direitos assegurados pelas sociedades beneficiárias aos accionistas titulares de direitos especiais e aos portadores de títulos que não sejam acções ou as medidas propostas a seu respeito. Tem correspondência parcial nas alíneas respeitantes às medidas de protecção do direito de terceiros não sócios e a participar nos lucros da sociedade.
- g) quaisquer vantagens particulares atribuídas aos peritos no sentido do artigo 8 parágrafo 1, bem como aos membros dos órgãos de administração, de direcção, de fiscalização ou de controle das sociedades participantes na cisão. Não tem correspondência directa, mas resulta da remissão para a fusão.
- h) a descrição e a repartição precisara dos elementos do património activo e passivo a transferir para cada uma das sociedades beneficiárias. Tem correspondência directa nas alíneas d) e e) dos preceitos portugueses.
- i) a repartição pelos accionistas da sociedade cindida das acções das sociedades beneficiárias, bem como o critério em que esta repartição se baseou. Corresponde à alínea g) e ao n.º 2 do DL 598/73.

As alíneas *a)* e *b)* do art. 3.º n.º 3 ocupam-se respectivamente, da falta de menção expressa de transmissão para as sociedades beneficiárias, de elementos do activo e de elementos do passivo da sociedade cindida.

Segundo a alínea *a)*, quando um elemento do património activo não é atribuído no projecto de cisão e a interpretação deste não permite decidir a sua repartição, esse elemento ou o seu contra-valor é repartido entre todas as sociedades beneficiárias de maneira proporcional ao activo atribuído a cada uma destas no projecto de cisão.

Segundo a alínea *b)*, quando um elemento do património passivo não é atribuído no projecto de cisão e a interpretação deste não permite decidir a sua repartição, cada uma das sociedades beneficiárias é solidariamente responsável, por ele. Os Estados membros podem prever que esta responsabilidade solidária é limitada ao activo líquido atribuído a cada beneficiária.

Os dois preceitos, de carácter integrativo do projecto de cisão, são úteis, uma vez que a sociedade cindida se dissolve e extingue e, portanto, todo o seu activo e passivo deve ser repartido entre as sociedades beneficiárias.

.....

No direito português, a hipótese está prevista para a cisão-dissolução no art. 27.º n.º 2 do citado DL e no art. 133.º n.º 2 do proj. CS, preceitos aplicáveis por remissão ao caso de cisão-fusão. Aí se diz que, não tendo a deliberação de cisão estabelecido o critério de atribuição de bens ou de dívidas que não constem do projecto definitivo de cisão, tais bens serão atribuídos em contitularidade e tais dívidas repartidas proporcionalmente pelas novas sociedades. As soluções portuguesas não coincidem exactamente com as apresentadas na Directiva. Quanto aos bens omissos, a Directiva opta pela repartição proporcional do próprio bem ou do seu contravalor (este, certamente no caso de o bem não sofrer divisão), enquanto a nossa lei opta pela contitularidade — embora, sem grande esforço se possa entender que a contitularidade é uma forma de repartição proporcional. Quanto às dívidas omissas, a directiva estabelece a responsabilidade solidária, enquanto a lei portuguesa estabelece a repartição proporcional, mas o resultado prático é igual, pois, no direito de regresso haverá repartição proporcional, além de que o preceito português protege melhor os credores.

7. ARTIGO 4.º — PUBLICIDADE DO PROJECTO DE CISÃO

O art. 4.º da Sexta Directiva reproduz, para as cisões, os requisitos de publicidade do projecto de cisão estabelecidos pelo art. 7.º da Terceira Directiva.

O projecto de cisão deve ser objecto de uma publicidade efectuada segundo os moldes previstos pela legislação de cada Estado membro, em conformidade com o art. 3.º da Directiva 68/151/CEE, para cada uma das sociedades participantes na cisão, pelo menos um mês antes da data da reunião da assembleia geral convocada para se pronunciar sobre o projecto de cisão.

A legislação portuguesa vigente não exige tal publicidade, embora por vezes as conservatórias do registo comercial tenham considerado necessário o registo provisório, em termos semelhantes ao da fusão.

O projecto de Código das Sociedades, é omissivo sobre o assunto, a não ser que se considere aplicável, por causa da remissão efectuada pelo art. 127.º o respectivo regime das fusões.

Convirá, pois, regular expressamente esta matéria.

8. ARTIGO 5.º — ASSEMBLEIAS GERAIS

Determina o art. 5.º n.º 1 da Sexta Directiva que “A cisão exige pelo menos a aprovação da assembleia geral de cada uma das sociedades participantes na cisão. O artigo 7.º da Directiva 78/855/CEE aplica-se no que respeita à maioria necessária para estas decisões, o alcance destas bem como a necessidade de um voto separado”.

Lembremos o texto do art. 7.º da Directiva 78/855/CEE: “1. A fusão exige pelo menos a aprovação da assembleia geral de cada uma das socie-

dades que se fundem. As legislações dos Estados membros que esta decisão exige pelo menos uma maioria que não pode ser inferior a dois terços dos votos correspondentes quer aos títulos representado quer ao capital subscrito representado. Contudo, a legislação de um Estado membro pode prever que, quando a maioria do capital subscrito está representada, uma maioria simples dos votos indicados na primeira alínea é suficiente. Além disso e sendo esse o caso, as regras relativas à modificação dos estatutos aplicam-se. 2. Quanto existem várias categorias de acções, a decisão sobre a fusão está subordinada a um voto separado pelo menos para cada categoria de accionistas cujos direitos a operação afecta. A decisão a tomar incide sobre a aprovação de projecto de fusão e, sendo caso disso, sobre as modificações dos estatutos que a sua realização necessita”.

Como o projecto de Código das Sociedades já contempla as imposições da Terceira Directiva, no que respeita às fusões, limitar-nos-emos agora a esse projecto, quanto às deliberações de cisão.

A necessidade de aprovação da cisão por deliberações dos sócios das sociedades nela participantes resulta, por remissão, do disposto no artigo 107.º n.º 2, o qual regula também a convocação das assembleias. A necessidade de deliberações separadas, no caso de sociedade anónima em que existam várias categorias de acções está consignada no art. 110.º n.º 3.

Quanto à maioria necessária para a deliberação de aprovação, o art. 110.º n.º 1, prescreve que “a deliberação será tomada, na falta de disposição especial, nos termos prescritos para a alteração do contrato. Quanto às sociedades anónimas, a cisão é expressamente referida no art. 382.º n.º 3, que exige uma maioria de dois terços dos votos correspondentes às acções dos accionistas presentes ou representados na assembleia, embora o n.º 4 do mesmo artigo permitido que em assembleias reunidas em segunda data e nas quais estejam presentes ou representados accionistas cujas acções correspondam a metade do capital social, as deliberações sejam tomadas por maioria dos votos emitidos.

O n.º 2 do art. 5.º permite que os Estados membros prevejam a atribuição aos accionistas minoritários do direito de fazerem adquirir as suas acções, no caso de as acções das sociedades beneficiárias serem atribuídas aos accionistas da sociedade cindida não proporcionalmente aos seus direitos no capital desta e para essa hipótese declara que devem eles ter o direito de bter uma contrapartida correspondente ao valor das suas acções e que, no caso de desacordo sobre essas contrapartida, esta deve poder ser determinada por um tribunal.

Esta faculdade dos Estados membros pressupõe que as respectivas legislações permitam a atribuição de acções das sociedades beneficiárias aos accionistas da sociedade cindida em proporção diversa da resultante das acções que eles nesta possuísem.

O art. 134.º do proj. CS dispõe que “Salvo acordo diverso entre os interessados, os sócios da sociedade dissolvida por cisão-dissolução participarão em cada uma das novas sociedades na proporção que lhe cabia na primeira”, preceito que tem a especial intenção de manter a igualdade dos sócios, salvo acordo entre eles, *em cada uma das novas sociedades*, em vez de a uns serem atribuídas acções de uma nova sociedade e a outros acções de outra e por isso é mais restricto que a hipótese prevista na Directiva, a qual abrange e desproporcionalidade quanto às acções *de uma* sociedade beneficiária.

Tal desproporção só é, porém, possível com base em disposição legal expressa, pois de contrário é-lhe opinível o princípio de igualdade dos accionistas. Não havendo tal preceito no direito português, não tem cabimento o preceito da directiva.

9. ARTIGO 6.º — DISPENSA DE APROVAÇÃO POR ASSEMBLEIA GERAL

Dispõe o art. 6.º da Sexta Directiva:

“A legislação de um Estado membro pode não impor a aprovação da cisão pela assembleia geral de uma sociedade beneficiária se estiverem preenchidas as condições seguintes:

- a) ter sido feita a publicidade prescrita no art. 4.º, para a sociedade beneficiária, pelo menos um mês antes da data da reunião da assembleia geral da sociedade cindida convocada para se pronunciar sobre o projecto de cisão;

- b) todos os accionistas da sociedade beneficiária terem o direito, pelo menos antes da data indicada no ponto a), de tomar conhecimento, na sede desta sociedade, dos documentos indicados no artigo 9 parágrafo 1;
- c) um ou mais accionistas da sociedade beneficiária que disponham de uma percentagem mínima de capital subscrito devem ter o direito de obter a convocação de uma assembleia geral da sociedade beneficiária, para se pronunciar sobre a aprovação da cisão. 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 desta percentagem”.

Com as indispensáveis modificações — por exemplo, “sociedade beneficiária” em vez de “sociedade incorporante” — este art. 6.º reproduz o art. 8.º da Terceira Directiva. Tal como na Terceira Directiva o art. 8.º é exclusivo da fusão por incorporação, este art. 6.º é exclusivo da cisão por absorção; desigandamente, o art. 22.º não o manda aplicar à cisão por constituição de novas sociedades.

Não existe no nosso direito vigente nem está projectado um preceito semelhante e tal como para o caso de fusão, afigura-se que não deve ser usada esta faculdade concedida aos Estados membros.

Traduz-se ela na admissão de uma espécie de aprovação tácita da cisão pelas sociedades beneficiárias. Desde que, relativamente a uma sociedade beneficiária, foi feita, com a antecedência prescrita na lei, a publicidade do projecto de cisão e que, também com a antecedência legal, todos os accionistas da sociedade beneficiária tiveram oportunidade de tomar conhecimento da respectiva documentação; se, por outro lado, qualquer accionista da sociedade beneficiária que disponha de uma percentagem de acções não inferior a 5% do capital subscrito puder exigir e conseguir a reunião de assembleia geral para se pronunciar sobre a cisão; se, verificadas estas 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.

Não se vê vantagem prática na adopção do preceito. Em todo o processo de cisão, é dispensado um único elemento — assembleia de sociedade beneficiária — e nem sequer se ganha tempo, pois há que esperar pela reunião da assembleia da sociedade cindida. 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 beneficiária e se deverem — como parece deverem — ser respeitados os prazos para a reunião da assembleia geral da sociedade cindida, o processo de cisão é atrasado em vez de ser apressado.

10. ARTIGO 7.º — RELATÓRIO DOS ORGÃOS DE ADMINISTRAÇÃO

Além do projecto de cisão exigido pelo art. 3.º, a Sexta Directiva — à semelhança do art. 9.º da Terceira Directiva — manda, no art. 7.º, n.º 1, que os órgãos de administração ou de direcção de cada uma das sociedades participantes na cisão elaborem um relatório escrito pormenorizado explicando e justificando do ponto de vista jurídico e económico o projecto de cisão e, em particular a relação de troca das acções bem como o critério para a sua repartição.

Nem o DL n.º 598/73 nem o proj. CS exigem a elaboração de um relatório separado do projecto de cisão, mas ambos determinam que o projecto de cisão constem os elementos necessários ou convenientes para o perfeito conhecimento da operação visada, tanto no aspecto jurídico como económico. Há, pois, coincidência substancial e divergência formal. A importância da divergência parece despicienda, pois o conhecimento que se pretende dar aos accionistas é conseguido pelas duas formas.

A relação de troca e o critério para a sua repartição fazem igualmente parte do projecto de cisão, no sistema português.

O n.º 2 do art. 7.º ordena duas menções no relatório:

- indicação das dificuldades particulares de avaliação, no caso de terem existido;
- indicação da existência do relatório sobre a verificação das entradas em espécie, referida no art. 27 parágrafo 2 da directiva 77/91/CEE, para as sociedades beneficiárias, bem como o registo no qual o relatório deve ser depositado.

Também neste ponto há divergência meramente formal entre o texto comunitário e o proj. CS, o qual, por um lado, manda a menção das dificuldades especiais de avaliação figurar no relatório dos peritos, e, por outro lado, não manda mencionar no relatório ou projecto de cisão a existência do relatório dos peritos, mas manda que este relatório acompanhe, para conhecimento dos sócios, registo e publicidade, o projecto de cisão.

Mais importante é a regra constante do n.º 3 do art. 7.º: os órgãos de direcção ou de administração da sociedade cindida têm o dever de informar a assembleia geral da sociedade cindida bem como os órgãos de direcção ou de administração das sociedades beneficiárias para que eles informem a assembleia geral da sua sociedade de qualquer modificação importante do património activo e passivo ocorrido entre a data da elaboração do projecto de cisão e a data da reunião da assembleia geral da sociedade cindida convocada para se pronunciar sobre o projecto de cisão.

11. ARTIGO 8.º — FISCALIZAÇÃO POR PERITOS INDEPENDENTES:

O art. 8.º da Sexta Directiva não só reproduz parte do artigo 10.º da Terceira Directiva, como remete expressamente para alguns dos seus números.

Começa ele por determinar que para cada uma das sociedades participantes na cisão, um ou mais peritos independentes destas, designados ou aceites por uma autoridade judicial ou administrativa, examinem o projecto de cisão e elaborem um relatório escrito destinado aos accionistas. Depois, admite que a legislação de um Estado membro preveja a designação de um ou mais peritos independentes para todas as sociedades participantes na cisão, se esta designação, a pedido conjunto das sociedades, for feita por uma autoridade judicial ou administrativa. Estes peritos podem ser, segundo a legislação de cada Estado membro, pessoas físicas ou morais ou sociedades.

O n.º 2 do art. 8.º remete para os n.ºs. 2 e 3 da Terceira Directiva, os quais dispõem:

“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 conduz, dando opinião sobre a importância relativa concedida a este métodos na determinação do valor fixado.

“O relatório indica além disso as dificuldades especiais de avaliação, se existirem.

“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 art. 8.º acrescenta ainda um parágrafo, “Os Estados membros podem prever que o relatório sobre a verificação das entradas (apports) não consistentes em dinheiro, referido no artigo 27 parágrafo 2 da directiva 77/91/CEE, e o relatório sobre o projecto de cisão, referido no parágrafo 1 do presente artigo, sejam elaborados pelo mesmo ou mesmos peritos”.

O DL n.º 598/73, no título relativo à cisão de sociedades apenas se refere a fiscalização por peritos estranhos à sociedade no art. 19.º, n.º 2, segundo o qual “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 g) do número anterior, confirmados por um revisor oficial de contas”. Manda, contudo, no art. 20.º aplicar à cisão o art. 3.º, que, para a fusão, determina: “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 proj. CS não aparece preceito correspondente ao art. 19.º n.º 2, do DL n.º 598/73, porque, através da remissão genérica do art. 127.º, é aplicável o art. 106.º, que, para as fusões, já se inspira na Terceira Directiva e nos seus números 2, 3 e 4 dispõe:

“2. Além da comunicação referida no número anterior (comunicação ao órgão da fiscalização da sociedade), ou em substituição dela se se tratar de sociedade que não tenha órgãos de fiscalização, 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, independentes de todas as sociedades intervenientes.

3. Se todas as sociedades participantes na fusão assim o desejarem ou se, sendo mais de duas, algumas delas o quiserem, os exames referidos no número anterior poderão ser feitos, quanto a todos ou algumas dessa sociedades, pelo mesmo revisor ou sociedade de revisores de contas, mas neste caso o revisor ou a 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 a razoabilidade da relação de troca de partes, acções ou quotas, indicando pelo menos:

- a) O ou os métodos propostos para a relação de troca, quando seja diferente da proposta pelos administradores;
- b) A justificação da aplicação ao caso concreto do ou dos métodos utilizados pelos administradores ou pelos próprios peritos, os valo-

res a que se chega por cada um desses métodos, a importância relativa, na opinião dos peritos, conferido a esses métodos na determinação dos valores propostos, as dificuldades especiais que tenham deparado nas avaliações”.

12. ARTIGO 9.º — INFORMAÇÃO DOS ACCIONISTAS

Por força do artigo 9.º, qualquer accionista tem o direito, pelo menos um mês antes da data da reunião da assembleia geral convocada para se pronunciar sobre o projecto de cisão, de tomar conhecimento, na sede social, pelo menos dos documentos seguintes:

- a) o projecto de cisão;
- b) as contas anuais bem como os relatórios de gestão dos três últimos exercícios das sociedades participantes na cisão;
- c) um balancete relativo a uma data que não pode ser anterior ao primeiro dia do terceiro mês precedente à data do projecto de cisão, no caso de as últimas contas anuais se reportarem a um exercício cujo fim é anterior a mais de seis meses dessa data;
- d) os relatórios dos órgãos de administração ou de direcção das sociedades participantes na cisão, mencionados no artigo 7.º parágrafo 1.º.

A propósito do art. 11.º da Terceira Directiva, comparei o sistema criado pelo DL n.º 598/73, quanto às contas das sociedades participantes

na fusão, com as exigências daquele artigo e considerei mais perfeito o dispositivo português, o qual é mantido no proj. CS.

A preocupação do art. 11.º da Terceira Directiva e do art. 8.º da Sexta Directiva é o conhecimento pelos accionistas da situação economico-financeira das sociedades, reportado a data quanto possível próxima da deliberação. Para isso, ou é utilizada a conta anual, se esta não distar mais de seis meses da data do projecto de cisão, ou é elaborado um balancete, que não deve ser anterior em mais de três meses àquela data.

Tanto o DL n.º 598/73 como o proj. CS mandam elaborar um balanço especial de cisão e além disso exigem que, reunida a assembleia, a administração comece 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 que se tornaram necessárias, seguindo-se, nesta hipótese, uma deliberação sobre se o processo deve ser renovado ou se prossegue na apreciação da proposta.

13. ARTIGO 10.º — DISPENSA DE FORMALIDADES, POR RENÚNCIA DOS ACCIONISTAS

O art. 10.º autoriza os Estados membros a permitir, em certas condições, a dispensa de vários dos requisitos estabelecidos em artigos anteriores.

A condição para o exercício dessa faculdade consiste na renúncia por parte de todos os accionistas e portadores de outros títulos que confirmam direito de voto, das sociedades participantes na cisão.

Os requisitos dispensáveis são:

- o relatório dos órgãos de administração e de direcção de cada uma das sociedades participantes, exigido no art. 7.º;
- os relatórios de peritos exigidos no art. 8.º parágrafos 1.º e 2.º;
- a informação a accionistas estabelece no art. 9.º parágrafo 1.º alíneas *c)*, *d)* e *e)*.

Na transposição para o direito português, a primeira destas possíveis dispensas é deslocada, uma vez que não é exigido um relatório separado, o conteúdo deste é integrado no projecto de cisão a este não pode ser dispensado.

O relatório dos peritos, embora directamente interesse aos accionistas, também é importante para os credores sociais e não convém dispensá-lo.

As alíneas *d)* e *e)* do artigo 9.º n.º 1 não interessam, pois reportam-se a factos relacionados com dispensas anteriores. A alínea *c)* e a respectiva dispensa não têm interesse, visto que a lei portuguesa exige um balanço especialmente organizado.

14. ARTIGO 11.º — PROTECÇÃO DOS TRABALHADORES

Determina o art. 11.º da Sexta Directiva que “A protecção dos trabalhadores de cada uma das sociedades participantes na cisão é organizada em conformidade com a directiva 77/187/CEE”.

Preceito igual encontra-se no art. 12.º da Terceira Directiva e, no meu citado estudo sobre a adaptação desta, expus, em que consiste essa protecção. Remeto para esse estudo, por nada de novo haver a notar.

15. ARTIGO 12.º — PROTECÇÃO DOS CREDORES SOCIAIS

As legislações dos Estados membros devem prever um sistema de protecção adequado dos interesses dos credores das sociedades participantes na cisão para o créditos nascidos anteriormente à publicação do projecto de cisão e ainda não vencidos no momento desta publicação — art. 12.º n.º 1.

A propósito dos outros números do mesmo artigo ver-se-á qual a protecção dos credores exigida pela Directiva. Agora apenas importa mencionar a data da constituição dos créditos protegidos e o respectivo vencimento. Quanto à data de constituição dos créditos, o art. 114.º n.º 2 do proj. CS difere do texto comunitário porque se reporta à publicação da escritura de fusão, mas a diferença não é criticável, visto que eventualmente protege maior número de credores. O mesmo pode dizer-se de outra diferença, pois o nosso texto prescinde do vencimento do crédito anterior à publicação, atendendo, portanto, apenas à subsistência do crédito, vencido ou não, na altura em que a oposição pode ser deduzida.

Como credores protegidos, a Sexta Directiva distingue conforme se trate credores não obrigacionistas ou de credores obrigacionistas. (art. 12.º n.º 5). Para estes últimos, a diferença relativamente aos primeiros consiste na possibilidade de aprovação da cisão por uma assembleia de obrigacionistas, ou, se a lei nacional não prevê tal assembleia, pelos obrigacionistas individualmente. Com esse sistema conforma-se o art. 116.º do proj. CS na medida em que o n.º 1 concede a faculdade de oposição que está ao alcance dos credores em geral e o n.º 2 manda efectuar assembleias dos credores obrigacionistas para se pronunciarem sobre a fusão, assembleias de que pode resultar ou a aprovação da fusão, ou, não sendo esta aprovada, o exercício colectivo do direito de oposição.

A Sexta Directiva prevê dois sistemas puros e um misto de protecção dos credores sociais.

O primeiro consiste em os credores terem o direito de obter garantias adequadas quando a situação financeira da sociedade cindida bem com a da sociedade para a qual a obrigação será transferida em conformidade com o projecto de cisão torna esta protecção necessária e estes credores não dispõem já de tais garantias (art. 12.º n.º 2). O n.º 3 do mesmo artigo

— cuja ligação com o número anterior não é clara — dispõe que “na medida em que um credor da sociedade para a qual a obrigação foi transferida em conformidade com o projecto de cisão não conseguia satisfação, as sociedades beneficiárias respondem solidariamente por esta obrigação”. Em seguida, o mesmo número prevê uma limitação e uma dispensa dessa regra, ambas ao alcance dos Estados membros, nas respectivas legislações. É possível limitar a responsabilidade solidária ao activo *líquido* atribuído a cada uma das sociedades. A dispensa é possível quando a operação de cisão esteja sujeita ao controlo dum autoridade judiciária em conformidade com o art. 23.º e uma maioria dos credores, representando três quartos do montante dos créditos, ou uma maioria dum categoria de credores da sociedade cindida, representando três quartos do montante dos créditos desta categoria, renunciou a fazer valer esta responsabilidade solidária, em assembleia realizada consoante o disposto no artigo 23, parágrafo 1, ponto c).

O segundo sistema de protecção dos credores sociais consiste na prescrição, pelos Estados membros, de responsabilidade solidária das sociedades beneficiárias pelas obrigações da sociedade cindida. Nesse caso, pode deixar de ser aplicado o disposto nos parágrafos antecedentes (art. 12.º n.º 6).

Finalmente, é prevista a combinação dos dois sistemas e para esse caso é permitido limitar a responsabilidade solidária ao activo líquido atribuído a cada uma delas (art. 12.º n.º 7).

O sistema português vigente e projectado conjuga os dois factores: solidariedade e garantias, estas últimas através da oposição dos credores. Em regra existe solidariedade, mas conforme os casos, essa solidariedade é estabelecida entre a sociedade cindida e as novas sociedades ou sociedades incorporantes de elementos patrimoniais destacados daquela ou apenas entre estas últimas; se se trata de modalidade de cisão em que a sociedade cindida subsiste, verifica-se a primeira hipótese. Cada uma das sociedades beneficiárias só responde, contudo, até ao valor das entradas recebidas.

Pode, todavia, convencionar-se que as sociedades beneficiárias da cisão só responderão, sem solidariedade, por parte do passivo da sociedade cindida (DL n.º 598/73, art. 22.º n.º 4; proj. CS art. 130.º n.º 4). Noutra ocasião (*Cisão de Sociedades*, págs. 60) notei que este preceito presta-se a confusões, mas deve ser interpretado como a parte final do art. 386.º n.º 1 da Lei francesa de 1966, no qual se inspirou: “ne seront tennues que de la parte du passif de la société scindée mise à la charge respective et sans solidarité entre elles”.

Os credores da sociedade cindida não ficam, todavia, desprotegidos pela falta de solidariedade convencionada na cisão. Para tal hipótese e para todas as hipóteses de cisão-fusão, o art. 23.º do DL n.º 598/73, bem como para todas as hipóteses de cisão-fusão, manda aplicar, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 11.º e 12.º, ou seja o direito de oposição dos credores sociais.

Este direito de oposição satisfaz o preceituado na Directiva, visto que impede a inscrição definitiva no registo comercial (e, portanto, a produção dos efeitos da cisão), até que o crédito tenha sido satisfeito ou caucionado, salvo desistência ou acordo do credor ou julgamento da falta de fundamento da oposição.

16. ARTIGO 13.º — DIREITOS DE PORTADORES DE TÍTULOS

Os portadores de títulos, que não sejam acções, aos quais estejam atribuídos direitos especiais devem gozar, no seio das sociedades beneficiárias contra as quais estes títulos podem ser invocados em conformidade com o projecto de cisão, direitos pelo menos equivalentes àqueles de que gozavam na sociedade cindida, salvo se a modificação destes direitos tiver sido aprovada por uma assembleia dos portadores destes títulos, no caso de a lei nacional prever tal assembleia, ou pelos portadores destes títulos individualmente, ou ainda se estes portadores tiverem o direito de obter a compra dos seus títulos pela sociedade — artigo 13.º.

Disposição semelhante encontra-se no art.º 15.º da Terceira Directiva, a propósito da qual notei que o DL n.º 593/73 nada dispunha a esse propósito. Já assim não acontece, porém, no proj. C.S. , cujo art. 117.º, para a fusão, e, nos termos conhecidos, para a cisão, a doutrina da Directiva. Como esta admite que a legislação nacional preveja assembleias de

portadores destes títulos, o art. 117.º aproveitou para permitir essas assembleias e estabelecer o *quorum* deliberativo. Dispõe ele:

“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) Por 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) Por 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”.

17. ARTIGO 14.º — FORMA DA CISÃO

Determina o art.º 14.º da Sexta Directiva que “se a legislação de um Estado membro não prevê para as cisões um controlo preventivo judicial ou administrativo de legalidade, ou este controlo não incide sobre todos os actos necessários à cisão, aplica-se o artigo 16.º, da directiva 78/855/CEE”.

Lembremos que o art.º 16.º da directiva 78/855/CEE tem dois parágrafos, do seguinte teor: “1. Se a legislação de um Estado membro não prevê para as fusões um controlo preventivo judicial ou administra-

tivo de legalidade, ou este controlo não incide sobre todos os actos necessários à fusão, as actas das assembleias gerais que decidem a fusão e, sendo caso disso, o contrato de fusão posterior a estas assembleias gerais devem revestir a forma de acto autêntico. No caso de a fusão não ter de ser aprovada pelas assembleias gerais de todas as sociedades que se fundem, o projecto de fusão deve revestir a forma de acto autêntico. 2. O notário ou a autoridade competente para intervir na outorga do acto autêntico deve verificar e atestar a existência e a legalidade dos actos e formalidades praticados pela sociedade junto da qual ele intervém”.

Tanto o DL n.º 598/73 como o proj. CS não exigem um controlo prévio judicial da cisão. É duvidoso que a fiscalização a operar — nos termos gerais — pelo conservador do registo comercial constitua o “controlo por autoridade administrativa” previsto nas duas directivas.

De qualquer forma, a legislação portuguesa actual e projectada satisfaz o preceituado da directiva para a hipótese de falta de controlos das duas espécies.

Note-se que só no caso de cisão-fusão poderá existir um contrato semelhante ao contrato de fusão, mas em todas as modalidades de cisão existe um *acto de cisão*, a outorgar em escritura pública.

Quanto às actas de assembleias gerais, já o art.º 6.º do DL n.º 598/73 exige que elas fossem lavradas por notário, em instrumento avulso.

18. ARTIGO 15.º — DATA DA EFICÁCIA DA CISÃO

O art.º 15.º da Sexta Directiva remete para as legislações nacionais a determinação da data a partir da qual a fusão produz efeitos.

O art.º 14.º do DL n.º 598/73 estabelece os efeitos da fusão e liga-os à inscrição da fusão no registo comercial. Esse art. 14.º é mandado apli-

car, pelo art.º 29.º, à cisão-dissolução, e pelo art.º 30.º n.º 1, à cisão-fusão. No proj. CS, o art.º 127.º procede à já várias vezes mencionada remissão geral para os preceitos relativos à fusão e entre estes encontra-se o art.º 149.º, onde os efeitos da fusão são marcados em termos coincidentes com os do actual art.º 14.º.

Deve contudo, notar-se a existência de um preceito — art.º 15.º do DL n.º 598/73 e art.º 120.º do proj CS — onde se admite a sujeição da fusão — e consequentemente da cisão — a condição ou a termo e do qual podem resultar dois diferimentos da eficácia da cisão, um inerente à condição ou termo suspensivos, outro resultante da espera por eventual decisão judicial.

19. ARTIGO 16.º — PUBLICIDADE DA FUSÃO

O art.º 16.º n.º 1 da Sexta Directiva dispõe que “a cisão deve ser objecto duma publicidade efectuada segundo os moldes previstos pela legislação de cada Estado membro em conformidade com o artigo 3 da directiva 68/151/CEE para cada uma das sociedades participantes na cisão”. O n.º 2 do mesmo artigo estabelece que “qualquer sociedade beneficiária pode ela própria proceder às formalidades de publicidade respeitantes à sociedade cindida”.

Para os efeitos do nosso direito, há que distinguir dois aspectos: a imposição da publicidade e os modos, por que esta é efectuada. Quanto a estes modos, como o legislador português terá de modificar o seu sistema de publicidade para dar cumprimento ao disposto na Primeira Directiva (68/151/CEE), a publicidade da cisão seguirá os novos moldes, os quais estão em parte previstos no proj. C.S. e noutra parte dependem da adaptação da legislação complementar, em particular do Regulamento do Registo Comercial.

Quanto à imposição da publicidade, já o registo era especialmente regulado no DL n.º 598/73 e continua a ser no proj. CS., art.º 118º, respeitante ao registo definitivo da fusão (e da cisão), devendo recordar-se que o registo provisório e a respectiva publicação têm lugar quanto ao projecto de fusão (cisão).

O n.º 2 do art.º 16.º da Directiva não tem correspondente no nosso direito vigente ou projectado, nem o podia ter com a extensão com que aparece na directiva, visto que ele não se justifica para a cisão simples, que o nosso direito admite. Talvez pudesse ser reproduzido para a cisão-dissolução ou para os casos de cisão-fusão total, mas equivalente efeito prático é conseguido pela aplicação do art.º 13.º, n.º 3 do DL n.º 598/73 (art. 118.º n.º 2 proj. CS), segundo o qual o conservador do registo comercial que ordenar a inscrição definitiva deve promover officiosamente o cancelamento no registo comercial da inscrição das sociedades extintas por virtude da fusão.

20. ARTIGO 17.º — EFEITOS DA CISÃO

Lê-se no artigo 17.º n.º 1 da Sexta Directiva: “A cisão produz *ipso iure* e simultaneamente os efeitos seguintes:

- a) A transmissão tanto entre a sociedade cindida e as sociedades beneficiárias como relativamente a terceiros, do conjunto do património activo e passivo da sociedade cindida para as sociedades beneficiárias; esta transmissão efectua-se por partes em conformidade com a repartição prevista no projecto de cisão ou no artigo 3 parágrafo 3.
- b) Os accionistas da sociedade cindida tornam-se accionistas de uma

ou das sociedades beneficiárias, em conformidade com a repartição prevista no projecto de cisão.

c) A sociedade cindida deixa de existir”.

Corresponde este artigo 17.º n.º 1 ao art.º 19.º n.º 1 da Terceira Directiva, com as adaptações necessárias por este último tratar de fusão e o primeiro de cisão. Assim, a Sexta Directiva contempla e a Terceira Directiva não podia contemplar a repartição do património da sociedade cindida.

No direito português vigente e projectado, os efeitos da cisão reportam-se ao preceituado quanto a cisão, mas o Decreto-Lei n.º 589/73, não continha remissão expressa a propósito da cisão simples, certamente porque o art.º 14.º, para o qual o diploma remete nos casos de cisão-dissolução e de cisão-fusão, compreende a extinção da sociedade (neste caso, cindida), fenómeno que não ocorre no caso de cisão simples. Produzem-se, contudo, na cisão simples, aqueles efeitos *comuns* a todas as modalidades de cisão admitidas pelo direito português, ou sejam, a transmissão de parte do património — ou só lado activo ou também do lado passivo — da sociedade cindida para a sociedade beneficiária (nova sociedade) e os accionistas da sociedade cindida tornam-se accionistas da nova sociedade resultante da cisão, na proporção constante do projecto de cisão.

O proj. CS, art.º 119.º não introduz inovações a esse respeito.

No meu estudo sobre a adaptação do nosso direito à Terceira Directiva fiz algumas observações que não aparecem reflectidas no texto do projecto, por ter chegado à conclusão de que não valia a pena fazê-lo. Diz o início do art.º 19.º n.º 1, como também diz o início do art.º 17.º n.º 1, que “A fusão (cisão) produz *ipso iure* e simultaneamente os seguintes efeitos”; tais duas características não aparecem expressamente nos preceitos portugueses.

Em primeiro lugar, o texto das directivas reporta os efeitos à *fusão* ou *cisão* e nesse aspecto é impreciso, pois não refere o momento exacto do processo de fusão ou cisão em que os efeitos se produzem; o texto português é nesse aspecto mais claro, pois indica concretamente a inscrição definitiva da fusão (cisão) no registo comercial.

Em segundo lugar e por causa do que fica dito, é manifesto, por um lado, que os efeitos se produzem *ipso iure* — ou seja, neste caso, pela

simples inscrição definitiva no registo comercial sem qualquer outro acto seja de quem for — e simultaneamente — isto é, neste caso, um só facto, a inscrição definitiva, produz todos os efeitos consignados nos referidos textos.

Têm também cabimento quanto à Sexta Directiva observações que fiz quanto à Terceira Directiva, a respeito da “dissolução sem liquidação” de que falam as definições das modalidades de fusão e da “extinção” de que fala o art.º 19.º n.º 1 (17.º n.º 1, para a cisão). Não há dúvida de que a sociedade ou as sociedades fundidas ou a sociedade cindida se *extinguem*, como os textos dizem a propósito dos efeitos dessas operações, nem irrazoável supor que essa extinção é realidade diferente da “dissolução sem liquidação”, mas por isso mesmo não se vê motivo válido para a diferença de terminologia. Como entendi no estudo anterior e contínuo a entender, falar em *extinção* ou *dissolução sem liquidação* é questão de palavras; importante é não supôr que se trata de realidades diferentes, designadamente supôr que no processo de fusão ou de cisão existe um primeiro acto ou efeito, a dissolução, a que mais tarde acresceria um outro efeito, a extinção. Por isso o proj. CS se abstém de falar em “dissolução sem liquidação” nos casos de fusão e de cisão.

21. ARTIGO 18.º — RESPONSABILIDADE DOS MEMBROS DOS ÓRGÃOS DA SOCIEDADE CINDIDA.

O art.º 18.º da Sexta Directiva concentra a matéria dos art.º 20.º e 21.º da Terceira Directiva. Manda ele que os Estados membros organizem pelo menos a responsabilidade civil para com os accionistas da sociedade cindida, dos membros do órgão de administração ou de direc-

ção desta sociedade por motivo das faltas cometidas por membros desse órgão a quando da preparação e da realização da cisão, bem como a responsabilidade civil dos técnicos encarregados de elaborar para essa sociedade o relatório previsto no art.º 8.º, por motivo de faltas cometidas por esses técnicos no cumprimento da sua missão.

No domínio do DL n.º 598/73, a responsabilidade dos órgãos da sociedade cindida apenas estava estabelecida para o caso de cisão-fusão — art.º 30.º n.º 1, que remete para o art.º 16.º (“Responsabilidade emergente da conclusão da fusão”) e para o art.º 17.º (“Efectivação da responsabilidade no caso de extinção da sociedade”). A remissão feita pelo já citado art.º 127º do proj. CS torna aplicável a todas as modalidades de cisão o disposto nos art.º 121º e 122º, correspondentes aos art.º 16.º e 17.º do DL n.º 598/73.

Não está incluída nestes preceitos a responsabilidade dos técnicos, mas, por outro lado, prevêm eles a responsabilidade dos membros dos órgãos de administração e dos membros dos órgãos de fiscalização (e não só dos primeiros) e cominam responsabilidade não só para com os sócios, mas também para com a própria sociedade e para com os credores desta.

22. ARTIGO 19.º — NULIDADE DA CISÃO

Evitar nulidades tem sido preocupação das Directivas da CEE relativas a sociedades. Na Primeira Directiva, restringem-se as nulidades dos contratos de sociedade; na Terceira Directiva, são restringidas as nulidades das fusões; a Sexta Directiva considera “que, para garantir a segurança jurídica tanto nas relações entre as sociedades participantes na cisão como nas relações entre estas e os terceiros e bem assim entre os accionistas, devem limitar-se os casos de nulidade e estabelecer-se, de um lado, o princípio da regularização sempre que possível e, de outro lado, um prazo breve para invocar a nulidade”. Para este efeito, é editado o extenso art.º 19.º.

Começa o art.º 19.º por uma cominação dirigida aos Estados membros: estes só podem organizar o regime das nulidades da cisão nas condições estabelecidas no mesmo artigo, as quais são:

- a) A nulidade deve ser pronunciada por decisão judicial;
- b) A nulidade duma cisão que se tornou eficaz no sentido do artigo 15 só pode ser pronunciada por falta ou de controlo preventivo judicial ou administrativo da 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 cisão é oponível àquele que invocar 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 cisão, o tribunal competente concede às sociedades interessadas um prazo para regularizar a situação;
- e) A decisão que declare a nulidade da cisão é objecto duma publicidade efectuada pelos modos previstos na legislação de cada Estado membro, de harmonia com o artigo 3.º da directiva 68/151/CEE;
- f) 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 cisão não afecta por si só a validade das obrigações nascidas contra ou a favor das sociedades beneficiárias, antes da publicidade da decisão e posteriormente à data referida no artigo 15.º;
- h) Cada uma das sociedades beneficiárias responde pelas obrigações respectivas constituídas depois da data em que a cisão produziu

efeito e antes da data em que a decisão declarativa da nulidade da cisão foi publicada. A Sociedade cindida responde também por estas obrigações; os Estados membros podem prever a limitação desta responsabilidade ao activo líquido atribuído à sociedade beneficiária relativamente à qual foram constituídas.

O n.º 2 do mesmo artigo declara que, em derrogação do parágrafo 1, al. a), a legislação de um Estado membro pode também fazer declarar a nulidade da cisão 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 não pode ser iniciado depois de decorridos seis meses a contar da data mencionada no artigo 15.º.

Pelo n.º 3 do art.º 19.º não ficam prejudicadas as legislações dos Estados membros relativas à nulidade de uma cisão declarada no seguimento de um controlo diferente do controlo judicial ou administrativo de legalidade.

Exceptuada a alínea h) do n.º 1 — a qual recebeu uma redacção adaptada à cisão — o art.º 19.º da Terceira Directiva corresponde quase *ipsis verbis* ao art.º 22.º da Terceira Directiva.

O DL n.º 598/73 nada dispunha quanto à nulidade de fusões ou de cisões. O art.º 124.º do proj. CS extraiu para as fusões aquilo que do preceito comunitário interessa ao nosso direito. Assim, determina que: a nulidade da fusão só pode ser declarada por decisão judicial; a nulidade da fusão só pode ser declarada por falta de escritura pública ou se previamente tiver sido declarada nula ou anulada alguma das deliberações das assembleias gerais; a acção declarativa da nulidade da fusão só pode ser proposta enquanto não tiverem sido sanados os vícios existentes, mas não depois de decorridos seis meses a contar da publicação da fusão definitivamente registada ou da publicação da sentença transitada em julgado que declare nula ou anule alguma das deliberações de assembleias gerais, conforme o prazo que mais tarde terminar; o tribunal não declarará a nulidade da fusão se o vício que a produz fôr sanado no prazo que fixar; a declaração judicial na nulidade está sujeita à mesma publicidade exigida para a fusão; os efeitos dos actos praticados pela sociedade incorporante depois da inscrição definitiva 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 contraí-

das pela sociedade incorporante durante esse período; do mesmo modo respondem as sociedades fundidas pelas obrigações contraídas pela nova sociedade, se a fusão for declarada nula.

Este preceito é tornado aplicável à cisão, com as necessárias adaptações, pela remissão ordenada no art.º 127.º.

23. ARTIGO 20.º — CISÃO DE SOCIEDADE DE CUJAS ACÇÕES SEJAM TITULARES AS SOCIEDADES BENEFICIÁRIAS

A Terceira Directiva contém um Capítulo IV epigrafado “Absorção de uma sociedade por uma outra que possua 90% ou mais das acções da primeira”, dentro do qual o art.º 24.º prevê a hipótese de todas as acções e títulos com direito de voto da sociedade absorvida ou incorporada pertencerem à sociedade absorvente ou incorporante.

O art.º 20.º da Sexta Directiva prevê uma situação semelhante: as sociedades beneficiárias da cisão serem, no seu conjunto, titulares de todas as acções da sociedade cindida e dos outros títulos desta que conferiram direito de voto em assembleia geral. Manifestamente, a hipótese não pode ocorrer na cisão por constituição de novas sociedades e por isso o art.º 22.º não manda aplicar o art.º 20.º a essa modalidade de cisão.

A especialidade do caso consiste em os Estados membros poderem dispensar a aprovação da cisão pela assembleia geral da sociedade cindida — faculdade de escasso valor prático, precisamente pela repartição do capital accionista em que a especialidade se funda e que muito deve facilitar a realização da assembleia geral da sociedade cindida.

O exercício desta faculdade pelos Estados membros é sujeito a rigoroso condicionamento, pois devem estar reunidas quatro condições:

- a) A publicidade prescrita no art.º 4.º ser feita para cada uma das sociedades participantes na operação pelo menos um mês antes de esta produzir efeitos;
- b) Todos os accionistas das sociedades participantes na operação terem, pelo menos um mês antes de a operação produzir efeito, o direito de tomar conhecimento, na sede da sua sociedade, dos documentos indicados no art.º 9 parágrafo 1, aplicando-se também os parágrafos 2 e 3 desse artigo.
- c) Um ou mais accionistas da sociedade cindida titular de uma percentagem não inferior a 5% do capital subscrito terem o direito de obter a convocação duma assembleia para se pronunciar sobre a aprovação da cisão.
- d) Na falta de convocação de assembleia geral da sociedade cindida para se pronunciar sobre a aprovação da cisão, a informação exigida no art.º 7.º parágrafo 3 respeita a qualquer modificação importante do património activo e passivo ocorrida depois da elaboração do projecto de cisão.

O DL n.º 598/73 não contém disposição semelhante. O proj. CS, art.º 123.º, trata da “Incorporação de sociedade totalmente possuída por outra” e observa o disposto na directiva. A remissão feita apelo art.º 127.º pode funcionar, neste caso com bastantes adaptações.

24. ARTIGO 21.º — NOÇÃO DE CISÃO POR CONSTITUIÇÃO DE NOVAS SOCIEDADES

A noção de cisão por constituição de novas sociedades — *scission par constitution de nouvelles sociétés, scissione mediante costituzione di nuove società, division by the formation of new companies, Spaltung durch Gründung neuer Gesellschaften* — é dada no art.º 25.º n.º 1, da Sexta Directiva; e operação pela qual, em seguida a dissolução sem liquidação, uma sociedade transfere para várias sociedades constituídas de novo conjunto do seu património activa e passivamente, mediante a atribuição aos accionistas da sociedade cindida de acções das sociedades beneficiárias e eventualmente de uma importância (“soulte”, diferença, tornas) não superior a dez por cento do valor nominal das acções atribuídas ou, na falta de valor nominal, do seu valor contabilístico.

Comparando as noções de cisão por absorção (art.º 2.º, n.º 1) e cisão por constituição de novas sociedades (art. 21.º, n.º 1) verifica-se que a diferença é expressa apenas pelas palavras “nouvellement constituées” apostas a “plusieurs sociétés”. Daí se deduz, como dissemos no comentário ao art.º 2.º, n.º 1, que a cisão por absorção pressupõe a prévia existência das sociedades beneficiárias; a cisão por constituição de novas sociedades, como o nome indica, supõe que as sociedades beneficiárias serão constituídas com os “apports” provenientes da sociedade cindida.

Compreende-se a correlação entre as duas modalidades de cisão. Estranho seria que a preexistência ou a novidade das sociedades beneficiárias constituísse factor respectivamente permissivo ou impeditivo, da operação; essencial é o funcionamento da sociedade cindida e as circunstâncias referidas das sociedades às quais vão ser atribuídas as partes do património daquelas são elementos acidentais, que podem exigir algumas adaptações mas não alteram a estrutura da operação.

Acentuemos um elemento comum às duas modalidades de cisão, não vá pensar-se que ele é dispensado na cisão por constituição de novas sociedades: também nesta hipótese a sociedade dissolve-se e o seu património é totalmente dividido e atribuído às novas sociedades.

A noção de cisão por constituição de novas sociedades deixa uma dúvida grave quanto à constituição das sociedades beneficiárias: saber se esta obedece às regras gerais de constituição de sociedades (existência de

outros sócios e entradas a efectuar por estes) ou se a constituição das novas sociedades é obra exclusiva da sociedade cindida.

Antes de vermos o que se passa a tal respeito no direito português, convém observar algumas disposições do direito francês.

O art.º 375.º da Lei de 24 de Julho de 1966 regula a fusão e a cisão, declarando nos seus três trechos:

“Uma sociedade mesmo em liquidação, pode ser absorvida por uma outra sociedade ou participar na constituição duma sociedade nova, por via de fusão.

“Ela pode também efectuar transmissão (“faire apport”) do seu património a sociedades existentes ou participar com estas na constituição de sociedades novas, por via de fusão-cisão.

“Ela pode enfim efectuar transmissão (“faire apport”) do seu património a sociedades novas, por via de cisão”.

Mais conciso, o art.º 1884-4 alínea 2 do Código Civil francês, remodelado, diz que a sociedade “pode também transmitir o seu património, por via de cisão a sociedades existentes ou a sociedades novas.

Sem entrar agora em discussões doutrinárias — designadamente quanto ao conceito de cisão — notemos que parte da doutrina francesa, com base no referido artigo, elaborava o seguinte quadro de modalidades de cisão: cisão pura e simples, quando as partes do património cindido são atribuídas a sociedades novas; cisão-fusão por absorção, quando a atribuição é feita a sociedades existentes, quando cada uma destas absorve parte do património da sociedade cindida; fusão-cisão por combinação, quando cada uma das sociedades preexistentes transmite a totalidade do seu património e a sociedade cindida entra com uma parte do seu património, para a constituição duma sociedade nova.

Em qualquer dos casos, a sociedade cindida extingue-se, pois a cisão é considerada “l'éclatement d'une société, entraînant la disparition de celle-ci, par transmission de la totalité du patrimoine social, activement et passivement, à deux ou plusieurs autres sociétés” (Hémard, Terré, Mabilat, Société Commerciales, III, págs. 598).

Na Secção especialmente dedicada à fusão e cisão das sociedades anónimas, o art.º 383.º, trecho 2 determina: “Cada uma das sociedades

novas pode ser constituída sem outra entrada (*apport*) além do efectuado pela sociedade cindida. Nesse caso, a assembleia geral dos accionistas desta pode transformar-se de pleno direito em assembleia geral constitutiva de cada uma das sociedades provenientes da cisão e deve proceder-se em conformidade com as disposições que regem a constituição das sociedades anónimas. As acções emitidas pelas sociedades novas são então directamente atribuídas aos accionistas da sociedade cindida”.

Como complemento técnico — aliás, muito discutível — o art.º 259.º do D. n.º 67-836 diz que “nesse caso, os bens transmitidos pela sociedade cindida consideram-se indivisos entre os accionistas desta sociedade para a aplicação do artigo 86.º, alínea 3, da lei precitada” (art.º 86.º, alínea 3 dispensa a verificação das entradas em espécie quando a sociedade é constituída apenas entre os proprietários indivisos das entradas).

Trouxemos à colação estes preceitos franceses para mostrar que na cisão pura e simples — chamada na 6.ª Directiva cisão por constituição de novas sociedades — é possível e admitida pela legislação de uns Estados membros da CEE a constituição das sociedades beneficiárias por simples actuação da sociedade cindida, designadamente sem intervenção de outros sócios e portanto sem outras entradas.

Já vimos que o art.º 18.º, n.º 1, al. b) do DL n.º 598/73 e o art.º 125.º n.º 1, al b) proj. CS admitem uma modalidade, denominada “cisão-dissolução” em que a sociedade se dissolve e divide o seu património, sendo cada uma das partes resultantes destinada a constituir uma nova sociedade, e bem assim que uma das sub-modalidades da cisão-fusão (citados artigos, al. c)) consiste na divisão do património, dissolvendo-se a sociedade, em duas ou mais partes, para as fundir com partes do património de outras sociedades, separadas por idêntico processo e com igual finalidade.

Nos dois casos há criação de novas sociedades, beneficiárias das partes do património da sociedade cindida. Contudo, enquanto na cisão-dissolução as novas sociedades são constituídas por acção exclusiva da sociedade cindida, na referida sub-modalidade da cisão fusão intervêm todas as sociedades cujos patrimónios se dividem para parcialmente se fundirem e por isso, o art.º 32.º n.º 1 do DL n.º 598/73 (art. 136.º, n.º 1, do proj. CS) prescreve que “na constituição de novas sociedades por cisões fusões simultâneas de várias sociedades podem intervir apenas estas”.

Temos, pois, dois desvios às regras normais de constituição de sociedades: no caso de cisão-dissolução, a sociedade cindida procede, *só por si*, à constituição das novas sociedades, as quais não ficam impessoais, visto que logo no acto de constituição as participações são atribuídas aos sócios da sociedade cindida; no caso de cisão-fusão sendo anónima a sociedade beneficiária, não intervém na constituição o número mínimo normal de pessoas.

O art.º 21.º n.º 1, da Sexta Directiva não contém nenhuma referência ao modo de constituição das sociedades beneficiárias; apenas prevê que, nessa modalidade de cisão, estas sociedades se *constituam de novo*. E, portanto, indiferente que nessa constituição sejam observadas as regras normais ou que sejam aplicadas regras específicas das legislações nacionais. Afigura-se, pois, que o sistema existente na legislação portuguesa pode ser mantido.

Paralelamente à cisão por absorção, o art.º 21.º, n.º 1, admite uma importância em dinheiro não superior a 10% das acções atribuídas aos accionistas da sociedade cindida. A “soulte” entende-se facilmente na cisão-fusão, pois será paga pela sociedade absorvente, para acertos de contas exigidas pela relação de troca das acções desta com o valor da parte do património recebida. Na cisão por constituição de novas sociedades é difícil determinar a proveniência da “soulte”; não poderá provir da sociedade cindida, cujo património deve ser totalmente dividido e atribuído às novas sociedades; estranho é que provenha das novas sociedades, que assim ficariam beneficiárias de “apports”, de parte dos quais logo se desfariam.

O art.º 21.º, n.º 2, manda aplicar o art.º 4.º parágrafo 2.º da Directiva 78/855/CEE. Trata-se das sociedades em fase de liquidação e nada há a acrescentar ao que já dissemos a propósito do art.º 2.º n.º 2.

25. ARTIGO 22.º — REGULAMENTAÇÃO DA CISÃO POR CONSTITUIÇÃO DE NOVAS SOCIEDADES

A Sexta Directiva adoptou o método de tratar em dois Capítulos a cisão-absorção e a cisão por constituição de novas sociedades. Tendo no Capítulo I regulado pormenorizadamente a primeira daquelas modalidades, para a segunda delas a directiva procede por meio de remissões ou algumas adaptações.

Assim, o art.º 22.º n.º 1, manda aplicar à cisão por constituição de novas sociedades os art.ºs 3.º, 4.º, 5.º e 7.º, o art.º 8.º parágrafo 1 e 2 e os artigos 9.º a 19.º, sem prejuízo dos art.ºs 11.º e 12.º da directiva 68/151/CEE. De todo o Capítulo I ficam excluídos apenas o art.º 2.º, onde se contem a noção de cisão por absorção, o art.º 6.º — dispensa de aprovação da cisão pelas sociedades absorventes — e o art.º 8.º parágrafo 3, que, por natureza, não podiam ter aplicação nesta modalidade.

O n.º 2 do art.º 22.º é algo enigmático. Manda ele que o projecto de cisão mencione, além das indicações enumeradas no art.º 3.º parágrafo 2, a forma, a denominação e a sede de cada uma das novas sociedades, o que só pode ser entendido relativamente *ao futuro*, pois ainda se está no *projecto* de cisão.

Mas sendo assim, o parágrafo parece desnecessário, uma vez que o projecto deve conter ou juntar como anexo o acto constitutivo e os estatutos de novas sociedades, onde aquelas menções necessariamente constarão.

Merece atenção especial a referência a “forma” das sociedades, que parece dever ser entendida como “tipo” das sociedades (vide art.º 3.º n.º 2, al. a) da Sexta Directiva e art.º 5.º n.º 3, al. a) da Terceira Directiva). Trata-se das “formas” das sociedades novas, não da sociedade cindida, pois esta, na Sexta Directiva, é sempre sociedade anónima. Portanto, essa referência a “forma” mostra que as “novas sociedades” podem ser de tipo diferente do da sociedade cindida. Estranho é, pois, que o art.º 22.º n.º 1 e 5 falem somente em *acções* das novas sociedades, como se esta só pudesse ser sociedade por acções. Fica-se na dúvida sobre qual o factor prevalente, embora na dúvida, a balança deva pender para a liberdade de tipo das sociedades beneficiárias — falamos de liberdade teórica, pois as circunstâncias podem determinar a solução prática.

Manda o parágrafo 3 que o projecto de cisão e, caso sejam objecto de acto separado, o acto constitutivo ou o projecto de acto constitutivo e os estatutos ou o projecto de estatutos das novas sociedades sejam aprovadas pela assembleia geral da sociedade cindida. Tem correspondência no art.º 19.º n.º 1, alínea h) do DL n.º 598/73 e no art.º 105.º n.º 1 al. f) do proj. CS.

Os n.ºs 4 e 5 do art.º 22.º atribuem aos Estados membros faculdades de alijeiramento e de dispensa de certas formalidades normais. Os Estados membros podem prever que o relatório sobre a verificação das entradas que não consistam em dinheiro, visado no artigo 10 da directiva 77/91/CEE, bem como o relatório sobre o projecto de cisão, visado no artigo 8.º parágrafo 1 da presente directiva, sejam elaborados pelo mesmo ou pelos mesmos peritos. Podem também os Estados membros prever que deixem de ser aplicados os artigos 8.º e 9.º da Directiva, no caso de as acções de cada uma das novas sociedades serem atribuídas aos accionistas da sociedade cindida proporcionalmente aos seus direitos no capital desta sociedade. Esta última faculdade é, pelo menos no caso português, aconselhável, pois o relatório do perito sobre os bens e obrigações destacados tem importância, não só para os accionistas da sociedade cindida, como também para a verificação do capital das novas sociedades.

26. ARTIGO 23.º — CISÃO SOB CONTROLO DA AUTORIDADE JUDICIAL

O art.º 23.º da Sexta Directiva não tem paralelo na Terceira Directiva. Prevê ele que a operação de cisão esteja sujeita ao controle duma autoridade judicial, define esse controle e estabelece regras especiais para a cisão efectuada nessas circunstâncias.

No actual direito português, a hipótese não pode ocorrer, pois não há autoridade judicial que tenha sobre uma sociedade os poderes referi-

dos nesse artigo. Poderá perguntar-se se vale a pena dar esses poderes a uma autoridade judiciária, mas a resposta não depende de considerações relativas à cisão de sociedades. Se algum dia forem consideradas a sério as questões relativas a reorganização de sociedades, talvez venha a ser considerado vantajoso o aproveitamento deste preceito.

Limitamo-nos, pois, a transcrever o complexo art.º 23.º “1. Os Estados membros podem aplicar o parágrafo 3 quando a operação de cisão está submetida ao controle de uma autoridade judicial que tenha poder para:

- a) convocar a assembleia geral dos accionistas da sociedade cindida a fim de se pronunciar sobre a cisão;
- b) assegurar-se de que os accionistas de cada uma das sociedades participantes na cisão receberam ou podem conseguir pelo menos os documentos referidos no artigo 9 num prazo que lhes permita em tempo útil antes da data da reunião da assembleia geral da sua sociedade convocada para se pronunciar sobre a cisão; quando um Estado membro utiliza a faculdade prevista no art.º 6.º, o prazo deve ser suficiente para permitir aos accionistas das sociedades beneficiárias o exercício dos direitos que lhe são concedidos neste referido artigo;
- c) convocar qualquer assembleia de credores de cada uma das sociedades participantes na cisão a fim de se pronunciar sobre a cisão;
- d) assegurar-se de que os credores de cada uma das sociedades participantes na cisão receberam ou podem conseguir pelo menos o projecto de cisão num prazo que permita examiná-lo em tempo útil antes da data referida na alínea b);
- e) aprovar o projecto de cisão.

“2. Quando a autoridade judiciária verifica que as condições referidas no parágrafo 1 alíneas b) e d) estão preenchidas e que os accionistas e os credores não sofrerão prejuízos, pode dispensar as sociedades participantes de aplicar:

- a) o artigo 4.º, contanto que o sistema de protecção adequada dos interesses dos credores referido no artigo 12 parágrafo 1 cubra todos os créditos independentemente da data em que eles nasceram;
- b) as condições referidas no artigo 6 alíneas a) e b) quando um Estado membro aplica a faculdade prevista no dito artigo;
- c) o artigo 9 pelo que respeita ao prazo e às modalidades estabelecidas para permitir aos accionistas tomar conhecimento dos documentos aí referidos”.

27. ARTIGO 24.º — “SOULTE” SUPERIOR A DEZ POR CENTO

O Capítulo IV intitula-se “Outras operações assimiladas à cisão e é composto apenas por dois artigos.

O art.º 24.º dispõe que “Quando a legislação de um Estado membro permite, para uma das operações referidas no artigo 1.º, que a importância (“soulte”) em dinheiro ultrapasse a taxa de 10%, são aplicáveis os Capítulos I, II e III”.

O texto é, em si mesmo claro. Dúvidas surgem quando se compara o art.º 24.º com as partes finais dos art.º 2.º, n.º 1, e 21 n.º 1: — como é possível uma “soulte” superior a 10%, se aqueles dois outros preceitos determinam que ela não pode exceder 10%? A resposta parece dever ser retirada da distinção entre “cisão” e “operação assimilada à cisão”; a taxa de “soulte” determina diversas qualificações da operação: cisão, quando a “soulte” não ultrapassa 10% do valor das acções atribuídas operação assimilada à cisão.

Mas se assim fôr, será necessário cuidado quanto à espécie de operações consideradas “assimiladas” à cisão”, pois não é “assimilável” uma

operação em que a contrapartida consista totalmente em dinheiro, nem é seguro o montante da percentagem máxima permissiva da “assimilação”.

De qualquer modo, não se vê vantagem em permitir no direito português operações com pagamentos em dinheiro superiores aos 10 por cento.

28. ARTIGO 25.º — CISÃO SEM EXTINÇÃO DA SOCIEDADE CINDIDA

Segundo art.º 25.º, “quando a legislação de um Estado membro permite uma das operações visadas no artigo 1.º sem que a sociedade cindida deixe de existir, os capítulos I, II e III são aplicáveis, com excepção do artigo 17 parágrafo 1 alínea c)”. Esta alínea c) estabelece como efeito da cisão a extinção da sociedade cindida e, portanto, é por natureza inaplicável neste caso.

Procuraremos antes de mais proceder à interpretação literal deste artigo e em seguida trataremos de saber se, e no caso afirmativo como, se enquadram na directiva algumas figuras de legislações nacionais, incluindo a portuguesa.

O pressuposto de aplicação do art.º 25.º consiste em a legislação de um Estado membro permitir uma das operações visadas no art.º 1.º sem que a sociedade cindida cesse de existir. Pode dividir-se em dois: uma operação visada no art.º 1.º; por essa operação não cessou a existência da sociedade.

Operações referidas no art.º 1.º são — relembramos

a) a cisão por absorção, definida no art.º 2;

- b) a cisão por constituição de novas sociedades, definida no art.º 25.º;
- c) a combinação de cisão por absorção com cisão por constituição de novas sociedades.

É, portanto, relativamente a operações que possam ser qualificadas como cisão por absorção, cisão por constituição de novas sociedades ou combinação destas, por revestirem todos os pressupostos de uma delas *menos a dissolução da sociedade*, que se coloca a hipótese da qualificação como “operação assimiladas à cisão”, por faltar a dissolução da sociedade.

Por outro lado, as *únicas* “operações assimiladas à cisão” às quais são mandados aplicar os capítulos I, II e III da Sexta Directiva são as anteriormente definidas: cisões, em qualquer das modalidades previstas no art.º 1.º, em que falte a dissolução da sociedade.

Interessa também notar que o tratamento no Capítulo IV das “outras operações assimiladas à fusão” pode ser entendido de duas maneiras: ou se entende que, no pensamento do legislador comunitário, as únicas operações assimiladas e *assimiláveis* à cisão são as previstas nos art.ºs 24.º e 25.º da directiva; ou se entende que, no mesmo pensamento, as operações previstas nos art.ºs 24.º e 25.º são *aquelas* operações assimiladas que devem ser sujeitas à regulamentação estabelecida naqueles artigos.

Para os efeitos das legislações nacionais, é indiferente qual tenha sido o pensamento do legislador comunitário a esse respeito, pois em qualquer dos casos o resultado é o mesmo: no caso de uma legislação nacional admitir uma figura que, na mesma legislação nacional, se inclua no que ela considera “cisão” ou a esta se aproxime, e bem assim no caso de uma legislação nacional admitir uma figura que, por algum elemento se aproxime da “cisão” definida na legislação comunitária sem, no entanto, se integrar nessa figura ou nas “operações assimiláveis” o legislador nacional tem inteira liberdade para regulamentar essa figura sem necessidade de atender a algum dos comandos da Sexta Directiva.

Supomos que a tal respeito, na Alemanha o instituto denominado “Vermögensübertragung” pode causar problemas (Vide AktG, § 359, cedência em globo do património à República Federal, a um Land, a um sindicato de comunas ou a uma comuna; § 360, cedência do património, em globo, por uma sociedade cujo objecto seja o exercício do negócio de

seguros, a uma associação de seguros mútuos; § 361, cedência de todo o património de uma sociedade, por contrato, sem que a cedência seja abrangida pelos §§ 359 e 360). Não nos compete pronunciar sobre problemas de direito alemão, mas diríamos que a Vermögensübertragung não é uma “operação assimilada à cisão”, para os feitos do art.º 25.º da Sexta Directiva.

O mesmo diremos quanto ao *apport partiel d'actif*, sobretudo quando *apport de branche d'industrie*, conhecido nos direitos francês e belga, no primeiro dos quais — art.º 387.º da Lei de 24 de Julho de 1966 — é admitida a convenção pela qual a operação é submetida a algumas das disposições que regulam a cisão, tal como o direito francês a define.

Em Portugal, problemas podem surgir quanto à cisão simples — destaque de parte do património duma sociedade para com ela constituir outra sociedade; DL n.º 598/73, art.º 18.º n.º 1, al. a) e proj. CS art.º 125.º, n.º 1, al. a), convindo lembrar que só podem para este efeito ser destacados os elementos do património mencionados nos art.ºs 25.º e 131.º, respectivamente, daqueles diplomas.

A cisão simples não se integra em nenhuma das modalidades de cisão previstas no art.º 1.º da Sexta Directiva, pois a sociedade não se dissolve, nem o seu património é totalmente dividido para as respectivas partes serem atribuídas a sociedades existentes ou novas. Também não pode ser considerada uma operação assimilada à cisão, nos termos do art.º 25.º da Sexta Directiva, porque, embora a sociedade não se dissolva, o seu património não é totalmente repartido, como dissemos. Daí resulta que o legislador português tem inteira liberdade para admitir e regular a cisão simples, como entender, sem se preocupar com a Sexta Directiva.

Ao que fica dito não constitui obstáculo o facto de a lei portuguesa tratar o destaque de uma parte do património como “cisão” (simples). Se a Sexta Directiva tivesse estabelecido um conceito geral de cisão, poder-se-ia dizer que a nossa cisão simples não se incluiria nesse conceito, (no caso de tal conceito não a abranger), mas mesmo assim a directiva não impediria o legislador português de regulamentar, como entendesse, uma operação que a directiva não abrange.

Sucedo, porém, que na realidade o sistema português *ultrapassa* os comandos da Sexta Directiva. A cisão simples é, no direito português, uma modalidade de cisão, sujeita à generalidade dos preceitos reguladores

do instituto. Não poderá, pois, a legislação portuguesa ser criticada por não ter acautelado adequadamente os interesses envolvidos numa cisão-simples, embora esta não esteja coberta pela protecção comunitária.

29. ARTIGO 26.^o — DISPOSIÇÕES FINAIS

O art.^o 26.^o n.^{os} 1 e 2, está redigido tendo em atenção que a Sexta Directiva não obriga os Estados membros a admitirem nas suas legislações nacionais o instituto da cisão de sociedades ou operações assimiladas. Prevê, portanto, duas hipóteses: legislações nacionais que admitam essas operações; legislações nacionais que venham no futuro a admiti-las.

Os Estados membros devem pôr em vigor, antes de 1 de Janeiro de 1986, as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para obediência a Directiva, desde que nessa data permitam operações às quais a directiva se aplica.

Quando um Estado membro, depois de 1 de Janeiro de 1986, permite a operação de cisão, deve pôr em vigor as disposições indicadas no parágrafo anterior na data em que permitir esta operação.

O n.^o 3 do art.^o 26.^o é dedicado ao Reino Unido, permitindo que para as "unregistered companies", a directiva se aplique até cinco anos depois da data de entrada em vigor das disposições referidas no parágrafo 1.

O art.^o 26.^o n.^o 4 prevê a hipótese de, à data da entrada em vigor das disposições referidas nos parágrafos 1.^o e 2.^o, as sociedades terem emitido obrigações ou outros títulos convertíveis em acções e constar do acto de emissão destes a posição dos seus portadores no caso de cisão. Para essa hipótese, os Estados membros podem deixar de aplicar os art.^{os} 12.^o e 13.^o da directiva.

Regula o art.^o 26.^o n.^o 5 a aplicação das disposições de cumprimento da directiva às operações cujo processo estiver em curso. Os Estados

membros podem deixar de aplicar a directiva às cisões ou às operações assimiladas, às cisões para a preparação ou a realização das quais já foi praticado um acto ou uma formalidade, prescritos pela lei nacional, na data de entrada em vigor das disposições referidas nos parágrafos 1 ou 2.

30. ARTIGO 27.º — DESTINATÁRIOS

O art.º 27.º contém a habitual regra de destinatários: os Estados membros são destinatários da presente directiva.

SIXIÈME DIRECTIVE DU CONSEIL

du 17 décembre 1982

**fondée sur l'article 54 paragraphe 3 point g) du traité et concernant
les scissions des sociétés anonymes**

(82/891/CEE)

**LE CONSEIL DES COMMUNAUTÉS
EUROPÉENNES,**

vu le traité instituant la Communauté économique européenne, et notamment son article 54 paragraphe 3 point 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 point 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 par la directive 77/91/CEE ⁽⁶⁾ en ce qui concerne le constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital, par la directive 78/660/CEE ⁽⁷⁾ en ce qui concerne les comptes annuels de certaines for-

⁽¹⁾ JO n.° C 89 du 14.7.1970, p. 20

⁽²⁾ JO n.° C 129 du 11.2.1972, p. 50 et JO C 95 du 28.4.1975, p. 12

⁽³⁾ JO n.° 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. 1.

mes de sociétés et par la directive 78/855/CEE (8) en ce qui concerne les fusions de sociétés anonymes;

considérant que la directive 78/855/CEE n'a réglé que la question des fusions des sociétés anonymes et de certaines opérations assimilées; que, toutefois, la proposition de la Commission a également visé l'opération de scission; que l'Assemblée et le Comité économique et social se sont prononcés aussi en faveur d'une réglementation de cette opération;

considérant que, en raison des similitudes existant entre les opérations de fusion et de scission, le risque que les garanties données à l'égard des fusions par la directive 78/855/CEE soient éludées ne pourra être évité que s'il est prévu une protection équivalente en cas de scission;

considérant que la protection des intérêts des associés et des tiers commande de coordonner les législations des États membres concernant les scissions des sociétés anonymes lorsque les États membres permettent cette opération;

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 participant à la scission 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 (9);

considérant que les créanciers, obligataires ou non, et les porteurs d'autres titres des sociétés participant à la scission doivent être protégés afin que la réalisation de la scission ne leur porte pas préjudice;

considérant que la publicité prévue par la directive 68/151/CEE doit être étendue aux opérations relatives à la scission afin que les tiers en soient suffisamment informés;

considérant qu'il est nécessaire d'étendre les garanties assurées aux associés et aux tiers, dans le cadre de la procédure de scission, à certaines

(8) JO n.º L 295 du 5.3.1977, p. 36.

(9) JO n.º L 61 du 5.3.1977, p. 26.

opérations juridiques ayant, sur des points essentiels, des caractéristiques analogues à celles de la scission afin que cette protection ne puisse être éludée;

considérant que, pour assurer la sécurité juridique dans les rapports tant entre les sociétés participant à la scission qu'entre celles-ci et les tiers ainsi qu'entre les actionnaires, il y a lieu de limiter les cas de nullité et d'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,

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DIRECTIVE:

Article premier

1. Lorsque les États membres permettent, pour les sociétés relevant de leur législation et visées à l'article 1^{er} paragraphe 1 de la directive 78/855/CEE, l'opération de scission par absorption définie à l'article 2 de la présente directive, ils soumettent cette opération aux dispositions du chapitre I^{er} de cette dernière directive.

2. Lorsque les États membres permettent, pour les sociétés indiquées au paragraphe 1, l'opération de scission par constitution des nouvelles sociétés, définie à l'article 21, ils soumettent cette opération aux dispositions du chapitre II.

3. Lorsque les États membres permettent, pour les sociétés indiquées au paragraphe 1, l'opération par laquelle une scission par absorption, définie à l'article 2 paragraphe 1, est combinée avec une scission par constitution d'une ou de plusieurs nouvelles sociétés définie à l'article 21

paragraphe 1, ils soumettent cette opération aux dispositions du chapitre 1^{er} et à l'article 22.

4. L'article 1^{er} paragraphes 2 et 3 de la directive 78/855/CEE s'applique.

CHAPITRE PREMIER

Scission par absorption

Article 2

1. Au sens de la présente directive, est considérée comme scission par absorption l'opération par laquelle, par suite de sa dissolution sans liquidation, une société transfère à plusieurs sociétés l'ensemble de son patrimoine, activement et passivement, moyennant l'attribution aux actionnaires de la société scindée d'actions des sociétés bénéficiaires des apports résultant de la scission, ci-après dénommées "sociétés bénéficiaires", et, éventuellement, d'une soule en espèces ne dépassant pas 10% de la valeur nominale des actions attribuées ou, à défaut et valeur nominale, de leur pair comptable.

2. L'article 3 paragraphe 2 de la directive 78/855/CEE s'applique.

3. Pour autant que la présente directive renvoie à la directive 78/855/CEE, l'expression "sociétés qui fusionnent" désigne les sociétés participant à la scission, l'expression "société absorbée" désigne la société

scindée, l'expression "société absorbante" désigne chacune des sociétés bénéficiaires et l'expression "projet de fusion" désigne le projet de scission.

Article 3

1. Les organes d'administration ou de direction des sociétés participant à la scission établissent par écrit un projet de scission.

2. Le projet de scission mentionne au moins:

- a) la forme, la dénomination et le siège social des sociétés participant à la scission;
- b) le rapport d'échange des actions et, le cas échéant, le montant de la soulte;
- c) les modalités de remise des actions des sociétés bénéficiaires;
- 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 scindée sont considérées du point de vue comptable comme accomplies pour le compte de l'une ou l'autre des sociétés bénéficiaires;
- f) les droits assurés par les sociétés bénéficiaires 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 8 paragraphe 1, ainsi qu'aux membres des organes d'administration, de direction, de surveillance ou de contrôle des sociétés participant à la scission;

- h) la description et la répartition précises des éléments du patrimoine actif et passif à transférer à chacune des sociétés bénéficiaires;
- i) la répartition aux actionnaires de la société scindée des actions des sociétés bénéficiaires, ainsi que le critère sur lequel cette répartition est fondée.
3. a) Lorsqu'un élément du patrimoine actif n'est pas attribué dans le projet de scission et que l'interprétation de celui-ci ne permet pas de décider de sa répartition, cet élément ou sa contre-valeur est réparti entre toutes les sociétés bénéficiaires de manière proportionnelle à l'actif attribué à chacune de celles-ci dans le projet de scission.
- b) Lorsqu'un élément du patrimoine passif n'est pas attribué dans le projet de scission et que l'interprétation de celui-ci ne permet pas de décider de sa répartition, chacune des sociétés bénéficiaires en est solidairement responsable. Les États membres peuvent prévoir que cette responsabilité solidaire est limitée à l'actif net attribué à chaque bénéficiaire.

Article 4

Le projet de scission 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 ⁽¹⁾, pour chacune des sociétés participant à la scission, un mois au moins avant la date de la réunion de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet de scission.

⁽¹⁾ JO n.º L 65 du 14.3.1968, p. 9.

Article 5

1. La scission requiert au moins l'approbation de l'assemblée générale de chacune des sociétés à la scission. L'article 7 de la directive 78/855/CEE s'applique en ce qui concerne la majorité requise pour ces décisions, la portée de celles-ci ainsi que la nécessité d'un vote séparé.

2. Lorsque les actions des sociétés bénéficiaires sont attribuées aux actionnaires de la société scindée non proportionnellement à leurs droits dans le capital de cette société, les États membres peuvent prévoir que les actionnaires minoritaires de celle-ci peuvent exercer le droit de faire acquérir leurs actions. Dans ce cas, ils ont le droit d'obtenir une contrepartie correspondant à la valeur de leurs actions. En cas de désaccord sur cette contrepartie, celle-ci doit pouvoir être déterminée par un tribunal.

Article 6

La législation d'un État membre peut ne pas imposer l'approbation de la scission par l'assemblée générale d'une société bénéficiaire si les conditions suivantes sont remplies:

- a) la publicité prescrite à l'article 4 est faite, pour la société bénéficiaire, un mois au moins avant la date de la réunion de l'assemblée générale de la société scindée appelée à se prononcer sur le projet de scission;
- b) tous les actionnaires de la société bénéficiaire ont le droit, un mois au moins avant la date indiquée au point a), de pendre connaissance, au siège social de cette société, des documents indiqués à l'article 9 paragraphe 1;
- c) un ou plusieurs actionnaires de la société bénéficiaire 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 bénéficiaire appelée à se prononcer sur l'approbation de la scission. 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 7

1. Les organes d'administration ou de direction de chacune des sociétés participant à la scission établissent un rapport écrit détaillé expliquant et justifiant du point de vue juridique et économique le projet de scission et, en particulier, le rapport d'échange des actions ainsi que le critère pour leur répartition.

2. Le rapport indique en outre les difficultés particulières d'évaluation, s'il en existe.

Il mentionne également l'établissement du rapport sur la vérification des apports autres qu'en numéraire, visé à l'article 27 paragraphe 2 de la directive 77/91/CEE (2), pour les sociétés bénéficiaires, ainsi que le registre auprès duquel ce rapport doit être déposé.

3. Les organes de direction ou d'administration de la société scindée sont tenus d'informer l'assemblée générale de la société scindée ainsi que les organes de direction ou d'administration des sociétés bénéficiaires pour qu'ils informent l'assemblée générale de leur société de toute modification importante du patrimoine actif et passif intervenue entre la date de l'établissement du projet de scission et la date de la réunion de l'assemblée générale de la société scindée appelée à se prononcer sur le projet de scission.

(2) JO n.º L 26 du 31.1.1977, p. 1.

Article 8

1. Pour chacune des sociétés participant à la scission, un ou plusieurs experts indépendants de celles-ci, désignés ou agréés par une autorité judiciaire ou administrative, examinent le projet de scission et établissent un rapport écrit destiné aux actionnaires. Toutefois, la législation d'un État membre peut prévoir la désignation d'un ou de plusieurs experts indépendants pour toutes les sociétés participant à la scission, 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. L'article 10 paragraphe 2 et 3 de la directive 78/855/CEE s'applique.

3. Les États membres peuvent prévoir que le rapport sur la vérification des apports autres qu'en numéraire, visé à l'article 27 paragraphe 2 de la directive 77/91/CEE, et le rapport sur le projet de scission, visé au paragraphe 1 du présent article, sont établis par le même ou les mêmes experts.

Article 9

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 scission, de prendre connaissance, au siège social, au moins des documents suivants:

a) le projet de scission;

b) les comptes annuels ainsi que les rapports de gestion des trois derniers exercices des sociétés participant à la scission;

- 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 scission 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 participant à la scission, mentionnés à l'article 7 paragraphe 1;
- e) les rapports mentionnés à l'article 8.

2. L'état comptable prévu au paragraphe 1 point 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 10

Les États membres peuvent permettre que l'article 7, l'article 8 paragraphes 1 et 2 et l'article 9 paragraphe 1 points *c)*, *d)* et *e)* ne s'appliquent pas, si tous les actionnaires et les porteurs des autres titres conférant un droit de vote des sociétés participant à la scission y ont renoncé.

Article 11

La protection des droits des travailleurs de chacune des sociétés participant à la scission est organisée conformément à la directive 77/187/CEE (1).

Article 12

1. Les législations des États membres doivent prévoir un système de protection adéquat des intérêts des créanciers des sociétés participant à la scission pour les créances nées antérieurement à la publication du projet de scission 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 de la société scindée ainsi que celle de la société à laquelle l'obligation sera transférée conformément au projet de scission rend cette protection nécessaire et que ces créanciers ne disposent pas déjà de telles garanties.

(1) JO n.º L 61 du 5.3.1977, p. 26.

3. Dans la mesure où un créancier de la société à laquelle l'obligation a été transférée conformément au projet de scission n'a pas eu satisfaction, les sociétés bénéficiaires sont tenues solidairement pour cette obligation. Les États membres peuvent limiter cette responsabilité à l'actif net attribué à chacune de ces sociétés autres que celle à laquelle l'obligation a été transférée. Ils peuvent ne pas appliquer le présent paragraphe lorsque l'opération de scission est soumise au contrôle d'une autorité judiciaire conformément à l'article 23 et qu'une majorité des créanciers, représentant les trois quarts du montant des créances, ou une majorité d'une catégorie de créanciers de la société scindée, représentant les trois quarts du montant des créances de cette catégorie, a renoncé à faire valoir cette responsabilité solidaire lors d'une assemblée tenue conformément à l'article 23 paragraphe 1 point c).

4. L'article 13 paragraphe 3 de la directive 78/855/CEE s'applique.

5. Sans préjudice des règles relatives à l'exercice collectif de leurs droits, il est fait application des paragraphes 1 à 4 aux obligataires des sociétés participant à la scission, sauf si la scission a été approuvée par une assemblée des obligataires, lorsque la loi nationale prévoit une telle assemblée, ou par les obligataires individuellement.

6. Les États membres peuvent prévoir que les sociétés bénéficiaires sont tenues solidairement pour les obligations de la société scindée. Dans ce cas, ils peuvent ne pas appliquer les paragraphes précédents.

7. Lorsqu'un État membre combine le système de protection des créanciers visé au paragraphe 1 à 5 avec la responsabilité solidaire des sociétés bénéficiaires visée au paragraphe 6, il peut limiter cette responsabilité à l'actif net attribué à chacune de ces sociétés.

Article 13

Les porteurs de titres, autres que des actions, auxquels sont attachés des droits spéciaux doivent jouir, au sein des sociétés bénéficiaires contre lesquelles ces titres peuvent être invoqués conformément au projet de scission, de droits au moins équivalents à ceux dont ils jouissaient dans la société scindée, sauf si la modification de ces droits a été approuvée par une assemblée des porteurs de ces titres, lorsque la loi nationale prévoit un 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.

Article 14

Si la législation d'un État membre ne prévoit pas pour les scissions un contrôle préventif judiciaire ou administratif de légalité, ou que ce contrôle ne porte pas sur tous les actes nécessaires à la scission, l'article 16 de la directive 78/855/CEE s'applique.

Article 15

Les législations des États membres déterminent la date à laquelle la scission prend effet.

Article 16

I. La scission 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 participant à la scission.

2. Toute société bénéficiaire peut procéder elle-même aux formalités de publicité concernant la société scindée.

Article 17

1. La scission entraîne *ipso jure* et simultanément les effets suivants:

a) la transmission, tant entre la société scindée et les sociétés bénéficiaires qu'à l'égard des tiers, de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société scindée aux sociétés bénéficiaires; cette transmission s'effectue par parties conformément à la répartition prévue au projet de scission ou à l'article 3 paragraphe 3;

b) les actionnaires de la société scindée deviennent actionnaires d'une ou des sociétés bénéficiaires, conformément à la répartition prévue au projet de scission;

c) la société scindée cesse d'exister

2. Aucune action d'une société bénéficiaire n'est échangée contre les actions de la société scindée détenues:

a) soit par cette société bénéficiaire elle-même ou par une personne agissant en son nom propre mais pour le compte de la société;

b) soit par la société scindée 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 scindée. La ou les sociétés bénéficiaires auxquelles ces biens, droits ou obligations sont transférés conformément au projet de scission ou à l'article 3 paragraphe 3 peuvent procéder elles-mêmes à ces formalités; toutefois, la législation des États membres peut permettre à la société scindée de continuer 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 scission prend effet.

Article 18

Les législations des États membres organisent au moins la responsabilité civile, envers les actionnaires de la société scindée, des membres de l'organe d'administration ou de direction de cette société à raison des fautes commises par des membres de cet organe lors de la préparation et de la réalisation de la scission, ainsi que la responsabilité civile des experts chargés d'établir pour cette société le rapport prévu à l'article 8 à raison des fautes commises par ces experts ans l'accomplissement de leur mission.

Article 19

1. Les législations des États membres ne peuvent organiser le régime des nullités de la scission que dans les conditions suivantes:

- a) la nullité doit être prononcée par décision judiciaire;

- b) la nullité d'une scission qui a pris effet au sens de l'article 15 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 scission 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 scission, le tribunal compétent accorde aux sociétés intéressées un délai pour régulariser la situation;
- e) la décision prononçant la nullité de la scission 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 scission ne porte pas atteinte par elle-même à la validité des obligations nées à la charge ou au profit des sociétés bénéficiaires, antérieurement à la publicité de la décision et postérieurement à la date visée à l'article 15;
- h) chacune des sociétés bénéficiaires répond des obligations à sa charge nées après la date à laquelle la scission a pris effet et avant la date à laquelle la décision prononçant la nullité de la scission a été publiée. La société scindée répond aussi de ces obligations; les États membres peuvent prévoir que cette responsabilité est limitée à l'actif net attribué à la société bénéficiaire à la charge de laquelle ces obligations sont nées.

2. Par dérogation au paragraphe 1 point a), la législation d'un État membre peut aussi faire prononcer la nullité de la scission par une autorité administrative si un recours contre une telle décision peut être intenté devant une autorité judiciaire. Les points 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 15.

3. Il n'est pas porté atteinte aux législations des États membres relatives à la nullité d'une scission prononcée à la suite d'un contrôle de celle-ci autre que le contrôle préventif judiciaire ou administratif de légalité.

Article 20

Lorsque les sociétés bénéficiaires sont, dans leur ensemble, titulaires de toutes les actions de la société scindée et des autres titres de celle-ci conférant un droit de vote dans l'assemblée générale, les États membres peuvent, sans préjudice de l'article 6, ne pas imposer l'approbation de la scission par l'assemblée générale de la société scindée si au moins les conditions suivantes sont remplies:

- a) la publicité prescrite à l'article 4 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 des sociétés participant à l'opération ont le droit, un mois au moins avant que l'opération ne prenne effet, de prendre connaissance, au siège social de leur société, des documents indiqués à l'article 9 paragraphe 1. L'article 9 paragraphes 2 et 3 s'applique également;
- c) un ou plusieurs actionnaires de la société scindée 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 scindée appelée à se prononcer sur l'approbation de la scission. Ce pourcentage minimal ne peut pas 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;

- d) à défaut d'une convocation de l'assemblée générale de la société scindée appelée à se prononcer, sur l'approbation de la scission, l'information visée à l'article 7 paragraphe 3 concerne toute modification importante du patrimoine actif et passif intervenue après la date de l'établissement du projet de scission.

CHAPITRE II

Scission par constitution de nouvelles sociétés

Article 21

1. Au sens de la présente directive, est considérée comme scission par constitution de nouvelles sociétés l'opération par laquelle, par suite de dissolution sans liquidation, une société transfère à plusieurs sociétés nouvellement constituées l'ensemble de son patrimoine, activement et passivement, moyennant l'attribution aux actionnaires de la société scindée d'actions des sociétés bénéficiaires e, 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. L'article 4 paragraphe 2 de la directive 78/855/CEE s'applique.

Article 22

1. Les articles, 3, 4, 5 et 7, l'article 8 paragraphe 1 et 2 et les articles 9 à 19 sont applicables, sans préjudice des articles 11 et 12 de la directive 68/151/CEE, à la scission par constitution de nouvelles sociétés. Pour cette application, l'expression "sociétés participant à la scission" désigne la société scindée, l'expression "société bénéficiaire des apports résultant de la scission" désigne chacune des nouvelles sociétés.

2. Le projet de scission mentionne, outre les indications visées à l'article 3 paragraphe 2, la forme, la dénomination et le siège social de chacune des nouvelles sociétés.

3. Le projet de scission 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 des statuts de chacune des nouvelles sociétés sont approuvés par l'assemblée générale de la société scindée.

4. Les États membres peuvent prévoir que le rapport sur la vérification des apports autres qu'en numéraire, visé à l'article 10 de la directive 77/91/CEE, ainsi que le rapport sur le projet de scission, visé à l'article 8 paragraphe 1 de la présente directive, sont établis par le même ou les mêmes experts.

5. Les États membres peuvent prévoir que ni l'article 8, ni l'article 9 en ce qui concerne le rapport d'expert, ne s'appliquent lorsque les actions de chacune des nouvelles sociétés sont attribués aux actionnaires de la société scindée proportionnellement à leurs droits dans le capital de cette société.

CHAPITRE III

Scission sous contrôle de l'autorité judiciaire

Article 23

1. Les États membres peuvent appliquer le paragraphe 2 lorsque l'opération de scission est soumise au contrôle d'une autorité judiciaire ayant le pouvoir:

- a) de convoquer l'assemblée générale des actionnaires de la société scindée afin de se prononcer sur la scission;
- b) de s'assurer que les actionnaires de chacune des sociétés participant à la scission ont reçu ou peuvent se procurer au moins les documents visés à l'article 9 dans un délai leur permettant de les examiner en temps utile avant la date de la réunion de l'assemblée générale de leur société appelée à se prononcer sur la scission; lorsqu'un État membre fait application de la faculté prévue à l'article 6, le délai doit être suffisant pour permettre aux actionnaires des sociétés bénéficiaires d'exercer les droits qui leur sont conférés par ce dernier article;
- c) de convoquer toute assemblée de créanciers de chacune des sociétés participant à la scission afin de se prononcer sur la scission;
- d) de s'assurer que les créanciers de chacune des sociétés participant à la scission ont reçu ou peuvent se procurer au moins le projet de scission dans un délai leur permettant de l'examiner en temps utile avant la date visée au point b);
- e) d'approuver le projet de scission.

2. Lorsque l'autorité judiciaire constate que les conditions visées au paragraphe 1 points b) et d) sont remplies et qu'aucun préjudice ne peut

être porté aux actionnaires et aux créanciers, elle peut dispenser les sociétés participant à la scission de l'application:

- a) de l'article 4, à condition que le système de protection adéquat des intérêts des créanciers visé à l'article 12 paragraphe 1 couvre toutes les créances indépendamment de la date à laquelle elles sont nées;
- b) des conditions visées à l'article 6 points a) et b) lorsqu'un État membre fait application de la faculté prévue audit article;
- c) de l'article 9 en ce qui concerne le délai et les modalités fixées pour permettre aux actionnaires de prendre connaissance des documents y visés.

CHAPITRE IV

Autres opérations assimilées à la scission

Article 24

Lorsque la législation d'un État membre permet, pour une des opérations visées à l'article 1^{er}, que la soulte en espèces dépasse le taux de 10%, les chapitres 1^{er}, II et III sont applicables.

Article 25

Lorsque la législation d'un État membre permet une des opérations visées à l'article 1^{er} sans que la société scindée cesse d'exister, les chapitres, I^{er}, II et III sont applicables, à l'exception de l'article 17 paragraphe 1 point c).

CHAPITRE V

Dispositions finales

Article 26

1. Les États membres mettent en vigueur, avant le 1^{er} janvier 1986, les dispositions législatives réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive pour autant qu'à cette date ils permettent des opérations auxquelles cette directive s'applique. Ils en informent immédiatement la Commission.

2. Lorsqu'un État membre, après la date prévue au paragraphe 1, permet l'opération de scission, il met en vigueur les dispositions indiquées audit paragraphe à la date à laquelle il permet cette opération. In en informe immédiatement la Commission.

3. 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 celles-ci aux "unregistered companies" au Royaume-Uni et en Irlande.

4. Les États membres peuvent ne pas appliquer les articles 12 et 13 en ce qui concerne les détenteurs l'obligations et autres titres convertibles en actions si, au moment de l'entrée en vigueur des dispositions visées aux paragraphes 1 ou 2, les conditions d'émission ont fixé préalablement la position de ces détenteurs en cas de scission.

5. Les États membres peuvent ne pas appliquer la présente directive aux scissions ou aux opérations assimilées aux scissions pur la préparation ou la réalisation desquelles un acte ou une formalité prescrits par la loi nationale ont déjà été accomplis au moment de l'entrée en vigueur des dispositions visées aux paragraphes 1 ou 2.

Article 27

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Fait à Bruxelles, le 17 décembre 1982.

Par le Conseil
Le président
H. CHRISTOPHERSEN

**PROTECÇÃO DOS
DIREITOS
HUMANOS**

**APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO
EUROPEIA DOS DIREITOS
DO HOMEM.**

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

SUMÁRIOS

Por PINHEIRO FARINHA

(36.º) (1)

CASO DEWEER CONTRA A BÉLGICA

- I. O art.º 26.º da Convenção apenas exige se esgotem os recursos acessíveis e adequados à reparação da invocada violação, devendo os mesmos ser indicados pelo Estado que excepciona com o não esgotamento dos recursos internos.
- II. Não incumbe ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem averiguar da existência de recursos internos não concretamente indicados pelo Estado, parte no processo.
- III. A morte da vítima não é, por si só, causa de extinção da instância.
- IV. Deve dar-se um *entendimento material*, que não formal, ao conceito de “acusação penal” para os efeitos do § 1.º do artigo 6.º da Convenção.
- V. Acusação penal será toda e qualquer notificação oficial, emanada de autoridade competente, da prática de uma infracção.
- VI. O direito ao julgamento não é renunciável através de multa de composição imposta por constrangimento.
- VII. Pode o Tribunal dispensar-se de se ocupar de uma alegada violação da Convenção quando o mesmo “facto” foi tido como integrando outra violação também invocada.

Data da decisão: 27 de Fevereiro de 1980.

(1) In Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, Serie A — Arrêts et Décisions — Vol. 35.

Juízes intervenientes: Mosler, alemão, presidente, Zekia, cipriota, Ryssdal, norueguês, Ganshof van der Meersch, belga, Teitgen, francês, Golcuklu, turco, Pinheiro Farinha, português.

Decisão: O Tribunal decidiu:

— Pela improcedência da excepção do não esgotamento dos recursos internos (unanimidade);

— Não mandar arquivar o processo (unanimidade);

— Ter havido violação do § 1.º do art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (unanimidade);

— Não se tornar necessário averiguar da violação dos §§ 2.º e 3.º do mesmo artigo (unanimidade);

— Não se tornar necessário averiguar da violação do art.º 1.º do 1.º Protocolo Adicional (seis votos ⁽²⁾ contra um ⁽³⁾);

— Atribuir a reparação razoável de 10.000 francos belgas (multa paga pela vítima) e 800 francos franceses de despesas de viagem e alojamento e considerar a própria decisão como satisfação equitativa por danos morais (unanimidade).

Parecer da Comissão Europeia dos Direitos do Homem

A Comissão emitira parecer, por unanimidade, no sentido da violação do § 1.º do art.º 6.º da Convenção; da não violação do § 2.º do mesmo art.º 6.º; da não violação do art.º 1.º do Primeiro Protocolo Adicional à Convenção; ser desnecessário examinar o caso sob o ângulo de § 3.º do art.º 6.º da Convenção.

(2) Dos juízes Mosler, Zekia, Ryssdal, Ganshof van der Meersch, Teitgen e Golcuklu

(3) Do Juiz Pinheiro Farinha.

(37.^a)
**CASO KONIG CONTRA A REPÚBLICA FEDERAL
DA ALEMANHA (Art.º 50.º) (4)**

- I. A natureza intrínseca da violação do § 1.º do art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, consistindo na duração do processo além do razoável, impede a reparação integral por parte do Estado ofensor.
- II. A reparação razoável há-de ser concedida tendo em conta os elementos e factos constatados na decisão que entendeu ter havido violação da Convenção (5).
- III. A incerteza e inquietação provocadas pela demora do processo são de atender, embora seja impossível quantificar o respectivo montante, na reparação a conceder.
- IV. A vítima tem direito ao reembolso do dispendido em recursos internos para acelerar a marcha do processo, na medida em que tais recursos revistam um carácter razoável no caso concreto.
- V. Embora a vítima não seja parte no processo, a sua presença no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, quando da audiência, reveste-se de grande interesse, daí que lhe devam ser reembolsadas as despesas feitas para assistir às audiências (viagem, alojamento dela mesma e do seu advogado e os honorários deste).

Data da decisão: 10 de Março de 1980

(4) Publications, Série A — Vol. 36

(5) Decisão, quanto ao presente caso, publicada neste Boletim, n.º 2, pág. 373.

Juízes intervenientes: Balladore Pallieri, italiano, presidente, G. Wiarda, holandês, H. Mosler, alemão, M. Zekia, cipriota, J. Cremona, maltês, Thor Vilhjalmsson, islandês, W. Ganshof van der Meersch, belga, D. Bindschedler-Robert, suíça, D. Evrigenis, grego, P. H. Teitgen, francês, G. Lagergren, sueco, L. Liesch, luxemburguês, F. Golcuklu, turco, F. Matscher, austríaco, J. Pinheiro Farinha, português.

Decisão: O Tribunal decidiu, por unanimidade, que República Federal da Alemanha devia entregar ao Dr. König, a título de indemnização, 39.789DM95.

Parecer da Comissão Europeia dos Direitos do Homem: Não se pronunciara sobre a quantia pedida pelo Dr. König.

**CASO LUEDICKE, BELKACEM E KOÇ
CONTRA A REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA**

(Art.º 50.º) (6)

- I. É de arquivar o processo para a outorga da reparação razoável, do art.º 50.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, se, depois da decisão do Tribunal que constatou a violação, vítima e Estado chegam a acordo e o Tribunal o considera conforme a equidade.
- II. Só a vítima pode reclamar reparação razoável e não um advogado para reclamar honorários pela assistência prestada à vítima.
- III. Incumbe ao Conselho da Europa, art.º 58.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, abonar as somas necessárias para pagamento de honorários, adequados pela assistência judiciária perante Tribunal e Comissão.

Data da decisão: 10 de Março de 1980.

Juízes intervenientes: G. Wiarda, holandês, presidente, H. Mosler, alemão D. Bindschedler-Robert, suíça, W. Ganshof van der Meersch, belga, D. Evrigenis, grego, P. H. Teitgen, francês, G. Lagergren, sueco.

Decisão: O Tribunal decidiu por unanimidade:

- Arquivar o processo no que concerne a Luedicke e Koç;
- Julgar improcedente o pedido do advogado de Belkacem.

(6) Publications Série A — Vol. 36.

Parecer da Comissão Europeia dos Direitos do Homem:

A Comissão pronunciara-se pelo arquivamento do processo no que concerne a Luedicke e Koç, deixando ao critério do Tribunal o montante dos honorários do advogado de Belkacem.

(39.^a)

CASO ARTICO CONTRA A ITÁLIA (7)

- I. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem pode ocupar-se de todas as excepções levantadas perante a Comissão, quando tivesse sido possível levantá-las nessa oportunidade.
- II. Não há que falar em ónus da prova nos “casos” perante o Tribunal; este deve socorrer-se de todos os elementos de prova independentemente de quem os haja produzido.
- III. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem visa a protecção de direitos concretos e efectivos.
- IV. Viola a alínea c) do § 3.º do art.º 6.º da Convenção, o Estado, cujos tribunais internos se limitam a nomear defensor officioso e se desinteressam da respectiva conduta, não tomando providências (nos entido da sua substituição ou quaisquer outras que se mostrem adequadas) quando alertados para o desleixo do defensor nomeado que abandona o assistido à sua sorte.

Data da decisão: 13 de Maio de 1980

Juízes intervenientes: G. Wiarda, holandês, presidente, G. Balladore Pallieri, italiano, M. Zekia, cipriota, D. Bindschedler-Robert, suíça, L. Liesch, luxemburguês, F. Golcuklu, turco, J. Pinheiro Farinha, português.

(7) Publications — Série A — Vol. 37

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, decidiu:

— Ter caducado o direito de o Estado contestar a admissibilidade da queixa;

— Ter havido violação da alínea c) do § 3.º do art.º 6.º da Convenção;

— Dever a Itália indemnizar o requerente, por prejuízo moral, entregando-lhe 3.000.000 de liras;

— Julgar improcedente o que mais era pedido a título de reparação razoável.

Parecer da Comissão Europeia dos Direitos do Homem

A Comissão entendera, por unanimidade, ter havido violação da alínea c) do § 3.º do art.º 6.º da Convenção.

(40.^a)

**CASO SUNDAY TIMES CONTRA O REINO UNIDO
(ART.º 50.º) (8)**

- I. O Estado tem obrigação de acatar a decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, seja qual fôr o número de juizes que fizeram vencimento (9).
- II. Para os efeitos do art.º 50.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem “parte lesada” é a “vítima”, tal como a entende o art.º 25.º.
- III. Não tem o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, ao usar da competência do art.º 50.º da Convenção, de averiguar da existência de danos ou prejuízos não indicados pelo “lesado”, já que não está em causa a ordem pública europeia.
- IV. São atendíveis as despesas feitas com as deslocações às audiências na Comissão Europeia dos Direitos do Homem e no Tribunal, mas não as que resultam da deslocação para assistir à leitura da decisão do Tribunal.
- V. As despesas reembolsáveis, ao abrigo do art.º 50.º da Convenção, hão-de ser reais, necessárias e de montante razoável.
- VI. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não está obrigado pelas tarifas e critérios nacionais no que concerne às despesas judiciárias, nomeadamente honorários de advogados, reclamados ao abrigo do art.º 50.º da Convenção.

(8) Neste Boletim n.º 3, pág. 206.

(9) A decisão principal do presente caso está sumariada em anterior número deste Boletim, sob XXXI.

Data da decisão: 6 de Novembro de 1980.

Julzes intervenientes: G. Balladore Pallieri, italiano, presidente, G. Wiarda, holandês, H. Mosler, alemão, M. Zekia, cipriota, J. Cremona, maltês, W. Ganshof van der Meersch, belga, Gerald Fitzmaurice, britânico, D. Bindschedler-Robert, suíça, D. Evrigenis, grego, P. H. Teitgen, francês, G. Lagergren, sueco, L. Liesch, luxemburguês, F. Golcuklu, turco, F. Matscher, austríaco, J. Pinheiro Farinha, português, E. Garcia de Enterría, espanhol.

Decisão: O Tribunal decidiu: 13 votos ⁽¹⁰⁾ contra 3 ⁽¹¹⁾, que o Reino Unido entregasse às vítimas 22.626£78 para as despesas com os processos perante a Comissão e o Tribunal.

Parecer da comissão Europeia dos Direitos do Homem: Os Delegados da Comissão haviam emitido parecer no sentido de que no presente caso a constatação da violação não era, só por si, reparação conforme a equidade e que deveria ser atribuída às vítimas reparação pecuniária pelos danos morais e despesas judiciárias.

⁽¹⁰⁾ Dos juizes Balladore Pallieri, Wiarda, Mosler, Zekia, Cremona, Ganshof van der Meersch, Bindschedler-Robert, Evrigenis, Teitgen, Lagergren, Golcuklu, Matscher e Garcia de Enterría.

⁽¹¹⁾ Dos juizes: Fitzmaurice e Liesch que consideravam satisfação conforme a equidade a anterior decisão do Tribunal e não haver lugar ao reembolso das despesas; do juiz Pinheiro Farinha que estimava em 15.126£80 o montante das despesas a reembolsar.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

DECISÃO PROFERIDA NO CASO SPORRONG E LONNROTH CONTRA A SUÉCIA

(ch. pág. 123, vol. 8 do Boletim)

- I. A expropriação autorizada e não efectivada não priva o proprietário do seu direito de propriedade.
- II. A autorização de expropriar deixa juridicamente intacto o direito de disposição e uso dos bens, mas reduz fortemente a possibilidade do seu exercício, tornando o direito de propriedade precário.
- III. A proibição de construir limita o uso dos bens e agrava as consequências da autorização de expropriar, quando uma e outra medidas forem tomadas.
- IV. Integra violação do artigo 1.º do 1.º Protocolo Adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem a situação decorrente de a autorização de exproprias se manter durante 8 anos acompanhada durante 12 da interdição de construir, sem que, entretanto os proprietários tivessem possibilidade legal de reagir, acabando no fim de tais períodos por ser revogada a autorização de expropriar e levantada a interdição de construir, sem qualquer indemnização ao proprietário.
- V. O artigo 6.º § 1.º da Convenção impõe que os tribunais nacionais tenham competência para se ocupar das queixas dos proprietários quanto a autorizações de expropriar e suas prorrogações.
- VI. As exigências do art. 13.º da Convenção são absorvidas pelo § 1.º do artigo 6.º.

P. F.

DECISÃO:

En l'affaire Sporrong et Lönnroth,

La Cour européenne des Droits de l'Homme, statuant en séance plénière par application de l'article 48 de son règlement et composée des juges dont le nom suit:

- MM. G. Wiarda, *président*
M. Zekia,
J. Cremona,
Thor Vilhjalmsson,
W. Ganshof van der Meersch,
Mme D. Bindschedler-Robert,
MM. G. Lagergren,
L. Liesch,
F. Gölcüklü,
F. Matscher,
J. Pinheiro Farinha,
E. Garcia de Enterría,
L.-E. Pettiti,
B. Walsh,
Sir Vincent Evans,
MM. R. Macdonald,
C. Russo,
R. Bernhardt,
J. Gersing,

ainsi que de MM. M.-A. Eissen, *greffier*, et H. Petzold, *greffier adjoint*,

Après avoir délibéré en chambre du conseil les 24 et 25 février, puis les 28 et 29 juin 1982,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date:

Procedure

1. L'affaire Sporrong et Lönnroth a été déférée à la Cour par le gouvernement du Royaume de Suède ("Le Gouvernement") et la Commission européenne des Droits de l'Homme ("la Commission"). A son origine se trouvent deux requêtes (n.º 7151/75 et 7152/75) dirigées contre la Suède et que les héritiers de M. E. Sporrong et Mme I.M. Lönnroth, de nationalité suédoise, avaient introduites en 1975, en vertu de l'article 25 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ("la Convention"), devant la Commission que en ordonna la jonction le 12 octobre 1977.

2. La requête du Gouvernement et la demande de la Commission ont été déposées au greffe de la Cour dans le délai de trois mois ouvert par les articles 32 § 1 et 47, les 10 et 16 mars 1981 respectivement.

La première invite la Cour à statuer sur l'interprétation et l'application de l'article 13 à la lumière des faits de la cause. La seconde renvoie aux articles 44 et 48 ainsi qu'à la déclaration du Royaume de Suède reconnaissant la juridiction obligatoire de la Cour (article 46); elle vise à obtenir une décision de celle-ci sur le point de savoir s'il y a eu ou non, de la part de l'Etat défendeur, un manquement aux obligations lui incombant aux termes des articles 6 § 1, 13, 14, 17 et 18 de la Convention et 1 du Protocole n.º 1.

3. La chambre de sept juges à constituer comprenait de plein droit M. G. Lagergren, juge élu de nationalité suédoise (article 43 de la Convention), et M.G. Wiarda, président de la Cour (article 21 § 3 b) du règlement) ⁽¹⁾. Le 25 avril 1981, celui-ci a désigné par tirage au sort, en présence du greffier, les cinq autres membres, à savoir M. R. Ryssdal, M. D. Evrigenis, M. F. Matscher, M. L.-E. Pettiti et M. M. Sorensen (articles 43 *in fine* de la Convention et 21 § 4 du règlement).

4. M. Wiarda a assumé la présidence de la Chambre (article 21 § 5 du règlement). Par l'intermédiaire du greffier, il a recueilli l'opinion de l'agent du Gouvernement, ainsi que celle des délégués de la Commission, au sujet

(1) As referências ao Regulamento do Tribunal são feitas ao regulamento vigente quando da decisão. Hoje vigora o Regulamento aprovado em 24 de Novembro de 1982.

de la procédure à suivre. Le 8 mai, il a décidé que l'agent aurait jusqu'au 8 août 1981 pour présenter un mémoire et que les délégués pourraient y répondre par écrit dans les deux mois du jour où le greffier le leur aurait communiqué.

Le mémoire du Gouvernement est parvenu au greffe le 31 juillet. Le 15 septembre, le secrétaire de la Commission a informé le greffier que les délégués y répondraient lors des débats et demandaient le report au 31 octobre de l'échéance du délai afin de lui adresser des observations des requérants. Le président y a consenti le 21 septembre.

5. A la suite de la démission de M. Sorensen et d'un empêchement de M. Wiarda, MM. Pinheiro Farinha et García de Enterría, à l'époque premier et deuxième juges suppléants, ont été appelés à siéger à titre de membres de la Chambre (article 22 § 1 du règlement) et M. Ryssdal a assumé la présidence (article 21 § 5). Le 24 septembre, la Chambre a résolu, en vertu de l'article 48 du règlement, de se dessaisir avec effet immédiat au profit de la Cour plénière, "considérant que l'affaire soulev(ait) des questions graves qui touch(aient) à l'interprétation de la Convention (...), en particulier sur le terrain des articles 6 et 13".

6. Les observations du représentant des requérants sont parvenues au greffe le 28 octobre 1981 par l'intermédiaire du secrétaire adjoint de la Commission.

7. Le 15 janvier 1982, le président de la Cour a fixé au 23 février la date d'ouverture de la procédure orale après avoir consulté agent du Gouvernement et délégués de la Commission par l'intermédiaire du greffier.

Le 18 février, il a chargé ce dernier d'obtenir un document auprès de la Commission qui l'a produit le 3 mars.

8. Les débats se sont déroulés en public le 23 février, au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg. La Cour avait tenu la veille une réunion préparatoire.

Ont comparu:

— pour le Gouvernement

- M. H. Danelius, ambassadeur, directeur des affaires juridiques et consulaires au ministère des affaires étrangères, *agent*,
- M. L. Beckman, chef de division au ministère de la justice,
- M. G. Regner, conseiller juridique au ministère de la justice, *conseils*;

— pour la Commission

- M. J. Frowein,
M. T. Opsahl, *délégués*,

Me M. Hernmarck,

M. H. Tullberg, conseils des requérants devant la Commission, *assistant les délégués* (article 29 § 1, seconde phrase, du règlement de la Cour).

La Cour a entendu en leurs déclarations, de même qu'en leurs réponses à ses questions et à celles de deux de ses membres, M. Frowein, M. Opsahl et Me Hernmarck pour la Commission, M. Danelius pour le Gouvernement.

FAITS

I. Les circonstances de l'espèce

9. Les deux requêtes ont trait aux conséquences pour les héritiers de M. Sporrong et pour Mme Lönnroth, en leur qualité de propriétaires, de permis d'exproprier de longue durée et d'interdictions de construire.

A. La succession Sporrong

10. Dotée de la personnalité juridique, la "succession Sporrong" se compose de Mme M. Sporrong, M. C.-O. Sporrong et Mme B. Atmer, cohéritiers indivis de M. E. Sporrong et qui vivent à Stockholm ou dans les environs. Elle est propriétaire à Stockholm, dans le quartier central de Nedre Norrmalm, d'un immeuble appelé "Riddaren n.º 8" et où s'élève un bâtiment datant des années 1860. Lors de l'exercice fiscal 1975, la valeur imposable de cet immeuble se montait à 600.000 couronnes suédoises.

1. Le permis d'exproprier

11. Le 31 juillet 1956, en vertu de l'article 44 de la loi de 1947 sur la construction (*byggnadslagen* — "la loi de 1947"), le gouvernement accorda à la municipalité de Stockholm un permis d'exproprier (*expropriationstillstånd*) par zone qui frappait 164 immeubles dont celui de la succession Sporrong. La ville entendait construire un viaduc qui enjamberait l'une des artères commerçantes du centre de la capitale et dont l'un des piliers reposerait sur l'îlot "Riddaren". Le nouvel ouvrage d'art déboucherait sur une grande transversale de dégagement, tandis que le reste de "Riddaren" serait aménagé en parc de stationnement pour automobiles.

En application de la loi de 1917 sur l'expropriation (*expropriationslagen* "la loi de 1917"), le gouvernement fixa à cinq ans le délai pendant lequel on pourrait procéder à l'expropriation; avant la fin de cette période, la municipalité devrait citer les propriétaires à comparaître devant le tribunal foncier (*fastighetdomstolen*) pour la fixation des indemnités, faute de quoi le permis serait caduc.

12. En juillet 1961, à la demande de la ville, le gouvernement prorogea ce délai jusqu'au 31 juillet 1964. Sa décision concernait 138 immeubles, dont "Riddaren n.º 8". Aux immeubles frappés d'expropriation ne correspondait à l'époque aucun plan d'urbanisme (*stadsplan*).

13. Le 2 avril 1964, le gouvernement consentit à la municipalité une nouvelle prorogation du permis d'exproprier; applicable à 120 des 164

immeubles visés au départ, parmi lesquels "Riddaren n.º 8", elle était valable jusqu'au 31 juillet 1969. La ville avait préparé un plan général d'aménagement de Nedre Norrmalm, appelé "Cité 62", qui privilégiait l'élargissement des rues au bénéfice des moyens de transport individuel et des piétons.

Ultérieurement, "Cité 67", plan général révisé d'aménagement de Nedre Norrmalm et d'Östermalm (autre quartier du centre ville), souligna la nécessité d'améliorer les transports publics grâce à un meilleur réseau de rues. Une partie des terrains servirait à l'élargissement des chaussées, mais avant toute décision définitive il fallait statuer sur l'utilisation des autres parcelles. Selon les estimations, le plan révisé, qui avait la même nature que "Cité 62", devait être exécuté avant 1985.

14. En juillet 1969, la municipalité sollicita pour certains immeubles, dont "Riddaren n.º 8", une troisième prolongation du permis d'exproprier. Elle signalait que les motifs d'expropriation énoncés dans les plans "Cité 62" et "Cité 67" demeuraient valables. Le 14 mai 1971, le gouvernement fixa au 31 juillet 1979, soit dix ans à partir de la date de la demande, le terme du délai d'engagement de la procédure judiciaire visant à fixer l'indemnité.

En mai 1975, la municipalité présenta des plans remaniés d'après lesquels on ne devait ni modifier l'usage de "Riddaren n.º 8" ni toucher au bâtiment existant.

A sa demande, le gouvernement annula, le 3 mai 1979, le permis d'exproprier (paragraphe 29 ci-dessous).

15. La succession Sporrang n'a jamais tenté de mettre en vente son immeuble

2. L'interdiction de construire

16. Dès le 11 juin 1954, le conseil administratif de comté (*länsstyrelsen*) de Stockholm avait frappé "Riddaren n.º 8" d'une interdiction de construire (*byggnadsförbud*), au motif que le viaduc et la transversale de dégagement projetés en affecteraient la jouissance. Par la suite, il prorogea l'interdiction jusqu'au 1er juillet 1979.

17. La succession Sporrang bénéficia en 1970 d'une dérogation à l'interdiction pour élargir la portée d'entrée. Elle n'a jamais sollicité d'autre dérogation.

18. Au total, la durée du permis d'exproprier et de l'interdiction de construire concernant "Riddaren n.º 8" a atteint vingt-trois et vingt-cinq ans respectivement.

B. Mme. Lönnroth

19. Mme I.M. Lönnroth réside à Stockholm où elle est propriétaire pour les trois quarts d'un immeuble sis "Barnhuset n.º 6", dans le quartier de Nedre Norrmalm, et comportant deux bâtiments de 1887-1888 donnant l'un sur la rue, l'autre sur l'arrière. La valeur imposable de la part de la requérante s'élevait à 862.500 couronnes suédoises lors de l'exercice fiscal 1975.

1. Le permis d'exproprier

20. Le 24 septembre 1971, le gouvernement autorisa la municipalité de Stockholm à exproprier 115 immeubles, dont "Barnhuset n.º 6", et arrêta au 31 décembre 1979, soit dix ans à partir de la date de la demande de la municipalité, le terme du délai d'engagement de la procédure judiciaire visant à fixer l'indemnité. Il justifiait sa décision par le plan "Citá 67" qui prévoyait la construction d'un parc de stationnement à étages sur l'emplacement de l'immeuble de la requérante.

21. Toutefois, les travaux dans ce quartier furent différés et de nouveaux plans mis à l'étude. Estimant que son immeuble avait besoin de réparations urgentes, Mme Lönnroth pria le gouvernement de retirer le permis d'exproprier. La municipalité répondit que les plans existants n'autorisaient aucune dérogation et le gouvernement rejeta la requête, le 20 février 1975, au motif qu'il ne pouvait révoquer le permis sans le consentement exprès de la municipalité.

Le 3 mai 1979, à la demande de cette dernière, le **gouvernement annula ledit permis** (paragraphe 29 ci-dessous).

22. Sa situation financière contraignit mme Lönnroth à chercher à vendre son immeuble. Elle s'y efforça à sept reprises entre 1970 et 1975, mais les amateurs se récusèrent après avoir consulté les services municipaux. Quant aux locataires, il lui arriva parfois d'avoir de la peine à en trouver.

2. L'interdiction de construire

23. Le 29 février 1968, le conseil administratif de comté de Stockholm décida de frapper "Barnhuset n.º 6" d'une interdiction de construire, le terrain étant destiné à un parc de stationnement. Par la suite, il renouvela cette interdiction jusqu'au 1er juillet 1980.

24. Mme Lönnroth obtint en 1970 une dérogation pour des travaux d'aménagement au troisième étage; elle n'en a jamais demandé d'autres.

Elle ne réussit pas à contracter un prêt lorsqu'un des principaux créanciers hypothécaires de l'immeuble exigea, au début des années 1970, le ravalement de la façade.

25. En résumé, l'immeuble de Mme Lönnroth est demeuré sous le coup d'un permis d'exproprier et d'une interdiction de construire pendant huit et douze ans respectivement.

C. La politique urbanistique de la municipalité Stockholm

26. Depuis plusieurs décennies, le coeur de Stockholm connaît une évolution spectaculaire, comparable à celle de bien des villes reconstruites après avoir été détruites ou sérieusement endommagées, elles, pendant la deuxième guerre mondiale.

27. Nedre Norrmalm est un quartier qui regroupait l'essentiel des fonctions vitales — administratives et commerciales — de la capitale. Vers 1945, on estima qu'il devait être restructuré pour pouvoir les remplir correctement. Il fallait, par exemple, le doter d'un réseau de rues adéquat. En outre, la plupart des bâtiments étaient vétustes et mal entretenus. Une ample opération de reconversion s'imposait tant pour fournir des locaux appropriés aux bureaux et commerces que pour créer un cadre de travail sain et hygiénique. Introduite par une loi de 1953 qui modifiait, entre autres, l'article 44 de la loi de 1947, l'expropriation par zone devint l'instrument clé de la réalisation des plans de la municipalité. En moins de dix ans, on démolit plus d'une centaine d'édifices. Certains emplacements ainsi dégagés furent utilisés pour le percement de voies nouvelles, d'autres intégrés dans des ensembles plus vastes et plus pratiques.

28. Durant les années 1970, la politique urbanistique à Stockholm a considérablement évolué. Loin de préconiser l'ouverture de pénétrantes, les édiles s'efforcent désormais de réduire le nombre des automobiles dans la capitale. Adopté le 19 juin 1978, le plan "Cité 77" exprime cette nouvelle politique. Il prescrit une rénovation urbaine fondée avant tout sur une reconstruction progressive qui tienne compte de l'actuel tissu urbain. Il envisage la conservation et la restauration de la plupart des édifices existants.

29. Le 3 mai 1979, le gouvernement satisfait à une demande présentée par la municipalité en octobre 1978: il annula pour quelque soixante-dix immeubles, dont ceux des requérants, les permis d'exproprier délivrés en 1956 et 1971. En effet, il apparaissait dorénavant improbable que la ville eût besoin d'acquérir ces immeubles pour réaliser son nouveau plan d'urbanisme.

30. Nonobstant les difficultés créées par l'existence de permis d'exproprier par zone, soixante-six immeubles touchés à Stockholm par un tel permis ont pu se vendre.

II. La législation en cause

A. *Le droit de l'urbanisme*

31. La loi de 1947 constitue le principal instrument juridique de la politique d'urbanisme en Suède. Elle prévoit à cette fin des schémas directeurs et des plans d'urbanisme.

32. Le schéma directeur (*generalplan*) est élaboré par la municipalité dans la mesure où il s'impose pour définir les grandes orientations auxquelles municipal (*kommunfullmäktige*) qui peut saisir, pour ratification, le conseil administratif de comté (article 10) — avant le 1^{er} janvier 1973, le gouvernement.

33. Quant au plan d'urbanisme, il vaut pour celles des zones urbaines où le besoin s'en fait sentir (article 24). Plus détaillé que le schéma directeur, il définit la vocation des divers espaces — habitations, rues, places, espaces verts, etc. — et peut aussi comporter des indications plus précises au sujet de leur destination (article 25). Adopté par le conseil municipal, il doit être approuvé par le conseil administratif de comté. Au cours de cette procédure, les propriétaires ont à diverses reprises la faculté de présenter leurs arguments devant plusieurs organes puis, en dernier ressort, d'attaquer la décision d'adoption du plan.

34. Dans certains cas, schémas directeurs et plans d'urbanisme sont soumis au gouvernement pour décision.

35. Conjointement avec ces moyens — ou indépendamment d'eux —, les autorités suédoises peuvent recourir aux expropriations ainsi qu'aux interdictions de construire, ces mesures n'ayant pas nécessairement un lien juridique entre elles.

1. Les expropriations

36. En matière d'expropriation, la législation applicable en l'espèce résultait principalement de la loi de 1917, remplacée à compter du 1^{er}

janvier 1973 par la loi de 1972 sur l'expropriation ("la loi de 1972"). S'y ajoutait, sur certains points, la loi de 1947.

37. La décision d'autoriser l'expropriation appartient au gouvernement. Elle revêt la forme d'un permis d'exproprier et se fonde sur les diverses conditions posées par la loi. La délivrance du permis n'entraîne pas automatiquement une mesure d'exécution; elle habilite seulement une autorité publique donnée (ou, dans des cas exceptionnels, un particulier ou une société) à procéder, au besoin, à l'expropriation. Laissant intact le droit du propriétaire de vendre, de louer ou d'hypothéquer son immeuble, elle est assortie d'un délai durant lequel l'expropriant doit entamer une procédure judiciaire visant à fixer l'indemnité, faute de quoi le permis devient caduc. La loi de 1971 restait muette sur la durée de ce délai ou la prolongation de la validité des permis.

L'exposé des motifs du projet d'où est sortie la loi de 1972 a signalé les inconvénients que présentent pour les propriétaires les permis d'exproprier — incertitude, réduction des possibilités de disposer de leurs biens, embarras pour engager des frais — et qui s'aggravent avec le temps.

C'est pourquoi la loi de 1972 précise en son chapitre 3, article 6 § 1 (traduction du suédois):

"Les permis d'exproprier doivent prescrire un délai de citation à comparaître en vue d'une procédure judiciaire. Il peut être prorogé pour des motifs particuliers. La demande de prorogation doit être présentée avant l'expiration du délai. Si le propriétaire apporte la preuve d'un dommage fortement accru du fait que la question de l'expropriation demeure pendante, le délai peut, à sa demande, être abrégé. La décision de raccourcir le délai ne saurait intervenir avant un an à dater de la délivrance du permis d'exproprier".

L'expropriation ne s'achève qu'une fois fixée et versée l'indemnité. Le tribunal foncier a compétence en la matière; ses jugements peuvent être attaqués devant la cour d'appel et, en dernier ressort, la Cour suprême.

38. Avant le 1^{er} juillet 1953, l'expropriation ne portait que sur les immeubles déterminés; chaque demande de permis d'exproprier indiquait en détail la destination que l'expropriant entendait donner au bien exproprié.

Les présentes requêtes concernent un autre type d'expropriation, appelé expropriation par zone. Le texte applicable fut promulgué en 1953, par voie d'amendement à l'article 44 de la loi de 1947, et abrogé en 1971 à compter du 1^{er} janvier 1972. Il se lisait ainsi (traduction du suédois):

“S'il est jugé nécessaire, pour les besoins des transports publics ou de l'urbanisme, de procéder au réaménagement complet d'un quartier à forte densité de population, et si ledit réaménagement ne peut s'effectuer que sous forme de reconstruction du quartier entier, le Roi peut — lorsque les mesures de réaménagement mettent en jeu l'adoption ou la modification d'un plan d'urbanisme pour le quartier intéressé — accorder à la municipalité le droit de racheter les terrains nécessaires au réaménagement ainsi que tout terrain sis dans le même quartier ou à proximité immédiate et ayant des chances de bénéficier d'une plus-value considérable en raison de la réalisation du plan (...)”.

Des dispositions correspondant à cet article 44 furent insérées dans la loi de 1917 du 1^{er} janvier au 31 décembre 1972; elles figurent désormais dans la loi de 1972 (chapitre 2, article 1).

Les expropriations par zones ont ainsi été conçues comme un instrument des grands projets d'urbanisme. Les permis auxquels elles donnent lieu peuvent être délivrés dès qu'un nouveau plan d'urbanisme se trouve à l'étude, c'est-à-dire avant même que ses modalités n'aient été prévues dans le détail.

39. Selon l'article 11 des clauses transitoires de la loi de 1972, les demandes de permis d'exproprier formulées avant l'entrée en vigueur de cette nouvelle loi restent régies par l'ancienne.

40. Tout comme celle de 1917, la loi de 1972 n'envisage aucune possibilité d'indemnisation pour les dommages découlant de la durée ou de la non-utilisation des permis d'exproprier. Son chapitre 5, article 16, ménage toutefois une exception: donnent lieu à indemnité les dommages résultant de la délivrance d'un permis d'exproprier si l'expropriant a engagé une procédure judiciaire visant à fixer l'indemnité, puis y a renoncé.

2. Les interdictions de construire

41. La loi de 1977 prohibe toute nouvelle construction non conforme au plan d'urbanisme (article 34). Avant même et jusqu'à l'adoption d'un tel plan par les autorités municipales et à son approbation par les autorités régionales, elle permet d'interdire à titre conservatoire tous travaux de construction (article 35 combiné avec les articles 14 e 15 de la loi de 1947). Son article 15 prévoit (traduction du suédois):

“S'il se pose une question relative à une demande d'adoption d'un schéma directeur applicable à une zone donnée ou de modification d'un schéma directeur déjà approuvé, le conseil administratif de comté peut, à la demande de la municipalité, interdire toute nouvelle construction (*nybyggnad*) dans cette zone. L'interdiction reste en vigueur tant que le conseil dans cette zone. L'interdiction reste en vigueur tant que le conseil municipal n'a pas statué en la matière, mais pour une durée d'un an au plus. En cas de besoin, le conseil administratif de comté peut, à la demande de la municipalité, prolonger la durée de validité de l'interdiction de construire pour les périodes n'excédant pas deux chacune.

Le conseil administratif de comté ou, selon des règles établis par le gouvernement, le Conseil de la construction (*byggnadsnamnd*), peuvent accorder des dérogations à l'interdiction de construire mentionnée au paragraphe premier”.

Le même principe s'applique lorsque les autorités envisagent d'adopter un nouveau plan d'urbanisme ou de modifier un plan existant (article 35 de la loi de 1947). Il ne concerne que les constructions nouvelles. Toutefois, l'article 158 de la loi de 1947 prévoit que les dispositions relatives à celles-ci valent aussi “pour toute transformation d'un bâtiment existant qui, selon des règles établies par le gouvernement, peut être classée parmi les constructions nouvelles”. Une règle de cet ordre figure à l'article 75 du décret de 1959 sur la construction (*byggnadsstadgan*), ainsi linellé (traduction du suédois):

“Par 'construction nouvelle' on entend

a) l'édification d'un bâtiment entièrement nouveau;

- b) l'extension latérale ou verticale d'un bâtiment existant;
- c) la reconstruction ou autre transformation, extérieure ou intérieure, d'un bâtiment, dont l'importance est telle qu'on peut l'assimiler à une reconstruction;
- d) l'aménagement, total ou partiel, d'un bâtiment en vue d'un usage substantiellement différent de celui auquel il était précédemment affecté;
- e) toute transformation d'un bâtiment le rendant non conforme au schéma directeur adopté, au plan d'urbanisme adopté ou au plan de construction (*byggnadsplan*) adopté, ou aux règlements relatifs à des activités de construction dans des zones non régies par des plans d'urbanisme ou des plans de construction; et
- f) toute autre transformation d'un bâtiment qui, dans son état présent, n'est pas conforme aux plans ou règlements susmentionnés, sauf s'il s'agit d'un bâtiment d'habitation comportant au maximum deux logements, ou des dépendances de ce dernier.

On ne doit cependant pas considérer comme une 'construction nouvelle' au sens du présent article l'installation d'un chauffage central, de cabinets ou d'autres équipements sanitaires, effectuée dans un bâtiment qui, même si une telle installation n'est pas autorisée, est appelé à subsister en l'état pendant une période considérable."

42. Dans son rapport de 1967, l'ombudsman parlementaire (*Justieombudsmannen*) a mentionné les conséquences des interdictions de construire prolongées et a envisagé des solutions (traduction du suédois):

"Autant que peuvent l'indiquer les faits, dans les cas de Borås et d'Östersund les propriétaires ne pouvaient s'attendre à retirer aucun avantage du plan d'aménagement urbain. Cela signifie que ce plan n'a pu leur procurer aucune réparation pour les effets dommageables

qui résultaient manifestement des interdictions de longue durée. Si dans de tels cas on n'institue pas une protection des propriétaires contre ces effets, cela veut dire que — afin de rendre la réalisation des plans d'aménagement urbain moins coûteuse pour les municipalités — un ou plusieurs propriétaires devront eux-mêmes supporter les effets d'une interdiction imposée principalement dans l'intérêt de la société et fortement prolongée en raison de l'incapacité de celle-ci à régler, dans un délai raisonnable, les questions d'aménagement urbain. Un tel système est incompatible avec ce qui devrait prévaloir dans un Etat de droit.

Sans un examen approfondi, on ne peut guère indiquer comment protéger un propriétaire contre les effets dommageables d'interdictions de construire qui restent en vigueur pendant une longue période. Cependant, une possibilité consisterait à fixer un délai maximal pour la validité des interdictions temporaires. On ne saurait pourtant aisément considérer cette solution comme répondant aux exigences actuelles, car on ne peut pas toujours éviter de longs délais imputables aux difficultés propres à la planification du développement urbain. Il vaudrait donc mieux accorder au propriétaire le droit de demander à la municipalité soit la réparation du préjudice qu'il peut prouver, soit le rachat du terrain quand l'interdiction est demeurée en vigueur au-delà d'une certaine période.

A une condition, toutefois: l'interdiction devrait être restée en vigueur pendant assez longtemps et avoir eu des effets dommageables importants et non susceptibles de compensation par les avantages que les propriétaires pourraient s'attendre à retirer du plan d'aménagement urbain.

Compte tenu de ce qui précède, j'estime qu'il s'impose d'étudier s'il convient de prévoir une protection du propriétaire contre les effets dommageables d'interdictions de construire temporaires mais de durée déraisonnable." (*Justitieombudsmannens ämbetsberättelse*) 1967, pp. 478-479.

B. Les recours contre la puissance publique

1. Les recours contre les décisions des conseils municipaux

43. Au moment où les requérants ont sisi la commission, la loi de 1953 sur les communes et, pour la capitale, celle de 1957 sur la ville de Stockholm ouvraient et réglementaient un droit de recours (*kommunalbesvar*) contre les décisions des municipalités. Elles autorisaient tout citoyen de la commune — sauf exceptions — à attaquer les décisions du conseil municipal devant le conseil administratif de comté.

Ce recours ne pouvait se fonder que sur les motifs suivants: inobservation des formes légales, violation de la loi, excès de pouvoir, atteinte aux droits propres du requérant ou détournement de pouvoir. Il devait parvenir au conseil administratif de comté dans les trois semaines de l'annonce, sur le panneau d'affichage municipal, de l'adoption du procès-verbal de la décision; ledit panneau indiquait le lieu où le procès-verbal pouvait être consulté.

Sauf dispositions contraires, la décision du conseil administratif de comté pouvait faire l'objet d'une requête à la Cour administratif suprême (*regeringsrätten*), dans le délai de trois semaines à compter de sa notification au requérant.

Des dispositions presque identiques figurent désormais dans le chapitre 7 de la loi de 1977 sur les communes (*kommunallagen*). Elles ont été légèrement modifiées en 1980: à compter du 1^{er} janvier, les recours doivent s'exercer devant la cour d'appel administrative (*kammarrätten*) et non plus devant le conseil administratif de comté.

44. Les règles ci-dessus s'appliquent à la décision municipale de demander au gouvernement la délivrance ou prorogation d'un permis d'exproprier.

En revanche, elles ne valent pas pour celle d'inviter le conseil administratif de comté à délivrer ou proroger une interdiction de construire: une telle demande est en effet insusceptible de recours devant une juridiction administrative.

2. Les recours contre les actes de l'administration

a) Les recours administratifs

45. En Suède, les fonctions administratives incombent pour une large part à des autorités administratives dont le mécanisme de décision est indépendant du gouvernement: ces autorités ne relèvent pas des ministères et ni le gouvernement ni les différents ministres n'ont le droit de leur donner des ordres ou instructions sur la manière dont elles doivent appliquer la loi dans tel ou tel cas.

46. Pourtant, il est souvent possible de contester les décisions des autorités administratives devant le gouvernement.

Ainsi, la décision du conseil administratif de comté de délivrer ou proroger une interdiction de construire peut être attaquée par voie de recours au gouvernement (article 150 § 2 de la loi de 1947).

b) Les recours contentieux

47. D'une manière générale, l'administration suédoise échappe au contrôle des tribunaux ordinaires. Ces derniers ne connaissent des recours contre l'État qu'en matière contractuelle et de responsabilité extracontractuelle ainsi que, selon quelques lois, de décisions administratives.

48. Le contrôle judiciaire des actes de l'administration appartient donc avant tout à des juridictions administratives. Elles émanaient à l'origine de l'administration elle-même et comportent trois degrés: les tribunaux administratifs de comté (*länsrätterna*); les cours d'appel administratives; la Cour administrative suprême, instituée en 1909 sur le modèle de certaines institutions étrangères, tel le Conseil d'Etat français, mais qui s'en distingue sur des points fondamentaux. Composées de magistrats indépendants et inamovibles, ces juridictions jouissent en principe de

pouvoirs étendus qui leur permettent non seulement d'annuler des actes administratifs, mais aussi de les modifier ou remplacer. En pratique, la légalité desdits actes se voit très fréquemment contestée.

Ce principe souffre toutefois une importante exception: les décisions du gouvernement sont insusceptibles de recours.

3. Les recours contre les actes du gouvernement

49. Certaines affaires administratives — les plus importantes politiquement ou financièrement — relèvent, en première et dernière instance, du gouvernement. Tel est le cas des permis d'exproprier (paragraphe 37 ci-dessus).

Bien que la loi de 1971 sur l'administration publique (*förvaltningslagen*) ne s'applique pas formellement à la procédure devant le gouvernement, cette dernière doit observer plusieurs principes: droit de l'intéressé d'accéder à tous les documents relatifs à l'affaire; obligation de l'autorité de signaler à l'intéressé tout document ajouté au dossier et de lui fournir l'occasion d'exprimer son avis à son sujet; droit de l'intéressé d'exposer ses vues oralement s'il le désire.

Avant que le gouvernement se prononce sur une demande de permis d'exproprier, cette dernière est soumise au conseil administratif de comté qui prépare le dossier. Le conseil a notamment pour tâche d'offrir au propriétaire la possibilité d'exposer ses vues sur la demande; il entend aussi les autorités publiques qui peuvent avoir un intérêt dans l'affaire. Une fois rassemblés les éléments nécessaires, il les transmet au gouvernement qui peut alors trancher.

50. Les affaires examinées par le gouvernement donnent lieu à des décisions contre lesquelles il n'existe pas, en principe, de recours. Toutefois, dans des cas particuliers on peut exercer un recours extraordinaire et de portée limitée, appelé demande en réouverture de la procédure (*resningsansökan*). Avant le 1^{er} janvier 1975, pareille demande — qui peut aussi viser une décision du gouvernement agissant en tant qu'organe d'appel — était adressée à la Cour suprême. Depuis cette date, elle l'est à la

Cour administrative suprême (chapitre 11, article 11, de la Constitution). Les motifs de réouverture se trouvent énumérés au chapitre 58, article 1, du code de procédure judiciaire (*rättegångsbalken*), bien que cette disposition ne lie pas formellement la Cour administrative suprême (traduction du suédois):

“Une fois un jugement dans une affaire civile passé en force de chose jugée, la réouverture dans l’intérêt de l’une ou l’autre partie peut être accordée:

1. si un membre ou fonctionnaire de la juridiction s’est rendu coupable d’une infraction pénale ou d’une faute en rapport avec le procès ou si une infraction en rapport avec le procès a été commise par un avocat ou un représentant légal, et si l’on peut supposer que l’infraction ou la faute a influé sur l’issue de l’affaire;
2. si un document produit comme preuve était falsifié ou si une partie entendue sous serment, un témoin, un expert ou un interprète a fait de fausses déclarations, et si l’on peut supposer que ce document ou ces déclarations ont influé sur l’issue de l’affaire;
3. si l’on découvre des faits ou des éléments de preuve qui, s’ils avaient été portés précédemment à la connaissance du tribunal, auraient probablement modifié l’issue de l’affaire; ou
4. si l’application de la loi sur laquelle se fonde le jugement est manifestement contraire à la loi elle-même.

La réouverture de la procédure ne peut être accordée pour la raison énoncée au paragraphe 3 que si la partie intéressée établit que selon toute probabilité elle se trouvait dans l’incapacité de se prévaloir des faits ou des éléments de preuve dont il s’agit devant la juridiction de première instance ou d’appel, ou si elle avait un autre motif valable de ne pas le faire.”

Si, dans une affaire comme celle-ci, la Cour administrative suprême accepte de rouvrir la procédure, elle peut soit réexaminer elle-même l’affaire, soit la renvoyer au gouvernement.

Les très nombreuses décisions prises chaque année par le gouvernement donnent lieu à fort peu de demandes en réouverture de la procédure.

C. La responsabilité de la puissance publique

51. Autrefois, les décisions des organes de l'Etat et des communes dans l'exercice de la puissance publique n'engageaient pas la responsabilité desdits organes et ne pouvaient donc pas prêter à indemnisation, quoique l'étendue de cette immunité suscitât quelques doutes. Le droit suédois avait pour source la jurisprudence, des lois spéciales et des principes coutumiers.

52. Ce droit s'applique encore sur bien des points, mais le 1^{er} juillet 1972 est entrée en vigueur la loi sur la responsabilité civile (*skadeståndslagen*). Elle codifie et développe une partie du droit régissant la réparation du préjudice, en matière extracontractuelle. Elle prévoit que l'Etat et les municipalités ne répondent pas civilement des dommages résultant de leurs actes. Elle introduit toutefois un changement radical: désormais, les actes des autorités publiques peuvent ouvrir un droit à réparation en cas de faute ou de négligence (chapitre 3, article 2).

A ce principe nouveau, le législateur a apporté une restriction importante. En effet, aucune action en responsabilité ne peut s'exercer à la suite des décisions du parlement, du gouvernement, de la Cour suprême, de la Cour administrative suprême et du Tribunal national de la Sécurité sociale, à moins qu'elles n'aient été annulées ou modifiées (chapitre 3, article 7). Selon des commentaires faisant autorité, une telle action doit être déclarée d'office irrecevable par le tribunal.

PROCEDURE DEVANT LA COMMISSION

53. Les requérants ont saisi la Commission le 15 août 1975. Ils se plaignaient d'une atteinte injustifiable au droit au respect de leurs biens, tel que le garantit l'article 1 du Protocole n.º 1. Ils dénonçaient en outre

une violation de l'article 6 § 1 de la Convention car les questions d'expropriation et d'indemnisation n'avaient pas été tranchées, dans un délai raisonnable, par les tribunaux suédois, ainsi que de l'article 13 car aucun recours effectif devant une instance nationale ne s'offrait à eux pour attaquer les atteintes causées à leurs droits par les permis d'exproprier et les interdictions de construire. Enfin, ils alléguaient la violation de l'article 14 et s'appuyaient sur les articles 17 et 18.

54. La Commission a retenu les deux requêtes le 5 mars 1979 après les avoir jointes le 12 octobre 1977 en vertu de l'article 29 de son règlement intérieur.

55. Dans son rapport du 8 octobre 1980 (article 31 de la Convention), elle exprime l'avis qu'il y a eu violation de l'article 13 de la Convention (dix voix contre deux, avec quatre abstentions). Elle conclut en revanche à l'absence d'infraction à l'article 1 du Protocole N.º 1 (dix voix contre trois), à l'article 6 § 1 (onze voix contre cinq) et aux articles 14, 17 et 18 (unanimité) de la Convention. (2)

Le rapport contient trois opinions séparées.

EN DROIT

1. SUR LA VIOLATION ALLEGUEE DE L'ARTICLE 1 DU PROTOCOLE N.º 1

56. Les requérants dénoncent la longue durée des permis d'exproprier, assortis d'interdictions de construire, qui ont frappée leurs immeu-

(2) Um dos Membros que tomou parte na elaboração do Relatório da Comissão foi o Dr. Jorge Sampaio.

bles. Ils y voient une atteinte illicite à leur droit au respect de leurs biens, tel que le garantit l'article 1 du Protocole n.º 1, ainsi libellé:

“Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes”.

57. Par son arrêt Marckx du 13 juin 1979, la Cour a précisé l'objet de cet article: ⁽³⁾

“En reconnaissant à chacun le droit au respect de ses biens, l'article 1 garantit en substance le droit de propriété. Les mots ‘biens’, ‘propriété’, ‘usage des biens’, en anglais ‘*possessions*’ et ‘*use of property*’, le donnent nettement à penser; de leur côté les travaux préparatoires le confirment sans équivoque: les rédacteurs n'ont cessé de parler de ‘droit de propriété’ pour désigner la matière des projets successifs d'où est sorti l'actuel article 1.” (série A n.º 31, p. 27, § 63).

Il y a lieu de déterminer si les requérants peuvent se plaindre d'une ingérence dans ce droit et, dans l'affirmative, si elle se justifiait.

1. Sur l'existence d'une ingérence dans le droit de propriété des requérants

58. Les requérants ne contestent pas la légalité intrinsèque des permis d'exproprier ni des interdictions de construire les concernant. En revanche, ils critiquent la longueur des délais accordés à la ville de Sto-

⁽³⁾ In *Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, XXII 411.

ckholm pour entamer la procédure judiciaire visant à fixer l'indemnité d'expropriation: cinq ans, prorogés pour trois ans, puis pour cinq et enfin pour dix, dans le cas de la succession Sporrong; dix ans dans celui de Mme Lönnroth (paragraphe 11-14 et 20 ci-dessus). Ils dénoncent en outre le maintien en vigueur des permis d'exproprier et des interdictions de construire pendant une longue période: vingt-trois et huit ans pour les premiers; vingt-cinq et douze ans pour les secondes (paragraphe 18 et 25 ci-dessus). Ils soulignent les effets néfastes qu'auraient produits sur leur droit de propriété lesdites mesures ainsi combinées. Ils auraient perdu la possibilité de vendre leurs immeubles aux conditions normales du marché. Ils ajoutent qu'ils auraient pris des risques exagérés s'ils avaient consacré des investissements à leurs immeubles et que si malgré tout ils avaient consacré des investissements à leurs immeubles et que si malgré tout ils avaient effectué des travaux après l'octroi d'un permis de construire, ils auraient dû s'engager à ne pas réclamer, après expropriation, d'indemnité au titre de la plus-value ainsi réalisée. Ils soutiennent en outre qu'ils auraient éprouvé des difficultés à obtenir des hypothèques s'ils en avaient demandé. Ils rappellent enfin l'interdiction d'édifier sur leur propre terrain toute "construction nouvelle".

Sans prétendre avoir été formellement et définitivement privés de leurs biens, la succession Sporrong et Mme Lönnroth allèguent que les permis et interdictions litigieux imposaient à la libre jouissance et disposition de leurs immeubles des limitations excessives et ne donnant pas lieu à indemnité. Leur droit de propriété se serait ainsi trouvé vidé de sa substance pendant la durée de validité des mesures en question.

59. Le Gouvernement admet que par suite du libre jeu du marché, il peut devenir plus malaisé de vendre ou louer un immeuble grevé d'un permis d'exproprier et que cet inconvénient s'accroît en fonction de la durée de validité du permis. Il reconnaît aussi que les interdictions de construire restreignent l'exercice normal du droit de propriété. Toutefois, il affirme que permis et interdictions sont inhérents à l'aménagement urbain et ne portent pas atteinte au droit des propriétaires "au respect de (leurs) biens", au sens de l'article 1 du Protocole n.º 1.

60. La Cour ne saurait souscrire à cette thèse.

S'ils laissaient juridiquement intact le droit des intéressés à disposer et user de leurs biens, les permis d'exproprier n'en réduisaient pas moins dans une large mesure la possibilité pratique de l'exercer. Ils trouchaient

aussi à la substance même de la propriété en ce qu'ils reconnaissaient par avance la légalité d'une expropriation et autorisaient la ville de Stockholm à y procéder à tout moment qu'elle trouverait opportun. Le droit de propriété des requérants devenait ainsi précaire et révoquant.

De leur côté, les interdictions de construire limitaient sans conteste le droit des requérants à user de leurs biens.

La Cour estime en outre qu'il y a lieu en principe de considérer ensemble les décisions litigieuses, quitte à les distinguer parfois pour les besoins de l'analyse. En effet, bien qu'elles n'eussent pas nécessairement de lien juridique entre elles (paragraphe 35 ci-dessus) et que leur durée de validité différât, elles se complétaient et poursuivaient un objectif identique: faciliter la réalisation du développement de la cité selon les plans successifs préparés à cet égard.

Les requérants ont donc subi une ingérence dans leur droit de propriété, dont, la Commission le souligne à juste titre, les conséquences se sont sans nul doute aggravées par l'utilisation combinée des permis d'exproprier et des interdictions de construire pendant une longue période.

2. Sur la justification de l'ingérence dans le droit de propriété des requérants

61. Reste à rechercher si l'ingérence ainsi constatée enfreint ou non l'article 1.

Celui-ci contient trois normes distinctes. La première, d'ordre général, énonce le principe du respect de la propriété; elle s'exprime dans la première phrase du premier alinéa. La deuxième vise la privation de propriété et la soumet à certaines conditions; elle figure dans la seconde phrase du même alinéa. Quant à la troisième, elle reconnaît aux Etats le pouvoir, entre autres, de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général et en mettant en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires à cette fin; elle ressort du deuxième alinéa.

La Cour doit s'assurer de l'applicabilité des deux dernières de ces normes avant de se prononcer sur l'observation de la première.

a) Sur l'applicabilité de la seconde phrase du premier alinéa

62. Il échet de rappeler d'abord que les autorités suédoises n'ont pas procédé à l'expropriation des immeubles des requérants. Ces derniers n'ont donc à aucun moment été formellement "privés de leur propriété": ils pouvaient user de leur bien, le vendre, le léguer, le donner ou l'hypothéquer.

63. En l'absence d'une expropriation formelle, c'est-à-dire d'un transfert de propriété, la Cour s'estime tenue de regarder au-delà des apparences et d'analyser les réalités de la situation litigieuse (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt Van Droogenbroeck du 24 juin 1982, série A, n.º 50, p. 20, § 38). La Convention visant à protéger des droits "concrets et effectifs" (arrêt Airey du 9 octobre 1979, série A n.º 32, p. 12, § 24) ⁽⁴⁾, il importe de rechercher si ladite situation n'équivalait pas à une expropriation de fait, comme le prétendent les intéressés.

Aux yeux de la Cour, les effets incriminés (paragraphe 58 ci-dessus) dérivent tous de la diminution de la disponibilité des biens en case. Ils résultent de limitations apportées au droit de propriété, devenu précaire, ainsi que des conséquences de celles-ci sur la valeur des immeubles. Pourtant, bien qu'il ait perdu de sa substance le droit en cause n'a pas disparu. Les effets des mesures en question ne sont pas tels qu'on puisse les assimiler à une privation de propriété. La Cour note à ce sujet que les requérants ont pu continuer à user de leurs biens et que si les ventes d'immeubles touchés à Stockholm par des permis d'exproprier et des interdictions de construire ont été rendues plus malaisées, la possibilité de vendre a subsisté; selon les renseignements fournis par le Gouvernement, il y a eu plusieurs dizaines de ventes (paragraphe 30 ci-dessus).

La seconde phrase du premier alinéa ne trouvait donc pas à s'appliquer en l'espèce.

⁽⁴⁾ In Annuaire, XXII, 421.

b) Sur l'applicabilité du deuxième alinéa

64. Les interdictions de construire s'analysaient sans conteste en une réglementation de "l'usage des biens" des intéressés, au sens du deuxième alinéa.

65. En revanche, les permis d'exproprier n'entendaient pas limiter ou contrôler cet usage. Représentant une étape initiale dans le processus de privation de propriété, ils ne tombaient pas sous le coup du deuxième alinéa. Il faut les examiner au regard de la première phrase du premier.

c) Sur l'observation de la première phrase du premier alinéa en ce qui concerne les permis d'exproprier

66. Les griefs des requérants portent d'abord sur la durée des délais accordés à la ville de Stockholm; ils la jugent contraire tant au droit suédois qu'à la Convention.

67. La loi de 1917 ne contenait aucune disposition sur la longueur du délai pendant lequel l'expropriant devait entamer une procédure judiciaire visant à fixer l'indemnité d'expropriation; elle n'en renfermait pas davantage quant à la prolongation de la validité des permis.

Selon la succession Sporrang et Mme Lönnroth, la pratique constante depuis l'entrée en vigueur de la loi voulait que le délai normal de citation à comparaître devant le tribunal foncier fût d'un an. Comme en l'occurrence il a atteint respectivement cinq et dix ans, les permis initiaux manqueraient de base légale; il en irait de même des trois prorogations du permis relatif à l'immeuble de la succession Sporrang.

L'Etat défendeur répond que la délivrance et la prorogation des permis respectaient le droit suédois: habilité à fixer la durée du permis initial, le gouvernement aurait aussi compétence, en l'absence de texte en sens contraire, pour la prolonger.

68. La Cour n'estime pas devoir trancher cete controverse relative à l'interprétation du droit suédois. Même si les permis litigieux n'allaient

pas à l'encontre de ce dernier, leur conformité avec lui ne prouve pas leur compatibilité avec le droit garanti par l'article 1.

69. La circonstance qu'ils ne relevaient ni de la seconde phrase du premier alinéa ni du deuxième alinéa n'implique pas que l'ingérence dans ledit droit enfreignait la norme énoncée à la première phrase du premier alinéa.

Aux fins de cette disposition, la Cour doit rechercher si un juste équilibre a été maintenu entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt du 23 juillet 1968 dans l'affaire "linguistique belge", série A n.º 6, p. 32, § 5) (5). Inhérent à l'ensemble de la Convention, le souci d'assurer un tel équilibre se reflète aussi dans la structure de l'article 1.

L'agent du Gouvernement a reconnu la nécessité de pareil équilibre. Selon la loi sur l'expropriation, a-t-il souligné à l'audience de la matinée du 23 février 1982, on ne doit pas délivrer de permis d'exproprier si l'on peut atteindre par un autre moyen le but d'intérêt public visé; cette évaluation faite, il faut mesurer pleinement les intérêts de l'individu et l'intérêt public.

La Cour ne perd pas de vue cette préoccupation du législateur. De plus, elle juge naturel que dans un domaine aussi complexe et difficile que l'aménagement des grandes cités, les Etats contractants jouissent d'une grande marge d'appréciation pour mener leur politique urbanistique. Elle ne saurait renoncer pour autant à son pouvoir de contrôle. Il lui appartient de vérifier que l'équilibre voulu a été préservé d'une manière compatible avec le droit des requérants "au respect de (leurs) biens", au sens de la première phrase de l'article 1.

70. La législation en vigueur à l'époque se caractérisait par sa rigidité. En dehors du retrait pur et simple des permis d'exproprier, qui exigeait l'accord de la municipalité, elle n'offrait aucun moyen de modifier après coup la situation des propriétaires concernés. La Cour relève à cet égard que les permis accordés à la ville de Stockholm le furent, dans le cas de la succession Sporrang, pour cinq ans — mesure prorogée pour trois ans, puis pour cinq et enfin pour dix — et, dans le cas de Mme

(5) Sumariado neste Boletim, n.º 3, pág. 201.

Lönnroth, pour dix ans. En pratique, ils restèrent en vigueur pendant vingt-trois et huit ans respectivement. Durant toute cette période, les requérants demeurèrent dans une incertitude complète quant au sort de leur propriété et n'eurent pas droit à la prise en compte, par le gouvernement suédois, des difficultés qu'ils pouvaient rencontrer. Le rapport de la Commission en donne un exemple. M^{me} Lönnroth avait prié le gouvernement de retirer le permis d'exproprier. La municipalité lui répondit que les plans existants n'autorisaient aucune dérogation; quant au gouvernement, il rejeta la requête au motif qu'il ne pouvait révoquer le permis sans le consentement exprès de la municipalité (paragraphe 21 ci-dessus).

La Cour ne méconnaît pas l'intérêt qu'avait la ville de Stockholm à jouir de la faculté d'exproprier des immeubles pour réaliser ses plans. Toutefois, elle ne s'explique pas pourquoi la législation suédoise devait exclure la possibilité de réapprécier, à des intervalles raisonnables pendant la longue durée pour laquelle chacun de ces permis était accordé et maintenu, les intérêts de la ville et ceux des propriétaires. En l'espèce, l'absence d'une telle possibilité se révèle d'autant moins satisfaisante que les projets urbanistiques à l'origine des permis d'exproprier, et avec eux la destination donnée aux propriétés des requérants, ont changé à plusieurs reprises.

71. Comme en témoigne l'exposé des motifs du projet d'où est sortie la loi de 1972, le gouvernement suédois a concédé que "le système existant présent (ait), à certains égards, des inconvénients pour le propriétaire":

"Naturellement, la seule délivrance d'un permis d'exproprier le plonge souvent dans l'incertitude. En pratique, il voit se restreindre considérablement ses possibilités de disposer de son immeuble en le vendant, en en cédant l'usage ou en y faisant construire. Il peut aussi se trouver embarrassé pour décider d'engager des frais d'entretien ou de modernisation. Evidemment, les inconvénients résultant du permis s'aggravent si un long délai s'écoule avant la mise en route de la procédure judiciaire." (*Kungl. Maj:ts proposition nr. 109, 1972, p. 227*).

La loi de 1972 tient partiellement compte de ces préoccupations. Certes, elle ne prévoit pas l'octroi d'une indemnité aux propriétaires qui auraient subi en préjudice en raison de la durée de validité du permis, mais elle leur permet de bénéficier d'un abrègement du délai de citation à

comparaître devant le tribunal foncier, s'ils fournissent la preuve d'un préjudice fortement accru du fait que la question de l'expropriation demeure pendante (paragraphe 36 ci-dessus). Inapplicable en l'espèce (paragraphe 39 ci-dessus), elle n'a pu aider les requérants à surmonter les difficultés qu'ils pouvaient éprouver.

72. La Cour constate en outre que l'existence, pendant toute cette période, d'interdictions de construire a encore accentué les répercussions dommageables de la durée de validité des permis. La pleine jouissance du droit de propriété des requérants a été entravée au total pendant vingt-cinq ans pour la succession Sporrang et douze ans pour Mme Lönnroth. A cet égard, la Cour note qu'en 1967 l'ombudsman parlementaire a estimé incompatibles avec ce qui devrait prévaloir dans un Etat de droit les effets négatifs pouvant résulter, pour les propriétaires, d'interdictions prolongées (paragraphe 42 ci-dessus).

73. Ainsi combinées, les deux séries de mesures ont créé une situation qui a rompu le juste équilibre devant régner entre la sauvegarde du droit de propriété et les exigences de l'intérêt général: la succession Sporrang et Mme Lönnroth ont supporté une charge spéciale et exorbitante que seules auraient pu rendre légitime la possibilité de réclamer l'abrégement des délais ou celle de demander réparation. Or la législation suédoise excluait à l'époque pareilles possibilités; elle exclut toujours la seconde d'entre elles.

Aux yeux de la Cour, il n'y a pas lieu, à ce stade, de rechercher si les requérants ont réellement subi un préjudice (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt Marckx précité, série A n.º 31, p. 13, § 27): c'est dans leur situation juridique même que l'équilibre à préserver a été détruit.

74. Les permis en cause, dont les interdictions de construire ont aggravé les conséquences, ont donc violé l'article 1, et ce dans le chef des deux requérants.

d) Sur l'observation de l'article 1 en ce qui concerne les interdictions de construire

75. Compte tenu de ce qui précède, la Cour n'estime pas nécessaire de déterminer si les interdictions de construire, envisagées en soi, enfreignaient également l'article 1.

**II. SUR LA VIOLATION ALLEGUÉE
DES ARTICLES 17 ET 18 DE LA CONVENTION,
COMBINES AVEC L'ARTICLE 1
DU PROTOCOLE N.º 1**

76. Les requérants tirent aussi argument des articles 17 et 18 de la Convention. Ils affirment avoir supporté dans l'exercice de leur droit au respect de leurs bien "des limitations plus amples que celles prévues" à l'article 1 du Protocole n.º 1 et poursuivant un "but" dont ledit article ne parle pas.

La Commission unanime conclut à l'absence de violation.

Ayant constaté que l'article 1 du Protocole n.º 1 se trouvait enfreint, la Cour ne juge pas devoir se placer de surcroît sur le terrain des articles 17 et 18 de la Convention.

**III. SUR LA VIOLATION ALLEGUÉE
DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION,
COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 1
DU PROTOCOLE N.º 1**

77. Invoquant l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n.º 1, les requérants se prétendent victimes d'une discrimina-

tion par rapport à deux catégories de propriétaires: ceux d'immeubles non expropriés et ceux d'immeubles expropriés selon des modalités cadrant avec le droit suédois et la Convention.

La Cour ne souscrit pas à cette thèse qu'aucune pièce du dossier ne vient étayer.

IV. SUR LA VIOLATION ALLEGUEE DE L'ARTICLE 6 § 1 DE LA CONVENTION

78. D'après les requérants, leurs griefs relatifs aux permis d'exproprier frappant leurs immeubles n'ont pas été traités par les tribunaux suédois, ni ne pouvaient l'être; ils allèguent à cet égard la violation de l'article 6 § 1 de la Convention, qui se lit ainsi:

“Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, 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 (...)”

A. Sur l'applicabilité de l'article 6 § 1

79. Le droit de propriété des requérants revêt sans aucun doute un caractère civil, qui d'ailleurs n'a pas prêté à discussion en l'espèce. Reste à savoir si une “contestation” a surgi à son sujet entre les requérants et les autorités suédoises.

80. Tout en reconnaissant qu'une procédure d'expropriation touche un droit de caractère civil, la Commission estime que les permis d'exproprier accordés en vertu de la loi de 1917 ne tranchaient pas des contestations sur des droits et obligations de caractère civil des propriétaires. Elle conclut que la procédure administrative de délivrance puis de prorogation

des permis frappant les immeubles des requérants échappait à l'empire de l'article 6 § 1.

La Cour ne saurait partager cet avis. Dans son arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere* du 23 juin 1981, elle a précisé que l'article 6 § 1 "ne vaut pas seulement pour une procédure déjà entamée: peut aussi l'invoquer quiconque, estimant illégale une ingérence dans l'exercice de l'un de ses droits (de caractère civil), se plaint de n'avoir pas eu l'occasion de soumettre pareille contestation à un tribunal répondant aux exigences de l'article 6 § 1" (série A n.º 43, p. 20, § 44, avec renvoi à l'arrêt *Golder* du 21 février 1975, série A n.º 18). Il importe peu que la contestation concerne un acte administratif pris par l'autorité compétente et en vertu de prérogatives de puissance publique (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Ringeisen* du 16 juillet 1971, série A n.º 13, (voir *mutatis mutandis*, le arrêt *Ringeisen* du juillet 1971, série A n.º 13, p. 39, § 94, (°), et l'arrêt *König* du 28 juin 1978, série A n.º 27, p. 32, § 94). (7)

En l'occurrence, les intéressés soulignent qu'ils n'ont pas eu la faculté de saisir un tribunal habilité à statuer sur la situation créée par la délivrance ou prorogation des permis d'exproprier.

81. Au sujet de la légalité même de cette délivrance ou prorogation, la succession *Sporrong et Mme Lönnroth* invoquent la pratique qui voulait que le délai normal de citation à comparaître devant le tribunal foncier fût d'un an (paragraphe 67 ci-dessus); ils soutiennent que les longs délais accordés dans leur cas n'étaient pas compatibles avec la loi suédoise. Quant au Gouvernement, il rejette cette interprétation. La Cour rappelle qu'elle n'estime pas devoir vider la controverse (paragraphe 68 ci-dessus). L'existence et le sérieux de celle-ci montrent toutefois qu'un problème se posait au regard de l'article 6 § 1. Dès lors que les requérants jugeaient illégales l'adoption ou prorogation de mesures atteignant leur droit de propriété et en vigueur pour des durées telles que celles observées en l'espèce, ils avaient droit à ce qu'un tribunal tranchât cette question de droit interne.

82. Les intéressés dénoncent aussi l'impossibilité de rechercher en justice la réparation du préjudice causé par les permis d'exproprier, ainsi

(6) Sumariado neste Boletim, n.º 4, pág. 275.

(7) Sumariado neste Boletim, n.º 2, pág. 373.

que par les interdictions de construire. La Cour ne juge pas nécessaire d'examiner cette thèse puisqu'elle vient de conclure à l'existence d'une contestation.

83. En résumé, les permis d'exproprier frappant les immeubles des requérants avaient trait à un droit "de caractère civil" et donnaient lieu, en ce qui concerne leur durée de validité, à une "contestation", au sens de l'article 6 § 1.

B. Sur l'observation de l'article 6 § 1

84. La Cour doit s'assurer que le droit suédois accordait aux requérants le "droit à un tribunal", dont l'un des aspects est le droit d'accès, à savoir le droit de saisir un tribunal compétent en matière civile (arrêt *Golder* précité, série A n.º 18, § 36). Il lui faut donc rechercher si la succession *Sporrong* et *Mme Lönnroth* ont pu engager une procédure judiciaire pour contester la légalité des décisions du conseil municipal et du gouvernement dans le domaine de la délivrance ou prorogation des permis d'exproprier de longue durée.

1. Le contrôle de la légalité des décisions du conseil municipal

85. Selon le Gouvernement, les requérants auraient pu mettre en cause la régularité des décisions par lesquelles la municipalité de Stockholm demandait au gouvernement de délivrer ou proroger lesdits permis.

Certes, pour autant qu'ils en auraient pris connaissance malgré l'absence, alléguée par eux, de notification individuelle, il leur eût été loisible de saisir le conseil administratif de comté puis, au besoin, la Cour admi-

nistrative suprême (paragraphe 43 ci-dessus). Toutefois, ces demandes ne constituaient que des mesures préparatoires: en soi, elles ne portaient pas encore atteinte à un droit de caractère civil. En outre, leur légalité ne dépendait pas nécessairement des mêmes critères que celle des décisions définitives adoptées à cet égard par le gouvernement.

2. Le contrôle de la légalité des décisions du gouvernement

86. Les décisions gouvernementales de délivrance et de prorogation des permis, elles, ne sont pas susceptibles de recours devant les juridictions administratives.

A la vérité, les propriétaires peuvent en contester la régularité en invitant la Cour administrative suprême à rouvrir la procédure, mais ils doivent en pratique se fonder sur des motifs identiques ou analogues à ceux énumérés au chapitre 58, article 1, du code de procédure judiciaire (paragraphe 50 ci-dessus). De plus, il s'agit d'une voie de recours extraordinaire — le Gouvernement en convient — et rarement utilisée. La Cour administrative suprême ne connaît pas du fond des affaires quand elle contrôle la recevabilité d'un tel recours; à ce stade, elle ne procède donc pas à un examen complet de mesures touchant à un droit de caractère civil (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt Le Compte, Van Leuven et De Meyere, précité, série A n.º 43, pp. 23, 24 et 26, §§ 51, 54 et 60). Pareil examen ne saurait avoir lieu, devant elle ou une juridiction ou autorité de renvoi antérieurement saisie, que pour une demande déclarée par elle recevable. Bref, le recours ne satisfaisait pas aux exigences de l'article 6 § 1.

87. En résumé, la cause de la succession Sporrang et de Mme Lönnroth n'a pu être entendue par un tribunal jouissant de la plénitude de juridiction. Il y a donc eu violation de l'article 6 § 1 dans le chef des deux requérants.

V. SUR LA VIOLATION ALLEGUEE DE L'ARTICLE DE LA CONVENTION

88. Les requérants s'affirment privés de tout recours effectif devant une "instance" nationale contre les violations qu'ils dénoncent; ils invoquent l'article 13 aux termes duquel.

"Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles".

Dans son rapport, la Commission exprime l'avis qu'il y a eu méconnaissance dudit article. Le Gouvernement combat cette opinion, surtout dans son mémoire du 31 juillet 1981 exclusivement consacré au problème.

Eu égard à sa décision relative à l'article 6 § 1, la Cour estime qu'il n'y a pas lieu d'examiner l'affaire sous l'angle de l'article 13; les exigences de ce dernier sont en effet moins strictes que celles de l'article 6 § 1 et absorbées par elles en l'espèce (arrêt Airey précité, série A n.º 32, p. 18, § 35; voir aussi, *mutatis mutandis*, l'arrêt De Wilde, Ooms et Versyp du 18 juin 1971, série A n.º 12, p. 46, § 95, ⁽⁸⁾ et l'arrêt Golder précité, série A n.º 18, pp. 15-16, § 33).

IV. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 50 DE LA CONVENTION

89. Aux audiences du 23 février 1982, le conseil des requérants a déclaré que si la Cour constatait une violation, ses clients demanderaient au titre de l'article 50 une satisfaction équitable pour dommage matériel ainsi que pour frais de justice et dépenses annexes. Estimant que leurs

(⁸) Sumariado neste Boletim, n.º 4, pág. 273.

prétentions dépendraient largement de la teneur de l'arrêt à rendre, il a suggéré de renvoyer à plus tard l'examen du problème.

Le Gouvernement s'est borné à préciser qu'il n'entendait pas prendre position sur l'application de l'article 50 pour le moment.

Bien que soulevée en vertu de l'article 47 bis du règlement, la question ne se trouve donc pas en état. En conséquence, la Cour doit la réserver et déterminer la procédure ultérieure, en tenant compte de l'hypothèse d'un accord entre l'Etat défendeur et les requérants.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, par dix voix contre neuf, qu'il y a eu violation de l'article 1 du Protocole n.º 1 dans le chef des deux requérants;

2. *Dit*, à l'unanimité, qu'il ne s'impose pas d'examiner aussi l'affaire sous l'angle des articles 17 et 18 de la Convention, combinés avec l'article 1 du Protocole n.º 1;

3. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 1 du Protocole n.º 1;

4. *Dit*, par douze voix contre sept, qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention dans le chef des deux requérants;

5. *Dit*, à l'unanimité, qu'il ne s'impose pas d'examiner aussi l'affaire sous l'angle de l'article 13 de la Convention;

6. *Dit*, à l'unanimité, que la question de l'application de l'article 50 ne se trouve pas en état;

en conséquence,

a) *la réserve en entier*:

b) *invite* la Commission à lui présenter, dans le délai de deux mois à compter du prononcé du présent arrêt, ses observations sur cette question et notamment à lui donner connaissance de tout règlement auquel Gouvernement et requérants auront pu aboutir;

c) *réserve* la procédure ultérieure et **délègue** à son président le soin de la fixer en cas de besoin.

Rendu en français et en anglais, le texte français faisant foi, au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg le vingt-trois septembre mil neuf cent quatre-vingt-deux.

Le Président
Gérard WIARDA

Le Greffier

Marc-André EISSEN

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 51 § 2 de la Convention et 50 § 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées suivantes:

- opinion dissidente commune à M. Zekia, M. Cremona, M. Thór Vilhjálmsson, M. Lagergren, Sir Vincent Evans, M. Macdonald, M. Bernhardt et M. Gersing, relative à l'article 1 du Protocole n.º 1;
- opinion concordante de M. Cremona, relative à l'article 6 § 1 de la Convention;
- opinion dissidente de M. Thór Vilhjálmsson, relative à l'article 6 § 1 de la Convention;
- opinion dissidente de M. Lagergren, relative à l'article 6 § 1 de la Convention;
- opinion dissidente commune à M. Pinheiro Farinha, Sir Vincent Evans, M. Macdonald, M. Bernhardt et M. Gersing, relative à l'article 6 § 1 de la Convention;
- opinion partiellement dissidente de M. Walsh.

G. W.

M.-A. E.

**JOINT DISSENTING OPINION OF JUDGES
ZEKIA, CREMONA, THÓR VILHJÁLMSSON,
LAGERGREN, SIR VINCENT EVANS,
MACDONALD, BERNHARDT AND GERSING
WITH REGARD TO ARTICLE 1 OF
PROTOCOL N.º 1**

1. We regret that we do not agree with the conclusion reached by the majority of the Court that there was a violation of Article 1 of Protocol N.º 1 to the Convention or with the manner in which they interpret and apply that Article in their judgment.

2. The judgment reaches the conclusion that Article 1 of the Protocol has been violated in a way which does not, in our view, correspond to the underlying intention and the real meaning of that provision.

The majority first find that there was an interference with the applicants' exercise of the right of property within the meaning of the first sentence of Article 1 of the Protocol. We agree that the combined effect of the expropriation permits and prohibitions on construction was to intrude on the owners' right "to the peaceful enjoyment of their possessions" (*"droit au respect de ses biens"*).

The judgment then goes on to find that there was no room for the application of the second sentence of the first paragraph in the present case. On this too we agree.

However, the majority also exclude the application of the second paragraph of the Article (see paragraph 65 of the judgment). Their reason for doing so is, in our opinion, hardly convincing. It is simply that the expropriation permits were not intended to limit or control the use of the applicant's property but were an initial step in a procedure leading to deprivation of possessions. This ignores the fact, which appears to be acknowledged elsewhere in the judgment, that the expropriation permits

have to be considered in combination with the prohibitions on construction. As is rightly observed in paragraph 60 of the judgment, "this is because, even though there was not necessarily a legal connection between the measures... and even though they had different periods of validity, they were complementary and had the single objective of facilitating the development of the city in accordance with the successive plans prepared for this purpose".

Having eliminated the second sentence of the first paragraph as well as the second paragraph, the majority of the Court feel free, in applying only the first sentence of the Article, to "determine whether a fair balance was struck between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights" (paragraphe 69 of the judgment). We express no view on this interpretation of the first sentence of Article 1, since our conclusions rest on the application of the second paragraph.

3. Our understanding of the way in which Article 1 should be interpreted and applied in the present case is different.

The first sentence of the Article contains a guarantee of private property. It is a provision in general terms protecting individuals and also private legal entities against interference with peaceful enjoyment of their possessions. However, modern States are obliged, in the interest of the community, to regulate the use of private property in many respects. There are always social needs and responsibilities relevant to its ownership and use. The ensuing provisions of Article 1 recognise these needs and responsibilities and the corresponding rights of the States. The very essence of city planning is to control the use of property, including private property, in the general interest.

It is obvious that, for the second paragraph to apply, restrictions on the use of private possessions must leave the owner at least a certain degree of freedom, otherwise the restrictions amount to deprivation; in this case no "use" is left. But it cannot be decisive against the applicability of the second paragraph that the final outcome of the measures taken may be the expropriation of the properties concerned. Where the use of the properties is still possible although restricted, this provision remains applicable, even if the intention behind the measures is the eventual deprivation of ownership. This is confirmed in the present case by the fact that deprivation in reality never took place. The use of the property by

the owner was never terminated by State action. It was temporarily restricted in view of possible expropriations in the future.

In our opinion, therefore, the second paragraph is applicable in regard to the measures complained of in the present case.

The next question is whether the measures complained of were justified under the terms of the second paragraph. This paragraph is in very emphatic terms. It states that the preceding provisions of Article 1 "shall not... in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest". In paragraph 64 of its judgment of 13 June 1979 in the *Marckx* case (Series A n.º 31, p. 28) the Court said that "This paragraph thus sets the Contracting States up as sole judges of the 'necessity' for such a law". The "general interest" which gave rise to the Swedish laws relevant in the present case is evident. Legislation to facilitate town planning, particularly in big cities like Stockholm, is normal in States Party to the Convention, including provisions to enable the authorities to control the use and development of properties and for expropriation for redevelopment and other purposes in the general interest.

But of course it is the measures taken by the Swedish authorities in the enforcement of the relevant laws which are in issue in the present case. The words "shall not... in any way impair the right of a State" were clearly intended to leave to States a wide margin of appreciation. Nevertheless, the Court must satisfy itself not only as to the lawfulness of the measures in question under Swedish law but also that they were not inconsistent with the legitimate aim of controlling the use of property in the general interest.

We share the view of the Commission that there is no good reason to doubt that the measures taken in the present case were lawful (see paragraphs 106 to 109 of the Commission's report).

The applicants claim that there was no general interest to justify the duration of the measures. We do not find that their duration exceeded the periods which could reasonably be deemed by the authorities of the State to be in the general interest.

Modern town planning requires, especially in big urban areas, most difficult considerations and evaluations, and its implementation often needs considerable time. It can also hardly be denied that planning and preparations for further urban development can change in accordance with changing convictions and expectations in the community. This is

illustrated in the present case by the changes in the plans for the city of Stockholm. In the course of the years the idea of broad traffic lanes through central parts of the city gave way to new ideas for pedestrian areas, reliance on public transportation, and the preservation and rehabilitation of existing buildings. Similar developments can be found in many other States and cities.

It is true that the expropriation permits and building restrictions were maintained in force for a number of years and, in the case of the Sporrang Estate, for more than two decades, which is a long time. But, on the other hand, the Swedish Government have advanced understandable reasons for this. It is also relevant to take into account the legal and factual position of the owners during the period of the restrictions. They remained in ownership and retained the use of the properties in their existing state. They had the right to dispose of their properties, and other owners in a similar situation did so. It was possible for them to apply for permission to reconstruct and improve their properties, at least within the limits inherent in all town planning: both the Sporrang Estate and Mrs. Lönnroth in fact applied in 1970 for permission to make alterations and obtained it. Besides, it should be borne in mind that owners of property in a modern society are affected by many other factors than formal decisions of the kind here in question. Indeed, as soon as the authorities make known their intentions regarding the future use of land and properties within their area, the owners may suffer adverse effects such as the applicants complained of in the present case.

Taking all these aspects together, we cannot conclude that the measures adopted by the Swedish authorities, particularly as regards their duration, went beyond the legitimate aim permitted by the terms of the second paragraph of Article 1, even if their adverse effects for the owners can hardly be denied.

4. For these reasons we are of the opinion that Article 1 of Protocol N.º 1 was not violated in the present case.

CONCURRING OPINION OF JUDGE CREMONA WITH REGARD TO ARTICLE 6 § 1 OF THE CONVENTION

I have already, in a joint opinion with brother judges, expressed my disagreement with the majority conclusion that there is in this case a violation of Article 1 of the First Protocol. I shall now outline my reasons for finding, with the majority, a violation of Article 6 § 1 of the Convention, and I shall endeavour to do so as briefly as possible.

The Court has already had occasion to establish that Article 6 § 1 guarantees access to a court or tribunal in cases where the determination of civil rights and obligations is at issue (Golder judgment of 21 February 1975, Series A n.º 18, p. 18, § 36). It has also held that that provision may “be relied on by anyone who considers that an interference with the exercise of one his (civil) rights is unlawful and complains that he has not had the possibility of submitting that claim to a tribunal meeting the requirements of Article 6 § 1” (Le Compte, Van Leuven and De Meyere judgment of 23 June 1981, Series A n.º 43, p. 20, § 44).

This is in fact, as I see it, the position in the present case. Considering that (a) the applicants were disputing the legality of the taking or extension of certain measures (expropriation permits) adopted by the Swedish authorities and affecting their properties, (b) under Swedish law expropriation permits already determine the legality of the eventually ensuing expropriation, which cannot be judicially attacked later (an important point made by Mr. Frowein in his separate opinion appended to the Commission’s report, p. 76) and (c) the rights thus affected were property rights and these are certainly civil rights, I come to the conclusion that the applicants were seeking a determination of their civil rights or, in other words, that there was in fact a “*contestation*” relative to the applicants’ civil rights. That being so, under Article 6 § 1 they should have been able to take their claim before a tribunal satisfying all the requirements of that provision, but in fact found themselves in the impossibility of doing so.

So long as a claim of the kind aforesaid is not manifestly frivolous or vexatious, any speculation as to its possible or probable outcome (if it had been possible to take it before such a tribunal) can only constitute an idle exercise which in no way alters the position as set out above. Likewise, any opinion of our own as to the lawfulness or unlawfulness of

those measures is not really relevant to the *present* issue (i.e. that under Article 6 § 1). The fact remains that the applicants, directly affected by those measures and disputing their lawfulness, had a right (and should therefore have also had the opportunity, which they had not) to have that lawfulness or unlawfulness ascertained and established by a tribunal in terms of Article 6 § 1.

DISSENTING OPINION OF JUDGE THOR VILHJALMSSON WITH REGARD TO ARTICLE 6 § 1 OF THE CONVENTION

In this case I do not find that there was a violation of Article 1 of Protocol N.º 1. Neither do I find a violation of Article 6 § 1 of the Convention. As to the first of these questions, I refer to the joint dissenting opinion of myself and a number of my colleagues. To my regret I have not been able to join other colleagues on the question of Article 6 § 1. My views may be briefly stated as follows.

In paragraph 79 of its judgment the majority of the Court states that the applicants' rights which are at issue in this case are without doubt "civil rights". On this I agree. On the other hand, I cannot see that any "determination of civil rights" is at issue.

It is clear that under Swedish law the applicants could not in practice contest before the courts the expropriation permits concerning their properties. On this I refer to paragraphs 48-50 of the judgment. If this is a violation of Article 6 § 1, it would mean that the respondent State was under an obligation to grant the applicants a hearing before a court on submissions of theirs that were without basis in law because of Swedish rules of a constitutional nature regulating the power of the courts to review acts of the Government. It would also mean that Article 6 § 1, which deals with the right to trial, indirectly regulated fundamental

constitutional rules. I find such an interpretation impossible. Accordingly, there was no contest or disagreement which could be resolved by a Swedish court. Article 6 § 1 does not impose on the respondent State any obligation to change that situation.

For this reason I find Article 6 § 1 not applicable.

DISSENTING OPINION OF JUDGE LARGERGREN CONCERNING ARTICLE 6 § 1 OF THE CONVENTION

As to the application of Article 6 § 1 of the Convention in this case, in my opinion no civil right was at stake nor was there any real dispute to be determined by a national tribunal.

The majority of the Commission held (paragraph 147 of the report) that the expropriation permits did not have any legal effects on the applicants' rights as owners of their properties. The applicants retained the legal title to their properties which implied, *inter alia*, that they were entitled to sell them and to inhabit or let the buildings constructed on the sites. Nevertheless, as holders of the civil right to property, the applicants were faced with a quasi-permanent threat of expropriation. In the Commission's opinion the consequences suffered by the applicants as a result of the expropriation permits were of a mere indirect and factual nature which had no legal effects on the applicants' civil rights and obligations.

In contrast to this, Mr. Frowein in his individual opinion, joined by Mr. Trechsel, Mr. Melchior and Mr. Sampaio, came to the conclusion that Article 6 § 1 was violated since the applicants had no possibility to have the legality of the granting or extension of the expropriation permits determined by a court. Mr. Frowein stated that the granting of the permit was only the first step but it determined the legality of the expropriation

under Swedish law, which could not be attacked later before the courts. That meant that it was decisive for the determination of the legality.

If the very granting of the permits had been at stake, I would be inclined to agree with the view of the minority just cited that the issuing of the permits was decisive for the property rights of the applicants and that the Swedish legislation did not afford the remedies required by paragraph 1 of Article 6.

However, as the Court has stated (paragraph 58 of the judgement), the applicants did not dispute that the expropriation permits affecting them were lawful in themselves. They complained merely of the long duration of the permits and their extension and they maintained that the long time-limits in their cases were not in accordance with the 1917 Act. Thus, the only issue on which the applicants challenged the lawfulness of the measures taken in the present case was with regard to the duration of the expropriation permits. In my opinion, the determination of the procedural or factual matter of duration does not amount to a determination of civil rights; the mere fixing of time-limits for expropriation permits is in no way decisive for such rights. This is enough to exclude the application of Article 6 § 1 without going further into the question of the existence of a "*contestation*" (dispute).

However, I would like to consider that latter question as well. The 1917 Act contained no provisions either on the length of the period during which the expropriating authority or person had to institute judicial proceedings for the fixing of compensation for expropriation, or on the extension of the validity of expropriation permits. The Commission stated (paragraph 107 of the report) that the initial determination of these time-limits was apparently a matter within the discretion of the Government, and that it was a natural interpretation of the said Act that the Government had also the competence to prolong their original decisions regarding such permits. Therefore, the Commission considered as lawful both the time-limits of five and ten years fixed by the Government in their decisions of 31 July 1956 and 24 September 1971, as well as the three prolongations of the expropriation permits in the case of the Sporrang Estate (see also the joint dissenting opinion of certain of my colleagues and myself with regard to Article 1 of Protocol N.º 1).

The contentions of the applicants and the Government on this point have been stated as follows by the Court (paragraph 67 of the judgement):

“According to the Sporrong Estate and Mrs. Lönnroth, it had been the established practice since the entry into force of the Act for the normal time-limit for service of a summons to appear before the Real Estate Court to be one year. Since the time-limits in the present case were as long as five and ten years respectively, it was alleged that there was no legal basis for the original permits; the same was said to apply to the three extensions of the permit affecting the property of the Sporrong Estate.

The respondent State replied that the issue and the extension of the permits were in conformity with Swedish law; it argued that since the Government were entitled to fix the period of validity of the original permit, they were also empowered, in the absence of any provision to the contrary, to extend it”.

Under the heading “The applicability of Article 6 § 1” the Court (paragraph 81 of the judgment) states “that it does not consider that it has to resolve this difference of opinion... However, the existence and the serious nature of that difference demonstrate that an issue did arise under Article 6 § 1”. The Court then concludes that the applicants were entitled to have this question of domestic law determined by a tribunal.

I regret that I am unable to concur in this conclusion. Of course, it is a delicate task to decide whether or not a dispute is serious or “veritable” (see the *Le Compte, Van Leuven and De Meyere* judgment of 23 June 1981, Series A n.º 43, p. 20 § 45), but it must in border-line cases, like this one, be faced. The arguments invoked by the Government concerning the interpretation of the 1917 Act correspond in my opinion to generally accepted norms of interpretation under Swedish law. Nor has the eminent representative of the applicants indicated any authority in support of his thesis that there was no legal basis for the original duration of the permits or for three extensions. It is true that long-term permits — especially in Stockholm — have been strongly criticised, but no statement holding that they would be unlawful or contrary to current Swedish legislation is known to me.

The most authentic presentation of the proposition that no maximum period for the original permits exists and that the Government, under both the 1917 and the 1972 Acts, were empowered to extend such periods, is probably to be found in the *travaux préparatoires* to the 1972 Act. The Commission (“*expropriationsutredningen*”) which prepared the report forming the basis for the Bill which then became the 1972 Act stated (SOU 1969: 50 p. 141) that under Article 5, paragraph 4, of the 1917 Act

it is the Government that determine the period of time within which a summons to appear before a real estate court must be served. The Commission continued:

“Normally a one-year period is fixed. There do not however exist any elucidatory statements during the preparatory work on how these periods ought to be determined. The 1908 Committee on Expropriation (*1908 års expropriationskommitté*) only stated (p. 131) that the mere fact that a right to expropriate had been granted with respect to certain real estate caused an uncertainty for its owner which could always involve annoyance and also often lead to economic disadvantage. The Committee therefore was of the opinion that the right of expropriation should not hang over a property during an *unlimited* (emphasis added) period.

The Government has, in practice, been considered at liberty to prolong fixed time-limits. This has caused the period between the expropriation permit and the date of instituting court proceedings to be considerable in many cases, and it has not always been possible to avoid the inconveniences which the 1908 Committee pointed out”.

The Commission further stated at p. 142:

“In our previous investigation (SOU 1964:32), we proposed *inter alia* a certain modification of Article 5, paragraph 4 of the 1917 Act, in the main purporting to be a *codification* (emphasis added) of the competence of the Government to prolong the period within which the question of expropriation must be brought before a court.”

The Commission continued at p. 143:

“It would hardly be possible to prevent the party requesting an expropriation — even if a certain maximum period were prescribed in the law, possibly in combination with a prohibition against the Government prolonging that period in cases other than those where particularly strong reasons motivate a prolongation — from lodging a new request for expropriation at the expiration of the period fixed. ... In view of these circumstances, one could hardly effectively protect the interests of the real estate owner on this point to a greater extent than is at present the case in the current legislation.”

For these reasons, I do not consider that there was any arguable or real “*contestation*” (dispute) over “civil rights and obligations”, and I am therefore of the opinion that Article 6 § 1 was not violated.

**JOINT DISSENTING OPINION OF JUDGES
PINHEIRO FARINHA, SIR VINCENT EVANS,
MACDONALD, BERNHARDT AND GERSING WITH
REGARD TO ARTICLE 6 § 1 OF THE CONVENTION**

We regret that we cannot share the opinion of the majority of the Court that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention in the present case.

Article 6 § 1 provides, *inter alia*, that in the determination of his civil rights and obligations everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. The question is whether the applicants were entitled to have the legality of the decisions of the Swedish authorities in respect of their properties, particularly as regards the duration of the expropriation permits, determined by a tribunal meeting the requirements of this provision.

It is undeniable that the decisions of the Swedish authorities affected the applicants' rights as owners of property. Nevertheless, the question remains whether Article 6 § 1 requires that the relevant decisions could be challenged before a court.

The Court has decided that the concept of “civil rights” (“*droits de caractère civil*”) in Article 6 § 1 must be given an autonomous meaning in the sense that it cannot be interpreted solely by reference to the domestic law of the respondent State, and has held that Article 6 § 1 applies where

there is a "*contestation*" (dispute) the result of which is directly decisive of "civil rights" in a sense of private rights, but that a tenuous connection or remote consequences do not suffice (see, for instance, the judgement of 23 June 1981 in the case of *Le Compte, Van Leuven and De Meyere*, Series A n.º 43, pp. 20-21, §§ 44-47).

We think that the jurisprudence developed by the Court in these respects needs further refinement. If Article 6 § 1 of the Convention were applied whenever private rights are affected by decisions taken in the public interest, this provision would contain a virtually unrestricted guarantee of judicial review of governmental and administrative acts. Such an interpretation does not, in our opinion, conform to the intention or the wording of Article 6 § 1, and it is incompatible with the legal situation in many States Party to the Convention.

The dividing line between disputes determinative of civil rights in the sense of Article 6 § 1 and those relating to acts to acts to which this provision does not apply may sometimes be difficult to draw. We think that at least acts in the field of public or administrative law which are dominated by considerations of public interest and are determined principally by considerations of policy are outside the intended scope of Article 6 § 1. These factors are present in the case here under consideration.

The expropriation permits were wholly governed by public law and considerations of public policy. They concerned the applicants not in their private capacity but as owners of property in a given area in the city of Stockholm. They were not directly determinative of private rights, but of the rights under public law of the city of Stockholm. Judicial review, at least of the lawfulness of the measures taken, might be desirable also in such cases, but it is not required by Article 6 § 1 of the Convention.

Similar considerations apply as regards the prohibitions on construction. These restrictions must be seen in the whole context and as part of the planning process and its inherent necessities.

For these reasons we come to the conclusion that Article 6 § 1 was not violated.

PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE WALSH

I regret that I do not find myself fully in agreement with the reasoning or the conclusions of the majority of my colleagues in the judgment of the Court.

1. Article 1 of the First Protocol does not constitute a guarantee against all State activities which may affect the market value of property. Article 1 acknowledges the right to own private property and the right not to be deprived of it. It is clear from the provisions of Article 1 that it does not guarantee the right of private property to be an absolute one.

The provisions envisage (a) a deprivation in the public interest (*"pour cause d'utilité publique"*) and (b) control of the use of property where such control is in "accordance with the general interest" (*"conformément à l'intérêt général"*). Thus it is clear that the Article does not accept the rights of private property as absolute. On the contrary it contemplates the private interest yielding to the public good to the extent that may prove to be necessary.

2. In the present case the applicants complain of the expropriation permits and also of the restriction on user.

So far as the expropriation permits are concerned the complaint relates to the adverse effect on market values of the intimations of future development. It is not challenged that the contemplated future development is in the public interest. But the purpose is not to deprive the applicants of any of their property rights. If a legitimate objective, namely the planning of the city of Stockholm, necessarily affects the values of some of the properties in that city which are affected by the planning that is but a natural incident of owning property in an area subject to planning. But it is very far removed from anything in the nature of confiscation. If and when the property is acquired compensation will be paid for what is being acquired. Justice does not require that compensation must be paid for profits which might have been gained if there was no development of the area. The "public interest" in the correct sense necessarily implies a just public interest. If the public interest in question is a just and legitimate interest then the necessary diminution of the private interest required to sustain that public interest cannot in itself be unjust.

3. It appears to me that the issue of the expropriation permits has been given a disproportionate importance. The reality of the situation is that once it is apparent that the future planning of the city of Stockholm will take a certain shape the sale value of any property likely to be affected by planning intentions or proposals will be influenced thereby. Therefore the issue of the permit cannot be treated as an act of expropriation or as an act equivalent to expropriation. At the most it is an intimation of possible or even probable future events. It is the possibilities, or probabilities, of such events which influence the market — not the intimation of them. The Government permit in itself does not create any plan. In many countries local authorities often publish their development plans many years in advance of any step being taken to acquire any property even though it may be quite clear from the development plans that some property or properties will have to be acquired in whole or in part to carry out the proposed plan.

4. In the present case the complaint is based in effect upon the alleged loss of possible prospective profit available in a situation freed from the incidents of normal and legitimate town planning. Until expropriation actually takes place the applicants are free to deal with their property through admittedly in a market inhibited by the prospect of the probable future expropriation. However, this is normal in most areas of prospective planning. There is no evidence to indicate that the ultimate value of the compensation will be any smaller or less valuable relatively than the compensation which would have been payable if the expropriation had taken place soon after the issue of the permit by the Government. Any fall in value attributable to the existence of a city development plan should be the same in either event. It is an element not ordinarily affected by the effluxion of time. Unless the applicants are entitled to compensation for the very existence of a development plan they cannot claim to be victims of a breach of the first paragraph of Article 1 of the Protocol. In my view the Article guarantees no such right.

5. While the restriction on user is undoubtedly linked to the proposed development it is a separate matter. It is commonplace for planning authorities to restrict the user of particular properties in the light of the requirements of a development plan. There is no guaranteed right to use property in any way the owner chooses. User may be restricted legitimately in the interests of the general good. The restrictions in the present cases

are limited to the exigencies of the planning and there has been no evidence of any arbitrary restrictions. There has been no challenge to the legitimacy of the proposed development plan.

While Article 1 of the Protocol does not necessarily contemplate some compensation in every case of expropriation or of restriction of property rights for the “public” or “general interest” there has been no suggestion in the present cases that just compensation will not be payable in the event of expropriation.

6. In my view both paragraphs of Article 1 of the First Protocol are applicable to the present cases but in my opinion no breach of them has been established.

7. In my opinion there has been no breach of Articles 17 and 18 of the Convention.

8. I am also of opinion that there was no violation of Article 14. The discrimination envisaged by Article 14 is not confined to the examples specified in the text of the Article and all forms of discrimination *ejusdem generis* are also prohibited.

The applicants have alleged that they were discriminated against in the sense that they fared worse than persons whose property was not affected by the proposed development. The choice of the applicants' properties was due to the requirements of the development plan and was not in any way referable to the identity of or to any characteristics of the applicants as envisaged by Article 14.

9. I agree with the judgment of the Court concerning Article 6 § 1 of the Convention as set out in paragraphs 78 to 87 inclusive of the Court's judgement.

10. For the reasons given by the Court I also agree that it is not necessary to examine the case under Article 13.

11. I also agree with the Court's decision concerning Article 50 as set out in paragraph 89 of the judgement.

COMISSÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

QUEIXA DE ILSE HESS CONTRA O REINO UNIDO

Decisão de 28 de Maio de 1975 (1)

I. A Comissão europeia dos Direitos do Homem só tem competência para decidir com base na Convenção, que não com base no jus cogens internacional.

II. A participação do Reino Unido na administração e guarda da prisão de Spandau, autoridade que exerce conjuntamente com três outras Potências, não depende, para os efeitos do artigo 1.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, da sua jurisdição.

P.F.

DECISÃO:

I. EN FAIT

Les *faits* de la cause, tels qu'ils ont été présentés par les parties et qui ne sont apparemment pas contestés par elles, peuvent se résumer ainsi:

(1) In *Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, XVIII, 147

La requérante, citoyenne allemande née en 1900, est domiciliée à Hindelang (République Fédérale d'Allemagne). Elle est représentée par Me Engelhardt, avocat exerçant à Nuremberg. Sa requête concerne la détention de son époux, Rudolf Hess, à la Prison militaire interalliée de Berlin-Spandau.

L'époux de la requérante est né en 1894 à Alexandrie (Egypte). Il devient le secrétaire privé de Hitler en 1925 et l'"adjoint du *Führer*" dans le parti nazi en 1933. En décembre de la même année, il est promu ministre sans portefeuille. Le 10 mai 1941, porteur de propositions de paix, il s'envole seul d'Augsbourg pour le Royaume-Uni où il atterrit en parachute près de Glasgow en Ecosse. Ces propositions sont repoussées et il est fait prisonnier.

En automne 1945, il est amené à Nuremberg et traduit devant le Tribunal militaire international, qui l'acquitte pour ce qui est des chefs d'accusation de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, mais le déclare coupable d'avoir conspiré pour mener une guerre d'agression et avoir commis des crimes contre la paix. Par arrêté des 30 septembre et 1^{er} octobre 1946, il est condamné à l'emprisonnement à vie. Le 18 juillet 1947, il est transféré à la Prison militaire interalliée de Berlin-Spandau, en même temps que six autres accusés principaux condamnés à des peines de prison par le Tribunal militaire international. La prison de Spandau est située dans le secteur britannique de Berlin et elle est gardée, selon un roulement mensuel, par les Etats-Unis d'Amérique, la France, le Royaume-Uni et l'Union des Républiques Socialistes Soviétiques.

Depuis la libération, le 1^{er} octobre 1966, du dernier des autres nazis incarcérés à Spandau, Rudolf Hess se trouve dans la situation d'un détenu soumis au régime de l'emprisonnement cellulaire dans un bâtiment pouvant abriter 600 détenus. Depuis cette date, la requérante et son fils ont intensifié leurs efforts pour obtenir sa relaxation pour des raisons humanitaires.

Leurs efforts ont été fortement appuyés et encouragés par la plupart des gouvernements d'Europe occidentale et le gouvernement des Etats-Unis a exprimé l'opinion que Rudolf Hess devrait être relâché. La requérante soutient que le gouvernement soviétique s'obstine à s'opposer aux efforts des Occidentaux pour libérer Rudolf Hess.

Griefs

La requérante allègue une violation des articles 3 et 8 de la Convention.

Elle se plaint de ce que son droit au respect de sa vie familiale est violé par la longue et inhumaine détention de son mari. Elle fait valoir que son mari, qui n'a pourtant pas été condamné à l'emprisonnement cellulaire, demeure depuis 1968 le seul détenu à la prison de Spandau.

Elle se plaint en outre que Rudolf Hess n'ait pas autorisé à prendre connaissance de son dossier concernant la procédure devant la Tribunal militaire international, ni d'aucune des publications se rapportant à son affaire. Il n'a jamais reçu communication d'aucun des mémoires soumis par son avocat au Conseil de contrôle, à la Commission européenne des Droits de l'Homme et aux Nations-Unis.

La requérante estime que le Royaume-Uni est responsable de la détention de son époux et se rend donc coupable d'une violation prolongée de la Convention des Droits de l'Homme. Elle soutient que la Convention s'applique aussi à l'interprétation de l'Accord conclu à Londres le 8 août 1945 entre les gouvernements du Royaume-Uni, des Etats-Unis d'Amérique, de la France et de l'Union des Républiques Socialistes Soviétiques. Elle déclare que son mari a purgé sa peine suffisamment et demande que la Commission engage le Royaume-Uni à multiplier ses efforts pour arriver à une renégociation de l'accord quadripartite sur Berlin afin d'obtenir la libération de Rudolf Hess. Si le Royaume-Uni n'y parvient pas dans un délai de trois mois, il devra libérer le détenu lorsque ce sera son tour d'assurer la garde de la prison.

II. Procédure devant la commission

Le 19 décembre 1973, un membre unique de la Commission, nommé Rapporteur conformément à l'article 45 du Règlement intérieur de la Commission (ancienne version), a procédé à un examen préalable de la recevabilité de la requête. La Commission a examiné le rapport de ce membre le 5 avril 1974 et, par une décision partielle, a déclaré irrecevables

les allégations de la requérante concernant l'Accord de Londres d'août 1945 et la condamnation de son époux au procès de Nuremberg. La Commission a estimé que ces griefs ne relevaient pas de sa compétence *ratio temporis*.

La Commission a examiné de surcroît le grief de la requérante selon lequel la longue et inhumaine détention de son mari viole son droit au respect de sa vie familiale. Elle a notamment considéré l'article 3 de la Convention en liaison avec les mesures affectant la requérante qui s'appliquent hors du territoire britannique et décidé conformément à l'article 46, par. 2 (b), de son Règlement intérieur (ancienne version), de donner connaissance de cette partie de la requête au gouvernement défendeur et de l'inviter à présenter par écrit ses observations sur la question de la recevabilité. Le 11 juin 1974, le Président en exercice de la commission, faisant droit à la requête du gouvernement du Royaume-Uni du 7 juin 1974, a décidé de prolonger de trois semaines le délai imparti à celui-ci pour présenter ses observations sur la recevabilité. Le gouvernement défendeur a présenté ses observations le 16 juillet 1974 et les observations formulées en réponse par la requérante ont été enregistrées le 29 août 1974.

Le 7 octobre 1974, la Commission a procédé à un nouvel examen de la question de la recevabilité et a, conformément au dernier paragraphe de l'article 46, par. 2, de son Règlement intérieur (ancienne version), invité le gouvernement défendeur à présenter par écrit des observations complémentaires sur la recevabilité de la requête, ce que le gouvernement a fait le 13 décembre 1974. La requérante a présenté en réponse ses observations les 17 et 24 février 1975.

III. *Argumentation des Parties concernant la recevabilité*

I. Le *gouvernement défendeur* déclare tout d'abord qu'indépendamment de toute question qui pourrait se poser sous l'angle de la Convention, il est entièrement d'accord pour dire que le mari de la requérante, Rudolf Hess, devrait être libéré. Cependant, rien ne permet d'escompter un quelconque changement dans l'attitude négative du gouvernement soviétique à cet égard.

Le gouvernement soutient qu'en l'espèce, la question en litige ne relève pas de la juridiction du Royaume-Uni au sens de l'article 1^{er} de la Convention.

Le gouvernement examine ensuite les allégations de la requérante sous l'angle de l'article 8 de la Convention. Il constate que le grief se rapportant à cet article repose uniquement sur l'existence supposée d'une violation préalable de l'article 3 du fait de la détention prolongée du mari de la requérante. Il se réserve le droit de présenter d'autres arguments à cet égard s'il appert qu'il subsiste à propos de l'article 8 un autre point litigieux.

Passant au contexte historique de l'affaire, le gouvernement déclare qu'après la capitulation sans condition du Haut Commandement allemand le 8 mai 1945, les gouvernements du Royaume-Uni, des Etats-Unis d'Amérique et le l'Union des Républiques Socialistes Soviétiques, ainsi que le gouvernement provisoire de la République française, ont été investis de l'autorité suprême en Allemagne.

L'Allemagne fut alors divisée en quatre zones d'occupation, plus le secteur spécial de Berlin qui fut occupé conjointement par les forces armées des quatre Puissances.

Le pouvoir suprême fut exercé par les quatre Commandants en chef agissant de concert dans le cadre d'un organe suprême de contrôle appelé le Conseil de Contrôle. Par décision collective du Conseil de Contrôle fut créée une "Autorité de gouvernement interalliée" (*Kommandatura*), qui se composait de quatre Commandants, un pour chaque puissance, nommés par leurs Commandants en chef respectifs pour assurer conjointement l'administration du "Grand Berlin".

Le gouvernement souligne que, conformément à l'article 29 du Statut du Tribunal militaire international, le Conseil de Contrôle chargea la *Kommandatura* interalliée de Berlin de choisir des installations et de se munir d'établissements pénitentiaires en prévoyant pour ceux-ci une administration et une surveillance quadripartites. Conformément à cette directive, la *Kommandatura* interalliée désigna la prison de Spandau comme prison interalliée. La direction suprême de la prison de Spandau fut confiée à la *Kommandatura* elle-même. L'organe de direction comprend quatre gouverneurs dont chacun est le délégué et le représentant de l'une des quatre Puissances et qui doivent prendre leurs décisions à l'unanimité.

Le 20 mars 1948, le chef de l'administration militaire soviétique en Allemagne se retira du Conseil de Contrôle, qui cessa alors d'exercer ses fonctions.

Comme la Commission le lui avait demandé dans la lettre de son Secrétaire en date du 14 octobre 1974, le gouvernement défendeur a présenté des observations complémentaires sur le point de savoir dans quelle mesure, de quelle manière et sur quelle base juridique furent maintenus, après l'effondrement du mécanisme du Conseil de Contrôle, les contacts et la coopération entre les quatre Puissances et leurs représentants en Allemagne pour les questions relevant de leur compétence commune.

A cet égard, le gouvernement rappelle que le fondement juridique de ces contacts était l'autorité suprême exercée conjointement par les quatre Puissances, depuis 1945, sur l'Allemagne. Il cite plusieurs exemples de coopération et de réunions quadripartites: la coopération à l'Office de Sécurité aérienne de Berlin, et à la prison de Spandau, la réunion des quatre Puissances à New York et du Conseil des Ministres des Affaires Etrangères à Paris en 1949 à propos de la circulation des personnes et des biens et de l'échange d'informations entre les zones d'occupation de l'Allemagne et de Berlin les conférences sur l'Allemagne réunissant les quatre Ministres des Affaires Etrangères à Berlin en 1954 et à Genève en 1955 et 1959. Le gouvernement déclare qu'il est inexact de dire, comme le fait la requérante dans ses observations, qu'à partir du 20 mars 1948, les quatre Puissances se sont partagé les pouvoirs juridictionnels antérieurement assurés par le Conseil de Contrôle, les trois puissances occidentales prenant en charge Berlin-Ouest et l'Union Soviétique Berlin-Est. Il souligne que les quatre Puissances continuent d'avoir des droits et des responsabilités concernant les secteurs tant occidentaux que soviétique de Berlin et l'Allemagne dans son ensemble. Ces droits et responsabilités ont trouvé leur expression dans l'Accord quadripartite du 3 septembre 1971, qui porte sur la totalité de Berlin. En ce qui concerne la prison de Spandau, le maintien depuis le 20 mars 1948 de l'administration quadripartite ne provient pas d'un arrangement volontaire. Ces droits et responsabilités ne dépendent pas d'un accord entre les quatre Puissances qui réglerait leur exercice et ne sont invalidés par aucune violation d'un quelconque accord quadripartite puisqu'ils proviennent dans leur ensemble de l'exercice en commun par les quatre Puissances depuis 1945 de l'autorité suprême en Allemagne. Le gouvernement souligne que le maintien des droits et responsabilités des quatre Puissances a toujours été, et demeure,

une question d'une grande importance, par exemple en ce qui concerne l'accès à Berlin.

Continuant à retracer l'historique des droits et des responsabilités des quatre Puissances en Allemagne, le gouvernement explique que, lorsque la République Fédérale d'Allemagne est née le 21 septembre 1949, tous les pouvoirs exercés par les Commandants en chef respectifs des forces d'occupation des trois puissances occidentales en Allemagne furent transférés à trois Hauts-Commissaires qui, pour les questions relevant de la compétence des quatre Puissances, sont restés en contact avec leur homologue soviétique.

Le 8 octobre 1949, le Gouverneur militaire soviétique fit part de la décision de son gouvernement de transférer au gouvernement provisoire de la République Démocratique Allemande les fonctions d'administration détenues jusqu'alors par l'administration militaire soviétique et de créer une commission soviétique de contrôle chargée de veiller à l'exécution de l'accord de Plotsdam et des autres décisions à propos de l'Allemagne prises conjointement par les quatre Puissances.

Le gouvernement déclare en outre que, plus tard, les trois Hauts-Commissaires occidentaux et le Haut-Commissaire soviétique devinrent ambassadeurs respectivement des gouvernements occidentaux à Bonn et de l'Union des Républiques Socialistes Soviétiques à Berlin-Est. Dans ses observations complémentaires sur la recevabilité de la requête, le gouvernement explique que ceci coïncide, pour ce qui est des trois puissances occidentales, avec l'entrée en vigueur des Conventions de Bonn et de Paris, et la suppression de la Haute Commission interalliée de Bonn conformément à l'Accord tripartite d'octobre 1954 concernant l'exercice des droits que se réservent en Allemagne les trois puissances occidentales et, pour ce qui est de l'Union Soviétique, que ceci coïncide avec la suppression du Haut-Commissariat soviétique en Allemagne et la Création d'une ambassade soviétique à Berlin-Est, à l'occasion de la signature du traité du 20 septembre 1955 entre l'Union Soviétique et la République Démocratique Allemande.

Le gouvernement défendeur souligne que les droits que l'Union Soviétique s'est réservés, sont, depuis 1955, exercés par l'ambassadeur soviétique à Berlin-Est et non par l'ambassadeur soviétique à Bonn. C'est pourquoi les négociations de 1971 et de 1972 eurent lieu au siège du Conseil de Contrôle Interallié, dans le secteur américain de Berlin entre les

ambassadeurs britannique, français et américain à Bonn et l'ambassadeur soviétique, à Berlin-Est.

Selon le gouvernement, les quatre ambassadeurs ont continué à exercer en Allemagne les droits et responsabilités que leurs pays s'étaient réservés.

A la suite de leur retrait du Conseil de Contrôle, les autorités soviétiques ont également cessé, le 1^{er} juillet 1948, de participer à la *Kommandatura* interalliée de Berlin. Elles ont néanmoins continué à participer, sur une base quadripartite, au fonctionnement de l'Office de Sécurité aérienne de Berlin qui exerce ses fonctions selon les règles et instructions définies par l'Autorité de contrôle interalliée, et notamment les Règles de vol du 22 octobre 1946 applicables aux aéronefs empruntant les couloirs aériens au-dessus de l'Allemagne et de la zone de contrôle de Berlin. Dans ses observations complémentaires, le gouvernement fait valoir qu'en ce qui concerne la prison interalliée de Spandau, l'organe de direction, composé des quatre gouverneurs, a continué à la diriger et à la gérer conformément au règlement de la prison. Toutes les décisions apportant des modifications à l'administration de la prison ont été prises à l'unanimité, soit par les représentants des quatre Puissances en Allemagne, soit par les quatre gouverneurs. Le gouvernement déclare qu'il est inexact de parler, comme le fait la requérante, du moment où le Royaume-Uni "est appelé à assurer à son tour la surveillance de la prison interalliée de Spandau", car l'administration et la surveillance de la prison sont en tout temps quadripartites, y compris lorsqu'il s'agit d'assurer la garde militaire. Le gouvernement souligne que, nonobstant le retrait du gouvernement soviétique du Conseil de Contrôle et de la *Kommandatura*, les quatre Puissances ont continué et continuent d'administrer et de surveiller conjointement la prison de Spandau. La charge de l'administration de la prison et la charge du maintien en détention de Rudolf Hess sont assumées par le Royaume-Uni conjointement avec les trois autres Puissances. Depuis 1962, des contacts ont lieu, pour les questions relevant de la compétence des quatre Puissances, y compris la prison, entre les autorités interalliées des secteurs occidentaux de Berlin et l'ambassade soviétique à Berlin-Est.

En réponse à la question de la Commission sur la participation du Royaume-Uni à l'administration de la prison, le gouvernement souligne, dans ses observations complémentaires, que l'"administration civile" quotidienne de la prison incombe aux gouverneurs nommés par les quatre Puissances et que les instructions des gouverneurs sont exécutées par les

gardiens nommés par les quatre Puissances et le reste du personnel pénitentiaire est nommé par les quatre gouverneurs. Ce personnel comprend les secrétaires, les cuisiniers, les électriciens, le personnel domestique, un infirmier, un préposé à la chaufferie et un portier.

Les salaires des gouverneurs et des gardiens sont payés en premier lieu par le gouvernement qui les nomme, mais les autorités allemandes paient, soit par imputation directe sur le budget de la ville de Berlin, soit au titre des frais d'occupation, les salaires des gouverneurs et des gardiens, ainsi que la nourriture et les frais d'entretien et de nettoyage de la prison, sauf la nourriture fournie par les autorités soviétiques lorsque vient leur tour de présider, et les salaires du gouverneur et des gardiens soviétiques.

Le gouvernement déclare en outre que le personnel britannique chargé de l'administration de la prison comprend: le gouverneur britannique, un gardien chef et quatre gardiens. Les trois autres puissances nomment le même nombre d'employés. Le Commandant du secteur britannique et son conseiller juridique exercent aussi des responsabilités à cet égard. Enfin, le commandant en second et les autres membres du commandement militaire britannique ont également, en pratique, la responsabilité politique de donner des conseils sur l'administration de la prison.

En ce qui concerne les conditions de détention du prisonnier, et notamment son droit de recevoir des visiteurs ou sa détention elle-même, le gouvernement fait valoir, dans ses observations complémentaires, que le tableau de service des gardiens ne varie pas d'un mois à l'autre. En conséquence, durant le mois pendant lequel le Royaume-Uni assure la garde militaire de la prison, les gardiens des quatre Puissances exécutent leurs fonctions conformément au même tableau de service que les autres mois. Le gouvernement insiste sur le fait que l'administration et la surveillance quadripartites ne varient ni avec le changement par roulement de la garde militaire, ni avec la présidence assurée à tour de rôle par les quatre gouverneurs.

S'agissant de la recevabilité de la requête, le gouvernement fait valoir que la remise de Rudolf Hess par le Royaume-Uni au Tribunal militaire international en vue de son jugement est antérieure à la date de l'entrée en vigueur de la Convention et n'a donc aucun rapport avec la question de la recevabilité de la partie de la requête maintenant examinée.

En réponse aux observations de la requérante, le gouvernement fait remarquer que la question qui se pose est celle de la recevabilité de la requête et non pas celle de savoir quelles sont, des obligations découlant

de la Convention ou d'autres accords internationaux, celles qui ont la priorité.

Le gouvernement souligne que lorsqu'un Etat Partie à la Convention exerce un pouvoir, non pas en vertu de sa souveraineté individuelle, mais uniquement dans le cadre d'une instance mixte indépendante, ce pouvoir ne relève pas de sa juridiction au sens de l'article 1^{er}. L'obligation stipulée dans cet article ne concerne pas la présente affaire, où le gouvernement du Royaume-Uni ne peut agir qu'en tant que membre d'une instance quadripartite et en accord avec les trois autres Puissances concernées, et en respectant les engagements qu'il a souscrits vis-à-vis de ces Puissances avant de ratifier la Convention. Dans ses observations complémentaires, le gouvernement soutient que les droits et responsabilités des quatre Puissances en ce qui concerne l'Allemagne n'ont pas découlé, et ne découlent pas, de la souveraineté du Royaume-Uni. Selon lui, il ne s'agit donc pas ici d'une restriction que les accords entre les quatre Puissances apporteraient à l'exercice par le Royaume-Uni de sa souveraineté, comme le déclare la requérante, mais plutôt de la limitation des droits et responsabilités des quatre Puissances, qui découlent non pas de la souveraineté de chacun d'eux, mais du fait qu'ils ont assumé conjointement en 1945 l'autorité suprême en Allemagne. De l'avis du gouvernement, la requérante n'est donc pas fondée en droit à arguer de la souveraineté du Royaume-Uni.

Le gouvernement souligne en outre qu'en l'espèce, l'exercice du pouvoir a eu lieu hors du territoire du Royaume-Uni et à propos d'une personne qui n'était pas un ressortissant britannique. Il renvoie à cet égard aux attendus de la sentence arbitrale rendue dans l'affaire *Salem*, où le tribunal a déclaré que, dans la mesure où la souveraineté d'un Etat se trouve limitée, c'est-à-dire où l'Etat ne peut agir librement et indépendamment, la responsabilité se trouve aussi nécessairement limitée. Le gouvernement renvoie aussi à la décision rendue à propos de la requête n.º 235/56, Annuaire II, p. 257, où la Commission a appliqué le même principe. Le gouvernement estime que les observations de la requérante sur l'affaire *Salem* n'enlèvent rien à la pertinence de la déclaration du tribunal. Il fait valoir qu'en l'espèce, le Royaume-Uni ne possède pas une autorité souveraine, et qu'il ne fait que participer à l'exercice d'une autorité qu'il partage avec d'autres Etats souverains.

Enfin, et subsidiairement, le gouvernement renvoie à l'article 63 de la Convention en faisant valoir qu'il apparaît qu'en l'absence d'une notification précise comme le prévoit ledit article, l'application territoriale de l'ar-

ticle 1^{er} de la Convention est limitée au territoire métropolitain de l'Etat Partie en question. La Convention ne saurait donc s'étendre à Berlin. A cet égard, le gouvernement cite la décision rendue au sujet de la requête n.º 1065/61, Annuaire IV, p. 261, où la Commission a déclaré que la reconnaissance des droits et libertés définis au titre I de la Convention ne vaut que dans les limites de temps et d'espace tracées par les Etats contractants.

A cet égard, le gouvernement fait valoir, en se référant à sa première déclaration faite le 4 janvier 1966 conformément l'article 25, que Berlin n'est pas un territoire où s'applique cette déclaration.

Le gouvernement conclut que le grief invoqué par la requérante d'une prétendue violation des articles 3 et 8 de la Convention est incompatible avec la Convention et prie en conséquence la Commission de déclarer la requête irrecevable en application de l'article 27, par. 2, de la Convention.

2. La *requérante* fait valoir en réponse que le gouvernement défendeur ne se préoccupant que de questions de compétence, il faut en conclure qu'il ne nie point que la détention prolongée de Rudolf Hess constitue une violation de l'article 3 de la Convention et qu'il y ait aussi violation de l'article 8 du fait que la requérante ne peut pas vivre avec son mari. A cet égard, la requérante soutient qu'avant d'étudier la question de l'application de l'article 8 de la Convention, il faut soumettre à un examen séparé les problèmes relatifs à l'article 3.

La requérante rappelle que bien qu'il ne soit pas permis d'aggraver les peines prononcées par le Tribunal militaire international, la peine infligée à son mari est, depuis plusieurs années, illégalement aggravée en emprisonnement cellulaire.

A cet égard, la requérante déclare que le gouvernement défendeur, conjointment avec les gouvernements des Etats-Unis d'Amérique, de la France et de l'Union Soviétique, détient à Spandau en 1975 — c'est-à-dire à une époque où la Commission est compétente — sous le régime de l'emprisonnement depuis huit ans un homme déjà incarcéré depuis plus de 33 ans. Selon la requérante, la Commission est donc compétente pour statuer sur cette requête.

La requérante souligne que le droit pour l'Union Soviétique de participer aux décisions du Contrôle a pris fin *de jure* lorsque ce pays s'est volontairement retiré du Conseil le 20 mars 1948. Depuis lors, les quatre

Puissances se sont partagé la compétence antérieure du Conseil de Contrôle, les trois puissances occidentales étant maintenant responsables de Berlin-Ouest et l'Union Soviétique de Berlin-Est, seule, la ville de Berlin en tant qu'ensemble demeure sous le contrôle conjoint des quatre Puissances. Or, la prison de Spandau se trouve à Berlin-Ouest, zone relevant de la juridiction des trois puissances occidentales, lesquelles continuent à autoriser l'Union Soviétique à administrer Spandau. La requérante estime que c'est là un arrangement purement volontaire qui n'entraîne aucune obligation juridique. La libération de Rudolf Hess est donc une question qui est à trancher par les trois Puissances occidentales seules. La requérante demande en conséquence que le Royaume-Uni prenne, en collaboration avec les trois autres Puissances gardiennes, toutes mesures appropriées pour libérer Rudolf Hess, ou, s'il ne peut arriver à un accord sur ce sujet avec les autres Puissances dans un délai de trois mois, qu'il libère Rudolf Hess quand son tour viendra d'assurer la surveillance de la prison interalliée de Spandau. Elle soutient que l'autorité sur la prison appartient à l'Etat dont c'est le tour de la garder. Elle fait valoir par ailleurs que la prison de Spandau est entourée d'un territoire souverain appartenant à la sphère d'influence de l'Union Soviétique qui, seule, continue à s'opposer à la libération de Rudolf Hess et est donc principalement à blâmer pour cette situation qui constitue une violation des droits de l'Homme. Elle demande au Royaume-Uni de veiller à ce que Rudolf Hess puisse la rejoindre à Hindelang sans que d'autres Etats ou leurs fonctionnaires n'interviennent.

La requérante fait valoir en outre que le Royaume-Uni n'est nullement limité dans l'exercice de sa souveraineté par la conclusion de traités internationaux comme l'Accord de Londres du 8 août 1945. Selon elle, en effet, le maintien d'une autorité quadripartite sur la prison de Spandau peut à tout le moins être imputé à l'acte volontaire du Royaume-Uni consistant à assumer l'autorité suprême et cet Etat ne peut pas prétendre qu'il participe à ce pouvoir de sa souveraineté étatique. La requérante déclare que si le Royaume-Uni n'avait pas décidé d'assumer sa part des droits des quatre Puissances, les droits concernant l'Allemagne en général et Berlin ne seraient exercés que par les trois autres Puissances, et Rudolf Hess n'aurait pas été traduit devant le Tribunal militaire international contre la volonté du Royaume-Uni. Selon la requérante, le fait que le Royaume-Uni ait contracté des obligations en vertu de traités internationaux ne doit pas entrer en ligne de compte en l'espèce, puisqu'il s'agit de

traités volontaires qui n'ont qu'un objectif de coordination et n'affectent nullement la souveraineté nationale des Etats contractants. La requérante estime qu'autrement, un Etat pourrait échapper aux obligations que lui impose la Convention en concluant des traités contraires aux droits de l'Homme.

La requérante conclut que, si l'Union Soviétique persiste dans son refus de libérer Rudolf Hess, le Royaume-Uni est fondé à dénoncer l'Accord de Londres du 8 août 1945 puisque la détention prolongée de Hess viole la Convention des Droits de l'Homme et les principes du droit international. Cette dénonciation mettrait fin à l'Accord de Londres et ôterait aussi tout fondement juridique à la prison de Spandau. Il faudrait alors que l'intéressé soit rendu à la puissance victorieuse qui l'a livré aux quatre Puissances alliées, autrement dit au Royaume-Uni qui pourrait ainsi satisfaire enfin aux obligations que lui impose la Convention.

La requérante soutient que trois arguments peuvent être invoqués à l'encontre de l'opinion du gouvernement défendeur selon laquelle le pouvoir exercé par un Etat partie à la Convention dans le cadre d'une instance mixte ne relève pas de sa juridiction au sens de l'article 1^{er} de la Convention:

- (a) La conclusion d'un traité international, en l'occurrence l'Accord de Londres du 8 août 1945, ne diminue en rien la souveraineté de l'une des Parties Contractantes.
- (b) Aucun Etat ne peut se soustraire aux obligations que lui impose la Convention des Droits de l'Homme en contractant des obligations envers d'autres Etats.
- (c) Les obligations contractées sur un pied d'égalité peuvent être annulées si elles sont contraires aux règles impératives du droit international (*jus cogens*), comme c'est le cas dans la présente affaire, où ces obligations violent les droits de l'homme.

La requérante souligne que, tant que le Royaume-Uni se déclare compétent pour condamner et incarcérer Rudolf Hess, les règles de la Convention des Droits de l'Homme doivent s'appliquer à cet exercice de la souveraineté.

En ce qui concerne l'affaire Salem, la requérante soutient que les principes définis à cette occasion ne sauraient s'appliquer en l'espèce puisque, contrairement au Royaume-Uni où la souveraineté n'est pas limitée, l'Égypte ne jouissait pas alors de droits de même étendue, mais se trouvait dans la situation d'une colonie subordonnée à une autorité supérieure.

Quant à la décision rendue par la Commission sur la requête N.º 235/56, la requérante fait valoir que la composition des Cours de Restitution, comme celle des tribunaux mixtes compétents dans l'affaire Salem, était fondée sur des rapports de supériorité et de subordination entre la puissance occupante et la puissance occupée dont la souveraineté était limitée.

La requérante estime qu'aucune de ces deux affaires ne peut être considérée comme un précédent valable puisque la souveraineté du Royaume-Uni n'est pas limitée comme l'était celle de l'Égypte à l'époque où la sentence arbitrale a été rendue dans l'affaire Salem ou celle de la République Fédérale lorsque la Commission a rendu sa décision du 10 juin 1958 sur la requête n.º 235/56.

Quant au fait que Rudolf Hess soit détenu hors du territoire du Royaume-Uni, la requérante fait valoir que cela ne diminue nullement les obligations qu'impose au Royaume-Uni la Convention des Droits de l'Homme. Elle souligne à cet égard que le Royaume-Uni a, en tant qu'Etat souverain, remis Rudolf Hess au Tribunal de Nuremberg et est chargé depuis lors de s'assurer que la peine infligée est exécutée dans le respect des droits de l'homme. La détention de Hess résulte en partie d'un acte souverain du Royaume-Uni qui continue à avoir des effets hors du territoire de cet Etat. La présente affaire ne peut donc pas se comparer à l'affaire du Congo (Requête N.º 1065/61, Recueil de Décisions 6, p. 49).

La requérante indique par ailleurs que la libération de Rudolf Hess par l'un des quatre Puissances violerait en fait leur Accord du 8 août 1945. Cependant, la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 4 novembre 1950 et le droit coutumier international constituent une sorte de "Grande Charte" qui prime tout accord national ou interétatique. L'Accord du 8 août 1945 doit être interprété conformément à la Déclaration des Droits de l'Homme et à la Convention des Droits de l'Homme.

La requérante expose ensuite les effets des règles impératives du droit international (*jus cogens*). Elle estime que ces règles ne sauraient être

modifiées par les Etats contractants mais seulement par une nouvelle norme internationale de même nature. D'après elle, tout traité violant les règles impératives de droit international est nul et non avenue et tout traité qui entre en conflit avec des dispositions nouvelles du droit international devient par là même caduc. La requérante déclare que les règles applicables à cet égard figurent dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités qui, certes, n'est pas encore entrée en vigueur mais ne fait, d'après elle, que codifier le droit international coutumier déjà un vigueur. A l'appui de sa thèse, la requérante fait valoir qu'aucune des délégations ayant pris part aux conférences de Vienne n'a contesté l'existence des règles impératives du droit international.

La requérante indique de plus que la Charte des Nations Unies exige de tous les Etats membres, et ceci inclut les quatre Puissances en cause, qu'ils collaborent à la protection des droits de l'homme. Cette obligation doit l'emporter sur toute autre obligation née d'un accord international antérieure ou postérieur. Or, la Charte des Nations Unies peut être considérée comme une norme constitutive du *jus cogens*.

En ce qui concerne les dispositions sur l'"Etat ennemi" de l'article 107 de la Charte des Nations Unies, la requérante estime qu'elles ne s'appliquent qu'aux mesures prises contre un Etat et non à celles prises contre un individu. La situation juridique que garantissent à l'individu la Charte des Nations Unies et le droit international demeure inchangée et doit être protégée même en cas de guerre.

La requérante souligne ensuite qu'afin de donner une expression concrète à la Déclaration universelle des Droits de l'Homme, l'Assemblée Générale des Nations Unies a adopté les 16 et 19 décembre 1966 deux Pactes dont l'un est le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte relatif aux droits civils). Or, l'article 7 de ce Pacte, de même que l'article 5 de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme de 1948 et l'article 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme de 1950, interdisent expressément les peines inhumaines, ce qui, d'après la requérante, confirme bien que ces stipulations font partie du *jus cogens*.

La requérante énumère un certain nombre de circonstances dont on peut dire, lorsqu'elles sont cumulées, qu'elles constituent une peine inhumaine. Elle parvient à la conclusion qu'au plus tard en 1966, au moment où Rodolf Hess s'est trouvé dans la situation d'un détenu soumis au régime de l'emprisonnement cellulaire, son maintien en détention a commencé à constituer une peine cruelle et inhumaine. Dans cette mesure

aussi, son maintien en détention viole les règles impératives du droit international, ce qui veut dire, selon la requérante, que l'une des quatre Puissances n'est plus tenue de contribuer à faire exécuter la peine. La requérante souligne que, vu l'état actuel d'évolution des droits de l'homme, les trois Puissances occidentales doivent attirer l'attention de l'U.R.S.S. sur les violations du droit international qu'entraînent les conditions actuelles de détention à la prison de Spandau.

Enfin, et subsidiairement, la requérante présente une partie de l'opinion du Dr. Blumenwitz comme traduisant son propre point de vue. Elle rappelle à cet égard qu'en vertu du principe "*nullum crimen, nulla poena sine lege*", nul ne peut être tenu pour coupable d'une infraction en raison d'un acte ou d'une omission qui ne constituait pas une infraction en droit national ou international à l'époque où il a été commis. Elle fait valoir que même si, avant 1945, ce principe n'était pas universellement reconnu par les Etats comme un principe de droit international, on ne saurait néanmoins soutenir que le caractère répréhensible qui s'attache à la préparation et à la conduite d'une guerre interdite a été ressenti assez vigoureusement pour autoriser une peine rétroactive. L'abandon du principe "*nullum crimen sine lege*" doit être considéré comme une mauvaise application de la loi en temps de guerre plutôt que comme une conviction générale de ce qui était bien et juste. A l'appui de cette idée, la requérante se réfère à l'évolution de ce principe après 1945, telle qu'elle se concrétise par exemple dans la Convention de Genève de 1949. Elle conclut à cet égard que, prise globalement, la condamnation de Rudolf Hess du chef de crime contre la paix est incompatible avec le principe précité et viole les droits de l'homme.

La requérante estime qu'aujourd'hui en tout cas, le principe général de droit inscrit dans le Pacte relatif aux droits civils et politiques exige qu'un inculpé ou un condamné soit admis à bénéficier d'un adoucissement ultérieur de la loi ou de tout élément nouveau susceptible d'apparaître.

En ce qui concerne la procédure devant le Tribunal militaire international, la requérante estime que le droit de Rudolf Hess à un "procès équitable" a été violé. Elle renvoie à cet égard au mémoire soumis à ce Tribunal par la défense le 19 novembre 1945 et à un article publié le 5 octobre 1946 dans "*The Economist*". Elle soutient que le jugement est entaché de graves irrégularités et, à ce titre, contraire au droit international et que le même raisonnement vaut pour l'exécution du dit jugement.

La requérante affirme que, contrairement au point de vue exprimé jusqu'ici par la Commission européenne des Droits de l'Homme, la condamnation prononcée par le Tribunal militaire international n'est pas inattaquable puisque les règles impératives du droit international l'emportent sur le jugement du Tribunal.

La requérante conclut que le point de départ approprié pour l'examen des aspects de fait et de droit de la situation n'est toutefois pas la remise de Rudolf Hess au Tribunal militaire international mais son maintien en détention contraire aux droits de l'homme, après l'adhésion du Royaume-Uni à la Convention. L'instrument juridique invoqué pour justifier que l'exécution de la peine est contraire au droit international n'a pas à entrer en ligne de compte ici. Un Etat membre ne saurait faire valoir, par exemple, qu'un code de procédure pénale qui porterait atteinte aux droits de l'homme et constituerait la base du traitement actuel des détenus, a été promulgué avant qu'il n'adhère à la Convention des Droits de l'Homme, car il est tenu d'adapter sa législation antérieure aux circonstances nouvelles.

Le fait qu'en principe, ce soient les quatre Puissances qui ont la responsabilité de la prison de Spandau — et non pas la puissance qui exerce effectivement cette responsabilité à un moment donné — est une conséquence naturelle de la notion collective de responsabilité quadripartite et ne change rien au fait que le Royaume-Uni assume sa part de cette responsabilité.

En conséquence, la requérante demande à la Commission de déclarer sa requête recevable.

IV. En Droit

Outre qu'elle allègue diverses violations de la Convention, la requérante fait valoir que le Royaume-Uni est obligé de libérer Rudolf Hess pour se conformer aux dispositions des accords internationaux conclus en matière de droits de l'homme et qui font, à son avis, partie du *jus cogens* international. La Commission n'est cependant compétente que pour statuer sur la base de la Convention.

La Commission estime qu'en l'espèce, le point litigieux est la question de savoir si l'objet de la requête relève ou non de la juridiction du Royaume-Uni au sens de l'article 1^{er} de la Convention. Cet article est ainsi rédigé: "Les Hautes Parties Contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au Titre I de la présente Convention".

La Commission relève tout d'abord qu'en l'occurrence, le gouvernement défendeur exerce son autorité non pas au Royaume-Uni même, mais en dehors de son territoire, à Berlin. Comme l'a déjà déclaré la Commission, il existe certaines circonstances où un Etat est responsable, au titre de la Convention, des actes accomplis par ses autorités en dehors de son territoire (décision du 25 septembre 1965 sur la recevabilité de la requête N.º 1611/62, X. contre la République Fédérale d'Allemagne, Annuaire 8, page 159 (169)). La Commission estime qu'en principe, il n'y a, du point de vue juridique, aucune raison pour que les actes des autorités britanniques à Berlin n'engagent pas le responsabilité du Royaume-Uni sur le terrain de la Convention. La question se pose donc de savoir si, vu les circonstances de l'espèce, la Commission a compétence pour connaître d'une requête dirigée contre le Royaume-Uni et concernant le maintien en détention de Rudolf Hess.

Aux fins de déterminer les obligations qu'impose au Royaume-Uni l'article 1^{er} de la Convention, la Commission rappelle que la prison interalliée de Spandau a été établie par la *Kommandatura* interalliée de Berlin conformément à une directive du Conseil de Contrôle, après que les quatre Puissances eurent assumé, en 1945, l'autorité suprême en Allemagne. La direction suprême de la prison a été confiée à la *Kommandatura* interalliée. L'organe de direction de la prison comprend quatre gouverneurs qui doivent prendre leurs décisions à l'unanimité et où chacun est à la fois de délégué et le représentant de l'une des quatre Puissances.

Les droits et obligations nés des accords entre les quatre Puissances sur la prison de Spandau ont subsisté après le retrait de l'Union Soviétique de la *Kommandatura*. Ce fait n'est contesté par aucune des parties.

En ce qui concerne l'administration de la prison, la Commission relève que des modifications ne peuvent y être apportées que par décision unanime des représentants des quatre Puissances en Allemagne ou des quatre gouverneurs. L'administration et la surveillance de la prison sont en tout temps quadripartites, y compris l'"administration civile" quoti-

dienne de celle-ci et la responsabilité d'assurer la garde militaire. Les instructions des gouverneurs sont exécutées par les gardiens nommés par les quatre Puissances et par le reste du personnel pénitentiaire, nommé par les quatre gouverneurs. L'administration et la surveillance quadripartites de la prison ne varient ni avec le changement par roulement de la garde militaire, ni avec la présidence assumée à tour de rôle par les quatre gouverneurs.

La Commission en conclut que la charge de l'administration de la prison de Spandau et la responsabilité du maintien en détention de Rudolf Hess sont assumées sur une base quadripartite et que le Royaume-Uni agit uniquement dans le cadre de l'autorité qu'il partage avec les trois autres Puissances.

La Commission estime que cette autorité conjointe ne peut être fractionnée en quatre compétences distinctes et qu'en conséquence, la participation du Royaume-Uni à l'exercice de cette autorité et donc à l'administration et à la surveillance de la prison de Spandau, n'est pas une question "relevant de la juridiction" du Royaume-Uni au sens de l'article 1^{er} de la Convention.

La conclusion par le gouvernement défendeur d'un accord concernant la prison de Spandau, analogue à celui dont il est question ici, pourrait poser un problème sous l'angle de la Convention, si elle intervenait après la date d'entrée en vigueur de la Convention à l'égard dudit gouvernement. Or, l'accord incriminé est entré en vigueur en 1945. En outre, une dénonciation unilatérale de cet accord, ne serait pas valable en droit international.

Il s'ensuit que la requête est incompatible *ratione personae* au sens de l'article 27, par. 2, de la Convention.

Par ces motifs, la Commission

DECLARE LA REQUETE IRRECEVABLE.

**Aplicação do
PACTO DE S. JOSÉ DA COSTA RICA**

TRIBUNAL INTERAMERICANO DOS DIREITOS DO HOMEM

(Antes de decidir sobre as questões levantadas por uma petição apresentada pelo Estado incriminado, o Tribunal entendeu dever ouvir a Comissão)

P.F.

*GOVERNEMENT DE COSTA-RICA
(Dans l'affaire Viviana Galhardo et autres)
N.º G 101/81*

DECISION (1)

LA COUR INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME,

DECIDANT:

1. Que le gouvernement du Costa-Rica, représenté dans cette affaire par son agent, Lic. Elizabeth Odio Benito, dûment accréditée par le pouvoir exécutif, invoquant l'article 62 § 3 de la Convention américaine des Droits de l'Homme, introduit devant la Cour en date du 15 juillet 1981 une requête pour qu'il soit décidé si oui ou non il y a eu violation des droits de l'homme inscrits dans le Pacte de San José de la part des pouvoirs publics du Costa-Rica dans l'affaire de la mort de Viviana Gallardo Camacho et des blessures reçues par Alejandra Maria Bonilla Leiva et Magaly Salazar Nassar. (2)

2. Que le gouvernement du Costa-Rica, aux fins de la présente affaire, a déclaré qu'il "renonçait formellement à l'exigence de l'épuisement préalable des voies de recours internes et de l'épuisement préalable des procédures prévues aux articles 48 à 50 de la Convention".

(1) Trata-se da primeira decisão proferida pelo tribunal Interamericano dos Direitos do Homem, daí a sua publicação.

(2) O "caso" apresenta a curiosidade de o próprio Governo do Estado em que poderá ter sido cometida a violação pretender o julgamento, sem queixa da vítima ou de outro Estado.

3. Que le gouvernement du Costa-Rica a présenté la demande subsidiaire que “si la Cour jugeait nécessaire que les procédures prévues aux articles 48 à 50 de la Convention soient épuisées avant qu’elle puisse connaître de la requête, il lui soit demandé formellement que la présente affaire soit soumise à la Commission interaméricaine des Droits de l’Homme pour ce qui est de son ressort”.

CONSIDERANT:

1. Que le Costa-Rica, en tant qu’Etat partie à la Convention américaine des Droits de l’Homme et ayant accepté en outre de façon générale la compétence de la Cour conformément à l’article 62 de la Convention, est habilité à lui soumettre des affaires pour décision aux termes de l’article 61 § 1 de cette Convention.

2. Que l’article 46 de la Convention admet la règle de l’épuisement préalable des voies de recours internes et en fixe la portée et le sens conformément aux principes du droit international généralement reconnus. (3)

3. Que l’article 61 § 2 de la Convention dispose que “pour que la Cour puisse connaître d’une affaire quelconque, il faut que les procédures prévues aux articles 48 à 50 soient épuisées”.

4. Que les circonstances de la requête exigent qu’avant toute autre considération la Cour prenne une décision sur la portée de la renonciation auxdites procédures par le Costa-Rica et fasse une déclaration de portée générale sur sa compétence pour connaître de l’affaire en son état actuel.

5. Que l’article 57 de la Convention dispose que “la Commission comparaitra dans toutes les affaires portées devant la Cour”.

(3) Será lícito ao Estado prescindir da Intervenção da Comissão?

DECIDE EN CONSEQUENCE:

1. Qu'avant de se prononcer sur sa compétence et de commencer à connaître de l'un quelconque des autres aspects de la présente affaire, elle doit offrir au gouvernement du Costa-Rica et à la Commission interaméricaine des Droits de l'Homme l'occasion de présenter leurs points de vue sur la compétence de la Cour pour connaître de cette affaire en son état actuel.

2. De demander au gouvernement du Costa-Rica son argumentation sur la compétence de la Cour pour connaître de cette affaire en son état actuel.

3. De demander à la Commission interaméricaine des Droits de l'Homme, compte tenu de l'article 57 de la Convention, de communiquer à la Cour son point de vue sur la compétence de la Cour pour connaître de la présente affaire en son état actuel.

4. De donner mandat au président pour qu'après avoir consulté le gouvernement du Costa-Rica et la Commission interaméricaine des Droits de l'Homme, il fixe un délai convenable pour la présentation des avis demandés et, en consultation avec la Commission permanente, il convoque la Cour pour décision.

5. De charger le secrétaire de notifier la présente décision au gouvernement du Costa-Rica et à la Commission interaméricaine des Droits de l'Homme et la fasse connaître aux Etats parties à la Convention et au Secrétaire général de l'Organisation des Etats américains.

Fait en espagnol et en anglais, le texte espagnol faisant foi, au siège de la Cour de San José, Costa-Rica, le 22 juillet 1981.

CARLOS ROBERTO REINA
President

PEDRO A. NIKKEN
CESAR ORDONEZ
RODOLFO PIZA

HUNTLEY EUGENE MUNROE
MAXIMO CISNEROS
THOMAS BUERGENTHAL

CHARLES MOYER
Secrétaire

Organização das Nações Unidas

O.N.U.

RELATÓRIO DE PORTUGAL AS MEDIDAS TOMADAS EM APLICAÇÃO DO PACTO RELATÓRIO DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

Acta das Decisões

1. Quando a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, reunida em Paris em 10 de Dezembro de 1948, adoptou e proclamou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, ficou dado um grande passo no sentido da preparação de um instrumento comum a todos os povos e nações que preconizasse uma garantia jurídica de salvaguardar dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

Tanto no seio da Organização das Nações Unidas como no exterior, a Declaração dos Direitos do Homem exerceu uma influência decisiva na defesa e promoção dos direitos do homem e estimulou a passagem a um estádio em que pudesse falar-se já não só de uma declaração de princípios mas também de uma carta de direitos.

Em 1976, a ideia de uma “carta internacional dos direitos do homem” tornou-se realidade graças à entrada em vigor de três instrumentos importantes, de âmbito universal: o Pacto Internacional relativo a direitos económicos, sociais e culturais, o Pacto Internacional relativo a direitos civis e políticos e o Protocolo Facultativo a este último Pacto.

O facto de se ter elaborado um Pacto sobre direitos civis e políticos e outro sobre direitos económicos, sociais e culturais correspondeu a uma determinada atitude sobre o grau de exequibilidade dos direitos protegidos. Enquanto os direitos previstos no Pacto relativo a direitos civis e políticos pareciam susceptíveis de uma garantia imediata, os direitos económicos, sociais e culturais eram tidos, se, de algum modo, como dependentes dos recursos de cada Estado.

A efectivação destes Pactos não foi tarefa fácil. Adoptados pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 16 de Dezembro

de 1966, só viriam a entrar em vigor em 1976. Na verdade, o número de ratificações e adesões necessárias só foi atingido quanto ao Pacto Internacional relativo a direitos económicos, sociais e culturais em 3 de Janeiro de 1976 e quanto ao Pacto Internacional relativo a direitos civis e políticos e ao Protocolo em 23 de Março de 1976.

2. O Pacto Internacional relativo a direitos civis e políticos reconhece a todos os povos o direito a disporem de si próprios e o de, sem prejuízo da obrigações resultantes da cooperação económica internacional e do direito internacional, disporem livremente das riquezas e dos seus recursos. Os Estados que o ratificaram ou a ele aderiram obrigam-se a proceder de modo a que o indivíduo seja protegido contra tratamentos cruéis desumanos ou degradantes. Entre os direitos garantidos, contam-se o direito à vida, o direito à liberdade e segurança, o direito de circulação e o direito a um processo equitativo e célere. O Pacto reconhece igualmente a liberdade de pensamento, de consciência e de religião, a liberdade de expressão, o direito de reunião e de associação, o direito de constituir família, o direito à nacionalidade e o direito de participação na vida pública.

3. O órgão de supervisão e controlo do cumprimento das obrigações decorrentes do Pacto Internacional relativo a direitos civis e políticos é o Comité dos Direitos do Homem.

Os Estados Partes elegem um Comité dos Direitos do Homem composto de dezoito membros, designados a título individual. O artigo 28.º, n.º 2 do Pacto exige que se trate de individualidade de alta moralidade e com competência reconhecida no domínio dos direitos do homem.

Este Comité examina os relatórios que lhe são submetidos pelos Estados Partes e pode dirigir a estes Estados bem como ao Conselho económico e social observações gerais.

Por força de disposições facultativas (artigo 41.º), o Comité dos Direitos do Homem pode examinar participações de Estados Partes em que estes aleguem que outros Estados Partes não cumprem obrigações decorrentes do Pacto. O Comité funciona como órgão de investigação. Com assentimento prévio dos Estados interessados, pode designar uma comissão de conciliação ad hoc que ponha os seus bons officios à disposição daqueles Estados a fim de se chegar a uma solução amigável fundada no respeito pelos direitos reconhecidos no Pacto.

O Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional relativo a direitos civis e políticos habilita o mesmo Comité a examinar participações prove-

nientes de particulares, em termos semelhantes aos previstos no artigo 25.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Os relatórios do Comité são comunicados aos Estados interessados, sendo apresentado um relatório anual à Assembleia Geral. A sequência e finalidade do processo é diferente da estabelecida na Convenção Europeia dos Direitos do Homem que admite uma fase jurisdicional.

4. Nos termos do artigo 40.º do Pacto Internacional relativo a direitos civis e políticos, os Estados Partes obrigam-se a apresentar relatórios sobre medidas que tenham adoptado para dar cumprimento às prescrições nele contidas e sobre os desenvolvimentos verificados na efectivação dos direitos garantidos:

- a) no prazo de um ano, contado da data da entrada em vigor do Pacto, relativamente a cada Estado Parte e no que lhe respeita;
- b) Quando solicitado pelo Comité dos Direitos do Homem.

Os relatórios são dirigidos ao Secretário-Geral da Organização da Nações Unidas que os remete ao Comité para exame. Devem incluir, sendo caso disso, os factores e as dificuldades que impedem a exequibilidade das disposições do Pacto.

O Secretário-Geral, consultado o Comité, pode comunicar às instituições especializadas interessadas cópia das partes dos relatórios relativas aos seus domínios de competência.

O Comité estuda os relatórios e dirige aos Estados Partes os seus próprios relatórios bem como as observações que julgar adequadas. Pode igualmente transmitir ao Conselho económico e social estas observações, acompanhadas de cópias dos relatórios dos Estados. Por sua vez, os Estados podem apresentar ao Comité comentários sobre as referidas observações.

4. Portugal ratificou o Pacto Internacional relativo a direitos económicos, sociais e culturais, o Pacto Internacional relativo a direitos civis e políticos e o Protocolo Facultativo a este último Pacto (Lei 45/78, de 11 de Julho, Lei 29/78, de 12 de Junho e Lei 13/82, de 15 de Junho, respectivamente).

Em cumprimento da obrigação decorrente do artigo 40.º do Pacto Internacional relativo a direitos civis e políticos, foi apresentado ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas o relatório sobre a situação do país em matéria de direitos do homem. (1).

A apreciação do relatório foi agendada pelo Comité dos Direitos do Homem para 15 a 17 de Julho de 1981.

As sessões decorreram na sede da O.N.U. em Genève, sendo a delegação portuguesa constituída pelo representante de Portugal junto das Organizações Internacionais com sede em Genève, Dr. António Manuel Martins da Cruz e pelos Procuradores-Gerais Adjuntos Drs. José Narciso da Cunha Rodrigues e José Joaquim de Oliveira Branquinho.

Tratando-se do primeiro exame efectuado pelo Comité dos Direitos do Homem da Organização das Nações Unidas relativamente a Portugal e dada a extensão e importância das referências resultantes do debate, publica-se o texto integral da acta das sessões.

CUNHA RODRIGUES

(1) O relatório foi elaborado pelo Dr. José Manuel Santos Pais e encontra-se publicado no Boletim, do Ministério da Justiça n.º 311, pág 11 e seguintes.

Portugal

291. Le Comité a examiné le rapport initial du Portugal (CCPR/C/6/Add. 6) à ses 293^{ème} et 298^{ème} séances, tenues les 15 et 17 juillet 1981 (CCPR/C/SR. 293, 294 et 298).

292. Le rapport a été présenté par le représentant de l'Etat partie, qui a rappelé les dispositions de la nouvelle Constitution portugaise entrée en vigueur le 25 avril 1976 et, en particulier, les dispositions figurant dans la troisième partie de la Constitution, qui traite des droits et des devoirs fondamentaux des citoyens. Il a rappelé également les mesures politiques, législatives et administratives que le Parlement et le Gouvernement portugais avaient prises à la suite du coup d'Etat du 25 avril 1974 et qui visaient à introduire des réformes dans les divers secteurs de la vie du pays. Il a souligné que le Portugal avait adhéré à plusieurs instruments internationaux dans le domaine des droits de l'homme et avait reconnu en particulier que la Commission européenne des droits de l'homme avait compétence pour connaître des requêtes présentées conformément à l'article 25 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

293. Les membres du Comité ont félicité le Gouvernement portugais du rapport circonstancié qu'il avait établi conformément aux directives du Comité. Ils ont fait observer toutefois que, si le rapport donnait des renseignements très complets sur le cadre juridique assurant la protection des droits de l'homme, il en contenait peu sur la promotion effective de ces droits. Des membres ont demandé un complément d'information sur les

facteurs et les difficultés qui avaient affecté la mise en oeuvre par le Portugal des dispositions du Pacte eu égard en particulier aux problèmes auxquels le pays avait eu à faire face pendant la période qui avait suivi le coup d'Etat d'avril 1974. A ce propos, on a demandé des renseignements sur les réformes envisagées dans le pays pour parachever le processus de démocratisation, sur la révision de la Constitution de 1976 entreprise par le Parlement, sur le nombre et la nature des partis politiques existant actuellement au Portugal et sur le processus de nationalisation des biens. Des renseignements ont été demandés également sur l'application de l'article 309 de la Constitution, qui concerne l'inculpation et le jugement des officiers et des agents de la police secrète du précédent régime (PIDE/DGS), ainsi que de l'article 310, qui a trait à l'épuration de la fonction publique.

294. En ce qui concerne l'article 1 du Pacte, on a rendu hommage au Portugal pour les efforts qu'il avait faits pour assurer l'indépendance de ses anciennes colonies. Des précisions ont toutefois été demandées sur la situation future du territoire de Macao qui, d'après la constitution portugaise, était toujours administré par le Portugal. On a noté que, selon sa Constitution le Portugal reconnaît de droit des peuples à se révolter contre toutes formes d'oppression, et on a voulu savoir si le Portugal partageait l'opinion selon laquelle des victimes de l'oppression et du colonialisme comme les Palestiniens et le peuple namibien avaient le droit de se révolter, et quelle était la position du Portugal en ce qui concerne la ratification des instruments internationaux sur l'élimination du racisme et du colonialisme.

295. A propos de l'article 2 du Pacte, on a demandé des renseignements sur la façon dont le Portugal garantissait dans sa législation la mise en oeuvre de dispositions du Pacte, notamment pour ce qui était de la non-discrimination. On a noté que l'article 2 de la Constitution portugaise énonçait expressément comme objectif celui d'assurer la transition vers le socialisme en créant les conditions nécessaires à l'exercice démocratique du pouvoir par les classes laborieuses, et l'on a voulu savoir ce que signifiait l'expression "classes laborieuses" et si cette expression ne sous-entendait pas une discrimination entre les "classes laborieuses" et les autres classes. On a noté également que certaines dispositions de la Constitution, comme celles qui étaient énoncées aux articles 12, au paragraphe 2 de l'article 15, et aux articles 26, 31, 34, 44, et 46, se rapportaient à des droits exclusivement réservés aux citoyens portugais, et l'on a demandé des éclaircissements sur ces dispositions, qui établissaient une distinction entre les citoyens et les

autres et qui ne semblaient pas conformes aux principes énoncés dans le Pacte. En outre, on a émis l'avis que puisque la Constitution avait, selon le rapport, assigné aux différents organes de souveraineté la tâche de veiller à l'égalité réelle des citoyens en ce qui concerne leur statut économique, culturel et social, il serait utile que le Comité sache ce qui avait été fait pour créer des conditions économiques qui permettent à toutes les personnes au Portugal, aussi bien dans les villes que dans les régions rurales, de jouir des droits que leur conférait la Constitution. A ce propos, on a fait observer que, si le rapport traitait de la protection des droits de l'homme, il ne contenait rien de précis sur la promotion de ces droits. L'attention des participants a été appelée à cet égard sur les institutions nationales et locales pour la promotion et la protection des droits de l'homme préconisées par l'Assemblée générale dans sa résolution 33/46, et il a été demandé si des institutions de ce genre avaient été créées au Portugal. En ce qui concerne en particulier l'article 22 de la Constitution concernant le droit d'asile on a fait observer que les motifs pour lesquels ce droit pouvait être accordé au Portugal avaient un caractère quelque peu restrictif. On a voulu savoir par ailleurs si la loi définissant le statut de réfugié politique avait déjà été promulguée conformément au paragraphe 2 de l'article 22 de la Constitution et si le droit d'asile était considéré au Portugal comme un droit subjectif ou une garantie objective. A propos de l'article 8 de la Constitution qui stipule que les conventions internationales régulièrement ratifiées produisent leurs effets sur le plan intérieur au Portugal, des membres du Comité ont fait observer que cette disposition ne faisait pas clairement ressortir quelle était la place exacte faite au Pacte dans le système juridique du pays, si cet instrument avait la primauté sur les dispositions du droit interne qui existaient avant son entrée en vigueur ou qui avaient été adoptées par la suite, et sur la Constitution elle-même, et si c'était le Pacte ou la Constitution qui l'emportait en cas de conflit entre leurs dispositions. Il a été demandé aussi si le Pacte avait été traduit en portugais, s'il avait fait l'objet d'une publicité suffisante et si ceux qui désiraient connaître leurs droits avaient été informés de son existence. En ce qui concerne l'administration de la justice, des membres du Comité ont demandé si l'institution de l'ombudsman ainsi que les tribunaux auxquels il était fait allusion dans le rapport fonctionnaient déjà, si l'ombudsman avait déjà été désigné et s'il s'agissait d'un juge ou d'un membre du Parlement. On a demandé également si le projet de loi concernant l'organisation de tribunaux administratifs avait été adopté et si les membres du Conseil de la révolution étaient

techniquement qualifiés pour examiner la constitutionnalité des lois. A propos de l'article 269 de la Constitution qui traite du droit d'introduire un recours contentieux contre tout acte administratif entaché d'illégalité, on a demandé s'il s'agissait de recours formés devant les tribunaux administratifs et si, au cas où ces tribunaux n'auraient pas encore été constitués, les tribunaux de droit commun étaient provisoirement compétents en vertu de l'article 269.

296. A propos de l'article 3 du Pacte, des membres du Comité ont voulu savoir quand le projet de loi ayant pour but d'éviter la discrimination dans le travail et l'emploi pourrait éventuellement entrer en vigueur quelle était la proportion des femmes exerçant une profession dans le secteur public, et de celles travaillant dans le secteur privé, si l'on envisageait d'accorder aux femmes le droit de décider librement d'avoir ou de ne pas avoir un enfant et dans quelle mesure les résolutions relatives à la condition de la femme adoptées par l'Assemblée générale en 1975 avaient trouvé leur application dans la vie quotidienne du pays.

297. Au sujet de l'article 4 du Pacte, des membres du comité ont noté que ni l'article 19 de la Constitution portugaise concernant la suspension des droits en cas de proclamation de l'état de siège ou de l'état d'urgence, ni le rapport lui-même ne précisait clairement les droits auxquels on pouvait déroger et dans quelle mesure il était possible de le faire.

298. A propos de l'article 5 du Pacte, on a demandé si le Pacte était directement applicable de la même manière que la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. On a noté aussi que Portugal reconnaissait la compétence de la Cour européenne, et l'on a demandé si le fait de porter des questions concernant les droits de l'homme devant deux instances différentes ne risquait pas de causer des problèmes.

299. S'agissant de l'article 6 du Pacte, on a demandé de préciser si, conformément à la Constitution la peine de mort avait été abolie au Portugal ou si, dans le cas où elle existerait encore en principe, elle avait cessé d'être appliquée; dans ce dernier cas, on a voulu savoir quelles répercussions cette mesure avaient eues, en particulier sur la criminalité. Quelques renseignements ont été demandés aussi sur les textes interdisant l'emploi abusif de drogues.

300. En ce qui concerne l'article 7 du Pacte, on a demandé des renseignements sur les mesures prises au Portugal pour donner effet dans la pratique à l'interdiction de la torture et l'on a voulu savoir également si, au cours des deux années précédentes, il y avait eu des plaintes, émanant notamment d'activistes politiques, contre des actes de torture, s'il y avait eu des enquêtes faites à ce sujet et, le cas échéant, quels en avaient été les résultats. A ce propos, on a demandé des précisions sur le libellé de l'article 306 du Code pénal, qui interdisait de maltraiter, insulter ou exercer de la violence sur les détenus sauf en cas de résistance, de fuite ou de tentative de fuite. S'agissant en particulier de la question des greffes médicales, on a demandé quelle définition du moment de la mort avait été adoptée au Portugal dans les textes concernant cette question.

301. En ce qui concerne l'article 9 du Pacte, plusieurs membres du Comité ont voulu savoir quelles étaient les garanties disponibles contre la détention arbitraire, et en particulier quelles étaient celles que prévoyait la législation portugaise pour empêcher l'internement injustifié de personnes dans des établissements psychiatriques et pour que les personnes dont l'état nécessitait l'internement soient traitées avec humanité. D'autres membres ont voulu savoir si l'*habeas corpus* était désormais une forme de recours dont tout le monde, et non pas seulement des citoyens, pouvait se prévaloir et, compte tenu du fait qu'invoquer l'*habeas corpus* était probablement l'exception plutôt que la règle quelles étaient les conditions régissant la détention dans des circonstances normales.

302. A propos de l'article 10 du Pacte, on a demandé des renseignements sur la surveillance des établissements pénitentiaires et sur l'existence d'un mécanisme permettant aux prisonniers de formuler des plaintes; d'autre part, on a voulu savoir s'il existait un système de visiteurs de prison indépendants auxquels des plaintes pouvaient être soumises.

303. A propos de l'article 12 du Pacte, un membre du Comité a demandé quelles étaient les conditions auxquelles les immigrants au Portugal devaient satisfaire.

304. En ce qui concerne l'article 13 du Pacte, on a demandé des renseignements sur les garanties de procédure dont pouvaient bénéficier les étrangers se trouvant légalement au Portugal qui risquaient d'en être expulsés, et sur l'application de la législation concernant l'extradition, envisagée notamment à la lumière des dispositions de la convention internatio-

africains relevant à l'époque le l'administration portugaise. Au sujet des garanties contre l'emploi abusif d'informations relatives aux personnes et aux familles, prévues au paragraphe 2 de l'article 33 de la Constitution, on a voulu savoir si les victimes pouvaient demander des dédommagements au titre de préjudices purement moraux. Au sujet de l'article 34 de la Constitution prévoyant des garanties assurant l'inviolabilité du domicile et de la correspondance, on a demandé des détails plus précis sur les cas particuliers mentionnés au paragraphe 4 concernant cet article qui autorisait une ingérence des enquêteurs dans la correspondance.

308. A propos de l'article 18 du Pacte, un membre a désiré savoir si le Gouvernement portugais avait reconnu et ratifié plusieurs conventions internationales sur les droits d'auteur.

309. En ce qui concerne l'article 19 du Pacte, on a demandé des éclaircissements sur les dispositions constitutionnelles qui protégeaient la presse contre le pouvoir économique et qui interdisaient le contrôle de la télévision portugaise par des intérêts privés. On a demandé en particulier s'il existait un texte quelconque à ce sujet et si des mesures concrètes avaient été adoptées pour que la presse ne soit pas contrôlée par de riches particuliers qui l'utiliseraient à leur avantage. On a également demandé quelles lois ordinaires avaient été promulguées pour mettre en oeuvre la disposition de la Constitution selon laquelle l'Etat devait favoriser la démocratisation de la culture et notamment quels étaient les moyens de mise en oeuvre pratique de l'article 76 de la Constitution qui prévoyait que l'accès à l'université devait tenir compte des besoins du pays en cadres qualifiés et que celui des travailleurs et des jeunes des classes laborieuses devait être favorisé.

310. A propos de l'article 20 du Pacte, des renseignements détaillés on été demandés sur la mesure dans laquelle les pouvoirs publics portugais interdisaient la propagande en faveur de la guerre et l'incitation à la haine raciale ou à la discrimination étant donné que le Code Pénal portugais n'était pas encore terminé. On a également demandé si le Gouvernement portugais reconnaissait que le droit à la liberté d'expression prévu à l'article 19 du Pacte pouvait être soumis à des restrictions telles que l'interdiction de la propagande en faveur de la guerre prévue dans l'article 20 du Pacte et que l'interdiction du racisme ou de la discrimination, et quelles mesures avaient été prises au Portugal pour restreindre la liberté d'expression

nale sur l'élimination et la répression du crime *d'apartheid* qui avaient trait à l'extradition pour crime *d'apartheid*.

305. Au sujet de l'article 14 du Pacte, on a demandé si le Code pénal spécial applicable aux forces armées était encore en vigueur et, dans l'affirmative, s'il ne créait pas des inégalités entre les citoyens, si une déposition sur la foi d'un tiers était recevable dans les poursuites pénales étant donné qu'aux termes de l'alinéa e) du paragraphe 3 de l'article 14, tout accusé devait avoir le droit d'examiner contradictoirement les témoins à charge, quel était le délai prévu entre la détermination du chef d'accusation et le procès et entre les procès et les appels et si la cour d'appel pouvait infirmer une décision rendue par une juridiction intérieure sur un point de fait. On a voulu savoir en outre si des poursuites avaient été intentées récemment contre des activistes politiques pour "complicité morale", quels étaient les éléments de ce délit, s'il s'agissait simplement d'un délit d'intention ou s'il devait s'accompagner d'un acte manifeste de participation, si l'on envisageait au Portugal d'appliquer les lois d'amnistie aux activistes politiques dont la condamnation pour des délits de droit commun était fondée sur un témoignage qui était peut-être recevable techniquement mais douteux quant aux faits, et si une législation contre le terrorisme avait été adoptée récemment dans le pays et quelles en étaient les dispositions. On a souhaité savoir également si les juges étaient inamovibles et quelles étaient les conditions, outre les exigences en matière juridique, auxquelles ils devaient satisfaire, s'il existait au Portugal des tribunaux spécialisés dans les questions financières et sociales et des tribunaux pour enfants et si des modifications avaient été apportées au système judiciaire depuis 1974 ou si les juges qui étaient en fonction avant 1974 étaient toujours chargés d'appliquer la législation sur les droits de l'homme.

306. A propos de l'article 16 du Pacte, on a demandé des éclaircissements sur le texte de l'article 66 du Code civil portugais selon lequel la personnalité, en droit, s'acquerrait au moment de la naissance complète et en vie.

307. Au sujet de l'article 17 du Pacte, on s'est référé à l'article 33 de la Constitution portugaise concernant le droit à l'identité, au bon renom et à la sauvegarde de l'intimité des personnes, et on a demandé comment les dispositions de cet article étaient appliquées aux membres de la police secrète du régime sous lequel le Portugal vivait avant avril 1974, notamment à ceux qui avaient commis des actes criminels dans les territoires

quand elle était utilisée à cette fin. On a demandé en outre quels avaient été les résultats des poursuites intentées pour punir les crimes contre l'humanité et ce qui avait été fait dans la pratique pour prévenir et éliminer les menaces contre les droits de l'homme.

311. En ce qui concerne l'article 21 du Pacte, un membre du Comité a désiré savoir si les travailleurs étrangers pouvaient constituer des syndicats ou des associations et s'ils avaient le droit de se réunir pacifiquement. Un autre membre a fait observer qu'il semblait y avoir contradiction entre les dispositions de la législation portugaise prévoyant la reconnaissance du droit de tous les citoyens de manifester et celles qui stipulaient que les contre-manifestants s'exposaient à des sanctions pénales.

312. Au sujet de l'article 22 du Pacte, on s'est référé à l'abrogation du décret-loi No 215-B/1975 et on a demandé quels étaient les défauts qui avaient été constatés dans ce décret-loi, en particulier s'il fallait toujours un nombre assez élevé de membres pour créer des organisations de travailleurs et d'employeurs, si la loi exigeait toujours qu'il n'y ait dans une région donnée qu'un syndicat par catégorie ou classe particulière de travailleurs et dans quelle mesure ces exigences précises étaient conformes à la liberté d'association reconnue à l'article 22 du Pacte. Des questions ont aussi été posées sur le rôle politique des syndicats dans le pays et sur la signification des principes de "gestion démocratique" qui régissaient les syndicats. On a aussi demandé si la ratification des Conventions 98, 105 et 107 de l'OIT avait posé des problèmes au Gouvernement portugais et ce qui avait été fait pour les résoudre. Au sujet de l'article 46 de la Constitution interdisant les organisations se réclamant d'une idéologie fasciste, on a demandé quels critères étaient retenus pour définir le fascisme dans ladite disposition.

313. Notant qu'il était indiqué dans le rapport que les partis politiques devaient obéir aux principes de l'association directe et de la filiation unique, certains membres du Comité ont demandé des éclaircissements sur ces termes. On a également demandé s'il était possible de faire appel ou d'exercer d'autres recours contre une décision judiciaire portant sur la dissolution de partis politiques.

314. En ce qui concerne l'article 23 du Pacte, des membres du Comité ont demandé quel était l'âge légal du mariage au Portugal, quel était le régime matrimonial en vigueur dans le pays, s'il existait un régime obligatoire ou si les conjoints avaient le choix entre un régime de commu-

nauté de biens et de séparation de biens ou un autre régime et comment on conciliait le droit d'un conjoint d'exercer une activité sans le consentement de l'autre avec le devoir de coopération, si la législation garantissait l'égalité entre les enfants nés hors mariage et les enfants légitimes, et si l'étude intitulée "La filiation dans la réforme du Code civil portugais" du 25 novembre 1977, publiée par le Ministère de la justice, était uniquement un traité ou avait été transformée en loi. Au sujet du divorce, on a demandé si les critères retenus étaient les mêmes pour les hommes et pour les femmes, quel était dans la pratique le rôle des juges dans les affaires de divorce et s'ils pouvaient intervenir pour réconcilier les conjoints. Un membre du Comité a fait observer que le Portugal semblait avoir une attitude très restrictive à l'égard du divorce.

315. A propos de l'article 24 du Pacte, on a demandé des renseignements sur les mesures adoptées au Portugal pour donner effet aux dispositions de cet article, et notamment pour permettre aux parents d'assurer la protection de leurs enfants et à ces derniers de bénéficier des droits reconnus aux mineurs. On a également demandé si, au Portugal, l'adoption se faisait par contrat ou par décision judiciaire, de quelle manière les intérêts de l'enfant étaient pris en considération, s'il existait plusieurs types d'adoption dans le pays et quelles étaient les conséquences en ce qui concerne la nationalité de l'enfant. A ce propos, on a fait observer que les dispositions qui régissaient la nationalité portugaise semblaient établir une discrimination en fonction du sexe, puisque la nationalité ne pouvait s'acquérir que par le père, sauf quand le père était inconnu, auquel cas la nationalité pouvait s'acquérir par la mère.

316. Au sujet de l'article 25 du Pacte, on a demandé un complément d'information sur la mise en oeuvre de tous les aspects des dispositions de cet article. On s'est référé à l'article 48 de la Constitution portugaise et demandé si le système de démocratie directe, par l'intermédiaire des organisations sociales, des groupements de travailleurs ou de femmes, des groupements professionnels ou d'autres groupes, existait au Portugal et s'il y avait des dispositions ou des directives administratives pour la mise en oeuvre de la disposition concernant le droit des citoyens à une information objective sur les actes de l'Etat et sur la gestion des affaires publiques. On a également demandé des précisions sur l'article 125 de la Constitution qui prévoyait que seuls les "Portugais de naissance" avaient le droit de vote.

317. En réponse aux questions posées par plusieurs membres du Comité, le représentant du Portugal a donné des renseignements sur tous les partis politiques existant dans son pays, y compris ceux qui ne sont pas représentés au Parlement et, à propos de l'article 1 du Pacte, il a expliqué que le statut du territoire de Macao était déterminé par la loi No 1/76 du 17 février 1976 et avait été maintenu en vigueur par l'article 306 de la Constitution. Il a en outre affirmé que le Portugal condamnait fermement le système de l'*apartheid*, mais qu'il n'avait pas encore ratifié la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime *apartheid*, surtout parce que cette convention soulevait plusieurs problèmes d'ordre juridique. Par contre, l'accession du Portugal à la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale suivait son cours. Pour ce qui était du droit des peuples à l'insurrection, droit reconnu au paragraphe 3 de l'article 7 de la Constitution du Portugal, il s'agissait d'un droit qui était lui-même soumis au principe de la non-ingérence dans les affaires intérieures des autres Etats. A cet égard, le Portugal reconnaissait la légitimité des droits du peuple palestinien, y compris son droit de choisir en toute liberté son avenir politique, il soutenait aussi le droit du peuple namibien à l'autodétermination et à l'indépendance et reconnaissait la SWAPO comme représentant légitime de ce peuple.

318. A propos de l'article 2 du Pacte, le représentant de l'Etat partie a déclaré que le concept de "classes laborieuses" ne devait pas s'entendre selon une acception restreinte mais au sens large que lui attribuait l'article 51 de la constitution, suivant lequel le travail constituait un devoir pour tous les Portugais; par ailleurs, s'il était fréquemment question des "citoyens" dans la Constitution, il était toutefois précisé à l'article 15 que les étrangers résidant au Portugal jouissaient des mêmes droits que les citoyens portugais, à l'exception des droits politiques. Le représentant a également donné des renseignements sur les organisations ou les associations qui s'occupaient de défendre les droits de l'homme au Portugal. A propos du droit d'asile, il a déclaré que ce droit était accordé aux étrangers qui avaient été victimes de persécutions en raison de leurs activités politiques ou de leur participation à la lutte menée pour la liberté sociale et nationale, la paix entre les peuples et la défense des droits de l'homme. Le droit d'asile au Portugal était protégé par des garanties objectives. Les procédures relatives à la demande d'asile étaient régies par les dispositions de la Déclaration universelle des droits de l'homme, de la Convention de Genève du 25 jan-

vier 1951 et de son Protocole additionnel du 31 janvier 1967. S'agissant de la place faite au Pacte dans le système juridique du Portugal, les avis étaient partagés dans ce pays sur la question de savoir si le Pacte devait avoir la même valeur que la législation nationale ou s'il l'emportait sur celle-ci, exception faite de la Constitution elle-même, encore que l'éventualité d'un conflit avec la Constitution fut hautement improbable. Le représentant a également donné des renseignements sur la publication du Pacte dans son pays et a déclaré que le système judiciaire prévu par la Constitution fonctionnait parfaitement. Parallèlement aux tribunaux, la législation portugaise avait établi un système d'action préventive exercée par le Procureur général et par l'Ombudsman, lequel, conformément à l'article 24 de la constitution, était désigné par l'Assemblée de la République et prenait très souvent des décisions de caractère juridique, indépendamment des tribunaux. Les tribunaux administratifs étaient des juridictions distinctes des tribunaux de droit commun et, comme les tribunaux spécialisés dans les affaires fiscales, faisaient actuellement l'objet d'une réorganisation destinée à les rendre plus efficaces. Les tribunaux spéciaux pour les forces armées avaient été réorganisés et ne jugeaient que les crimes essentiellement militaires ou apparentés. Le système de contrôle de la constitutionnalité fonctionnait aussi bien de manière préventive qu'a posteriori. Ce dernier type de contrôle était exercé par le Conseil de la révolution, sur avis de la Commission constitutionnelle et, d'une manière générale, par les tribunaux. Toutefois, la majorité des partis représentés à l'Assemblée avait décidé d'abolir le Conseil de la révolution et de répartir ses fonctions entre le Président de la République, l'Assemblée et un tribunal constitutionnel. S'agissant de la mise en oeuvre de l'article 269 de la Constitution, un projet de code de procédure administrative de très grande portée avait été élaboré en vue de réglementer le droit d'accès à l'information.

319. A propos de l'article 3 du Pacte, le représentant du Portugal a déclaré que le décret-loi No 485/77 avait institué la Commission de la condition féminine, qui avait pour mandat de promouvoir et de protéger les droits de la femme et de mettre fin à la discrimination. D'autre part, il a donné des précisions sur la participation des femmes aux affaires publiques et sur leur place dans les différentes professions au Portugal, et il a affirmé que le public s'intéressait vivement à la question de la libéralisation de l'avortement, question sur laquelle un projet de loi devait être présenté à l'Assemblée de la République.

320. A propos de l'article 4 du Pacte, dans lequel figurait une liste des droits et des libertés auxquels il ne pouvait être dérogé en cas de danger exceptionnel, beaucoup plus longue que celle de l'article 19 de la Constitution, le représentant a indiqué que la Constitution n'interdisait pas l'adoption par le législateur d'un système plus étendu de droits intangibles et que le projet de loi sur la défense nationale qui n'avait pas encore été adopté ne faisait que reproduire les dispositions de l'article 19 de la Constitution en matière de restriction des droits, de libertés et des garanties.

321. A propos de l'article 5 du Pacte, le représentant a déclaré que le principe de l'incorporation automatique des dispositions du Pacte dans la législation nationale était énoncé dans la Constitution.

322. Répondant aux questions posées à propos de l'article 6 du Pacte, il a déclaré que la peine capitale avait été abolie au Portugal en 1867. Il a également donné des précisions sur la criminalité dans le pays et sur la législation en vigueur concernant la prévention et le contrôle de l'usage des stupéfiants.

323. A propos de l'article 7 du Pacte, il a déclaré que le droit portugais était particulièrement sévère sur la question de la torture infligée pendant le déroulement de la procédure pénale ou dans les prisons. Si le Comité compétent était saisi d'une plainte relative à des actes commis par la police, cette plainte devait faire l'objet d'une enquête et l'affaire devait être portée devant les tribunaux. Le représentant s'est excusé de ne pouvoir fournir de précisions sur les plaintes déposées par des militants politiques car ces affaires n'avaient pas encore été jugées. L'usage de la force était autorisé pour vaincre la résistance opposée à une arrestation ou pour empêcher une tentative d'évasion, mais le décret-loi No 265/79 réglementait strictement l'exercice des contraintes physiques et exigeait la présentation d'un rapport écrit dans tous les cas où le recours à la force avait été nécessaire. Sur la question des greffes d'organes, il était stipulé dans le décret-loi No 553/76 que la mort devait être certifiée par deux médecins indépendants ayant un minimum de cinq ans de pratique. Le moment de la mort était déterminé sur la base des critères scientifiques habituels.

324. A propos de l'article 9 du Pacte, le représentant a indiqué que l'internement obligatoire de personnes ne jouissant pas de toutes leurs facultés était autorisé uniquement en tant que mesure de sécurité prise à la suite d'une décision d'un tribunal et dans les cas où les personnes concer-

nées avaient commis une infraction punissable d'une peine d'emprisonnement de plus de six mois ou avaient été jugées non responsables de leurs actes. En outre, le "droit d'action populaire" prévu par l'article 49 de la Constitution était applicable aussi aux demandes d'*habeas corpus*, et l'article 306 du Code pénal prévoyait expressément que tout citoyen en possession de ses droits politiques pouvait formuler une demande d'*habeas corpus*.

325. Répondant aux questions posées à propos de l'article 10 du Pacte, le représentant du Portugal a déclaré que le magistrat responsable de l'application des peines était tenu aussi, dans le cadre du système judiciaire portugais, de visiter les établissements pénitentiaires au moins une fois par mois et d'entendre les plaintes des prisonniers. D'autre part, le décret-loi No 265/79 prévoyait un droit de visite spécial pour les défenseurs des prisonniers, et les détenus étaient dûment informés des procédures relatives à la soumission des plaintes, conformément à l'article 25 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

326. A propos de l'article 13 du Pacte, le représentant a fait observer que, en vertu du décret-loi No 528/76 de 1976, l'expulsion des étrangers devait faire l'objet d'une décision judiciaire et que l'individu touché par cette mesure avait un droit de recours. Un projet de loi avait été rédigé visant à emender ce décret-loi et à renforcer les garanties des étrangers contre l'expulsion.

327. En réponse aux questions posées à propos de l'article 14 du Pacte, le représentant du Portugal a déclaré que le code pénal de son pays définissait des limites précises pour la durée de la procédure pénale et précisait la durée admise des périodes de détention préventive. Une demande d'*habeas corpus* pouvait être déposée si les autorités ne se conformaient pas à la réglementation pertinente. En cas de recours, l'imposition d'une peine plus sévère par une juridiction supérieure n'était pas autorisée, sauf si les faits présentés étaient différents de ceux dont la juridiction inférieure avait été saisie ou si le procureur de la République faisait valoir l'existence de circonstances aggravantes à propos du délit commis; toutefois, les tribunaux de deuxième instance étaient, bien entendu, habilités à infirmer les conclusions des tribunaux de première instance. Le représentant du Portugal a également indiqué que la définition des crimes politiques figurait à l'article 39 du Code de procédure pénale, et a fourni des renseignements sur une affaire récente relative à des militants politiques reconnus coup-

bles de délits de droit commun, affaire à propos de laquelle les tribunaux portugais avaient examiné les dispositions de la loi d'amnistie et celles du Code pénal et établi que le bénéfice de l'amnistie ne pouvait en l'occurrence être accordé. En ce qui concerne la législation sur le terrorisme, il a rappelé que le Portugal avait signé la Convention européenne pour la répression du terrorisme et que l'Assemblée de la République avait adopté une loi amendant un certain nombre d'articles du Code pénal, surtout en vue d'imposer des peines plus sévères pour certains types de délits. Il a signalé aussi que les tribunaux, au Portugal, étaient entièrement indépendants du pouvoir exécutif pour ce qui était aussi bien de leur organisation que de leur fonctionnement, qu'il n'existait aucune possibilité de persécution politique et qu'aucun des membres des anciennes forces de police secrète ni aucun des fonctionnaires qui avaient été poursuivis pour avoir été au service du régime précédent ne se trouvait actuellement en détention. Au Portugal, les juges étaient inamovibles et leur recrutement faisait l'objet d'un concours mais, à part la limite d'âge de 25 ans, aucune autre exigence n'était stipulée dans la législation. Il existait au Portugal des tribunaux spécialisés dans les affaires fiscales et des tribunaux pour mineurs. Les questions de sécurité sociale étaient jugées par des tribunaux spéciaux ou par les tribunaux de compétence générale. Le nombre total des juges avait augmenté de 70 p. 100 dans le pays. Les juges accusés sur le plan disciplinaire d'actes commis sous le régime précédent avaient fait l'objet d'une action en justice, mais la quasi-totalité d'entre eux était encore en fonction car on n'avait pas pu établir l'existence d'éléments déterminants justifiant des mesures d'exclusion.

328. Répondant à la question posée à propos de l'article 16 du Pacte, le représentant a déclaré que la doctrine au Portugal ne faisait pas de la viabilité un critère nécessaire pour la reconnaissance de la personnalité juridique d'un individu et considérait que la séparation du fœtus du corps de la mère suffisait en l'occurrence; quant à l'indice déterminant de la vie, c'était la respiration.

329. A propos de l'article 17 du Pacte, il a évoqué la législation en vigueur au Portugal pour protéger la vie privée et déclaré que des règles très strictes avaient été adoptées concernant la question du traitement de l'information et que le principe général de la réparation du préjudice moral était reconnu par la loi.

330. A propos de l'article 18 du Pacte, le représentant du Portugal a donné des précisions sur les conventions internationales relatives aux droits d'auteur auxquelles le Portugal avait adhéré, et sur le taux d'alphabétisation dans ce pays selon les différents groupes d'âge.

331. A propos de l'article 19 du Pacte, il a déclaré qu'il existait au Portugal des règles régissant l'accès de tous les individus à la télévision ainsi que des conseils d'information destinés à garantir le pluralisme idéologique. Il a en outre évoqué les dispositions juridiques applicables aux organes d'information appartenant à des particuliers et expliqué que la loi elle-même conférait à la presse une fonction publique indépendante des secteurs politique et économique et prévoyait des mesures destinées à empêcher la concentration des journaux et des agences de presse.

332. A propos de l'article 21 du Pacte, il a fait observer que la liberté d'expression et d'association impliquait le droit à la contre-manifestation, pour autant que cela ne porte pas préjudice à l'exercice du droit de manifestation.

333. Abordant la question posée à propos de l'article 22 du Pacte, le représentant du Portugal a précisé que le décret-loi No 215-B/1975 avait été amendé de manière à supprimer les dispositions qui faisaient obstacle au pluralisme syndical. En ce qui concerne les principes de la "gestion démocratique" dont devaient s'inspirer les associations des syndicales, le représentant de l'Etat partie a expliqué que cette disposition se rapportait aux questions relatives à l'organisation et au fonctionnement des syndicats. Il a aussi donné des renseignements détaillés sur les conventions de l'OIT auxquelles le Portugal était partie, sur la manière dont elles étaient appliquées dans le pays et sur une plainte formulée contre le Gouvernement portugais concernant de prétendues violations de la Convention No 151 de l'OIT sur les relations de travail (dans la fonction publique) (1978). Précisant par ailleurs l'importance et la portée de l'expression "régime fasciste", il a fait observer que la loi No 64/78 du 6 octobre 1978 déclarait illégales les organisations qui professaient une idéologie fasciste, et qu'elle prévoyait des peines de privation de liberté pour les organisateurs, les dirigeants et les membres de ces organisations. Il a ajouté que l'expression "association directe" était plutôt floue et qu'elle désignait probablement l'obligation de s'inscrire dans un parti et non dans une organisation politique de niveau intermédiaire ou supérieur. L'expression "affiliation unique" signifiait que

personne n'avait le droit d'appartenir à plus d'un parti politique en même temps.

334. A propos de l'article 23 du Pacte, le représentant a indiqué que l'âge minimum requis pour se marier au Portugal était 16 ans. Le système de la séparation de biens entre le mari et la femme était obligatoire en droit portugais dans deux cas: lorsque le mariage était conclu sans que des bans aient été publiés et lorsque les conjoints étaient âgés de plus de 60 ans au moment du mariage. Dans tous les autres cas, les futurs conjoints avaient, au moment du mariage, le choix entre plusieurs régimes de biens possibles. En outre, le principe de l'égalité des conjoints impliquait le droit pour chacun de choisir sa profession, et le droit matrimonial reposait sur le principe selon lequel les conjoints se complétaient mutuellement. La liste des motifs de divorce était la même pour les hommes et pour les femmes et, en cas de demande de divorce par consentement mutuel, le juge procédait à deux tentatives de conciliation, alors qu'il n'y en avait qu'un dans les cas de divorce contesté.

335. A propos de l'article 24 du Pacte, le représentant du Portugal a déclaré qu'il existait des textes réglementant la planification de la famille. L'adoption était admise en droit portugais et devait faire l'objet d'une décision judiciaire.

L'adoption complète conférait à l'enfant adopté le statut d'enfant membre à part entière de la famille de l'adoptant, tandis que dans le cas de l'adoption restreinte l'enfant adopté conservait tous les droits et obligations découlant de l'existence de sa famille naturelle.

336. Pour terminer, le représentant du Portugal a informé de Comité que son gouvernement avait soumis à l'Assemblée, en février 1981, une demande de ratification du Protocole facultatif se rapportant au Pacte.

**ORGANIZAÇÕES
INTERNACIONAIS**

**CONFERÊNCIA DE HAIA
DE
DIREITO INTERNACIONAL**

A Conferência de Haia de Direito Internacional Privado

Maria da Luz Lapa de Passos

1. A Conferência de Haia de Direito Internacional Privado: caracterização

- 1.1. Aspectos gerais da evolução
- 1.2. Objectivo
- 1.3. Natureza, estrutura e funções
- 1.4. Questões financeiras e orçamento
- 1.5. Técnicas e processos de elaboração dos tratados multilaterais
 - 1.5.1. Período de selecção
 - 1.5.2. Período de pesquisa
 - 1.5.3. Período de discussão
 - 1.5.4. Período de projectos
 - 1.5.5. Período de consolidação
- 1.6. Actividade desenvolvida

2. Perspectivas dominantes da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado.

- 2.1. Alargamento do quadro geográfico
- 2.2. Diversidade de métodos de trabalho

1. Conferência de Haia de Direito Internacional Privado:

caracterização

1.1. Aspectos gerais da evolução

Por iniciativa do Governo dos Países Baixos, em 1893, começa a história da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, com a sua primeira sessão.

Em consequência da guerra franco-prussiana de 1870, foram interrompidos os esforços iniciados por Mancini, na segunda parte do século XIX, no sentido da codificação do Direito Internacional Privado, ou seja, da inserção das normas de conflitos em convenções internacionais sobre conflitos de leis, uma vez que, fundadas no Direito Internacional, deveriam valer para todos os Estados. Mais tarde, Asser, jurista holandês, retomou as diligências encetadas, o que conduziu à primeira reunião da Conferência de Haia.

Ao considerar-se a evolução da Conferência, ressaltam dela duas fases bem delineadas: a primeira vai desde a sua formação até 1951 e a segunda desde então até aos nossos dias.

No primeiro período da sua existência, a Conferência reuniu, entre 1893 e 1928, em seis sessões de carácter diplomático. Eram apenas Estados europeus, com excepção do Japão, membro desde 1904, que nessa altura compunham a Conferência.

A sua actividade, antes da primeira Guerra Mundial e, duma maneira geral, até 1928, veio a traduzir-se na preparação de tratados internacionais negociados, no âmbito do direito internacional privado, abrangendo frequentemente um campo completo de direito, por exemplo, casamento, divórcio, protecção de menores.

Ao longo das quatro primeiras sessões, de 1893 a 1904, foram elaboradas sete convenções internacionais. Das duas sessões seguintes, entre os

dois conflitos mundiais, apenas resultaram projectos de convenções que não chegaram, porém, a ser abertos à assinatura.

Correntes doutrinárias mais em voga na época e as vicissitudes originadas pelas duas guerras mundiais estiveram, essencialmente, na base do desencadear dos acontecimentos, quer no que respeita à natureza das matérias tratadas, quer no que se refere à cadência do trabalho realizado e à qualidade das relações negociais derivadas, em parte, das hostilidades entre os países e dos numerosos reajustamentos territoriais que levaram à criação de novos Estados.

As Convenções de Haia de 1902 e 1905 representam, em grande medida, a preponderância das ideias de Mancini, assentando no princípio da competência da lei nacional para regular as matérias de estatuto pessoal. Mas, a unificação das regras de conflito pela Conferência de Haia com base no princípio da lei nacional não obteve grande êxito: as convenções só foram assinadas por países europeus e, mesmo na Europa, nunca obtiveram a adesão de alguns dos principais países tradicionalmente adeptos da lei do domicílio, como a Dinamarca, Grã-Bretanha e a Noruega, tendo-se mantido também desligados das convenções, a Grécia e a Rússia.

Da situação global existente proveio, assim, o enfraquecimento da significativa tendência de ratificação dos primeiros tratados.

Nos dez anos seguintes à primeira Guerra Mundial, foi a vez do direito comercial, para que convergia acentuadamente a actividade da Conferência, sair prejudicado no que respeita à execução de alguns tratados.

A vincada alteração das relações internacionais determinou ainda a ausência de sessões da Conferência durante os anos trinta.

Acresce que, principalmente depois da segunda Guerra Mundial, a eficácia de algumas convenções de Haia vinha sendo cada vez mais abalada, não obstante as preocupações presentes nas negociações dos Tratados de Versalhes, S. Germain e Trianon no sentido da salvaguarda do estado de certos tratados, inclusivé, de algumas daquelas convenções. É o caso da Convenção sobre processo civil que, ultrapassada pela conjuntura de momento, vem a ser revista já no decurso do período seguinte.

Em face do exposto, não admira pois que, no fim deste primeiro período, fosse reduzido o número de países que ainda se encontravam ligados às primeiras convenções de Haia.

Em 1951, verificou-se o início de uma fase que se pode considerar de renascimento da Conferência, com a realização da sua sétima sessão. Com efeito, depois de um não pequeno período de inactividade, a Conferência precisava de se afirmar através de realizações concretas e definidas.

Nestes termos, foi dado importante passo no plano institucional pois que os Governos dos países representados na sétima sessão, considerando o carácter permanente da Conferência de Haia e desejando acentuar esse carácter, resolveram dotá-la com um Estatuto que entrou em vigor em 15 de Julho de 1955.

Por outro lado, daquela sessão vieram também a resultar instrumentos internacionais de características especiais, tendo em conta os trabalhos futuros da Conferência. Tratou-se, na realidade, duma ocasião de viragem em que, duma unificação muito geral de grandes categorias de direito, verificada quando dos primeiros tratados, se passou, fundamentalmente, para campos de direito ou problemas legais específicos, para a resolução de questões mais concretas e restritas. Tratou-se, efectivamente, dum momento em que a questão da preponderância da lei nacional ou da lei do domicílio, em matéria de estatuto pessoal, revelou a tendência para encontrar novos rumos. Nesta fase, se insere a Convenção de 1955 sobre a lei aplicável às vendas de carácter internacional de objectos mobiliários corpóreos, tornada como que o paradigma dos novos trabalhos, e um conjunto de convenções dirigidas à unificação de regras de conflito sobre matérias particulares.

No decurso de oito sessões ordinárias e duma sessão extraordinária, de 1951 a 1981, foram elaborados e abertos à assinatura vinte e nove instrumentos internacionais, tendo-se a Conferência de Haia expandido de tal modo que se vieram a abrir perspectivas no que respeita ao alargamento da sua dimensão geográfica e à maior diversidade de métodos de trabalho.

1.2. Objectivo

Conforme consta do artigo 1.º do seu Estatuto, a Conferência de Haia tem por objectivo trabalhar na unificação das regras de direito

internacional privado, entendido este, no âmbito da Conferência, como a totalidade das regras aplicáveis só a pessoas privadas nas relações da sociedade internacional. Nesta óptica, o direito internacional privado abrange os conflitos de leis, interpretados em sentido lato, incluindo não só a escolha da lei, mas também a jurisdição de casos com elementos internacionais e reconhecimento de julgados, a cooperação judiciária e administrativa de carácter internacional.

Para alcançar o seu objectivo, a Conferência tem elaborado principalmente tratados multilaterais (convenções), de carácter universal ou mais restrito, nos diversos domínios do direito internacional privado — direito comercial, direito de família e direito de sucessões. Recentemente, porém, e no mesmo sentido, outras formas de actividade com reflexos menos vinculativos foram, também, admitidos pela Conferência, como adiante será referido.

A actividade da Conferência de Haia na unificação do direito internacional privado, através dos tratados multilaterais, tem-se realizado a vários níveis: unificação das regras de conflito, dos conflitos de sistema e do auxílio mútuo judiciário e administrativo.

A unificação das regras de conflito verificou-se praticamente ao longo de todo o período de actividade da Conferência, surgindo, por isso, diversas convenções sobre os conflitos de leis, entre os quais a Convenção de 1955 sobre a lei aplicável às vendas de carácter internacional de objectos mobiliários corpóreos, a Convenção de 1956 sobre a lei aplicável às obrigações alimentares para com menores, a Convenção de 1961 sobre os conflitos de leis em matéria de forma das disposições testamentárias, a Convenção de 1971 sobre a lei aplicável em matéria de acidentes de circulação rodoviária, a Convenção de 1973 sobre a lei aplicável à responsabilidade de facto por produtos, e, por fim, concluídas em 1978, a Convenção sobre a lei aplicável aos contratos de intermediários e à representação e a Convenção sobre a lei aplicável aos regimes matrimoniais.

Por seu turno, quanto à unificação respeitante a conflitos de sistemas que tem vindo também a ser objecto da actividade da Conferência, foi elaborada a Convenção para regular os conflitos entre a lei nacional e a lei do domicílio de 1955, a qual preconiza soluções relativas aos conflitos negativos que foram utilizadas em outras convenções de Haia, nomeadamente na Convenção sobre a administração internacional de sucessões de 1973 e na Convenção sobre a lei aplicável aos regimes matrimoniais de 1978.

A eliminação dos conflitos positivos, em vez do estabelecimento de normas para os regular, tem constituído outro aspecto que tem merecido a atenção da Conferência, expressa através da Convenção sobre a competência do foro contratual em caso de venda internacional de objectos mobiliários corpóreos de 1958 e da Convenção sobre os acordos de eleição do foro de 1965, instrumentos internacionais que foram prejudicados pela entrada em vigor, para os países membros da CEE, da Convenção de Bruxelas de 27 de Setembro de 1968 sobre a competência judiciária e a execução das decisões em matéria civil e comercial.

Por último, no que se refere à delimitação do objectivo da Conferência de Haia, através de tratados multilaterais se considerado a vários níveis, há ainda instrumentos internacionais que concretizaram os esforços daquela quanto à unificação relativa ao auxílio, mútuo judiciário e administrativo.

Desta forma, apontando directamente para o auxílio mútuo judiciário, são as Convenções de 1896, 1905 e 1954, a Convenção relativa à citação e notificação no estrangeiro de actos judiciários e extra judiciários em matéria civil e comercial de 1965, a Convenção sobre a obtenção de provas no estrangeiro em matéria civil ou comercial de 1970 e a Convenção tendente a facilitar o acesso internacional à justiça de 1980.

Reconhecer as decisões estrangeiras, assegurando a sua execução, é reconhecer o modo de resolução dos problemas de conflito de leis pelo julgador estrangeiro. Esta é assim outra via para atingir a unificação respeitante a auxílio mútuo judiciário, muitas vezes aceite por Estados que objectam relativamente a certos tipos de unificação em face dos conflitos de leis. São exemplo desta posição, também adoptada pela Conferência, a Convenção de 1958 sobre o reconhecimento e execução das decisões em matéria de obrigações alimentares para com os menores, a Convenção de 1973 sobre o reconhecimento e a execução das decisões relativas às obrigações alimentares, a Convenção de 1970 sobre o reconhecimento dos divórcios e das separações de pessoas e a Convenção e Protocolo Adicional de 1971 sobre o reconhecimento e a execução dos julgamentos estrangeiros em matéria civil e comercial. Constitui aquela Convenção de 1970 o primeiro instrumento internacional moderno sobre a matéria, igualmente prejudicado, no entanto, pela entrada em vigor da já referida Convenção de Bruxelas.

A unificação relativa ao auxílio mútuo administrativo e no sentido duma nítida simplificação neste campo, quando estejam em causa rela-

ções internacionais, se reporta a Convenção suprimindo a exigência da legalização dos actos públicos estrangeiros de 1961.

Conjuntamente, aos planos de auxílio mútuo judiciário e administrativo, se refere a Convenção sobre os efeitos civis do rapto internacional de crianças de 1980.

1.3 Natureza, estrutura e funções

A Conferência de Haia é, na actualidade, uma organização intergovernamental de carácter permanente, com uma estrutura fundamentalmente apoiada nos Estados membros.

Em 1981, vinte e nove Estados situados nas várias partes do mundo, mas, em especial, na Europa, são membros da Conferência: Argentina, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Egipto, Espanha, Estados Unidos, Finlândia, França, Grécia, Irlanda, Israel, Itália, Japão, Luxemburgo, Noruega, Países Baixos, Portugal, República Federal da Alemanha, Reino Unido, Suécia, Suíça, Surinam, Checoslováquia, Turquia, Venezuela, Jugoslávia.

De acordo com o artigo 2.º do Estatuto da Conferência, podem vir a ser membros os Estados que tenham participado numa ou várias sessões da Conferência e aceitem o seu Estatuto, assim como os Estados cuja participação apresente interesse de natureza jurídica para os trabalhos da Conferência. A admissão de novos membros é decidida pela maioria dos votos manifestados pelos Governos dos Estados participantes mediante proposta de um ou mais deles.

O prosseguimento do objectivo da Conferência nos vários domínios de direito internacional privado supõe pessoas que utilizem as respectivas técnicas e processos de elaboração usados na Conferência. A tal se prendem, estreitamente, os aspectos da estrutura institucional e funções da Conferência, tomadas em sentido amplo e decorrentes fundamentalmente do Estatuto desta organização internacional.

O funcionamento da Conferência, segundo o artigo 3.º do Estatuto, é assegurado pela Comissão neerlandesa para a codificação do direito internacional privado, por intermédio duma Secretaria Permanente cuja

actividade dirige, pelo que lhe são atribuídas diversas funções, em especial, referentes à reunião da Conferência em Sessões ordinárias ou extraordinárias. Na prática, porém, as decisões sobre as Sessões plenárias e sobre os assuntos gerais e a política da Conferência estão a ser objecto duma influência cada vez maior por parte dos Estados membros, tendo mesmo funcionado já, para este efeito e em alguns casos, comissões de peritos governamentais, como órgãos dirigentes.

Outro órgão da Conferência é a já citada Secretaria Permanente, o "Bureau Permanent", que foi organizada em 1955, com base nos artigos 3.º, 4.º, 5.º e 6.º do Estatuto. Tem a sua sede em Haia e compõe-se de um Secretário-Geral e dois Secretários de nacionalidade diferente, todos devendo possuir conhecimentos jurídicos e experiência prática adequada. Ocupa-se primordialmente da preparação das Sessões plenárias e das Comissões especiais: com vista à preparação dos tratados, tem um papel preponderante na realização de pesquisas, elaboração de relatórios preliminares e preparação de questionários para o que mantém estreito contacto com órgãos nacionais existentes em cada Estado membro, com os Delegados às sessões da Conferência e com outras organizações internacionais.

Também, dentro do esquema de actividade da Conferência e de acordo com o artigo 3.º do Estatuto, as Sessões ordinárias da Conferência realizam-se, em princípio, de quatro em quatro anos, podendo esta, no entanto, se necessário, reunir em sessão extraordinária.

As Sessões plenárias da Conferência são precedidas de Comissões especiais compostas de representantes governamentais e criadas, nos termos do artigo 7.º do Estatuto, com o fim de elaborar projectos de convenção ou estudar quaisquer questões de direito internacional privado que caibam no objectivo da Conferência. As Comissões especiais reúnem-se, pois, para preparar os trabalhos das Sessões plenárias ou para estudar a aplicação de certas convenções já em vigor.

Aos Representantes diplomáticos dos Estados membros na Haia, compete, conforme o artigo 9.º do Estatuto, a aprovação do orçamento da Secretaria Permanente e das Comissões especiais e a fixação da distribuição, entre os Membros, das despesas que no orçamento ficarem a cargo destes últimos.

A Conferência de Haia e os Governos dos Estados membros mantêm intensas relações, a primeira por intermédio da Secretaria Permanente e os segundos através dos seus órgãos nacionais.

Com efeito, dispõe o artigo 6.º do Estatuto que, com o fim de facilitar as comunicações entre os Membros da Conferência e a Secretaria Permanente, o Governo de cada Estado membro designa um órgão nacional, podendo a Secretaria corresponder-se com todos os órgãos nacionais designados e com as organizações internacionais competentes.

Normalmente, os órgãos nacionais dos Estados membros são serviços do Ministério da Justiça ou do Ministério dos Negócios Estrangeiros ou, por vezes, as próprias embaixadas em Haia. Em Portugal, o órgão nacional é o Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria-Geral da República. Em qualquer hipótese, os órgãos nacionais constituem mais um meio dirigido no sentido da preparação dos tratados multilaterais, na medida em que estão em estreita conexão com a nomeação dos peritos e Delegados para as reuniões da Conferência, com as respostas a questionários preparados por esta, e, duma maneira geral, com o tratamento dos vários assuntos técnicos.

De referir ainda as relações da Conferência de Haia, por meio da Secretaria Permanente, com outras organizações internacionais. Estas, dada a maior ou menor sobreposição de interesses com o objectivo prosseguido pela Conferência, têm proporcionado larga troca de documentação e enviado regularmente observadores às reuniões, contribuindo para uma frutuosa experiência, especialmente manifestada no âmbito do direito das obrigações e nos aspectos específicos do direito de família, do processo, do notariado e dos seguros. Trata-se de organizações intergovernamentais como, por exemplo, as Nações Unidas (em especial a Comissão para o direito comercial internacional — CNUDCI), o Conselho da Europa, as Comunidades Económicas Europeias, o Secretariado da Commonwealth, a Organização dos Estados Americanos, O Comité Consultivo Legal Ásio-Africano, a Comissão Internacional do Estado Civil (CIEC) e de algumas organizações não governamentais, como sejam, a União Internacional do Notariado Latino e o Comité Europeu dos Seguros.

1.4 Questões financeiras e orçamento

As disposições legais respeitantes às despesas e ao orçamento da Conferência de Haia constam dos artigos 8.º, 9.º e 10.º do Estatuto. Para além da já indicada competência dos Representantes diplomáticos nesta matéria, é de anotar também as três categorias de despesas orçamentais previstas relativamente à Conferência: as despesas das sessões ordinárias que são suportadas pelo Governo dos Países Baixos; as despesas das sessões extraordinárias que são divididas entre os Membros da Conferência representados na Sessão e as despesas de funcionamento e conservação da Secretaria Permanente e das Comissões especiais que são suportadas pelos Membros da Conferência.

Em qualquer caso, os abonos de deslocação e de residência dos Delegados às sessões ficam a cargo dos governos respectivos.

1.5 Técnicas e processos de elaboração dos tratados multilaterais.

Desde 1951 que o ciclo de quatro anos tem funcionado como limite temporal dentro do qual decorre, em princípio, a preparação dos tratados.

Tendo em consideração as técnicas e processos de elaboração de tratados multilaterais usados na Conferência, convém referir, mesmo em breves traços, as principais fases que com tal se relacionam.

Efectivamente, distinguem-se, no sistema normal de elaboração de um tratado multilateral, vários períodos de trabalho a que se poderá atribuir as designações correspondentes à actividade subjacente neles desenvolvidas.

1.5.1. Período de selecção

O período de selecção inicia o ciclo de preparação de um tratado, incluindo toda a actividade anterior a uma tomada de posição definitiva sobre aquela preparação.

Como facilmente se infere, é o período dirigido à escolha do tema, que acaba por resultar das sugestões de tópicos dadas pelos Delegados dos Estados membros, pelos membros da Secretaria ou por outras organizações internacionais. No seu decurso, reúne uma Comissão especial que discute e considera os tópicos, retendo alguns para estudo sobre a sua exequibilidade pelos membros da Secretaria Permanente. Apoiada nas discussões e estudos efectuados, a sessão plenária seguinte da Conferência elabora recomendações sobre a trabalho futuro as quais, quando adoptadas, são dirigidas para decisão final à Comissão de Estado neerlandesa.

1.5.2. Período de pesquisa

Segue-se o período de pesquisa em que a Secretaria Permanente tem um papel preponderante, uma vez que é essencialmente da sua responsabilidade a elaboração de um relatório, com natureza de estudo pesquisa, e de um questionário dirigido aos Governos dos Estados membros.

1.5.3 Período de discussão

No período de discussão, terceiro passo neste sistema de preparação de um tratado, é, normalmente, efectuada uma reunião de peritos legais que discutem o relatório, o questionário, as respostas dos Governos e, por vezes, uma síntese destas preparada pela Secretaria. A qualidade da peritagem dos delegados peritos contribui, em princípio, para a natureza predominantemente técnica dos trabalhos da Conferência.

1.5.4 Período de projectos

Da reunião dos peritos legais emanam, em geral, conclusões escritas em que assenta o trabalho desenvolvido no período de projectos durante

o qual se verifica a segunda reunião da Comissão especial. É no domínio desta, com a assistência de membros da Secretaria Permanente, e no da Sessão plenária da Conferência que são elaborados, em francês e inglês, respectivamente os projectos preliminar e principal, este já com a forma do actual texto duma convenção. Só a título de excepção, se reúne eventualmente uma Comissão especial para completar os trabalhos.

1.5.5. Período de consolidação

A concluir o referido ciclo de quatro anos, vem o período de consolidação destinado, como a sua designação indica, a criar as condições necessárias a uma efectivação adequada do trabalho realizado nos períodos anteriores. Ocorre, neste período, a data de abertura do tratado à assinatura, a distribuição do correspondente relatório, a revisão do projecto pela Secretaria Permanente, a qual poderá sugerir alterações e, por último, a publicação final do conjunto das matérias relativas à preparação duma convenção, nomeadamente dos processos verbais das sessões e duma bibliografia, na série "Actes et documents de la Conférence de la Haye de droit international privé".

1.6. Actividade desenvolvida

A Conferência de Haia tem percorrido longo caminho. Impulsionada intensamente desde 1951, a sua actividade levou à produção de vultuosa obra de significado autêntico.

Na realidade, desde a sua origem, a Conferência adoptou mais de trinta convenções. Citam-se algumas das que obtiveram um maior número de ratificações: Convenção de 1954 relativa ao processo civil, as Convenções de 1961 sobre o conflito de leis em matéria de forma das disposições testamentárias e suprimindo a exigência da legalização dos actos públicos

estrangeiros, a Convenção de 1965 relativa à citação e à notificação no estrangeiro dos actos judiciais e extrajudiciais em matéria civil e comercial e a Convenção de 1970 sobre a obtenção de provas no estrangeiro em matéria civil ou comercial.

Em 1980, foi adoptada uma Convenção sobre os aspectos civis de raptos internacionais de crianças a qual tem despertado muito interesse em vários meios de que se destaca o Secretariado da Commonwealth.

Desde 1960, as convenções são elaboradas em francês e inglês e as estabelecidas depois da Segunda Guerra Mundial são publicadas no "Recueil des Conventions" reeditado e actualizado periodicamente.

2. Perspectivas dominantes da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado

Como, duma maneira geral, todas as instituições, a Conferência de Haia está em permanente mutação, traduzida na actualidade em perspectivas diversas.

À sua projecção não são alheias variadas influências derivadas do plano internacional em que se enquadra e do plano interno dos vários Estados que com ela, duma maneira ou doutra, se têm vindo a relacionar. É assim que factores de ordem social, económica e política incidem sobre a sua actuação e determinam as suas principais motivações e tendências.

A problemática que a rodeia e, por vezes, atinge não difere substancialmente da de outras organizações internacionais. Mas, dentro do condicionalismo próprio em que se move, manifesta-se com o seu cunho específico, com a sua dinâmica peculiar.

A uma observação atenta e prudente das novas ideias em curso, a Conferência soube aliar uma atitude firme e decidida, em face das questões surgidas. É no decurso da décima quarta sessão que esta atitude da Conferência se manifesta, em consequência das influências e perspectivas

desenhadas no seu seio, configurando uma maior abertura aos Estados de todo o mundo e, também, uma maior diversidade de métodos de trabalho.

2.1 Alargamento do quadro geográfico

A tendência para o alargamento do quadro geográfico da Conferência, primeiro dos aspectos referidos, revela-se com grande acuidade, partindo da natureza daquela como organização de Estados Membros e vindo a reflectir-se numa mais pronunciada abertura a Estados não membros no sentido da participação destes em trabalhos da Conferência quando a matéria em causa, por razões económicas e políticas, o justifique.

A unificação do direito internacional privado, perante as divergências dos vários sistemas jurídicos, só é possível na base dum número limitado de soluções pelo que, de facto e naturalmente, se impõe uma actuação global das várias correntes existentes. A esta questão procura a Conferência dar resposta, facultando a participação de Estados não membros quando de revisão de convenções e quando estão em causa assuntos de interesse mundial.

No que respeita à revisão de convenções é frequente Estados não membros da Conferência serem partes em convenções de Haia, sobretudo, estando em causa matéria de cooperação judiciária. Na realidade, ao fazer-se a revisão dos últimos capítulos da Convenção de 1954 sobre processo civil, foram convidados a participar vários Estados, não membros, na qualidade de membros *ad hoc*. E, também, a Convenção de 1980 tendente a facilitar o acesso internacional à justiça está aberta à assinatura de países não membros que participaram na sua elaboração. Este procedimento está de acordo com o artigo 40 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados segundo o qual todo o Estado parte numa convenção deve ser convidado para a sua revisão, mesmo que não tenha participado na sua elaboração no quadro de uma organização internacional.

Por estes motivos, na décima quarta sessão estiveram representados, em alguns temas, não apenas os vinte nove Estados membros da Conferência, mas trinta e quatro Estados no seu conjunto.

Quanto a assuntos de interesse mundial, o seu tratamento, a nível da Conferência, torna premente o alargamento do quadro geográfico desta organização internacional. A este propósito, como ficou referido, o trabalho da Conferência foi, algumas vezes, prejudicado em benefício de instrumentos internacionais provenientes de outras organizações, como a Comunidade Económica Europeia e de que são exemplos a já citada Convenção de Bruxelas de 1968, projectos de convenção que desfavoreceram o êxito da Convenção de Haia de 1956 sobre o reconhecimento da personalidade jurídica das sociedades, associações e fundações estrangeiras e uma convenção unificando os conflitos de leis em matéria de obrigações contratuais que, de algum modo, contribuiu para o protelamento dos trabalhos da Conferência. Tal situação teve, desde logo, repercussões sensíveis no âmbito da Conferência de Haia que levaram a uma tomada de consciência por parte desta quanto à importância da incidência de certos problemas sobre a sua actividade. Foi, no entanto, depois da atitude tomada pelas delegações de alguns países junto da Comissão das Nações Unidas para o direito comercial internacional (CNUDCI) que a Conferência tomou uma posição inequívoca sobre este assunto. É que muito embora aquela Comissão das Nações Unidas se dedique principalmente à unificação de regras materiais de direito comercial internacional foi auscultada no sentido de se ocupar de problemas de direito internacional privado, conflitos de leis ou de jurisdições de que a Conferência de Haia é a organização especializada, com a justificação de que as soluções desta poderiam não ser as mais adequadas por nela não participarem os Estados directamente interessados.

Então, a Conferência de Haia, tomou, em 1980, uma decisão sobre a questão em aberto, desde logo aplicada, atitude essa que veio a merecer a melhor aceitação e correspondência por parte da CNUDCI.

Deste modo, figura na Acta final da décima quarta sessão, sob D.1:

“A décima quarta sessão,

1. Fundando-se sobre as discussões que tiveram lugar no seio da quarta Comissão sobre a oportunidade de admitir a participação dos Estados não membros nos trabalhos da Conferência, quando da matéria em estudo — tal como o direito comercial internacional a ela submetida.

Considerando que uma tal política de abertura seria de natureza a facilitar o respeito por parte das outras organizações internacionais e, particularmente pela Comissão das Nações Unidas para o direito comercial internacional (CNUDCI), do domínio da actividade da Conferência.

Admite que os Estados não membros possam participar nos trabalhos da Conferência quando, em razão da matéria tratada, a necessidade disso se faz sentir.

Decide que a aplicação deste princípio será objecto, em cada caso particular, duma decisão dos governos dos Estados membros tomada por ocasião duma sessão plenária ou no seio duma comissão especial sobre os assuntos gerais e a política da Conferência”.

E da acta final, sob E, consta:

“Fundando-se sobre as propostas e sugestões emitidas no seio da quarta Comissão:

1. a) Decide inscrever com prioridade na ordem do dia dos trabalhos da Conferência a revisão da Convenção de 15 de Junho de 1955 sobre a lei aplicável às vendas de carácter internacional do objectos mobiliários corpóreos;

b) Estima que esta matéria se preste à aplicação da decisão tomada por esta sessão e figurando na acta final sob D.1, eventualmente no quadro duma sessão extraordinária;

c) Encarrega o Secretário Geral de reunir todas as informações práticas, e, especialmente financeiras, necessárias à aplicação desta decisão e de as submeter aos governos dos Estados membros;

d) Reenvia para aprovação definitiva a aplicação desta decisão, especialmente sobre o plano do financiamento, para uma decisão dos governos dos Estados membros, que poderia ser tomada por ocasião da reunião duma comissão especial sobre os assuntos gerais e a política da Conferência”.

A décima quarta sessão da Conferência decidiu também, quanto aos trabalhos futuros programados, inscrever com prioridade na ordem do dia da décima quinta sessão, prevista para 1984, a questão da validade e do reconhecimento internacional dos trusts, prevendo-se ainda a elaboração duma convenção sobre lei aplicável às sucessões. No entanto, tais matérias, pela natureza dos interesses que envolvem, situam-se entre as

que ficam para além da evolução estrutural da Conferência, no sentido duma maior abertura desta, por se compadecerem mais utilmente com o quadro tradicional da organização.

2.2 Diversidade de métodos de trabalho

O outro aspecto citado, não menos relevante, diz respeito aos métodos de trabalho da Conferência, constituindo igualmente uma faceta actual desta, com nitidez virada para o futuro.

Durante muito tempo, algumas convenções de Haia, nomeadamente no domínio da interajuda judiciária ou administrativa, foram baseadas no princípio da reciprocidade, só oferecendo soluções de unificação aos Estados contratantes. Mas, dado que estava em causa o estabelecimento das regras de conflitos comuns, entendeu-se que seria mais conveniente o carácter “universal” de tal unificação. Nesta linha se inseriram a Convenção de Haia de 1955 sobre a lei aplicável as vendas de carácter internacional de objectos mobiliários corpóreos, seguida da Convenção de 1961 sobre os conflitos de leis em matéria de forma das disposições testamentárias. No artigo 6 deste instrumento internacional dispõe-se expressamente que “a aplicação das regras de conflito estabelecidas pela presente Convenção é independente de toda a condição de reciprocidade. A Convenção aplica-se mesmo se a nacionalidade do interessado ou a lei aplicável em virtude dos artigos precedentes não são as de um Estado contratante”. A utilização das soluções consignadas nesta Convenção, como lei modelo, por parte de alguns Estados não contratantes, leva a considerações sobre o que deveria integrar o conteúdo da actividade da Conferência no futuro. Daqui a Conferência ter sentido que importava vir-se a manifestar sobre o assunto, provocando com isso a retirada de carácter universal de futuras convenções. É neste sentido uma decisão da Conferência em que se estabelece que “a nona sessão está convencida da necessidade de conservar à Conferência um carácter diplomático o que implica em primeiro lugar a elaboração de convenções entre Estados na base de negociações e de concessões mútuas. Foi ainda estabelecido nesta sessão que “as delegações e peritos deveriam interrogar-se se há lugar ou não para apontar

para o estabelecimento de regras de conflito desprovidas de elementos de reciprocidade e destinadas a uma aplicação geral, sem distinguir segundo os Estados que estariam ligados às relações de direito reguladas pela Convenção”.

Anos volvidos, contudo, por ocasião da décima quarta sessão pareceu demasiado rígida aquela tomada de posição, perante a experiência entretanto colhida. Na verdade, a unificação não total dos direitos, mas a adopção de princípios gerais comum por parte do Conselho da Europa e da Comunidade Económica Europeia, a aceitação de certas regras comum em matéria de comércio internacional e, também, a resolução da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, recomendando simplesmente a aplicação do Regulamento de arbitragem da CNUDCI, foram factos suficientemente concludentes para motivarem uma alteração da política da Conferência. Nestas circunstâncias, a décima quarta sessão admitiu que a Conferência “embora conservando o objectivo principal de elaboração de convenções internacionais, possa contudo utilizar outros processos menos constrangedores, tais como a recomendação ou a lei modelo, quando, em razão das circunstâncias, isto pareça particularmente apropriado”.

Aplicação da faculdade atribuída à Conferência é, desde logo, a adopção pela décima quarta sessão da “Recomendação sobre as informações destinadas a acompanhar os documentos judiciais e extra-judiciais em matéria civil ou comercial transmitidos, citados ou notificados no estrangeiro”.

Estas as perspectivas que, duma forma mais ou menos insistente, apontam para o futuro da Conferência de Haia.

BIBLIOGRAFIA

Georges A. L. Droz and Adair Dyer, "The Hague Conference and the Main Issues of Private International Law for the Eighties.

in: *Northwestern Journal of International Law & Business*
— Spring 1981 — volume 3, number 1

Georges A. L. Droz, "La Conférence de la Haye de Droit International Privé en 1980: Évolution et Perspectives

in: *Recueil des Cours* 168 (1980-III)

Note d'information sur la Conférence de la Haye de Droit International Privé — Septembre-1981 — Conférence de la Haye de Droit International Privé

Information concerning multilateral treaty — Making techniques and procedures used in the Hague Conference on Private International Law — January 1979 — Hague Conference on Private International Law

1. Direito Comunitário

- Adaptação do Direito Português à Sexta Directiva do Conselho da Comunidade Económica Europeia relativa às cisões das Sociedades por acções. 7
Raúl Ventura

2. Protecção dos Direitos Humanos

Aplicação da Convenção Europeia dos Direitos do homem

A. Conselho da Europa:

- Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
Sumário das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem n.º 36 a 40
- Sumário no caso Deweer contra a Bélgica 91
- Sumário no caso Koning contra a República Federal da Alemanha 97
- Sumário no caso Luedicke, Belkagen e Koç contra a República Federal da Alemanha 99

— Sumário no caso Artico contra a Itália	101
— Sumário no caso Sunday times contra o Reino Unido	103
— Sumário no caso “Sporrong e Lönnroth” contra a Suécia	105
— Sumário no Caso Hess contra o Reino Unido	161

B. Pacto de S. José da Costa Rica

— Sumário e texto da 1. ^a decisão do Tribunal Internacional dos Direitos do Homem	181
--	-----

C. O.N.U.

— Relatório de Portugal sobre as medidas tomadas em aplicação do Pacto, relatório dos Direitos Cívicos e Políticos (art.º 40) — actas das decisões.	189
---	-----

Cunha Rodrigues

Organizações Internacionais

3. A Conferência de Haia de Direito Internacional Privado.

Maria da Luz Lapa de Passos	213
-----------------------------	-----

Composto
e Impresso
na
LITOGRAFIA TEJO
LISBOA